

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS

Programa de pós-graduação em Direito

Warlen Soares Teodoro

**O PAPEL JUDICIAL NOS REGIMES TOTALITÁRIOS E SEUS REFLEXOS  
ATUAIS NA VIOLAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NO  
PROCESSO PENAL: a contribuição do modelo constitucional de processo para  
a função do juiz a partir do Estado Democrático de Direito**

Belo Horizonte  
2015

Warlen Soares Teodoro

**O PAPEL JUDICIAL NOS REGIMES TOTALITÁRIOS E SEUS REFLEXOS  
ATUAIS NA VIOLAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NO  
PROCESSO PENAL: a contribuição do modelo constitucional de processo para  
a função do juiz a partir do Estado Democrático de Direito**

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

Orientadora: Flaviane de Magalhães Barros

Belo Horizonte  
2015

## FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

T314p Teodoro, Warlen Soares  
O papel judicial nos regimes totalitários e seus reflexos atuais na violação dos direitos e garantias individuais no processo penal: a contribuição do modelo constitucional de processo para a função do juiz a partir do estado democrático de direito / Warlen Soares Teodoro. Belo Horizonte, 2015.  
103 f. : il.

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

1. Juízes - Decisões. 2. Processo penal. 3. Argumentação jurídica. 4. Contraditório no processo judicial. 5. Brasil. [Constituição (1988)]. 6. Estado democrático de direito. 7. Repressão (Psicologia). I. Barros, Flaviane de Magalhães. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 340.132

Warlen Soares Teodoro

**O PAPEL JUDICIAL NOS REGIMES TOTALITÁRIOS E SEUS REFLEXOS  
ATUAIS NA VIOLAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NO  
PROCESSO PENAL: a contribuição do modelo constitucional de processo para  
a função do juiz a partir do Estado Democrático de Direito**

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

Orientadora: Flaviane de Magalhães Barros

---

Flaviane de Magalhães Barros (Orientadora) – PUC Minas

---

Leonardo Augusto Marinho (Professor) – PUC Minas

---

Bruno Camilloto Arantes (Professor) - UFOP

Belo Horizonte, 15 de abril 2015

A Kelly, Giovana e Henrique com muito amor!

Aos meus pais, Afonso e Maria, com carinho!

## **AGRADECIMENTOS**

Aos professores da pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais que contribuíram para as reflexões tratadas neste estudo, em especial Flaviane de Magalhães Barros.

Aos colegas do programa de pós-graduação que contribuíram com discussões ao longo do curso.

À Priscilla Silva pela contribuição na análise das planilhas e elaboração dos gráficos.

À Jéssica Galvão pela interlocução!

A todos que contribuíram indiretamente para este estudo, me apoiaram e incentivaram na busca de conhecimentos, e muito mais que isso, fizeram converter esta procura em realidade.

“Uma coisa é aprender com o passado; outra é ficar lá preso.”

José Alberto Braga

## RESUMO

Este trabalho visa apresentar propostas para contribuir com a discussão em torno da necessidade de superação da opressão judicial no processo penal. Este quadro tem como ponto de origem os regimes totalitários, contexto do surgimento do Decreto Lei 3.689/1941, o ainda vigente Código de Processo Penal, que seguiu a linha da teórica *bulowiana* de fortalecimento da jurisdição e estruturou o processo como instrumento punitivo. Nesse sentido, tendo por base a pesquisa intitulada “*A reforma e o monitoramento das alterações no código de processo penal sobre prisões e medidas cautelares Lei 12.403/2011*”, financiada pela CAPES/FAPEMIG, que teve como objetivo verificar os impactos produzidos na atividade jurisdicional diante da tentativa de adaptação da prisão preventiva ao texto constitucional pretende-se demonstrar que o papel repressor permanece vigente sob uma ordem constitucional democrática, acarretando violações a direitos e garantias individuais pelo juiz no processo penal. Entende-se que a porta inicial de saída deste quadro passa pela Constituição, neste viés, este estudo tem como objeto dar ao papel do juiz no processo penal uma interpretação constitucionalmente adequada. Adota-se como marco teórico o Modelo Constitucional de Processo, que compreende o processo como garantia constitutiva de direitos fundamentais. Contará com o auxílio da teoria procedimentalista da democracia de Habermas. Nesta linha o paradigma do Estado democrático de direito reclama o cidadão ativo, não mais como alvo de intervenção ou conformação, mas protagonista da ordem jurídica e social mediante a institucionalização de processos comunicativos que garantam a participação de forma que se veja como destinatário e autor da ordem jurídica. Este caminho implica em uma teorização processual adequada. Traz contribuições Elio Fazzalari com a teoria do processo como procedimento realizado em contraditório. Ao centrar o contraditório na estrutura procedimental o autor dá um salto para inserção do espaço discursivo procedimentalizado a legitimar as decisões judiciais. E o encaminhamento jurídico da legitimidade é feito pela Constituição. Conforme desta Andolina e Vignera é do texto constitucional que extrai o esboço geral do processo composto por três características, a expansividade, variabilidade e perfectibilidade que permitem adequar às particularidades de cada microssistema processual. Assim o papel do juiz se define a partir do contraditório, ampla argumentação, fundamentação da

decisão e do terceiro imparcial. Não sendo o juiz afetado pelo provimento deve garantir o desenvolvimento do debate processual diante do contraditório e da ampla argumentação e efetivá-los na fundamentação, por sua vez, o terceiro imparcial emerge do esforço argumentativo das partes. Nesse sentido, cabem ao juiz a partir da Constituição, o papel de efetivar dos direitos e garantias individuais do cidadão e promover o desenvolvimento regular do debate processual, de onde deve extrair os elementos de convicção a ser devidamente fundamentados.

Palavras-chave: Juiz. Estados totalitários. Opressão. Estado Democrático de Direito. Legitimidade.

## ABSTRACT

This paper presents proposals to contribute to the discussion around the need to overcome the judicial oppression in criminal proceedings. This framework has its origin point totalitarian regimes, the context of the emergence of Decree Law 3,689 / 1941, yet current Code of Criminal Procedure, which followed the line of bulowiana theoretical strengthening of jurisdiction and structured process as punitive instrument. In this sense, based on the research entitled "Reform and monitoring of changes in the Criminal Procedure Code on arrests and precautionary measures Law 12,403 / 2011", funded by CAPES / FAPEMIG, which aimed to verify the impacts produced in judicial activity before the attempted adaptation of probation to the Constitution is intended to demonstrate that the repressive role remains current under a democratic constitutional order, resulting in violations of law and individual guarantees by the judge in the criminal proceedings. It is understood that the output starting port this framework involves the Constitution, this bias, this study has the purpose to give the role of the judge in criminal proceedings a constitutionally proper interpretation. Adopts with theoretical framework the Constitutional Process Model, comprising the process as constitutive guarantee fundamental rights. Will have the help of proceduralist democratic theory of Habermas. In this line the paradigm of the democratic rule of law demands the active citizen, not as an intervention target or conformation, but protagonist of the legal and social order by institutionalizing communication processes to ensure the participation so that it look as recipient and author of law. This path implies adequate procedural theorizing. Elio brings Fazzalari contributions to the theory and process procedure performed on the other party. By focusing on the contradictory procedural structure the author of a jump to insertion of the discursive space procedimentalizado to legitimate judicial decisions. And the legal legitimacy of forwarding is done by the Constitution. As this Andolina and Vignera is the constitutional text that draws the general outline of the process consists of three features, expansiveness, variability and perfectibility that allow suit the particularities of each procedural microsystem. Thus the role of the judge is defined from the contradictory, broad argument, reasons for the decision and impartial third party. Not being the judge affected by the provision must ensure the development of the procedural debate on the contradictory and broad argument and actualize them in the grounds, in turn, the impartial third party emerges from the argumentative effort of the parties. In this sense, fit to judge from the Constitution, the role of effect of individual rights and guarantees of citizens and promote the steady development of the procedural debate, where to extract the elements of conviction to be duly substantiated.

Keywords: Judge. Totalitarian states. Oppression. Democratic state. Legitimacy.

## RIASSUNTO

Questo articolo presenta proposte per contribuire al dibattito intorno alla necessità di superare l'oppressione giudiziaria nei procedimenti penali. Questo quadro ha il suo punto di origine i regimi totalitari, il contesto della nascita del Decreto Legge 3.689 / 1941, ancora attuale codice di procedura penale, che ha seguito la linea del bulowiana rafforzamento teorico della giurisdizione e processo strutturato come strumento punitivo. In questo senso, sulla base della ricerca dal titolo "Riforma e il monitoraggio dei cambiamenti del codice di procedura penale in arresti e misure precauzionali Legge 12.403 / 2011", finanziato dal CAPES / FAPEMIG, che mirava a verificare gli impatti prodotti in attività giudiziaria prima del tentativo di adattamento della libertà vigilata alla Costituzione ha lo scopo di dimostrare che il ruolo repressivo rimane corrente con un ordine costituzionale democratico, con conseguente violazione del diritto e garanzie individuali da parte del giudice nel procedimento penale. Resta inteso che la porta di uscita a partire da questo quadro prevede la Costituzione, questa distorsione, questo studio ha lo scopo di dare il ruolo del giudice nel procedimento penale un'interpretazione costituzionalmente corretta. Adotta con cornice teorica il processo costituzionale modello, che comprende il processo come garanzia costitutiva diritti fondamentali. Avranno l'aiuto della teoria democratica proceduralista di Habermas. In questa linea il paradigma dello stato di diritto democratico esige il cittadino attivo, non come un obiettivo di intervento o di conformazione, ma protagonista dell'ordinamento giuridico e sociale istituzionalizzando processi di comunicazione per garantire la partecipazione in modo da apparire come destinatario e autore di legge. Questo percorso implica un'adeguata teorizzazione procedurale. Elio porta contributi Fazzalari alla procedura teoria e processo eseguito sulla controparte. Focalizzando l'attenzione sulla struttura procedurale contraddittoria l'autore di un salto di inserimento dello spazio discorsivo procedimentalizzato a decisioni giudiziarie legittimi. E la legittimità giuridica delle spedizioni è fatto dalla Costituzione. Dato che questo Andolina e Vignera è il testo costituzionale che disegna le linee generali del processo consiste di tre caratteristiche, espansività, variabilità e perfettibilità che permettono adattarsi alle peculiarità di ogni microsistema procedurale. Così il ruolo del giudice è definito dalle contraddittorie, ampio argomento, motivi della decisione e imparziale di terze parti.

Non essendo il giudice interessato dalla disposizione deve garantire lo sviluppo del dibattito procedurale sull'argomento contraddittorio e largo e attualizzare nel parco, a sua volta, il terzo imparziale emerge dallo sforzo argomentativo delle parti. In questo senso, in forma a giudicare dalla Costituzione, il ruolo di effetto dei diritti individuali e delle garanzie dei cittadini e promuovere lo sviluppo costante del dibattito procedurale, dove poter estrarre gli elementi della convinzione di essere debitamente motivate.

Parole chiave: Giudice. Stati totalitari. Oppressione. Stato democratico. Legittimità.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>19</b>
<b>2 O PAPEL OPRESSOR DO JUIZ NOS REGIMES TOTALITÁRIOS</b> .....	<b>23</b>
2.1 O fortalecimento da jurisdição .....	23
2.1.2 <i>A missão social do juiz e sua ampla liberdade</i> .....	26
2.2 A filiação judicial ao nacional-socialismo .....	27
2.3 O papel opressor do juiz no Fascismo .....	32
2.3.1 <i>A opressão do regime</i> .....	32
2.3.2 <i>A perspectiva punitiva do Código Rocco</i> .....	34
2.3.3 <i>O juiz como agente do Fascismo</i> .....	36
2.4 O papel opressor do juiz no Decreto-Lei do ditador Getúlio Vargas.....	39
2.4.1 A Era Vargas - a violência no centro do poder .....	39
2.4.2 <i>A consolidação jurídica do regime</i> .....	40
2.4.3 <i>O papel opressor do juiz</i> .....	43
2.5 Considerações finais.....	45
<b>3 OS REFLEXOS ATUAIS DO PAPEL JUDICIAL DOS REGIMES TOTALITÁRIOS: a violação dos direitos e garantias individuais do cidadão no processo penal</b>	<b>47</b>
3.1 A pesquisa empírica desenvolvida pelo Núcleo Jurídico de Políticas Públicas e o recorte para este trabalho.....	48
3.3 Análises das decisões do Tribunal de Justiça de Minas Gerais .....	51
3.3.1 <i>A decisão de ofício pelo juiz e atuação das partes</i> .....	52
3.3.2 <i>Subsidiariedade da prisão e medidas cautelares diversas da prisão</i> .....	55
3.3.3 <i>Duração razoável da prisão</i> .....	58
3.4 Notas conclusivas .....	65
<b>4 A CONTRIBUIÇÃO DO MODELO CONSTITUCIONAL DO PROCESSO PARA O PAPEL DO JUIZ A PARTIR DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO</b> .....	<b>68</b>
4.1 A legitimidade da ordem jurídica no paradigma democrático .....	70
4.2 Processo e legitimidade judicial .....	74
4.1.1 O contraditório no centro do processo .....	74
4.1.2 Redefinição do papel dos sujeitos processuais .....	77
4.3 Constituição e Processo .....	80
4.3.1 O modelo constitucional de processo e as especificidades do processo penal	82
4.3.2 <i>O papel do juiz no modelo constitucional de processo</i> .....	84

<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>91</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>95</b>



## 1 INTRODUÇÃO

Este trabalho visa apresentar propostas para contribuir com a discussão em torno da necessidade de superação da opressão por parte do juiz no processo penal. Entende-se necessária uma revisitação que compreenda o papel do juiz compatível com o Estado Democrático de Direito, sendo a porta de entrada para este caminho a Constituição. Nesse sentido, este estudo tem como eixo central dar ao papel do juiz uma interpretação constitucionalmente adequada.

Inicialmente, pretende-se demonstrar que a existência do quadro de opressão judicial no processo penal parte da compreensão do papel do juiz nos regimes totalitários, contexto este, histórico, social, político e jurídico de surgimento do Decreto Lei 3.689/1941, o Código de Processo Penal, ainda vigente apesar de várias reformas parciais.

Conhecer a base teórica deste diploma autoritário figura como ponto crucial para compreender a estruturação processual em torno do fortalecimento da jurisdição em detrimento dos direitos e garantias das partes, notadamente no processo penal, do réu. Nesta toada destacam as construções teóricas de Bulow, desenvolvidas em duas fases acadêmicas. Primeiramente com a teoria da relação jurídica processual que coloca as partes em vínculo de sujeição ao juiz e no segundo momento, propugna ampla liberdade judicial, ou seja, o juiz poderia inclusive desvincular dos preceitos legais em busca de objetivos extraprocessuais do Estado.

Assim, compreender o Nazismo, o Fascismo e a ditadura brasileira do Estado Novo torna-se imprescindível para remontar o papel do juiz nos regimes totalitários. A incursão seguirá a trajetória das ideias *bulowianas*, que surge na Alemanha, passa pela Itália até ser recebida no Brasil. Sem perder de vista as respectivas particularidades os regimes assemelham em um traço marcante, o cidadão é visto como objeto de intervenção e conformação com um projeto único centrado no Estado, assim, a figura do juiz inerte é substituída, dando origem ao juiz protagonista, que no processo penal resulta em punitivismo.

A Alemanha assistiu a filiação espontânea da magistratura ao nacional-socialismo. Na Itália o papel opressor do juiz parte da estruturação do Código Rocco de 1930 e do controle externo realizado pelo governo fascista. E, finalmente, no Brasil, o Decreto Lei 3.689/1941, o Código de Processo Penal, surge da reforma

jurídica visando consolidar o Estado Novo de Getúlio Vargas, primando pela jurisdição e em segundo plano, pelos direitos e garantias do cidadão, em conformidade com o sistema italiano fascista.

O contexto histórico totalitário reflete de forma significativa na atividade de inúmeros juízes que permanecem fincados no regime jurídico autoritário e não fazem uma leitura do processo penal a partir da Constituição de 1998. A fim de comprovar esta afirmativa, será feito estudo de casos, tomando como base a pesquisa empírica e pioneira desenvolvida pelo Núcleo de Políticas Públicas (NUJUP), financiado pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) e Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais (FAPEMIG) e coordenada por professores integrantes ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, intitulada “*A reforma e o monitoramento das alterações no código de processo penal sobre prisões e medidas cautelares Lei 12.403/2011*”.

A pesquisa teve como objetivo verificar os impactos produzidos na atividade jurisdicional pelas normas contidas na Lei 12.403/2011 que alterou significativamente o “decreto autoritário” no tocante ao instituto da prisão preventiva, visando adequá-lo à Constituição e tentar resolver o problema da população carcerária, que possui grande quantidade de presos em virtude de medidas cautelares de prisão. O acesso ao conjunto de dados produzidos pelos pesquisadores permitiu restringir o universo da pesquisa e adaptar para o tema ora estudado. Neste contexto, pretende-se demonstrar a presença do papel opressor do juiz reproduzido na atividade judicial e que traduz em violações à direitos e garantias do cidadão, permitindo a vigência do autoritarismo sob um regime constitucional democrático.

Portanto, o tema em epígrafe possui interesse não só da comunidade acadêmica, com o enfrentamento teórico das bases autoritárias do Código de Processo Penal, mas de toda a coletividade dos operadores dos direitos e igualmente a sociedade civil, em virtude da contribuição visada por este estudo de superar o papel opressor do juiz, que notadamente produz repercussões empíricas.

Entende-se que o marco inicial para superação da opressão no exercício da função jurisdicional no processo penal passa pela compreensão do papel do julgador na Constituição de 1988. Nessa linha, será feita uma interpretação constitucionalmente adequada do papel do juiz. Para tanto, adota-se como marco

teórico o Modelo Constitucional de Processo, que compreende o processo democrático como garantia constitutiva de direitos fundamentais. Conta-se com o auxílio da teoria procedimentalista da democracia de Habermas (2003) e do processo como procedimento realizado em contraditório de Fazzalari (1996).

Será visto que os regimes estudados estão fincados no Estado Social, consubstanciado no fortalecimento estatal interventor na esfera individual. O indivíduo é visto como instrumento de realização de um projeto centrado no Estado. (HABERMAS, 2003, p. 190). Mas na linha da teoria *habermasiana* (2003) o paradigma do Estado democrático de direito reclama o cidadão ativo, não mais como alvo de intervenção ou conformação, mas sim protagonista da ordem jurídica e social. Para o referido autor no paradigma de Estado Democrático são institucionalizados processos comunicativos que garantam a participação do cidadão de forma que se veja como destinatário e autor da ordem jurídica. (HABERMAS, 2001, p. 155).

Assim, contrapõe-se ao fundamento da autoridade pura (ideologia totalitária) como forma de justificação da função judicial opressora, para propor em seu lugar a legitimidade. Este caminho implica em uma teorização processual adequada.

Nesse sentido, traz contribuições Elio Fazzalari (1992) com a teoria do processo como procedimento realizado em contraditório, ao centrar o contraditório na estrutura procedimental, o autor dá um salto para inserção do espaço discursivo procedimentalizado a legitimar as decisões judiciais. Sob esta perspectiva o provimento não pode ser ato solitário do julgador, pois não pode alterar ou anular as atividades dos participantes, isto é, a decisão é motivada pelos elementos produzidos em contraditório (FAZZALARI, 1992, p. 82). Significa dizer que as partes processuais possuem direito de participar em simétrica paridade na formação do provimento, cujos efeitos lhe afetarão. É desta participação que a legitimidade passa a incorporar a função judicial, colocando por terra a opressão.

O encaminhamento jurídico da legitimidade é feito pela Constituição, especificamente pelo Modelo Constitucional de Processo, de onde se extrai o papel do juiz. Conforme destaca Andolina e Vignera (1997) é na Constituição a morada de um verdadeiro esboço geral de processo composto pelas características da expansividade, variabilidade e perfectibilidade, que permitem incidir sobre os microsistemas processuais. (ANDOLINA; VIGNERA, 1997, p. 13). E a Constituição

brasileira (1988) cumpre com este propósito ao trazer em seu arcabouço os princípios do contraditório, legitimidade da fundamentação, ampla argumentação e o terceiro imparcial. (BARROS, 1999). Logo, a compreensão do papel do juiz no processo penal permeia os princípios processuais constitucionais, sendo latente a necessidade de adequação ao Modelo Constitucional de Processo.

A base de princípios redefine o papel dos sujeitos processuais. Nesse sentido como o juiz não será afetado pelo provimento, não participa diretamente do contraditório, deve garantir o desenvolvimento do debate processual pelas partes, da ampla argumentação e efetivá-los na fundamentação judicial, que, por sua vez, reveste a decisão de legitimidade e possibilita o exercício de um controle interno e externo da atividade jurisdicional.

Propõe-se que a partir de uma interpretação adequada ao modelo constitucional de processo o papel do juiz é o de efetivar os direitos e garantias individuais do cidadão, promovendo o desenvolvimento regular do debate processual, de onde devem extrair os elementos de convicção a ser devidamente fundamentados.

Diante desse desafio, a primeira parte do trabalho buscará reconstruir o papel do juiz nos regimes totalitários, passando pelas ideias processuais *bulowianas* de fortalecimento da jurisdição, em seguida será investigado o papel do juiz nos regimes Nazista, Fascista e da ditadura Vargas.

Na segunda parte do trabalho deter-se-á as análises dos dados apropriados da pesquisa desenvolvida pelo NUJUP, a fim de demonstrar empiricamente a presença do papel opressor do juiz que traduz em violações a direito e garantias individuais.

Finalmente será apresentada a proposta que contribui para a superação deste quadro. Assim, será desenvolvida a teoria procedimentalista da democracia de Habermas (2003), em seguida do processo como procedimento de Fazzalari (1996), as contribuições de Andolina e Vignera (1997) sobre a noção da base de princípios constitucionais, para estruturar o papel do juiz a partir do princípio do contraditório, ampla argumentação, fundamentação da decisão e do terceiro imparcial.

## 2 O PAPEL OPRESSOR DO JUIZ NOS REGIMES TOTALITÁRIOS

Este capítulo tem como objetivo investigar a atuação dos magistrados nos regimes totalitários, visto que respectiva abordagem é de suma importância para compreender o papel opressor desempenhado pelo juiz, em virtude do Código de Processo Penal, visto que é um decreto lei fora imposto, sob o regime ditatorial do Estado Novo.

Com este propósito, discorrerá, preliminarmente, sobre os trabalhos de Bülow, desenvolvido em duas fases acadêmicas, primeiro ao propugnar o vínculo de subordinação das partes ao juiz (BULOW, 2005) e em segundo momento ao propor amplos poderes de atuação judicial, que poderia desvincular da lei em cumprimento de uma missão social. (BULOW, 2003).

Tais trabalhos ganharam destaque na Alemanha, país de sua origem e local onde tiveram ampla adoção, bem como na Itália que os incorporaram no Código de 1930, especificamente pela ampla influência dos doutrinadores alemães, e, por conseguinte, no Brasil, que serviu do diploma fascista italiano como modelo (COUTINHO, 2009, p. 222), para a elaboração do Decreto 3.689/1941.

Nessa linha, a abordagem será remetida para a compreensão do Nazismo de Hitler, passando pelo Fascismo de Mussolini e o Estado Novo de Getúlio Vargas, uma vez que o fortalecimento da jurisdição contribuiu para consolidação dos regimes.

É diante deste contexto que o Decreto Lei 3.689/1941, o então vigente Código de Processo Penal se estrutura primordialmente em prol do bem comum, que retrata a ideologia do Estado, em detrimento de direitos e garantias individuais. O que se tem é o alinhamento da teoria processual *bulowiana*, Estados totalitários, papel opressor do juiz e processo penal.

### 2.1 O fortalecimento da jurisdição

Importa neste primeiro tópico retomar as ideias daquele que é considerado em sistematizar (CASTILLO, 1945)<sup>1</sup> a relação jurídica processual e atribuir

---

<sup>1</sup> Conforme Alcalá-Zamora Y Castillo o mérito de sistematizar a teoria deve-se a Bülow, mas pesquisadores já estudavam anteriormente. Contribuíram para desenvolvê-la ou criticá-la autores

cientificidade à disciplina do processo Oskar Von Bülow, sobretudo na obra publicada em 1868 intitulada “*A teoria das exceções processuais e pressupostos processuais*”. O segundo tópico adentrará em outra fase de desenvolvimento acadêmico das teorias desenvolvidas pelo autor, tomando como base o texto pilar de duas palestras públicas, *Direito Positivo e a Função Judicial*<sup>2</sup>, publicado no ano de 1885.

### **2.1.1 O vínculo de sujeição das partes ao juiz**

O mérito pelo qual Bülow é conhecido decorre da distinção feita entre a relação jurídica processual e a relação de direito material debatida entre as partes. Esta tem como base um acontecimento na vida das pessoas surgido antes do início do processo, por sua vez a relação processual é requisito essencial, preliminar, para dar início ao curso do processo. (TORNAGHI, 1959, p. 238).

Para Bülow (1868) ocorreu uma interpretação equivocada da teoria das exceções processuais do Direito romano, pois considerou a alegação exclusiva da defesa (*exceptio*) como sinônima da ideia de pressupostos (BÜLOW, 2005, p. 21), portanto, não estariam incluídas as alegações do demandante.

No processo formular as partes compareciam perante o pretor (*in iure*), o autor relatava os fatos e deduzia-se o litígio, isto é, a relação privada (*res*). O réu poderia se opor mediante apresentação da exceção (*exceptio*), argumentação de defesa material e processual. Não ocorrendo à confissão e ausente hipótese de término do processo as partes escolhiam o juiz ou era nomeado, caso não houvesse acordo, assumiam o compromisso de cumprir a decisão. Depois se fixava a fórmula com os elementos produzidos pelos litigantes e encaminhava para o juiz decidir. (CRUZ; AZEVEDO, 2001, p. 87).

Segundo Bülow (1868) entre os romanos existiam duas fases, embora não tivessem identificado e sistematizado. A primeira fase é anterior ao processo, preparatória da relação jurídica processual, ou seja, o procedimento *in iure*. Já a segunda fase deduzia-se o mérito, o procedimento *in iudicio*. (BÜLOW, 2005, p. 10).

---

como Wach, Kohler Stein, Hellwig o Von Kries, a Goldschmidt, Belling, Rosenberge o Kisch. (CASTILLO, 1945, p. 118)

<sup>2</sup> Texto original em alemão: GesetzundRichteramt.

Partindo desse raciocínio o autor substitui o termo exceções por pressupostos, encampando no mesmo conceito de pressuposto tanto as alegações do autor, pressupostos positivos, quanto às do réu, pressupostos negativos. (BÜLOW, 2005, p. 15). Finalmente Bulow conclui que os pressupostos são requisitos constitutivos da relação jurídica processual e diante da presença desta é possível desencadear o processo.

Ao juiz nesta etapa preliminar cabe deduzir das alegações do autor e do réu se os requisitos da relação jurídica estão presentes. Existindo esta conformidade, dá-se por autorizado o início do processo. Mas quais seriam os pressupostos verificáveis pelo juiz indispensáveis para constituir a relação jurídica processual?

Estas prescrições referem à competência do tribunal para julgar o caso, a capacidade das partes para situar em um dos pólos, a litigiosidade da matéria aventada, o pagamento de custas processuais pelo autor, a comunicação da demanda à parte adversa e a ordem (BÜLOW, 2005, p. 8-9), em síntese, diz respeito às pessoas, matéria, atos e momento que desenvolvem.

Ao definir a relação jurídica processual que se forma em momento anterior ao processo e que é distinta da relação de direito material que será debatida no curso processual (*res in iudicium deducta*) o autor supera o vínculo privado do direito romano e inclui em uma relação jurídica pública, pois o vínculo não perfaz entre os sujeitos privados, mas entre eles e o Estado.

Visto que os direitos e obrigações processuais aplicam-se entre os funcionários do estado e os cidadãos, desde que se trate no processo da função dos oficiais públicos e uma vez que, as partes são levadas em conta unicamente no aspecto de seu vínculo e cooperação com a atividade judicial; essa relação pertence, portanto, a uma relação jurídica pública. (BÜLOW, 2005, p.06).

Acrescente outra característica à relação jurídica processual, seu caráter contínuo, característica não presente nas relações privadas, isto é, enquanto as relações extraprocessuais são concluídas a relação processual desenvolve durante todo o processo. Assim, justifica o vínculo de subordinação permanente, durante todo o desenvolvimento processual, das partes ao juiz.

O processo é uma relação jurídica que avança gradualmente e que se desenvolve passo a passo. Enquanto as relações jurídicas provadas que constituem a matéria do debate judicial, apresentam-se como totalmente concluídas; a relação jurídica processual se encontra em embrião. Esta se

prepara por meio de atos particulares. [...] A relação jurídica processual está em constante movimento e transformação. (BÜLOW, 2005, p.06-07).

Uma síntese permite reconstruir a ideia do autor tratada até aqui. Presentes os pressupostos positivos e ausentes os negativos (alegações do réu) estabelece a relação jurídica processual, que habilita o início do processo.

Segundo o autor o processo constitui de um dualismo, da investigação dos pressupostos processuais e da relação litigiosa material. (BÜLOW, 2005, p. 10). Acrescente aos requisitos elencados (pressupostos) a relação material estabelecida entre as partes no mundo da vida, o suposto de fato da relação jurídica processual, que constitui a matéria a ser debatida no processo.

Enfim, com isso consegue desvincular de um processo privado e estabelece o vínculo de sujeição ao juiz/Estado, constituído diante da presença da relação jurídica pré-processual.

### **2.1.2 A missão social do juiz e sua ampla liberdade**

Mas as cogitações do alemão em torno da supremacia judicial que se iniciara, tornariam visíveis a partir do texto *Direito Positivo e a Função Judicial* (tradução livre)<sup>3</sup>. Neste trabalho que é resultado da conjugação de duas palestras, Bülow (1885) expõe a pretensão de estabelecer uma teoria da criação judicial do direito.

O texto destaca a participação histórica do judiciário na formação do direito europeu durante séculos, dos romanos ao povo moderno germânico e mesmo as leis redigidas não interromperam o trabalho criativo do juiz, pelo contrário, as legislações provieram das decisões judiciais que eram reflexo do direito de fato. (BULOW, 2003, p. 86).

No cenário da Alemanha não unificada, dividida em vilas, cidades, sem uma orientação legislativa, o direito firmou nos trabalhos dos tribunais. Mesmo em momento posterior com a proposta de buscar no estrangeiro (direito romano) uma fonte única orientadora, a inserção da legislação de Justiniano consolidou das decisões judiciais e não de forma oficial. (BULOW, 2003, p. 85).

Discorre Bülow (1885) que por mais detalhista e acabada, a lei não consegue antever toda a faticidade e seria permeada de incompletudes, assim haveria um

---

<sup>3</sup> Texto original em alemão: "*Gesetz und Richteramt*".

vasto campo para atuação do juiz em sua atividade criativa do direito, pois o trabalho do legislador encerra com o preceito legal em abstrato. (BULOW, 2003, p. 86).

Além da previsão legislativa não abarcar toda diversidade da vida, que modifica a todo instante a avaliação legal diante do caso pode ser deduzida de maneiras diferentes de uma Corte para outra, isto é, o legislador não pode pensar pelo juiz por causa das peculiaridades caso a caso. (BULOW, 2003, p. 87).

Reafirma em várias passagens do texto que mesmo diante do império do ordenamento cabe ao judiciário encontrar e criar o direito no caso. Dito com outras palavras existe outra forma de criação do direito, valiosa da mesma forma que a legislativa, a criação judicial. (BULOW, 2003, p. 86).

Neste aspecto a função do juiz perpassa a demanda, conduz a edificação e complementação do ordenamento. E mais que isso, como porta-voz do sentimento jurídico do povo, o juiz está livre para criar o direito, mediante critérios encontrados fora do ordenamento jurídico. (BULOW, 2003, p. 91).

Notória a condução do raciocínio de Bülow para o papel ativo do juiz. Em síntese, se no primeiro momento, com os pressupostos processuais, vincula as partes à supremacia judicial, neste segundo trabalho abre o campo de atuação do juiz para além do processo entre as partes, pois lhe cumpre uma difícil missão social. (NUNES, 2008, p. 102).

É este o manancial teórico desenvolvido por Bulow que serve de base para o Decreto Lei getulista, principalmente em virtude do código processual penal italiano de 1930, por sua vez sistematizado cientificamente por Manzini, seu principal redator, que adotou a teoria *relacionista*<sup>4</sup> influenciado pela doutrina alemã. Nesta toada serão abordada as repercussões do fortalecimento da jurisdição no Nazismo, Fascismo e no Estado Novo.

## 2.2 A filiação judicial ao nacional-socialismo

Uma frase resume as colocações propostas por Bulow, conforme exposto no primeiro capítulo: “*O juiz é a encarnação viva da nação*”. Este trecho retirado da obra<sup>5</sup> da autora alemã Ingebor Maus (2010) na verdade retrata o papel

---

<sup>4</sup> Neste trabalho o termo *relacionista* faz referência às ideias de Bulow.

<sup>5</sup> MAUS, Ingeborg (Coord.). *O judiciário como superego da sociedade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v, 234 p.

desempenhado pelo Judiciário durante o regime alemão Nazista (MAUS, 2010, p. 34) e não por acaso é adequada à missão do juiz conforme a linha teórica *bulowiana*, tendo em vista que a supremacia judicial desempenhou relevante papel para consolidar o regime.

Esclarece a autora que no início do século XX os juízes passavam por uma decadência, iniciada no final do Império alemão com baixos vencimentos e fincados em funções burocráticas além de ficar à mercê da hegemonia do Parlamento. Sentiam o impacto negativo não apenas do ponto de vista funcional, mas também social. Na busca de uma valoração se organizam no “movimento do direito livre” e na Associação de Juízes. De uma forma sintética, reivindicavam uma ampla liberdade do juiz frente à lei e valoração do cargo com salário condizente.

Se a passagem do regime monárquico para o democrático representou o deslocamento do poder real para o Parlamento, na tarefa de criar leis, os juízes também almejavam poderes reais semelhantes. Assim pretendiam não apenas dizer o direito escrito, mas sim completar o ordenamento jurídico através de suas decisões, usando de uma metáfora a autora Ingeborg Maus (2010) pontua: aspiravam a “rei-juiz”. (MAUS, 2010, p.30).

Neste passo o judiciário poderia assumir o papel de condutor do bem-estar comum do povo, e para tanto, diante da necessidade, suprimir a legislação escrita em busca dos ditos interesses superiores. Mas este pano de fundo (bem comum) foi ocupado pela ideologia conduzida pelo nacional-socialismo que tinha o objetivo de abolir os conflitos de grupos para formar uma unidade da nação.

Dentre os regimes totalitários que emergiram nas primeiras décadas do século XX, o Nazismo (1933-1945) comandado por Adolf Hitler despontou com uma característica singular, assentada na ideologia de unidade racial. Conforme destaca Hannah Arendt (1975) o racismo foi a saída para unir o povo contra o domínio estrangeiro. (ARENDR, 1975, p. 195).

Neste sentido, é desenvolvido o conceito de personalidade inata, que seriam direitos e qualidades adquiridas pelo nascimento, assim atribuído aos arianos e seus descendentes, restando de fora destes conceitos os estrangeiros e especialmente os judeus que era a classe burguesa na Alemanha. (ARENDR, 1975, p. 195).

É seguindo este caminho que o Estado total alemão buscará implementar durante o período que teve no comando Adolf Hitler a ideologia racista. Segundo Hitler (1925):

O Estado nacionalista racista tem que cuidar do bem-estar dos seus cidadãos, em tudo em que reconhecer o valor da personalidade, e, assim, introduzir, em todos os campos de atividade, aquela produtiva capacidade de direção que só ao indivíduo é concedida. (HITLER, 1925, p.413).

Assim, na parte que lhe toca, coube ao Poder Judiciário atribuir ao povo alemão o sentimento de pertença incondicional ao regime totalitário nazista. Dito de outra forma, acima do ordenamento há um direito suprapositivo cujo papel precípua do juiz é buscar e aplicar. O que se tem é a conversão da função da justiça em instrumento de objetivos nazistas. (MAUS, 2010, p. 33).

O juiz não tem que atuar como porta-voz de um sentimento nacional qualquer, mas ensinar a um povo “doente” um sentimento “sadio” - é justamente nisso que consiste sua função de superego. Nem o próprio conceito pressuposto de povo é empírico: quando o juiz – como formular as “Cartas aos Juizes”, publicadas pelo Ministério da Justiça do Reich desde 1941 – é empregado como “protetor dos valores de um povo e (...)” destruidor dos desvalores, o povo torna-se, como “idade”, como povo “verdadeiro”, o objetivo e o produto da atividade decisória judicial. (MAUS, 2010, p. 33).

Ingeborg Maus (2011) não aceita a tese de submissão do judiciário ao regime Nazista em virtude do positivismo jurídico com suas leis de conteúdos nítidos, segundo o qual, o juiz deve obediência à lei/ordem de Hitler. Para melhor compreensão da afirmação da referida autora abre-se um parêntese.

Na linha positivista kelseana o juiz seguiria uma dedução lógica, parte de uma premissa mais genérica (norma superior) para chegar a uma premissa mais específica (norma inferior), seguindo este raciocínio até incidir a norma ao caso. E aí residem os traços fundamentais da interpretação autêntica, que em última análise é o acompanhamento intelectual de criação do direito movendo de um nível superior ao nível mais baixo da pirâmide (KELSEN, 1998, p. 155). Para esta concepção o ponto central do direito é a sua validade. Assim, bastando sua regular emanção do Estado Nazista a norma estaria apta a ser aplicada pelo juiz, independente de seu conteúdo ser violador a direitos e garantias individuais do cidadão: Segundo Kelsen (1988):

Segundo o Direito dos Estados totalitários, o governo tem poder para encerrar em campos de concentração, forçar a quaisquer trabalhos e até

matar os indivíduos de opinião, religião ou raça indesejável. Podemos condenar com a maior veemência tais medidas, mas o que não podemos é considerá-las como fora da ordem jurídica desses Estados. (KELSEN, 1988, p.44).

Neste sentido a participação do juiz ao regime Nazista resultaria da aplicação expressa do texto pelo juiz, como se fosse obediência a uma ordem do Reich. Seguindo este raciocínio o juiz estaria isento das atrocidades<sup>6</sup>, uma vez que apenas cumpriu ordens legais.

Entretanto, muito pelo contrário, para Ingerborg Maus (2011) houve uma adoção voluntária dos órgãos judiciais. Neste período houve uma baixa produção legislativa, e, por outro lado, a criação de preceitos normativos era genérica cuja complementação ficou a cargo do julgador. O regime de não direito ou a deformalização (MAUS, 2010) da norma em preceitos gerais serviram melhor para a consolidação das ideologias totalitárias pelo juiz, uma vez que a lei clara poderia servir de empecilho e restringiria a atuação do Estado.

A filiação do judiciário ao regime nazista fica nítida na declaração de fidelidade expedida pela Associação dos Juízes alemães a Hitler:

O juiz alemão sempre consciente, nacionalista e responsável [...], sempre decidiu segundo a lei [!] e a sua consciência [!]. Oxalá possa a grande tarefa de construção do Estado oferecer em breve ao povo alemão o sentimento da imprescindível união. (MAUS, 2000, p. 196).

Com estas considerações é possível dimensionar como a adoção da teoria da relação jurídica favorece a efetivação da ideologia totalitária, pois é a chave de acesso e vinculação das partes ao Poder Judiciário que busca a efetivação do regime. Segundo Marinoni (2014), a relação jurídica processual centrada na jurisdição, ao desprezar a realidade dos sujeitos, pode esconder qualquer forma de exercício de poder, qualquer vontade estatal (MARINONI, 2014, p.03) de uma decisão.

Cabe destacar as observações de Nunes (2012) ao reconstruir os sistemas processuais. Esclarece que a socialização processual que reforça o protagonismo

---

<sup>6</sup> Mas atenção, o próprio positivismo jurídico *kelseano* encarregou de superar os preceitos iniciais. O próprio positivismo passa a admitir decisões fora da moldura normativa. Isto porque, uma vez que o modelo de regras seria impossível de prever todos os fatos da vida, ocorre que uma demanda aportada em juízo pode não ser regulada normativamente, assim passa a ser admitido o judiciário atuar fora da moldura da norma, de forma criativa. (OLIVEIRA, 2001, p. 50).

judicial já era também defendida por Klein. Esta concepção ressonou diretamente na Alemanha (entre outras legislações). Em 1934 a reforma jurídica retirou o controle das partes e atribuiu ao juiz um papel mais ativo. Já durante o regime totalitário de Hitler, em 1933, estruturou a partir do discurso de que a função jurisdicional não serve apenas às partes no processo, mas atinge toda a coletividade. (NUNES, 2012, p. 56).

André Leal (2008) ao questionar a cientificidade da teoria da relação jurídica processual conclui sobre a intenção de Bülow de fortalecer a atuação dos juízes sem que postulasse qualquer controle, legitimando o uso desmedido do poder pelo Estado. O que se tem não é a criação de uma ciência processual, mas uma tecnologia da jurisdição como atividade do juiz. (LEAL, A. 2008, p. 65).

Quando se leva em consideração aspectos da metodologia os direitos aceitos à época do surgimento da teoria de Bülow e a tentativa confessada do autor, conforme se viu, de influir nos textos legislativos que eram então elaborados, torna-se possível vislumbrar que o objetivo precípua do jurista alemão era o de fundamentar teoricamente a necessidade do aumento do poder do estado, dos juízes e dos tribunais. (LEAL, 2008, p. 45).

Estabelecida à relação jurídica processual as partes “desaparecem” para a participação ativa da jurisdição que detém poderes amplos, por exemplo, a produção da prova, decretação de prisão cautelar com base na ordem pública e na livre convicção probatória. O juiz fica adstrito de qualquer vinculação e controle e está livre para incorporar os objetivos da nação fundamentados no regime nacional-socialismo. Conforme afirma André Leal (2008), o processo na perspectiva de Bulow é técnica para o desempenho da jurisdição em reforço das convicções no nacionalismo alemão. (LEAL, A. 2008, p.29<sup>7</sup>).

Mas as ideias *bulowianas* que serviram para o fortalecimento da atividade judicial como agente filiado ao Nazismo, também contribuiu para a opressão imposta pelo regime Fascista na Itália, que inseriu o manancial teórico no Código de 1930, principalmente por influência de Vincenzo Manzini, estudioso da doutrina alemã. Nesse sentido, a abordagem seguinte volta-se para o papel do juiz no Fascismo.

---

<sup>7</sup> No mesmo sentido destaca Aroca (2014) sobre o juiz no Nazismo: “El juez es el Estado actuando em el proceso y queda revestido de toda la autoridad y dignidad propia de ese Estado. Su función es garantizar que las leyes fascistas son observadas em la práctica”. (AROCA, 2014, p. 44).

## 2.3 O papel opressor do juiz no Fascismo

Para a reconstrução do papel do juiz Fascista primeiramente será destacado aspectos gerais que contribuem para a compreensão do regime. Com isso é possível evidenciar que a opressão foi o caminho escolhido para manter Mussolini no poder. É deste cenário que surgem as reformas jurídicas e por derradeiro o código de processo penal de 1930, fundamentado na doutrina *bulowiana* de fortalecimento da jurisdição e a missão de buscar os fins do Estado na linha do regime, ou seja, o juiz é mais um agente opressor do Estado fascista, seja por cumprir as regras do Código, seja pela vinculação e controle do governo.

### 2.3.1 A opressão do regime

Para entender o papel opressor do juiz no Código italiano de 1930 é importante uma noção sobre o Fascismo que marcou a Itália principalmente no período de 1922 a 1943, sob comando de Benito Mussolini.

O Fascismo pode ser interpretado por mais de uma ótica, as quais reunidas contribuem para um exame mais apurado sobre o assunto. A primeira delas advoga que seria uma reação ao declínio moral da virada para o século XX incentivado pelo materialismo, pelo nacionalismo e admiração por figuras heroicas, sendo a saída à adesão ao movimento. (BLINKHORN, 1984, p. 81 -87).

Por outro lado, o Fascismo é visto como fruto da sociedade de massas surgida com a repentina industrialização, acentuada urbanização, com os percalços da primeira guerra e desmobilização que contribuíram para tirar os italianos das relações costumeiras e ficarem à deriva, sendo mobilizados facilmente pela crescente fascista. (BLINKHORN, 1984, p. 81 -87).

De outra monta, o sentimento de modernização na economia pós primeira-guerra mundial teria impulsionado o surgimento fascista no sentido de controlar a classe trabalhadora em ascensão e direcionar os recursos produtivos, principalmente a setores industriais e agrícolas (desenvolvido). (BLINKHORN, 1984, p. 81 -87).

Há também o lado revolucionário, a necessidade de uma classe média em ascensão superar a classe política liberal operadora da máquina pública em detrimento das demais. (BLINKHORN, 1984, p. 81 -87).

Por outra linha o regime fascista é visto como um instrumento do capitalismo, que diante da efervescência dos movimentos de classes operárias apoiou a linha contrária, representada pela bandeira fascista, a fim de oprimir os opositores do desenvolvimento econômico:

Quando um Estado se torna fascista, isso não quer dizer somente que as formas e métodos de governo mudem de acordo com o modelo estabelecido por Mussolini – em última análise, as mudanças a esse nível desempenham um papel secundário – mas que, geralmente em primeiro lugar, as organizações operárias são aniquiladas; que o proletariado é reduzido a um estado amorfo; e que é criado um sistema de administração que penetra profundamente nas massas e que serve para frustrar a cristalização independente do proletariado. É nisso que consiste a essência do fascismo... (MANDEL, 1976, p. 88).

Importa também destacar o prisma totalitário pelo qual é visto o Fascismo. Nessa perspectiva a estrutura do regime fica evidenciada mais que os motivos de seu surgimento. São exemplos, a centralidade do poder no chefe, unidade partidária, monopólio estatal do poder repressivo e dos meios de comunicação e dirigismo econômico. (BLINKHORN, 1984, p. 84).

Sem querer esgotar o tema, este panorama contribui para uma interpretação do contexto conturbado que Itália vivenciava e seria enfrentado pelo Dulce Benito Mussolini. Segundo Guido Neppi Modona (2010) três modalidades de repressão eram utilizadas pelo regime contra a oposição política, graças à legislação especial para a defesa do Estado e da Segurança Pública. A primeira modalidade repressora foi a mudança de crimes comuns para crimes políticos, como injúria e difamação contra o regime ou símbolos fascistas. A segunda modalidade repressora serviu da criação de um tribunal especial para a defesa do Estado e julgamento pela justiça militar de crimes comuns. E finalmente a terceira modalidade incorporou o uso das forças armadas e policiais. (MODONA, 2010, p. 210).

Sem dúvida, é deste contexto que extrai o papel do juiz, de um regime que se organiza administrativamente e juridicamente para reprimir os opositores e manter o poder em um projeto centralizado no Estado, baseado na ideologia do Fascismo. Com este objetivo, nos tópicos seguintes a abordagem volta-se para a estrutura opressora do Código italiano fascista, cujas regras o juiz deveria operar, bem como discorre sobre o controle externo exercido pelo regime sobre a atividade judicial.

### 2.3.2 A perspectiva punitiva do Código Rocco

O aspecto punitivo do Código Rocco pode ser percebido a partir de uma investigação acerca da ciência que subsidia sua estruturação, mormente adentrando no campo teórico defendido por seu principal e quase único redator, Vincenzo Manzini, que comprometido com o Fascismo promove a reforma jurídica processual como instrumento do regime. Nesta toada, importante a compreensão sobre o conceito de ação e da relação jurídica processual.

Segundo Tornaghi (1959) a separação entre o direito material e a relação que se firma no processo (relação jurídica processual) com maior ou menor medida teve adesão pelos doutrinadores alemães e italianos. Primeiramente na Alemanha com os livros de Wach, em seu manual de processo civil alemão<sup>8</sup> e de Kohler, em “*O processo como relação jurídica*”. (TORNAGHI, 1959, p.231). Posteriormente destacou entre os processualistas civis italianos tendo como adeptos Mortara, Chiovenda, Alfredo Ascoli, Alfredo Rocco, Luigi Ferrara e Ugo Rocco. (TORNAGHI, 1959, p.231 e 236).

No âmbito processual penal a Itália também se torna terreno fértil, encontra adeptos como: Eisler, Binding, Rulf-Gleispach, Beling, Martucci, Giuseppe Guarneri, Angioni, Lanza, De Mauro e entre eles Manzini. (TORNAGHI, 1959, p.231 e 236)<sup>9</sup>.

Contudo dois nomes ganharam destaque na Itália diante da participação fundamental na elaboração do Código italiano de 1930. O primeiro autor é Arturo Rocco, que já no ano de 1905 defendia a teoria da relação jurídica processual como corolário do direito subjetivo de punir do Estado. (MILETTI, 2010, p. 75). Ministro do Estado fascista italiano foi responsável por encomendar uma reforma no processual penal condizentes com o regime. Em sua homenagem, a legislação processual que entraria em vigor ficou conhecida como Código Rocco. (PISANI, 1997, p. 3).

Mas teve maior destaque os trabalhos de Vincenzo Manzini, quem ficou a cargo de elaborar a nova legislação.

---

<sup>8</sup> Handbuch des deutschen Civilprozessrechts, Lípsia, 1885. (TORNAGHI, 1959, p.230).

<sup>9</sup> De acordo com Tornaghi (1959) “A autonomia do processo, do *iudicium em relação à res in iudicium deducta*, foi, com maior ou menor amplitude, afirmada por todos os escritores de língua alemã ou italiana destes últimos tempos. MORTARA, que na Itália rompeu com a tradição, não chegou a apregoar a total independência da relação processual (V. doutrina de MORTARA nos capítulos a respeito da relação processual e da ação). Mas os autores que o sucederam, unânimesmente pregaram a autonomia da relação processual.” (TORNAGHI, 1959, p. 51).

Alcala-Zamora Y Castilho (1945) esclarece que Manzini foi influenciado desde cedo pelos processualistas alemães e destacou por seus méritos na doutrina italiana. Para o autor o Código de 1930 apresenta uma técnica admirável e serviu para renovar os estudos processuais penais. Aponta que os trabalhos de Manzini entram em destaque por dois motivos, primeiro pelo Tratado de número I e, em segundo, por ser praticamente o único redator do código processual. A grandiosidade acadêmica de Manzini para o processo penal é comparada por Castillo (1945) a importância de doutrinadores do processo civil, como Chiovenda, Carnelluti e Calamandrei. (ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, 1945, p. 174).<sup>10</sup>

A obra de Manzini “*Istituzioni di diritto penale italiano*” é fiel, não deixa dúvida sobre a opção pela teoria da relação jurídica<sup>11</sup>, conforme expõe, “para a constituição válida do processo penal deve ser verificado alguns requisitos essenciais, precisamente denominados como pressupostos processuais”. (MANZINI, 1948, p. 12 e 13).

Mas deve ser destacada uma significativa adaptação para a teoria processual penal. Veja, a relação processual civil configura entre autor e réu e está em jogo a disputa entre partes. Para Manzini, em seu Manual de 1912, a relação jurídica processual possui apenas o réu como parte, o Ministério Público é o próprio órgão estatal e busca interesses superiores (MILETTI, 2010, p.99), isto é, o Estado no seu *mister* possui o direito de punir.

Com isso Manzini defende uma jurisdição soberana, que no caso concreto visa aplicar uma norma jurídica penal violada, bem como a execução das conseqüências mediante atuação dos órgãos do Estado. (MANZINI, 1951, p. 23).

Nesta toada, a relação jurídica processual fica afinada ao conceito de ação adotado pelo doutrinador do Código. Conforme esclarece Millete (2010) três teorias eram concorrentes sobre a ação naquele momento. Pela teoria concretista, sendo a principal bandeira defendida por Wach e Bulow, tem direito a ação aquele que alcança uma sentença favorável. Já de acordo com a teoria imamentista a ação está intimamente ligada ao direito material, não há ação sem o direito, nem o direito sem ação. A terceira corrente elaborada por Jacob Weismann e levada para Itália por

<sup>10</sup> Segundo José Frederico Marques (2000) o autor italiano sobressai em seus trabalhos acadêmicos por ter sistematizado a teoria da relação jurídica na Itália. (MARQUES, 2000, p. 124).

<sup>11</sup> No original: “Presupposti processuali - Per la valida costituzione e per la legittima immanenza del rapporto processuale penale si presuppongono alcuni elementi essenziali, che si denominano appunto presupposti processuali (nozione alquanto incerta nella dottrina)”. (MANZINI, 1948, p. 12 e 13).

Chiovenda e transportada para o processo penal por Lanza, via a ação como direito autônomo e abstrato dirigido contra o adversário mediante provocação do Estado. (MILLETE, 2010, p. 71).

Vincenzo Manzini no Tratado editado em 1925 optou pela teoria imamentista (ação/direito) uma vez que entendia ser o processo penal uma reação do Estado mediante intervenção judicial contra o agente infrator. Segundo o referido autor, a finalidade do processo penal coincide com os objetivos extraprocessuais mirados pelo Estado. (MILLETE, 2010, p. 71).

A sistemática adotada por Manzini foi enfraquecer os direitos individuais e fortalecer o princípio da autoridade judicial, com isso permite o direito processual conformar com a ideologia do Estado italiano fascista, objetivo este lastreado nos precursores do regime, como do próprio ministro Alfredo Rocco, que impulsionou uma reforma para alcançar os interesses fascistas.<sup>12</sup> (MILETTI, p. 363).

Dito de outra forma, o Código Rocco foi estabelecido em perfeita harmonia com a ideologia Fascista e coroou a submissão do indivíduo ao Estado, através da repressão via processual. Conforme destaca Milleti (2010), em circular no ano de 1931, o chefe fascista conclamou que deixasse de lado qualquer sentimento de piedade na aplicação do diploma. (MILETTI, 2010, p. 94).

### **2.3.3 O juiz como agente do Fascismo**

O processo penal aventado por Manzini nada mais é que um mecanismo de opressão operado em harmonia com o regime fascista pautado no fortalecimento do Estado. É neste sentido que o juiz é colocado na esteira repressora e assume uma posição extremamente ativa perante o curso do processo em detrimento de direitos e garantias individuais.

O desdobramento disso parece lógico, se o processo deriva do direito de punir do Estado cumpre ao agente juiz ir à procura deste direito. Em síntese, a essência do seu papel é aplicar as regras do direito material e processual de cunho fascista.

---

<sup>12</sup> A base autoritária do Código Rocco permaneceu após o regime fascista. Várias tentativas de reformas foram realizadas pós Segunda Guerra Mundial, em uma delas Manzini ainda apregoa a permanência da relação jurídica. Um novo código processual somente entrou em vigor em 1988. (MILETTI, p. 388).

Nesse sentido o juiz possui amplos poderes no processo, como participar diretamente da produção de provas e da investigação pré-processual. Nas palavras do redator do Código:

[...] no processo penal o juiz é parte ativa na investigação judicial, a qualidade de introduzir provas não pertence, tão somente ao Ministério Público e outras entidades privadas (assim como o ofendido pelo delito, ainda que não tenha adquirido a qualidade de parte civil), são também o juiz, mesmo que para iniciativa própria tenha um limite médio de acervo probatório produzido nos autos. (MANZINI, 1952, p. 199, tradução nossa).<sup>13</sup>

Nota-se que ao lado do órgão ministerial, do ofendido e acusado ao juiz compete o papel ativo de corroborar para a produção da prova a fim de formar seu convencimento acerca dos fatos. Para Manzini (1952) esta competência não afeta a imparcialidade tendo em vista o livre convencimento. “A valoração da prova consiste na análise crítica, pelo próprio magistrado, do resultado do exame probatório e da livre convicção acerca da conclusão desta mesma prova e dos fins processuais.” (MANZINI, 1952, p. 200, tradução nossa).<sup>14</sup>

Conforme destaca Aroca (2014):

A ideia fascista é a base de tudo é o primado da autoridade e a dignidade do Estado que está acima de quaisquer considerações das pessoas. O juiz é o Estado atuando no processo está revestido de toda autoridade e dignidade do próprio Estado. Sua função é garantir que as leis fascistas são observadas na prática. (AROCA, 2014, p. 44, tradução nossa)<sup>15</sup>

Contudo, para além do aspecto estrutural do diploma punitivista que deveria ser aplicado, o papel opressor do juiz no Fascismo também deve ser visto diante do amplo controle pelo regime e a dependência funcional do Executivo. A própria

---

<sup>13</sup> Por lo demás, como em el proceso penal tiene el juez una parte activa em la investigación judicial, la calidad de sujeto autorizado para introducir la prueba pertenece, no solo al ministerio público y a las otras partes privadas (así como también al ofendido por el delito, aunque no haya adquirido la calidad de parte civil: art. 306), sion también al juez mismo, en cuanto admita por propia iniciativa un medio determinado de prueba en el proceso (ejemplo: art. 299, 368, 457, 465, 469, 520). (MANZINI, 1952, p. 199).

<sup>14</sup> La valoración de la prueba consiste em el análisis crítico, hecho por el magistrado, del resultado del examen probatorio y em la consiguiente libre convicción de el acerca de lo concluyente de esa misma prueba a los fines procesales (véase vol. I, n.43). (MANZINI, 1952, p. 200).

<sup>15</sup> La Idea fascista que está em la base de todo es la primacía de la autoridad y de la dignidad del Estado que está por encima de cualesquiera consideraciones de las personas. El juez es el Estado actuando em el proceso y queda revestido de toda la autoridad y dignidad propia de ese Estado. Su funciones es garantizar que las leyes fascistas son observadas em la práctica. (AROCA, 2014, p. 44).

organização preexistente à reforma jurídica promovida pelo regime contribuía para este quadro. O Judiciário permaneceu vinculado politicamente ao Executivo, uma vez que o estatuto jurídico de entrada na carreira, atribuição de locais, designação de funções, transferência de sede, promoções na carreira, nomeação dos chefes, iniciativa de processos disciplinares estava nas mãos do governo, exercido por meio de ministros ou Conselhos de Ministros designados pelo Ministério do Fascismo. (MODONA, 2010, p. 213).

Conforme destaca Modona (2010) o atraso na reforma da ordem judicial era conveniente, uma vez que o regime fascista deparou com um contexto regular, institucional e cultural consolidado por uma longa tradição de controle do Executivo sobre o Judiciário. Grandes inovações eram vistas como dispensáveis para garantir o apoio.

Um Decreto de 30 de dezembro de 1923, número 2.786, eliminou qualquer chance de caminhar em direção à independência do Judiciário, subordinando-o várias atribuições a expedição de decretos emitidos pelo Executivo. (MODONA, 2010, p. 213-214).

Acrescente o grande número de circulares que serviam para exercer influência das mais diversas normas, como exemplo, estendeu ao Judiciário regras de tratamento entre funcionários públicos, como saudações pessoais, obrigação de usar uniforme em serviço, dentre outros. O fascismo visava o controle total do setor público e a ausência de autonomia das funções judiciais. (MODONA, 2010, p. 219).

Conforme explicitou Rocco, considerado o guardião do regime, por meio de circular em 16 de maio de 1929, que o espírito do Fascismo penetrou com maior rapidez no judiciário do que em outros setores estatais e exemplificou apresentando jurisprudências em consonância com o regime e concluiu, o judiciário italiano vem demonstrando na prática aderência ao Fascismo. (MODONA, 2010, p. 217).

Mas a repressão como mecanismo do regime italiano também estendeu ao Brasil, quando da vigência da Ditadura Vargas, período conhecido como Estado Novo.

## **2.4 O papel opressor do juiz no Decreto-Lei do ditador Getúlio Vargas**

Com o objetivo de demonstrar que o Decreto Lei 3.689/1941 consubstanciou a partir do fortalecimento da jurisdição com a adesão as ideias bulowianas, do fortalecimento da jurisdição, torna-se necessário discorrer brevemente sobre o contexto histórico do surgimento do diploma processual, vinculado ao Estado Novo, período em que Getúlio Vargas governa o Brasil sob regime ditatorial.

### **2.4.1 A Era Vargas - a violência no centro do poder**

Não é propósito fazer uma reconstrução ampla acerca dos motivos políticos, sociais e ideológicos que serviram de propulsão para a chegada de Getúlio Vargas ao poder. O objetivo limita-se a evidenciar a opressão como instrumento do regime contra seus opositores.

É este o cenário de violência que seria marcante com o fim a República Velha, (1889 a 1930), diante da ascensão de Getúlio Vargas, empossado no cargo número Um do Poder Executivo em 1930, após a derrubada do Presidente Washington Luíz por militares. Após um período provisório que estendeu até 1934, pressionado pela oposição política, principalmente oriunda de São Paulo<sup>16</sup>, Vargas promulgou uma Constituição, mas permaneceu na presidência após vencer as eleições<sup>17</sup>. (SKIDMORE, 1975, p. 21-26).

Entretanto, a intenção de Vargas era a permanência no Poder. Próximo à nova eleição presidencial que ocorreria em 1938. Para tanto, colocou em prática o Plano Cohen. Sob o argumento de uma ameaça comunista nacional de tomar o país e colocar o terror em toda sociedade, Getúlio decretou o fechamento do Congresso e impôs uma nova Constituição em 1937. Iniciava o período conhecido como Estado Novo. (CASTRO, 2006, p.473).

---

<sup>16</sup> Em 1932 uma guerra civil deflagrou em São Paulo contra o governo federal querendo a deposição de Getúlio e a proclamação de uma Constituição, mas a manifestação foi controlada e os opositores reprimidos, fato conhecido como Revolta Constitucionalista de 1932. (CASTRO, 2006, p.445).

<sup>17</sup> Getúlio Vargas, como é conhecido, ficou à frente do Executivo em dois momentos. O primeiro período vai de 1930 a 1945, e subdivide em três fases: chefe do governo provisório (1930 a 1934), Presidente do governo constitucional (1934 a 1937) e ditador (1937 a 1945). O segundo período foi eleito como Presidente, de 1951 a 1954, quando então falece.

A perspectiva violenta que o regime assumiria fica muito clara e exposta pelo teórico do regime, Francisco Campos (2001), conforme anotado:

O uso da violência, como instrumento de decisão política, passou para o primeiro plano, relegando os processos tradicionais de competição, e onde quer que se abra a perspectiva dessa luta, torna-se imprescindível reforçar a autoridade executiva, única, cujos métodos de ação podem evitar ou impedir que ele assuma a figura e as proporções da guerra civil. (CAMPOS, 2001, p.41).

O Estado assume uma postura de controle e intervenção em quase todos os setores da esfera individual do cidadão, usando para isso, da violência. Conforme destaca Elizabet Cancelli (1993) o Estado getulista centrou na violência (estatal) como instrumento de controle.

As razões eram básicas. Não haveria expressão mais enérgica para o Estado totalitário do que um Estado administrador dos negócios humanos, autor responsável, diante de Deus e perante a sua consciência, de todos os seres menores, que tivesse o pleno direito de constranger estes 'seres menores' à sua própria salvação. O valor supremo da sociedade não se constituiria no homem, mas na nação e no Estado, aos quais o homem deveria o sacrifício do corpo e da alma. (CANCELLI, 1993, p. 20).

Para Thomas E. Skidmore (1975) o Estado Novo representou uma versão branda do totalitarismo Fascista italiano, em síntese é a somatória da dicotomia entre questões econômicas e sociais e a preocupação com o bem estar social de fundo nacionalista e antidemocrático. (SKIDMORE, 1975, p. 21-26).

Em face desta perspectiva, de centralidade em um Estado interventor e de uso da violência como instrumento de controle, que uma consolidação jurídica se fez necessária, neste contexto uma nova legislação processual também seria imposta o Decreto Lei 3.689/1941.

#### **2.4.2 A consolidação jurídica do regime**

Visando concretizar o Estado Novo, segundo Francisco Campos (2001), idealizador do regime, um novo conjunto de normas jurídicas era necessária, ou seja, era preciso uma consolidação jurídica do regime.

Os objetivos almejados pelo Estado podem ser maiores esclarecidos a partir da leitura do Preâmbulo da Constituição de 1937, imposta por Vargas e também escrita por Francisco Campos<sup>18</sup>:

ATENDENDO às legítimas aspirações do povo brasileiro à paz política e social, profundamente perturbada por conhecidos fatores de desordem, resultantes da crescente agravação dos dissídios partidários, que, uma notória propaganda demagógica procura desnaturar em luta de classes, e da extremação, de conflitos ideológicos, tendentes, pelo seu desenvolvimento natural, resolver-se em termos de violência, colocando a Nação sob a funesta iminência da guerra civil; ATENDENDO ao estado de apreensão criado no País pela infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios, de caráter radical e permanente; ATENDENDO a que, sob as instituições anteriores, não dispunha, o Estado de meios normais de preservação e de defesa da paz, da segurança e do bem-estar do povo; Sem o apoio das forças armadas e cedendo às inspirações da opinião nacional, umas e outras justificadamente apreensivas diante dos perigos que ameaçam a nossa unidade e da rapidez com que se vem processando a decomposição das nossas instituições civis e políticas: Resolve assegurar à Nação a sua unidade, o respeito à sua honra e à sua independência, e ao povo brasileiro, sob um regime de paz política e social, as condições necessárias à sua segurança, ao seu bem-estar e à sua prosperidade, decretando a seguinte Constituição, que se cumprirá desde hoje em todo o País (...). (BRASIL, 1937).

Assim, novas legislações foram impostas como o Código Comercial e a legislação trabalhista. O Código de Processo Civil também sofreu intervenções, entre elas uma merece ser destacada, a posição do juiz, que segundo o autor fica investido na autoridade do Estado para dentro da parte que lhe cabe efetivar o bem social. (CAMPOS, 2001, p. 139)

Conforme acentua Lopes (2009) os textos jurídicos da Era Vargas (1930-1945) eram resultado maior do que uma tentativa de superar a velha República liberal, era sim o mais apropriado instrumento para a consecução dos objetivos do governo. (LOPES, 2009, p.519).

Na esfera penal a intenção era estabelecer simultaneamente o Código Penal e Código de Processo Penal<sup>19</sup> uma vez que tinham propósitos convergentes, assim era possível evitar eventuais divergências que uma publicação separada poderia ocasionar.

---

<sup>18</sup> “Conhecedor profundo da Ciência do direito, dominava os princípios fundamentais da legislação brasileira e do exterior. Ministro da Justiça, foi o principal coordenador da feitura do arcabouço jurídico em que se apoiou o Estado Novo, incluindo a Carta Constitucional de 1937 (da qual foi quase autor exclusivo) e da reforma dos principais Códigos e Leis da época”. (MORES, 2002, p.3).

<sup>19</sup> Entretanto o Código Penal, Decreto-Lei 2.848 data de 07 de dezembro de 1940, já o Código de Processo Penal, Decreto-Lei 3.689, entrou em vigor posteriormente em 03 de outubro de 1941.

Em síntese a legislação material sofreu completa mudança seguindo principiologia focada na proteção da lei e do Estado. Deixa o indivíduo de ser o objeto de proteção para ser objeto de intervenção e conformação com os interesses estatais. (CAMPOS, 2001, p. 145).

A modificação processual foi requisitada por Francisco Campos aos juízes Néelson Hungria, Antônio Vieira Braga e Narcélio de Queirós e mais ao professor Cândido Mendes de Almeida, resultando no Decreto-Lei 3.689/1941.

Nota-se que pode ser feito o enquadramento com o texto da Constituição de 1937, como se fosse um complemento, isto é, consolidar os objetivos constitucionais eliminando as eventuais interferências contrárias, tomando como norte de atuação a repressão, a supremacia judicial e a supressão de direitos e garantias individuais.

A exposição de motivos do decreto autoritário, Código de Processo Penal, assinada também por Francisco Campos não deixa dúvida quanto à importância de uma codificação processual única para a consolidação o Estado Novo:

De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. **Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum.** O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. (BRASIL, 1941, grifamos).

Percebe que o decreto lei que regulamentou o diploma processual penal soma como mais um instrumento jurídico disposto aos ditames objetivados pelo então fundado Estado Novo. Como será abordada, a estrutura do Código segue o fortalecimento da jurisdição e a colocação em segundo plano dos direitos e garantias individuais do cidadão.

### 2.4.3 O papel opressor do juiz

À semelhança da Alemanha e a Itália, o fortalecimento do Estado é revigorado mediante o uso de um judiciário igualmente fortalecido e “parceiro” do regime. É neste sentido que a teoria processual *bulowiana* novamente será adotada como um dos pilares do Decreto Lei 3.689/1941.

Conforme destaca Barros (2009) o diploma processual brasileiro teve forte influencia da legislação autoritária, não democrática, erguidas pelos fascistas Rocco e Manzini, fazendo a passagem de um processo liberal predominante de partes para um modelo feito a partir do ativismo judicial. (BARROS, 2009, p.338).

À evidência o juiz assume uma conduta ativa, deixando de ser mero expectador no processo, conforme pode ser extraída da própria Exposição de Motivos redigida por Francisco Campos (1941):

Por outro lado, o juiz deixará de ser um espectador inerte da produção de provas. Sua intervenção na atividade processual é permitida, não somente para dirigir a marcha da ação penal e julgar a final, mas também para ordenar, de ofício, as provas que lhe parecerem úteis ao esclarecimento da verdade. [...] Enquanto não estiver averiguada a matéria da acusação ou da defesa, e houver uma fonte de prova ainda não explorada, o juiz não deverá pronunciar o *in dúbio pro reo* ou o *non liquet*. (BRASIL, 1941).

O fortalecimento da jurisdição amparado pelo decreto getulista reflete em inúmeros institutos jurídicos verificados no diploma. Por exemplo, o juiz é municiado de amplos poderes probatórios, podendo agir de ofício a fim de esclarecer a verdade ou guardá-la a todo custo de qualquer intervenção das partes. Vários dispositivos da redação original atribuem suporte a este propósito: art. 184, 203, 2017, 226, 497. (BRASIL, 1941) <sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> Art. 184. Salvo o caso de exame de corpo de delito, o juiz ou a autoridade policial negará a perícia requerida pelas partes, quando não for necessária ao esclarecimento da verdade. Art. 203. A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a *verdade* do que souber e lhe for perguntado [...] Art. 217. Se o juiz verificar que a presença do réu, pela sua atitude, poderá influir no ânimo da testemunha, de modo que prejudique a *verdade* do depoimento, fará retirá-lo, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor. Neste caso deverão constar do termo a ocorrência e os motivos que a determinaram. Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma: II - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a *verdade* em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela; Art.497. São atribuições do presidente do Tribunal do Júri, além de outras expressamente conferidas neste Código: XI - ordenar de ofício, ou a requerimento das partes ou de qualquer jurado, as diligências destinadas a sanar qualquer nulidade, ou a suprir falta que prejudique o esclarecimento da *verdade*. Art. 566. Não será declarada a nulidade de ato processual

Destaca Coutinho (2009) que no sistema inquisitivo adotado na legislação getulista o acusado é mero objeto do processo, portanto não figura como sujeito de direitos, assim a regra é sua prisão cautelar, desaparece o cidadão (COUTINHO, 2009, p.224) para valer a máxima do bem comum. De fato, a prisão preventiva como regra a ser aplicada para os crimes cuja pena em abstrata era prevista reclusão igual ou maior a dez anos só foi abolida décadas posteriores à ditadura getulista, em face da lei 5.346, no ano de 1967. (CASTRO, 2006, p. 892).

Como o juiz deve não só proteger, mas também buscar a verdade possui amplos poderes probatórios. O art. 156 é esclarecedor. Prevê a liberdade para o juiz determinar de ofício diligência para resolver dúvida relevante no curso da instrução até o momento anterior da sentença, ao lado do ônus probatório da parte que alega.<sup>21</sup>

Além da iniciativa probatória, outros institutos são erguidos em razão da jurisdição, da atuação do Estado na função de juiz, como a *Emendatio Libelli*<sup>22</sup> e *Muttatio Libelli*<sup>23</sup>. Atente também para o processo judicialíforme previsto na redação inicial do art. 26<sup>24</sup> e 531, que previa a iniciativa da ação penal nos casos de contravenções penais pelo próprio juiz.

Veja como no cenário ideologizado pelo regime torna-se pertinente as expressões justificadoras como ordem pública, ordem econômica e aplicação da lei penal. Tratam de conceitos abertos que devem ser completados pelo juiz.

Estes são exemplos que não esgotam, mas servem para ilustrar o municiamento da atividade judicial como protagonista, ou seja, configura-se a jurisdição com o fim de buscar uma unidade. O processo aqui é tratado como mero instrumento de exercício de opressão estatal, restando para o segundo plano os direitos e garantias individuais do cidadão.

---

que não houver influído na apuração da *verdade* substancial ou na decisão da causa. (BRASIL, 1941).

<sup>21</sup> Esta era a redação inicial do dispositivo que sofreu acréscimo no ano de 2008. Assim, no segundo inciso estendeu a produção de prova à investigação criminal, atendido os requisitos de urgência e relevância, necessidade, adequação e proporcionalidade da medida. (BRASIL, 2008)

<sup>22</sup> Art. 383, CPP- O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave. (BRASIL, 1941).

<sup>23</sup>A *mutatio libelli* ocorre quando o juiz concluir que o **fato narrado** na inicial não corresponde aos fatos provados na instrução processual; assim remete o processo ao Ministério Público que deverá aditar a peça inaugural. (GOMES, 2014).

<sup>24</sup> O art. 26 formalmente vigente não foi recepcionado pela Constituição de 1988, que prevê a iniciativa exclusiva pelo Ministério Público, conforme art. 129, I, CF. Por sua vez o art. 531 teve redação alterada pela Lei 11.719, de 2008, mas mudou de tema, passou a tratar da audiência de instrução e julgamento.

## 2.5 Considerações finais

A fim de verificar o motivo do papel opressor do juiz, o presente capítulo remontou as bases teóricas do Decreto Lei 3.689/1941, contextualizando ao período de seu surgimento, os regimes totalitários.

Demonstrou-se que o fortalecimento da jurisdição tem notoriedade diante das concepções teóricas de Bulow que coloca as partes em vínculo de sujeição ao juiz ao mesmo tempo em que este adquire amplos poderes para buscar fundamentos supra positivos com objetivo de atender sua missão.

Foi visto que o manancial teórico ganhou destaque na Alemanha, país de sua origem onde teve ampla aceitação doutrinária. Por influência dos estudiosos franceses, Vincenzo Manzini a incorpora no Código italiano de 1930. Finalmente, insere no Brasil em 1941 no Decreto 3.689/1941 que teve como referência o código processual fascista.

A teoria serviu de base para estruturação do papel do juiz para os regimes totalitários desencadeados no século XX, especialmente na Alemanha, Itália e Brasil. Uma vez inseridas na via processual as partes permanecem com vínculo de submissão ao juiz, que investido na sua missão social busca consolidar as ideologias do regime.

A Alemanha de 1930 assistiu a eclosão e consolidação do regime Nazista, comandado por Hitler, cujo fundamento era concretizar uma nação de raça única, sendo o principal fundamento ideológico o anti-semitismo judeu. Em compasso com a ideologia do regime os juízes aderem espontaneamente. Julgando-se o responsável por promover um direito suprapositivo (ideologia), cumpre levar ao povo “doente” o sentimento de pertença maior ao bem comum.

Por derradeiro, a Itália passou por um regime totalitário configurado no Fascismo, sendo seu principal representante Benito Mussolini. Nesta toada, o juiz, agente do fascismo, tem a seu dispor o código processual de 1930, instrumento jurídico meramente punitivo do Estado.

Nos moldes inquisitórios do Código Rocco, em 1941 o Brasil deparava com a imposição do Decreto Lei 3.689, diante de uma grade de reformas jurídicas direcionadas para a consolidação legal do Estado Novo, que teve como norte de

atuação a violência. O resultado é um diploma processual voltado para o fortalecimento da jurisdição, do juiz protagonista do Estado, e caráter secundário dos direitos e garantias individuais do cidadão. O acusado é mero objeto do processo.

Em síntese, este capítulo alinhou teoria *relacionista*, Estados totalitários, diplomas processuais e o papel opressor do juiz, ora por uma espontaneidade (Alemanha), ora pelo cumprimento da estrutura jurídica processual instrumentária dos objetivos do Estado (Itália/Brasil) em detrimento dos direitos e garantias individuais do cidadão, isto é, o juiz é mais um agente estatal opressor.

Entretanto, este ponto merece ponderações conforme destaca Modona (2010) em análise sobre a adesão dos juízes ao Fascismo, observação que pode ser estendida para o caso brasileiro (juiz/Estado Novo). Não há pesquisas objetivando analisar os espaços de liberdade disponível ao juiz nos 20 anos do Fascismo. (MODONA, 2010, p. 212). Nesse sentido o referido autor destaca uma pesquisa<sup>25</sup> desencadeada por mais de uma década em que se verificaram procedimentos disciplinares de juízes que atuavam contra o regime Fascista. (MODONA, 2010, p. 220).

O transporte desta observação para o contexto brasileiro, à semelhança do italiano exigiria um esforço de análise de cada julgado durante o período de vigência do Estado Novo, o que não é objeto deste trabalho. Entretanto, após mais de meio século da queda do regime ditatorial (Estado Novo) é possível visualizar os reflexos práticos do papel autoritário nos dias atuais, resultando na violação de direitos e garantias individuais pelo juiz. Será com este propósito que o próximo capítulo adentrará em estudo de casos, analisando o conteúdo de decisões da lavra do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

---

<sup>25</sup>Pesquisa desenvolvida pela autora Yannick Beaulieu – *Magistrature et pouvoir politique em Italie entre 1918 et 1943. Analyses sócio-historique des magistrats ordinaires et de leur relations avec Le personnel politique.* (MODONA, 2010, p. 220).

### **3 OS REFLEXOS ATUAIS DO PAPEL JUDICIAL DOS REGIMES TOTALITÁRIOS: a violação dos direitos e garantias individuais do cidadão no processo penal**

Este capítulo tem como objetivo demonstrar de forma empírica que o papel opressor do juiz erguido no Decreto Lei 3.689/1941 para atender interesses do Estado Novo reflete atualmente nas decisões judiciais, traduzindo em violações a direitos e garantias individuais do cidadão, mesmo sob a égide de uma Constituição democrática.

Para tanto serão usados como base para desenvolvimento desta parte do trabalho os dados<sup>26</sup> da pesquisa pioneira desenvolvida pelo Núcleo de Políticas Públicas (NUJUP), financiado pela CAPES/FAPEMIG e coordenado por professores ligados ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais<sup>27</sup>, Flaviane de Magalhães Barros e Leonardo Augusto Marinho, intitulada “*A reforma e o monitoramento das alterações no código de processo penal sobre prisões e medidas cautelares Lei 12.403/2011*”.

A pesquisa teve como objetivo verificar os impactos produzidos no judiciário pelas normas contidas na Lei 12.403/2011 que alterou significativamente o instituto da prisão preventiva. O acesso ao conjunto de dados produzidos pelos pesquisadores permitiu as devidas adaptações para o tema proposto nesta parte da dissertação.

Com esta proposta, inicialmente serão apresentados os objetivos e metodologia da pesquisa do NUJUP, bem como será feito um recorte do universo com as devidas adaptações para este capítulo.

Em seguida adentrará na análise dos dados propriamente ditos das três linhas temáticas do Projeto original: Decisão de ofício pelo juiz e a participação da defesa; Subsidiariedade da prisão e medidas cautelares diversas da prisão; e Duração razoável da prisão<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup>O acesso ao banco de dados da pesquisa permitiu conclusões específicas para este trabalho, embora algumas análises e conclusões próprias do projeto também serão citadas.

<sup>27</sup>O Projeto de Pesquisa, financiado pela CAPES e FAPEMIG, teve como coordenador os professores do mestrado da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Flaviane Magalhães Barros e Leonardo Augusto Marinho, além da participação de outros professores doutores, alunos do mestrado, dentre eles o autor desta dissertação, e estudantes da graduação do curso de Direito.

<sup>28</sup>Diante de problemas técnicos não foi possível utilizar os dados do subgrupo 1: necessidade e adequação da prisão preventiva. (BARROS; MARINHO, 2014).

Os dados produzidos pelas três linhas permitirão demonstrar os efeitos práticos do papel opressor do juiz nos regimes totalitários e a necessidade de revisitação do tema tendo como ponto de partida o Estado Democrático de Direito.

### **3.1 A pesquisa empírica desenvolvida pelo Núcleo Jurídico de Políticas Públicas e o recorte para este trabalho**

A Lei 12.403/2011 faz parte de um conjunto de reformas iniciadas em 2001 na tentativa de adequar o decreto autoritário de 1941 ao texto constitucional democrático de 1988, bem como reduzir o número de presos provisórios no Brasil que ultrapassava 50% da população carcerária. (BARROS; MARINHO, 2014, p.4).

Uma série de modificações já havia decorrido no ano de 2008 e 2009, respectivamente com a lei 11.690 e 11.900, tocando em vários institutos do decreto getulista<sup>29</sup>. Mas, finalmente em 2011 a Lei 11.403, embora alguns pontos tenham ficados intactos, houve significativas mudanças na prisão preventiva. (BRASIL, 2011)<sup>30</sup>.

Diante deste novo quadro da prisão preventiva o projeto intitulado “*A reforma e o monitoramento das alterações no código de processo penal sobre prisões e medidas cautelares Lei 12.403/2011*”, desenvolvido pelo Núcleo de Políticas Públicas (NUJUP), financiamento pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) e Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais FAPEMIG, coordenado por professores ligados ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Flaviane Magalhães Barros e Leonardo Augusto Marinho, com participação de alunos da graduação e pós-graduação<sup>31</sup>, passou a monitorar as decisões judiciais em sede de acórdãos oriundos do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, com o objetivo geral de:

Verificar a aplicação das alterações imprimidas pela Lei 12.403/2011, analisando se os novos requisitos para a determinação de prisões e medidas cautelares pessoais estabelecidos pela referida lei estão sendo observados, bem como se existe aceitação técnica e teórica dos

---

<sup>29</sup>Provas, atribuições das partes, atos de comunicação, sentença penal, procedimentos (BARROS, 2009), dentre outros.

<sup>30</sup>No ano de 1969, a Lei Fleury, criou requisitos para o decreto prisional, deixando de ser automático.

<sup>31</sup>O autor desta dissertação participou da coleta do subgrupo 04, da duração razoável da prisão.

fundamentos das decisões sobre as mencionadas questões. (BARROS; MARINHO, 2014, p.4).

Nesse intento os pesquisadores foram organizados em quatro subgrupos nominados de acordo com as respectivas alterações a serem investigadas: 1) Necessidade e adequação da prisão preventiva; 2) Decisão de ofício pelo juiz e a participação da defesa; 3) Subsidiariedade da prisão e medidas cautelares diversas da prisão; e 4) Duração razoável da prisão.

O subgrupo 02, nominado “Decisão de ofício pelo juiz e a participação da defesa” ficou responsável pela monitoração dos efeitos de duas modificações introduzidas pela Lei 12.503/2011. Assim coube aos pesquisadores verificar se o decreto prisional, em fase de investigação, foi emitido pelo juiz diante de provocação por parte dos órgãos de persecução, e, por outro lado, se antes de manifestar sobre a prisão preventiva o juiz passou a aplicar o contraditório.

Por sua vez, o subgrupo 03 empreendeu esforços para acompanhar as implicações referentes à subsidiariedade da prisão preventiva. Isto porque, um rol amplo de medidas cautelares de intervenção na esfera individual menos gravosa que a prisão foi introduzida pela Lei 12.403/2011<sup>32</sup>. Com isso a prisão preventiva ganhou natureza de *ultima ratio* entre as demais medidas cautelares, isto é, deve ser a última medida a ser aplicada pelo juiz, aplicável somente quando as outras mostrarem inadequadas (BARROS; MARINHO; 2014 p. 5). Diante disso, os pesquisadores verificaram caso a caso se estava sendo aplicada outra medida menos gravosa ao investigado e se os juízes entendiam que a prisão passou a ser considerada como exceção, sendo a regra a liberdade de ir e vir da pessoa.

---

<sup>32</sup> Art. 319, CPP: I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; IX - monitoração eletrônica. (BRASIL, 1941).

Por último, o subgrupo 04 ficou responsável por realizar pesquisas visando o monitoramento da aplicação do instituto da duração razoável do processo pelo juiz, quando for pedido de liberdade do acusado/investigado por excesso de tempo da prisão preventiva. Neste ponto a lei nova manteve ao alvitre do juiz o entendimento acerca do excesso de prazo da media cautelar.

Cada subgrupo definiu palavras chaves correspondente à respectiva temática investigada e inseriu no campo busca de jurisprudência no sítio do respectivo órgão e, diante dos acórdãos retornados, verificaram o conteúdo de cada julgado e preencheram um banco de dados exclusivo para a pesquisa, contendo as seguintes informações:

**Dados Gerais-** Numero e dados do processo pesquisado; Órgão julgador; Tipo de processo; e Palavras de busca.

**Síntese do processo** - Previsão Legal: crime, pena, o crime é hediondo, o crime é inafiançável, o acusado é reincidente em crime doloso, há informação sobre domicílio, trabalho, situação social do acusado, é caso de violência doméstica, familiar, idoso, refere-se à descumprimento de medida cautelar diversa da prisão, houve prisão em flagrante. Descrição da situação fática.

**Fundamentação da decisão**

Descreva a ementa, descreva o voto do Relator, há referencia a julgados anteriores, há referencia a um *lead case*, ha manutenção dos fundamentos dos julgados anteriores, qual a inovação no julgado, a inovação se trata de distinção, superação ou outros, fundamentação do revisor ou vogal, fundamentação do vogal, fundamentação de outros votos, peculiaridade do caso, a fundamentação do relator analise a situação fática, a fundamentação do revisor ou vogais analise a situação fática, os votos dos decisores utilizam dos mesmos fundamentos determinantes, na fundamentação existe citação de enunciados de sumulas, na remissão aos enunciados de sumulas existe indicação dos julgados que a formaram.

**Decisão Final**

Decisão do caso: concedeu/ denegou ordem de habeas corpus; recurso conhecido, julgado procedente, parcialmente procedente, improcedente. (BARROS; MARINHO, 2014, p. 8 e 9).

Deve ser destacada a importância dos pontos explorados pelos subgrupos devido a sua compatibilidade com o texto constitucional. Destacam os organizadores do projeto:

Em termos principiológicos a reforma da lei inclui de maneira contundente o princípio da presunção de inocência como base para a compreensão da prisão processual como *ultima ratio*, constitui a garantia do contraditório e da ampla defesa, como ampla argumentação, para as medidas cautelares pessoais e tenta impor o princípio acusatório e a imparcialidade (mesmo que de forma tímida). (BARROS; MARINHO, 2014, p. 4).

Logo o desrespeito pelo juiz dos pontos alterados, implica em violação a direitos e garantias individuais do cidadão assegurados pela Constituição. E como foram alvo de monitoramento pelo projeto de pesquisa desenvolvido pelo NUJUP os dados tornam-se apropriáveis para a proposta deste capítulo. Conforme destaca Barros e Marinho (2004): “Com base na pesquisa dos acórdãos são possíveis inúmeras possibilidades de análise, muito maiores que a inicialmente proposta no projeto”. (BARROS; MARINHO, 2014, p. 10). Nesse sentido o acesso aos dados permitiu realizar uma adaptação à investigação proposta, qual seja verificar empiricamente a permanência da violação dos direitos e garantias individuais pelo juiz.

O período adotado será o mesmo da Pesquisa feita pelo NUJUP, refere a 04 de julho de 2011 a 31 de dezembro de 2012. Mas com a pretensão de reduzir o universo da pesquisa em relação ao projeto e uma vez que há possibilidade do Tribunal de Justiça de Minas Gerais verificar argumentos de fato e de direito para decidir a análise dos dados restringirá a este órgão.

Uma vez apresentados os objetivos e metodologia do projeto do NUJUP e destacada as adaptações para a temática tratada neste capítulo, nos tópicos seguintes serão realizadas as análises sobre os dados coletados pelos subgrupos 02 (dois), 03 (três) e 04 (quatro) e apresentadas algumas conclusões específicas deste estudo. Os dados do subgrupo 01 (um) não serão objeto de estudo em virtude de não estarem disponíveis por problemas técnicos.

### **3.3 Análises das decisões do Tribunal de Justiça de Minas Gerais**

Esclarecido o Projeto de Pesquisa desenvolvido pelo NUJUP e delineado as adaptações para o tema proposto neste capítulo, serão realizadas análises dos dados coletados pelos subgrupos 2 (dois), 3 (três) e 4 (quatro) no que tange a decisão de ofício pelo juiz e atuação das partes; subsidiariedade da prisão e medidas cautelares diversas da prisão; e duração razoável da prisão. Assim será possível identificar se os direitos e garantias constitucionais do cidadão estão sendo respeitados pelo juiz diante alterações inseridas no Decreto Lei 3.689/1941, especificamente sobre a prisão preventiva.

### **3.3.1 A decisão de ofício pelo juiz e atuação das partes**

Dentre as tarefas traçados pelo projeto do NUJUP, o subgrupo 02 ficou responsável por inserir as palavras chaves “prisão preventiva de ofício” no sítio do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Retornaram como resultado 124 (cento e vinte quatro) acórdãos correspondentes as 7 (sete) Câmaras Criminais. (BARROS; MARINHO, 2011).

O objetivo consistiu em verificar se os juízes passaram a aplicar duas normas inovadoras.

A primeira delas:

Art. 282 - § 2º, cpp – As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público. (BRASIL, 2011, grifamos).

Assim pretendiam saber se os juízes estavam decretando a prisão cautelar diante de pedido dos órgãos de persecução ou se estava agindo de ofício, sem provocação, o que contraria o dispositivo em comento.

A segunda norma objeto de verificação do subgrupo é a que exige o contraditório antes do juiz decidir sobre o decreto prisional:

Art. 282, § 3, CPP – Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo. (BRASIL, 2011, grifamos).

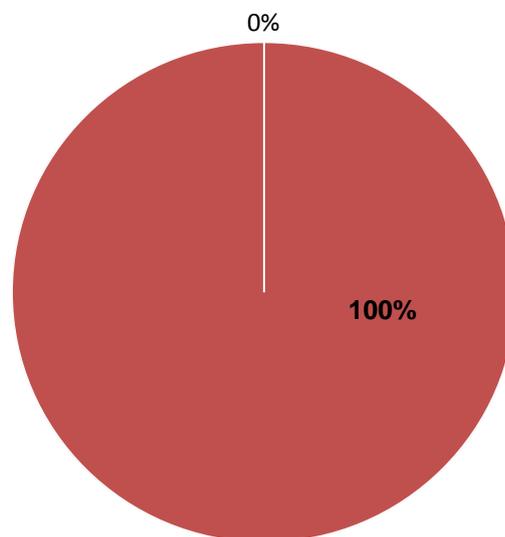
Portanto, o interesse era em saber se o juiz passou a aplicar o contraditório antes de formar seu convencimento sobre a prisão cautelar.

Dividido os julgados entre os integrantes, cada membro ficou responsável por preencher o banco de dados respondendo os seguintes questionamentos: “A prisão preventiva foi decretada na fase de investigação; Houve pedido de prisão pelo MP; Houve representação do Delegado de polícia?; Houve análise do MP da representação do Delegado; Houve participação da defesa antes da decisão; Houve participação da defesa após a decisão; Foi decretada a prisão preventiva de ofício”. (BARROS; MARINHO, 2014, p. 9).

Diante do acesso aos dados já produzidos foi possível observar que dos 124 (cento e vinte e quatro) acórdãos, os desembargadores (relatores) foram unânimes em expressar o entendimento do dever judicial de analisar e converter a prisão em flagrante em preventiva de ofício pelo juiz ainda em fase de investigação.

Embora o resultado unânime não deixe margem para maiores interpretações, será ilustrado por meio de gráfico, seguindo a mesma metodologia das demais análises.

**Gráfico 1 - Porcentagem de acórdãos que decretam a prisão preventiva de ofício**



**Fonte: elaborado pelo autor com dados extraídos de BARROS; MARINHO, 2014**

Um acórdão selecionado contribui para clarear a situação. Em síntese, a defesa argumentou que o juiz de primeiro grau decretou a prisão preventiva de ofício, ainda em fase de investigação, sem representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, afrontando o preceito do art. 282, § 2º da Lei 12.403/2011. (MINAS GERAIS, 1.0000.11.053218-1/000, 2011).

Em contrapartida, o Desembargador Renato Martins Jacob ao fundamentar sua decisão, argumentou sobre a diferença entre 1) decretação da prisão e 2) conversão do flagrante em preventiva. O primeiro consiste na decretação de prisão de investigado que se encontra em liberdade e está sob investigação policial, assim, para um decreto prisional necessita sim de provocação da Autoridade Policial ou

Ministério Público. Diferentemente ocorre no segundo caso, quando a pessoa foi presa em situação de flagrante, sendo a conversão da prisão preventiva análise automática pelo juiz. (MINAS GERAIS, 1.0000.11.053218-1/000, 2011).

O surpreende é que o fundamento do desembargador é retirado do mesmo preceito legal citado pela defesa art. 282, § 2º da Lei 12.403/2011<sup>33</sup>, conforme é visto na decisão. E ainda, para afastar completamente a norma inovadora é invocado um poder especial o qual seria dado ao juiz, o poder geral de cautela. (MINAS GERAIS. 1.0000.11.053218-1/000, 2011).

A conversão em preventiva, quando presentes os requisitos objetivos e subjetivos para a medida extrema, não constitui mera faculdade do Juiz, mas, sim, **dever legal**, sob pena de configuração de constrangimento ilegal. (MINAS GERAIS. 1.0000.11.053218-1/000, 2011, grifamos).

O argumento apresentado segue a linha do fortalecimento da jurisdição, estrategicamente adotada pelo Estado punitivo, prevalecendo o papel repressor do juiz em detrimento aos direitos e garantias individuais do cidadão, conforme a perspectiva do Decreto Lei 3.689/1941, elaborado no Estado Novo. O que se percebe é, embora a lei tenha inovado visando adaptar o decreto autoritário ao texto constitucional, o juiz permanece fincado na perspectiva jurídico punitiva do passado.

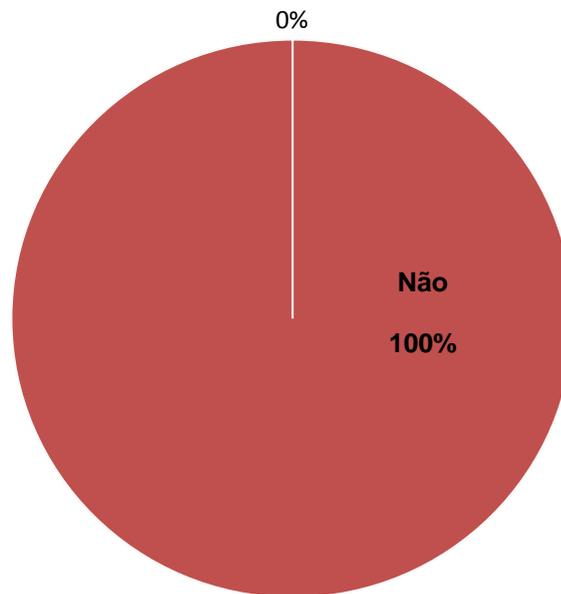
Essa mesma crítica pode ser direcionada no tocante à aplicação do contraditório antes da decretação da prisão preventiva pelo juiz, que é o segundo ponto investigado pelo subgrupo 02.

Verifica-se do total dos 124 (cento e vinte quatro) acórdãos analisados a violação explícita do contraditório inserido pela Lei 12.403/2011. A representação em porcentagem fica idêntica ao primeiro gráfico.

---

<sup>33</sup>Art. 282 - § 2º, As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando **no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público**. (BRASIL, 2011, grifamos).

**Gráfico 2 – Porcentagem de acórdãos que não aplicam o contraditório**



Fonte: elaborado pelo autor com dados extraídos de BARROS; MARINHO, 2014

O acórdão citado anteriormente serve para ilustrar o posicionamento judicial que não se renovou com a norma inserida pela Lei 12.403/2011:

Após as reformas trazidas pela Lei nº 12.403/2011, o Juiz deve, obrigatoriamente, converter a prisão em flagrante em preventiva quando se fizerem presentes os requisitos dos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal, **não se exigindo, para tal ato, a oitiva prévia do Ministério Público ou a instauração do contraditório.** (MINAS GERAIS, 1.0000.11.053218-1/000, 2011).

A violação pelo juiz da literalidade da lei viola os correspondentes constitucionais, ou seja, o contraditório e a ampla defesa, conforme será dedicado detidamente o capítulo seguinte.

Dando continuidade a análise dos dados obtidos pela Pesquisa, o próximo tópico volta-se para os dados do subgrupo 03.

### **3.3.2 Subsidiariedade da prisão e medidas cautelares diversas da prisão**

O objetivo principal do subgrupo 03 foi identificar se os juízes estavam analisando a possibilidade de aplicar uma medida menos gravosa antes de um decreto de prisão preventiva, conforme consubstanciado no preceito do art. 282, § 6,

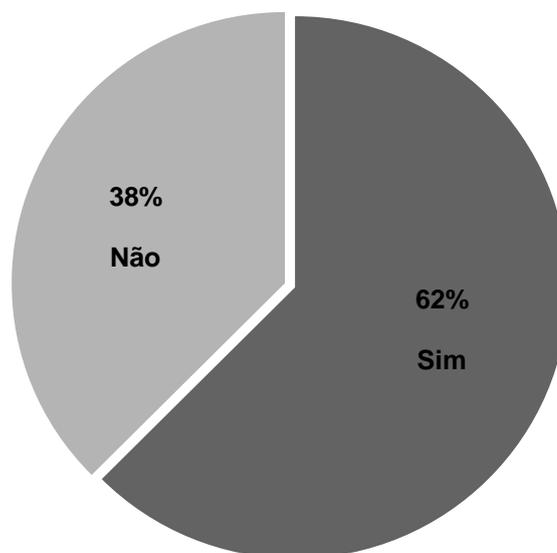
CPP – “A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar”. (BRASIL, 2014).

Assim realizou uma busca no sítio do Tribunal de Justiça de Minas Gerais utilizando as palavras “substituição da prisão”. Retornaram um total de 144 (cento e quarenta e quatro) acórdãos, correspondente às 7 Câmaras Criminais, referente ao período de 04 de julho de 2011 a 31 de dezembro de 2012. (BARROS; MARINHO, 2014).

Da leitura dos conteúdos dos julgados os respectivos integrantes deveriam buscar respostas para as indagações: “A possibilidade de substituição da prisão foi analisada; Houve imposição de medida cautelar diversa da prisão; Em caso afirmativo, houve análise da necessidade e adequação da medida; A presença dos requisitos do Art.312 foram analisados; Os requisitos do art.312 estavam presentes na situação fática”. (BARROS; MARINHO, p.9).

Deste total pelo menos 90 (noventa) acórdãos demonstraram que analisaram a possibilidade de aplicar outra medida cautelar antes de uma prisão, já o restante, portanto, 54 (cinquenta e quatro) acórdãos não adentraram no tema. O percentual é representado no gráfico:

**Gráfico 03 – Porcentagem de acórdãos do TJMG que analisaram a possibilidade de aplicação da medida cautelar diversa da prisão**

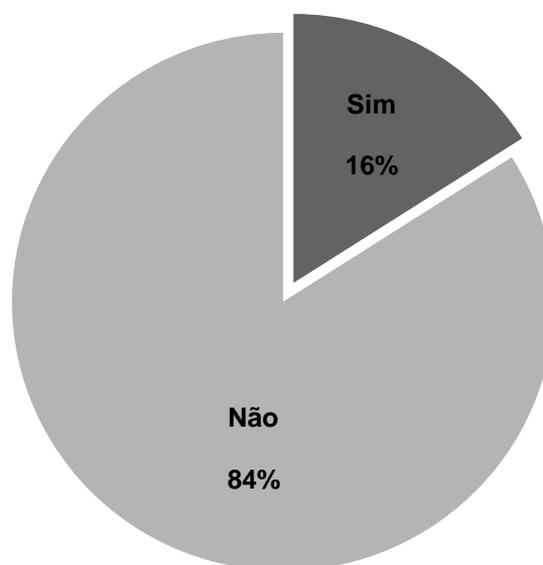


Fonte: elaborado pelo autor com dados extraídos de BARROS; MARINHO, 2014

Observa-se um ponto favorável às mudanças visadas pela Lei no sentido de tentar diminuir o aspecto punitivista do decreto autoritário, uma vez que 62% dos desembargadores passaram a analisar o cabimento de outra medida menos gravosa que a prisão. Em contrapartida, verifica uma quantidade ainda grande de decisões que se quer chegaram a analisar a hipótese de aplicação de outra medida, correspondente a 38%.

Entretanto, a atenção redobra quanto ao conteúdo das decisões. Embora na maior parte dos acórdãos haja análise da viabilidade de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, somente o correspondente a 23 (vinte e três) julgados optou-se por aplicar medida menos gravosa. O restante, equivalente a 121 (cento e vinte e um) acórdãos decretaram a prisão preventiva.

**Gráfico 04 – Porcentagem de acórdãos do TJMG que aplicam efetivamente a medida cautelar diversa da prisão**



**Fonte: elaborado pelo autor com dados extraídos de BARROS; MARINHO, 2014**

Conforme pode ser extraído da leitura dos gráficos, a ausência de análise do cabimento de aplicação de medida diversa da prisão que corresponde a 38%

(Gráfico 03), somado ao número expressivo de 84% (Gráfico 04) que decretaram a prisão preventiva, verifica-se a presença muito forte da prisão como regra e a liberdade como exceção.

Vale destacar que conclusão semelhante foi alcançada pelo NUJUP, mesmo sendo o universo da pesquisa maior que a deste capítulo. A conclusão pertinente a análise dos dados perante os três órgãos, TJMG, STJ e STF, também evidenciaram a permanência do entendimento judicial da prisão como regra.

A partir do monitoramento realizado das decisões judiciais colegiadas, concluiu-se que em pese às modificações advindas da Lei 12.403/2011, na qual se pode depreender que a prisão preventiva somente será decretada de forma subsidiária, quando as questões do caso concreto demonstrar a inviabilidade da aplicação de outras medidas cautelares pessoais, na dicção do art. 282, § 6º do CPP, **a prisão preventiva é decretada e mantida como regra**, em total descompasso com o princípio da presunção de inocência, estabelecido no inciso LVII, art. 5º, da CR/88, bem como que tal medida não é aplicada como *ultima ratio*. (BARROS; MARINHO, 2014, grifamos).

Note-se a clara inversão de entendimento pelos juízes, a liberdade que é regra manteve-se como exceção.

Mas como será visto a aplicação de institutos jurídicos de proteção da pessoa de forma controvertida pelos juízes (como violação) não resume a prisão como *ultima ratio*, este raciocínio é percebido também quando da aplicação da duração razoável do processo.

### **3.3.3 Duração razoável da prisão**

Nesta parte serão analisados os dados obtidos pelo subgrupo 04 (quatro). Porém, é necessária uma breve incursão histórica para o entendimento acerca da duração razoável do processo na perspectiva de proteção dos direitos humanos, para enfim concluir sobre a aplicação invertida pelo tribunal mineiro.

A duração razoável do processo surgiu inicialmente no âmbito internacional, no sistema europeu de proteção aos direitos humanos, está expressamente previstos na Convenção Europeia:

Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, **num prazo razoável** por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de

qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. (CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM, 1950, grifamos).

Note-se que a Convenção Europeia possui definição expressa sobre a conclusão do procedimento em prazo razoável. Mas da mesma forma protegeu em nível de direitos humanos o excesso de prazo de uma prisão em sede cautelar<sup>34</sup>, conforme dispõe a Convenção no seu art. 6.1:

Qualquer pessoa presa ou detida nas condições previstas no parágrafo 1, alínea c)<sup>35</sup>, do presente artigo deve ser apresentada imediatamente a um juiz ou outro magistrado habilitado pela lei para exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada **num prazo razoável, ou posta em liberdade durante o processo**. A colocação em liberdade pode estar condicionada a uma garantia que assegure a presença do interessado em juízo. (CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM, 1950, grifamos).

Conforme pode ser lido, o diploma internacional trouxe conceitos genéricos, assim o conteúdo do termo duração razoável do processo resultou dos trabalhos jurisprudenciais da Corte Europeia.

Visando estabelecer um parâmetro para a terminologia “razoável” a Corte Europeia criou sete critérios que deveriam ser verificáveis pelo juiz: 1) duração da prisão cautelar; 2) o tempo da prisão cautelar comparado com a natureza do delito e a pena em abstrato que será aplicada em caso de condenação; 3) os danos pessoais no acusado, como moral e material; 4) a influência da defesa em relação à demora processual; 5) a dificuldade para a investigação do caso; 6) a maneira da condução da investigação; 7) a conduta das autoridades judiciais. (PASTOR, 2002, p. 99 a 167)

Contudo, devido à insuficiência dos requisitos iniciais o órgão partilhou novo entendimento e reduziu-se a três: atuação da defesa, atuação dos órgãos jurisdicionais e a complexidade do caso. A Corte em várias oportunidades adentrou ao tema<sup>36</sup> (PASTOR, 2002, p. 99 a 167). Assim, presente os três requisitos em um caso concreto estaria configurado o excesso de prisão.

---

<sup>34</sup>No caso brasileiro a Constituição Republicana com a Emenda 45 introduziu no art. 5, LXXVIII, o termo duração razoável do processo, não havendo previsão quanto ao excesso de prazo da prisão preventiva: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.” (BRASIL, 1988).

<sup>35</sup>Se for preso e detido a fim de comparecer perante a autoridade judicial competente, quando houver suspeita razoável de ter cometido uma infração, ou quando houver motivos razoáveis para crer que é necessário impedi-lo de cometer uma infração ou de se pôr em fuga depois de a ter cometido; (CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM, 1950).

<sup>36</sup>Alguns casos que a Corte enfrentou a matéria: “Neumeister”, “Stögmüller”, “Matznetter”, “Ringisen”,

Na mesma perspectiva o sistema regional americano de proteção aos direitos humanos, através da Corte Interamericana também enfrentou pedidos pertinentes à demora processual e nas ocasiões compartilhou o entendimento europeu. Utilizando-se dos três critérios, em diversos julgados condenou os Estados partes pela excessiva demora do término processual, entre eles o Brasil, no caso Ximenes<sup>37</sup> (BADARÓ, 2009, p. 29).

No âmbito do Estado brasileiro a Emenda Constitucional 45 apresenta como referencial jurídico de inserção definitiva no ordenamento brasileiro da duração razoável do processo, conforme dispõe o artigo 5º inciso LXXVIII: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. (BRASIL, 2014).

Como garantia Constitucional, deve ser respeitada a duração razoável do processo também no processo penal, embora não haja previsão expressa na legislação brasileira como na Convenção Europeia para prisões cautelares. (LOPES JÚNIOR, 2009).

Antes da reforma processual analisada (Lei 12.403/2011), uma vez que não há um prazo determinado para findar a prisão preventiva, o prazo total para conclusão da instrução era empregado como parâmetro para cálculo do excesso de prazo do encarcerado preventivo, trata-se de criação jurisprudencial, especialmente do Superior Tribunal de Justiça que editou várias súmulas. (LOPES JÚNIOR, 2009, p. 110).

Entretanto, com a recepção do Brasil do Pacto São José da Costa Rica, a promulgação da emenda constitucional de nº45 de 2004 e a promulgação da Lei 12.403 de 2011, a duração razoável do processo (teoria do não prazo) ganha expressão no cenário judicial, mais detidamente para o objeto deste capítulo o Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

E é nesta esteira que insere o objetivo desta parte do trabalho, o de identificar o comportamento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais ao aplicar a

---

“König”, “Buchholz”, “Eckle”, “Foti y otros”, “Zimmermann y Steiner”, “Pretto”, “Deumeland”, “Baggeta”, “Milasi”. (PASTOR, 2002, p. 99 a 167).

<sup>37</sup>A Corte Interamericana de Proteção aos Direitos Humanos já condenou Estados signatários a indenizar os cidadãos que não tiveram a prestação jurisdicional concluída dentro de um prazo razoável, além do caso Ximenes x Brasil, Genie Lacayo (29/01/1997) e Suarez Rosero (12/11/1997). Outros casos envolvendo violação à vida invocam a duração razoável, como os desaparecimentos forçados na Nicarágua e Chile, violação à integridade física e liberdade dos presos políticos no Peru e Venezuela. Para consultar as decisões da Corte Americana na íntegra basta acessar o sítio: <http://www.corteidh.or.cr/>

teoria do não prazo como parâmetro para auferir o excesso de prazo da prisão preventiva, a partir da apropriação dos dados do subgrupo 04 (quatro) no âmbito do referido órgão<sup>38</sup>.

Utilizando de três palavras chaves que cunham a expressão “razoável duração da prisão” os componentes do subgrupo realizaram buscas no sítio do referido tribunal, visando responder os seguintes questionamentos: “Qual é o período de tempo da prisão processual; Houve o uso da teoria do não prazo; Foi analisada a complexidade do caso; Foi analisada a atuação das partes; Foi analisada a atuação dos órgãos jurisdicionais; analisou a questão da duração da prisão com base em prazos rígidos”. (BARROS; MARINHO, p. 9).

Os dados coletados transportados para este estudo servem para verificar, na ausência de prazo máximo para a prisão preventiva, quais fundamentos os desembargadores utilizavam para conceder ou denegar a ordem uma vez impetrada habeas corpus pela defesa com o pedido de liberdade do acusado por excesso de prazo da prisão.

Retornaram como resultado um total de 256 (duzentos e cinquenta e seis) acórdãos. Na maioria das decisões percebe o uso da teoria do não prazo, equivalente a 148 (cento e quarenta e oito) acórdãos. O restante, equivalente a 108 (cento e oito) acórdãos foram utilizados fundamentos diversos, como exemplo, o prazo final da instrução<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> Lembrando que universo da pesquisa atinge não só o TJMG, mas também o STJ e STF.

<sup>39</sup> Este estudo foca nas decisões que utilizam como fundamento a teoria do não prazo, pois corresponde a perspectiva adotada pelas Cortes internacionais de proteção de direitos humanos.

**Gráfico 5- Total de acórdãos do TJMG que usam a teoria do não prazo**



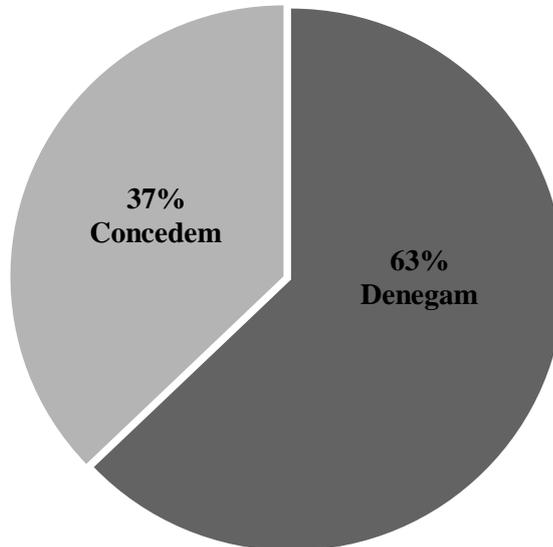
**Fonte: elaborado pelo autor com dados extraídos de BARROS; MARINHO, 2014**

Da leitura do gráfico pode-se extrair que o TJMG adota a teoria do não prazo de forma significativa, embora não abandonou completamente outras teses.

Como o enfoque deste trabalho restringe ao entendimento do órgão acerca da teoria do não prazo a análise seguinte terá como universo de incidência apenas os acórdãos que adotaram a referida teoria, a fim de verificar a quantidade de concessão e denegação da liberdade.

Do total dos 148 (cento e quarenta e oito) acórdãos pesquisados que utilizaram a teoria do não prazo, a grande maioria, correspondente a 93 (noventa e três) julgados denegaram o pedido de liberdade, o restante, apenas em 55 (cinquenta e cinco) dos julgados concederam a liberdade. (BARROS; MARINHO, 2014).

**Gráfico 6- Total de acórdãos do TJMG que usam a teoria do não prazo para denegar ou conceder a liberdade**



**Fonte: elaborado pelo autor com dados extraídos de BARROS; MARINHO, 2014**

Dentre estes julgados que denegaram a concessão da liberdade com base na teoria do não prazo<sup>40</sup>, foram selecionados alguns acórdãos para ilustrar o entendimento dos desembargadores.

Deve ser destacado que em muitos acórdãos estudados, para a aplicação da duração razoável do processo os desembargadores não analisaram detidamente os três critérios jurisprudenciais criados pelas cortes internacionais de proteção aos Direitos Humanos.

Veja na íntegra a fundamentação seguinte. É possível verificar que o desembargador concluiu que o procedimento irá demorar devido à complexidade da causa e por isso justifica que o réu fique preso.

Todos os fatores elencados, tais como, número elevado de réus, mais de um crime, realização de perícias e expedição de cartas precatórias, além do número elevado de testemunhas a serem inquiridas, exigindo a realização de várias audiências, tornam a causa complexa e impedem, para a averiguação do excesso de prazo, que se proceda apenas à soma aritmética dos prazos. (MINAS GERAIS, 1.0000.11.047784-1/000, 2011).

<sup>40</sup> 55 (cinquenta e cinco) acórdãos.

Entretanto, o que chama atenção na fundamentação acima é que o desembargador identifica a presença de um dos requisitos caracterizadores da violação ao direito a duração razoável do processo, qual seja, a complexidade da causa, mas utiliza em prejuízo da pessoa.

Uma série de julgados caminha neste sentido. É o que extrai do Habeas Corpus de número 1.0000.11.066535-3/000, em que o paciente encontra-se preso preventivamente há 182 (cento e oitenta e dois) dias, acusado pelo crime de Roubo qualificado. No que pese a denegação da ordem do Habeas Corpus, uma das justificativas foi pelo motivo da defesa ter requerido a realização de incidente de insanidade mental do paciente. Portanto, não há segundo o órgão jurisdicional, a formação do excesso de prazo, pois a defesa que colaborou para a demora. *In verbis*:

Verifica-se, portanto, que o atraso na conclusão da presente instrução criminal se deve ao fato de ter sido requerido pela defesa a instauração de Incidente de Insanidade Mental do paciente, tendo o douto Juízo "a quo" adotado todas as cautelas necessárias à prática dos atos processuais, fatores estes que, se não afastam o excesso de prazo havido, ao menos o justifica. (MINAS GERAIS, 1.0000.11.066535-3/000, 2011).

Esse entendimento é corroborado por outro acórdão estudado, nos crimes relacionados à Lei de tóxicos. O tribunal tem colocado como parâmetro para o fim da instrução criminal 180 dias. (MINAS GERAIS, 1.0000.11.066089-1/000, 2011). No entanto, percebe-se que se o feito tratar de causa complexa, mesmo ultrapassando os 180 dias não configuraria o excesso de prazo, justificando assim a prisão preventiva via a teoria do não prazo:

Dito isso, tendo em vista a complexidade da causa e o fato de que na hipótese foram denunciadas vinte pessoas, que supostamente integrariam uma organização criminosa dedicada ao tráfico de drogas, é razoável admitir que o processo exceda um pouco os prazos previstos em lei, sem que isso caracterize constrangimento ilegal. Saliente-se ainda que, embora não haja expressa fixação legal do prazo para se findar a instrução criminal nos crimes de tráfico de entorpecentes, certo é que a nova Lei de Tóxicos dilatou os prazos dos atos processuais, firmando-se o entendimento neste egrégio TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS que, de forma ideal, poderá se dar em até 180 (cento e oitenta) dias. (MINAS GERAIS, 1.0000.11.066089-1/000, 2011).

Seguindo a mesma linha veja as decisões proferidas em diferentes Câmaras entre as que compõem a segunda instância do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

Como se sabe, o prazo para conclusão dos atos e diligências processuais não é improrrogável, tampouco possui fatalidade absoluta, uma vez que é necessário que se faça uma contagem de forma global e uma análise razoável de todas as circunstâncias pertinentes ao caso concreto, observando todo o procedimento prévio e posterior à denúncia, até o término da instrução [...] Dessa forma, considerando que os atos processuais estão sendo praticados de forma regular, e, considerando a complexidade do processo em análise, não há que se falar em excesso de prazo. (MINAS GERAIS, 1.0000.11.039265-1/000, 2011)

Isso porque, inegavelmente, a pluralidade de réus (três denunciados), com advogados diversos, bem como a necessidade de expedição de cartas precatórias para a oitiva de testemunhas, certamente ampliou a complexidade da causa, justificando-se a flexibilização na contagem dos prazos, em atendimento ao princípio da razoabilidade, até porque tem sido dada regular tramitação ao feito, sem que possa falar em inércia ou negligência da autoridade processante. (MINAS GERAIS, 1.0000.11.066572-6/000, 2011).

Assim é possível notar da leitura sistemática dos acórdãos julgados pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais que a aplicação da duração razoável do processo segue caminhos opostos, enquanto as Cortes internacionais de Direitos Humanos aplicam o instituto para a proteção dos direitos da pessoa pelo Estado, o tribunal mineiro utiliza para aumentar o tempo de duração da prisão cautelar, isto é, como fundamento de legitimação da demora processual, invertendo a lógica do Direito Humano que é a proteção da pessoa contra a demora.

### **3.4 Notas conclusivas**

A investigação deste capítulo consistiu na análise sistemática da atuação do judiciário mineiro tendo como base os dados da pesquisa desenvolvida pelo Núcleo de Políticas Públicas, intitulada “*A reforma e o monitoramento das alterações no código de processo penal sobre prisões e medidas cautelares Lei 12.403/2011*”.

A pesquisa que na sua versão original teve como eixo central investigar os impactos produzidos no TJMG, STJ e STF quanto às alterações introduzidas pela Lei 12.403/2011 sobre a prisão preventiva, produziu uma série de dados que permite inúmeras possibilidades de investigações.

A partir do acesso aos dados restringiu o universo inicial da pesquisa adaptando ao tema do capítulo e realizou análises específicas a fim de verificar os

reflexos do papel opressor do juiz erguido no decreto autoritário getulista que traduz em violações a direito e garantias individuais.

Dos dados coletados pelo subgrupo 02, sobre a decisão de ofício pelo juiz e atuação das partes, percebeu que em todos os casos os juízes decretaram a prisão cautelar de ofício. Da mesma forma foram unânimes em não aplicar o contraditório ao investigado antes da decisão. Mais que desrespeito aos preceitos insculpidos na lei inovadora, o entendimento encontrado nos julgados afronta diretamente o princípio do contraditório, ampla de defesa e o terceiro imparcial, expressamente previstos na Constituição de 1988.

Os dados coletados pelo subgrupo 03 foram utilizados a fim de verificar sobre a mudança de perspectiva que a Lei 12.403/2011 tentou implantar, qual seja a liberdade como regra. Entretanto, demonstrou-se o entendimento contrário. Um número significativo de desembargadores não chegou a analisar a possibilidade de aplicar uma medida cautelar menos gravosa que a prisão. Por outro lado, dentro do universo de acórdãos que debruçaram sobre o assunto a enorme maioria ainda sim optou pela prisão como a primeira medida. O que se percebe é o uso da prisão preventiva como regra.

Dos dados produzidos pelo subgrupo 04, aplicados para este estudo a fim de verificar o entendimento do TJMG acerca da aplicação da teoria do não prazo, observou que o uso não é unânime, convivendo em paralelo com outras teses. Dos acórdãos que utilizam a duração razoável do processo à maioria é para denegar a ordem de liberdade. Além do mais, a presença de um dos critérios caracterizadores de violação é utilizada como fundamento para justificar a demora processual. A aplicação invertida do direito humano corrobora com a conclusão sobre a presença punitivista judicial.

Apesar de a Lei inovadora ter avançado em vários pontos buscando uma conformidade constitucional e a diminuição punitivista do decreto autoritário observou em vários julgados que os juízes permanecem presos no papel opressor do decreto autoritário erguido inicialmente para atender os interesses do Estado Novo<sup>41</sup>.

---

<sup>41</sup>Alguns obstáculos podem ser citados: influência no ensino jurídico de manuais sem o compromisso de uma hermenêutica constitucional e de concretização do princípio acusatório; ausência de atualização profissional como parte do processo legislativo; atualização continuada dos juízes; ausência de interpretação e adoção de entendimento constitucional nos tribunais superiores; e a não efetivação da previsão sobre formação continuada pelos juízes. (BARROS, 2014, p.194)

Enfim, o estudo empírico demonstrou a violação incessante a direitos e garantias individuais do cidadão por parte do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que não se renovou a partir de uma leitura constitucional. Mas esta perspectiva não encontra ressonância com a ordem jurídica democrática, que assume desdobramentos completamente diferentes. Destaca CARVALHO (2012):

[...] o juiz deve esmerar-se em pautar-se pela imparcialidade, sem pretender exercer o papel das partes, especialmente quanto à atividade probatória. Não é sua função precípua a proteção da segurança pública. Não está no seu mister o combate à criminalidade. Essas são funções cometidas ao Poder Executivo, não ao Judiciário. A ele, tão somente, julgar. E para fazê-lo legitimamente, deve tomar-se equidistante. (CARVALHO, 2012, p. 129).

Neste sentido, torna-se urgente e necessário discutir propostas de renovação da função do juiz tendo como ponto de partida o Estado Democrático de Direito, a fim de superar o papel do juiz constituído para atender interesses dos regimes totalitários e que, em termos práticos, reflete atualmente em violações a direitos e garantias individuais do cidadão no processo penal. O juiz democrático não surge da ideologia totalitária, mas sim da Constituição. Nesse sentido, perseguirá, no próximo capítulo, uma compreensão constitucionalmente adequada do papel do juiz, sobretudo a partir das contribuições do Modelo Constitucional do Processo.

#### **4 A CONTRIBUIÇÃO DO MODELO CONSTITUCIONAL DO PROCESSO PARA O PAPEL DO JUIZ A PARTIR DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Até aqui foi visto que o papel opressor do juiz se constituiu a partir dos regimes totalitários, erguidos nas primeiras décadas do século XX, sendo referência para o Brasil, o Estado Novo, contexto no qual surge o decreto autoritário 3.689/1941, ainda em vigor.

Os efeitos disso são percebidos atualmente e traduz em violação a direito e garantias do cidadão pelo juiz no processo penal, conforme se demonstrou tendo como base uma pesquisa empírica. Apesar da tentativa de adequação do Decreto Lei 3.689/1941 ao texto constitucional com a Lei 12.403/2011 os desembargadores, em grande parte, afastaram as alterações e permaneceram fincados no regime jurídico passado.

Diante disso, com o objetivo de contribuir para a discussão acerca da superação deste quadro, este capítulo tem como propósito dar uma interpretação constitucionalmente adequada ao papel do juiz, especificamente ao Modelo Constitucional de Processo.

Neste esteio, rediscutir a relação entre Estado e cidadão torna-se caminho obrigatório, para tanto será adotado as contribuições da teoria procedimentalista da democracia, de Jurgen Habermas (2003). Será visto que os regimes estudados estão fincados no Estado Social. Este consubstancia a partir do fortalecimento estatal interventor na esfera individual. O indivíduo é visto como instrumento de realização de um projeto de vida o qual não incumbe realizar, centrado no Estado. (HABERMAS, 2003, p. 190). Mas na linha da teoria *habermasiana* (2003) o paradigma do Estado democrático de direito reclama o cidadão ativo, não mais como alvo de intervenção ou conformação, mas sim protagonista da ordem jurídica e social. Para o referido autor no paradigma de Estado Democrático são institucionalizados processos comunicativos que garantam a participação do cidadão de forma que se veja como destinatário e autor do ato estatal. (HABERMAS, 2001, p. 155).

Assim, é possível fazer um contraponto ao fundamento da autoridade pura (ideologia totalitária) como forma de justificação da função judicial opressora, para propor em seu lugar a legitimidade. Este caminho implica em uma teorização processual adequada. Nesse sentido, traz enormes contribuições Elio Fazzalari

(1992) com a teoria do processo como procedimento em contraditório. Ao centrar o contraditório na estrutura procedimental o autor dá um salto para inserção do espaço discursivo procedimentalizado a legitimar as decisões judiciais. Assim o provimento não pode ser ato solitário do julgador, pois não pode alterar ou anular as atividades dos participantes. (FAZZALARI, 1992, p. 82). Significa dizer que as partes processuais possuem direito a tratamento igual e em simétrica paridade de participar da formação do provimento cujos efeitos lhe afetarão. É desta participação que a legitimidade passa a incorporar a função judicial, colocando por terra a opressão.

Será visto que o encaminhamento da legitimidade é feito pela Constituição, especificamente pelo Modelo Constitucional de Processo, de onde se extrai o papel do juiz. Conforme destaca Andolina e Vignera (1997) é na Constituição a morada de um verdadeiro esboço geral de processo composto por três características a expansividade, variabilidade e perfectibilidade, que permitem esta base adequar às características próprias de cada processo. (ANDOLINA; VIGNERA, 1997, p. 13). E a Constituição brasileira (1988) cumpre com este propósito ao trazer em seu bojo a base principiológica formada pelo contraditório, legitimidade da fundamentação, ampla argumentação e o terceiro imparcial. (BARROS, 1999). Logo, a compreensão do papel do juiz no processo penal passa por esta base de princípios constitucionais, ou seja, necessita adequar-se ao Modelo Constitucional de Processo.

O terceiro imparcial se garante pela exigência do esforço argumentativo das partes em contraditório, uma vez que a fundamentação expressa o caminho percorrido pelo juiz para formar seu convencimento e é indissociável do contraditório, não permitindo assim, que a decisão seja ato isolado do juiz. Pela ampla argumentação, se tem o direito à prova, assistência de advogado, é uma garantia das partes para que possa ter o tempo processual apto para reconstruir o caso concreto e discutir quais normas jurídicas serão adequadas. (BARROS, 2009).

Assim, será proposto que a partir de uma interpretação constitucionalmente adequada ao Modelo Constitucional do Processo o papel do juiz no Estado Democrático de Direito é o de efetivar os direitos e garantias individuais das partes para garantir o desenvolvimento regular do debate processual, de onde deve extrair os elementos de convicção a ser devidamente fundamentado.

Nesse desiderato, a primeira parte do capítulo discorrerá sobre a teoria procedimentalista da democracia de Habermas (1993) discutindo a relação entre Estado/ cidadão no paradigma democrático, a convivência da autonomia pública e privada e a legitimidade como pressuposto do ato estatal.

Na sequência abordará as contribuições *fazzalariana* para colocar a teoria processual no caminho da legitimidade, passando pelo conceito de processo e procedimento, este como preparatório para o provimento, bem como a redefinição das atribuições dos sujeitos processuais.

Por último, será abordado sobre a aproximação entre Constituição e processo, que traz o esboço geral formado pelo princípio do contraditório, legitimidade da fundamentação, ampla argumentação, terceiro imparcial e as especificidades do processo penal, para finalmente, interpretar o papel do juiz a partir do Modelo Constitucional do Processo.

#### **4.1 A legitimidade da ordem jurídica no paradigma democrático**

Com Habermas (2003) é possível fazer um contraponto ao fundamento da autoridade pura (ideologia totalitária, subjetivismo, autoridade) como forma de justificação da função judicial e propor em seu lugar a legitimidade, a partir da procedimentalização de institutos jurídicos que encaminhe a participação do cidadão como núcleo de determinação para uma sociedade democrática.

O Estado “total” regulador de todos os setores da vida colide diretamente com o democrático, que pressupõe formas de vidas diversas e tensão entre os vários grupos sociais conviventes. Portanto, não há um modelo único a ser seguido e opositores a serem eliminados em busca de uma suposta unidade.

Ao reconstruir os paradigmas de direito proposto por Habermas (2003) é possível perceber que os Estados totalitários encontram-se focados no paradigma Social. Inobstante cada regime estudado guarde sua respectiva particularidade, assemelham em um traço marcante: a busca pela unidade no Estado. O cidadão é visto como objeto de intervenção e conformação com os objetivos estatais. Relembra Madeira (2008):

Foi justamente essa crescente força do Estado e a possibilidade de se afastar a normatividade para atendimento de um (obscuro) bem-estar social é que ocasionaram a eclosão de modelos ditatoriais como o socialista

soviético, o fascista italiano e o nazista alemão, todos eles baseados na idéia de interesses de todos que, ontem e hoje, em realidade, escondem os interesses de poucos. Atestou-se que o Estado social não respeitava as diferenças e que as desigualdades, faticamente, em nada minoraram. O tão alardeado bem comum nunca foi alcançado. (MADEIRA, 2008, p. 95).

Nessa linha, conforme destaca Habermas (2003) o Estado sai da inércia para assumir uma posição dirigista antecipando um projeto de vida boa a qual impõe para todos. (HABERMAS, 2003, p. 190). Atua no sentido de materializar direitos formalmente previstos e os novos incorporados na legislação, visando atingir uma igualdade de fato que a mera disposição legal é incapaz de conseguir.

Aqui cabe uma crítica levantada por Habermas (2003). Uma das fraquezas ancoradas no Estado social se verifica nas limitações impostas na autodeterminação do cidadão, visto aqui como clientes a espera de cumprimento das promessas centradas em um projeto o qual não incube realizar. (HABERMAS, 2003, p. 125).

Mas atenção, o Estado sai da inércia para despontar no ativismo, que, se por um lado visa resguardar a igualdade material diante das demandas emergentes, por outro lado reflete de forma inversa no processo penal, é utilizado como instrumento de opressão contra os opositores do regime, deixando em segundo plano os direitos e garantias individuais do cidadão para operacionalizar os objetivos do Estado, conforme visto nos capítulos precedentes.

De acordo com Habermas (1995) o paradigma social surgiu em contraponto ao paradigma liberal. Neste último, o Estado intervém o mínimo possível na esfera particular, cumpre a função de garantir as liberdades individuais. Enquanto a sociedade organiza na forma de interações privadas em torno do mercado, o Governo é guiado para atender tais interesses e é estruturado em um aparato administrativo. Prevaecem os direitos negativos, que é o reflexo da proteção do cidadão contra o Estado e da intervenção de outros cidadãos. Neste modelo a orientação é dada pela sociedade, em uma forma de autogoverno direcionado para o compromisso de interesses particulares e apolíticos. (HABERMAS, 1995, p. 107-109).

Observa dois extremos entre os paradigmas apontados. No liberal prevalece a autonomia privada do cidadão diante do Estado inerte, por outro lado, no paradigma social, prevalece a esfera pública e o Estado interventor. Para Habermas (1993) o paradigma de Estado Democrático de Direito supera os predecessores ao permitir a convivência entre autonomia pública e autonomia privada do cidadão.

A chave da visão procedimental do direito consiste nisso. Uma vez que a garantia da autonomia privada através do direito formal se revelou insuficiente e dado que a regulação social através do direito, ao invés de reconstruir a autonomia privada, se transformou numa ameaça para ela, só resta como saída tematizar o nexó existente entre formas de comunicação que, ao *emergirem*, garantem a autonomia pública e a privada. (HABERMAS, 2001, p. 155)

Essa co-originariedade é assegurada mediante processos comunicativos que permitam o indivíduo participar dos canais de formação da opinião e da vontade, de modo a se ver como destinatário e ao mesmo tempo autor do seu direito. (HABERMAS, 2001, p. 155).

Quando o direito não constitui sua base em fontes legítimas fica à mercê do puro arbítrio. Contudo no Estado Democrático de Direito todos possíveis afetados pela decisão são partes autorizadas para levar seus argumentos e contribuir para a formação do ato decisório que tem no discurso o pressuposto de formação racional.

[...] todos os participantes do processo, por mais diferentes que sejam seus motivos, fornecem contribuições para um discurso, o qual serve, na perspectiva do juiz, para a formação imparcial do juízo. Somente essa perspectiva é constitutiva para a fundamentação da decisão. [...] O juiz singular tem que conceber sua interpretação construtiva como um empreendimento comum, sustentado pela comunicação pública dos cidadãos. [...] Na medida em que o discurso jurídico nasce do próprio processo, deve ficar isento de influências externas. [...] A teoria do discurso explica a legitimidade do direito com o auxílio de processo e pressupostos da comunicação – que são institucionalizados juridicamente – os quais permitem levantar a suposição de que os processos de criação e de aplicação do direito levam a resultados racionais. (HABERMAS, 2003, p. 153-295).

E a legitimidade é garantida pela presença no código jurídico de um catálogo de direitos e garantias que assegure a existência jurídica da autonomia privada juntamente com a autonomia pública. Os direitos a iguais liberdades subjetivas, direito a nacionalidade, garantia dos meios jurídicos processuais para afirmar suas pretensões definem a autonomia privada. Por outro lado, o direito a participar da da formação de opinião pública e da vontade estruturam a autonomia pública. (BARROS, 2009, p. 16)

Nessa esteira, o princípio da soberania do povo significa que todo o poder político é deduzido do poder comunicativo dos cidadãos. O exercício do poder político orientado se legitima pelas leis que os cidadãos criam para si mesmo numa

formação da opinião e da vontade estruturada discursivamente. Quando se considera essa prática como um processo destinado a resolver problemas, descobre-se que ela deve a sua força legitimadora a um processo democrático destinado a garantir um tratamento racional de questões políticas.

[...] se discursos (e, como veremos, negociações, cujos procedimentos são fundamentados discursivamente) constituem o lugar no qual se pode formar uma vontade racional, a legitimidade do direito apóia-se em última instância, num arranjo comunicativo: enquanto participantes de discursos racionais, os parceiros do direito devem poder examinar se uma norma controvertida encontra ou poderia encontrar o assentimento de todos os possíveis atingidos. Por conseguinte, o almejado nexos interno entre soberania popular e direitos humanos só se estabelecerá, se o sistema dos direitos apresentar as condições exatas sob as quais as formas de comunicação – necessárias para uma legislação política autônoma – podem ser institucionalizadas juridicamente. (HABERMAS, 2003, p. 138).

Trazendo esta visão para o âmbito processual, não basta que o direito seja emanado da figura autoritária do juiz incumbido de uma missão, a decisão surge do espaço discursivo, construído por aqueles que serão afetados. Conforme destaca Dierle Nunes (2012) a autonomia pública e privada deve conviver no processo:

Uma das chaves mestras dessa releitura do sistema processual passa pela percepção da importância da participação ou, melhor dizendo, da comparticipação que permita o exercício pleno pelo cidadão (economicamente débil ou não) de sua autonomia pública e privada no processo. (NUNES, 2012, p. 198).

Assim é que devem ser institucionalizados procedimentos discursivos propiciadores do exercício da participação do cidadão nas esferas de decisão. O indivíduo não é mero cliente à espera do Estado juiz, mas protagonista da ordem jurídica e social. Os direitos e deveres não se limitam a decisões tomadas exclusivamente pelas instituições (FERNANDES; PEDRON, 2013, p. 6), devem-se revestir de legitimidade.

O juiz, braço do Executivo, que desempenha o papel de eliminar o inimigo do Estado, cujo fomento estruturou-se na teoria da relação jurídica processual ao colocar em vínculo de sujeição às partes ao poder judiciário ancorado na ideologia dos regimes, não encontra ressonância no Estado Democrático de Direito. No paradigma democrático deve ser despida a missão opressora do juiz na busca de fins estatais, o caminho a ser trilhado pelo juiz é o da legitimidade.

Diante do exposto, torna-se necessária adoção de uma teoria processual comprometida com o Estado Democrático de Direito, que contribua para os estudos processuais na perspectiva da legitimidade, contribuição que advém da construção teórica de Fazzalari (2003).

## **4.2 Processo e legitimidade judicial**

Para a discussão acerca da superação do papel opressor do juiz violador dos direitos e garantias individuais exige buscar fonte teórica condizente com a legitimidade. Sem dúvida nenhuma contribui com este objetivo Fazzalari (1961), com a “*teoria do processo como procedimento realizado em contraditório*”, que desloca o eixo de investigação da jurisdição voltada para o fortalecimento do Estado (totalitário), para o contraditório (participação). Assim a legitimidade passa a girar em torno dos estudos processuais.

Nessa ordem de ideias torna-se necessário a compreensão de conceitos construídos pelo referido autor, como, a diferenciação entre processo e procedimento, provimento como ato preparado pelo procedimento e legitimação para agir, que contribui para redefinir o papel dos sujeitos processuais.

### **4.1.1 O contraditório no centro do processo**

É na redefinição do conceito de procedimento realizado em contraditório de Fazzalari (1992) que os contornos democráticos passam a incorporar a teoria processual, pois, a participação dos sujeitos que serão afetados pelo provimento legítima a atividade judicial.

Segundo Gonçalves (2000) o provimento na teoria *fazzalarina* é um ato do Estado de caráter imperativo produzido pelos órgãos no desenvolvimento de sua competência administrativa, legislativa ou jurisdicional. Vários atos não revestem de imperatividade, mas quando os efeitos são produzidos na esfera do cidadão deve ser precedido de uma atividade preparatória disciplinada juridicamente (GONÇALVES, 2000, p. 102), o procedimento.

Para a compreensão do conceito de procedimento é relevante, primeiramente, importa passar pela estrutura da norma. Na teoria *fazzalarina* a

norma valora uma conduta e qualifica como lícita ou devida. A posição do sujeito em relação ao objeto valorado assegura uma posição frente à própria norma, que confere ao sujeito processual uma faculdade ou poder, quando previsto como lícita, ou um dever, se a norma for qualificada como devida. (FAZZALARI, 1996, p. 78). São poderes os atos que se constituem em declarações de vontade<sup>42</sup>, por exemplo, a confissão do réu em juízo ou a troca por ele de advogado. Por outro lado, são faculdades os atos cuja vontade de exercer a conduta valorada pela norma é implícita, ou seja, não precisa ser declarada. (GONÇALVES, 1992, p. 107). E são deveres quando não podem deixar de ser realizados, por exemplo, a defesa técnica.

Assim, antes da prática do ato jurídico na cadeia procedimental evidencia-se a posição jurídica do sujeito frente a uma faculdade, um dever ou direito valorado pela norma (BARROS, 2009, p. 3). Daí se extrai o conceito de direito subjetivo, que é uma posição de vantagem do sujeito assegurada pela norma. (GONÇALVES, 2000, p. 106). Em síntese, a norma é vista sobre três ângulos, a saber, a descrição textual que valora uma conduta, a posição jurídica subjetiva do sujeito frente à norma e o ato jurídico a ser praticado.

Esta série de normas valorativas de condutas, os atos que delas advêm e posições subjetivas constituem o procedimento, frise preparatório do provimento. Oportuno o esclarecimento de Gonçalves (1992):

O procedimento é uma atividade preparatória de um determinado ato estatal, atividade regulada por uma estrutura normativa, composta de uma sequência de normas, de atos e de posições subjetivas, que se desenvolvem em uma dinâmica bastante específica, na preparação do provimento. O provimento é um ato do Estado, de caráter imperativo, produzido pelos seus órgãos no âmbito de sua competência, seja um ato administrativo, um ato legislativo ou um ato jurisdicional. (GONÇALVES, 1992, p. 103)

O procedimento válido, portanto, é estruturado diante de uma sequência de normas, sendo o inverso também verdadeiro, um provimento sem o qual não fosse determinado por atos valorados pela lei seria considerado inválido. (FAZZALARI,

---

<sup>42</sup>Os exemplos oferecidos por Fazzalari (1996) auxiliam a distinção: as partes têm poder de “proferir juramento decisório”, faculdade de alegar fatos e dever de exibir prova. Quando há consequências legais vinculadas à falta do exercício dos poderes e faculdades, desfavoráveis ao titular do ato surge à figura do ônus. Acentua Gonçalves (1992), os poderes e faculdades caracterizam-se como ônus, e quando de seu não exercício, esta lei processual liga uma consequência desfavorável ao titular do ato. Ao sujeito é dado cumprir ou não o ato, mas a falta de cumprimento se resolve na possibilidade de dano para ele. (GONÇALVES, 1992, P. 107)

1996, 79). Da mesma forma, um ato ilícito não integra o procedimento, somente os atos lícitos, isto porque o ilícito não compõe o conceito de ato jurídico. (GONÇALVES, 2000, p. 107).

Adverte-se, entretanto, que a série de atos não desenvolve de forma desordenada. Um ato liga-se ao outro por uma relação lógica de causa e consequência. Para Fazzalari (1996) os atos são sucessivos, de maneira que o antecedente determina sempre o conseqüente. Isto é, o ato anterior figura como pressuposto lógico para o ato posterior e assim até o ato final, qual seja, o provimento. (FAZZALARI, 1996, p. 78).

Por sua vez o processo para Fazzalari (1992) diferencia de procedimento por uma relação de gênero e espécie (inclusão). Enquanto o procedimento é o gênero, o processo classifica como espécie de procedimento pelo elemento que o qualifica, o contraditório. Portanto, processo é procedimento realizado em contraditório. (FAZZALARI, 1992, p. 82). Define o autor:

“processo” é um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades<sup>43</sup>. (FAZZALARI, 1992, p. 82, tradução nossa).

Note que essa redefinição do conceito de procedimento, como estrutura normativa que tem como objetivo o provimento, difere da definição elaborada pela doutrina *relacionista*, que vê no procedimento a legitimação do exercício do poder e o processo como externalização dos atos (os autos). (DINAMARCO, 2003, p. 160).

Mas com Fazzalari (1996) as implicações são relevantes para colocar o processo na linha da legitimidade democrática, uma vez que o processo é definido pelo contraditório integrante da cadeia procedimental, que é uma sequência de normas, de atos e de posições subjetivas preparatórias do provimento. Assim afasta a carga autoritária que reveste as decisões de cunho solitário do juiz, incompatível com a matriz democrática assumida no texto constitucional.

Vale as observações de Rosemiro Pereira Leal (2002):

---

<sup>43</sup>[...] <<processo >> è un procedimento in cui partecipano (sono abilitati a partecipare) coloro nella cui sfera giuridca l'atto finale è destinato a svolgere effetti: in contraddittorio, e in modo che l'autore dell'atto non possa obliterare le loro attività. (FAZZALARI, 1992, p. 82).

[...] Com Fazzalari, foi possível um salto epistemológico que retirou a decisão da esfera individualista, prescritiva e instrumental da razão prática do decisor (LEAL, 2002, p. 127) [...] É o desconhecimento da teoria fazzalariana do processo, como degrau de iniciação democrática, que coloca a democracia a reboque da jurisdição ainda estatalizada em concepções entitativas e autocráticas. (LEAL, R. 2002, p. 127).

Dessa monta, o provimento jurisdicional como ato preparado pelo procedimento desenvolvido em contraditório certamente contribui para uma proposta do papel do juiz tendo como pressuposto a legitimidade. Enfim, o contraditório desloca o eixo de estudo processual para a participação, figura no processo penal com uma blindagem contra o autoritarismo, e mais que isso redefine o papel dos sujeitos processuais.

#### **4.1.2 Redefinição do papel dos sujeitos processuais**

A partir do conceito de provimento jurisdicional preparado pelo procedimento já se coloca a exigência de um papel renovado do juiz ao decidir, que deve se revestir de legitimidade. Entretanto, alguns pontos merecem esclarecimento a fim de maiores delineamentos não só do papel do juiz, mas dos demais sujeitos processuais, sendo necessário abordar, da teoria *fazzalarina*, como se adquire a legitimação para o processo (todos os sujeitos processuais) e a legitimação para o provimento (juiz), que surge a partir do conceito de legitimação para agir.

Segundo o italiano (Fazzalari) não só autor e réu possuem legitimação para agir, mas sim todos os sujeitos do processo, dessa forma eles estão autorizados a cumprir seus atos. (FAZZALARI, 1992, p. 369). Mas a existência da legitimação para agir configura a partir da presença de dois ângulos, a situação legitimante e a situação legitimada.

A situação legitimante é uma situação constituída perante um poder, faculdade ou dever conferidos ao sujeito, e permite a indicação de quem pode atuar no processo. (GONÇALVES, 2000, p. 145).

No processo a situação legitimante é estabelecida em razão do provimento e a medida emanada. O provimento é o ponto de apoio para se determinar quais entre os sujeitos processuais poderão cumprir um determinado ato processual. (GONÇALVES, 2000, p. 146).

No caso das partes, são os legitimados a participarem do processo aqueles sujeitos que serão afetados pelo provimento, independentemente da procedência ou não do pedido formulado. Para definirem os legitimados, basta identificar os hipoteticamente afetados por futura decisão, conforme requerimento feito na peça exordial (FAZZALARI, 2006, p. 369). Assim eles estarão habilitados a participar em contraditório em todo o *iter* procedimental, preparando o provimento (GONÇALVES, 2000, p. 120), que no processo penal pode ser, por exemplo, uma medida cautelar, sentença condenatória ou execução.

Pode acontecer no caso penal<sup>44</sup> que nem mesmo hipoteticamente uma pessoa seja incluída como destinatária do provimento. Por exemplo, acusado de participar de homicídio por dar fuga ao agente executor em um automóvel acaba sendo absolvido, restando provado que não ele, mas uma terceira pessoa seria o condutor do veículo. Neste caso, a legitimação pelo provimento também é verificável. O acusado absolvido teve legitimação temporária enquanto sobreveio a hipótese de ser afetado por futura condenação. Em se tratando do terceiro, deve entrar no processo e participar em simétrica paridade, uma vez que se tornou objeto do provimento. (FAZZALARI, 1996, p. 307).

Para o juiz a situação legitimante igualmente constitui com base no provimento que ele possa estimar a sua própria participação no processo e julgar, bem como estimar a participação dos seus auxiliares. (FAZZALARI, 1992, p. 377).

As normas de organização judiciária disciplinam a constituição, composição, atribuições e competências, o funcionamento e estrutura do Poder Judiciário. E são elas os precedentes para o juiz identificar se diante do provimento requerido ele está legitimado. Por exemplo, em se tratando de um caso penal, será legitimado o juiz que de acordo com as normas de organização judiciária tem competência para julgar na seara criminal.

Somado ao enquadramento da natureza do provimento, outro critério deve ser observado para a definição da legitimação do juiz, qual seja, a sua imparcialidade. O juiz deve ser estranho tanto em relação às partes envolvidas, quanto à situação substancial a ser criada pelo provimento.

---

<sup>44</sup>Adota-se o termo caso penal segundo Coutinho: “Com ele, estamos diante de uma situação de incerteza, de dúvida, quanto à aplicação da sanção penal ao agente que, com sua conduta, incidiu no tipo penal. Em não sendo auto-executável a sanção, não há outro caminho que o processo para fazer o acerto do caso penal. A jurisdição, ademais, é indefectível e atua, ate o acerto positivo, de condenação, alheia a elementos de ordem subjetiva”. (COUTINHO, 1998, p. 138).

Nas palavras do autor italiano:

Quanto à legitimação do juiz. É com base no provimento a ser emanado que se define a legitimação para participar do processo e julgá-lo (se o provimento enquadra, por hipótese, na jurisdição e na sua própria competência.

Outro requisito é a “imparcialidade” em relação ao provimento (requerido e emanado), devendo o juiz ser estranho em relação à situação substancial a ser criada pelo próprio provimento, bem como em relação aos titulares dela. (FAZZALARI, 1992, p. 377).

No entanto, um terceiro critério deve ser incluído. Ao juiz, além da legitimação para agir no processo, que se constituiu pelo critério do provimento e imparcialidade, soma-se a legitimação ao provimento jurisdicional, última fase de sua legitimação. Decorre de dois requisitos verificáveis, da presença do direito substancial e pela regularidade do desenvolvimento processo, só assim o juiz estará investido do dever de emitir o provimento. (FAZZALARI, 1992, p. 381).

Caso contrário, não estando presente o pressuposto substancial, não só o juiz, mas também as partes são privadas de legitimação para o provimento. O mesmo não pode ser dito em relação à legitimação para agir cujos protagonistas são todos sujeitos e desenvolve em todo curso do processo independente do resultado do provimento. (FAZZALARI, 1992, p. 381).

Uma vez esclarecido a situação legitimidade, que compõe um dos ângulos da legitimação para agir, resta abordar sobre a situação legitimada. A norma pode prever e atribuir à parte três posições subjetivas, quais sejam, “poderes”, “faculdades” ou “deveres”<sup>45</sup>.

Concernente aos atos processuais do juiz e auxiliares que são investidos a desempenhar uma função estatal incumbe os deveres em virtude do cargo ocupado, assim como qualquer agente a serviço do Estado. (FAZZALARI, 1996, p. 419).

Destaca-se que dentro do processo, o dever do juiz não limita ao cumprimento de um ato, mas uma série de atos que compõem a estrutura normativa do processo, em uma cadeia de posições subjetivas, que é a posição do juiz frente à norma que valora a conduta como devida.

Neste sentido, esclarece Gonçalves (2000):

O juiz não pode, como seus auxiliares não o podem, transformar deveres em ônus, preferindo suportar as consequências desfavoráveis, com é dado

---

<sup>45</sup> Conceitos foram vistos no tópico anterior.

à parte. Ele tem o dever de cumprir os deveres da jurisdição. (GONÇALVES, 2000, p. 154)

Contudo, salienta-se, a participação do juiz não o transforma em um contraditor, ele não participa “em contraditório com as partes”, entre ele e as partes não há interesse em disputa, ele não é um “interessado”, ou um “contra-interessado” no provimento. O contraditório se passa entre as partes porque importa no jogo de seus interesses em direções contrárias, em divergência de pretensões sobre o futuro provimento que o *iter* procedimental prepara, em oposição. É essa oposição, essa contrariedade de interesses, de que o provimento seja favorável a uma desfavorável à outra, que marca a presença das partes e que tem a garantia de igual tratamento no processo. (GONÇALVES, 2000, p. 121).

O juiz exerce papel peculiar dentro do processo não confundido com o das partes, estas são as contraditórias, pois sofrerão os efeitos do provimento. O juiz não participa do contraditório, cumpre deveres em virtude do cargo estatal que ocupa. E como será visto suas atribuições decorrem da Constituição, dos princípios constitucionais que compõem o Modelo Constitucional de Processo, de onde deve ser extraído o papel do juiz em uma leitura compatível com o Estado Democrático de Direito.

### 4.3 Constituição e Processo

A teoria do italiano Fazzalari traz contribuições com os conceitos estudados, mas merece complementação por um viés constitucional <sup>46</sup>. E é no constitucionalismo pós Segunda Guerra Mundial que ocorre a aproximação entre Processo e Constituição, passando as constituições a incorporar disposições normativas processuais.

Renomados autores dedicaram a esta teorização do processo, como no México por Hector Fix-Zamúdio, no Brasil por Baracho e na Itália por Andolina e Vignera (DIAS, 2012, p.84). E a Constituição<sup>47</sup> brasileira de 88 cumpriu com este propósito<sup>48</sup>, de elevar à Constituição um arcabouço de normas processuais<sup>49</sup>.

---

<sup>46</sup>Nesse ponto destaca NUNES (2008) “Ocorre que sua teoria tem de ser contextualizada com o momento de sua articulação, uma vez que possíveis críticas expedidas, na atualidade, não podem obscurecer o fato de que o constitucionalismo e a teoria do direito evoluíram de modo fabuloso nos últimos cinquenta anos. (NUNES, 2008, p. 207).

<sup>47</sup>Com apoio em Habermas, CATTONI descreve sobre o importante papel das Constituições: “a união supostamente paradoxal entre Estado de Direito e democracia, direitos humanos e soberania popular, resolve-se, na dimensão do tempo histórico, como um processo que corrige a si mesmo, se compreendermos a Constituição como um projeto que transforma o ato fundado num processo constituinte que tem continuidade por meio de sucessivas gerações”. Para mais: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. A legitimidade democrática da Constituição da República Federativa do Brasil: uma reflexão sobre o projeto constituinte do Estado Democrático de direito no marco da teoria do discurso de Jürgen Habermas. *In*: GALUPPO, Marcelo Campos (Coord.). **Constituição e**

Além de contribuir para a alocação da metodologia processual como norma centrada no texto maior o Processo Constitucional redefine o espaço discursivo democrático de correção da norma e reconstrução dos fatos em garantia dos direitos fundamentais viabilizando a participação do cidadão neste debate, não podendo deste modo, ser o papel opressor do juiz nos regimes totalitários o eixo de atuação judicial.

A característica referente ao processo de ser meio para o exercício da jurisdição, típico da teoria da relação jurídica ou da instrumentalidade do processo<sup>50</sup> é colocada em cheque para ser instrumento de proteção dos princípios constitucionais conferidos aos cidadãos, principalmente para se oporem contra as autoridades públicas. (BARACHO, 2006, p. 346).

O Processo desloca para o eixo da Constituição. E segundo Dias (2012):

[...] a decisão jurisdicional (sentença, provimento) não é ato solitário do órgão jurisdicional, pois somente obtida sob inarredável disciplina constitucional principiológica (devido processo constitucional), por meio da garantia fundamental de uma estrutura normativa metodológica (devido processo legal), a permitir que aquela decisão seja construída com os argumentos desenvolvidos em contraditório por aqueles que suportarão seus efeitos, em torno das questões de fato e de direito sobre as quais controvertem no processo. (DIAS, 2012, p. 123).

Portanto, o processo não é uma mera sequência de atos para o exercício do decisionismo judicial, mas é concebido pela via constitucional como garantia fundamental da democracia ao promover um espaço procedimental argumentativo de participação efetiva na individualização dos fatos e das normas em abstrato reconstruídas pelo contraditório entre as partes. (DIAS, 2012, p. 34 a 37).

---

**democracia:** fundamentos. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 239).

<sup>48</sup> Ao analisar a Constituição do Brasil COMOGLIO profere elogios: “configura um sistema digaranzieprocessuali, Che, per l’analiticità e per La precisionedelle sue espressioniprimarie, può bem dirsi progredito Ed, in certipunti, addiritturaal’avanguardia, nel panorama delleConstituzionimoderne” (COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanziecostituzionali e “giusto processo”(modeli a confronto). Revista de Processo v. 90, p. 95-150, São Paulo, abr./jun. 1998, p. 139).

<sup>49</sup> Define DIAS (2010), com esteio em Baracho, que a Constituição delinea o Processo Constitucional pelo direito a amplo acesso à jurisdição, do juízo natural, contraditório, plenitude de defesa, garantia de um processo sem dilações indevidas e direito a uma fundamentação racional das decisões (art. 5, incisos II, XXXV, XXXVII, LII, LIV, LV e LXXVIII, do art. 93, incisos IX e X, e dos art. 133 e 134, todos da Constituição Federal). (DIAS, 2012)

<sup>50</sup> De acordo com CATTONI “o processo jurisdicional é tradicionalmente definido pela doutrina como sendo o instrumento através do qual a jurisdição opera” e inclui como autores deste entendimento no Brasil CINTRA, DINAMARCO e GRINOVER. Para mais: OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **O processo constitucional como instrumento da jurisdição constitucional**. Revista da Faculdade Mineira de Direito. V. 3, ns. 5 e 6, p. 161 a 169, Belo Horizonte, 1 e 2 sem. 2000, p. 161.

Neste ponto Andolina e Vignera (1997) contribuem para a proposta de rediscutir o papel do juiz compatível com o Estado Democrático de Direito, a partir de uma interpretação constitucional adequada ao arcabouço normativo processual previsto na Constituição.

#### **4.3.1 O modelo constitucional de processo e as especificidades do processo penal**

Para Andolina e Vignera (1997), dos princípios e regras constitucionais é possível extrair uma base principiológica constitutiva de um verdadeiro modelo de processo, um esboço geral a partir do qual se definem os demais ramos processuais seja penal, civil ou administrativo<sup>51</sup>. (ANDOLINA; VIGNERA, 1997, p. 13).

Não há diferenciação entre processo constitucional e outro infraconstitucional, há um modelo institucional constitucionalizado e unificado por princípios, garantias e institutos. (ANDOLINA; VIGNERA, 1997, p. 15-19). Encontram-se sim particularidades de microssistemas que são incessantemente chamados a adequar-se ao modelo previsto na Constituição. (ANDOLINA, 1997, p. 63). Portanto, reside no texto constitucional uma principiológia uníssoma que ao mesmo tempo adquire tipologias plúrimas decorrentes de três características: expansividade, variabilidade e perfectibilidade.

Pela primeira característica, a expansividade, o esboço geral<sup>52</sup> em virtude da supremacia do texto constitucional e por não tratar de normas estanques, serve de base aos demais microssistemas processuais, permitindo adaptações às respectivas peculiaridades. Em contrapartida, esta individualização deve respeito à estrutura geral. (ANDOLINA; VIGNERA, 1997, p. 14).

A segunda característica é a variabilidade, entendida como a capacidade do esboço geral assumir diferentes formas, a fim de buscar finalidades específicas. (ANDOLINA; VIGNERA, 1997, p. 14).

Acrescenta BARROS (2009) que esta especificidade vai além da diferenciação do procedimento visado na regulamentação de um diploma, conforme

---

<sup>51</sup>Os autores analisam a Constituição italiana de 1948 (ANDOLINA; VIGNERA, 1997, p. 11), mas da mesma forma é possível extrair uma base principiológica da Constituição brasileira de 1988, conforme é feito por Flaviane Magalhães Barros (2009).

<sup>52</sup>Esboço geral, estrutura geral, base principiológica são utilizados como sinônimo de modelo constitucional de processo. A processualista Barros (1999) emprega a expressão esquema geral. (BARROS, 2009, p. 16)

pensado inicialmente pelos autores italianos. Figura como pedra de toque o provimento pretendido ou os direitos fundamentais garantidos. Uma comparação entre o processo penal e o civil serve como exemplo, enquanto este último toca diretamente a liberdade do acusado, naquele prevalece a interferência no patrimônio das partes. Isto é, a especificidade decorre da Constituição, dos direitos fundamentais os quais o microssistema processual pretende proteger. (BARROS, 2009, p. 16).

Por último, pela especialidade o esboço geral serve como ponto de apoio para a formação de novos institutos processuais e aperfeiçoamento de outros existentes, assim mantém em consonância com o modelo de processo previsto no texto constitucional. (ANDOLINA; VIGNERA, 1997, p. 14).

Este esboço geral que expande, aperfeiçoa e especializa serve de parâmetro para revisitar uma teoria geral do processo tendo em vista que o modelo constitucional de processo é aplicável a todo processo, civil, penal ou administrativo. (BARROS, 2009, p. 15). Portanto, uma teoria que busca linhas gerais na Constituição da República e incide sobre os demais institutos, princípios e regras jurídicas específicas de cada microssistema. Logo, o papel do juiz deve constituir tendo como ponto de origem esse esquema geral.

Mas qual seria este esboço geral previsto na Constituição de 1988? Para Flaviane de Magalhães Barros (1999), quatro princípios formam o modelo processual brasileiro, a saber, o contraditório, ampla argumentação, fundamentação das decisões e o terceiro imparcial.

[...] da noção de um modelo constitucional de processo que se funda em um esquema geral ou em uma base principiológica uníssoma, abarca-se como pontos iniciais de referência para compreensão das garantias do processo o princípio do contraditório, o da ampla argumentação, o da fundamentação das decisões e o da participação de um terceiro imparcial<sup>53</sup>. (BARROS, 2009, p. 15).

É da Constituição de 1988 que extraem esta base principiológica. Mas ao lado disso o próprio texto constitucional regulamenta especificidades do processo penal, cite-se como exemplo, a presunção de inocência (art. 5, LVII, CF), proteção das liberdades individuais (art. 5, LXI, LXVIII, CF), direito ao silêncio (LXIII), liberdade de convicção ou crença e defesa contra tratamento discriminatório (art. 5, XLI). Essa

---

<sup>53</sup>Cada princípio será analisado separadamente já com as repercussões na função do juiz.

especificação do processo penal deve ser interpretada em consonância com o esboço geral. (BARROS, 2009, 15-16).

Esta compreensão torna-se fundamental para uma reviravolta da perspectiva processual uma vez que o modelo constitucional de processo serve como mediador e harmoniza as relações processuais (igualdade de tratamento), visto ser deste esboço a única fonte de onde se pode extrair as atribuições dos sujeitos processuais.

Na verdade, vários institutos processuais merecem uma releitura, além de teorias e práticas erguidas em descompasso com a Constituição e reprodutoras de violência e que traduz em violações a direitos e garantias fundamentais do cidadão.

É neste sentido que uma interpretação constitucionalmente adequada do papel do juiz aos princípios constitucionais processuais do contraditório, ampla argumentação, terceiro imparcial e fundamentação será trabalhada.

#### **4.3.2 O papel do juiz no modelo constitucional de processo**

A legitimidade entra na atividade judicial pela principiologia que compõe o modelo constitucional de processo, que ao mesmo tempo serve de lugar comum para discutir o papel do juiz no Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, busca-se, nesta parte do trabalho, dar uma interpretação adequada do papel do juiz ao modelo constitucional de processo.

Antes de iniciar a abordagem sobre os princípios constitucionais merece ser destacado que o contraditório, ampla argumentação, fundamentação judicial e o terceiro imparcial são indissociáveis. Embora individualmente cada princípio mantenha sentido, a existência mútua compõe um todo inseparável, configurando o esboço geral.

Tais princípios são vistos como co-dependentes no sentido que, apesar de cada um possuir seu espectro de atuação visto isoladamente, os referidos princípios formam uma base uníssoma indissociável, na qual a observância a um princípio é condição para o respeito dos demais. (BARROS, 2009, p. 17).

Oportuna esta observação porque a violação de qualquer princípio pelo juiz implica na quebra de legitimidade revestida em toda cadeia processual que encerra na decisão judicial. Como via de mão dupla, da mesma forma que esta co-

dependência age de forma incidente, a violação de um princípio reflete na violação dos demais.

Iniciando a abordagem dos princípios, primeiramente será tratado sobre o contraditório e sua interligação com a fundamentação judicial. Esta compreensão pode ser esclarecida quando colocada em contraponto à concepção adotada pelo decreto imposto por Getúlio Vargas, que tem como base teórica a teoria *relacionista*. Nesta, o contraditório é reduzido a mero ato de informação e a possibilidade de reação, dizer da acusação e o contradizer da defesa. (BARROS, 2011, p. 21).

Em contrapartida, o contraditório na linha *fazzalariana* é a possibilidade de participação em simétrica paridade. Significa dizer que os contraditores terão igualdade de oportunidades durante o desenvolvimento da cadeia procedimental. (GONÇALVES, 2000, p. 120). E aqueles que sofrerão os efeitos do ato participam em simétrica paridade, daí concluir que o juiz não é um contraditor.

Não é tarefa judicial contribuir para os argumentos das partes ou a ela ficar vinculado, pelo contrário, o julgador deve assegurar o exercício do contraditório visando futura decisão legítima. Destaca Aroldo Plínio Gonçalves (2000) que o juiz:

Não é um estranho no desenvolvimento do *iter* processual, pois dele não pode estar ausente, em relação a ele não pode ser alheio; é necessário que esteja presente, atuante nos atos judiciais que visem a assegurar o desenvolvimento correto e pleno do princípio do contraditório. Fazê-lo observar significará cumprir o dever da jurisdição, para assegurar que o contraditório não seja negligenciado, violado, que a participação das partes em simétrica paridade seja eficazmente garantida. Observá-lo, ele mesmo, significará que o juiz se submete às normas do processo pelas quais os atos das partes são garantidos, que o juiz não pode se recusar ao cumprimento da norma que instituiu o direito de igual participação das partes, em simétrica paridade. (GONÇALVES, 2000, p. 126).

Assim o contraditório cumpre a função de redistribuir os papéis dos sujeitos processuais, em síntese, as partes são as contraditoras e o juiz o garantidor da participação em simétrica paridade<sup>54</sup>.

Portanto, quando os desembargadores afastam as inovações da Lei 12.403/2011 e não aplicam o contraditório antes do provimento sobre a prisão preventiva, ficam ancorados no papel opressor do juiz e retiram a possibilidade da parte (investigado/acusado) que será afetada pelo decreto de contribuir na formação do convencimento. Veja como as repercussões são relevantes, o autor do

---

<sup>54</sup> De acordo com Marinho

provimento poderia convencer da desnecessidade da prisão ou mesmo demonstrar que o caso exige medida diversa.

Sem tratar as partes em simétrica paridade desprezando os argumentos do acusado/investigado, que sequer teve possibilidade de exercer o contraditório, também esvazia a legitimidade da decisão. Assim, não sendo oriundo do desenvolvimento regular do processo, o provimento prisional é inválido. A decisão judicial de mérito encerra a cadeia procedimental desenvolvida em contraditório entre as partes, bem como é o resultado de uma construção participada.

Aqui entra a primeira função da fundamentação judicial, a de atribuir legitimidade ao provimento judicial. Significa dizer que o suporte de convicção do julgador deve ser buscado nos elementos produzidos pelas partes em contraditório no espaço procedimentalizado. Não se trata de entregar a decisão ao alvitre judicial, os destinatários do provimento devem figurar como co-participantes do provimento cujos efeitos lhe afetarão.

Em face do paradigma democrático o embate acerca da legitimidade deve pautar toda e qualquer discussão em torno do direito seja no momento de elaboração da norma ou na ocasião da decisão que soluciona o caso particular a ser registrado por via da fundamentação. Conforme acentua André Cordeiro Leal (2002) o contraditório deve ser efetivamente entrelaçado com o princípio da fundamentação das decisões. (LEAL, A. 2002).<sup>55</sup>

Mas, igualmente importante é a função de controle da racionalidade decisória. Esclarece Antônio Magalhães Gomes Filho (2005):

Ao contrário do poder autoritário, que se exerce de forma absoluta e também oculta, o desempenho do poder democrático reclama publicidade e transparência, o que supõe a permanente explicitação das razões da atuação estatal. (GOMES FILHO, 2005, p. 60).

A fundamentação serve para demonstrar o caminho intelectual do julgador, assim deve expressar os elementos nos quais o juiz se baseou para formar sua convicção tendo como “mola propulsora” os argumentos produzidos em

---

<sup>55</sup>No mesmo sentido Brêtas: “Com efeito, se a jurisdição somente atua mediante o devido processo constitucional e se o processo é procedimento que se desenvolve em contraditório entre as partes, em condições de paridade, fundamentar a decisão jurisdicional é justificar o órgão estatal julgador, no processo, as razões pelas quais a decisão foi proferida. Esta justificação, porém, não pode ser abstrata, desordenada, desvairada, ilógica, irracional ou arbitrária, formulada ao influxo das ideologias, do particular sentimento jurídico ou das convicções pessoais do agente público julgador, marginalizando as questões e os argumentos desenvolvidos pelas partes no processo, porque o julgador não está sozinho no processo, não é seu centro de gravidade e não possui o monopólio do saber”. (DIAS, 2009, p. 277 a 306).

contraditório, ou seja, a decisão emerge da motivação. Pela motivação é possível verificar as razões em concreto que basearam o convencimento judicial, portanto, não pautado em meras conjecturas ou por motivos não confessáveis, a motivação é um elemento estruturante da decisão. (GOMES FILHO, 2009, p. 61).

Mas se à primeira vista a função de controle da fundamentação volta-se contra influências externas, devendo o julgador extrair os elementos de convicção diante do espaço procedimentalizado discursivo, neste mesmo diapasão a fundamentação atende também o controle interno do processo. Uma decisão formada a partir da subjetividade judicial, que primeiramente decide e posteriormente justifica sua escolha não encontra consonância com o modelo constitucional de processo.

Portanto, o juiz deve justificar sua escolha entre duas ou mais alternativas possíveis sobre uma determinada questão e apreciar todos os argumentos suscitados pelas partes. Como afirma Fazzalari (1996), nada adianta o contraditório se ele pode ser desprezado pelo juiz. (FAZZALARI, 1996, p. 155).

Quer dizer que a fundamentação não pode ser produto da atividade solitária do juiz, pautada em uma discricionariedade exacerbada e não conferida pelo ordenamento jurídico ou guiada por uma missão social que não permita a efetiva participação na construção do provimento. (BARROS, 2009, p. 13).

Uma vez abordado sobre o entrelaçamento do contraditório com a fundamentação das decisões, igualmente deve ser evidenciado a aproximação existente destes princípios com a ampla argumentação e o terceiro imparcial.

A terminologia “ampla argumentação”, segundo Flaviane Barros (2009) é uma crítica ao da ampla defesa, cunhada pela linha que segue a teoria da relação jurídica. Se o contraditório é o dizer do autor e o contradizer, a *ampla defesa* a ser exercida pelo réu restringe a desfazer os argumentos propostos na acusação. (BARROS, 2009, p. 20).

Entretanto, a ampla argumentação deve ser entendida como garantia derivada do contraditório, de que sejam perquiridas todas as possibilidades de argumentação, de acordo como o esforço argumentativo desencadeado seja pelo pelas partes. (BARROS, 2009, p. 21). Desse modo a ampla argumentação interliga e recebe complemento de outros princípios do microssistema como a ampla produção probatória, assistência técnica e o tempo processual adequado para as partes

discutirem fatos e fundamentos jurídicos e, dessa forma, contribuir para a formação do provimento.

Na perspectiva do processo jurisdicional, da ampla argumentação decorre o direito à prova, à assistência de um advogado, à necessidade de se garantir que as partes possam ter o tempo processual para reconstruir o caso concreto e discutir quais normas jurídicas *prima facie* aplicáveis são mais adequadas ao caso concreto. (BARROS, 2009, p. 21).

A ampla argumentação possui estreita ligação com os demais princípios, mas chama a atenção com a presunção de inocência<sup>56</sup> e o contraditório. Perceba que na linha autoritária, o Estado busca efetivar o direito de punir, por meio do processo penal, assim, uma vez configurada a relação jurídica o cidadão é objeto processual. Contudo este viés perde sentido diante dos direitos e garantias previstos na Constituição, pois ao entrar para o processo o réu é presumido inocente<sup>57</sup>. Com isso dois efeitos podem ser verificados. Como o juiz não é contraditor não lhe cabe produzir provas buscando punir o acusado, seja visando uma medida cautelar ou para resolver uma questão de mérito. Segundo, o ônus de provar a imputação é da acusação, por exemplo, demonstrar a presença dos requisitos da prisão preventiva e provocar o juiz visando um decreto de prisão provisória.

Nos casos estudados no capítulo 02 verificou-se em uma soma grande de julgados que a decretação da prisão preventiva de ofício pelo juiz ocorreu sem observância da Lei, neste ponto o juiz assume o lugar da acusação e fere o princípio da imparcialidade, da presunção de inocência, do contraditório, ampla argumentação e esvazia a legitimidade da decisão que padece de participação. A provocação judicial deriva do ônus argumentativo dos órgãos de acusação, sem ela ou diante da ausência dos requisitos da prisão devidamente demonstrados o juiz apenas tem o dever de proteger a liberdade do cidadão.

Sobre o terceiro imparcial, na linha do decreto getulista o juiz é “parceiro” do Executivo e tem o papel opressor a ser cumprido, sendo absolutamente impossível

---

<sup>56</sup>Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. (BRASIL, 1988).

<sup>57</sup>Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. (BRASIL, 1998).

assumir uma missão (parcial) e não assumir ao mesmo tempo. Portanto, a imparcialidade judicial serve de conceito sem efetividade.

Por outro lado, o terceiro imparcial torna-se possível a partir de uma revisitação da função judicial que abarque o modelo constitucional como topo hermenêutico jurídico de reestruturação processual. A existência do terceiro imparcial decorre do desenvolvimento regular do espaço discursivo procedimentalizado encaminhado pela principiologia definida no texto constitucional do contraditório, fundamentação da decisão e ampla argumentação, que compõem a base de princípios e define a legitimidade como pressuposto da atividade judicial.

Nas palavras de Lopes Júnior (2005):

[...] o juiz deve manter sua posição de espectador, de alheamento, pois só isso garante sua imparcialidade (e a visibilidade dela), assegura a dialeticidade, a igualdade de oportunidade e tratameto às partes. Assim, na formação de seu convencimento jamais deve assumir a posição de juiz-ator, buscando e diligenciando de ofício para colher a prova.

Seu convencimento deve ser formado a partir do que lhe é trazido e não do que ele busca, pois o juiz foi ontologicamente concebido para ser um “ignorante, ele ignora os fatos e as provas, e isso é fundamental para a estrutura do processo acusatório, cabendo às partes trazer-lhe a informação e os elementos de convicção. Essa questão para ser compreendida, deve ser lida à luz do que dissemos anteriormente sobre a garantia da imparcialidade do juiz” e o estudo dos sistemas processuais. (LOPES JUNIOR, 2005, p. 278).

Assevera-se, entretanto, que ao lado da base principiológica do contraditório, fundamentação das decisões, ampla argumentação e terceiro imparcial, um rol de direitos e garantias do cidadão são previstas na Constituição Federal e, igualmente, cumpre ao juiz efetivar<sup>58</sup>.

Não é dado ao juiz, assim como qualquer agente que desempenha função de cargo público, em nome de um suposto poder, violar direitos e garantias individuais

---

<sup>58</sup> Art. 5º, CF, LXI – Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente... LXII – a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada; LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado; LXIV – o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial; LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado; XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; LXV – a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária; LXVI – ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança. (BRASIL, 1988).

do cidadão. No Estado Democrático de Direito o respeito e efetivação destes preceitos figuram como dever dos agentes.

Ergue neste marco o processo como garantia constitutiva de direitos e garantias individuais. Assim é redefinido o papel das partes e, notadamente para este estudo, o papel do juiz. A garantia da fundamentação da decisão garante racionalidade decisória e encerra a cadeia procedimental desenvolvida em contraditório vinculado à ampla argumentação, com isso a decisão reveste de legitimidade. O princípio do terceiro imparcial surge do espaço discursivo procedimentalizado e o respeito aos demais direitos e garantias individuais previstos na Constituição.

Logo, propõe-se que no Estado Democrático de Direito cumpre ao juiz no processo penal o papel de efetivar os direitos e garantias individuais do cidadão para garantir o desenvolvimento regular do debate processual, de onde deve extrair os elementos de convicção a ser devidamente fundamentado.

Veja os desdobramentos desta mudança de perspectiva sobre a prisão preventiva. Diante da ausência de prazo máximo de vigência de um decreto prisional provisório, a aplicação da duração razoável do processo só poderia seguir um norte, o do instituto de proteção dos direitos individuais da pessoa, assim como ocorre nos órgãos internacionais de Direitos Humanos. Igualmente, o direito à liberdade, que é a regra, seria preservado. Nesse sentido, a prisão só poderia ser aplicada como sendo a exceção.

Enfim, no papel desenhado no decreto autoritário para atender os fins do Estado Novo, os direitos e garantias do cidadão são colocados em segundo plano para evidenciar o papel opressor do Estado, enquanto na linha democrática são instrumentos de execução do papel do juiz, devendo ser resguardados, pois são os pressupostos da própria legitimidade.

## 5 CONCLUSÃO

Com a proposta de contribuir para a superação do papel opressor do juiz no processo penal, que se traduz atualmente em violação a direito e garantias individuais do cidadão, o presente estudo teve como objeto dar uma interpretação adequada do papel do juiz ao Modelo Constitucional de Processo, entendendo que esta é a porta inicial de saída da opressão exercida no exercício da atividade jurisdicional.

Assim no primeiro capítulo investigou a origem do papel opressor do juiz no Decreto Lei 3.689/1941. A abordagem consistiu em descortinar a base teórica do diploma. Foi visto que a legislação autoritária seguiu a linha *bulowiana* de fortalecimento da jurisdição, primeiro ao criar o vínculo de sujeição das partes ao juiz e segundo ao defender amplos poderes para cumprir sua missão social.

Esse arcabouço teórico encontrou guarida nos regimes totalitários, que centralizou o poder na mão do Estado, nesse sentido o cidadão é visto como meio de intervenção e conformação com o bem comum (ideologia dos regimes). Desse contexto surge o papel opressor do juiz. Conforme visto, na Alemanha Nazista a filiação judicial ao nacional-socialismo decorreu de forma espontânea. Já na Itália Fascista de Benito Mussolini o papel opressor do juiz procede do cumprimento das regras processuais de fundo punitivista, aliado ao controle externo do Judiciário pelo regime. Igualmente no caso brasileiro, assiste o fortalecimento da figura do ditador Getúlio Vargas, que impõe uma série de reformas jurídicas a fim de consolidar o Estado Novo. A semelhança do Código Fascista italiano, o decreto autoritário brasileiro primou pelo fortalecimento da jurisdição, colocando em plano secundário os direitos e garantias individuais.

Apesar de várias reformas parciais, o decreto getulista manteve-se em vigor sem perder sua base autoritária. Mesmo transcorrido décadas de superação do regime e o país tenha sido redemocratizado em 1988 os reflexos na atividade judicial opressora foram percebidas, conforme um estudo empírico restou demonstrado no capítulo segundo.

Diante do acesso aos dados produzidos pela pesquisa desenvolvida pelo Núcleo de Políticas Públicas, financiado pela CAPES e FAPEMIG, coordenado por professores integrantes do Programa de pós-graduação em Direito da PUC Minas,

com o devido recorte para este estudo foi possível investigar o comportamento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, diante das alterações introduzidas na prisão preventiva pela Lei 12.403/2011.

Observou-se a tentativa da lei em adequar o instituto à Constituição e diminuir o uso da prisão como instrumento punitivo, visando também diminuir a população carcerária brasileira submetida à intervenção provisória de prisão, cujos dados apontavam mais de 50%. Neste sentido, além de outros adicionais, foi previsto a aplicação do contraditório antes do decreto prisional, inseriu-se um rol extenso de medidas menos gravosas colocando a prisão como medida extrema e contribuindo para a liberdade tornar-se a regra. No mais afastou a decretação de ofício pelo juiz em fase de investigação, embora vários pontos não tivessem sido tocados, como a ausência de prazo limite de vigência do decreto prisional.

A fim de monitorar os impactos das alterações no judiciário, após leitura detida de acórdãos os integrantes da pesquisa do NUJUP preencheram um banco de dados que permite diversas análises além dos objetivos iniciais do projeto. Assim, tornou-se possível apropriar os dados e efetivar análises específicas para este estudo.

Observou em um número considerado de decisões que os efeitos pretendidos pela inovação não foram alcançados. Os juízes afastaram a Lei e permaneceram imersos no regime jurídico autoritário, o contraditório não foi aplicado em nenhum dos casos, as prisões foram decretadas de ofício, um número expressivo de acórdãos os desembargadores mantiveram o entendimento da prisão como regra e finalmente foi verificado que a duração razoável do processo como corolário da proteção a direitos humanos teve aplicação invertida, isto é, para justificar a demora processual. O conjunto de fatores não deixa dúvidas sobre os reflexos do papel opressor do juiz, traduzido na violação a direitos e garantias individuais do cidadão.

Finalmente, visando contribuir com propostas de mudanças desse quadro, acreditando que a porta de saída passa por um filtro constitucional, buscou-se, no capítulo terceiro, compatibilizar o papel do juiz ao Estado Democrático de Direito, a partir de uma interpretação adequada à Constituição, especificamente ao Modelo Constitucional de Processo.

Com Habermas (2003) foi possível verificar que os regimes estudados estão fincados no paradigma de Estado Social. Este consubstancia a partir do fortalecimento estatal interventor na esfera individual. O indivíduo é visto como

instrumento de realização de um projeto de vida o qual não incumbe realizar, centrado no Estado. Mas, na linha da teoria *habermasiana* (2003) o paradigma do Estado democrático de direito reclama o cidadão ativo, não mais como alvo de intervenção ou conformação, mas sim protagonista da ordem jurídica e social. Para o referido autor no paradigma de Estado Democrático são institucionalizados processos comunicativos que garantam a participação do cidadão de forma que se veja como destinatário e autor da ordem jurídica.

Contribuiu para este raciocínio a teoria processual de Elio Fazzalari (1996) que desloca o eixo de investigação da jurisdição para o contraditório e garante igualdade de oportunidade entre as partes e deve revestir toda cadeia processual que é preparatória do provimento jurisdicional. Assim retira o aspecto autoritário da decisão e redistribui o papel dos sujeitos processuais. São as partes as contraditoras, caso em que o juiz desempenha deveres em razão do cargo que ocupa, pois não será afetado pelo provimento. Ao centrar o contraditório na estrutura procedimental o autor dá um salto para inserção do espaço discursivo procedimentalizado a legitimar as decisões judiciais. Assim o provimento não pode ser ato solitário do julgador, pois não pode alterar ou anular as atividades dos participantes.

Finalmente abordou sobre a aproximação entre Processo e Constituição e a linha desenvolvida por Andolina e Vignera (1997) que na Constituição a morada de um verdadeiro esboço geral de processo composto por três características a expansividade, variabilidade e perfectibilidade, que permitem esta base adequar às características próprias de cada processo.

Foi registrado que a Constituição brasileira (1988) cumpriu com este propósito ao trazer em seu bojo a base principiológica formada pelo contraditório, legitimidade da fundamentação, ampla argumentação e o terceiro imparcial. Assim foi apresentada a proposta de passar o papel do juiz por este filtro constitucional.

O contraditório redefine o papel dos sujeitos processuais. O juiz não é contraditor porque não será afetado pelo provimento, mas cumpre ao magistrado garantir o desenvolvimento do debate processual tendo como corolário a ampla argumentação, bem como efetivar o contraditório na fundamentação judicial. Esta, por sua vez, exerce um controle interno e externo e reveste a decisão de

legitimidade e do respeito ao espaço procedimentalizado, e assim garante-se a atuação do terceiro imparcial.

Assim o papel do juiz a partir de uma interpretação adequada ao modelo constitucional do processo é o de efetivar os direitos e garantias individuais do cidadão para garantir o desenvolvimento regular do debate processual, de onde se devem extrair os elementos de convicção a serem devidamente fundamentados.

## REFERÊNCIAS

ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. **LI Modello Costituzionale Del Processo Civile e Italiano**. Torino: Giappichelli, 1990.

ANDOLINA, Ítalo. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional. **Revista de Processo**. v. 87, p. 63-69. São Paulo, jul/set. 1997.

ARAÚJO, Marcelo Cunha de. **O novo processo constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. 562p.

AROCA, Juan Montero. **La paradoja procesal del siglo XXI: los poderes del juez penal (libertad) frente a los poderes del juez civil (dinero)**. Valencia: Tirant lo blanch, 2014. 101 p.

ARRUDA, Samuel Miranda. **O direito fundamental à razoável duração do processo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2008. 338 p.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Ingeborg maus e o judiciário como superego da sociedade. **Revista CEJ: [ Brasília ]**, Brasília, v.9, n.30 , p. 10-12, set. 2005.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Revista Forense. V. 337, p. 105-123, Rio de Janeiro, jan./mar.1997.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional: aspectos contemporâneos**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re) forma do processo penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas leis n. 11.690/08 e n. 11.719/08 e n. 11.900/09**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. xli, 204 p.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **A fundamentação das decisões a partir do modelo constitucional do processo**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Porto Alegre, v. 6, 2008, p. 131-148.

BARROS, Flaviane de Magalhães. O modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição. *In*: CATTONI DE OLIVEIRA; MACHADO (Coord.). **Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro**, p. 333.

BARROS, Flaviane de Magalhães. O princípio da imparcialidade a partir da compreensão do modelo constitucional de processo. *In*: THEODORO JÚNIOR, Humberto; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle José Coelho (Coord.). **Processo e constituição**: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010. 564 p.

BARROS, Flaviane de Magalhães; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. **Prisão e medidas cautelares**: nova reforma do processo penal - lei n. 12.403/2011. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. xxii, 246 p.

BARROS, Flaviane de Magalhães; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Novo constitucionalismo Latino-Americano**: o debate sobre novos sistemas de justiça, ativismo judicial e formação de juízes. Belo Horizonte: Ed. Arraes, 2014. 198 p.

BARROS, Flaviane Magalhães. **O inimigo do Processo Penal – Uma análise a partir da relação entre direito e política**. *In*: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). *Constituição e processo: entre o direito e a política*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. 324 p.

BARROS, Flaviane Magalhães. **O processo, a jurisdição e a ação sob a ótica de Elio Fazzalari**. 2014. Disponível em: < <http://pt.scribd.com/doc/244292914/O-PROCESSO-A-JURISDICAÇÃO-E-A-ACAO-SOB-A-OTICA-DE-ELIO-FAZZALARI-doc#scribd> >. Acesso em: 16 jul. 2014.

BARROS, Flaviane Magalhães; MARINHO, Leonardo Augusto. **“A reforma e o monitoramento das alterações no código de processo penal sobre prisões e medidas cautelares Lei 12.403/2011”**. Arquivos do Núcleo de Políticas Públicas, CD-ROM, Belo Horizonte, 2014.

BARROS, Flaviane Magalhães; MARINHO, Leonardo Augusto. **“A reforma e o monitoramento das alterações no código de processo penal sobre prisões e medidas cautelares Lei 12.403/2011”**. 2014. 30 f. Relatório final – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

BLINKHORN, Martin. **Mussolini e a Itália fascista**. Lisboa: Gradiva, c1984. 94p.

BRASIL, Senado Federal. **Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração do Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal**. *In*. BRASIL. Comissão de juristas Responsável pela Elaboração do Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal – Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2009. 160 p.

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**: 10 de novembro de 1937. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm#art810](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm#art810)>. Acesso em: 16 maio 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988, 292 p.

BRASIL. **Decreto-Lei n 3.689 de 03 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. 13 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 03 de jan. 2014.

BRASIL. Planalto. Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm)>. Acesso em 15 set. 2014.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e estado democrático de direito.** Belo Horizonte: Del Rey, 2010. 189 p.

BÜLOW, Oskar Von. **Teoria das exceções processuais e dos pressupostos processuais.** Campinas: LZN, 2005.

BÜLOW, Oskar. Gesetz und Richteramt. **Juristische Zeitgeschichte.** Berlin: Berliner Wissenschafts, 2003. v. 10.

CADH. **Convenção Americana dos Direitos Humanos.** Costa Rica, 1969. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em 14 jul. 2014.

CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional.** Sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília, 2001. 223 p. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/1056>>. Acesso em: 09 ago. 2014.

CANCELLI, Elizabeth. **O mundo da violência: a polícia da era Vargas.** 2. ed. Brasília: Ed. UnB, 1994. 227 p.

CARNELUTTI, Francesco. **Lecciones de derecho penal: el delito.** Buenos Aires: Ed. Juridicas Europa-América, 1952. 317p.

CARNELUTTI, Francesco. **Questioni sul processo penale.** Bolonha: C. Zuffi, 1950. 266p.

CARVALHO. L.G. Grandinetti Castanho de. Estado de direito e decisão jurídica. As dimensões não-jurídicas do ato de julgar. In: PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas; MARTINS, Rui Cunha; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Decisão judicial: a cultura jurídica brasileira na transição para a democracia.** Madrid: Marcial Pons, 2012. 137 p.

CASTRO, Flávia Lages de. **História do direito: geral e Brasil.** 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. xvii, 577 p.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **A legitimidade democrática da Constituição da República Federativa do Brasil: uma reflexão sobre o projeto**

constituente do Estado Democrático de direito no marco da teoria do discurso de Jürgen Habermas. *In*: GALUPPO, Marcelo Campos (Coord.). *Constituição e democracia: fundamentos*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 239.

**CEDH. Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.** Roma, 1950. Disponível em: <[http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf)>. Acesso em: 08 Jul. 2014.

COUTINHO, Carlos Marden Cabral. Reformas **processuais e duração razoável do processo**: uma análise à luz do conceito de tempo kairológico. *In*: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, XXI, 2012, Niterói. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=d8074a35855a7f49>>. Acesso em: 16 jan. 2015.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A contribuição da Constituição Democrática ao Processo Penal Inquisitório Brasileiro**. *In*: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coord.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. xii, 396 p.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A contribuição da Constituição democrática ao processo penal inquisitório brasileiro**. *In*: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coord.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. xii, 396 p.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz no processo penal**. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Crítica a teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Um devido processo legal (Constitucional) é incompatível com o sistema do CPP, de todo inquisitorial**. *In*: PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas ; MALAN, Diogo Rudge (Coord.). *Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2009. 598 p.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. A garantia da fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v.8, n.16, p.147-161, 2º sem. 2005.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo constitucional e estado democrático de direito**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. 196 p.

DIERLE NUNES. José Coelho. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa. *In*: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coord.). **Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. xii, 396 p.

DINAMARCO, Cândido R. **A instrumentalidade do processo**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. 413p.

Disponível em ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto; LEVENE, Ricardo. Derecho procesal penal. Buenos Aires: G. Kraft, 1945. 3v. LEAL, André Cordeiro.

LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, FUMEC/FCH, 2008. 163 p.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006. 780p.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Vinte anos de Constituição e o Processo Penal**. In: PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas; MALAN, Diogo Rudge (Coord.). **Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2009. 598 p.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flavio Barbosa Quinaud. **O poder judiciário e(m) crise: reflexões de Teoria da Constituição e Teoria Geral do Processo sobre o acesso à justiça e as recentes reformas do poder judiciário à luz de Ronald Dworkin, Klaus Günther e Jürgen Habermas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 306 p.

FERRARA, Francesco. **Como aplicar e interpretar as leis**. Belo Horizonte: Líder, 2003. 88 p.

GALUPPO, Marcelo Campos (Coord.). **Constituição e democracia: fundamentos**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009. 334 p.

GOMES, Luiz Flávio; SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. **“Qual a diferença entre “Mutatio Libelli” e Emendatio Libelli”**. Disponível em: Disponível em: <<http://institutoavantebrasil.com.br/qual-a-diferenca-entre-%E2%80%9Cmutatio-libelli%E2%80%9D-e-%E2%80%9Cemendatio-libelli%E2%80%9D/>>. Acesso em: 10 set. 2014.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. A garantia da Motivação das Decisões Judiciais na Constituição de 1988. In: PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas ; MALAN, Diogo Rudge (Coord.). **Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2009. 598 p.

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

HABERMAS, Jürgen. **Três modelos normativos de democracia**. São Paulo: Lua Nova, n 36, 1995.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. v. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HITLER, Adolf. **Minha Luta**. 1925. 640 p. Disponível em: <<http://www.radioislam.org/historia/hitler/mkampf/pdf/por.pdf>>. Acesso em 15 de outubro de 2014.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. XVIII, 427 p.

LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões jurisdicionais no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Ausência de processualidade jurídica como morte pelo direito**. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre, v. 6, n. 35, p. 30-37, maio/jun. 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. Modelos processuais e Constituição democrática. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim e CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (coords.). **Constituição e processo**: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 283-292.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Estudos continuados de teoria do processo**: volume 5 : a pesquisa jurídica no curso de mestrado em direito processual : processo, ação e jurisdição em Chiovenda, Carnelutti, Liebman e Fazzalari : ano 2004. Porto Alegre: IOB - Informações Objetivas Publicações Jurídicas, 2004. 348p.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. Belo Horizonte: Forum, 2010. 306 p.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 11. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Forense, 2012. xvi, 317 p.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**: ato de decisão e legitimidade decisória, hermenêutica, legitimidade decisória e devido processo constitucional. São Paulo: Landy, 2002. 206p.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**: ato de decisão e legitimidade decisória, hermenêutica, legitimidade decisória e devido processo constitucional. São Paulo: Landy, 2002. 206p.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2014. 1402 p.

LOPES JÚNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito ao processo penal no prazo razoável**. 2. ed., rev., atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 209 p.

LOPES JÚNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito ao processo penal no prazo razoável**. 2. ed., rev., atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 209 p.

MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento e cognição**: uma inserção no estado democrático de direito. Curitiba: Juruá, 2008. 300 p.

MANDEL, Ernest; TRÓTSKY, Léon. **Sobre o fascismo**. [Lisboa]: Antidoto, 1976. 137p.

MANZINI, Vincenzo. **Istituzioni di Diritto Processuale Penale**. 10.ed. 1950.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Da teoria da Relação Jurídica Processual ao Processo Civil do Estado Constitucional**. Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil. Jan/dez, 2006, 275 a 306. Disponível em: <<http://apps.unibrasil.com.br/revista/index.php/direito/article/viewFile/665/575>>. Acesso em: 30 de junho de 2014.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**, v. I. Campinas: Milenium: 2000.

MAUS, Ingeborg (Coord.). **O judiciário como superego da sociedade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v, 234 p.

MAUS, Ingeborg. **O judiciário como superego da sociedade**: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade orfã”. Tradução Martonio Lima e Paulo Albuquerque. 2000. p. 183 a 202. Disponível em: <<http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/JUDICI%C3%81RIO-COMO-SUPEREGO-DA-SOCIEDADE.pdf>>. Acesso em 20 de agosto de 2014.

MILETTI, Marco Nicola. La scienza nel código. Il **diritto processuale penale nell'italia fascista**. In: Università Degli Studi Di Milano. L'inconscio inquisitório: l'eredità del codice rocconella cultura processualpenalistica italiana. Milano: Ed. Giuffrè, 2010.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. 1.0000.11.053218-1/000. 2 Câmara Criminal. Rel. Des. Renato Martins Jacob. Ac 08/09/2011, DJ 16/09/2011. **Diário da Justiça**, Belo Horizonte, 16 set. 2011.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. 1.0000.11.066089-1/000- MG, 7º CÂMARA, REL. DUARTE DE PAULA, DJe, Minas Gerais 22/07/2011. **Diário da Justiça**, Belo Horizonte, 22 jul. 2011.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. 1.0000.11.066535-3/000- MG, 7º CÂMARA, REL. MARCÍLIO EUSTÁQUIO SANTOS, DJe, Minas Gerais 22/09/2011. **Diário da Justiça**, Belo Horizonte, 20 set. 2011.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. BRASIL, TJ, HC Nº 1.0000.11.039265-1/000 - MG, 6º CÂMARA, REL(a). CATTÁ PRETA, DJe, Minas Gerais 28/07/2011. **Diário da Justiça**, Belo Horizonte, 28 jul. 2011.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. BRASIL, TJ, HC Nº 1.0000.11.066572-6/000- MG, 2º CÂMARA, REL. RENATO MARTINS JACOB, DJe, Minas Gerais 16/11/2011. **Diário da Justiça**, Belo Horizonte, 16 nov. 2011.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. 1.0000.11.047784-1/000 - MG , 7º CÂMARA, REL. MARCÍLIO EUSTÁQUIO SANTOS, DJe, Minas Gerais 20/09/2011. Diário da Justiça, Belo Horizonte, 20 set. 2011.

MODONA, Guido Neppi. **Quali Giudici Per Quale Giustizia nel Ventennio Fascista**. In: Università Degli Studi Di Milano. L'inconscio inquisitorio: l'eredità del codice roconella cultura processualpenalistica italiana. Milano: Ed. Giuffrè, 2010.

MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do direito em Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, FortLivros, 1999. 208 p.

MORES, Ridendo Castigat. **O Estado Nacional** – Francisco Campos. 2008. EbookLibris. 418p. Disponível em: < <http://bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/services/e-books/Francisco%20Campos-1.pdf>>. Acesso em 25 de junho de 2014.

NEGRI, André Del. **Processo constitucional e decisão interna corporis**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. 136 p.

NUNES, Dierle José Coelho. **Apontamentos iniciais de um processualismo constitucional democrático**. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coord.). Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. xii, 396 p.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2008.

NUNES, Dierle; DELFINO, Lúcio. Novo **CPC, o "caballo de Tróya" iura novit curia e o papel do juiz**. RBDPrpo, n. 87, p. 205-210, jl./set. 2014.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. 288p.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **O processo constitucional como instrumento da jurisdição constitucional**. Revista da Faculdade Mineira de Direito. V. 3, ns. 5 e 6, p. 161 a 169, Belo Horizonte, 1 e 2 sem. 2000, p. 161.

ORLANDI, Renzo. **Diritti individuali e processo penale nell'italia repubblicana**. Milano: Giuffrè Editore, 2010. 83 p. Disponível em: < <http://www.centropgm.unifi.it/cache/biblioteca/093/0054.pdf>>. Acesso em: 16 mai. 2014.

ORLANDI, Renzo. **La riforma fascista delle corti d'assise**. In: Università Degli Studi Di Milano. L'inconscio inquisitorio: l'eredità del codice roconella cultura processualpenalistica italiana. Milano: Ed. Giuffrè, 2010.

PASTOR, Daniel R. **El plazo razonable en el proceso del estado de derecho: una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus**

posibles soluciones. Buenos Aires: Konrad-Adenauer-Stiftung, AD-HOC, 2002. 700 p. Originalmente apresentado como tese do autor (Doutorado - Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2002).

PISANI, Mario et al. **Manuale di procedura penale**. 2. ed. Bolonha: Monduzzi, 1997. 679p.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema de Bibliotecas. **Padrão PUC Minas de normalização**: normas da ABNT para apresentação de teses, dissertações, monografias e trabalhos acadêmicos. 9. ed. rev. ampl. atual. Belo Horizonte: PUC Minas, 2011. Disponível em: <<http://www.pucminas.br/biblioteca>>. Acesso em: 24 de junho de 2013.

PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas; MALAN, Diogo Rudge (Coord.). **Processo penal e democracia**: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2009. 598 p.

SKIDMORE, Thomas E. **Brasil: de Getúlio Vargas a Castelo Branco (1930-1964)**. Rio de Janeiro: Saga, 1969. 512 p.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – “**Decidir conforme a consciência**”? **Protogênese do protagonismo judicial**. In: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (Coords). Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 3-27.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – “Decidir Conforme a Consciência”? Protogênese do Protagonismo Judicial**. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). Constituição e processo: entre o direito e a política. Belo Horizonte: Fórum, 2011. 324 p.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TORNAGHI, Hélio. **Instituições de processo penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1959. nv.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. 254 p.

WARAT, Luiz Alberto. **Saber crítico e senso comum teórico dos juristas**. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/17121/15692>>. Acesso em: 11 de junho de 2014. p. 48-57.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 8.ed. São Paulo Saraiva, 2012.