



**INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

DEMÓSTENES LÁZARO XAVIER TORRES

**FORMA E LEGITIMAÇÃO NO PROCESSO PENAL:
A INCOMPATIBILIDADE DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS COM A
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

**BRASÍLIA-DF
2021**

DEMÓSTENES LÁZARO XAVIER TORRES

**FORMA E LEGITIMAÇÃO NO PROCESSO PENAL:
A INCOMPATIBILIDADE DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS COM A
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Dissertação desenvolvida sob a orientação do Prof. Dr. João Paulo Bachur, e apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito do IDP, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

**BRASÍLIA-DF
2021**

DEMÓSTENES LÁZARO XAVIER TORRES

**FORMA E LEGITIMAÇÃO NO PROCESSO PENAL:
A INCOMPATIBILIDADE DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS COM A
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Dissertação desenvolvida sob a orientação do Prof. Dr. João Paulo Bachur, e apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito do IDP, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Brasília, 9 de dezembro de 2021.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. João Paulo Bachur

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa
Orientador

Prof. Dr. André Luís Callegari

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (PPGD)
Avaliador Interno

Prof. Dr. Atalá Correia

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (EDIR)
Avaliador Externo

“A forma é a inimiga jurada do arbítrio e irmã gêmea da liberdade” (Rudolf von Ihering).

RESUMO

O presente trabalho discute a repercussão do paradigma instrumentalista no âmbito do processo penal, bem como a tensão entre este referencial e as garantias e direitos constitucionais positivados na Constituição Federal de 1988. Propõe-se investigar a compatibilidade dessa matriz com a Carta Magna, com o fim de verificar a sua adequação na promoção de um sistema processual penal democrático. Para tanto, far-se-á uma análise histórico-cultural do processo penal brasileiro, verificando a sua gênese, as suas características originárias, e a forma como a doutrina e os tribunais o conformaram durante o seu período de vigência, que se estende até os dias de hoje. A pretensão é evidenciar a influência da instrumentalidade das formas nas práticas jurídicas contemporâneas, bem como analisar se e como esse paradigma possibilita a permanência de um sistema de caráter inquisitório no processo penal brasileiro. A conclusão da pesquisa é a de que o instrumentalismo processual é um dos fatores determinantes da ineficácia das garantias e direitos constitucionais, devendo, por essa razão, ser abandonado, caso se pretenda construir um modelo de processo democrático.

Palavras-chave: instrumentalidade das formas; instrumentalidade do processo; regra do prejuízo; nulidade.

ABSTRACT

This paper discusses the repercussion of the instrumentalist paradigm in the scope of criminal proceedings, as well as the tension between this framework and the constitutional guarantees and rights established in the Federal Constitution of 1988. It is proposed to investigate the compatibility of this matrix with the Magna Carta, with the in order to verify its adequacy in promoting a democratic criminal procedural system. Therefore, a historical and cultural analysis of the Brazilian criminal process will be carried out, verifying its genesis, its original characteristics, and the way in which the doctrine and the courts shaped it during its period of validity, which extends to nowadays. The intention is to highlight the influence of the instrumentality of forms in contemporary legal practices, as well as to analyze whether and how this paradigm allows the permanence of an inquisitorial system in the Brazilian criminal procedure. The conclusion of the research is that procedural instrumentalism is one of the determining factors for the ineffectiveness of constitutional guarantees and rights, and for this reason, it should be abandoned if one intends to build a model of democratic process.

Keywords: instrumentality of forms; instrumentality of the process; prejudice rule; nullity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 O MOVIMENTO ANTLIBERAL E O SURGIMENTO DOS MODELOS AUTORITÁRIOS NA POLÍTICA E NO DIREITO BRASILEIRO	17
1.1 A ASCENSÃO DO LIBERALISMO	17
1.1.1 A Revolução Francesa e o Estado de Direito	20
1.2 O DECLÍNIO DO MOVIMENTO LIBERAL	23
1.3 A TRADIÇÃO AUTORITÁRIA ANTLIBERAL NO BRASIL	27
1.3.1 Francisco Campos: A Sociologia Histórica do Ideólogo do Estado Novo	30
1.4 A IMPLANTAÇÃO DO ESTADO NOVO.....	36
1.4.1 A Carta de 1937 e a Democracia Substantiva	37
1.5 UM NOVO DIREITO PARA O ESTADO NOVO.....	43
1.5.1 A Socialização do Processo	43
1.5.2 O processo no Estado Novo: a Justiça é o Estado, o Estado é a Justiça.....	47
1.5.3 O Processo Autoritário e o Seu Sistema de Nulidades.....	51
2 DO ESTADO NOVO À REDEMOCRATIZAÇÃO	54
2.1 DA QUEDA DE GETÚLIO VARGAS AO REGIME MILITAR (1964)	54
2.2 ENTRE 1964 E 1985: A DITADURA MILITAR.....	59
2.3 O PRODUTO DE UM TEMPO E RAIZ DE UMA CULTURA: A ESCOLA SUPERIOR DE GUERRA E A DOCTRINA DA SEGURANÇA NACIONAL.....	65
2.3.1 A Doutrina da Segurança Nacional	66
2.4 O PROCESSO PENAL ENTRE 1945 E 1988 E A DOGMÁTICA JURÍDICA BRASILEIRA	68
2.5 A Instrumentalidade do Processo.....	71
2.5.1 Fundamentos da Instrumentalidade do Processo	72
2.5.2 A Penetração da Doutrina da Segurança Nacional no Processo: O Instrumentalismo Dominado pela Escola Superior de Guerra	80
2.6 SÍNTESE CONCLUSIVA DA PRIMEIRA PARTE E APONTAMENTOS	83

3	a	CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	86
3.1		UM NOVO PARADIGMA	86
3.1.1		O Estado Democrático de Direito	86
3.1.2		Garantias Constitucionais e Legitimação	91
3.2		QUE SISTEMA PROCESSUAL PENAL?	94
3.2.1		A Instrumentalidade como Característica Fundamental da Inquisitorialidade do Sistema Processual Penal Brasileiro.....	102
3.3		A INSTRUMENTALIDADE COMO PARADIGMA DO ESTADO SOCIAL: UM MODELO DE JUIZ E AS SUAS IMPLICAÇÕES PARA O PROCESSO PENAL ...	108
4		A INSTRUMENTALIDADE NA PRÁTICA	114
4.1		UMA CULTURA INSTRUMENTALISTA	114
4.2		A REFORMA PROCESSUAL DE 2008 E A TENTATIVA DE EFETIVAR UM SISTEMA PROCESSUAL PENAL DEMOCRÁTICO.....	119
4.3		DA INTERDIÇÃO DA EFICÁCIA DO NOVO SISTEMA: A INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS COMO MECANISMO DE MANUTENÇÃO DA ORDEM ESTABELECIDA	121
4.4		É SUFICIENTE CONFORMAR A REGRA DO PREJUÍZO?.....	127
4.5		A EFETIVAÇÃO DO PROCESSO DEMOCRÁTICO E A NECESSIDADE DE ABANDONO DA INSTRUMENTALIDADE NO PROCESSO	132
		CONCLUSÃO.....	137
		REFERÊNCIAS	139

INTRODUÇÃO

A forma jurídica sempre provocou enormes reflexões em todos os campos das ciências sociais, em virtude de sua posição central nas tensões históricas entre liberdade e igualdade. Na teoria do processo, a discussão sobre a forma ganha destaque, pois, mediante o procedimento por ela constituído, torna-se possível a construção de um palco democrático para a solução de disputas concretas por direitos devidamente institucionalizados, por meio do qual os Estados legitimam o exercício do poder jurisdicional. Daí decorre a relevância de remédios processuais aptos a invalidarem vícios procedimentais que perturbem o regular desenvolvimento da jurisdição, como as nulidades.

O tema das nulidades processuais está longe de ganhar uma uniformidade na doutrina. A investigação sobre a sua natureza jurídica, que vai desde a concepção de nulidade como vício de um negócio jurídico processual,¹ seguindo a lógica dos atos jurídicos em geral, às noções de nulidade como sanção² — influenciada pelo positivismo jurídico kelseniano —, como ato jurídico inválido,³ e à doutrina do tipo processual constitucional,⁴ provoca intensos debates acadêmicos.

Todavia, um ponto parece dominar o entendimento doutrinário: o sistema de nulidades é regido pela chamada “instrumentalidade das formas”, de modo que só se declara a nulidade processual caso o ato inválido não tenha atingido o seu fim ou causado algum prejuízo às partes. As disputas, com raríssimas exceções, visam à conformação da regra do prejuízo com as garantias constitucionais. No entanto, não nos parece haver caminho de encontro entre o instituto e a Constituição, dada a tensão existente entre o contexto histórico-político-ideológico do Brasil de 1941, no qual surgiu o Código de Processo Penal, e aquele que deu origem à Constituição Federal de 1988, positivando uma série de garantias processuais de natureza individual, como a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal.

¹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. v. 1. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 111. Veja-se que, embora os debates sobre as nulidades tenham superado a identificação de sua natureza como vício da vontade, a matéria voltou a ganhar destaque com o crescente número de colaborações premiadas realizadas entre acusados e o Ministério Público, sobretudo no âmbito da Operação Lava-Jato. Destaca-se, nesse sentido, o *Habeas Corpus* nº 127483, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, no qual se decidiu que a colaboração premiada teria natureza jurídica de negócio jurídico processual, influenciando o legislador, que adotou expressamente a construção teórica no artigo 3º-A, da Lei 12.850 de 2013, por meio das regras introduzidas pela Lei nº 13.964/2019.

² *Ibidem*, p. 116.

³ *Ibidem*, p. 124.

⁴ *Ibidem*, p. 135.

Embora o legislador de 1941 não tenha abolido a disciplina das nulidades, o modelo de Estado adotado por Vargas justificava a construção de um sistema processual extremamente flexível, dotando o juiz de poderes suficientes para a persecução da “verdade real”. Assim, a reforma, feita com base no socialismo processual, doutrina que ascendia em todo o mundo, pautou-se na ideia da publicização do processo e na máxima preservação dos atos processuais, o que justificou a inclusão, no sistema de nulidades do Código de Processo Penal brasileiro, da regra que, até hoje, orienta o exame dos vícios processuais. Trata-se do artigo 563, que, na leitura da doutrina dominante, veicula o chamado princípio da instrumentalidade das formas⁵. Segundo esse dispositivo legal: “Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”. Desse modo, o sistema de nulidades adotado pelo legislador de 1941 condicionou a declaração judicial de desconformidade de um ato com a forma previamente estabelecida em lei à ocorrência de prejuízo. Inexistindo prejuízo, a autoridade judicial deverá abster-se de declarar a nulidade.

Apesar de prevalecer na doutrina e na jurisprudência — daí a relevância da matéria — a constitucionalidade da regra do prejuízo, uma análise mais profunda da prática dessa orientação teórico-normativa nos permite verificar a incompatibilidade desse instituto com as garantias individuais positivadas na Constituição Federal de 1988 e, por consequência, com o próprio Estado Democrático de Direito.

Portanto, a pesquisa parte da hipótese de que o paradigma instrumentalista, materializado na regra prevista no artigo 563 do Código de Processo Penal, não é compatível com a Constituição Federal de 1988, tratando-se de mecanismo conformador de uma concepção antiliberal de jurisdição (poder) e processo (instrumento) centralizada na capacidade do Estado, por meio da figura do juiz, de dizer a verdade. Nos modelos teóricos que balizaram a construção do código de 1941 — ainda vigente —, a forma não cumpre qualquer papel na construção da verdade processual e na legitimação do exercício do poder (aplicação da sanção penal).

O exame da hipótese justifica-se pela necessidade de avançar o debate sobre a superação do paradigma instrumentalista, fator legitimante de práticas que marginalizam a forma e, com isso, possibilitam a manutenção de uma tradição autoritária no processo penal e a contínua violação das garantias individuais. E isso se percebe cotidianamente nos tribunais brasileiros.

⁵ Neste trabalho trataremos como sinônimas as expressões instrumentalidade das formas, regra do prejuízo e *pas de nullité sans grief*, em virtude de ser essa a abordagem encontrada nas práticas judiciais, embora não se ignore que possam ter significados diversos, em outros contextos.

No entanto, a demonstração da inadequação desse instituto não é tarefa fácil, pois ele está entranhado com diretrizes político-ideológicas — ainda inconscientemente enraizadas na dogmática jurídica brasileira — que fundamentaram, no início do século XX, a construção de modelos teóricos antagônicos ao liberalismo burguês, como o movimento antiliberal brasileiro, que ganhou corpo na Era Vargas (1930-1945), do qual se originaram alguns diplomas legislativos que até hoje vigoram no nosso ordenamento jurídico, entre eles o próprio Código de Processo Penal, instituído pelo Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. É possível perceber que a matéria abordada, que busca avaliar a validade de um dispositivo legal gestado num ambiente hostil às garantias individuais, pressupõe o exame cuidadoso dos fundamentos políticos que hoje silenciosamente se manifestam nas e pelas leis produzidas no Estado Novo.

Assim, no primeiro capítulo, pretendemos demonstrar os eventos históricos, calcados em ideologias autoritárias e antiliberais então dominantes, que culminaram na ascensão da “democracia” autoritária varguista e como esse contexto social influenciou a construção de um Código de Processo Penal tipicamente inquisitório. Para tanto, exploraremos as características centrais do sistema político e da teoria processual da época.

No campo político, assim como em grande parte do mundo ocidental, o liberalismo viu-se questionado. No entanto, essa insurgência ocorreu por meio da implementação de uma ideologia autoritária, que, de forma oposta ao movimento liberal, conferia primazia ao Estado em detrimento do indivíduo. Nesse contexto social, foi editado o Código de Processo Penal de 1941, com base em um constitucionalismo antiliberal⁶, que permitiu a supressão das garantias individuais em favor de um “racional equilíbrio entre o interesse social e o da defesa individual, entre o direito do Estado à punição dos criminosos e o direito de indivíduo às garantias e à segurança de sua liberdade”.⁷ No campo acadêmico, do mesmo modo, a teoria geral do processo reagia ao formalismo do Estado Liberal de Direito, idealizado na crença de que a liberdade econômica, por si só, seria capaz de promover o bem-estar geral. Nesse modelo, acentuadamente privatista, Estado e sociedade não se confundiam, cabendo àquele apenas “garantir o *status* negativo da liberdade de sujeitos de direito e, com isso, a liberdade jurídica”.⁸ Em oposição a esse ideal, iniciou-se um movimento de materialização do direito. O processo,

⁶ SANTOS, Rogério Dutra dos. Francisco Campos e os Fundamentos do Constitucionalismo Antiliberal no Brasil. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, 2007. p. 281- 323.

⁷ CAMPOS, Francisco. *O Estado Nacional: Sua Estrutura, Seu Conteúdo Ideológico*. Rio de Janeiro: José Olympio, 2001. p. 124.

⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. II. 1. ed. reimp. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011. p. 132.

antes inteiramente dominado por uma percepção privatista, publicizou-se, tornando-se instrumento do Estado para a consecução tanto do direito material como de outros fins estatais.

Esse espírito instrumentalista pode ser observado nas construções teóricas de grandes processualistas de tradição romana (*civil law*), que exerceram relevante influência no Brasil, como o alemão Oskar von Büllow, em sua obra “Teoria das exceções e dos pressupostos processuais”, e, sobretudo, de Giuseppe Chiovenda, que foi expressamente citado na exposição de motivos do Código de Processo Civil. É elemento comum,⁹ nas obras desses doutrinadores, a ideia da natureza instrumental do processo.

Essa confluência de espírito entre o sistema político e a teoria do processo (combate ao liberalismo formal burguês e à crença na autoridade) influenciou sobremaneira a construção dos fundamentos teóricos dos conceitos de jurisdição e processo no Brasil, que acabaram contribuindo para a centralização do poder no Estado e permitindo a ascensão de um modelo processual amórfico, típico do sistema inquisitório. Esse poder concentrava-se na figura do juiz, imbuído do dever de buscar a verdade real — posição justificada pelo próprio conceito de processo como instrumento de dominação política (Francisco Campos) —, o que permitiu a construção de mecanismos processuais autoritários que fragilizaram a forma jurídica. Desse modo, a liquidez do processo, justificada pelo seu caráter instrumental, representará a própria condição de possibilidade de concretização do modelo autoritário, pois é justamente essa arbitrária flexibilidade procedimental que afasta das partes a capacidade de influir no resultado do processo e possibilita a concentração do poder no Estado-juiz.¹⁰

No segundo capítulo, faremos uma análise da evolução constitucional no Brasil, entre o declínio do Estado Novo até 1985 (ano em que José Sarney convocou a Assembleia Nacional Constituinte que deu origem à Constituição de 1988), para identificar as bases políticas das Constituições antecedentes e evidenciar como as Cartas posteriores a 1945 não exerceram qualquer influência no sistema processual penal constituído no regime varguista, mantendo-o inalterado. Com efeito, as preocupações políticas da sociedade brasileira nesse período limitavam-se à luta pela democracia, pois, muito embora o país tenha se redemocratizado após a queda de Getúlio, em 1964, depois da deposição do presidente João Goulart, aconteceu a intervenção militar, desmoronando os poucos valores democráticos até então conquistados.

⁹ Cf. LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do Processo em Crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

¹⁰ BENAVENTE CHORRES, Hesbert. *La aplicació de la teoria del caso y la teoria de delicto em el processo acusatòrio*. Barcelona: Bosh, 2011.

O direito e o processo penal brasileiro não sofreram qualquer influência em seus fundamentos nesse período, sobretudo porque o caráter repressivo que ainda marca esse campo do direito guardava estrita correspondência com os modelos de Estado constituídos desde 1937. No mesmo sentido, o afastamento das discussões políticas no campo da ciência do direito, provocado pelo cientificismo que até hoje influencia as práticas judiciais, acabou por obstar a discussão sobre os alicerces políticos autoritários que sustentavam o direito processual penal. A natureza instrumental do processo seguia inabalável no meio acadêmico e nos tribunais.

Essa corrente instrumentalista foi aperfeiçoada em 1987, por Cândido Rangel Dinamarco, que, em sua obra fundamental,¹¹ identifica a “*consciência da instrumentalidade* como importantíssimo polo de irradiação de ideias e coordenador dos diversos institutos, princípios e soluções”.¹² Trata-se, para ele, do terceiro momento metodológico do direito processual, precedido do sincretismo jurídico e da autonomia da ação e do processo.¹³

Nessa trilha, estreitamente alinhada com os princípios da Escola Superior de Guerra, Dinamarco amplia o caráter instrumental do processo, atribuindo-lhe, além do *telos* de servir ao direito material, escopos extrajurídicos. Nesse sentido, o processo, como instrumento do Estado a serviço da jurisdição, deveria atender não apenas a sua finalidade jurídica, mas também a propósitos sociais e políticos definidos pelo próprio Estado, como a pacificação com justiça, a educação, a afirmação da capacidade estatal de decidir imperativamente, entre outros. Essa concepção, que se baseava num modelo de Estado Social, esprou-se por toda a comunidade jurídica, tornando-se, hoje, o paradigma dominante da ciência processual no Brasil.

Evidenciada a ascensão do instrumentalismo, passar-se-á ao capítulo três, no qual será abordado o Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição Federal de 1988.

De forma oposta ao antiliberalismo da Constituição vigente à época da edição do Código de Processo Penal, que concedeu protagonismo ao Estado e aboliu os instrumentos de tutela dos direitos individuais, a Constituição da República de 1988 adotou a forma democrática de cariz liberal, resgatando todos os procedimentos rechaçados pela tradição autoritária, sobretudo a forma representativa de governo. No plano jurídico, instituiu diversas garantias fundamentais de caráter individual, como o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal, este nunca previsto nas Constituições brasileiras,¹⁴ bem como diversos outros dispositivos normativos que

¹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

¹² *Ibidem*, p. 18.

¹³ *Ibidem*, p. 18-19.

¹⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes et al. **Comentários à Constituição do Brasil**, 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

superavam o modelo processual penal inquisitivo adotado pelo regime de Vargas, constituindo um sistema alinhado àquele denominado pela doutrina de sistema acusatório.

Porém, a mera emergência dessa nova ordem constitucional não foi suficiente para romper a ordem conceitual cristalizada na cultura jurídica brasileira sob a influência do autoritarismo político. Dessa forma, a efetividade dos princípios normatizados na Carta Magna foi — como ainda é — obstaculizada pelo paradigma instrumentalista herdado dos regimes ditatoriais que a antecederam e cristalizado por uma dogmática irreflexiva.

Desse modo, embora a Constituição Federal tenha instituído um novo regime, democrático e politicamente liberal, e conferido aos cidadãos um amplo rol de direitos e garantias fundamentais de caráter individual, o discurso jurídico dominante impediu — como ainda impede — a democratização da persecução penal. A instrumentalidade do processo continu(a)ou permeando o sentido comum teórico¹⁵ dos juristas brasileiros, sobretudo nos tribunais.

No quarto capítulo, serão apresentadas evidências empíricas da forma como a instrumentalidade funciona de modo a irritar o processo de eficácia dos direitos e garantias constitucionais. Nesse sentido, a pesquisa concentrou-se em demonstrar como a regra do artigo 563 do Código de Processo Penal e a teoria da instrumentalidade das formas nela implícita operam como fatores de bloqueio do devido processo legal, justificando reiteradas violações ao contraditório e à ampla defesa, bem como possibilitando a permanência da concentração do poder na figura do Estado-juiz.

Embora a doutrina brasileira trabalhe na intenção de conformar a regra do prejuízo às garantias constitucionais,¹⁶ essa postura ignora fato de extrema relevância: seja qual for o sentido atribuído ao artigo 563 do Código de Processo Penal, o dispositivo, ao funcionar como metarregra processual conformadora de todo o sistema, permite a manutenção de vícios processuais decorrentes do descumprimento de direitos positivados e, por consequência, a

¹⁵ “A ciência jurídica, como discurso que determina um espaço de poder, é sempre obscura, repleta de segredos e silêncios, constitutiva de múltiplos efeitos mágicos e fortes mecanismos de ritualização, que contribuem para a ocultação e clausura das técnicas de manipulação social. [...] Respalhada na funcionalidade de suas próprias ficções e fetiches, a ciência do direito nos massifica, deslocando permanentemente os conflitos sociais para o lugar instituído da lei, tornando-os, assim, menos visíveis”. Verificar em: WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito II: a epistemologia jurídica da modernidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 57.

¹⁶ Cf. ZACLIS, Daniel. **As nulidades no processo penal: estudo crítico sobre a aplicação da regra do prejuízo**. Rio de Janeiro: GZ, 2016; PAULA, Leonardo Costa de. **As Nulidades no Processo Penal. Sua compreensão por meio da afirmação do direito como controle ao poder de punir**. Curitiba: Juruá, 2013; LOUREIRO, Antônio Carlos Tovo. **Nulidades e limitação do poder de punir: análise de discurso de acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Nulidades no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

continuidade da liquidez das formas, da não influência das partes e do protagonismo do juiz, quebrando a imparcialidade necessária do procedimento.

Por essas razões, não há caminho outro, para a efetiva democratização do processo penal, senão o total abandono da instrumentalidade das formas, materializada no artigo 563 do Código de Processo Penal, pois consubstancia uma prática absolutamente incompatível com a ordem constitucional de 1988.

1 O MOVIMENTO ANTLIBERAL E O SURGIMENTO DOS MODELOS AUTORITÁRIOS NA POLÍTICA E NO DIREITO BRASILEIRO

1.1 A ASCENSÃO DO LIBERALISMO

John Locke, filósofo contratualista nascido no século XVII (1632-1704), influenciou decisivamente o liberalismo moderno. O tema das liberdades humanas é característica fundamental de suas principais obras: manifestou-se a favor da condescendência religiosa em *Uma carta sobre a tolerância* (1689); defendeu a liberdade política nos *Dois tratados sobre o governo* (1690); e, em *Some Considerations of the Consequences of the Lowering of Interest and Raising the Value of Money* (1691), escreveu sobre a liberdade econômica.

Embora todos os seus escritos tenham exercido fundamental importância para o amadurecimento do debate acerca da igualdade e da liberdade, foram as ideias construídas em seus dois tratados sobre o governo que deram sustentação teórica ao liberalismo político, que emergiria mais fortemente com as revoluções liberais Americana e Francesa, ocorridas em 1776 e 1789, respectivamente.

No Segundo Tratado sobre o Governo, partindo de uma condição natural dos homens, de “um estado em que eles sejam absolutamente livres para decidir suas ações, dispor de seus bens e de suas pessoas como bem entenderem, dentro dos limites do direito natural, sem pedir a autorização de nenhum outro homem nem depender de sua vontade”,¹⁷ e iguais, “onde a reciprocidade determina todo o poder e toda a competência, ninguém tendo mais que os outros”,¹⁸ o autor estabelece os pressupostos necessários para uma adequada compreensão do poder político. Nesse sentido, a constituição da política em Locke pressupõe, como fundamento, a liberdade e igualdade naturais dos homens, pois são eles “livres, iguais e independentes por natureza”.¹⁹

Todavia, como no estado de natureza não há uma instância imparcial para solucionar os inevitáveis conflitos que decorrem de tal condição, os homens, em busca da preservação dos seus bens, constituem a sociedade civil, na qual abdicam de sua liberdade natural, limitando-a.

¹⁷ LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo**. 1. ed. [Edição do Kindle]. LeBooks, 2018. posição 63.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibidem*, posição 116.

Essa transição do estado da natureza ao estado civil só pode ocorrer por meio do consentimento de todos os indivíduos. Assim,

Se todos os homens são, como se tem dito, livres, iguais e independentes por natureza, ninguém pode ser retirado deste estado e se sujeitar ao poder político de outro sem o seu próprio consentimento. A única maneira pela qual alguém se despoja de sua liberdade natural e se coloca dentro das limitações da sociedade civil é através de acordo com outros homens para se associarem e se unirem em uma comunidade para uma vida confortável, segura e pacífica uns com os outros, desfrutando com segurança de suas propriedades e melhor protegidos contra aqueles que não são daquela comunidade. Esses homens podem agir desta forma porque isso não prejudica a liberdade dos outros, que permanecem como antes, na liberdade do estado de natureza. Quando qualquer número de homens decide constituir uma comunidade ou um governo, isto os associa e eles formam um corpo político em que a maioria tem o direito de agir e decidir pelo restante.²⁰

Essa limitação consentida, derivada da própria razão, legitima-se na necessidade do estabelecimento de uma comunidade harmônica de indivíduos, dirigida à consecução de um bem comum, dado que “a primeira lei natural fundamental [...] é a preservação da sociedade”.²¹ A constituição da sociedade civil em Locke tem por fim, portanto, assegurar o convívio pacífico não encontrado no estado da natureza, permitindo aos indivíduos o deleite seguro de suas propriedades. Sobre o assunto, expõe o referido autor:

Visto que no estado de natureza todos os homens são juízes da sua própria causa e vista que esse estado se caracteriza pelo constante conflito que surge da própria lei da natureza, então o estado de natureza “não pode ser suportado”: o governo ou a sociedade civil é o único remédio. A razão, conseqüentemente, dita como a sociedade civil deve ser construída e quais são os seus direitos ou os seus limites: há uma lei pública racional ou uma lei constitucional natural. O princípio dessa lei pública é que todo poder social ou governamental deriva de poderes que, por natureza, pertencem ao indivíduo. O contrato de indivíduos que têm interesse efetivo em sua autopreservação – não o contrato dos pais como pais, nem um mandato divino, nem um objetivo humano que seja independente da vontade efetiva de todos os indivíduos – é o que cria todo o poder da sociedade: “o poder supremo em cada Estado [é] tão somente o poder conjunto de todos e cada um dos membros da sociedade.”²²

Apesar de Locke não se referir diretamente ao soberano, como o faz Thomas Hobbes, é possível extrair de suas lições um conceito embrionário da soberania moderna. Tendo em vista que a transição do estado da natureza para a sociedade civil pressupõe o consentimento unânime de uma totalidade de indivíduos e que o poder político deriva justamente dessa renúncia parcial dos direitos naturais que a razão lhes confere, a legitimação de algum poder só se dará em

²⁰ LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo**. 1. ed. [Edição do Kindle]. LeBooks, 2018. Posição 116.

²¹ *Ibidem*, posição 138.

²² STRAUS, Leo. **Direito natural e história**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019. p. 277.

virtude da livre manifestação dos indivíduos, que, a partir desse consenso fundamental, instituem a sociedade civil, à qual todos se submetem.

Para tanto, “a primeira lei positiva fundamental de todas as comunidades políticas é o estabelecimento do poder legislativo”,²³ que se trata de um poder supremo.²⁴ Assim, como apenas a lei consensualmente motivada obrigaria a todos os indivíduos que compõem a sociedade civil, podemos compreender o Legislativo como uma espécie de instância fundamental de construção dos direitos civis.

Esse órgão legislativo, além de figurar como instância suprema da vontade coletiva, também deve ser formado por representantes do povo, dado que:

Se o poder legislativo ou qualquer de seus elementos se compuser de representantes que o povo escolheu por um período determinado, e que depois deste retornam para o estado original de súditos e só têm participação no legislativo se forem escolhidos outra vez, é preciso também que o povo proceda a essa escolha, seja em ocasiões predeterminadas ou quando for para isso convocado; neste último caso, o poder de convocar o legislativo está ordinariamente depositado nas mãos do executivo, e tem uma destas duas limitações com respeito à ocasião: que a constituição fundamental requeira sua reunião e atuação a intervalos determinados, e o poder executivo então se contenta apenas com um papel auxiliar, que consiste em dar as diretrizes para sua eleição e reunião nas devidas formas; ou que se deixe a cargo de seu bom-senso requisitá-lo por novas eleições quando as ocasiões ou as exigências do público requererem a emenda de antigas leis ou a criação de novas, ou ainda quando forem exigidas soluções ou formas de prevenir de quaisquer inconvenientes de sua responsabilidade ou que ameacem o povo.²⁵

Em Locke percebemos a construção de elementos centrais do liberalismo político: o poder civil passa a derivar de uma manifestação unânime da vontade dos indivíduos, vinculando-se apenas à autoridade da razão; o Estado passa a exercer a função negativa de assegurar o livre exercício da propriedade — tido como direito natural; os poderes constituídos são separados; reconhecem-se direitos fundamentais inalienáveis etc.

²³ LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo**. 1. ed. [Edição do Kindle]. LeBooks, 2018. posição 138.

²⁴ “O legislativo não é o único poder supremo da comunidade social, mas ele permanece sagrado e inalterável nas mãos em que a comunidade um dia o colocou; nenhum edito, seja de quem for sua autoria, a forma como tenha sido concebido ou o poder que o subsidie, tem a força e a obrigação de uma lei, a menos que tenha sido sancionado pelo poder legislativo que o público escolheu e nomeou. Pois sem isso faltaria a esta lei aquilo que é absolutamente indispensável para que ela seja uma lei, ou seja, o consentimento da sociedade, acima do qual ninguém tem o poder de fazer leis; exceto por meio do seu próprio consentimento e pela autoridade que dele emana. Por isso, toda a obediência que pode ser exigida de alguém, mesmo em virtude dos vínculos mais solenes, termina afinal neste poder supremo e é dirigida por aquelas leis que ele adota; jamais um membro da sociedade, pelo efeito de um juramento que o ligaria a qualquer poder estrangeiro ou a qualquer poder subordinado na ordem interna, pode ser dispensado de sua obediência ao legislativo e agir por sua própria conta; da mesma forma, também não é obrigado a qualquer obediência contrária às leis adotadas, ou que ultrapasse seus termos; seria ridículo imaginar que um poder que não é o poder supremo na sociedade, possa se impor a quem quer que seja” (*Ibidem*).

²⁵ *Ibidem*, posição 150.

Portanto, a teoria contratualista desenvolvida por ele já estabelece, nitidamente, uma separação entre sociedade e Estado. Em seu modelo teórico, a

[...] sociedade política e a sociedade civil passam a obedecer a normas e leis diferentes. Todos os direitos de propriedade são exercidos na sociedade civil e o Estado não deve interferir, mas garantir e tutelar o livre exercício da propriedade.²⁶

Não por outra razão, Locke é considerado o pai do liberalismo político. Com ele, “tem início o triunfo do direito natural do iluminismo”,²⁷ “a liberdade do homem passa a ser um direito irrenunciável e as leis são reproduções das leis naturais que a razão discerne”.²⁸

No entanto, embora a teoria lockiana idealizasse a constituição de uma sociedade civil livre e participativa, na qual o exercício dos direitos de seus membros seria limitado apenas na medida de um consenso formulado no bojo de instituições devidamente constituídas, a realidade social de sua época era bem diferente, pois, até a Lei da Reforma (*Reform Act*) de 1832, apenas 05% (cinco por cento) dos ingleses com mais de 20 (vinte) anos tinham o direito de participar das eleições.²⁹

John Locke foi um dos precursores do iluminismo, movimento filosófico que provocou “a abolição das velhas tradições jurídicas, o breve triunfo do direito natural e a emergência mais duradoura de uma crença nos códigos”,³⁰ tendo exercido fundamental influência no pensamento político dos séculos XVII e XVIII.

1.1.1 A Revolução Francesa e o Estado de Direito

As ideias liberais defendidas por Locke no século XVII continham o germe do chamado Estado Liberal de Direito, produto da tensão histórica entre a liberdade do indivíduo e o absolutismo monárquico.³¹ O paradigma liberal teve suas bases conceituais construídas pelos pensadores contratualistas, entre eles Immanuel Kant (1724-1804), emergindo após a Revolução

²⁶ CUNHA, Wilson Ferreira da. **Introdução à ciência política**. Goiânia: UFG, 1999. p. 144.

²⁷ FLEINER-GERSTER, Thomas. **Teoria geral do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 64.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Ibidem*, p. 336.

³⁰ CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Tradução: Carlos Eduardo Lima Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 161.

³¹ BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 41.

Francesa de 1789, da qual surgiu “o primeiro Estado jurídico, guardião das liberdades individuais”.³²

A Revolução Francesa, como explica Hobsbawm, não foi “liderada por um partido ou movimento organizado, no sentido moderno, nem por homens que estivessem tentando levar a cabo um programa estruturado”.³³ O que lhe deu unidade e capacidade de influência transcendental foi a disseminação das ideias do liberalismo clássico pela burguesia, que as compartilhava de maneira consensual³⁴ e, com isso, intentava superar o absolutismo monárquico.³⁵ Nesse período (1789-1791), “a vitoriosa burguesia moderada [...] tomou providências para a gigantesca racionalização e reforma da França”.³⁶

A Assembleia Nacional Constituinte, instituída em 1789, elaborou a Declaração dos Direitos dos Homens e do Cidadão, documento histórico que marca o fim do Antigo Regime na França. Nela foram expressos os ideais liberais defendidos pela classe burguesa. A liberdade e a igualdade eram consideradas direitos naturais: segundo a declaração, os homens nasciam livres e iguais, e, por isso, qualquer distinção social só se legitimaria caso o seu fundamento fosse uma utilidade comum.³⁷

Todavia, essa igualdade, meramente formal, correspondia a um simples tratamento indistinto dos cidadãos perante a lei,³⁸ “havendo uma contradição entre o discurso e a prática do constitucionalismo liberal-burguês [...]”.³⁹ Se, oficialmente, o regime liberal francês fundava-se numa vontade geral do povo, não existia, de fato, uma democracia.⁴⁰ Como exemplo relevante, destaca-se a reserva dos direitos políticos a uma pequena parcela da elite econômica, a qual competia exercer a escolha dos representantes políticos no parlamento.⁴¹ Assim, de modo geral, o burguês liberal clássico de 1789 (e o liberal de 1789-1848) não era um democrata, “mas

³² *Ibidem*, p.42.

³³ HOBBSAWN, Eric J. **A era das revoluções, 1789-1848**. Tradução: Maria Tereza Teixeira e Marcos Penchel; revisão técnica Marc Garabed Arabyan. 44. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2020. p. 105.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 41.

³⁶ HOBBSAWN, Eric J. **A era das revoluções, 1789-1848**. Tradução: Maria Tereza Teixeira e Marcos Penchel; revisão técnica Marc Garabed Arabyan. 44. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2020. p.112.

³⁷ Art.1º - Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem ter como fundamento a utilidade comum.

³⁸ Art. 6º - A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.

³⁹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e método de trabalho**. 2. ed. 7. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 80.

⁴⁰ HOBBSAWN, Eric J. **A era das revoluções, 1789-1848**. Tradução: Maria Tereza Teixeira e Marcos Penchel; revisão técnica Marc Garabed Arabyan. 44. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2020. p. 107.

⁴¹ *Ibidem*, p. 81.

sim um devoto do constitucionalismo, um Estado secular com liberdades civis e garantias para a empresa privada e um governo de contribuintes e proprietários”.⁴²

Como explica Paulo Bonavides:

A burguesia precisava da liberdade, e o Estado liberal-democrático, assentado naquele formalismo jurídico que em Kant chegara à sua formulação mais acabada, era um Estado destituído de conteúdo, neutralizado para todo ato de intervenção que pudesse à livre iniciativa material e espiritual do indivíduo, o qual, como soberano, cingira a Coroa de todas as responsabilidades sociais.⁴³

Tratava-se, portanto, de um modelo democrático que estabelecia apenas uma igualdade formal. Ao Estado não era permitido interferir na realidade social, devendo apenas preservar o livre exercício das liberdades, sobretudo as de carácter económico.

O período posterior a 1789 foi conturbado, terminando com a ascensão de Napoleão Bonaparte ao poder, em 18 de Brumário do ano VIII (9 de novembro de 1799), o que marca o fim da Revolução Francesa. No entanto, os ideais compartilhados pelos revolucionários ecoaram em todo o mundo, provocando uma série de levantes liberais. A política e a ideologia mundial do século XIX “foram formadas fundamentalmente pela Revolução Francesa”⁴⁴, como descreve Hobsbawm:

A França forneceu o vocabulário e os temas da política liberal e radical-democrática para a maior parte do mundo. A França deu o primeiro grande exemplo, o conceito e o vocabulário do nacionalismo. A França forneceu os códigos legais, o modelo de organização técnica e científica e o sistema métrico de medida para a maioria dos países. A ideologia do mundo moderno atingiu as antigas civilizações que tinham até então resistido às ideias europeias inicialmente através da influência francesa. Esta foi a obra da Revolução Francesa.⁴⁵

Todavia, as distorções sociais verificadas na aplicação prática do ideal democrático-liberal provocaram o surgimento de vozes, em todas as esferas do saber social, que contestavam o papel neutro e fragmentado do Estado liberal e o seu excessivo individualismo, colocando em dúvida a adequação dessa ideologia para a construção de um mundo menos desigual.

⁴² *Ibidem*, p. 106-107.

⁴³ BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 68.

⁴⁴ HOBBSAWN, Eric J. **A era das revoluções, 1789-1848**. Tradução: Maria Tereza Teixeira e Marcos Penchel; revisão técnica Marc Garabed Arabyan. 44. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2020. p. 97.

⁴⁵ *Idem*. p. 98.

1.2 O DECLÍNIO DO MOVIMENTO LIBERAL

O período anterior às duas grandes guerras mundiais foi tomado pela ideologia política liberal, devido à exponencial repercussão dos ideais sustentados pela Revolução Francesa no mundo. A consciência liberal, constituída por uma total rejeição aos regimes absolutistas, justificava a instituição de Estados de Direito voltados ao “imperativo da ordem constitucional”, bem como a implementação de liberdades individuais, como as de pensamento, expressão, reunião e crença. Esses direitos (liberdades) floresceram nessas sociedades observando a máxima de que o seu exercício encontraria limites nos direitos de outrem.

O espírito político liberal, calcado no laicismo e na preponderância do debate público, dava mostras de proliferação a nível mundial. Isso fica claro pela adoção de regimes representativos em diversos países (ainda que as pretensões democráticas, incipientes em sua concepção, não abarcassem a totalidade dos cidadãos existentes nessas nações), de modo que, com exceção da Rússia soviética, a totalidade dos regimes que emergiram da Primeira Guerra Mundial adotaram a forma de representação parlamentar, por meio de eleições, incluindo, entre eles, a Turquia.⁴⁶

Assim, a Europa, “a Oeste da fronteira soviética, consistia inteiramente nesses Estados em 1920”.⁴⁷ O liberalismo propagara-se por todos os cantos, de modo que “as instituições básicas do governo liberal constitucional, eleições para assembleias representativas e/ou presidentes, eram quase universais no mundo de países independentes nessa época”.⁴⁸

No entanto, diferentemente do que se viu no século XIX, idade de ouro do movimento liberal, o século XX representou, de forma mais ou menos geral, a derrocada de seus princípios. Entre 1900 e 1950, “aconteceu um movimento mundial de contestação às formas liberais de Estado”.⁴⁹ O descontentamento causado pelo liberalismo fez surgir, entre 1918 e 1939, modelos intervencionistas.⁵⁰ Segundo Reinaldo de Lima Lopes e Rafael Mafei Rabelo:

[...] o período entre-guerras (1918-1939) viu a ascensão do comunismo russo (1917), do fascismo italiano (1922), do hiroitismo japonês (1926), do salazarismo português

⁴⁶ HOBBSAWN, Eric J. **A Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991**. Tradução: Marcos Santarrita; revisão técnica Maria Célia Paoli. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p. 114.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; ACCA, Thiago dos Santos. [E-book - Edição do Kindle]. **Curso de História do Direito**. Atlas, 2021. p. 786.

⁵⁰ *Ibidem*.

(1930), do nazismo alemão (1934), do franquismo espanhol (1936) etc. Todos esses modelos de Estado, a despeito das significativas diferenças que têm entre si, tinham no Estado liberal um inimigo comum; e nessa guerra entre modelos de Estado, o liberalismo viu-se cada vez mais enfraquecido.⁵¹

O principal motivo dessa insurreição decorria do fato de que o constitucionalismo liberal-burguês, como ideologia política, apresentava forte contradição entre o seu discurso teórico e a prática experimentada nas sociedades que o adotaram. O problema era que o modelo, embora afirmasse o valor da igualdade, fazia-o apenas sob uma ótica estritamente formal.⁵² Nesse sentido, Daniel Sarmiento e Souza Neto salientam que o liberalismo:

[...] combateu os privilégios estamentais do Antigo Regime e a concepção organicista de sociedade, que tornava os direitos e os deveres, de cada um, dependentes da respectiva posição na estrutura social. Porém, ignorava a opressão que se manifestava no âmbito das relações sociais e econômicas que permitiam ao mais forte explorar o mais fraco. O constitucionalismo liberal-burguês não incorporava, dentre as suas funções, a promoção da igualdade material.⁵³

Ainda segundo os autores, essa contradição “se evidenciava, por exemplo, no emprego de critérios censitários para o reconhecimento de direitos políticos”.⁵⁴ A ideia da “igualdade de todos perante a lei” (igualdade formal) não subsistia, por exemplo, ao simples fato de que o exercício do sufrágio era reservado aos poucos ocupantes da faixa economicamente mais abastada dessas sociedades (desigualdade material). A igualdade meramente formal sustentada pelo liberalismo, portanto, “conduzia, com efeito, a graves e irreprimíveis situações de arbítrio”.⁵⁵ Segundo Paulo Bonavides, a ideologia política liberal:

Expunha, no domínio econômico, os fracos à sanha dos poderosos. O triste capítulo da primeira fase da Revolução Industrial, de que foi palco o Ocidente, evidenciava, com a liberdade do contrato, a desumana espoliação do trabalho, o doloroso emprego de métodos brutais de exploração econômica, a que nem a servidão medieval poderia, com justiça, equiparar”.⁵⁶

Regredindo um pouco no tempo, em países escravocratas, como os Estados Unidos e o Brasil, o postulado da liberdade era uma formalidade legal voltada apenas para proteger o

⁵¹ *Ibidem.*

⁵² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e método de trabalho**. 2. ed. 7. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 80

⁵³ *Ibidem.*

⁵⁴ *Ibidem*, p. 80-81.

⁵⁵ BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 58.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 58-59

indivíduo de constrangimentos externos, em especial do Estado, em sua esfera particular.⁵⁷ Esse postulado não se estendia aos escravos, pois essas pessoas não se enquadravam formalmente na condição de cidadão, sendo encarados como propriedade de seu senhor e sujeitos, como tal, aos regramentos legais do direito patrimonial.

As incompatibilidades entre discurso e prática do liberalismo fomentaram o surgimento de movimentos ultradireitistas que despontaram nos anos próximos à Primeira Guerra Mundial. Tais movimentos foram suportados principalmente pelas massas de trabalhadores desencantados com a exploração perpetrada pelos ideais do liberalismo. Hobsbawm sustenta que as forças que derrubaram os regimes liberal-democráticos possuíam três características básicas: todas se insurgiam contra a revolução social comunista, eram autoritárias e hostis às instituições político-liberais e tendiam ao nacionalismo. Essas eram a suma da contestação dos valores liberais surgida, no início do século XX, em várias regiões do globo.⁵⁸

Dentre os mais importantes movimentos antiliberais surgidos na Europa no início do século XX, destaca-se o fascismo (seguido pelo nacional-socialismo de Hitler), regime ditatorial imposto na Itália por Benito Mussolini (1883-1945), primeiro-ministro de 1922 a 1943.

O fascismo nutria suas forças na mobilização das massas, com um discurso voltado principalmente às camadas mais baixas da sociedade. Mesmo com a conquista do poder, o regime fascista, como o comunismo, fazia uso da força simbólica da mobilização das massas: “eram os revolucionários da contrarrevolução: em sua retórica, em seu apelo aos que se consideravam vítimas da sociedade, em sua convocação a uma transformação da sociedade, e até mesmo em sua deliberada adaptação dos símbolos e nomes dos revolucionários sociais”.⁵⁹

O fascismo teve sua gênese em movimentos político-sociais durante a Primeira Guerra Mundial, tendo como principal expoente no período o jornalista italiano Benito Mussolini. Os pilares do movimento fascista consistiam principalmente no autoritarismo, no totalitarismo, no nacionalismo e no antiliberalismo. Eric Hobsbawm aduz que as condições ideais para o triunfo do movimento fascista eram:

[...] um Estado velho, com seus mecanismos dirigentes não mais funcionando; uma massa de cidadãos desencantados, desorientados e descontentes, não mais sabendo a quem ser leais; fortes movimentos socialistas ameaçando ou parecendo ameaçar com

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ HOBBSAWN, Eric J. **A Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991**. Tradução: Marcos Santarrita; revisão técnica Maria Célia Paoli. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p. 116-117.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 121.

a revolução social, mas não de fato em oposição de realizá-la; e uma inclinação do ressentimento nacionalista contra os tratados de paz de 1918-20.⁶⁰

Esse era o ambiente social existente na Itália no período imediatamente posterior à Primeira Guerra Mundial, caracterizado por uma profunda frustração dos italianos diante das condições desfavoráveis do Tratado de Versalhes e da crise econômica que se agravou no pós-guerra, mergulhando o país em uma situação pior do que aquela anterior à Grande Guerra. A ascensão do movimento ao poder, entretanto, ocorreu pelas vias democráticas.⁶¹

A Alemanha vivia situação idêntica, o que permitiu a ascensão do nacional-socialismo, de Adolf Hitler, ao poder nos idos de 1932, espelhando o nazismo no arcabouço teórico-político do fascismo e acrescentando à sua ideologia o ingrediente do antissemitismo, levado às últimas consequências.

O que se percebe tanto no fascismo italiano quanto no nazismo alemão é a proeminência da figura política do líder, notadamente nos dois casos personificada por personalidades carismáticas e de oratória convincente. Essa característica peculiar serviu, inclusive, de espelho aos regimes ditatoriais latino-americanos que se impuseram nos anos vizinhos à Segunda Guerra Mundial, pois “os líderes latino-americanos tomaram do fascismo europeu [...] a sua deificação de líderes populistas com fama de agir”.⁶² Contudo, havia consideráveis diferenças entre o populismo praticado nessas regiões. Segundo Hobsbawm:

[...] as massas que eles queriam mobilizar, e se viram mobilizando, não eram as que temiam pelo que poderiam perder, mas sim as que nada tinham a perder. E os inimigos contra os quais eles as mobilizavam não eram estrangeiros e grupos de fora (embora seja inegável o conteúdo antissemita no peronismo e outras políticas argentinas), mas a ‘oligarquia’ – os ricos, a classe dominante local. [...] Getúlio Vargas no Brasil fez a mesma descoberta. Foi o exército que o derrubou em 1945 e, mais uma vez, em 1954, forçando-o a suicidar. Foi a classe trabalhadora urbana, à qual ele dera proteção social em troca de apoio político, que o chorou como o pai de seu povo.⁶³

O contexto cultural, econômico e político nas principais nações europeias — cenário das maiores transformações sociais dos séculos XIX e XX — foi o principal responsável pela queda do liberalismo como concebido pelos ideais da Revolução Francesa. O fascismo não foi, em si, fator único preponderante para o declínio do liberalismo em sua conceituação primordial,

⁶⁰ *Ibidem*, p. 130.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² *Ibidem*, p. 137.

⁶³ *Ibidem*.

mas trouxe elementos — pelas suas características peculiares — que resultaram no ocaso do liberalismo ao redor do mundo na primeira metade do século XX.

1.3 A TRADIÇÃO AUTORITÁRIA ANTILIBERAL NO BRASIL

Em terras brasileiras, o antiliberalismo ganhou corpo por meio de uma tradição política fundada na autoridade. Além das razões que justificaram o declínio da ideologia liberal no mundo, os pensadores brasileiros apontavam outros fatores, específicos da nossa realidade social, que impediam a concretização de uma ordem democrática na qual a soberania estivesse a cargo do povo.

A divisão oligárquica existente na Velha República do Brasil, justificada numa particular interpretação do federalismo de 1891, fez ascender propostas que visavam, a partir de uma centralização político-constitucional antiliberal,⁶⁴ dissipar a fragmentação do poder. Por meio de uma construção teórica autoritária, pretendia-se edificar “uma civilização identificada com as instituições do Império e com a sua política”.⁶⁵

O liberalismo clássico dividia-se em duas esferas distintas e complementares: econômica e política. Em sua dimensão econômica, de caráter marcadamente privatista, sustentava o direito dos indivíduos à liberdade de buscar a maximização de seus benefícios, a partir de uma lógica de livre mercado. Havia um repúdio a qualquer tipo de intervenção estatal nas relações privadas. Já na sua dimensão política, o liberalismo representava o direito do indivíduo de ser tratado de maneira igual perante a lei, bem como de participar das decisões políticas do Estado. Entre as formas de manifestação política, aquela que mais se destacava era a representação parlamentar, modelo em que os cidadãos aptos a votar escolheriam os seus representantes para formular leis gerais e abstratas no interesse da coletividade.

Contudo, embora o liberalismo econômico também tenha sido objeto de análise pelos pensadores autoritários brasileiros, a crítica mais geral se dá contra o liberalismo político, pois ele “aparece como o obstáculo à tomada de consciência das elites dirigentes em relação à sua tarefa histórica de organizar a nação”.⁶⁶ Para a tradição autoritária, a realidade social brasileira,

⁶⁴ SANTOS, Rogério Dultra dos. Francisco Campos e os Fundamentos do Constitucionalismo Antiliberal no Brasil. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, 2007. p. 281.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ *Ibidem*.

com suas singulares características culturais e psicológicas, era incompatível com as instituições liberais. Com base nesses ideais, não seria possível instituir um Estado-Nação.⁶⁷

Ricardo Silva, ao analisar a ideologia autoritária construída nas primeiras décadas do século XX no Brasil, argumenta que seus principais campos temáticos eram: (I) catastrofismo, (II) apelo científico, (III) elitismo, (IV) organização da nação, (V) ataque ao liberalismo e (VI) apoliticismo da plebe.

Entre os temas indicados por Silva que se imbricam no pensamento autoritário brasileiro, o ataque à ideologia liberal é aquele que representa a espinha dorsal dessa tradição, uma vez que serve de suporte para a descrição crítica da realidade social brasileira da época. Todo o diagnóstico realizado pelo pensamento autoritário decorre, portanto, de uma alegada aplicação dos ideais libertários numa realidade com eles incompatível.

O catastrofismo traduz a ideia de uma necessidade de ação política estatal centralizada, a fim de superar uma suposta “crise que estaria assolando o país”.⁶⁸ Segundo Silva, “uma teoria das crises habita o pensamento dos ideólogos do autoritarismo”.⁶⁹ Esse aspecto pode ser observado nos primeiros pensadores autoritários brasileiros. Alberto Torres,⁷⁰ já no ano de 1912, em texto publicado no “Jornal do Comércio”, criticava a estrutura político-institucional da Constituição de 1891, afirmando que “atravessamos, neste momento, a crise mais séria de nossa História”. Torres entendia existir, na Primeira República, um abismo entre a política e a realidade social; um hiato que impedia a construção da ideia de nação.⁷¹

As críticas às instituições formuladas por tais ideólogos não visavam à construção de uma esfera pública de formação da vontade política, mas o estabelecimento das diretrizes “de um marco institucional pós-liberal”.⁷² Conforme se observa na obra coletiva⁷³ “À margem da história da república (ideias, crenças e afirmações)”, editada em 1924, já se desenhava, no Brasil, a defesa de um sistema constitucional fundado na autoridade, na qual deveria ser depositada a soberania nacional, porquanto, conforme sustentou o então Deputado Federal

⁶⁷ VIANNA, F. J. O. **Instituições Políticas Brasileiras**. 3. ed. v. 2. 1974. p. 298 *apud* SILVA, Ricardo. **A ideologia do Estado autoritário no Brasil**. Chapecó: Argos, 2004. p. 174.

⁶⁸ VIANNA, F. J. O. **Instituições Políticas Brasileiras**. 3. ed. v. 2. 1974. p. 298 *apud* SILVA, Ricardo. **A ideologia do Estado autoritário no Brasil**. Chapecó: Argos, 2004. p. 174.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ TORRES, Alberto. A Primeira República vista por Alberto Torres. **Cultura Política**, n. 2, 1941. p. 197 *apud* SILVA, Ricardo. **A ideologia do Estado autoritário no Brasil**. Chapecó: Argos, 2004. p. 127

⁷¹ *Ibidem*, p. 128

⁷² *Ibidem*.

⁷³ Cf.: CARDOSO, Vicente Licínio (Org.). **À margem da história da república (ideias, crenças e afirmações)**. Brasília: UnB, 1981. Dentre os autores que contribuíram para essa obra, destacam-se importantes intelectuais brasileiros, como Pontes de Miranda, Oliveira Vianna e Tristão de Athayde.

Gilberto Amado (1887-1969) no discurso sobre "as instituições políticas e o meio social no Brasil", pronunciado na sessão de 11 de dezembro de 1916, o povo brasileiro não reunia as condições necessárias para exercer a soberania da nação. O apoliticismo do povo era a razão dessa falta de capacidade.

Segundo afirma Silva, para “os ideólogos do autoritarismo estatal, sobre a soberania de tal povo não seria possível erguer qualquer sistema constitucional eficaz”.⁷⁴ A tentativa de instituição do sufrágio universal, como defendiam os liberais, resultaria numa crise “inibidora de uma política orgânica voltada para a resolução dos problemas nacionais”.⁷⁵

Para os pensadores autoritários, a grave crise pela qual passava o país teria sido provocada pela Constituição de 1891, pois, por derivar de modelos constitucionais estrangeiros, sem nenhuma relação com a realidade social brasileira, esse “idealismo utópico” (Oliveira Vianna) “conduziria à crise e à perda de autoridade do Estado”,⁷⁶ e isso ocorreria por duas razões: (I) o sufrágio universal “poria em movimento uma população deseducada politicamente, gerando, pois, desordem ao invés de orientação política”;⁷⁷ (II) a emergência de políticos regionalistas e oligárquicos, despreocupados com o interesse nacional, que ascenderiam ao poder por meio do assentimento de uma maioria inculta.⁷⁸ Assim, caberia às elites intelectuais, com suporte no aparato conceitual de uma ciência sociológica,⁷⁹ superar essa desorientação política.

Ademais, as massas eram apenas objeto das ações políticas, cabendo às elites politizadas e tecnicamente capazes “o papel de conduzir o Brasil ao fim supremo para o qual tais elites teriam sido historicamente talhadas e o que justificaria as próprias instituições do Estado autoritário: a organização da nação”.⁸⁰ Por isso, fazia-se premente superar a ideia liberal de um Estado neutro, afastado das relações sociais. Para Alberto Torres, era necessário construir um Estado forte, pois “somente um ‘programa’ poderia salvar o Brasil, ‘transubstanciar esse gigante desagregado em uma nacionalidade’”.⁸¹

⁷⁴ *Ibidem*, p. 131.

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ SILVA, Ricardo. **A ideologia do Estado autoritário no Brasil**. Chapecó: Argos, 2004. p. 132.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 133.

⁷⁹ CARDOSO, Vicente Licínio (Org.). **À margem da história da república (ideias, crenças e afirmações)**. Brasília: UnB, 1981, p. 23.

⁸⁰ SILVA, Ricardo. **A ideologia do Estado autoritário no Brasil**. Chapecó: Argos, 2004. p. 159.

⁸¹ TORRES, Alberto. **A Organização nacional**. Brasília: UnB, 1982. p.37 *apud* SILVA, Ricardo. **A ideologia do Estado autoritário no Brasil**. Chapecó: Argos, 2004. p. 161.

Dentre os mais importantes intelectuais da tradição autoritária que culminou no Estado Novo, destacam-se Alberto Torres, Azevedo Amaral e Oliveira Vianna. No entanto, a figura que mais influenciou a Era Vargas foi Francisco Campos, Ministro da Justiça e autor intelectual da Constituição Federal de 1937. Em suas ideias, podemos evidenciar a aversão ao liberalismo e, sobretudo, à democracia representativa, temas convergentes na tradição autoritária brasileira.

1.3.1 Francisco Campos: A Sociologia Histórica do Ideólogo do Estado Novo

Campos entendia viver em uma época de transição, definida por ele como “profundamente trágica”,⁸² em que o passado, com suas formas de mundo arcaicas e obsoletas, interpretava um presente ainda à procura de suas formas espirituais,⁸³ uma época:

[...] em que se torna agudo o conflito entre as formas tradicionais do nosso espírito, aquelas em que fomos educados e de cujo ângulo tomamos a nossa perspectiva sobre o mundo, e as formas inéditas sob as quais os acontecimentos apresentam a sua configuração desconcertante.⁸⁴

Essas formas espirituais obsoletas, herdadas do passado, eram os ideais libertários originados do racionalismo iluminista, que, para ele, conformavam, inadequadamente, a realidade brasileira do início do século XX. Entendia ele, então, ser necessária uma ruptura com o passado, porquanto considerava que a democracia instituída sob a ideologia liberal se tornara um modelo anacrônico para uma sociedade massificada.⁸⁵ Campos visava organizar o país para um novo tempo.⁸⁶

Suas principais ideias foram sintetizadas no representativo texto “A política do nosso tempo”, pronunciado no Salão da Escola de Belas Artes, em conferência realizada no dia 28 de setembro de 1935. Nesse escrito, é constante a tensão entre as reminiscências de um passado que insiste em persistir, impossibilitando a adaptação do homem ao ambiente espiritual de seu

⁸² CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001. p. 13.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ SANTOS, Rogério Dultra dos. Francisco Campos e os Fundamentos do Constitucionalismo Antiliberal no Brasil. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, 2007. p. 296.

⁸⁶ *Ibidem*.

tempo,⁸⁷ e um presente que se apresenta apenas em potência. Trata-se de uma crítica à modernidade liberal, com fundamento na irracionalidade e no sentimento de mudança, “as duas notas dominantes ou as tônicas da alma contemporânea”.⁸⁸

Campos compara a prática política de sua época a uma sofística moderna sem qualquer valor, nem mesmo a verdade, que passa a ser algo que “não sendo a verdade, funciona, entretanto, como verdade”.⁸⁹ O autor “não identifica ordem e hierarquia de valores nessa nova época, mas o exato atributo da sua ausência”.⁹⁰ Essa nova atitude do espírito teria relevância não no plano da especulação, mas da prática,⁹¹ constituindo uma teologia política “que tem por substância a afirmação de que seu dogma fundamental deve ser acreditado como verdadeiro, conquanto declare que o seu valor não é precisamente um valor de verdade”.⁹²

Com apoio em Georges Sorel, o autor sustenta que apenas uma revolução *total* é capaz de mudar o sistema econômico-político. Mas essa mudança não se daria a partir de uma revolução interna no sistema capitalista, como pensava Marx, pois a realidade social é mais complexa do que a por ele descrita, que se limitava a uma luta de classes.⁹³ A teoria marxista, contudo, apesar de não ser verdadeira, “acreditada como verdade, constitui o único instrumento capaz de conduzir à grande revolução”.⁹⁴ Desse modo, Campos entendia ser necessário:

Cultivar a idéia de luta de classes e forjar um instrumental intelectual ou, antes, uma imagem dotada de grande carga emocional, destinada a servir de polarizador das idéias ou, melhor, dos sentimentos de luta e de violência tão profundamente ancorados na natureza humana.⁹⁵

Esse instrumento intelectual, emocionalmente carregado e capaz de polarizar os sentimentos de luta e de violência, seria um mito soreliano, essencialmente equívoco e, por isso, irrefutável, pois possui dois valores contrapostos: o valor de verdade, para os que nele acreditam, e o valor de “artifício puramente técnico para os que sabem que se trata apenas de uma construção do espírito”.⁹⁶ Campos vai dizer que o mito é a forma mais adequada de

⁸⁷ CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001. p. 12.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 21.

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ SANTOS, Rogério Dutra dos. Francisco Campos e os Fundamentos do Constitucionalismo Antiliberal no Brasil. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, 2007. p. 300.

⁹¹ CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001. p. 16.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 17-18.

expressar o instrumento de integração política total, qual seja o apelo às forças irracionais, pois a “vida política, como a vida moral, é do domínio da irracionalidade e da ininteligibilidade”.⁹⁷

Assim,

[...] uma integração política, num regime que se torna possível organizar e mobilizar as massas, só se pode operar mediante forças irracionais, e a sua tradução só é possível na linguagem bergsoniana do mito – não, porém, de um mito qualquer, mas, precisamente, do mito da violência, que é aquele em que se condensam as mais elementares e poderosas emoções da alma humana.⁹⁸

O mito, pois, “é o meio pelo qual se procura disciplinar e utilizar essas forças desencadeadas, construindo para elas um mundo simbólico, adequado às suas tendências e desejos, [e] terá tanto mais força quanto mais nele predominarem os valores irracionais”.⁹⁹

Na busca do mito adequado para o seu tempo, Campos rejeita o nacionalismo, pois ele, embora incorpore muitos dos elementos arcaicos, constituiu-se num contexto em que as experiências não eram imediatas.¹⁰⁰ Desse modo, o autor sustenta ser o mito da personalidade, “em que o tecido dos elementos irracionais é mais denso e compacto”,¹⁰¹ aquele no qual as massas encontram “um poder de expressão simbólica maior do que nos mitos em cuja composição entram elementos abstratos ou obtidos mediante um processo mais ou menos intelectual de inferência e ilações”.¹⁰²

Para o autor, o regime e a política das massas são o clima ideal da personalidade e a mais pessoal das políticas, não sendo possível a elas participar ativamente do processo político sem a aparição de um César.¹⁰³ Nesse ponto, Campos sentencia que as massas “encontram-se sob a fascinação da personalidade carismática”,¹⁰⁴ centro de sua integração política, que só se manifesta por meio do “ditado de uma vontade pessoal”.¹⁰⁵ A ditadura, portanto, seria o regime político das massas, que se expressaria não pelo voto democrático, mas por plebiscito, “isto é, voto-aclamação, apelo, antes do que escolha”.¹⁰⁶

⁹⁷ CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001, p. 20.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 21.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 22.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 23.

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ *Ibidem*.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

Essa emergência das massas na política, representativa de um divórcio entre democracia e liberalismo, influenciou decisivamente para tornar o processo político cada vez mais irracional e transformar em ostensivo o latente estado de violência,¹⁰⁷ “que constitui o potencial energético até aqui dissimulado pelas ideologias racionalistas liberais, e do qual, em última análise, resultam as decisões políticas”.¹⁰⁸ Campos entendia que a racionalidade do sistema democrático-liberal:

[...] fundava-se [...] no pressuposto de que as decisões políticas são obtidas mediante processos racionais de deliberação e de que a dialética política não é um estado dinâmico de forças, mas de tensão puramente ideológica, capaz de resolver-se num encontro de idéias, como se se tratasse de uma pugna forense.¹⁰⁹

O racionalismo liberal implicava uma “dissimulação ou subtilização da substância de irracionalidade que constitui, de modo específico, a medula do processo político”.¹¹⁰ O autor, assim, desenvolve um raciocínio a fim de distanciar o liberalismo da democracia. O alvo de sua crítica é a teologia democrático-liberal, categoria desenvolvida num modelo intelectualista, a partir do qual foi construída uma política à imagem do mundo forense,

[...] ampliando ao plano ou ao teatro da ação política as categorias formalísticas do processo do foro, no quadro das quais se resolve, por uma balança de argumentos ou uma dialética de idéias e razões, de acordo com as premissas ou presunções infantis do pensamento jurídico, os conflitos submetidos à arbitragem do juiz”.¹¹¹

Nesse modelo, a decisão política decorre de um processo intelectual, “não se reservando outro papel à vontade que o de cumprir as decisões da inteligência”.¹¹² Contudo, como dito, o processo democrático tem um “irredutível momento de irracionalidade, que é, precisamente, o da formulação da vontade geral mediante o voto”.¹¹³ Por meio dessa “técnica de formação, ou de organização, em um foro comum, do conglomerado caótico das opiniões individuais, de cuja condensação num pólo único se constitui a opinião pública”,¹¹⁴ o procedimento liberal buscava legitimar o processo político, apagando a sua irracionalidade intrínseca. Esse sistema, todavia,

¹⁰⁷ CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001. p. 24.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 24.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 24-25.

¹¹² *Ibidem*, p. 25.

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ *Ibidem*.

pode funcionar segundo regras previamente estabelecidas apenas nas sociedades ainda não dominadas pela massificação, porquanto nelas o processo político:

“[...] se limitava a reduzidas zonas humanas e o seu conteúdo não envolvia senão estados de tensão ou de conflito entre interesses mais ou menos suscetíveis de um controle racional e acessíveis, portanto, ao tratamento acadêmico das discussões parlamentares”.¹¹⁵

Desse modo, Campos entendia que a concepção política liberal, fundada à imagem do mundo forense, só se mostrava plausível para “uma fase benigna de tensão ou de conflito econômico e político”,¹¹⁶ conseguindo apenas dissimular a irracionalidade de um processo político sem muitas grandes tensões, reduzido. O ambiente das sociedades de massas, no entanto, é o das grandes tensões políticas, que não se deixam resolver por procedimentos intelectualistas, ou mero debate de ideias.¹¹⁷ Nas palavras do autor, “o seu processo dialético não obedece às regras do jogo parlamentar e desconhece as premissas racionalistas do liberalismo”.¹¹⁸ Em síntese, Francisco Campos entendia que:

“Com o advento político das massas, a irracionalidade do processo político, que o liberalismo tentara dissimular com os seus postulados otimistas, torna-se uma evidência tão lapidar, que até os professores, jornalistas e literatos, depositários do patrimônio intelectual da democracia, entram a temer pelo destino teórico do seu tesouro ou da suma teológica, cuja substância espiritual parece ameaçada de perder a sua preciosa significação”.¹¹⁹

Aqui temos o ponto fundamental da crítica de Campos à democracia liberal: a forma representativa da vontade popular, fundada numa dimensão puramente intelectual da decisão política.¹²⁰ Segundo Campos, uma sala de parlamento, para as decisões políticas, “tem hoje a mesma importância que uma sala de museu”.¹²¹ A forma representativa, produto do racionalismo liberal, não se adequa à realidade social dos novos tempos, no qual a tensão política, para ele, encontra-se sobremodo ampliada.

¹¹⁵ CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001, p. 26.

¹¹⁶ *Ibidem*.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 28.

¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹⁹ *Ibidem*.

¹²⁰ SANTOS, Rogério Dutra dos. Francisco Campos e os Fundamentos do Constitucionalismo Antiliberal no Brasil. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, 2007. p. 301.

¹²¹ CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001. p. 34.

O objeto da crítica campista, pois, não é a democracia em si, mas a artificialidade da tomada de decisão política por meio do debate parlamentar, que passava por um momento histórico de indiferença social, ante o rompimento de sua legitimidade como órgão de manifestação da vontade geral do povo.¹²² De acordo com Campos, se alguém quisesse saber como a vontade dos povos se formava em sua época, deveria contemplar “a massa alemã, medusada sob a ação carismática do *führer*, e em cuja máscara os traços de tensão, de ansiedade e de angústia traem o estado de fascinação e de hipnose”.¹²³

Na verdade, Campos busca evidenciar que o processo político é essencialmente irracional. O que o liberalismo faz — assim como qualquer mecanismo de integração política — é ocultar essa irracionalidade, por meio de uma estrutura construída pelo intelecto que teria o poder de conferir natureza racional àquilo que, na verdade, não o é. Daí, podemos entender que o mito, a que o autor alude, seria um instrumento de dominação política, ao qual se socorrem determinados indivíduos, em determinadas épocas, com o fim de domesticar a irracionalidade da tomada de decisão política.

Para Campos, a teologia democrático-liberal teria se debilitado quando as sociedades se viram diante do fenômeno da massificação. Com o aumento exponencial de demandas, a forma representativa, pilar fundamental da ideologia liberal, tornou-se apenas um mecanismo de manutenção dos interesses de uma pequena parcela de grupos privilegiados. Sendo assim, a mudança do sistema econômico-político e a evolução da sociedade não seriam mais possíveis a partir dos métodos forenses liberais. Era necessário o advento de um novo mito, que, como já se expôs, para ele se revelava na personalidade.

A vontade geral do povo, portanto, em vez de se manifestar por meio dos representantes por ele escolhidos, dar-se-ia por meio da vontade ditada pela figura carismática de um ditador, escolhido não pelo sufrágio universal, mas pela aclamação plebiscitária. Esse era o mito político de sua época e só assim os anseios das massas seriam plenamente atendidos: por intermédio de uma autoridade que pudesse decidir, de forma livre e centralizada, as questões políticas de interesse nacional.

As ideias construídas por Francisco Campos compuseram as bases fundamentais do regime ditatorial imposto por Vargas em 1937. Além do mais, essa ideologia política antiliberal

¹²² CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001. p. 33.

¹²³ *Ibidem*, p. 35.

permeou a reforma da ordem jurídica promovida nesse período, feita com o fim de dar concretude aos ideais autoritários do Estado Novo.

1.4 A IMPLANTAÇÃO DO ESTADO NOVO

Getúlio Vargas ascendeu ao poder por meio do movimento revolucionário iniciado no dia 3 de outubro de 1930, que depôs o governo de Washington Luís, impedindo a posse de Júlio Prestes, eleito presidente da República em 1º de março. A revolução tornou-se vitoriosa no dia 24 de outubro, tendo Vargas assumido o cargo de presidente provisório em 3 de novembro do mesmo ano, dando fim à República Velha. A tomada do poder por Vargas foi apoiada pelos paulistas, pois, embora tivessem perdido a sua hegemonia política, nutriam a crença de que o novo governo poderia convocar eleições para a formação da Constituinte e escolha do presidente.

Ocorreu que, após a tomada do poder, os “autoritários defenderam o prolongamento do governo provisório de Vargas, pretendendo o adiamento da constitucionalização do país e de eleições gerais para um futuro incerto”.¹²⁴ Essa disputa ideológica entre liberais e autoritários fez eclodir, no estado de São Paulo, a “revolução” de 1932, uma revolta oligárquica, para os autoritários.¹²⁵ Os revolucionários buscavam a “garantia de autonomia dos estados e a implantação de um regime político liberal, após a realização de eleições livres”.¹²⁶ Mesmo com a derrota paulista, em maio de 1933 foram realizadas eleições para um Assembleia Constituinte. Nela se deu a aprovação da Constituição de 1934 e da eleição indireta de Getúlio Vargas para um período de quatro anos.

Contudo, as eleições previstas na Assembleia de 1934 jamais aconteceram. Em 10 de novembro de 1937, Getúlio Vargas, com o apoio dos militares e da maioria das elites¹²⁷ (*ibidem*), instituiu o Estado Novo (1937-1945). A justificativa para o ato foi a descoberta do Plano Cohen,¹²⁸ documento que previa a derrubada do Governo de Getúlio Vargas para a

¹²⁴ FAUSTO, Boris. **O pensamento nacionalista autoritário (Descobrimo o Brasil)**. [E-Book - Edição do Kindle]. Zahar. 2001. posição 12.

¹²⁵ *Ibidem*.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 13.

¹²⁷ *Ibidem*.

¹²⁸ Como relatam Schwarcz e Starling: Para justificar o combate ao seu maior inimigo, Vargas forjou acusações a rodo. No dia 30 de setembro de 1937, o país foi sacudido pela denúncia, publicada pela imprensa, da existência de preparativos para um novo levante orientado por Moscou. O Exército havia capturado um minucioso programa

implantação de um regime comunista. Esse fato foi registrado no preâmbulo da Constituição outorgada.

Assim surgiu a ditadura autoritária prenunciada pelos ideólogos do Estado Autoritário. Instituiu-se um modelo político que se entendia “o mais adequado às características do país, e não apenas como um expediente ditado pelas circunstâncias”.¹²⁹ À luz das ideias construídas pelos pensadores que deram vida ao regime imposto em 1937, o discurso político sustentava ser o autoritarismo a verdadeira democracia, livre de partidos e de eleições, institutos típicos de regimes liberais.¹³⁰ Conforme Boris Fausto:

A instituição do Estado Novo representou a vitória dos ideais autoritários e a derrota dos liberais, que concorreram desastrosamente para o golpe. A aventura da insurreição de 1935 marcou o fracasso dos comunistas e o início de uma dura repressão, enquanto o integralismo, como movimento, desapareceria de cena com o arremedo golpista de 1938. Os intelectuais autoritários identificaram-se com o regime por suas características mais evidentes — supressão da democracia representativa, carisma presidencial, supressão do sistema de partidos, ênfase na hierarquia, em detrimento de mobilizações sociais, ainda que controladas. Mais ainda, encontraram na figura de Vargas os traços do presidente ideal, tanto mais que nunca foram defensores de uma solução militar, encarnada em figuras como os generais Dutra e Góes Monteiro.¹³¹

Com o advento do Estado Novo, o poder, antes fragmentado, passou a concentrar-se na figura do ditador, responsável pela promoção da vontade geral de um povo incapaz de decidir sobre o seu destino. A supressão de direitos individuais foi justificada como uma necessidade de primar o todo em detrimento do indivíduo e, a partir de tais fundamentos, um novo direito, para um novo tempo, foi construído.

1.4.1 A Carta de 1937 e a Democracia Substantiva

secreto de tomada do poder – o Plano Cohen –, repleto de instruções atemorizantes: incêndio de prédios públicos, saques, fuzilamentos sumários de civis. O documento tinha nome judaico e era falso. Foi escrito pelo então coronel Olympio Mourão Filho, organizador da milícia paramilitar da AIB, responsável pelo serviço secreto integralista e lotado no setor de inteligência do Estado-Maior do Exército. O general Góes Monteiro recebeu a papelada produzida por Mourão, tratou-a como autêntica e a encaminhou a Vargas. Ato contínuo, o documento foi tornado público. SCHWARCZ, Lília Moritz; STARLING, Heloisa Murgel. **Brasil: uma biografia**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 374

¹²⁹ FAUSTO, Boris. **O pensamento nacionalista autoritário (Descobrimo o Brasil)**. [E-Book - Edição do Kindle]. Zahar. 2001. posição 13.

¹³⁰ FAUSTO, Boris. **O pensamento nacionalista autoritário (Descobrimo o Brasil)**. [E-Book - Edição do Kindle]. Zahar. 2001. posição 13.

¹³¹ *Ibidem*.

Já após o golpe, em janeiro de 1938, Francisco Campos concedeu entrevista à imprensa, na qual foi indagado sobre “o sentido democrático da formação constitucional brasileira”. A resposta dada por ele evidencia como o regime se permitia qualificar como democrático,¹³² a despeito da ausência da participação popular, direta ou indireta, na tomada das decisões políticas. Campos classificava a democracia em duas espécies, a formal, produto do Estado Liberal, e a substantiva, forma democrática instituída no Estado Novo.

Para o autor, “a carta de 10 de novembro procurou preservar o sentido democrático da formação constitucional brasileira”.¹³³ Porém, esse “sentido democrático” não tinha relação com aquele estabelecido pelo liberalismo político.¹³⁴ Campos refutava a confusão que os pensadores liberais faziam entre as bases teóricas de sua ideologia e a ideia de democracia.

Nesse sentido, para o referido autor, “a teoria do Estado Liberal reivindica para si a exclusividade do pensamento democrático”,¹³⁵ de modo a entender que a democracia só seria possível naqueles regimes onde se fizessem presentes os princípios por ela defendidos. O liberalismo, para evitar a ditadura, teria aberto “a porta aos males muito piores da demagogia, da luta de partidos e da luta de classe”.¹³⁶

Campos faz uma análise histórico-sociológica da democracia liberal.¹³⁷ A forma democrática ideologizada pelo Estado Liberal teria, na prática, servido “apenas a que uma classe, um partido, um reduzido grupo de indivíduos explorasse as vantagens do poder, em prejuízo da coletividade”.¹³⁸ Por essa razão, “o sufrágio universal, a representação direta, o voto secreto e proporcional, a duração rápida do mandato presidencial”¹³⁹ seriam meios impróprios para alcançar o ideal democrático.

¹³² “Desta maneira, crescendo a tensão entre os métodos liberais da democracia e as forças a que se recusa o uso dos instrumentos democráticos, cresce, também, a contingência, para as instituições democráticas, de recorrer ao emprego, em escala cada vez maior, dos processos irracionais de integração política. A consequência do desdobramento desse processo dialético será, por força, a transformação da democracia, de regime relativista ou liberal, em estado integral ou totalitário, deslocado, com velocidade crescente, o centro das decisões políticas da esfera intelectual da discussão para o plano irracional ou ditatorial da vontade. É o que já se vem observando nos regimes democráticos, em que, dia a dia, aumenta a zona de proscrição ou de ostracismo político a que vão sendo relegadas massas de opinião cada vez mais volumosas e significativas”. CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001. p. 29.

¹³³ CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001. p. 75.

¹³⁴ *Ibidem*.

¹³⁵ *Ibidem*.

¹³⁶ *Ibidem*.

¹³⁷ SANTOS, Rogério Dutra dos. Francisco Campos e os Fundamentos do Constitucionalismo Antiliberal no Brasil. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, 2007.

¹³⁸ CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001. p. 75.

¹³⁹ *Ibidem*.

A captura, por determinados grupos, dos mecanismos formais do Estado Liberal evidenciaria a insuficiência desses instrumentos para a concretização de um regime efetivamente democrático. Para o então ministro da Justiça, nessa espécie de democracia formal, “a igual oportunidade para todos reduz-se apenas à igualdade de sufrágio”. Sustentava, assim, que:

O boletim de voto é o direito do homem. Os demais direitos, os direitos substantivos, o direito ao trabalho, à saúde, à segurança, ao bem-estar, tudo isto se pressupõe adquirido se o cidadão adquiriu o direito de voto. A participação de todos nos bens da civilização e da cultura resume-se apenas num pedaço de papel, em que cada um pode escrever um nome. Depositado o boletim de voto, cessam as relações entre o cidadão e o Estado.¹⁴⁰

Campos visualiza a realidade social de sua época e nela não enxerga qualquer avanço proporcionado pela ideologia democrática fruto do liberalismo. Pelo contrário, o que se apresentava era a falência de um método, pois:

Em cem anos de tentativas e de experiência democráticas, multiplicaram-se os mecanismos destinados a tornar efetiva a democracia: o sufrágio universal, o sistema parlamentar, o voto secreto, o sufrágio feminino, a iniciativa, o referendun, a legislação direta, o recall, o princípio de rotatividade nos cargos eletivos e muitos outros expedientes, artifícios e combinações. Nenhum desses métodos, porém, deu como resultado a abolição de privilégios; nenhum deles assegurou a igual oportunidade e a utilização das capacidades, ou infundiu nos governos maior sentimento de honra, de dever ou de retidão, elementos essenciais do ideal democrático.¹⁴¹

Esse sistema democrático teria permitido “a continuação dos privilégios e dos interesses criados”,¹⁴² em detrimento dos efetivos interesses do povo, haja vista que:

[...] a máquina, pelo seu volume e pela sua complexidade, alheou ainda mais o povo do Governo, tornando mais obscuros, confusos e ininteligíveis os seus processos, aumentou as oportunidades de corrupção e de fraude, e fez com que a preocupação pela parte mecânica das instituições criasse a confusão entre os meios e o fim, reduzindo a democracia a um formalismo de processo, em que não havia lugar para o espírito ou o ideal democrático.¹⁴³

Com base nessa crítica, Campos justifica a ascensão dos Estados autoritários, que, para ele:

¹⁴⁰ CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001. p. 75.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 78.

¹⁴² *Ibidem*, p. 79.

¹⁴³ *Ibidem*.

[...] encontra a sua explicação precisamente no fato de haverem as instituições democráticas adquirido um caráter exclusivamente formal e mecânico, passando a servir, precisamente, fins opostos ao ideal democrático. As revoluções do século XX têm quase todas o mesmo sentido: romper as resistências da máquina democrática para dar livre curso ao ideal democrático. Este, o sentido do 10 de novembro.¹⁴⁴

Se o mecanicismo democrático construído pelo Estado Liberal se mostrou apto apenas para afastar ainda mais o povo da vida política, era premente a irrupção de um novo sentido de democracia, por meio do qual a efetiva vontade popular pudesse manifestar-se. Para Campos, essa forma democrática veio a lume com a Constituição Federal de 1937, na qual o povo “é a entidade constitucional suprema”.¹⁴⁵ Segundo o ideólogo do Estado Novo, todas as disposições constitucionais organizavam-se de modo a assegurar a paz, o bem-estar e a participação do povo “em todos os bens da civilização e da cultura”.¹⁴⁶ Para isso, foi preciso reintegrar as liberdades individuais à sistemática do Estado, pois o liberalismo político era “uma doutrina do Estado sem Estado”¹⁴⁷ e visava somente à “proteção das pretensões ou, como se denominavam estas, liberdades individuais”.¹⁴⁸ Nesse modelo, os “valores da vida nacional, valores materiais ou morais, não tinham carta de direitos”.¹⁴⁹

Daí que a Constituição de 1937 fez emergir, em contraposição à máquina democrática liberal, uma nova forma, na qual as pretensões individuais eram limitadas pelos direitos da coletividade, do povo, representado no Estado-Nação, que deveria pautar as suas ações políticas na luta pelo bem público.¹⁵⁰ Essa seria, portanto, “a democracia substantiva”, oposta à democracia formal; este, o ideal democrático, contraposto à máquina democrática.¹⁵¹

Essa ideia campiana de uma tensão entre os direitos individuais e os interesses da coletividade permeia toda a retórica política de Getúlio Vargas. Em discurso proferido em julho de 1938, na cidade de São Paulo, Vargas dirigiu-se ao povo aglomerado na Avenida São João e esclareceu: “o Estado Novo não reconhece direitos de indivíduos contra a coletividade. Os indivíduos não têm direitos, têm deveres! Os direitos pertencem à coletividade”.¹⁵² Em poucas palavras, a pessoa que dava vida ao mito da personalidade carismática, que, para Campos,

¹⁴⁴ CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001. p. 79

¹⁴⁵ *Ibidem*.

¹⁴⁶ *Ibidem*.

¹⁴⁷ *Ibidem*.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 79-80.

¹⁴⁹ *Ibidem*.

¹⁵⁰ *Ibidem*.

¹⁵¹ *Ibidem*.

¹⁵² VARGAS, Getúlio. **A Nova Política do Brasil**. v. V. Rio de Janeiro: José Olympio, 1941. p. 311 *apud* SANTOS, Rogério Dutra dos. Francisco Campos e os Fundamentos do Constitucionalismo Antiliberal no Brasil. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, 2007. p. 44.

ditaria ao povo o seu destino, resumiu a ideologia configuradora da ditadura varguista. O Estado Novo era, de fato, a culminação das várias correntes ideológicas propagadas pelos pensadores autoritários nas décadas iniciais do século XX, sobretudo por Francisco Campos.

A aversão aos procedimentos democráticos liberais repercutia na prática política de então. Embora a Constituição de 1937 previsse o sufrágio universal tanto para a escolha dos parlamentares (artigo 46) quanto para a do presidente da República (artigo 77), as eleições jamais aconteceram. Getúlio Vargas foi mantido na Presidência (artigo 175); ao passo que a Câmara dos Deputados, o Senado Federal, as Assembleias Legislativas dos Estados e as Câmaras Municipais, dissolvidas (artigo 178).

Isso permitiu a Vargas o completo exercício do poder, sobretudo porque a própria Carta lhe conferia a função de legislar, por meio de decretos-leis, enquanto não se reunisse o Parlamento Nacional (artigo 180). Essa liberdade de produção normativa possibilitou ao chefe do Poder Executivo a edição de normas jurídicas convenientes à concretização dos interesses do regime imposto, na esteira do ideal democrático substantivo conceituado por Campos.

Do mesmo modo, além do pleno esvaziamento do processo político democrático visto na prática, o texto constitucional indicava o declínio dos direitos individuais e a primazia do Estado. Conceitos abstratos e indeterminados, como bons costumes, interesse público, bem-estar do povo, ordem coletiva, segurança do Estado, entre outros, dominavam o texto constitucional, traduzindo a pretensão manifestada de, em primeiro lugar, primar por um suposto interesse geral da nação. Viu-se, em verdade, um movimento de socialização do Estado, decorrente, sobretudo, da perda da fé na ideologia liberal em todo o mundo.

Por essa razão, os poucos direitos individuais previstos na Carta de 1937 não eram, de modo algum, efetivamente garantidos. Conforme o seu artigo 123, o exercício desses direitos e garantias teria “por limite o bem público, as necessidades da defesa, do bem-estar, da paz, da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da Nação e do Estado”.

Além desse poder ilimitado de conformação dos quase inexistentes direitos individuais, a defesa da primazia do Estado, justificada na proteção do bem comum, fez com que a Carta outorgada prescrevesse a possibilidade de instituir um tribunal especial para o julgamento de crimes que atentassem contra a existência, a segurança e a integridade do Estado, a guarda e o emprego da economia popular.

O órgão competente para julgar tais crimes foi o Tribunal de Segurança Nacional, criado em 1936 e que, com o advento da ditadura varguista, passou a exercer uma jurisdição especial

autônoma, julgando comunistas, militantes de esquerda, integralistas e políticos liberais que se opunham ao governo.

A democracia substantiva campiana era, portanto, a materialização de uma estrutura de Estado compatível com um povo tido como ignorante e inculto, e cuja apoliticidade obstaculizaria o bem comum e o surgimento de um verdadeiro Estado-Nação. Paradoxalmente, o processo de socialização do Estado brasileiro deitava raízes no mais iliberal autoritarismo:¹⁵³ para garantir o ingresso das massas no jogo político, optou-se por um modelo que tratava o povo como mera abstração, confundindo-o com o próprio Estado e retirando de cada indivíduo o direito de participar das decisões políticas.

O caráter autoritário — e totalitário, embora o discurso oficial negasse essa característica — da Carta de 1937 irradiou-se nos diplomas normativos editados, unilateralmente, no Estado Novo. Daí que não se pode concordar com Sarmiento e Souza Neto, quando asseveram que “a Constituição de 1937 não teve maior importância prática, pois não forneceu parâmetros jurídicos para a ação do Estado”.¹⁵⁴

Ora, embora o plebiscito previsto no artigo 187 da Constituição não tenha ocorrido, o que, para alguns autores, importa na sua ausência de valor jurídico,¹⁵⁵ à outorga dessa Carta seguiu-se uma produção maciça de normas jurídicas, muitas delas até hoje vigentes, como o Código de Processo Penal. Assim, a Constituição de 1937 apresenta notável relevância prática, sobretudo em razão de que a ideologia política a ela subjacente deu vida a um amplo aparato legal, sob o qual foi edificada uma série de significantes que, até hoje, tomam conta das práticas jurídicas brasileiras.

A interpretação desse conjunto de normas instituído sob o regime varguista deve, necessariamente, levar em consideração o contexto social do qual ele se originou, fundindo-o com o horizonte normativo advindo da Constituição Federal de 1988, afinal, “a matriz de que parte o Estado varguista é importante [...] chave interpretativa do direito por ele produzido”.¹⁵⁶

Só assim será possível examinar a constitucionalidade e conseqüente recepção dessas normas, sem correremos o risco de manter mecanismos totalmente incompatíveis com as normas

¹⁵³ Cf. BOSI, Alfredo. A arqueologia do Estado-providência: sobre um enxerto de ideias de longa duração. In: BOSI, Alfredo. **Dialética da colonização**. São Paulo: Companhia das Letras, 1992; CARDOSO, Adalberto. **Uma utopia brasileira: Vargas e a construção do estado de bem-estar numa sociedade estruturalmente desigual**. 2010, v. 53, n. 4, p. 775-819.

¹⁵⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e método de trabalho**. 2. ed. 7. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 124.

¹⁵⁵ *Ibidem*.

¹⁵⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; ACCA, Thiago dos Santos. [*E-book* - Edição do Kindle]. **Curso de História do Direito**. Atlas, 2021. p. 787.

constitucionais vigentes. Relegar a importância prática de uma Constituição apenas em razão da sua ilegitimidade é fechar os olhos para uma realidade que, até hoje, conforma silenciosamente o dia a dia dos cidadãos e dos operadores do direito no Brasil. Como sentencia Boris Fausto,¹⁵⁷ “temos boas razões para não gostar dos nacionalistas autoritários, mas, em vários aspectos, não podemos considerá-los como simples relíquias do passado”.

1.5 UM NOVO DIREITO PARA O ESTADO NOVO

Tomado o Poder, era preciso reconstruir o ordenamento jurídico, adaptando-o aos fundamentos políticos do Estado Novo. Tratava-se de um objetivo relativamente fácil, haja vista que, assim como o declínio do liberalismo havia provocado uma reação política, no campo jurídico o direito liberal também estava em contestação. Uma dessas correntes teóricas causou uma intensa mudança nas bases fundamentais do processo judicial, afastando-se do privatismo até então dominante, para conceber uma concepção publicista, exatamente conforme as pretensões políticas de Vargas.

1.5.1 A Socialização do Processo

O início da socialização processual no âmbito doutrinário deveu-se ao trabalho do alemão Oskar von Bülow. Em sua conhecida obra “A teoria das exceções processuais e os pressupostos processuais” (*Die Lehre von den Prozesseinreden und die Processvoraussetzungen*), o autor sustentou a tese de que no processo haveria uma relação jurídica processual, distinta das relações privadas nele discutidas.¹⁵⁸ Como ainda não se tinha percebido essa autonomia da relação jurídica processual, era necessário reconstruir, por meio

¹⁵⁷ FAUSTO, Boris. **O pensamento nacionalista autoritário (Descobrimo o Brasil)**. [E-Book - Edição do Kindle]. Zahar. 2001. p. 46.

¹⁵⁸ LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do Processo em Crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008. p. 38.

de uma nova ciência, “tudo o que se havia escrito sobre temas relativos ao desenvolvimento das atividades judiciais com vistas à obtenção de decisões”.¹⁵⁹

Assim, Bülow, substituindo as exceções processuais, originadas da *exceptio romanística*, pela locução “pressupostos processuais”, desenvolve os fundamentos de uma ciência do processo, conferindo-lhe autonomia e dissociando-o do direito material. Essa relação processual tinha natureza pública e fundava-se, precipuamente, na pessoa do juiz, que passaria a figurar como protagonista (socialismo processual). Às partes caberia exercer o papel de meros colaboradores.¹⁶⁰

A teoria bülowniana intentava libertar o direito processual das amarras do formalismo da Jurisprudência dos Conceitos, devido à incapacidade de seu academicismo contribuir para a operacionalização do direito.¹⁶¹ Segundo Nunes Leal, “o objetivo precípua do jurista alemão era o de fundamentar teoricamente a necessidade de aumento do poder do Estado, dos juízes e dos tribunais”.¹⁶² Por isso, Bülow defendeu a necessidade de que os juízes exerçam um controle social, permitindo a adoção de técnicas que os desvinculavam das abordagens formalistas ou legalistas do direito.

Dierle Nunes¹⁶³ explica que a expressa defesa desse protagonismo judicial veio posteriormente, na obra *Gesetz und Richteramt (Lei e função judicial)*, publicada em 1885. Nela, Bülow parte para uma defesa explícita de um papel ativo do juiz na condução do processo, que, segundo ele, “contribui para o progresso e a completude da edificação do ordenamento jurídico, que a lei somente iniciou”.¹⁶⁴ O autor entendia ser o direito “um fato da experiência, o que garantiria ao juiz uma atuação guiada por um sentimento jurídico pulsante no povo”.¹⁶⁵ Por essa razão, “qualquer resultado ao qual ele chegue estará sendo autorizado antecipadamente pelo Estado como aquele justo, revestido da força da coisa julgada”.¹⁶⁶

¹⁵⁹ LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do Processo em Crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008. p. 39.

¹⁶⁰ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. Uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012. p.100.

¹⁶¹ LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do Processo em Crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008. p. 45.

¹⁶² *Ibidem*.

¹⁶³ *Idem*. p. 101.

¹⁶⁴ BÜLOW, Oskar. *Gesetz und Richteramt*. **Juristische Zeitgeschichte**. v. 10. Berlin: Berliner Wissenschafts, 2003 *apud* NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático. Uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 101.

¹⁶⁵ *Ibidem*, 102.

¹⁶⁶ BÜLOW, Oskar. *Gesetz und Richteramt*. **Juristische Zeitgeschichte**. v. 10. Berlin: Berliner Wissenschafts, 2003. p. 34-36 *apud* NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático. Uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 102.

Essa corrente doutrinária foi denominada de “socialismo processual”, haja vista se tratar de um movimento crítico contra as degenerações do sistema processual liberal, que permitiam à parte assistida por um advogado mais hábil a vitória no “duelo judiciário” em que o processo se transformava¹⁶⁷. Para André Cordeiro Leal:

[...] o propósito de Bülow foi o de apresentar, com base na releitura do direito romano, fundamentos histórico-sociológicos pretensamente autorizativos da migração do controle social para as mãos da magistratura alemã e de justificar, a partir daí, a doação de técnicas que permitissem a desvinculação dos julgadores das abordagens formalistas ou legalistas na aplicação do direito, municinando, com isso, a magistratura de instrumentos de dominação idênticos aos dos pretores e magistrados em Roma.¹⁶⁸

Por essa razão, Leal entende ser possível afirmar:

[...] que o processo, sob a taxionomia de relação jurídica, já surge, em Bülow, como instrumento da jurisdição, devendo essa ser entendida como atividade do juiz na criação do direito em nome do Estado com a contribuição do sentimento e da experiência do julgador.¹⁶⁹

No âmbito legislativo, a socialização do processo foi inspirada por Anton Menger e Franz Klein. O primeiro propôs o aumento do poder judicial, devendo o juiz assumir as funções de educador, instruindo os cidadãos sobre o direito vigente, e de representante dos pobres, estabelecendo um equilíbrio entre as partes.¹⁷⁰ Quanto à segunda função, afirmava Menger:

[...] quando o demandante houvesse proposto sua demanda e o demandado a houvesse contestado, o juiz deveria proceder no litígio de ofício. Uma vez concedido ao rico o direito de fazer-se representar um advogado, o juiz deveria estabelecer um equilíbrio entre as partes, assumindo a representação da parte pobre.¹⁷¹

A postura de Menger visava reestabelecer, por meio da intervenção de um juiz socialmente ativo, as distorções sociais que importavam numa quebra da igualdade material.

¹⁶⁷ BÜLOW, Oskar. Gesetz und Richteramt. *Juristische Zeitgeschichte*. v. 10. Berlin: Berliner Wissenschafts, 2003. p. 34-36 *apud* NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático. Uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 102.

¹⁶⁸ LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do Processo em Crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008. p. 62.

¹⁶⁹ LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do Processo em Crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008. p. 60.

¹⁷⁰ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. Uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012. p. 80.

¹⁷¹ MENGER, Anton. *El derecho civil e los pobres*. Atalaya: Buenos Ayres, 1947. p. 69 *apud* NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático. Uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 80.

Desse modo, ao julgador deveria ser atribuído o papel de compensador das desigualdades sociais no processo.

Franz Klein, aluno de Menger, foi quem deu vida às suas ideias, ao elaborar a Ordenança Processual Civil do império austro-húngaro, de 1895, considerada a primeira legislação tipicamente socializadora.¹⁷² Dierle Nunes enfatiza que “o ponto de partida da ordenança foi o *Prozess-Ordnung*, monumento do despotismo iluminado do século XVIII, que limitava a liberdade das partes mediante a atribuição do papel de senhor do juízo ao magistrado”.¹⁷³

A perspectiva socializadora do processo é vista por Klein “como uma inevitável ‘instituição estatal de bem-estar social’ [...]”, de modo que:

O processo só será racional e estará de acordo com a concepção moderna do Estado quando a tutela jurídica [Rechtsschutz] for garantia de fato da assistência estatal não apenas como veredicto, mas já desde o primeiro passo do procedimento. Mas isso não é nenhuma utopia. Precisa-se apenas liberar as forças atadas do juiz e coloca-las, assim, como as demais forças do órgão estatal, a serviço do direito, do bem comum e da paz social. Pois tudo isso nos é escondido sob as formas e fórmulas do processo. Nele se mostram, portanto, as barreiras à nossa força moral. A boa vontade poderia tornar o litígio judicial desnecessário. Por isso, o processo, na medida em que nenhuma época dele prescinde, exhibe-se como um testemunho sempre igualmente presente da imperfeição e da fraqueza dos homens ao longo da história.¹⁷⁴

É possível perceber tanto em Bülow quanto em Menger e Klein a noção de que o processo deveria configurar-se como um instrumento posto à disposição de determinado fim. Esse caminho fora seguido pelo jurista italiano Giuseppe Chiovenda, um dos mais importantes processualistas civis de sua época. Na obra “Instituições de Direito Processual Civil”, ele desenvolveu importantes ideias sobre direito, ação, processo e jurisdição. Não obstante a relevância de cada uma das categorias formuladas pelo citado processualista, interessa a este trabalho a sua concepção de processo e jurisdição.

No que concerne ao processo, Chiovenda define-o como “uma relação jurídica de direito público entre as partes e o órgão jurisdicional (relação jurídica processual)”,¹⁷⁵ acolhendo a teoria da relação jurídica anteriormente proposta por Bülow. Esse conceito colocava em

¹⁷² MENGER, Anton. *El derecho civil e los pobres*. Atalaya: Buenos Ayres, 1947. p. 69 *apud* NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático. Uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 81.

¹⁷³ *Ibidem*.

¹⁷⁴ KLEIN, Franz. *Zeit- und Geistesströmungen im Prozesse*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1958. p. 28 *apud* NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático. Uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 84.

¹⁷⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. v. 1 e 2. Campinas: Bookseller, 2002. p.21 *apud* LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do Processo em Crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008. p. 74.

“primeiro plano a figura do juiz, reafirmava a proeminência, também no processo civil, do interesse público e da autoridade do Estado”.¹⁷⁶

A jurisdição, por sua vez, era para ele poder e atividade estatal, e o processo seria o instrumento do seu exercício. Dessa forma, é possível sustentar, com André Cordeiro Leal, que:

[...] em Chiovenda, o processo é abordado, da mesma forma que em Bülow, como relação jurídica e instrumento postos a serviço do Estado, mas para Chiovenda, o processo é tratado com a finalidade de fazer atuar a vontade concreta da lei, e não de construção do direito pela habilidade dos magistrados.¹⁷⁷

Assim, em que pese não ter sido o primeiro a conceituar a natureza pública do processo, “é com ele [Chiovenda] que, segundo Calamandrei, ela deixa de ser uma premissa isolada para formar um sistema completo — notadamente com os seus “*Principii di diritto processuale civile*”, publicado em 1906”.¹⁷⁸ A vertente publicista do processo conduziu toda a reforma processual brasileira, sendo Chiovenda a sua principal inspiração.

1.5.2 O processo no Estado Novo: a Justiça é o Estado, o Estado é a Justiça

O grande responsável pelas reformas jurídicas no Governo de Getúlio Vargas foi justamente Francisco Campos. Sob o seu escrutínio, foram editados os Códigos de Processo Civil e Processo Penal, a Lei das Contravenções, dos Crimes Contra a Economia Popular, do Júri, a Lei Orgânica do Ministério Público Federal, a Lei de Segurança Nacional, das Sociedades Anônimas, Fronteiras, de Extradicação e Expulsão de Estrangeiros, de Imigração, de Atividade Política de Estrangeiros, entre outras.

A ideologia política autoritária e o socialismo processual estavam na base das reformas processuais havidas no Estado Novo. A crítica ao formalismo e o necessário fortalecimento do

¹⁷⁶ RAATZ, Igor; ANCHIETA, Natascha. Processualismo científico e “fases metodológicas do processo”: a tática erística do adjetivo científico e das “novas fases metodológicas”. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro. Ano 14. v. 21. n. 3. Set. – Dez. 2020. Periódico Quadrimestral da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ. Patrono: José Carlos Barbosa Moreira (in mem.). p. 296-327. p. 313.

¹⁷⁷ LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do Processo em Crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008. p. 75.

¹⁷⁸ RAATZ, Igor; ANCHIETA, Natascha. Processualismo científico e “fases metodológicas do processo”: a tática erística do adjetivo científico e das “novas fases metodológicas”. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro. Ano 14. v. 21. n. 3. Set. – Dez. 2020. Periódico Quadrimestral da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ. Patrono: José Carlos Barbosa Moreira (in mem.). p. 296-327. p. 313.

Estado uniam essas duas vertentes do pensamento social. A Vargas interessava constituir um Poder Judiciário concentrado e ativo, conferindo ao juiz a atribuição de tornar efetivo o ideal de justiça.

Nessa linha, Campos abre a exposição de motivos do Código de Processo Civil — aplicável também ao plano processual penal — apontando a decadência do processo tradicional, cuja natureza liberal tornava-o incompatível com o caráter popular do novo regime, de modo que, para ele, a “nova ordem política reclamava um instrumento mais popular, mais eficiente para distribuição da Justiça”.¹⁷⁹ Além disso, sustentava que a ciência processual moderna reclamava “que se atualizasse o confuso e obsoleto corpo de normas que, variando de estado para estado, regia a aplicação da lei entre nós”.¹⁸⁰

Para Francisco Campos, a ordem jurídica de então era apenas “uma congêrie de regras, de formalidades e de minúcias rituais e técnicas a que não se imprimia nenhum espírito de sistema e, pior, a que não mais animava o largo pensamento de tornar eficaz o instrumento de efetivação do direito”.¹⁸¹ Ademais:

O processo em vigor, formalista e bizantino, era apenas um instrumento das classes privilegiadas, que tinham lazer e recursos suficientes para acompanhar os jogos e as cerimônias da justiça, complicados nas suas regras, artificiosos na sua composição e, sobretudo, demorados no seu desenlace.¹⁸²

Desse modo, era preciso ampliar os poderes do Estado-juiz, conferindo-o a função de, por meio do processo, promover a justa aplicação do direito, podendo até mesmo, se necessário, equacionar as desigualdades existentes entre os litigantes. A solução era substituir a concepção privada de processo por aquela encontrada nas escolas processuais de caráter publicístico. Por essa razão, os elaboradores do Código de Processo Civil, entre eles o professor Pedro Batista Martins, inspiraram-se nos ensinamentos do italiano Giuseppe Chiovenda, que edificou toda a sua teoria nos alicerces fundados na legislação processual austro-húngara, formulada por Franz Klein.

O modelo de Estado inaugurado em 1937, portanto, foi totalmente transposto ao processo judicial por Francisco Campos. A concepção publicística de Chiovenda,

¹⁷⁹ CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional: Sua Estrutura, Seu Conteúdo Ideológico**. Rio de Janeiro: José Olympio, 2001. p. 161-162.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 162.

¹⁸¹ CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional: Sua Estrutura, Seu Conteúdo Ideológico**. Rio de Janeiro: José Olympio, 2001. p. 162.

¹⁸² *Ibidem*.

expressamente prevista na exposição de motivos, balizou a reforma do Código. Nesse sentido, Campos esclarece que:

Prevaleceu-se o Código, nesse ponto, dos benefícios que trouxe ao moderno direito processual a chamada concepção publicística do processo. Foi o mérito dessa doutrina, a propósito da qual deve ser lembrado o nome de Giuseppe Chiovenda, o ter destacado com nitidez a finalidade do processo, que é a atuação da vontade da lei num caso determinado. Tal concepção dá-nos, a um tempo, não só o caráter público do direito processual, como a verdadeira perspectiva sob que devemos considerar a cena judiciária, em que avulta a figura do julgador. O juiz é o Estado administrando a justiça: não é um registo passivo e mecânico de fatos em relação aos quais não o anime nenhum interesse de natureza vital. Não lhe pode ser indiferente o interesse da justiça. Este é o interesse da comunidade, do povo, do Estado, e é no juiz que tal interesse se representa e personifica.¹⁸³

As razões lançadas na citada exposição de motivos continham os fundamentos teórico-políticos gerais do processo — aplicáveis também ao processo penal —, que em tudo se alinhavam à ideologia autoritária presente no imaginário intelectual do Brasil naquela época.

Tendo em vista esse estado de coisas, imprimiu-se um caráter “eminentemente popular” à reforma processual. Assim como o povo não reunia as condições de exercer a soberania da nação, fazendo-se necessária a tutela de sua vontade política pelo Estado, o processo também deveria prestar-se a tal propósito, sendo ele “um instrumento de defesa dos fracos, a quem a luta judiciária, nos quadros do processo anterior, singularmente desfavorecia”.¹⁸⁴

Nesse sentido, o sistema processual que ali nascia, avesso ao privatismo, substituiu a concepção processual duelística, típica dos sistemas liberais, pela autoritária, visando “pôr sob a guarda do Estado a administração da Justiça”,¹⁸⁵ na linha do sentido popular do novo sistema.

Essa postura ativa do juiz na condução do processo, tido de agora em diante como instrumento de consecução dos fins sociais do Estado, provocou uma série de mudanças processuais: a verdade, nessa ótica, já não estaria mais “apenas a cargo das partes”,¹⁸⁶ cabendo também “ao juiz a liberdade de indagar dela, rompendo com o formalismo, as ficções e presunções”;¹⁸⁷ por consequência, sendo o seu dever “dizer e investigar a verdade”.¹⁸⁸ O processo concebido como “instrumento público de distribuição da justiça”¹⁸⁹ confere ao juiz

¹⁸³ CAMPOS, Francisco. *O Estado Nacional: Sua Estrutura, Seu Conteúdo Ideológico*. Rio de Janeiro: José Olympio, 2001. p. 167.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 164.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 163.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 164.

¹⁸⁷ *Ibidem*.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 170.

¹⁸⁹ *Ibidem*.

amplo poder probatório, possibilitando a produção de provas de ofício e até mesmo a substituição das partes na sua condução. Em síntese, para Campos:

A direção do processo deve caber ao juiz; a este não compete apenas o papel de zelar pela observância formal das regras processuais por parte dos litigantes, mas o de intervir no processo de maneira que este atinja, pelos meios adequados, o objetivo de investigação dos fatos e descoberta da verdade. Daí a largueza com que lhe são conferidos poderes, que o processo antigo, cingido pelo rigor de princípios privatísticos, hesitava em reconhecer-lhe. Quer na direção do processo, quer na formação do material submetido a julgamento, a regra que prevalece, embora temperada e compensada, como manda a prudência, é que o juiz ordenará quanto for necessário ao conhecimento da verdade.¹⁹⁰

Nessa medida, ganhou fundamental importância ao novo sistema processual a função atribuída ao juiz, que deve, a partir de então, dirigir o processo. Campos sustenta que ao julgador “não compete apenas o papel de zelar pela observância formal das regras processuais por parte dos litigantes, mas o de intervir no processo de maneira que este atinja, pelos meios adequados, o objetivo de investigação dos fatos e descoberta da verdade”. Dessa forma, abria-se o caminho para o inquisitivismo processual penal.

Esse caráter populista, antiformalista e eficientista pode ser encontrado em todo o discurso campiano. O que ocorre com a edição dos códigos processuais é uma clara transposição das bases fundamentais do Estado Novo para o processo: se nesse modelo estatal o poder se concentrava na figura do ditador, no processo o poder se concentra no Estado-juiz; se a estrutura estatal do Governo Vargas promovia uma socialização do Estado, o processo, no mesmo caminho, também necessitava se afastar de suas bases privatísticas, socializando-se; se o Estado era refratário à primazia dos direitos individuais, o processo também deveria primar pela coletividade, em detrimento do indivíduo; por último, se o modelo estatal era avesso ao parlamento, instituição tomada por representantes que visavam apenas a fins particulares, o processo também não poderia ser conduzido pelas partes pela mesma razão.

Ocorre que a materialização da Justiça acontece à custa da relevância das formas processuais. A adoção dessa concepção publicística radical e autoritária só seria possível a partir de uma noção, compartilhada por toda a civilística processual de então, instrumental do processo, que seria meio, e não um fim em si mesmo.

Francisco Campos asseverava que “ninguém poderá contestar que no mundo de hoje o interesse do Estado pela Justiça não pode ser um interesse de caráter puramente formal: a Justiça

¹⁹⁰ CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional: Sua Estrutura, Seu Conteúdo Ideológico**. Rio de Janeiro: José Olympio, 2001. p. 167.

é o Estado, o Estado é a Justiça”.¹⁹¹ Justamente por isso, ele vai sustentar, de modo geral, uma concepção de processo como “instrumento de dominação política”.¹⁹² Daí a necessidade da construção de um sistema de nulidades que estivesse acima das formas, a possibilitar a elasticidade dos ritos processuais pelo Estado provedor, como de fato se deu, tanto no Processo Civil quanto no Processo Penal.

1.5.3 O Processo Autoritário e o Seu Sistema de Nulidades

Se o processo é um mero meio para atingir determinado fim, natural que o vício processual que implique a nulidade de algum ato apenas seja reconhecido caso não se tenha atingido o propósito colimado. Essa era a ideia manifestada por Campos sobre as nulidades processuais, ao apresentar suas impressões sobre o Código de Processo Penal. Segundo ele:

O projeto é, assim, infenso ao excessivo rigorismo formal, que dá ensejo, atualmente, à infundável série das nulidades processuais. Segundo a justa advertência de ilustre processualista italiano, um bom direito processual penal deve limitar as sanções de nulidade àquele estrito “mínimo” que não pode ser abstraído sem lesar legítimos e graves interesses do Estado e dos cidadãos. Não será declarada a nulidade de nenhum ato processual, quando este não haja influído concretamente na decisão da causa ou na apuração da verdade substancial.¹⁹³

O ilustre processualista italiano a que se referia era Vincenzo Manzini, jurista responsável pela elaboração do Código de Processo Penal fascista e que serviu de modelo para a elaboração do código brasileiro. Nesse novo Código de Processo Penal, na linha da concepção publicística de processo anteriormente abordada, “a maior estrela era o juiz, libertado dos rígidos limites que lhe impunham o direito e o processo penal da República liberal”.¹⁹⁴

O Código de Processo Penal é um diploma normativo coerente com a política antiliberal do Estado Novo. Nele, as garantias individuais cedem espaço para mecanismos autoritários, que visam concretizar o ideal de primar o Estado em detrimento do indivíduo, pois não era mais

¹⁹¹ CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional: Sua Estrutura, Seu Conteúdo Ideológico**. Rio de Janeiro: José Olympio, 2001. p. 166.

¹⁹² *Ibidem*, p. 162.

¹⁹³ CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional: Sua Estrutura, Seu Conteúdo Ideológico**. Rio de Janeiro: José Olympio, 2001. p. 124.

¹⁹⁴ LOPES, José Reinaldo de Lima; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; ACCA, Thiago dos Santos. [*E-book* - Edição do Kindle]. **Curso de História do Direito**. Atlas, 2021. p. 797.

possível transigir “com direitos individuais em antagonismo ou sem coincidência com o bem comum”.¹⁹⁵

O interesse da reforma processual penal era desformalizar os procedimentos, como se deu na codificação italiana de 1930, que foi utilizada como modelo em nosso país. Nesse sentido, o sistema de nulidades foi modelado para atender aos escopos políticos do regime ditatorial de Vargas, que, na sua essência, como já visto, repudiava qualquer espécie de formalismo, seja no âmbito da política, seja no processo judicial, pois “impunha-se o seu afeiçoamento ao objetivo de maior facilidade e energia da ação repressiva do estado”.¹⁹⁶

Muito embora não se tenha excluído as nulidades absolutas do Código de Processo Penal brasileiro, como o fizera o legislador italiano,¹⁹⁷ todo o sistema de nulidades foi desenvolvido de modo a permitir a maior flexibilização possível das formas processuais pelo juiz. Assim, qualquer nulidade só poderá ser decretada caso as partes comprovem algum prejuízo, pois “nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa” (artigo 563). Trata-se, como repetidamente dito pela jurisprudência e doutrina majoritárias, do mecanismo processual que, entre outras, é denominado de princípio da instrumentalidade das formas, regra do prejuízo, *pas de nullité sans grief* etc. Essa regra foi complementada por aquela prevista no artigo 566, que condiciona a declaração de nulidade à influência do ato na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa.

Eduardo Espínola Filho, no volume cinco do seu Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, publicado pela primeira vez em 1943, assim explicita a interpretação dos citados dispositivos:

Para ser, porém, pronunciada a nulidade, que não seja possível sanar nôs termos examinados nos três ns. anteriores, mister se faz dela resulte, para uma das partes, ou para ambas, um prejuízo. Donde a preocupação, que teve o legislador, de, abrindo, no Código, o título das nulidades, proclamar, no art. 563: “Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”. Prescrevendo, no art. 566 – “Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa”, o Cód. fornece um complemento necessário àquele outro preceito [...].
[...] Cedo, o direito processual familiarizou-se com o ensinamento de que nulidade não existe sem prejuízo. Instrui JOÃO MONTEIRO (*Programa do curso de proc.*

¹⁹⁵ CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional: Sua Estrutura, Seu Conteúdo Ideológico**. Rio de Janeiro: José Olympio, 2001. p. 121.

¹⁹⁶ *Ibidem*.

¹⁹⁷ Enquanto na Itália ocorreu a supressão completa das nulidades absolutas, no Brasil, de forma mais discreta, subordinou-se todas as nulidades ao regime do prejuízo, o que em outras palavras significará igualmente a supressão das nulidades absolutas. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. v. 1. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 431.

Civil, 2ª ed., vol. 1º, 1905, § 70 e nota 5), sendo uma regra puramente de direito filosófico a de “que da inobservância da fôrma resulte prejuízo da relação de direito, cuja existência ou eficácia a mesma fôrma garante”, é, entretanto, “um dos fundamentos capitais da teoria das nulidades”. E BORDEAUX (*Philosophie de la procédure civile – mémoire sur la réformation de la justice*, 1857, pág. 387) não vacilou em considera-la como um sistema, compêndio da máxima – nullité sans grief n’opère rien –, ou, mais categoricamente: pas de nullité sans grief – máxima que, na aplicação da Ordenança de 1667, foi incorporada à jurisprudência, pelo parlamento de Toulouse.¹⁹⁸

Percebe-se, portanto, que é antiga a invocação do brocardo *pas de nullité sans grief*, para justificar a manutenção de atos contrários a regras processuais explícitas. Até hoje, processualistas consagrados no mundo acadêmico sustentam ser a regra prevista no artigo 563 a viga mestra do sistema de nulidades do processo penal.¹⁹⁹ Por meio dela se concretizaria a ideia da instrumentalidade das formas, centralizando todo o poder na figura do Estado-juiz e permitindo que o Estado dê ao processo a forma que melhor atenda aos seus interesses imediatos.

Embora os juristas tentem preservar os textos legais produzidos na Era Vargas, abstraindo-os do contexto político no qual e para o qual foram criados, a forma unitária de Estado, transposta para a jurisdição, somada à persistente eficácia normativa dos mecanismos antiliberais que serviram ao regime de exceção iniciado em 1937, revela a permanência do modelo antiliberal no seio do Poder Judiciário, sobretudo aquele que margeia a forma.

O Estado Novo ruiu em 1945, após a insurgência de uma parcela significativa de juristas. Estes, também antiliberais e defensores da socialização do direito no início da década de 1930, assustaram-se com o Leviatã, passando a denunciar os seus “excessos”.²⁰⁰ No entanto, embora a Constituição matriz do modelo estatal varguista tenha caído, as leis que lhe serviram de instrumento para a concretização de seus ideais políticos permaneceram, entre elas o Código de Processo Penal, cadáver adiado que insiste em procriar.

A formulação dos sistemas processuais penais como inquisitórios ou acusatórios é insuficiente para explicar a natureza do processo penal brasileiro. Na verdade, a tradicional oposição analítica entre esses dois modelos acaba, ao fim e ao cabo, ou ocultando a matriz política da qual deriva o modelo processual, por meio de interpretações que tocam apenas a

¹⁹⁸ ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado**. v. II. 5. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. p. 405.

¹⁹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Nulidades no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 23.

²⁰⁰ Cf. SILVEIRA, Mariana de Moraes. **Revistas em Tempos de Reformas: Pensamento Jurídico, Legislação e Política nas Páginas dos Periódicos de Direito (1936-1943)**. Dissertação (Mestrado em História) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal de Minas Gerais, Belos Horizonte, 2013.

superfície do problema, ou, embora não negada a sua natureza, buscando compatibilizá-la com a realidade social contemporânea, por meio de procedimentos sincréticos incapazes de extirpar das normas jurídicas a sua essência e potência para influenciar as práticas judiciais.

Assim, o exame da matéria deve partir do óbvio: o Código de Processo Penal não foi pensado e nem criado para proteger direitos e garantias fundamentais, mas apenas para servir como instrumento de um projeto totalitário de poder, de dominação política. As categorias jurídicas por ele construídas, sobretudo aquelas que excluem o indivíduo dos processos decisórios estatais, mantendo viva a ideia elitista de um poder judiciário tutor da ordem social, constituem, parafraseando Francisco Campos, formas espirituais persistentes e obsoletas que obstaculizam a concretização do ideal democrático.

2 DO ESTADO NOVO À REDEMOCRATIZAÇÃO

2.1 DA QUEDA DE GETÚLIO VARGAS AO REGIME MILITAR (1964)

A Segunda Guerra Mundial foi o grande divisor de águas do Estado Novo,²⁰¹ pois “garantiu o protagonismo do projeto de modernização proposto pelo regime, ao mesmo tempo que revelou o esgotamento da sua natureza autoritária”.²⁰² O Brasil manteve-se neutro no litígio internacional até quando pôde. No entanto, após o ataque japonês contra a base norte-americana de Pearl Harbor, em 1941, o país foi pressionado a tomar posição no conflito. Desta feita, no dia 28 de janeiro de 1942, na Cidade do Rio de Janeiro, ao final da Reunião dos Chanceleres das Repúblicas Americanas, deu o primeiro passo nesse sentido, ao interromper o relacionamento comercial e diplomático com as potências do Eixo.²⁰³

Em virtude dessa suspensão de relações, a Alemanha bombardeou diversos navios brasileiros, provocando a morte de milhares de pessoas.²⁰⁴ Esse acontecimento provocou a reação da população, que foi às ruas exigir o ingresso do Brasil na guerra a favor dos Aliados,²⁰⁵

²⁰¹ SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloisa Murgel. **Brasil: uma biografia**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 383.

²⁰² *Ibidem*.

²⁰³ *Ibidem*, p. 384.

²⁰⁴ *Ibidem*.

²⁰⁵ *Ibidem*.

o que acabou acontecendo em 1942. O alinhamento escancarou as contradições do regime varguista: o Estado Novo, de traços fascistas e autoritário, combatia o totalitarismo ao lado de nações que lutavam pela pluralidade ideológica.

Ademais, a democracia não era apenas um ideal defendido no plano global por um dos lados contendores da Segunda Guerra Mundial. Internamente também havia insurgência popular a favor da queda do regime totalitário imposto por Getúlio, como se deu no chamado “Manifesto dos Mineiros”. Nesse documento, assinado por 92 personalidades do estado de Minas Gerais, reivindicava-se a instalação de um regime democrático, nascendo daí forte oposição ao Governo Vargas. O fundamento político do grupo assentava-se nos ideais propagados em 15 de novembro de 1889 e solenemente reafirmados em outubro de 1930. Tratava-se, portanto, da defesa de uma democracia liberal, embora eles também sustentassem a necessidade de superar o liberalismo burguês. Segundo os manifestantes:

Do que fica dito, fácil é inferir que a democracia por nós preconizada não é a mesma do tempo do liberalismo burguês. Não se constitui pela aglomeração de indivíduos de orientação isolada, mas por movimentos de ação convergente. Preconizamos uma reforma democrática que, sem esquecer a liberdade espiritual, cogite, principalmente da democratização da economia.

Num e noutro domínio, o tempo do liberalismo passivo já findou. Não é de fraqueza renunciante e de tolerância céptica que a democracia precisa. Assim escoltada, ela pareceria digna de piedade, em face das doutrinas baseadas na violência e que nenhum escrúpulo detém. Ao reconhecimento disto ligamos a renovação espiritual do regime democrático.²⁰⁶

A contradição a que o conflito mundial expôs a ditadura de Getúlio também foi tratada no “Manifesto dos Mineiros”. Vencida a Segunda Guerra pelos democratas, entendiam não fazer sentido a manutenção de um regime semelhante àqueles depostos ao final do litígio bélico. Por essa razão, sentenciaram:

Se lutamos contra o fascismo, ao lado das Nações Unidas, para que a liberdade e a democracia sejam restituídas a todos os povos, certamente não pedimos demais reclamando para nós mesmos os direitos e as garantias que as caracterizam. A base moral do fascismo assenta sobre a separação entre os governantes e os governados, ao passo que a base moral e cristã da democracia reside na mútua e confiante aproximação dos filhos de uma mesma pátria e na consequente reciprocidade da prática alternada do poder e da obediência por parte de todos, indistintamente.²⁰⁷

²⁰⁶ Cf. CARDOSO, Adauto Lúcio et al. **Manifesto dos mineiros**. [on-line]. Belo Horizonte, 1943.

²⁰⁷ *Ibidem*.

O citado manifesto, como esclarece Lilia M. Schwarcz, “abriu o campo da luta política para as forças de oposição”,²⁰⁸ fazendo com que novos documentos de natureza democrática surgissem, como a Carta aos Brasileiros, tornada pública por Armando de Sales Oliveira, em 1943, ainda no exílio, e a Declaração de Princípios do I Congresso Brasileiro de Escritores, divulgada em janeiro de 1945.²⁰⁹

Portanto, a derrota do Eixo fez entrar em declínio os regimes autoritários instaurados a partir do início do século XX, provocando as suas quedas. E o Estado Novo era um deles. Pressionado pelos movimentos que aspiravam à redemocratização do país, Vargas, em fevereiro de 1945, determinou a soltura dos presos políticos, permitiu a formação de partidos nacionais e convocou eleições gerais para dezembro desse mesmo ano.²¹⁰ Em 29 de outubro de 1945, foi apeado do poder pela alta cúpula das Forças Armadas.

Os militares, que em outras ocasiões o auxiliaram na tomada e posterior manutenção do poder, forçaram a sua renúncia, consolidando a queda do Estado Novo e o fim de um regime ditatorial que durava desde 1930. Em seu lugar, assumiu interinamente o então presidente do Supremo Tribunal Federal, José Linhares. Em 31 de janeiro de 1946, data da abertura da Assembleia Constituinte, tomou posse o presidente Gaspar Dutra (Partido Social Democrático), escolhido pelo povo nas eleições de 2 de dezembro de 1945, disputadas contra Eduardo Gomes, da União Democrática Nacional, e Iedo Fiúza, do Partido Comunista do Brasil.

O declínio da ditadura varguista deu origem à Quarta República, também conhecida por República Populista, momento no qual se iniciou um processo de redemocratização do Brasil. Os princípios liberais enterrados em 1937 ressurgiram com o advento da Constituição Federal de 1946. O Poder Legislativo, reaberto, voltou a se denominar Congresso Nacional. Além disso, restaurou-se o pluripartidarismo, garantindo a proporcionalidade representativa, bem como o sufrágio universal, direto e secreto para a escolha dos representantes políticos, embora não pudessem alistar-se eleitores os analfabetos. As poucas garantias individuais previstas na Constituição de 1937, suspensas pelo Decreto 10.358 de 1942, foram restauradas. A elas, outras tantas foram acrescentadas, como, *v.g.*, o direito à inafastabilidade da jurisdição.

O clima democrático possibilitou o convívio pacífico entre políticos de diversos matizes, incluindo, até mesmo, os comunistas:

²⁰⁸ SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloisa Murgel. **Brasil: uma biografia**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 385.

²⁰⁹ Cf. FGV. **Diretrizes do Estado Novo (1937 - 1945)**. Manifesto dos Mineiros. CPDOC, FGV. Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil.

²¹⁰ CASTRO, Matheus Felipe de; MEZZARROBA, Orides. **História ideológica e econômica das constituições brasileiras**. Belo Horizonte: Arraes, 2015. p. 88.

Durante vinte anos, a Constituição de 1946 serviu de norte ao país e imputou um ritmo democrático à vida pública nacional: reconheceu no Parlamento um ato político decisivo – sobretudo nos momentos de grave crise institucional –, consolidou o funcionamento dos partidos políticos, fortaleceu a independência dos sindicatos, e garantiu a organização de eleições regulares e razoavelmente limpas, com resultados apenas marginalmente afetados por fraudes.²¹¹

Nesse período, o Brasil elegeu, além de Gaspar Dutra, outros três presidentes. O primeiro foi Getúlio Vargas, que, deposto em 1945, voltou pelas vias democráticas, encerrando o seu governo de forma trágica em 1954, quando se suicidou. Após, foram eleitos Juscelino Kubitschek, que governou o país entre os anos de 1956 e 1961, e Jânio Quadros, eleito para um mandato de cinco anos, que se iniciou em 1961 e foi interrompido com a sua renúncia, em 25 de agosto do mesmo ano. No seu lugar assumiria, no dia 07 de setembro de 1961, após o governo transitório de Ranieri Mazzili, então presidente da Câmara dos Deputados, o vice-presidente João Goulart, último chefe do Poder Executivo eleito na Quarta República.

Apesar de ser considerada uma fase relativamente democrática, a República Populista foi palco de intensas tensões políticas, alargadas pelo embate ideológico existente no campo internacional, após Harry Truman decretar, em discurso proferido em março de 1947, a divisão das potências mundiais em dois sistemas antagônicos: o capitalismo e o comunismo. No Brasil, o primeiro reflexo da Guerra Fria foi a cassação do registro do Partido Comunista, em 07 de maio de 1947, pelo Poder Judiciário, o que acarretou, por consequência, a perda dos mandatos de todos os seus parlamentares.²¹²

Além disso, a insatisfação política de parcela dos militares dava ensejo a movimentos rebeldes, que ensaiavam o que viria acontecer em 1964. O primeiro deles foi o levante de Jacareacanga (fevereiro de 1956) — promovido por militares antigetulistas, dos quadros da Aeronáutica e da Marinha —, que ocorrera ante a insatisfação causada pela eleição de Juscelino Kubitschek e João Goulart e pelo Movimento do 11 de novembro, que garantiu a transição e a posse dos eleitos. A rebelião foi controlada 19 dias depois, e o seu principal líder, o major Haroldo Veloso, preso. Após, o Congresso concedeu aos rebelados, por solicitação do presidente Juscelino Kubitschek, anistia ampla e irrestrita.²¹³

²¹¹ SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloisa Murgel. **Brasil: uma biografia**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 396.

²¹² Cf. PANDOLFI, Dulce. **Entre dois governos: 1945-1950. A cassação do Partido Comunista no cenário da Guerra Fria**. CPDOC FGV. Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil.

²¹³ Cf. COSTA, Célia Maria Leite. **O Brasil de JK. Revolta de Jacareacanga**. CPDOC FGV. Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil.

Em 2 de dezembro de 1959, os mesmos militares que protagonizaram o Levante de Jacareacanga, embora anistiados pelo governo, realizaram uma nova conspiração. Foi a chamada Revolta de Aragarças. O grupo visava à deposição do governo, pois, para os insurgentes, estaria ele comprometido com o comunismo. A revolta durou apenas 36 horas. Seus líderes fugiram, retornando ao Brasil apenas no Governo de Jânio Quadros.²¹⁴

Como se vê, não obstante a Constituição de 1946 tenha restaurado a democracia no país, o clima político era instável e infenso à efetiva construção de uma necessária estabilidade institucional. Apesar da reinstituição dos valores democrático-liberais, apagados pelo regime anterior, o país ainda sofria de uma crise de hegemonia política, pois o “regime presidencialista combinado com o voto proporcional e o sistema pluripartidário impunha um concerto político entre Executivo e Legislativo, dificultado pela ausência de um grupo capaz de impor-se”.²¹⁵ Ademais, a presença constante do risco de interferência militar no poder contribuía para o clima de eterna tensão política.

No que diz respeito ao processo penal, a redemocratização do país não teve qualquer efeito em sua essência autoritária. Poucas alterações foram realizadas nesse período. Em 1948, promulgou-se a Lei 263, que promoveu uma série de alterações no Tribunal do Júri; em 1952, a Lei 1.720-B alterou o artigo 609 do Código, prevendo os embargos infringentes contra acórdão não unânime; e, em 1958, editou-se a Lei 3.396, regulando o Recurso Extraordinário.

As poucas mudanças legislativas, na verdade, revelam a imagem das bases culturais daquela época, encerradas numa visão limitada de democracia, ainda refém do caráter autoritário herdado de seus regimes anteriores. O artigo 596 do Código, com redação dada pela Lei 263, de 1947, é um claro exemplo. O dispositivo previa a possibilidade de o réu, mesmo absolvido, manter-se preso caso respondesse por crime “a que a lei comine pena de reclusão, no máximo, por tempo igual ou superior a oito anos”.

O que é possível perceber, em síntese, é que o período democrático surgido após a deposição de Vargas repercutiu de forma limitada nas instituições e na sociedade brasileira. Nenhuma evolução pode ser constatada no direito, sobretudo no processo penal. Nada se alterou. Com efeito, a reivindicação das massas era por reformas profundas no Estado brasileiro, não havendo espaço para discussões de caráter individual. A primazia do Estado sobre o

²¹⁴ COSTA, Célia Maria Leite. **O Brasil de JK. Revolta de Jacareacanga**. CPDOC FGV. Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil.

²¹⁵ LOPES, José Reinaldo de Lima; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; ACCA, Thiago dos Santos. [E-book - Edição do Kindle]. **Curso de História do Direito**. Atlas, 2021. p. 935.

indivíduo ainda era uma tônica fundamental, e a democracia, um momento estranho na nossa tradição política.

2.2 ENTRE 1964 E 1985: A DITADURA MILITAR

Em 1964 começou o processo de corrosão da Carta de 1946. Num ambiente nada propenso a soluções convergentes,²¹⁶ esquerda e direita disputavam agendas políticas que entendiam adequadas para transformar o país. O então presidente, João Goulart, governava em um ambiente extremamente polarizado. Leonel Brizola liderava o movimento de esquerda, reclamando que o chefe da nação deveria partir para o confronto com o capital estrangeiro e convocar uma Assembleia Constituinte “que incluísse operários, camponeses e os subalternos das Forças Armadas”.²¹⁷ O político também “admitia ser inevitável atropelar o Congresso para executar as reformas de base”.²¹⁸ O discurso de Brizola, no mesmo sentido de todas as esquerdas, radicalizou-se, numa clara defesa de ideais que representavam uma ruptura com a ordem vigente.²¹⁹

Do outro lado, Carlos Lacerda continuava sua campanha de desestabilização do presidente da República. Em outubro concedeu entrevista a um jornalista norte-americano, reproduzida pela Tribuna da Imprensa, afirmando que “a situação política do país estava tão grave que os militares discutiam ‘se era melhor tutelá-lo, patrociná-lo, pô-lo sob controle até o fim de seu mandato ou alijá-lo imediatamente’”.²²⁰ A reação de Jango foi ruim. Solicitou ao Congresso a decretação de estado de sítio, para que pudesse intervir na Guanabara, o que foi terminantemente rechaçado.²²¹

Após vencer a batalha política travada no plebiscito convocado pela Lei Complementar nº 2, com a volta do presidencialismo, João Goulart aproximava-se, cada vez mais, das esquerdas, “prometendo Reformas de Base — inclusive a tão necessária reforma agrária — e

²¹⁶ SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloisa Murgel. **Brasil: uma biografia**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 442.

²¹⁷ *Ibidem*.

²¹⁸ *Ibidem*.

²¹⁹ *Ibidem*.

²²⁰ SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloisa Murgel. **Brasil: uma biografia**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 442.

²²¹ *Ibidem*.

aprovando restrições ao capital estrangeiro”.²²² O país passava por uma enorme turbulência. Parte da população, composta pelos militares e pela elite empresarial, apoiada pela grande mídia e pelos Estados Unidos, não concordava com as reformas prometidas por Jango, que a cada dia tornava o seu discurso reformista mais contundente.²²³

As tensões políticas aumentaram após Goulart promover, no dia 13 de março de 1964, um grande evento, chamado “Comício das Reformas”, que reuniu aproximadamente 150.000 pessoas. Jango adotou um discurso abraçando, abertamente, as pautas da esquerda, como a nacionalização das refinarias de petróleo e a desapropriação de áreas rurais improdutivas localizadas nas margens de estradas e ferrovias.²²⁴

O ato repercutiu em todo o território brasileiro, provocando manifestações em São Paulo e Belo Horizonte, bem como a reação de partidos políticos que defendiam o seu impedimento. No mesmo sentido, Carlos Lacerda reagia ao ato “subversivo” de Jango.²²⁵ No entanto, a pretensão reformista de João Goulart era verdadeira. E ele, assim como prometera em seu discurso, agiu:

Dois dias depois, Jango encaminhou a Mensagem Anual da Presidência ao Congresso, a qual definia a agenda das reformas, propunha a convocação de um plebiscito para sua aprovação, solicitava delegação de poderes legislativos ao Executivo e defendia modificações no texto da Constituição de 1946. A mensagem Presidencial deixou os parlamentares de cabelo em pé, e para muita gente pareceu confirmar os piores prognósticos do Ipês da UDN: Jango, mais dia, menos dia, tentaria impor sua política, dissolver o Congresso, concentrar poderes excepcionais no Executivo, mudar as regras eleitorais para se beneficiar e permitir a candidatura de Brizola – impossibilitado, pela Constituição de 1946, de concorrer a qualquer novo cargo eletivo em virtude de seu parentesco com Goulart. [...] Uma onda de suspeição sobre as intenções do governo agitou a imprensa e atingiu em cheio a opinião pública.²²⁶

Porém, apesar da repercussão provocada pelo “Comício da Central”, o fato que fez eclodir o golpe de 1964 foi o comparecimento de Jango, no dia 30 de março, no Automóvel Clube do Rio de Janeiro. Nessa ocasião, o discurso proferido por Goulart foi interpretado como um estímulo à quebra da hierarquia militar e, portanto, fator decisivo para a insurreição de 31 de março, quando foram enviados tanques do Exército ao Rio de Janeiro, onde se encontrava o

²²² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e método de trabalho**. 2. ed. 7. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 139.

²²³ *Ibidem*.

²²⁴ *Ibidem*, p.140.

²²⁵ LAMARÃO, Sérgio. **A conjuntura de radicalização ideológica e o golpe militar**. Comício das Reformas. FGV CPDOC.

²²⁶ SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloisa Murgel. **Brasil: uma biografia**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 444.

presidente. Três dias depois, ele deixou o país, exilando-se no Uruguai. Uma junta militar assumiu o poder.

No dia 9 de abril de 1964, foi outorgado o Ato Institucional nº 1 (AI-1),²²⁷ escrito, mais uma vez, por Francisco Campos, com o auxílio de Carlos Medeiros da Silva. O texto anunciava aquele ato como expressão do poder constituinte originário. Definido como um autêntico ato revolucionário que legitimaria a si mesmo, o levante militar de 1964 dizia representar o interesse e a vontade da nação. A tomada do poder pelos militares visava, mais uma vez, combater a “bolchevização” do Brasil. Assim como ocorrera em 1937, com o Plano Cohen, o fantasma da “ameaça comunista” justificou uma nova intervenção.

Segundo José Reinaldo Lima Lopes:

²²⁷ À NAÇÃO

É indispensável fixar o conceito do movimento civil e militar que acaba de abrir ao Brasil uma nova perspectiva sobre o seu futuro. O que houve e continuará a haver neste momento, não só no espírito e no comportamento das classes armadas, como na opinião pública nacional, é uma autêntica revolução. A revolução se distingue de outros movimentos armados pelo fato de que nela se traduz, não o interesse e a vontade de um grupo, mas o interesse e a vontade da Nação. A revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constituinte. Este se manifesta pela eleição popular ou pela revolução. Esta é a forma mais expressiva e mais radical do Poder Constituinte. Assim, a revolução vitoriosa, como Poder Constituinte, se legitima por si mesma. Ela destitui o governo anterior e tem a capacidade de constituir o novo governo. Nela se contém a força normativa, inerente ao Poder Constituinte. Ela edita normas jurídicas sem que nisto seja limitada pela normatividade anterior à sua vitória. Os Chefes da revolução vitoriosa, graças à ação das Forças Armadas e ao apoio inequívoco da Nação, representam o Povo e em seu nome exercem o Poder Constituinte, de que o Povo é o único titular. O Ato Institucional que é hoje editado pelos Comandantes-em-Chefe do Exército, da Marinha e da Aeronáutica, em nome da revolução que se tornou vitoriosa com o apoio da Nação na sua quase totalidade, se destina a assegurar ao novo governo a ser instituído, os meios indispensáveis à obra de reconstrução econômica, financeira, política e moral do Brasil, de maneira a poder enfrentar, de modo direto e imediato, os graves e urgentes problemas de que depende a restauração da ordem interna e do prestígio internacional da nossa Pátria. A revolução vitoriosa necessita de se institucionalizar e se apressa pela sua institucionalização a limitar os plenos poderes de que efetivamente dispõe. O presente Ato institucional só poderia ser editado pela revolução vitoriosa, representada pelos Comandos em Chefe das três Armas que respondem, no momento, pela realização dos objetivos revolucionários, cuja frustração estão decididas a impedir. Os processos constitucionais não funcionaram para destituir o governo, que deliberadamente se dispunha a bolchevizar o País. Destituído pela revolução, só a esta cabe ditar as normas e os processos de constituição do novo governo e atribuir-lhe os poderes ou os instrumentos jurídicos que lhe assegurem o exercício do Poder no exclusivo interesse do País. Para demonstrar que não pretendemos radicalizar o processo revolucionário, decidimos manter a Constituição de 1946, limitando-nos a modificá-la, apenas, na parte relativa aos poderes do Presidente da República, a fim de que este possa cumprir a missão de restaurar no Brasil a ordem econômica e financeira e tomar as urgentes medidas destinadas a drenar o bolsão comunista, cuja purulência já se havia infiltrado não só na cúpula do governo como nas suas dependências administrativas. Para reduzir ainda mais os plenos poderes de que se acha investida a revolução vitoriosa, resolvemos, igualmente, manter o Congresso Nacional, com as reservas relativas aos seus poderes, constantes do presente Ato Institucional. Fica, assim, bem claro que a revolução não procura legitimar-se através do Congresso. Este é que recebe deste Ato Institucional, resultante do exercício do Poder Constituinte, inerente a todas as revoluções, a sua legitimação. Em nome da revolução vitoriosa, e no intuito de consolidar a sua vitória, de maneira a assegurar a realização dos seus objetivos e garantir ao País um governo capaz de atender aos anseios do povo brasileiro, o Comando Supremo da Revolução, representado pelos Comandantes-em-Chefe do Exército, da Marinha e da Aeronáutica resolve editar o seguinte. Ato Institucional nº 01, de 09 de abril. 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-01-64.htm>. Acesso em: 08 dez. 2021.

A tentativa de legitimação do regime que se instaurava diante da sociedade, consubstanciada no AI-1, ocorreu sob diversas justificativas: (a) o poder fora tomado em nome do interesse nacional e não de um grupo; (b) a revolução vitoriosa exercia legitimamente o Poder Constituinte; (c) a cúpula do governo Goulart pretendia bolchevizar o país; (d) a Constituição de 1946 (por força do art. 1.º) foi mantida em vigor.²²⁸

Em 11 de abril de 1964, por eleição indireta, o Congresso elegeu Castello Branco presidente do Brasil. A manutenção da vigência da Constituição de 1946 não foi suficiente para afastar o caráter totalitário do regime. Os mecanismos de repressão já estavam previstos no próprio ato. O artigo 7º do AI-1 suspendia as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade e estabilidade, permitindo a demissão ou dispensa após investigação sumária prévia e limitando a revisão pelo Judiciário às formalidades do ato. O Artigo 10, por sua vez, dava poderes ao presidente para suspender os direitos políticos e cassar mandatos legislativos federais, estaduais e municipais. Com base nesses poderes,

[...] o governo passa a perseguir os adversários do regime, realizando tortura e prisões arbitrárias. A repressão atinge fortemente o movimento estudantil, os sindicatos e os militantes sociais do meio rural, sobretudo do Nordeste, associados à bandeira da reforma agrária. No congresso, cinquenta parlamentares tiveram o seu mandato cassado, o que também ocorreu com vários políticos de expressão nacional, como Leonel Brizola, Miguel Arraes, Jânio Quadros e Juscelino Kubitschek.²²⁹

A partir de então, as eventualidades políticas desfavoráveis ao regime militar começariam a ditar o aprofundamento do estado de exceção. O primeiro fato foi a importante derrota do regime nas eleições para governador, em 1965, o que levou à edição do Ato Institucional nº 2 (AI-2), em 05 de novembro do mesmo ano.²³⁰ O preâmbulo anunciava ser aquele ato manifestação do poder constituinte originário iniciado em 1964. Assim, afirmava-se: “A revolução está viva e não retrocede”.

O AI-2 realizou diversas mudanças no regime, destacando-se a extinção dos partidos políticos então existentes (art. 18). O novo modelo, instituído por meio do art. 1º do Ato Complementar nº 04/1965, permitiu a instituição de apenas dois partidos, a ARENA, do Governo, e o MDB, a única oposição possível segundo as regras impostas pelo regime. Além dessa medida, o AI-2 estabeleceu a eleição indireta para presidente da República, de forma permanente; ampliou os seus poderes, autorizando-o a baixar atos complementares aos

²²⁸ LOPES, José Reinaldo de Lima; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; ACCA, Thiago dos Santos. [E-book - Edição do Kindle]. **Curso de História do Direito**. Atlas, 2021. p. 944.

²²⁹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e método de trabalho**. 2. ed. 7. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 140.

²³⁰ *Ibidem*.

institucionais, bem como decretos-leis sobre matéria de segurança nacional (art. 30); conferiu-lhe, ainda, a oportunidade de decretar o recesso do Poder Legislativo nas três esferas do governo, situação que permitiria ao Executivo legislar por meio de decretos-leis (artigo 31). Por último, o ato ampliou o número de ministros do Supremo Tribunal Federal para 16, possibilitando ao governo construir maioria na corte.

O Ato Institucional nº 3 (AI-3) radicalizou o regime militar, instituindo eleições indiretas para os governos estaduais e excluindo do Poder Judiciário a apreciação dos atos nele fundamentados.

O Ato Institucional nº 4 (AI-4) convocou a Assembleia Constituinte que deu origem à Constituição Federal de 1967, anunciando que a Constituição de 1946 já não atendia às exigências nacionais. Por isso, fazia-se premente uma nova, uniforme e harmônica, que representasse a institucionalização dos ideais e princípios da “revolução”. Desta feita, no dia 24 de janeiro de 1967, foi “promulgada” a nova Carta.

Os militares, naquela época, não formavam um bloco ideológico unitário. O grupo se dividia, tendo sido a Constituição de 1967 produto de sua ala mais moderada, que, apesar de compartilhar com a ala radical a natureza autoritária, pretendia “institucionalizar alguns limites para o exercício do poder, para, se tudo corresse bem, devolvê-lo depois aos civis mais ‘confiáveis’”.²³¹ No entanto, o texto constitucional, não obstante tenha mantido a separação dos poderes, fê-lo apenas formalmente. A Carta concentrava todo o poder no presidente da República.

Em 15 de março de 1967, assumiu o governo de Artur da Costa e Silva, que compunha a ala radical das Forças Armadas e não tinha grande apreço pela Constituição então vigente.²³² Porém, Costa e Silva tinha à sua frente o atípico e histórico ano de 1968, marcado pela irrupção mundial de movimentos sociais que contestavam a política e os costumes da época. No Brasil, o movimento estudantil intensificou-se na luta por novas liberdades. A Igreja passou a defender mais expressivamente os direitos humanos, e, assim como os estudantes, a lutar contra a ditadura. O ponto alto dessa convergência foi a “Passeata dos Cem Mil”, realizada no dia 25 de junho de 1968.²³³ Além disso, nesse mesmo ano, ocorreram greves relevantes, bem como surgiram os grupos armados. Segundo Boris Fausto, “esses fatos eram suficientes para reforçar

²³¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e método de trabalho**. 2. ed. 7. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 142.

²³² *Ibidem*, p. 145.

²³³ FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 12. ed. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2006. p. 478.

a linha-dura na sua certeza de que a revolução estava se perdendo, e era preciso criar novos instrumentos para acabar com os subversivos”.²³⁴

Contudo, o pretexto para a edição do Ato Institucional nº 5 (AI-5) foi um fato de menor importância. Nos dias 2 e 3 de setembro, o deputado Márcio Moreira Alves fez um pronunciamento na Câmara, apelando ao povo para que não participasse dos desfiles de 7 de setembro e às moças que não namorassem militares omissos diante da repressão ou violentos. Os militares, sentindo-se ofendidos com o discurso do parlamentar, fizeram com que o governo solicitasse a cassação do deputado, o que foi recusado pela Câmara, no dia 12 de dezembro daquele ano. Menos de 24 horas depois, Costa e Silva baixou o Ato Institucional nº 5 (AI-5),²³⁵ o mais duro deles.

O AI-5 deu ao presidente da República o poder de decretar o recesso do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas e das Câmaras de Vereadores, que só voltariam a funcionar quando convocados por ele. Nesse período, o Poder Executivo ficaria autorizado a legislar em todas as matérias e a exercer as atribuições previstas nas Constituições ou na Lei Orgânica dos Municípios (artigo 2º, §1º). Ainda, o ato permitiu a intervenção ilimitada nos estados (art. 3º). Tratava-se, sem qualquer disfarce, de uma absolutização do poder no Executivo Federal.

Foi concedido ao presidente suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos (art. 4º). Levantaram-se as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade (artigo 6º) e de habeas corpus, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular (art. 10). Ademais, excluíram-se da apreciação do Poder Judiciário quaisquer atos praticados com fundamentos naquele ato institucional ou nos atos complementares a ele (art. 11).

Com o AI-5, o governo promoveu inúmeras cassações de mandatos e demissões de funcionários públicos, atingindo fortemente as universidades. Além disso, Victor Nunes Leal, Evandro Lins e Silva e Hermes Lima, então ministros do Supremo Tribunal Federal, foram cassados. A censura naturalizou-se e a tortura tornou-se método de governo.²³⁶

Em agosto de 1969, o presidente Costa e Silva sofreu um derrame, que o deixou incapacitado para o exercício da função. Embora o seu vice fosse o civil Pedro Aleixo, os militares impediram-no de assumir o cargo. Como solução, foi editado o Ato Institucional nº

²³⁴ *Ibidem*, p. 479.

²³⁵ *Ibidem*, p. 479-480.

²³⁶ *Ibidem*, p. 480.

12 (AI-12), que investiu temporariamente no cargo de presidente da República os ministros da Marinha, do Exército e da Aeronáutica.²³⁷ Dias após, a junta militar decretou os Atos Institucionais nº 13 e 14, autorizando o banimento de brasileiros que se tornassem inconvenientes, nocivos ou perigosos à Segurança Nacional e estabelecendo a pena de morte à guerra psicológica adversa, revolucionária ou subversiva.

Em 30 de outubro de 1969, assumiu a Presidência da República o general Emílio Garrastazu Médici, após ser eleito no Congresso Nacional com 239 votos. Pouco antes, no dia 17 do mesmo mês, havia sido outorgada a emenda constitucional nº 1, na verdade uma nova Constituição, que representou a constitucionalização do AI-5.²³⁸ O documento era o ápice de todo o aparato repressivo até então constituído. Sob a sua égide governaram, além de Médici, Ernesto Geisel, de 1974 a 1979, e João Figueiredo, de 1979 a 1985, quando tomou posse o civil José Sarney, após a morte do presidente eleito, Tancredo Neves.

Médici governou nos chamados “anos de chumbo”. O seu governo “representou o auge da repressão durante a ditadura”.²³⁹ Nele a tortura tornou-se generalizada, a guerrilha foi derrotada, e a oposição ao governo, sufocada.²⁴⁰ Continuou-se a censura aos meios de comunicação e às artes. Geisel, por outro lado, deu início a um processo lento de abertura política do regime, em virtude do crescimento da oposição, que lutava para combatê-lo. Instituições como a Ordem dos Advogados do Brasil e a Confederação dos Bispos do Brasil reivindicavam a redemocratização do país. O movimento sindical, do mesmo modo, ressurgiu, promovendo grandes greves nos anos de 1978 e 1979. João Figueiredo, na mesma trilha, apesar da resistência da ala militar radical, continuou o processo de abertura, culminando, por fim, na eleição indireta de Tancredo Neves e José Sarney, em 1985, quando se encerrou o regime militar.

2.3 O PRODUTO DE UM TEMPO E RAIZ DE UMA CULTURA: A ESCOLA SUPERIOR DE GUERRA E A DOCTRINA DA SEGURANÇA NACIONAL

²³⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e método de trabalho**. 2. ed. 7. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 147.

²³⁸ CASTRO, Matheus Felipe de; MEZZARROBA, Orides. **História ideológica e econômica das constituições brasileiras**. Belo Horizonte: Arraes, 2015. p. 117.

²³⁹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e método de trabalho**. 2. ed. 7. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 150.

²⁴⁰ FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 12. ed. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2006. 482.

2.3.1 A Doutrina da Segurança Nacional

A redemocratização, ao fim da Segunda Guerra Mundial, mobilizou a sociedade e pressionou o Congresso Nacional para a concretização dos anseios populares. Com isso, o país foi tomado por uma acentuada e crescente polarização,²⁴¹ alimentada pela guerra ideológica havida no cenário internacional, que contrapunha os blocos americano e soviético.²⁴² Conforme sustenta Reinaldo Lima Lopes:

Essa clara divisão ideológica deu ensejo ao surgimento da Guerra Fria e de um ambiente fortemente anticomunista no Ocidente. Assim, esse arranjo internacional dos poderes no pós-guerra (ou seja, desde 1945) também compõe o berço de onde surgiu o Estado de Segurança Nacional.²⁴³

A primeira Lei de Segurança Nacional foi promulgada na Era Vargas, em 4 de abril de 1935, e definia os crimes contra a ordem política e social. O diploma normativo visava prescrever, em uma legislação específica, os delitos praticados contra a segurança do Estado, tratando-os de forma mais rigorosa, até mesmo com a supressão de garantias processuais.

Essa lei vigorou até ser substituída, em 1967. No entanto, com o surgimento da Guerra Fria, essa ideologia viria a ser aperfeiçoada no Brasil, por meio da chamada Doutrina da Segurança Nacional. Segundo Vladimir Safatle e Edson Teles:

No Brasil, a Doutrina de Segurança Nacional surge nas Forças Armadas a partir dos contatos com os militares norte-americanos, desde as ações da Força Expedicionária Brasileira (FEB), ainda na Segunda Guerra Mundial. Sua elaboração e divulgação em discurso ideológico ficaram sob o encargo da Escola Superior de Guerra (ESG), uma das instituições que mais formaram militares para os principais postos de comando na ditadura. Antes do golpe de 1964, a ESG já articulava os vínculos entre empresários e militares e, logo em seguida, criou o Serviço Nacional de Informações (SNI), fortalecendo o setor que viria a ser peça-chave do regime.²⁴⁴

Com a Revolução Cubana, ocorrida em 1959, e a Crise dos Mísseis, em 1962, os Estados Unidos “alteraram sua política externa em relação aos países da América ao reforçar a ideia de

²⁴¹ LOPES, José Reinaldo de Lima; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; ACCA, Thiago dos Santos. [E-book - Edição do Kindle]. **Curso de História do Direito**. Atlas, 2021. posição 936.

²⁴² *Ibidem*.

²⁴³ *Ibidem*.

²⁴⁴ SAFATLE, Vladimir; TELES, Edson. **O que resta da ditadura: a exceção brasileira**. 1 ed. [E-book - Edição do Kindle]. São Paulo: Boitempo, 2019. posição 389.

que os governos nacionais deveriam se proteger contra a subversão (inimigo interno)”.²⁴⁵ Tratava-se de uma estratégia utilizada pelos americanos para evitar a expansão da União Soviética nas Américas. Para tanto, deixou-se de lado a intervenção direta, como ocorrera no Vietnã; a ideia era atuar auxiliando materialmente os países no combate a uma guerra ideológica interna, havida entre cidadãos e inimigos do Estado.²⁴⁶ Por essa razão:

[...] alguns falam de um verdadeiro “Estado de Segurança Nacional”, pois com base na noção de “segurança nacional” os cidadãos dissidentes passam a ser vistos como pessoas capazes de colocar em risco a existência do Estado deixando, portanto, de serem considerados verdadeiros cidadãos para serem compreendidos como perigosos inimigos do Estado, e como tal passam a ser tratados. O direito passa a refletir essa nova realidade.²⁴⁷

Como se viu, até 1988, quando houve um verdadeiro distanciamento, os militares sempre estiveram envolvidos na vida política do país, contribuindo, sobretudo, para a construção de fundamentos ideológicos que ainda permeiam as instituições brasileiras. Foi a Escola Superior de Guerra que introduziu no país a Doutrina da Segurança Nacional, desenvolvida pelo *Washington War College*²⁴⁸ e fruto da disputa ideológica ocorrida na Guerra Fria. A finalidade era apenas uma: “evitar que a URSS, por intermédio de Cuba, penetrasse numa área geopolítica de influência norte-americana”.²⁴⁹

A Doutrina da Segurança Nacional substituiu a noção anteriormente empregada, de crime contra a segurança do Estado, para determiná-la como “a sensação de garantia para a Nação da conquista e manutenção dos seus Objetivos Fundamentais, proporcionada pela aplicação do seu Poder Nacional”.²⁵⁰ A Segurança Nacional, na concepção desenvolvida pela Escola Superior de Guerra, portanto, “está relacionada diretamente com a preservação dos Objetivos Fundamentais”,²⁵¹ possuindo caráter nitidamente instrumental.

A Doutrina da Segurança Nacional foi normatizada no Governo Castello Branco, por meio do Decreto-Lei 314 de 1967. Essa realidade provocou o aumento da jurisdição militar,

²⁴⁵ LOPES, José Reinaldo de Lima; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; ACCA, Thiago dos Santos. [*E-book* - Edição do Kindle]. **Curso de História do Direito**. Atlas, 2021. posição 936-937.

²⁴⁶ *Ibidem*.

²⁴⁷ *Ibidem*, posição 937-938.

²⁴⁸ BUENO, Bruno Bruziguessi. Os Fundamentos da Doutrina de Segurança Nacional e seu Legado na Constituição do Estado Brasileiro Contemporâneo. **Revista Sul-Americana de Ciência Política**, v. 2, n. 1, jun. 2014, p. 47-64.

²⁴⁹ CASTRO, Matheus Felipe de; MEZZAROBBA, Orides. **História ideológica e econômica das constituições brasileiras**. Belo Horizonte: Arraes, 2015. p. 104.

²⁵⁰ ESCOLA SUPERIOR DE GUERRA. **Manual básico: elementos fundamentais**. v. I. Rio de Janeiro, 2014. p. 81.

²⁵¹ *Ibidem*, p. 78.

“situação aceitável em períodos democráticos apenas para os crimes de guerra”, permitindo a submissão dos “civis às leis de segurança nacional e aos tribunais militares, além de transformar as polícias estaduais em braços da guerra contra a subversão”.²⁵² Esclarece José Reinaldo Lopes e Rafael Rabelo que, “dessa confusão de esferas (guerra-polícia), o Brasil não conseguiu livrar-se propriamente até hoje, pois a polícia adquiriu uma face militarizada e de ‘força de ocupação’ antes que de órgão investigativo e preventivo da criminalidade comum”.²⁵³

Como já esperado, a doutrina sustentada pela Escola Superior de Guerra estabeleceu raízes profundas nas instituições brasileiras, chegando a alicerçar, até mesmo, a construção de teorias jurídicas confessadamente democráticas, como se verá adiante. René Armand Dreifuss narra uma declaração do marechal Cordeiro de Farias, que, ao se referir à Escola Superior de Guerra, esclarece: “Em 1948 nós plantamos carvalhos, não plantamos couve. A couve floresce rapidamente, mas uma só vez. Os carvalhos demoram, mas são sólidos. Quando chegou a hora, nós tínhamos os homens, as ideias e os meios.”²⁵⁴ Com razão.

2.4 O PROCESSO PENAL ENTRE 1945 E 1988 E A DOGMÁTICA JURÍDICA BRASILEIRA

O Código de Processo Penal vigorou em regimes políticos totalmente diversos, sem qualquer mudança de suas bases fundamentais. Nascido sob a batuta da ditadura de Getúlio, sobreviveu ao seu declínio, mantendo-se vigente, sem qualquer alteração relevante, durante a República Populista. Do mesmo modo, serviu à Ditadura Militar instaurada no país a partir de 1964, sobretudo porque a natureza repressiva materializada tanto no Código Penal, por meio da ideologia da defesa social,²⁵⁵ quanto no Código de Processo Penal, erigido como instrumento de dominação política, em tudo se alinhava à ideologia da segurança nacional professada pelo regime militar.

²⁵² LOPES, José Reinaldo de Lima; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; ACCA, Thiago dos Santos. [E-book - Edição do Kindle]. **Curso de História do Direito**. Atlas, 2021. posição 937-938.

²⁵³ *Ibidem*, posição 937-938.

²⁵⁴ DREIFUS, René Armand. **1964 – a conquista do Estado. Ação política, poder e golpe de classe**. Petrópolis: Vozes, 1981. p. 105.

²⁵⁵ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Trad.: Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro: Revan, 2020.

O breve período democrático que viveu o Brasil, entre 1945 e 1964, também não foi capaz de implementar alguma mudança no caráter autoritário do processo herdado da Era Vargas. Em síntese: os mecanismos que conferem ao processo penal o caráter autoritário resistem até hoje. E para a formação desse estado de coisas contribuiu a inércia dos próprios juristas, limitados no seu mister por um paradigma técnico-jurídico que impossibilitava o exame das questões profundas ligadas ao direito, como os seus fundamentos político-autoritários. Como observa Geraldo Prado, “a concretização das práticas punitivas e sua prioridade declarada sobre o ‘individual’ (direito individual dos ‘delinquentes’) dependeram da adoção da metodologia adversária histórica do jusnaturalismo: no caso, o positivismo exegetico”.²⁵⁶ Nesse sentido, esclarece o citado doutrinador que:

As amarras de interpretação e aplicação das normas inerentes a este modelo e a suposta separação absoluta entre direito e moral concorreram para eximir os juristas brasileiros de quaisquer juízos acerca da justiça das leis vigentes, que interpretavam e aplicavam valendo-se de escorregiosos métodos técnico-jurídicos.²⁵⁷

Segundo Gloeckner, “assim como na Itália e na Alemanha, o tecnicismo jurídico impregnou a cultura jurídica no período de codificação penal e processual penal”.²⁵⁸ Essa postura tecnicista servia aos interesses políticos dos grupos autoritários, pois se valia dos juristas como especialistas, legitimando, com as suas participações, a produção legislativa, bem como afastando-os do exercício crítico dessa legislação.²⁵⁹ Portanto, o discurso tecnicista construía uma dogmática refém do direito posto, pois, nesse modelo, a atitude crítica apenas deveria ser exercida para o futuro, como atividade preparatória à criação legislativa.²⁶⁰ A interpretação do direito vigente limitava-se ao exame da lei por meio de métodos técnico-jurídicos, o que reduzia o fenômeno do direito a meros textos normativos.

A adoção, pelos juristas, do método técnico-jurídico, todavia, não se limitou a determinado momento na história do direito,

[s]uas marcas foram tão profundas nas bases doutrinárias brasileiras que é possível facilmente encontrar duas características comuns às obras deste tipo de abordagem: a tendência à supressão das questões jusfilosóficas e históricas; b) a organização entre

²⁵⁶ PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 31.

²⁵⁷ PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 31.

²⁵⁸ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. v. 1. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 359.

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 360.

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 362.

o objeto de determinado campo e as suas ciências auxiliares. O tecnicismo na Itália, dominou praticamente a integralidade do século XX. No Brasil, pode-se afirmar que este método ainda se encontra presente em grande parte dos autores de processo penal (e provavelmente de direito penal), com algumas suavizações que, quando muito, flertam com o constitucionalismo.²⁶¹

Como destacado, os mais importantes doutrinadores brasileiros mantinham uma postura de neutralidade científica na construção do discurso jurídico. Como exemplo, o importante doutrinador José Frederico Marques sustentava que o método técnico-jurídico consistia “em tornar possível a pronta realizabilidade do direito, com a simplificação quantitativa e qualitativa dos preceitos em vigor, para que, em síntese concentrada, ordenada e rigorosa, possa ser dominado todo o material do direito positivo.”²⁶²

Agindo dessa forma, os juristas limitavam o seu trabalho ao exame do direito positivo como dado natural. Não havia, com raras exceções, qualquer questionamento acerca da legitimidade política dos institutos processuais penais. Veja-se que, por essa razão, inúmeros avanços na jurisprudência processual penal apenas se deram muitos anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988, como, *v.g.*, a obtusa necessidade de o réu recolher-se à prisão para apresentar o seu apelo, sob pena de deserção. O referido entendimento, muito embora claramente contrário ao princípio da presunção de inocência prescrito no artigo 5º, inciso LVII, da Carta de 1988, só foi completamente superado pela jurisprudência em meados da primeira década dos anos 2000,²⁶³ portanto pelo menos 15 anos após a promulgação da Constituição Federal, o que evidencia a resistência dos discursos jurídicos herdados dos regimes anteriores, bem como a baixa densidade normativa das garantias individuais.

Entre o aparato repressivo gestado nos períodos ditatoriais, a instrumentalidade das formas constitui-se um dos principais mecanismos conformadores de uma jurisdição de caráter abertamente antidemocrático. A noção instrumental do processo, cara aos regimes totalitários, porquanto os permite moldar a forma processual conforme a contingencialidade dos seus interesses, também passava ao largo da verdadeira crítica jurídica, sendo até mesmo possível dizer que a ideia compõe um dos temas menos controversos da ciência processual.

²⁶¹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. v. 1. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 364.

²⁶² MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. v. I. 2. ed. Rio de Janeiro, 1965. p.18.

²⁶³ Em 2008 o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 347, com o seguinte enunciado: “O conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão.” No entanto, o Supremo Tribunal Federal já caminhava nessa direção, como se deu, por exemplo, no julgamento do HC 88420/PR, de relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 17-4-2007, e no HC 91945/SP, de relatoria da Min. Ellen Gracie, julgado em 24/06/2008.

O instrumentalismo processual, então pacificamente admitido na doutrina brasileira, fortaleceu-se e ganhou novos contornos conceituais com a obra “A instrumentalidade do Processo”, de Cândido Rangel Dinamarco, editada pela primeira vez em 1987. Conforme se verá, Dinamarco desenvolve o seu trabalho adotando uma metodologia totalmente oposta à da maioria dos juristas de sua época. De fato, o autor busca superar o tecnicismo jurídico, colhendo subsídios para a sua teoria em outras esferas do pensamento social. Contudo, o modelo desenvolvido, muito embora explicitasse a pretensão de satisfazer o ideal democrático no processo judicial, trabalha ainda com uma ideia de primazia do Estado, do “bem comum”, sobre o indivíduo, deitando raízes num modelo político centralizador e autoritário.

2.5 A Instrumentalidade do Processo

A concepção instrumentalista não era novidade no Brasil quando Dinamarco apresentou a sua tese sobre a instrumentalidade do processo. Essa visão constitui o fundamento da Escola Paulista,²⁶⁴ para a qual o processo “não poderia mais se conformar em ser mera técnica, baseado unicamente em formas ou fórmulas, como outrora havia já ocorrido no direito romano”.²⁶⁵ Contudo, foi Cândido Rangel Dinamarco quem melhor elaborou o conceito, tornando-se o nome mais expressivo dessa escola.

A concepção desenvolvida pelo autor, consoante se verá, não se confunde com a instrumentalidade das formas, embora ambas as expressões sejam espécies do instrumentalismo processual, iniciado na Alemanha, com Oskar von Bülow. No entanto, a emergência e recepção quase unânime do modelo conceitual construído por esse autor foi determinante para a solidificação, no período posterior à Constituição Federal de 1988, da instrumentalidade das formas como eixo fundamental de todo o sistema de nulidades.

É nítida a influência do instrumentalismo no direito processual brasileiro. Tanto no processo civil quanto no processo penal, havia, assim como há, uma aceitação pacífica sobre a natureza instrumental do processo. Essa forma de compreender o fenômeno processual sempre

²⁶⁴ A Escola Paulista foi e é composta de juristas de expressiva relevância no cenário acadêmico brasileiro, como José Roberto dos Santos Bedaque, Kazuo Watanabe e Ada Pellegrini Grinover.

²⁶⁵ JOBIM, Marco Félix. **Cultura, escolas e fases metodológicas do processo**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 150.

foi compartilhada por importantes processualistas penais no Brasil, como, por exemplo, José Frederico Marques, que, em uma de suas obras, sustenta:

Complementando a regra da legalidade das formas processuais, surge o princípio da instrumentalidade: na apreciação da validade processual, a verificação de ter ele atingido sua finalidade prevalece sobre a simples inobservância das regras formais. O aspecto ritual do ato cede passo, portanto, ao seu sentido teleológico; o respectivo *modus faciendi* à sua *causa finalis*, e sua configuração procedimental ao objetivo processual.²⁶⁶

A essa ideia Rangel Dinamarco dará um colorido diverso. Ao enxergar a “*consciência da instrumentalidade*” como importantíssimo pólo de irradiação de idéias e coordenador dos diversos institutos, princípios e soluções”,²⁶⁷ o doutrinador expandirá os seus limites epistêmicos para além da ideia de servilismo do processo ao direito material.

2.5.1 Fundamentos da Instrumentalidade do Processo

A obra de Dinamarco divide-se em duas partes. Na primeira, o autor apresenta as premissas metodológicas e conceituais com as quais examinará a questão de fundo. Na segunda, trata especificamente sobre a instrumentalidade do sistema processual.

O seu objetivo central é destacado já no início: realizar uma revisão da ciência processual. Para tanto, sustentará, a partir de um olhar externo, a necessidade de promover uma “integração da ciência processual no quadro das instituições sociais do poder e do Estado, com a preocupação de definir funções e medir a operatividade do sistema em face da missão que lhe é reservada”.²⁶⁸ A revisão proposta visava abrir o processo “aos influxos do pensamento publicista e solidarista vindo da política e da sociologia do direito”.²⁶⁹ O fio condutor dessa “nova perspectiva” é a instrumentalidade, capaz, segundo ele, de realizar o intercâmbio entre o processo e os “valores sociais e políticos da nação”.²⁷⁰

Para o autor, estaríamos diante da terceira fase metodológica do direito processual, na qual a ideia de instrumentalidade se coloca como eixo fundante das ideais e orientador dos

²⁶⁶ MARQUES, José Frederico. **Estudos de Direito Processual Penal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p. 257.

²⁶⁷ *Ibidem*, p. 18.

²⁶⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 11.

²⁶⁹ *Ibidem*.

²⁷⁰ *Ibidem*.

princípios, institutos e soluções.²⁷¹ A esse novo momento precederam outros dois. O primeiro, de natureza fundamentalmente privatista, caracterizava-se “pela confusão entre os planos substancial e processual do ordenamento estatal”.²⁷² Nesse período, marcado pelo sincretismo jurídico, prevaleciam o princípio dispositivo e a plena disponibilidade das situações jurídico-processuais.²⁷³ O segundo momento, chamado de autonomista, embora tenha tido inegável relevância para o desenvolvimento da ciência processual, sobretudo porque, segundo o autor, nele “surgiram os grandes tratados e importantíssimas monografias que são do conhecimento geral e serviram para possibilitar o uso adequado do instrumental que o direito processual confere”, pecava por ser excessivamente abstrato e alheio à realidade social. Para Dinamarco, “não se justifica mais a clássica postura metafísica consistente nas investigações conceituais destituídas de endereçamento teleológico”.²⁷⁴

A nova fase proposta pelo autor, portanto, visava dar ao processo um sentido finalístico, sem se afastar das conquistas teóricas da fase autonomista, porquanto os institutos processuais conceituados nessa fase constituíam suporte para “a construção de um sistema jurídico-processual apto a conduzir aos resultados práticos desejados”.²⁷⁵ Assim, o autor insere na ciência processual uma dimensão ética, afastando-a, embora não completamente, da postura “puramente” técnica característica da fase autonomista. Para o autor:

A negação da natureza e objetivo puramente técnicos do sistema processual é ao mesmo tempo a afirmação de sua permeabilidade aos valores tutelados na ordem político-constitucional e jurídico-material (os quais buscam efetividade através dele) e reconhecimento de sua inserção no universo axiológico da sociedade a que se destina.²⁷⁶

Com a negação da pureza técnica — que, segundo a teoria abordada, tornaria o processo permeável a um universo de valores — e a adoção de uma postura instrumentalista, seria possível aprimorar o sistema processual, aproximando-o da realidade social:

É a instrumentalidade o núcleo e a síntese dos movimentos pelo aprimoramento do sistema processual, sendo consciente ou inconscientemente tomada como premissa pelos que defendem o alargamento da via de acesso ao judiciário e eliminação das diferenças de oportunidades em função da situação econômica dos sujeitos, nos estudos e propostas pela inafastabilidade do controle jurisdicional e efetividade do processo, nas preocupações pela garantia da ampla defesa no processo criminal ou

²⁷¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 21.

²⁷² *Ibidem*.

²⁷³ *Ibidem*.

²⁷⁴ *Ibidem*.

²⁷⁵ *Ibidem*, p. 22.

²⁷⁶ *Ibidem*.

pela igualdade em qualquer processo, no aumento da participação do juiz na instrução da causa e da sua liberdade na apreciação do resultado da instrução.²⁷⁷

Dinamarco trata a visão instrumental como algo intuitivo, decorrente essencialmente da defesa do alargamento do Poder Judiciário. Essa ideia estaria tanto no “espírito” do processualista moderno quanto nas preocupações do legislador. Por isso, esse “método de pensamento” deveria imbuir o trabalho dos intérpretes do direito e capacitar o juiz para “dar ao seu instrumento de trabalho a dimensão que os tempos exigem”,²⁷⁸ com o fim de tornar efetiva a prestação jurisdicional. A teoria, portanto, tem entre os seus objetivos a construção de uma ciência processual que possa municiar o juiz de mecanismos úteis para um efetivo exercício de sua função. Para tanto, o autor desenvolve o seu raciocínio a partir de três premissas metodológicas.

A conexão instrumental do processo a fatores axiológicos externos é a primeira premissa metodológica utilizada por Dinamarco para desenvolver a sua tese. Nesse sentido, ele vai estabelecer uma conexão essencial entre o processo e a ordem constitucional,²⁷⁹ enfatizando-o como microcosmos da democracia, dado que, para o autor, “o processo precisa refletir as bases do regime democrático”.²⁸⁰ Além disso, o processo também deve acompanhar as mutações constitucionais, *moldando-se* continuamente, pois, para ele, é natural que, como instrumento, “guarde perene correspondência com a ordem constitucional a que serve”.²⁸¹ A ideia de processo como instrumento servirá, do mesmo modo, como meio de promover mutações na ordem constitucional e legal, que “constituem, na verdade, imposições do próprio sentimento nacional”,²⁸² canalizadas pelo Estado na figura do juiz. Por último, a visão instrumental de processo teria o condão de, efetivamente, dar à ciência processual o seu necessário caráter publicista. O autor enxergava ainda presente “uma ciência processual construída mediante afirmações e pressupostos publicistas, mas revelando surpreendentes posicionamentos sobrevividos ao sincretismo privatista já superado”.²⁸³

A segunda premissa metodológica é encontrada pelo autor na teoria geral do processo, vista de uma perspectiva unitária. Os elementos fundamentais do processo seriam os mesmos para todas as suas ramificações. Na teoria geral sustentada, a instrumentalidade é a

²⁷⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 23.

²⁷⁸ *Ibidem*.

²⁷⁹ *Ibidem*, p. 24.

²⁸⁰ *Ibidem*.

²⁸¹ *Ibidem*, p. 30.

²⁸² *Ibidem*, p. 42.

²⁸³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 46.

[...] nota central de todo o sistema e tendência metodológica do direito processual contemporâneo como um todo; a visão instrumentalista, alimentada pela comprovação que a teoria geral fornece, é o vento mais profícuo da atualidade, em direito processual.²⁸⁴

O autor define a teoria geral do processo como um “sistema de conceitos e princípios elevados ao grau máximo de generalização útil e coordenados indutivamente a partir do confronto dos diversos ramos do direito processual”.²⁸⁵ Assim, identifica-a como disciplina que reúne os institutos, princípios e garantias, conferindo sistematicidade à ciência processual. Dinamarco estabelece uma relação metodológica entre a teoria geral do processo e o instrumentalismo. Para ele, a instrumentalidade é o elemento que permite harmonizar o sistema processual, operando, por meio de “uma definição teleológica preestabelecida”,²⁸⁶ como coordenador funcional dos seus componentes fundamentais (jurisdição, ação, defesa e processo). Portanto, metodologicamente, a instrumentalidade constituiria “a expressão resumida dos objetivos de todo o sistema processual”.²⁸⁷

Por fim, a terceira premissa metodológica é a substituição da ação, como conceito central da teoria do processo, pela jurisdição. Esse é o ponto mais sensível dos pressupostos metodológicos desenvolvidos pelo autor. A razão desse deslocamento do eixo teórico ocorre em virtude de se entender que a análise do sistema processual a partir do instituto da ação seria “um hábito metodológico mantido pelos juristas latinos em geral, em continuação ao privatismo dominante durante os milênios do sincretismo hoje superado”.²⁸⁸ Para Dinamarco, duas razões justificariam a superação do conceito de ação como ponto central da teoria do processo: a primeira é que o seu caráter essencialmente individualista se chocaria com um sistema processual marcadamente publicista.²⁸⁹ A segunda justificativa alude que essa noção restringiria o alcance da teoria geral ao processo civil, deixando de lado os demais ramos da ciência processual, como, *v.g.*, o processo penal.²⁹⁰

Dando primazia metodológica à jurisdição, entendida como *poder*, promove-se a abertura do sistema processual a influxos axiológicos estranhos ao direito, proporcionando a

²⁸⁴ *Ibidem*, p. 75.

²⁸⁵ *Ibidem*, p. 59.

²⁸⁶ *Ibidem*, p. 62.

²⁸⁷ *Ibidem*.

²⁸⁸ *Ibidem*, p. 77.

²⁸⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 77.

²⁹⁰ “Por ser individualista e restrita ao processo civil, desmerece apoio a tendência a colocar a ação ao centro da constelação dos institutos de direito processual”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 79.

pretendida integração entre o processo e a realidade social. Tratar-se-ia a jurisdição, portanto, do instrumento utilizado pelo Estado para cumprir os *seus* objetivos.²⁹¹ Em suas palavras:

A preponderância metodológica da jurisdição, ao contrário do que se passa com a preferência pela ação ou pelo processo, correspondente à preconizada visão publicista do sistema, como instrumento do Estado, que ele usa para o cumprimento de objetivos seus. Certamente, essa postura guarda relação com a maneira como é visto o próprio Estado na cultura ocidental contemporânea e com os postulados do chamado *Estado social*: é inegável a relatividade histórica das instituições jurídicas, especialmente das de direito público, que refletem mais diretamente o modo de ser do próprio Estado em que se inserem, recebendo os influxos do regime político em vigor. Ver e tratar o processo, discipliná-lo e aplicar concretamente seus preceitos a partir dessas premissas, permite endereça-lo aos objetivos em razão dos quais têm vida o próprio ordenamento processual e os seus institutos. A ordem processual, como sistema aberto, ou “dependente”, integra-se em outro sistema de maior espectro e significado, representado pela ordem jurídico do país, através do fio da instrumentalidade: o que justifica a própria ordem processual como um todo é a sua função de proporcionar ao Estado meios para o cumprimento de seus próprios fins, sendo que é o exercício do poder que estes são perseguidos (e a ação, a defesa e o processo constituem o contorno da disciplina da jurisdição).²⁹²

Assim, o direito processual seria “a disciplina do exercício do poder mediante atos imperativos”.²⁹³ Com isso, o processo adquire uma feição política, voltada para o atingimento de objetivos estatais por meio da atividade jurisdicional.²⁹⁴ Essa é a verdadeira contribuição de Dinamarco para a escola instrumentalista do processo, que, segundo ele, limitava-se a uma visão instrumentalista *interna* do fenômeno processual, por meio da relação entre processo e direito material.

A perspectiva externa do sistema processual assumida pelo autor, a partir das premissas conceituais acima sintetizadas, vai permitir-lhe inculcar à atividade jurisdicional o que ele chama de “escopos da jurisdição”. Para ele, pouco acrescenta à ciência processual “a usual afirmação de que ele é um instrumento, enquanto não acompanhada da indicação dos objetivos a serem alcançados mediante o seu emprego”.²⁹⁵ O grau de utilidade do processo, aduz o autor, é medido

²⁹¹ “Mediante a utilização do sistema processual, propõe-se o Estado, antes de tudo, a realizar objetivos que são *seus*”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 77.

²⁹² DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 81-82.

²⁹³ *Ibidem*, p. 82.

²⁹⁴ “A ideia de *poder*, que está ao centro da visão moderna do direito processual, constitui assim fator de aproximação do processo à *política*, entendida esta como o *processo de escolhas axiológicas e fixação dos destinos do Estado*.”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 83.

²⁹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 149.

por seus escopos.²⁹⁶ Dessa forma, a dimensão jurídica vai ser invadida por elementos de conteúdo sociopolítico.

Dinamarco, por meio da abertura proporcionada pelo deslocamento do ponto central da teoria à jurisdição, atribui a ela três escopos: social, político e jurídico. Os escopos sociais se materializam na pacificação com justiça e na educação. O primeiro é, segundo o autor, “o mais elevado escopo social das atividades jurídicas do Estado”,²⁹⁷ qual seja: solucionar os conflitos “mediante critério justos”.²⁹⁸ Já a educação é o escopo social que visa tornar a sociedade mais educada e confiante.²⁹⁹ Assim, seria papel da jurisdição conscientizar os membros da sociedade de seus direitos e obrigações.³⁰⁰ Segundo o autor, o papel de educar exerceria a relevante função de ampliar o acesso ao Judiciário, fazendo com que os conflitos sociais sejam decididos por ele, o que, por consequência, aumentaria a confiança da população nesse poder, além da segurança social e da eliminação da insatisfação.

Os escopos políticos do processo, para Dinamarco, seriam a afirmação da capacidade de o Estado decidir de maneira imperativa, a valorização da liberdade e a garantia de participação dos cidadãos.³⁰¹ Segundo preceitua, a missão política dos juízes não é apenas “atuar a vontade concreta da lei”. Essa postura seria “sinal seguro de um individualismo”, decorrente da “tradicional postura românica consistente em referir todo o direito ao indivíduo (*persona*) e pensar no homem como sujeito de direito e não como integrante da sociedade política e merecedor de condições para a felicidade pessoal”.³⁰² Trilhando essa ideia anti-individualista, Dinamarco sustenta ser o processo instrumento do Estado a serviço de seus objetivos políticos, “que se situam por detrás da própria lei”.³⁰³ A partir desses objetivos, o processo, que não é um fim em si mesmo, passa a figurar como mecanismo de consecução de objetivos estatais extralegais.

²⁹⁶ *Ibidem*.

²⁹⁷ *Ibidem*, p.161.

²⁹⁸ *Ibidem*.

²⁹⁹ *Ibidem*, p. 162.

³⁰⁰ *Ibidem*.

³⁰¹ “São, fundamentalmente, três aspectos. Primeiro, afirmar a capacidade estatal de decidir imperativamente (poder), sem a qual nem ele mesmo se sustentaria, nem teria como cumprir os fins que o legitimam, bem haveria razão de ser para o seu ordenamento jurídico, projeção positivada do seu poder e dele próprio; segundo, concretizar o culto ao valor liberdade, com isso limitando e fazendo observar os contornos do poder e do seu exercício, para a dignidade dos indivíduos sobre as quais ele se exerce; finalmente, assegurar a participação dos cidadãos, por si mesmos ou através de suas associações, nos destinos da sociedade política.” DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 168.

³⁰² DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 169.

³⁰³ *Ibidem*.

É possível perceber, portanto, que Dinamarco propõe uma teoria substancialista da ciência processual, avessa a qualquer tipo de formalismo.³⁰⁴ A ampla liberdade das formas, justificada pelo caráter teleológico do processo, é a nota fundamental de seu sistema. Para ele, o juiz, como agente político do Estado, não pode ser “enclausurado em cubículos formais do procedimento, sem liberdade de movimentos e com pouquíssima liberdade criativa.”³⁰⁵ Deve moldá-lo segundo a necessidade de seus escopos extrajurídicos.³⁰⁶

Obviamente, essa visão amplia o poder do julgador, que, engajado no propósito de concretizar os objetivos — metajurídicos — do Estado no processo, passa a exercer uma atividade tipicamente criativa. Nesse sentido, por meio de sua sensibilidade, converte-se em canalizador³⁰⁷ dos sentimentos da nação³⁰⁸, que podem até mesmo justificar a perda da legitimidade da lei, com a prolação de sentenças que se afastem do seu conteúdo semântico.

O alargamento dos escopos da atividade processual, mediante a sua integração a finalidades políticas, provoca, por consequência, um elastecimento da instrumentalidade das formas, “destinada a atenuar e racionalizar os rigores das exigências formais”.³⁰⁹ Nas palavras do autor: “[...] no processo marcado pela liberdade das formas, o princípio da instrumentalidade tem a importância de parâmetro da própria liberdade e serve para amparar o respeito às garantias fundamentais, como penhor de obtenção dos resultados e, portanto, da validade do ato.”³¹⁰ Assim, também o sistema de nulidades é afetado, limitando a noção de prejuízo aos “objetivos

³⁰⁴ Não é enrijecendo as exigências formais, num fetichismo à forma, que se asseguram direitos; ao contrário, o formalismo obcecado e irracional é fator de empobrecimento do processo e cegueira para os seus fins. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 128.

³⁰⁵ *Idem*. p. 129.

³⁰⁶ Cada ato do procedimento há de ser conforme a lei, não em razão de estar descrito na lei nem na medida do rigor das exigências legais, mas na medida da necessidade de cumprir certas funções do processo e porque existem as funções a cumprir. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 130.

³⁰⁷ Em casos de formar-se um valor entre o texto da lei e os sentimentos da nação, muito profundo e insuperável, perde legitimidade a lei e isso cria clima para a legitimação das sentenças que se afastem do que ela em sua criação veio ditar. [...] Em suma: o juízo do bem e do mal das disposições com que a nação pretende ditar critérios para a vida em comum não pertence ao juiz. Este pensa no caso concreto e cabe-lhe apenas, com sua sensibilidade, buscar no sistema de direito positivo e nas razões que lhe estão à base, a justiça do caso. Tem liberdade para a opção entre duas soluções igualmente aceitáveis ante o texto legal, cumprindo-lhe encaminhar-se pela que melhor satisfaça seu sentimento e justiça. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 243.

³⁰⁸ “[...] incumbe ao juiz postar-se como canal de comunicação entre a carga axiológica atual da sociedade em que vive e os textos, de modo que estes fiquem iluminados pelos valores reconhecidos e assim possa transparecer a realidade da norma que contém no momento presente. O juiz que não assuma esta postura perde a noção dos fins de sua própria atividade, a qual poderá ser exercida até de modo bem mais cômodo, mas não corresponderá às exigências de justiça.” DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 286.

³⁰⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 286.

³¹⁰ *Ibidem*.

da participação contraditória” no processo e conformando a categoria à liquidez formal que a instrumentalidade do processo preconiza. Nessa esteira, aduz o autor:

O “prejuízo”, sem o qual nulidade alguma se pronunciava, é apenas o dano causado aos objetivos da participação contraditória; onde o procedimento ficar maculado mas ileso saia a garantia de participação, cerceamento algum houve à “defesa” da parte. Cabe ao juiz até, ao contrário, amoldar os procedimentos segundo as conveniências do caso.³¹¹

Vê-se, portanto, que a teoria de Dinamarco caracteriza-se por sua aversão ao formalismo, bem como pela crença na capacidade dos juízes, por meio do processo, de promover a concretização dos valores propugnados pela nação, em matriz intelectual que, em suas linhas gerais, assemelha-se às ideias defendidas pelos ideólogos autoritários da década de 1930. Esse fato é comprovado quando Dinamarco trata da legitimação do procedimento. Para ele, o formalismo, a lentidão dos procedimentos e a impunidade são as causas da perda de legitimidade do Poder Judiciário:

O formalismo e a lentidão dos procedimentos, associados à estreiteza da vida de acesso ao Poder Judiciário e à impunidade consentida pelos tribunais nestes tempos de verdadeira neurose em face da violência urbana, são fatores de degradação da legitimação do poder perante a sociedade brasileira contemporânea. São decepções que se somam a decepções e geram um estado de descrença e permanente decepção generalizada: conduzem a comportamentos rebeldes ao sistema jurídico, como os linchamentos e surgimentos de “justiceiros”, chegando a conferir a justiça, numa pesquisa de opinião pública, conceito nada abonador (nota 3,5 em escala de 0 a 10).³¹²

A legitimação do processo para Dinamarco, portanto, decorre do grau de aceitação social da atividade jurisdicional, dimensionada a partir dos resultados jurídicos e extrajurídicos por ela alcançados na realidade social. Seria um fato social, sem qualquer traço jurídico. Nessa medida, o processo, entendido tanto como instrumento de aplicação do direito material (visão interna) quanto de promoção de escopos metajurídicos (visão externa), vai permitir, como se exporá no próximo capítulo deste trabalho, a modelagem da política criminal segundo a massa disforme produzida pelo atomizado senso de justiça dos milhares de juízes brasileiros, solapando exatamente as mesmas garantias constitucionais que Dinamarco diz defender.

³¹¹ *Ibidem*, p. 136.

³¹² *Ibidem*, p. 141.

2.5.2 A Penetração da Doutrina da Segurança Nacional no Processo: O Instrumentalismo Dominado pela Escola Superior de Guerra

Ponto pouco explorado é a penetração da doutrina da segurança nacional nas lições de Cândido Rangel Dinamarco. Sobre o tema, Gloeckner, em sua obra “Autoritarismo e processo penal”, revela o que à maioria não se faz tão claro: a instrumentalidade do processo edifica-se nos princípios fundantes da doutrina professada pela Escola Superior de Guerra. Por essa razão, o autor sustenta que a ideia instrumental do processo desenvolvida por Dinamarco “enfraquece substancialmente qualquer compromisso do processo penal com o Estado Democrático de Direito”,³¹³ pois:

Esta forma de instrumentalidade abre inúmeros pontos de conexão com a ideologia da segurança nacional, representada pela formação discursiva herdada da Escola Superior de Guerra e repaginada após o advento da Constituição Federal de 1988.³¹⁴

Como visto, a instrumentalidade do processo de Dinamarco busca publicizar o processo, adequando-o às exigências de um Estado Social. A alteração do eixo gravitacional para a jurisdição, concebida como expressão do poder nacional, é que permite ao autor a ampliação do escopo processual para além do campo jurídico, tornando-o instrumento de consecução de objetivos metajurídicos, informados por uma realidade política disposta a preservar o bem comum e os interesses da nação. Trata-se de um conceito de jurisdição “como expressão do poder político”.³¹⁵

A primeira ideia que aproximará Dinamarco da doutrina da Escola Superior de Guerra é a própria noção de instrumentalidade do poder (jurisdição). A concepção instrumental do processo havida até aquele momento, de meio para a satisfação do direito material, era insuficiente para o autor.³¹⁶ A atribuição de uma função política ao conceito de jurisdição, agora no centro da ciência processual, permitiu a ele, como já visto, ampliar a função do processo,

³¹³ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. v. 1. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 568.

³¹⁴ *Ibidem*.

³¹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 159.

³¹⁶ Na realidade, as conhecidas tradicionais tentativas de definição teleológica da jurisdição permaneceram no plano jurídico, com a crença de ser suficiente explicação da função jurisdicional, que antes de tudo é *política*, em face da mecânica *do direito*. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 150)

tornando-o mecanismo para a “realização dos fins do próprio Estado”.³¹⁷ O processo para o autor não é um fim em si mesmo e, assim, deve possuir finalidades. No mesmo sentido, está o discurso da Escola Superior de Guerra:

O Sentido Instrumental do Poder Nacional destaca o erro de entendê-lo como um fim em si mesmo. O Poder é um meio para a produção de efeitos. Por isso, muito mais que a preocupação com o poder sobre, o que se tem em vista é o poder para.³¹⁸

Nesse diapasão, a Escola Superior de Guerra vai sustentar uma concepção dinâmica de poder, não um fim em si mesmo, mas “instrumento de que dispõe a Nação para conquistar e manter seus objetivos”,³¹⁹ assim como se dá com a concepção instrumentalista de processo defendida por Rangel Dinamarco. Interessante notar, de passagem, que essa ideia, ao permitir a submissão do processo a influxos ideológicos politicamente orientados, possibilita o esvaziamento dos direitos individuais em detrimento de abstrações coletivistas. Como acentua Gloeckner, “no campo do processo penal, significa uma subordinação do processo penal à defesa social”,³²⁰ ou a outros valores determinados pelas contingências políticas.

Outro ponto que aproxima Dinamarco da doutrina da Escola Superior de Guerra é a definição do caráter unitário do poder, resultante da totalização dos componentes sociais.³²¹ Esse elemento, ademais, justifica a politização da jurisdição, pois embora possa diferenciar-se funcionalmente o poder a partir das diversas manifestações estatais, “cada Expressão, ao mesmo tempo que se caracteriza pela produção de efeitos prevalentes de uma certa natureza, não pode jamais ser considerada isoladamente”.³²² Segundo Gloeckner:

Como pode ser facilmente constatado, a unidade do poder nacional é que justificará, desde o ponto de vista político, a unidade da jurisdição: não como uma discussão interna ao processo, mas desde uma concepção metajurídica e finalista, que insere a jurisdição e o processo num quadro de servilismo funcional aos objetivos nacionais.³²³

³¹⁷ *Ibidem*.

³¹⁸ ESCOLA SUPERIOR DE GUERRA. **Manual básico: elementos fundamentais**. v. I. Rio de Janeiro, 2014. p. 35.

³¹⁹ *Ibidem*.

³²⁰ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. v. 1. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 581.

³²¹ O Caráter de Integralidade do Poder Nacional resulta da relação sistêmica dos seus componentes. Esse resultado é mais do que a simples soma dos componentes: é a resultante do efeito sinérgico, em que todos eles se intercondicionam, se interligam e se completam; gerando, no processo, uma nova dimensão que não está nos indivíduos nem nos grupos, mas desponta no todo. ESCOLA SUPERIOR DE GUERRA. **Manual básico: elementos fundamentais**. v. I. Rio de Janeiro, 2014. p. 36.

³²² ESCOLA SUPERIOR DE GUERRA. **Manual básico: elementos fundamentais**. v. I. Rio de Janeiro, 2014. p. 42.

³²³ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. v. 1. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 573.

Outro aspecto a evidenciar a influência da doutrina autoritária na obra de Dinamarco é a citação feita à noção de “bem comum”, sustentada pela Escola Superior de Guerra,³²⁴ na nota de rodapé inserida na página 150 de sua obra, onde se lê: “o bem-comum é o objetivo nacional síntese, na doutrina da Escola Superior de Guerra”.³²⁵ A referência, portanto, é expressa e vai dominar toda a obra do autor, que o apontará como referencial último dos objetivos estatais,³²⁶ indicando ser a justiça a sua expressão no processo.³²⁷

Os escopos metajurídicos afirmados por Dinamarco também encontram clara correspondência na doutrina da Escola Superior de Guerra. O escopo social de pacificar com justiça, abordado anteriormente, justifica-se na ideia de paz social,³²⁸ que aparece entre os objetivos fundamentais da ESG.³²⁹ A função educativa, do mesmo modo, é para a referida Escola Militar “elemento importante para a definição do nível de Bem-Estar [...], vetor das informações necessárias para praticar a forma de vida tida como boa”.³³⁰ Essa postura é que permitirá tratar o direito e o processo penal de forma pedagógica.

Por essas razões, é possível sentenciar que “a perspectiva instrumentalista é inequivocamente autoritária, pois convoca a jurisdição ao exercício de objetivos igualmente militares.”³³¹ Assim, ao fim e ao cabo, a proposta de Dinamarco, na verdade,

³²⁴ “A concepção do Bem Comum, circunscrita a uma sociedade nacional, dá origem a determinadas obrigações de seus membros em relação ao corpo social, não apenas consubstanciadas no plano ético e moral, mas, também, no ordenamento jurídico-institucional. Em decorrência, no chamado Estado de Direito, o Bem Comum constitui-se, entre outros, num processo orientador de deveres e direitos de governantes e governados.” ESCOLA SUPERIOR DE GUERRA. **Manual básico: elementos fundamentais**. v. I. Rio de Janeiro, 2014. p. 12-13.

³²⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 150.

³²⁶ “A nação, como realidade social, dispõe de meios integrados para a consecução de seus objetivos, sintetizados no *bem comum*.” DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 87-88.

³²⁷ *Ibidem*, p. 156.

³²⁸ “Por esse aspecto, a função jurisdicional e a legislação estão ligadas pela unidade do escopo fundamental de ambas: a paz social.” DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 159.

³²⁹ “A Paz Social reflete um valor de vida, não imposto, mas decorrente do consenso, em busca de uma sociedade caracterizada pela conciliação e harmonia entre pessoas e grupos, principalmente entre o capital e o trabalho, e por um sentido de justiça social que garanta a satisfação das necessidades mínimas de cada cidadão, valorizando as potencialidades da vida em comum, beneficiando a cada um, bem como a totalidade da sociedade.” ESCOLA SUPERIOR DE GUERRA. **Manual básico: elementos fundamentais**. v. I. Rio de Janeiro, 2014. p. 25.

³³⁰ “A educação, tanto formal quanto informal, é outro elemento importante para a definição do nível de Bem-Estar. Constitui vetor das informações necessárias para praticar a forma de vida tida como boa, não apenas na medida em que capacita para o agir, mas, também, enquanto cria condições para que o Homem atribua a sua experiência o significado capaz de valorizá-la.” ESCOLA SUPERIOR DE GUERRA. **Manual básico: elementos fundamentais**. v. I. Rio de Janeiro, 2014. p. 61.

³³¹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. v. 1. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 583.

[...] é um processo de escamoteamento da ideologia da segurança nacional, fazendo-a penetrar no regime democrático como uma proposta coincidente com o “modo de ser” do processo nas democracias contemporâneas.³³²

A exposição da convergência de fundamentos entre a “instrumentalidade do processo” e a doutrina professada pela Escola Superior de Guerra permite evidenciar como categorias autoritárias penetraram, silenciosamente e de forma acrítica, na doutrina e jurisprudência brasileiras. O fato interessante e de inegável importância crítica é que a relação teórica entre as doutrinas em debate pouco foi questionada. Na verdade, a matriz teórica tomou, após 1988, um verniz democrático, que permitiu o ocultamento das ranhuras antidemocráticas presentes na ideia.

2.6 SÍNTESE CONCLUSIVA DA PRIMEIRA PARTE E APONTAMENTOS

1. A instrumentalidade das formas surge como categoria autoritária na Era Vargas. A convergência ideológica entre a política e o direito, que então buscava a superação do individualismo oriundo do liberalismo formal burguês, permitiu a captura de modelos processuais pela política, utilizados como instrumento de um Estado totalitário que amparava a sua legitimidade numa pretensa emancipação da coletividade em detrimento dos interesses particulares dos indivíduos.

2. À redemocratização havida em 1945, após a queda da ditadura varguista, não se seguiu a revisão dos diplomas normativos editados sob a égide do Estado Novo. Muito embora tenha ocorrido nítida evolução quanto ao regime político, pois inegável a sua pretensão democrática, foi mantida toda a estrutura inquisitória nos campos do direito penal e do processo penal.

3. Findo o período democrático iniciado em 1945, instaurou-se no Brasil um regime de exceção. As normas produzidas na Era Vargas persistiram, o que poderia se justificar, haja vista que a identidade política fundamental havida entre os regimes, de natureza inegavelmente totalitária, bem como o senso comum punitivista que até hoje se encontra enraizado na sociedade brasileira não favoreciam qualquer tipo de revisão dos instrumentos repressivos

³³² *Ibidem*, p. 569.

estatais. Na verdade, nesse período, houve um enrijecimento da jurisdição penal, politicamente utilizada para perseguir adversários políticos.

4. Em todo esse período, o entendimento de que o processo seria mero instrumento do direito material prevaleceu de forma praticamente pacífica, o que auxiliou a formação de uma cultura processual instrumentalista. Em 1987, essa ideia tomou a sua forma mais bem elaborada no direito processual brasileiro, a partir da obra “A instrumentalidade do processo”, de Cândido Rangel Dinamarco, na qual o autor amplia o conceito, com o fim de integrar a sociedade no processo. Referida obra foi, como se expôs, fundamentalmente influenciada pela doutrina da segurança nacional, construída pela Escola Superior de Guerra em plena efervescência de antagonismos ideológicos, e serviu para permear a nova ordem com as velhas categorias firmadas em toda a história recente do Brasil.

6. Como a instituição de um texto normativo não é suficiente, embora necessária, para alterar a realidade que ele pretende regular, a capacidade de a Constituição *constituir-a-ação* dependerá também do desenvolvimento de uma cultura jurídica propensa a possibilitar a canalização dos valores democráticos prescritos na Carta da República, fator ainda ausente no Brasil. A formação de uma “cultura democrática” efetiva encontra relevante obstrução, em virtude da profunda penetração no tecido social da “cultura totalitária” que se formou sobretudo nos períodos ditatoriais, narrados neste e no primeiro capítulo, e que ainda domina a dogmática jurídico-penal.

7. Evidencia-se, portanto, um espólio repressivo que constitui, muitas vezes de forma velada, as nossas práticas jurídicas e que conduz a uma situação de estancamento da necessária evolução do processo penal. Muitas vezes até mesmo o pouco que se imagina evoluir não se trata, com efeito, de efetiva evolução, uma vez que a produção dos sentidos nas práticas sociais brasileiras insiste em acontecer a partir de estruturas cognitivas de natureza antidemocrática, que se autorreproduzem e impedem, muitas vezes de forma inconsciente, a emancipação do sujeito como responsável pelo seu destino e partícipe do campo social em que se encontra inserido.

8. Esse ponto será abordado no último capítulo deste trabalho, no qual se pretende demonstrar que algumas categorias jurídicas — como a instrumentalidade das formas, do processo etc. — não podem ser preservadas num sistema social orientado pelo ideal democrático contemporâneo, pois são significantes atrelados a concepções absolutistas de Estado e, portanto, de natureza paradigmática absolutamente oposta, não havendo possibilidade de conformação com modelos que têm por característica central a construção de uma realidade

social na qual se pretenda que a produção dos sentidos se dê de forma intersubjetiva, privilegiando a comunicação em vez da submissão, a diluição do poder em vez da concentração.

3 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Em 5 de outubro de 1988, após 24 anos de regime militar, foi promulgada a Constituição Federal de 1988, sétima da história nacional e marco de uma nova redemocratização do país. Por meio dela, ocorreu uma verdadeira ruptura com a ordem jurídica anterior, ao instaurar-se — ao menos na dimensão normativa —, conforme enunciado já no seu artigo 1º, um Estado Democrático de Direito. Dessa forma, o presente capítulo tem por fim investigar as características gerais dessa nova ordem jurídico-política, identificar a matriz processual nela inserida, definir o mecanismo que determina a natureza inquisitória do sistema processual brasileiro e investigar as raízes fundantes do paradigma instrumental do processo.

3.1 UM NOVO PARADIGMA

3.1.1 O Estado Democrático de Direito

O Estado Democrático de Direito é o produto histórico das crises sociais provocadas pelos modelos de Estado Liberal e Social. Conforme já exposto no primeiro capítulo deste trabalho, a falência do liberalismo, iniciada no século XX, gerou intensos debates sobre a neutralidade do ente estatal que esse modelo propagava. A sua incapacidade de lidar com os problemas sociais, muitas vezes causados pela submissão da realidade a uma lógica estritamente econômica, tornou necessária a mudança de postura do Estado, que, conforme o modelo denominado Estado Social (*welfare state*), passou a intervir na sociedade, de modo a corrigir as distorções sociais provocadas pelo paradigma liberal, diminuindo as desigualdades e promovendo uma série de direitos coletivos. O Estado Social entrou em declínio no final na década de 1970, em razão do déficit fiscal provocado pela crise do petróleo, gerando inflação e

desequilíbrio e baixo crescimento econômico.³³³ Assim, com a crise desse modelo, fez-se necessária a construção de um novo, no qual se resolveria a tensão entre igualdade e liberdade num compromisso entre liberalismo e democracia, entre princípios representativos e identitários.³³⁴

A busca pela conjugação do ideal democrático ao Estado de Direito, “não como uma aposição de conceitos, mas sob um conteúdo próprio onde estão presentes as conquistas democráticas, as garantias jurídico-legais e a preocupação social”,³³⁵ fez emergir o Estado Democrático de Direito. José Afonso da Silva, nesse sentido, sustenta que:

A configuração do *Estado Democrático de Direito* não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*. E aí se entremostra a extrema importância do art. 1º da Constituição de 1988, quando afirma que a República Federativa do Brasil se constitui em *Estado Democrático de Direito*, não como mera promessa de organizar tal Estado, pois, a Constituição aí já o está proclamando e fundando.³³⁶

Nesse novo modelo, a garantia fundante da liberdade individual é o princípio da legalidade, segundo o qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (artigo 5º, inciso II, CF). Contudo, diversamente da concepção de cunho estritamente liberal, que se afirmava apenas no plano formal, a legalidade constitucional é caracterizada por uma dimensão material, tornando-se mecanismo de efetivação da igualdade, por meio “de intervenções que impliquem diretamente uma mudança substantiva nas circunstâncias de vida da comunidade política”.³³⁷ Por meio dela, “o princípio da igualdade e da justiça”³³⁸ se dá “pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais”.³³⁹ A

³³³ Cf. PIRES, Maria Raquel Gomes Maia; DEMO, Pedro. Políticas de saúde e crise do Estado de Bem-Estar: repercussões e possibilidades para o Sistema Único de Saúde. **Saúde e Sociedade [on-line]**. p. 56-71. v. 15, n. 2. 2006.

³³⁴ KRIELE, Martin. **Introdução à teoria do estado: os fundamentos históricos da legitimidade do Estado Constitucional Democrático**. Trad.: Urbano Carvelli. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2009. p. 278.

³³⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. 1. ed. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 113.

³³⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1991. p. 105.

³³⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. 1. ed. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 113.

³³⁸ *Ibidem*, p. 107.

³³⁹ *Ibidem*.

legalidade constitucional, portanto, passa a condicionar-se ao conteúdo dos direitos fundamentais.³⁴⁰

Além disso, a nova Carta da República elevou o povo à fonte soberana do poder, cabendo a esse ente abstrato o seu exercício, por meio de representantes legais devidamente eleitos. Percebe-se, nesse ponto, que se trata de um novo modelo paradigmático. No Estado Democrático de Direito, a legitimidade do poder pressupõe uma organização estatal em termos democráticos,³⁴¹ fundado no princípio da soberania popular, que é “uma das traves mestras do Estado Constitucional”,³⁴² a significar que nele o “poder político deriva do ‘poder dos cidadãos’”.³⁴³

Assim, de forma diversa da vivenciada no Brasil nos períodos ditatoriais anteriormente descritos, nos quais a noção de democracia fora deturpada, com a nova Carta se vai, ao menos no plano normativo, a ideia de tutela do povo pelo Estado, devendo todas as decisões estatais serem tomadas a partir desse significante reitor da ordem jurídico-política, pois:

O princípio democrático não é mais um mero princípio de validade da Constituição, mas também de sua legitimidade, e isso significa, por um lado, o respaldo da própria validade constitucional (que deverá ser procurada na própria constituição, e não na norma hipotética fundamental kelseniana) e, por outro lado, o núcleo de compreensão de todo o texto constitucional e da diretriz do ordenamento jurídico como um todo.³⁴⁴

José Joaquim Gomes Canotilho,³⁴⁵ ao examinar o *princípio democrático* em sua dimensão normativa, assenta que a referida norma busca enfrentar os problemas da legitimidade e da legitimação, ao ser conformado como forma de vida, de racionalização do processo político e de legitimação do poder:

É com base na articulação das “bondades materiais” e das “bondades procedimentais” que a Constituição respondeu aos desafios da legitimidade-legitimação ao conformar normativamente o princípio democrático como forma de vida, com forma de racionalização do processo político e como forma de legitimação do poder.³⁴⁶

³⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Trad.: Alexandre Salim et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 45.

³⁴¹ *Ibidem*, p. 98.

³⁴² *Ibidem*.

³⁴³ *Ibidem*.

³⁴⁴ ARAGON, Manuel. *La eficacia jurídica del principio democrático*. **Revista Española de Derecho Constitucional**. Año 8. n. 24. Septiembre-Diciembre. 1988. p. 31.

³⁴⁵ Apesar de a análise de Canotilho ter como referência a Constituição Portuguesa de 1976, a lição colhida aplica-se, em sua totalidade, à Constituição Federal de 1988, sobretudo porque, neste ponto, ambas as Cartas possuem princípios semelhantes.

³⁴⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2003. p. 288.

Com a Constituição Federal de 1988, a democracia já não é vista apenas sob o prisma formal. Com efeito, o ideário democrático representa um princípio constitutivo do direito a ser constituído, irradiando a sua essência na dinâmica vivaz de uma ordem jurídico-política que continuamente se constitui. Nesse sentido, como sustenta John Dewey, a democracia é “mais do que uma forma de governo; é, primordialmente, uma forma de vida associada, de experiência conjunta e mutuamente comunicada.”³⁴⁷ Essa concepção democrática que emerge da nova ordem constitucional supera a conhecida visão pessimista que desconfia da qualidade da manifestação popular e defende a sua outorga a indivíduos “capazes de escolher racionalmente o que mais convém ao povo”.³⁴⁸ No Estado Democrático de Direito, não há espaço para concepções desse jaez, pois, nesse modelo, a participação de cada indivíduo na tomada das decisões políticas ganha especial relevo.³⁴⁹

Não por outra razão o constituinte positivou a cidadania, que tem, em seu núcleo, o princípio da igualdade³⁵⁰ como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, configurando-se, nesse novo paradigma, “na participação dos cidadãos nas decisões políticas da sociedade”.³⁵¹ Observa-se que, na Constituição Federal de 1988, o exercício da cidadania alcança um espectro alargado, não se limitando apenas ao direito de voto, mas a um amplo rol de direitos que assegura ao indivíduo as condições necessárias de manifestação, de forma contrária ou não, às medidas estatais de interesse da sociedade.³⁵² Não se trata, portanto, do conceito clássico de cidadania, que ligava o cidadão a um determinado Estado:

[...] o novo conceito que se vislumbra o liga a uma comunidade formada pela adesão de várias comunidades políticas, com a necessidade de uma reestruturação de novos espaços para sua atuação, de incrementar a proteção efetiva dos direitos fundamentais e incentivar a construção de uma cidadania ativa, que leve o cidadão a se sentir responsável por cada ato praticado pelos entes sociais.³⁵³

³⁴⁷ DEWEY, John. **Democracia e educação**. Trad.: Godofredo Rangel e Anísio Teixeira. v. 21. Atualidades pedagógicas. São Paulo: Nacional, 1979. p. 93.

³⁴⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 302.

³⁴⁹ “Democracia implica autogoverno, e exige que os próprios governados decidam sobre as diretrizes políticas fundamentais do Estado. O argumento de que o povo é incapaz de uma decisão inteligente não pode ser aceito, porque contém o pressuposto de que alguém está decidindo se a orientação preferida pelo povo é boa ou não. Assim sendo, a orientação será considerada boa ou má de acordo com as preferências de quem estiver julgando. Basta atentar-se para o fato de que, qualquer que seja a decisão popular, sempre haverá grupos altamente intelectualizados e politizados que irão considerá-la acertada, como haverá outros grupos opostos, também altamente qualificados, que a julgarão errada.” DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 303

³⁵⁰ NEVES, Marcelo da Costa Pinto. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016. p. 175.

³⁵¹ CANOTILHO, J.J. Gomes et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. 1. ed. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 118.

³⁵² *Ibidem*.

³⁵³ *Ibidem*, p. 120.

No mesmo sentido, a denotar o aspecto participativo da nova ordem democrática, é a positivação do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito. Tal princípio, muito embora esteja intrinsecamente vinculado à própria condição humana, possui também uma dimensão comunitária, pois é por meio das relações humanas que o indivíduo se reconhece e é reconhecido como sujeito de deveres e direitos fundamentais pela comunidade de pessoas.³⁵⁴

A mesma lógica alicerça os demais fundamentos, com destaque ao pluralismo político, que, expandido além do mero aspecto do direito de organização de partidos, “agregam-se os direitos fundamentais da liberdade de manifestação, de pensamento, de associação, de reunião, todos tratados pelo artigo 5º da Constituição Federal”,³⁵⁵ configurando um modelo típico das sociedades modernas, essencialmente complexas e moralmente heterogêneas. Nesse ponto, o constituinte tutela o pluralismo e preserva o dissenso político-moral,³⁵⁶ por meio de um consenso normativo procedimental e uma série de direitos substanciais denominados pela Constituição Federal de Direitos e Garantias Fundamentais. Veja-se que a convivência pacífica entre indivíduos com diferentes visões de mundos só é possível em razão da existência desse conjunto de regras e princípios que informam as estruturas básicas do Estado, demarcam e regulam o campo da deliberação democrática, garantem um universo mínimo de direitos e vinculam as atividades estatais que deverão, sempre, buscar a sua concretização, conferindo-lhes máxima eficácia.

Canotilho especifica que os direitos fundamentais exercem quatro funções, a saber: *(I)* função de defesa; *(II)* de prestação social; *(III)* de proteção perante terceiros; *(IV)* e de não discriminação. Para este trabalho interessa, fundamentalmente, a primeira, qual seja, a limitação do poder estatal. Nesse sentido, o autor sustenta que essa função é cumprida a partir de duas perspectivas distintas, pois, além de funcionar como norma de competência negativa, proibindo a ingerência do Estado na esfera jurídica individual (caráter objetivo), outorga ao indivíduo o poder “de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)”.³⁵⁷

³⁵⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. 1. ed. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 125.

³⁵⁵ *Ibidem*, p. 135.

³⁵⁶ NEVES, Marcelo da Costa Pinto. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.

³⁵⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2003. p. 408.

José Afonso da Silva faz interessante anotação sobre o assunto, destacando, com base em lição de Pérez Luno, que os direitos fundamentais, no Estado Democrático de Direito, não devem ser interpretados como limitação ou autolimitação do poder estatal. Com efeito, a interpretação consentânea com a ordem jurídico-constitucional deve entender que os direitos fundamentais representam uma “[...] limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dela dependem”.³⁵⁸ Assim,

Ao situarmos sua fonte na soberania popular, estamos implicitamente definindo sua historicidade, que é precisamente o que lhes enriquece o conteúdo e os deve pôr em consonância com as relações econômicas e sociais de cada momento histórico. A Constituição, ao adotá-los na abrangência com que o fez, traduziu um desdobramento necessário da concepção de Estado acolhida no artigo 1º.: Estado Democrático de Direito.³⁵⁹

Tem-se, muito claramente, nesse modelo, a inversão da relação entre o Estado e o indivíduo, pois agora é a soberania popular e toda a gama de direitos e garantias que dela decorre que dá vida ao Estado e impõe os seus limites de ação, propiciando uma zona livre na qual o indivíduo exerce a sua dupla autonomia.³⁶⁰

3.1.2 Garantias Constitucionais e Legitimação

Essa ampla declaração de direitos constitucionais não faria nenhum sentido sem a prescrição de garantias que pudessem lhe dar efetividade. Por essa razão, a Constituição Federal elencou um amplo rol de garantias, espécie de direitos que tutelam direitos,³⁶¹ de mecanismos que visam assegurar a efetividade dos direitos fundamentais de natureza material, abrangendo os direitos individuais e coletivos. Esse é o papel dos direitos fundamentais, os quais se convencionou chamar de garantias constitucionais.

³⁵⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1991. p. 160.

³⁵⁹ *Ibidem*.

³⁶⁰ Cf. “[...] a ‘autonomia pública’ pode ser conceituada como inclusão de pessoas e grupos nos diferentes discursos da esfera pública e, dessa maneira, nos procedimentos constitucionais; a autonomia privada, por sua vez, diz respeito às exigências por integração na sociedade em geral, que emergem da prática cotidiana do mundo da vida.” NEVES, Marcelo da Costa Pinto. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.

³⁶¹ “Assim, é fácil perceber que tais normas constitucionais de garantia são também direitos — direitos conexos com os direitos fundamentais — porque são permissões concedidas pelo Direito Constitucional objetivo ao homem para a defesa desses outros direitos principais e substanciais”. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1991, p. 191.

José Afonso da Silva distingue as garantias dos direitos fundamentais em dois grupos. No primeiro, encontram-se as garantias gerais, referentes às normas e princípios que visam concretizar e tornar efetivos os direitos fundamentais por meio da estruturação normativa das condições sociais, culturais e políticas, de modo a possibilitar a existência “real” desses direitos na comunidade.³⁶² Segundo esclarece o autor, “trata-se da estrutura de uma sociedade democrática, que conflui para a concepção do Estado Democrático de Direito”.³⁶³

O segundo grupo é composto pelas garantias constitucionais, entendidas como as “instituições, determinações e procedimentos mediante os quais a própria Constituição tutela a observância ou, em caso de inobservância, a reintegração dos direitos fundamentais.”³⁶⁴ Esse grupo é dividido em dois tipos: as garantias constitucionais gerais, que são as instituições constitucionais que buscam, de uma forma geral, preservar o respeito aos direitos fundamentais, inserindo-se na lógica dos freios e contrapesos dos poderes com o fim de impedir o arbítrio;³⁶⁵ e as garantias especiais, consubstanciadas em normas jurídicas constitutivas de técnicas e meios orientados a limitar a atuação do Estado e dos particulares a fim de proteger “a eficácia, a aplicabilidade e a inviolabilidade dos direitos fundamentais de modo especial”.³⁶⁶

Veja-se que tanto as garantias constitucionais quanto as garantias especiais vinculam-se à proteção dos pilares do Estado Democrático de Direito, pois são meios destinados à concretização e preservação dos direitos materiais declarados pela Carta Magna, tendo, portanto, uma dimensão organizatória procedimental. Nesse sentido, Robert Alexy afirma que a ideia sobre a conexão entre os direitos fundamentais, organização e procedimento está entre aquelas que mais geraram debates no constitucionalismo moderno.³⁶⁷ Como esclarece o autor, os marcos da discussão são as formulações realizadas por Peter Häberle, que, a partir da teoria dos Quatro *Status* de Jellinek, defende a existência de uma *status activus processualis*, no qual se revela a “face procedimental da liberdade constitucional”, o devido processo dos direitos fundamentais;³⁶⁸ e Konrad Hesse, segundo o qual “organização e procedimento se podem creditar como meios diretos para a realização e garantia dos direitos fundamentais”.³⁶⁹

³⁶² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1991. p. 190.

³⁶³ *Ibidem*.

³⁶⁴ *Ibidem*.

³⁶⁵ *Ibidem*.

³⁶⁶ *Ibidem*.

³⁶⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 470.

³⁶⁸ *Ibidem*.

³⁶⁹ HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do Direito Constitucional**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 54.

A ideia defendida pelo constitucionalista Peter Häberle amplia a teoria dos Quatro *Status* de Jellinek, criando o *status activus processualis*, consubstanciado no direito do indivíduo de participar das decisões dos poderes públicos por meio do procedimento que assegura uma manifestação efetiva da vontade, não se limitando ao mero direito de manifestar e ser ouvido, mas o de exercer influência no resultado do processo. Para o autor

Esse *status activus processualis* amplia, na forma processual, as funções prestacionais para os cidadãos e para os grupos plurais. *De lege* e também de *constitutione lata*, ainda não está totalmente desenvolvido, mas pode ser comprovado, contudo, como equivalente em determinados procedimentos prestacionais e no âmbito dos dispositivos processuais e pluralistas sobre o bem-estar comum (também em modelos participativos). Quanto mais fortemente o Estado prestacional se abre ao cidadão, mais forte fica o referido *status activus processualis*.³⁷⁰

Já Konrad Hesse constata que a efetividade dos direitos fundamentais no seio da sociedade reclama não apenas existência de normas materiais mais minuciosas, mas também a presença de “formas de organização e normas de procedimento”.³⁷¹ Assim, “na medida em que os direitos fundamentais precisam consideravelmente de organização e procedimento”, atuam sobre o direito processual, o qual contribui para concretizá-los e preservá-los. Para Hesse, a organização e o procedimento: (I) são meios de realização e garantias dos direitos fundamentais;³⁷² (II) tornam possível a compensação de posições constitucionais confrontadas;³⁷³ e (III) permitem, a partir do exame da possibilidade fática, a distribuição equitativa de bens jurídicos escassos.³⁷⁴

A par das discussões que o assunto provoca, não se pode negar a relevância do procedimento para a concretização dos direitos fundamentais numa sociedade plural, na qual se pretende assegurar, a todos e indistintamente, os meios necessários para uma vida digna, “síntese da totalidade dos direitos fundamentais dos cidadãos”.³⁷⁵

³⁷⁰ Häberle, Peter. **Os direitos fundamentais no Estado prestacional**. Trad.: Fabiana Okchstein Kelbert, Michael Dietmar Donath. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019. p. 57.

³⁷¹ HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do Direito Constitucional**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 52.

³⁷² *Ibidem*, p. 54.

³⁷³ “Só normas dessa espécie permitem e asseguram uma conciliação razoável entre posições divergentes em, com ela, a efetividade dos direitos fundamentais implicados”. HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do Direito Constitucional**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 54.

³⁷⁴ “Normas adequadas de organização e de procedimento ajudam, assim, a realizar essa participação, revelando-se como o meio eficaz de assegurar em igualdade de oportunidades o acesso a prestação ou à sua distribuição e de que se apurem as possibilidades existentes de prestação”. HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do Direito Constitucional**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 55.

³⁷⁵ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. [E-book - Edição do Kindle]. São Paulo: Saraiva, 2010. posição 23.

Portanto, a tônica fundamental do novo modelo de Estado adotado pela Constituição de 1988, a condicionar a sua própria validade e legitimidade, é o conceito normativo de democracia, fundado no princípio da soberania popular, que funciona como elo entre o Estado de Direito e o Estado Democrático, possibilitando a formulação do Estado Democrático de Direito.³⁷⁶ A nova Carta da República promoveu uma ruptura radical com o modelo autoritário que a antecedeu, articulando uma série de direitos fundamentais, que, alicerçados nos fundamentos prescritos no seu artigo 1º, emancipam o indivíduo, constituem o arcabouço normativo que assegura uma esfera de ação autônoma, livre da ingerência do Estado, bem como asseguram, por meio das regras procedimentais institucionalizadas pela Constituição, a preservação de uma esfera pública pluralista.

3.2 QUE SISTEMA PROCESSUAL PENAL?

Como se viu, o constitucionalismo contemporâneo representa a luta pela democratização do Estado, por meio da estruturação de instituições orientadas pelos direitos fundamentais materializados no texto constitucional. Assim, os procedimentos democráticos ganham especial importância na tessitura jurídica da Constituição Federal, sobretudo porque dão forma e, por consequência, densidade normativa aos direitos materiais. Sem a institucionalização dos procedimentos garantidores, a efetividade desses direitos ficaria submetida à discricionariedade das autoridades, esvaziando as expectativas normativas por eles representadas.

Essa complexa rede de direitos acima destacada se reflete em todo o ordenamento jurídico, merecendo especial atenção os processos nos quais o que está em jogo é a liberdade individual, como se dá no âmbito do direito e do processo penal. Desse modo, mister se faz investigar o modelo de sistema processual adotado pela Carta Magna brasileira, a partir da leitura dos fundamentos do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais prescritos no seu artigo 5º.

A doutrina comumente classifica os sistemas processuais penais em três modelos distintos: inquisitório, acusatório e misto, que, em síntese, nada mais é do que um modelo

³⁷⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2003. p. 100.

híbrido, com notas tanto de um quanto de outro. O modelo inquisitório coloca o julgador no centro do processo. Orientado pelo princípio inquisitivo, o juiz exerce — ilimitadamente — as funções processuais de acusar, defender e julgar, figurando como senhor das provas na construção de uma utópica verdade real. Nesse sentido, Geraldo Prado estabelece ser a essência do sistema inquisitivo a reunião, numa só pessoa, das atividades fundamentais do processo. Segundo o autor:

A maior parte da doutrina refere como características do Sistema Inquisitório a concentração das três funções do processo penal — de acusar, defender e julgar — em um só sujeito, o que conduz, nas palavras de Alcalá-Zamora e Levene, a um processo unilateral de um juiz com atividade multiforme, relegando ao acusador privado uma posição secundária e proporcionando o princípio do processo (*rectius*, da persecução penal) independentemente da manifestação de pessoa distinta da do juiz (*procedat iudex ex officio*); procedimento extremamente secreto e destituído do contraditório, quase sempre marcado pela prisão provisória e disparidade de poderes entre juiz-acusador e acusado; forma escrita e exclusão de juízes populares, historicamente preocupado com o descobrimento da verdade real, via de regra a partir da confissão do imputado, muito embora tenha havido intensa liberdade de o juiz pesquisar e introduzir outros meios de prova.³⁷⁷

Para Luigi Ferrajoli, “todo sistema processual em que o juiz procede de ofício à procura, à colheita e à avaliação das provas, produzindo um julgamento após uma instrução secreta, na qual são excluídos ou limitados o contraditório e os direitos da defesa”³⁷⁸ possui, necessariamente, natureza inquisitória. Nesse sistema, como cabe apenas a uma pessoa o exercício das funções processuais — acusar, defender e julgar —, a manifestação e participação do acusado no destino do processo são irrelevantes, pois nele o acusado é mero objeto da persecução penal. Essa concentração das atribuições em um único agente obstaculiza, por óbvio, a eficácia de quaisquer garantias, como, *v.g.*, a imparcialidade e o contraditório.

O sistema inquisitivo deita raízes na forma absolutista de Estado,³⁷⁹ como revela a própria história brasileira. Esse modelo processual configura-se a partir de uma vinculação das diretrizes políticas que alicerçam a estrutura estatal e seus fins ao modo de resolução dos conflitos penais.³⁸⁰ O atual Código de Processo Penal, *v.g.*, de inegável natureza inquisitória, foi editado — como já visto — na Era Vargas, regime absolutista e autoritário no qual

³⁷⁷ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 149.

³⁷⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer et al. São Paulo: RT, 2002. p. 520.

³⁷⁹ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 148.

³⁸⁰ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 148.

prevaleceu a ideologia da defesa social, que concebia o delito como ofensa à própria ordem social.³⁸¹ Daí ser compreensível que o vigente código tenha se inspirado na necessidade da socialização da tutela penal, ampliando a força repressiva do Estado por meio da supressão dos direitos individuais, legitimada na ideia da primazia de um bem comum ditado pelo Estado.³⁸² Nota-se ser característica predominante dos sistemas inquisitoriais a substancialização do processo,³⁸³ com vistas à realização do direito penal material, o que justifica a concentração do poder no juiz e a construção de mecanismos necessários para a materialização dos objetivos estatais.

A segunda espécie de sistema processual penal é o acusatório, o qual, mais próximo da ideia de democracia, opera sob uma lógica oposta, ao fundar-se precipuamente na separação, entre órgãos distintos, das funções de julgar, defender e acusar, distanciando o julgador da produção da prova, de modo a preservar a sua imparcialidade e permitir o desenvolvimento de um processo paritário entre a acusação e a defesa. Luigi Ferrajoli descreve com clareza os contornos conceituais desse sistema processual penal, identificando-o como:

[...] todo sistema processual que tem o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o julgamento como um debate paritário, iniciado pela acusação, à qual compete o ônus da prova, desenvolvida com a defesa mediante um contraditório público e oral e solucionado pelo juiz, com base em sua livre convicção.³⁸⁴

Jacinto Miranda Coutinho³⁸⁵ pontua que, no sistema acusatório, assim como no inquisitivo, o processo ainda serve à construção de uma verdade histórica; porém, o campo de ação do juiz ao aplicar o direito é limitado cognitivamente ao material produzido pelas partes,

³⁸¹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. Trad.: Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro: Revan, 2020. p. 41.

³⁸² “De par com a necessidade de coordenação das regras do processo penal num código único para todo o Brasil, impunha-se o seu afeiçoamento ao objetivo de maior facilidade e energia da ação repressiva do estado. As nossas leis vigentes de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão terá de ser deficiente, decorrendo daí um indireto estímulo à criminalidade. Urgia abolir semelhante critério de primado do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se podia continuar a transigir com direitos individuais em antagonismo ou sem coincidência com o bem comum. O indivíduo, principalmente quando se mostra rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar outras franquias ou imunidades além daquelas que o garantem contra o exercício do poder público, fora da medida reclamada pelo interesse social.” CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**: sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001. p. 121.

³⁸³ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

³⁸⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer et al. 3. ed. São Paulo: RT. 2010. p. 519-520.

³⁸⁵ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, n. 30. p. 28-29.

que detêm a gestão da prova. É possível visualizar que o modelo acusatório se alinha aos preceitos normativos do Estado Democrático de Direito, pois, ao assegurar o distanciamento do juiz, consagra a imparcialidade e, ao separar as funções processuais, abre espaço para o tratamento paritário e para o contraditório. Por consequência, emergem-se garantias derivadas dessas situações processuais, como a do juiz natural, a presunção de inocência, a ampla defesa e o devido processo legal.

James Goldschmidt distingue os sistemas processuais penais a partir da forma de averiguar a verdade e verificar a justiça. Anota o autor que, para tanto, há dois caminhos. O primeiro resume-se à atuação de ofício pelo juiz na apuração dos fatos, a fim de se convencer da existência de algum delito. Nesse modelo, informado pelo princípio inquisitivo, outras “pessoas não são levadas em conta, senão como meio de informação”.³⁸⁶ No outro modelo, o juiz, para chegar à verdade e à justiça da decisão, limita-se a analisar o material produzido pelas partes em situação de litígio.³⁸⁷ Nesse caso, aplica-se o princípio dispositivo, tomando o procedimento criminal como identidade acusatória.

A partir da conceituação acima desenhada, é possível sustentar a proposição de que um dado sistema se aproximará tanto mais do modelo acusatório quanto menor for a atribuição de poderes ao juiz na produção da prova e na condução do feito, e vice-versa, pois é a partir daí que, na prática, é possível identificar a quebra da imparcialidade e do contraditório, ao neutralizar, na dinâmica própria do processo, a eficácia normativa das garantias constitucionais.

Na doutrina brasileira, alguns autores afirmam que a Constituição Federal de 1988 adotou o sistema acusatório, em razão de o seu artigo 129, inciso I,³⁸⁸ conferir ao Ministério Público a função privativa de promover a ação penal pública. Nesse sentido, sustenta Rogério Schietti, que o constituinte elegeu:

[...] nessa configuração pós-1988, uma estrutura processual de cariz acusatório. Daí se explica a titularidade exclusiva da ação penal pública ao Ministério Público (art. 129, inc. I da CF), com a consequente não recepção (ou inconstitucionalidade, a depender do caso) de diversos dispositivos do Código de Processo Penal e de leis extravagantes em dissintonia com essa legitimação ministerial.³⁸⁹

³⁸⁶ GOLDSCHIMIDT, James. **Problemas jurídicos e políticos do Processo Penal**. Conferência realizadas na Universidade de Madrid nos meses de dezembro de 1934 e de janeiro, fevereiro e março de 1935. Trad.: Mauro Fonseca Andrade, Mateus Marques. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 68.

³⁸⁷ *Ibidem*, p.69.

³⁸⁸ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

³⁸⁹ CRUZ, Rogério Schietti Machado. Rumo a Um Processo Penal Democrático. **Revista Direito em Ação**, v. 1, n. 1, p. 169-229, 2014.

No mesmo sentido, Afrânio Silva Jardim identifica na titularidade privativa da ação penal pública o contorno constitucional de um sistema acusatório:

Para o sucesso deste sistema processual, desempenha o Ministério Público uma função de maior importância, assumindo a titularidade da ação penal e produzindo prova no interesse da verdade, deixando o juiz equidistante do conflito de interesses que, porventura, surja no processo.³⁹⁰

Parte da doutrina comunga do entendimento de que o modelo adotado pela Constituição Federal seria, de fato, o acusatório, ante a divisão funcional das atribuições processuais realizada pelo constituinte. No entanto, numa interpretação restritiva do texto constitucional, exclui-se da sua incidência o inquérito policial, pois esse instrumento, que também compõe uma das fases da persecução penal, não poderia ser tecnicamente qualificado como processo, mas mero procedimento administrativo.³⁹¹ É de se ressaltar que referido entendimento legitima a prática de inúmeros abusos, porquanto subtrai do alcance normativo das garantias constitucionais todos os procedimentos de natureza investigatória, e não apenas do inquérito policial, tais como investigações realizadas pelo Ministério Público e até mesmo sindicâncias administrativas. Essa leitura transforma tais procedimentos em espaços livres da proteção constitucional, nos quais a autoridade atua, muitas vezes, sem limites.

Tourinho Filho leciona no mesmo sentido, divergindo apenas por enxergar que o sistema processual brasileiro, embora acusatório, manteria em sua essência rudimentos inquisitoriais.³⁹² Assim também se manifesta o doutrinador Paulo Rangel, para quem o modelo processual penal brasileiro não é essencialmente puro. A justificativa dada pelo autor é a de que o inquérito policial, de natureza indiscutivelmente inquisitória, muitas vezes integra, como elemento de convicção, a ação penal, exercendo relevante influência no ânimo do julgador.³⁹³

Apesar de a separação entre os ofícios de acusar e julgar ser condição necessária para a efetivação de um sistema tipicamente acusatório, essa característica não é, de per si, suficiente. Um sistema desse matiz vai além da mera separação funcional dos papéis processuais. Como demonstra Jacinto Coutinho, a história nos ensina que a existência de partes não significa a

³⁹⁰ JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 45.

³⁹¹ Cf., v.g., CAPEZ, 2011, p. 83; OLIVEIRA, 2009, p. 09; MARQUES, 2009, p. 48. No mesmo sentido DINAMARCO, 1993, p. 133: “Onde o exercício do poder não conduz a *decisões* que sob a forma de provimentos interfiram na esfera jurídica de pessoas, a ordem social e política tolera os procedimentos sem contraditório. Ilustração expressiva é o *inquérito policial*, em que contraditório não há (daí ser ele mero procedimento, sem ser processo), justamente porque não se endereça a provimento algum; o inquérito termina com um relatório da autoridade policial, quer servirá somente como fator para a *opinio delicti* do órgão acusador.”

³⁹² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 124.

instituição de um tal sistema, como se deu, *v.g.*, nas *Ordonnance Criminelle* (1670), de Luís XIV, na França, que, embora comportassem a presença de partes, possuíam uma estrutura inquisitorial, incluindo o emprego de tortura.³⁹⁴ Tal fato também pode ser empiricamente comprovado pela análise do próprio direito processual brasileiro. Se, no campo normativo, a Constituição Federal de 1988 atribuiu a um órgão específico a função de acusar, a prática, influenciada pelo Código de Processo Penal, revela um modelo muito distante do ideal acusatório, daí porque alguns autores nominam o sistema brasileiro de misto, ou híbrido.

Nesse sentido, parte da doutrina sustenta o hibridismo sistemático por entender que, se a Constituição adotou o modelo acusatório, o Código de Processo Penal vigente é regido pelo princípio inquisitório³⁹⁵. Dessa forma, Guilherme de Souza Nucci aduz que, apesar de a Carta Magna indicar para um sistema acusatório, ela não o impõe, pois, segundo o autor, “quem cria, realmente, as regras processuais penais a seguir é o Código de Processo Penal”.³⁹⁶ Assim, argumenta incorrer em erro aqueles que, somente “porque a Constituição apresenta princípios processuais penais pertinentes ao referido sistema”,³⁹⁷ defendem a existência exclusiva do sistema acusatório. Desse modo, conclui:

Não há como negar o encontro dos dois lados da moeda (Constituição e CPP), resultando, legitimamente, no hibridismo que temos hoje. Sem dúvida, trata-se de um sistema complexo, pois é o resultado de um Código, cuja alma, em seu nascedouro, possuía forte natureza inquisitiva, depois iluminado por uma Constituição Federal imantada pelos princípios democráticos do sistema acusatório.³⁹⁸

O entendimento externado por essa corrente carrega o problema de negar eficácia aos princípios constitucionais. Ora, a incompatibilidade entre os princípios normativos previstos na Constituição Federal e o Código de Processo Penal deve levar, necessariamente, ao reconhecimento da inconstitucionalidade das normas previstas na legislação processual penal. É preciso lembrar que o ápice do ordenamento jurídico é ocupado pela Constituição, e a ela deve a legislação infraconstitucional se conformar. Não se quer negar, contudo, que as regras processuais sejam criadas pelo Código de Processo Penal; entretanto, tais regras só serão válidas

³⁹⁴ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, a.30, n. 30, 1998. p. 29.

³⁹⁵ Nesse sentido: TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 47 e p. 152; BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 4. edição. São Paulo: Atlas, 2009. p.31.

³⁹⁶ Nucci, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 117.

³⁹⁷ *Ibidem*.

³⁹⁸ *Ibidem*.

se forem editadas conforme os procedimentos previstos na Constituição e com ela manterem compatibilidade material.

Jacinto Coutinho,³⁹⁹ do mesmo modo, afirma não haver mais sistemas realmente puros, pois todos seriam mistos.⁴⁰⁰ No entanto, em construção teórica mais refinada, alerta ao “fato de que ser misto significa ser, na essência, inquisitório ou acusatório, recebendo a referida adjetivação em razão dos elementos (todos secundários) que de um sistema são emprestados ao outro”.⁴⁰¹ Assim, negando a possibilidade da existência de um princípio misto, o que faria ruir o sistema, fixa a gestão da prova como característica fundamental de cada um dos sistemas.⁴⁰² No modelo inquisitório, a gestão da prova é confiada “essencialmente ao magistrado que, em geral [...], recolhe-a secretamente”,⁴⁰³ facilitando a atividade do julgar na investigação da verdade dos fatos penalmente relevantes, mesmo os não contidos na acusação;⁴⁰⁴ já no acusatório, “a gestão da prova está nas mãos das partes, devendo o juiz dizer, com base exclusivamente nessas provas, o direito a ser aplicado no caso concreto”.⁴⁰⁵ Dessa forma, Coutinho sentencia que “o sistema processual penal brasileiro é, na essência, inquisitório, porque regido pelo princípio inquisitivo, já que a gestão da prova está, primordialmente, nas mãos do juiz”.⁴⁰⁶

Alguns doutrinadores brasileiros, por outro lado, vão além ao interpretar o modelo de sistema processual normatizado pela Carta Magna, vinculando-o aos seus pilares políticos. Leonardo Marques, a partir de uma leitura efetivamente constitucional, assenta que o modelo acusatório traduz, em essência, as ideias da descentralização do poder, da forma participativa e

³⁹⁹ Destaca-se que a obra citada de Jacinto Nelson de Coutinho Miranda fora publicada no ano de 1998, antes, portanto, das relevantes alterações promovidas no Código de Processo Penal em 2008 e 2019, que buscaram concretizar um modelo processual penal consentâneo com os princípios basilares do sistema acusatório e com as garantias e direitos fundamentais. No entanto, os ensinamentos contidos na obra continuam a ter singular relevância, sobretudo em virtude de que, muito embora o legislador tenha pretendido efetivar um modelo processual penal democrático, a prática judicial nos revela que os tribunais ainda são tolerantes com interpretações de caráter essencialmente inquisitoriais. COUTINHO, Jacinto Nelson. **Revista da faculdade de direito da UFPR**, Curitiba, a.30, n. 30, 1998, p. 163-198.

⁴⁰⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson. **Revista da faculdade de direito da UFPR**, Curitiba, a.30, n. 30, 1998, p. 163-198.

⁴⁰¹ *Ibidem*, p. 167.

⁴⁰² “Destarte, a diferenciação destes dois sistemas processuais faz-se através de tais princípios unificadores, determinados pelo critério de gestão da prova. Ora, se o processo tem por finalidade, entre outras, a reconstituição de um fato pretérito, o crime, mormente através da instrução probatória, a gestão da prova, na forma pela qual ela é realizada, identifica o princípio unificador.” COUTINHO, Jacinto Nelson. **Revista da faculdade de direito da UFPR**, Curitiba, a. 30, n. 30, 1998, p. 165.

⁴⁰³ COUTINHO, Jacinto Nelson. **Revista da faculdade de direito da UFPR**, Curitiba, a.30, n. 30, 1998, p. 163-198, p. 166.

⁴⁰⁴ *Ibidem*.

⁴⁰⁵ *Ibidem*.

⁴⁰⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson. **Revista da faculdade de direito da UFPR**, Curitiba, a.30, n. 30, 1998, p. 163-198, p. 166.

do respeito às garantias fundamentais, sendo este, portanto, o sistema naturalmente compatível com um Estado Democrático de Direito:

Pelo ângulo da democracia constitucional, marco referencial da modernidade, não há dúvida de que o método acusatório deve gerir a prática cotidiana do processo penal, justamente porque prima pela descentralização do poder, resgatando a dimensão participativa, e preza pela tutela dos direitos fundamentais. O princípio acusatório, portanto, é subjacente ao paradigma do Estado Democrático de Direito e ao modelo constitucional de processo penal.⁴⁰⁷

O interessante é notar que, apesar de a Constituição Federal de 1988 não ter definido, expressamente, o sistema processual penal por ela adotado, as garantias e direitos fundamentais positivados no texto constitucional realçam os fundamentos democráticos dos processos de tomada de decisão, aproximando-a do modelo acusatório. A outorga da titularidade da ação penal ao Ministério Público (art. 129, I);⁴⁰⁸ o reconhecimento da advocacia como função essencial à Justiça (art. 133);⁴⁰⁹ a necessidade de observância do devido processo legal (art. 5º, LIV);⁴¹⁰ a previsão do contraditório e da ampla defesa (Art. 5º LV);⁴¹¹ a inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV);⁴¹² o juízo natural e a vedação de tribunais de exceção (art. 5º, XXXVII⁴¹³ e LII);⁴¹⁴ a proteção normativa aos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI);⁴¹⁵ a vedação do uso de provas ilícitas (art. 5º, LVI);⁴¹⁶ a presunção de inocência (art. 5º, LVII);⁴¹⁷ e a publicidade do processo (art. 5º, LX);⁴¹⁸ representam claros contornos normativos de um modelo sistêmico muito próximo ao acusatório, pois atribuem a um órgão específico a função de acusar e à advocacia a de defender, estabelecendo, com isso, todas as condições para que o juiz mantenha a equidistância necessária para preservar a sua imparcialidade, além de implementar uma série de mecanismos para efetivar esse modelo.

⁴⁰⁷ MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do juiz. *Inteligência do princípio da separação de poderes e do princípio acusatório. Revista de Informação Legislativa*, Brasília, nº 183, p. 141-153, jul./set. 2009. p. 148.

⁴⁰⁸ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

⁴⁰⁹ Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

⁴¹⁰ LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

⁴¹¹ LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

⁴¹² XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

⁴¹³ XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção;

⁴¹⁴ LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

⁴¹⁵ XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

⁴¹⁶ LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

⁴¹⁷ LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

⁴¹⁸ LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

Ante essa extensa gama de princípios, é possível dizer, com suporte na doutrina de Luigi Ferrajoli, que o constituinte adotou uma epistemologia de natureza tipicamente garantista. Assim, independentemente do predicado que se possa atribuir ao sistema processual penal brasileiro, não se tem dúvidas de que a Constituição Federal estabeleceu as matrizes normativas para o desenvolvimento de um modelo essencialmente democrático de processo, em virtude da forma de Estado adotada e dos princípios que dela derivam, de forma oposta aos princípios que balizaram a construção do Código de Processo Penal de 1941.

Contudo, o ideal acusatório ainda encontra obstáculo na prática judicial, tendo em vista a persistência de categorias culturais construídas pela tradição inquisitorial que informa – e deforma – o processo penal brasileiro.

3.2.1 A Instrumentalidade como Característica Fundamental da Inquisitorialidade do Sistema Processual Penal Brasileiro⁴¹⁹

Muito embora se possa teoricamente dizer que a Constituição Federal adotou o sistema acusatório, na prática, a definição do sistema processual em vigor não é tarefa fácil, pois pressupõe não apenas o exame das normas jurídicas que visam regular as relações jurídico-processuais, mas também a análise dos interesses dos juristas, do sentido e fundamento que estes atribuem ao processo penal, bem como da experiência política de seu tempo.⁴²⁰ Em outras palavras, uma apreciação mais adequada da matéria pressupõe um recorte analítico entre as dimensões normativa e fática, para que o estudo da natureza sistêmica do processo penal possa, de fato, contribuir para a sua evolução.

Se os sistemas remetem, de maneira geral, a um ou outro modelo político, no Brasil, considerando as fontes normativas, há um choque claro: de um lado, o Código de Processo Penal, construído por e para um regime autoritário; de outro, a Constituição Federal de 1988, sincronizada com as conquistas democráticas havidas a partir de meados do século XX. Somado a esse conflito, que poderia ser resolvido pelo simples reconhecimento da supremacia da

⁴¹⁹ Defendendo a tutela das garantias constitucionais pela instrumentalidade das formas, cf. PRUDÊNCIO, Simone Silva. *Garantias Constitucionais e o Processo Penal: Uma Visão Pelo Prisma do Devido Processo Legal*. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, n. 57, p. 297-320, Belo Horizonte: UFMG, jul./dez. 2010.

⁴²⁰ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. l. 261.

Constituição na ordem hierárquico-normativa, formou-se, no decorrer dos tempos, uma cultura de indisfarçável natureza autoritária e punitivista, como demonstrado nos primeiros capítulos deste trabalho, tornando o processo penal um espaço adequado para atitudes messiânicas, o que aumenta a complexidade do tema. Soma-se a isso o fato de que o período democrático mais longo que a sociedade brasileira viveu — e ainda vive — é aquele iniciado com o advento da Constituição de 1988, o que permite a conclusão de que, no Brasil, ainda não se constituiu uma tradição efetivamente democrática. Isso contribui, de forma decisiva, para a dificuldade de tornar efetivos os direitos e garantias fundamentais.

Como visto, os ideólogos do Estado autoritário aproveitaram-se das contestações ao modelo liberal e apropriaram-se do socialismo processual (ver. 1.5.1), implementando os mecanismos normativos necessários para constituir um sistema processual que atendesse àquela matriz política. A ideologia nutria uma crença na capacidade do Estado de ordenar e disciplinar a sociedade.⁴²¹ O delinquente, a partir dessa ideia, era considerado uma espécie de inimigo do Estado. Isso permitiu uma ideologização essencialmente inquisitória do processo penal, que poderia ser resumida em cinco marcas: (I) a busca pela verdade real; (II) a prevalência do direito de punir sobre a liberdade, em consonância com a primazia da coletividade sob o indivíduo; (III) a presunção de culpabilidade do acusado, tornando regra a prisão processual; (IV) o juiz como protagonista do processo; (V) a consideração do sujeito como objeto de prova.⁴²²

Apesar dos esforços do legislador na construção de regras alinhadas ao sistema acusatório, todas as marcas inquisitoriais ainda se fazem *presentes* na prática jurídica cotidiana, como amplamente denunciado por uma pequena parcela crítica da doutrina. Esse estado de coisas contribui para que os tribunais permitam a vigência, num só ordenamento, de normas jurídicas principiadas em fundamentos político-estatais totalmente diversos, impossibilitando o desenvolvimento de uma prática processual fincada num único eixo de gravidade, o que poderia sustentar a construção coerente de sentido, conferindo sistematicidade ao processo penal.

A doutrina, instância fundamental para a evolução do direito, poderia contribuir decisivamente na construção teórica de um sistema idealmente acusatório. Todavia, por diversas vezes, acaba colaborando com o enraizamento de mananciais teóricos que, a par de auxiliarem a concretização dos direitos e garantias fundamentais, obstam-na. Veja-se que, ao tratar dos sistemas processuais penais, a maioria das obras — senão a totalidade — ainda se

⁴²¹ GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas Marcas Inquisitoriais do Código de Processo Penal Brasileiro e a Resistência às Reformas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 1, n. 1. Porto Alegre, 2015. p. 146.

⁴²² *Ibidem*, p. 148.

prende a uma postura tecnicista, de modo a desconsiderar o sentido que o sistema toma na *práxis*, o que permitiria desmascarar as categorias jurídicas que impossibilitam a efetivação de um modelo processual realmente acusatório.

Pode-se dizer que o sistema inquisitório possui como característica central, como já citado, um excessivo protagonismo exercido pelo juiz na condução do processo, sobretudo na gestão da prova constitutiva do fato penal. Esse modelo sistemático orienta-se pelo resultado,⁴²³ de modo que sua lógica inquisitorial relega as formas processuais a um papel de menor importância: os procedimentos e ritos servem ao inquisidor, que, para atingir os resultados pretendidos, molda-os à sua vontade persecutória.⁴²⁴ Assim, como esclarece Franco Cordero, a despeito da existência de regras, o sistema inquisitivo faz florescer ilegalidades, “*porque el análisis introspectivo rechaza vinculos y formas, exigiendo tiempos prolongados, penumbras, palabras insinuantes, trampas, un cuadro táctico indefinidamente variable*”.⁴²⁵

Dessa forma, é possível afirmar que a eficácia de um sistema de tal espécie pressupõe um modelo processual essencialmente amórfico, dotado de institutos que o tornem flexível, de modo que, entre as condições necessárias para implementar um efetivo sistema inquisitório, a flexibilidade das formas é a mais relevante. Com isso, não se quer sustentar que a observância cega à forma seja condição suficiente para descaracterizar a natureza inquisitiva de determinado sistema processual. É possível a instituição de um sistema de cariz inquisitório no qual as autoridades cumpram as regras processuais previstas, sendo suficiente para tanto a existência de textos normativos que veiculem conteúdo semântico dessa natureza. Em outras palavras, a necessidade de observância das regras processuais é apenas condição necessária, mas não suficiente, para a efetivação de um sistema processual penal democrático que assegure a obediência às garantias constitucionais. E nada menos eficaz, nesse sentido, do que a construção de um sistema essencialmente tolerante com o ato processual irregular.

No Brasil, o mecanismo de flexibilização das formas processuais estrutura-se por meio da vetusta regra estampada no artigo 563 do Código de Processo Penal e pela tradicional construção dogmática que entende o processo como instrumento, aperfeiçoada por Rangel Dinamarco, em 1987, as quais se filiam a um modelo de Estado centralizado e provedor.⁴²⁶

⁴²³ CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal: Tomo I*. Bogotá: Temis, 2000. p. 88.

⁴²⁴ Para uma profunda compreensão acerca dos sistemas processuais penais, cf. CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal: Tomo I*. Bogotá: Temis, 2000.

⁴²⁵ CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal: Tomo I*. Bogotá: Temis, 2000. p. 23.

⁴²⁶ “Pois o Estado social contemporâneo, que repudia a filosofia política dos ‘fins limitados do Estado’, pretende chegar ao valor homem através do culto à justiça e sabe que, para isso, é indispensável dar ao conceito ‘justiça’ um conteúdo substancial e efetivo. [...] E o Estado, então, pretendendo ser ‘a providência do seu povo’, sente que o bem-estar coletivo depende intimamente da sua participação efetiva nos destinos da população. Ele é, por isso,

Francisco Campos, ao defender que o processo não deveria ser mais um fim em si mesmo, tinha a pretensão de torná-lo substancial,⁴²⁷ permitindo que as formas processuais não ficassem à disposição das partes, afinal, os interesses particulares não poderiam sobrepujar os da coletividade, pelo que o juiz, imbuído desse espírito social,⁴²⁸ deveria conduzir o processo com o fim de evitar que a jurisdição não atingisse outro fim senão aquele coincidente com o bem comum.⁴²⁹ Isso fez com que Campos permitisse a edição de um sistema de nulidades flexível, que possibilitasse ao julgador, por meio da regra do prejuízo,⁴³⁰ a livre gestão das irregularidades processuais, tornando o processo judicial *eficiente* e livre de “formalismos e inúteis complicações”.⁴³¹

Dinamarco, como já abordado, caminha na mesma direção. Além de refutar a ideia de processo como fim em si e defender a necessidade da entrega de resultados substanciais,⁴³² formula a sua teoria a partir da necessidade de primar o interesse público em detrimento do individual.⁴³³ Para tanto, aposta na abertura do processo aos influxos sociais (visão externa) por

declaradamente intervencionista, agindo sobre a ordem econômica e social e buscando a sua modelagem segundo os objetivos da ideologia aceita.” DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 31.

⁴²⁷ “O interesse da administração da Justiça não pode continuar a ser sacrificado por obsoletos escrúpulos formalísticos [...]”. CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001. p. 123.

⁴²⁸ “O juiz não será mais o mero espectador do combate entre os litigantes, limitado a decidir sobre os dados, certos ou falsos, que estes lhe oferecerem, mas ficará investido da autoridade do Estado para realizar a parcela que lhe cabe no bem social.” CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001. p. 140.

⁴²⁹ “Urgia abolir semelhante critério de primado do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se podia continuar a transigir com direitos individuais em antagonismo ou sem coincidência com o bem comum.” CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001. p. 121.

⁴³⁰ Complementando o referido dispositivo, o legislador editou o artigo 566, condicionando a decretação da nulidade do vício processual à influência do ato na busca da verdade real. O dispositivo guardava uma coerência interna com as demais normas procedimentais, pois o código conferia ao juiz um ilimitado poder na produção das provas, não o subordinando, conforme destacado em sua exposição de motivos, “a nenhum critério apriorístico no apurar, através delas, a verdade material.” Interessante observar que o chamado “princípio da verdade real”, embora ainda exerça grande influência na aplicação do direito processual penal, sobretudo nos tribunais brasileiros, não é o ponto fundamental que permite a marginalização da forma, muito embora possa, de alguma forma, ter contribuído com a sua legitimação.

⁴³¹ CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001. p. 183.

⁴³² “O que mudou de lá para cá, na mentalidade do processualista, foi a sua atitude em face das pressões externas sofridas pelo sistema processual: ele quer que o processo se ofereça à população e se realize e se enderece a resultados jurídicos-substanciais.” DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 156.

⁴³³ “Essa visão instrumentalista favorece e explica as preocupações com numerosos pontos onde o interesse público no efetivo e adequado exercício da jurisdição sobreleva aos individuais em conflito e onde se restringe ou minimiza o valor da autonomia da vontade, para que a de uma das partes não possa prejudicar indevidamente os interesses da outra.” DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 55.

meio da figura do juiz, responsável, segundo o autor, por “canalizar os sentimentos da nação e, mediante sua sensibilidade a eles, buscar o sentido das normas”.⁴³⁴

É possível perceber que as ideias defendidas por Francisco Campos e Rangel Dinamarco compartilham fundamentos semelhantes, tais como: (I) a rejeição às formas processuais (instrumentalidade); (II) o caráter social do processo; (III) a unidade ideológica dos fins estatais (estatalismo); (IV) a supremacia dos interesses da nação;^{435, 436} (V) a intervenção estatal na sociedade; (VI) o caráter populista e o juiz como condutor soberano do processo.

Com efeito, a teoria de Dinamarco permitiu a continuidade e a ampliação do discurso instrumentalista no processo penal brasileiro.⁴³⁷ Aquilo que o autor chama de “lado negativo” da instrumentalidade é justamente a ideia que sustentou — e ainda sustenta — os sistemas de nulidades dos processos civil e penal brasileiros desde 1939: a instrumentalidade das formas.⁴³⁸ Essa categoria é robustecida metodologicamente pela instrumentalidade do processo, que a influencia e alimenta,

[...] seja porque desenvolve a consciência instrumentalista em si mesma, seja porque a amplia e conduz a minimizar os desvios formais sempre que, atingido ou não o objetivo particular do ato viciado ou omitido, os resultados considerados na garantia do contraditório estejam alcançados.⁴³⁹

Perceba-se, portanto, que o discurso instrumentalista, independentemente da perspectiva adotada, se interna (instrumentalidade das formas) ou externa (instrumentalidade do processo), visa à efetividade processual. Assim o é com relação à regra do artigo 563 do Código de Processo Penal, ao evitar a declaração de nulidade de atos irregulares que, não obstante realizados em desconformidade com a norma de regência, atingiram a sua finalidade

⁴³⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 317.

⁴³⁵ “O Estado faltaria ao seu dever social se, em tais circunstâncias, quisesse curvar-se ante o mito da intangibilidade das prerrogativas individuais, pois tais prerrogativas só são legítimas e dignas de proteção quando a sua defesa não contraria os interesses supremos da Nação.” CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001. p. 83.

⁴³⁶ Ver nota 314.

⁴³⁷ “[...] a instrumentalidade do sistema processual constitui projeção a maior da instrumentalidade das formas e suporte metodológico para a sustentação desta e seu melhor entendimento. No exame do processo a partir de um ângulo exterior, diz-se que todo o sistema não vale por si, mas pelos objetivos que é chamado a cultuar; e depois, em perspectiva interno, examinam-se os autos do processo e deles se diz o mesmo. Cada um deles tem uma função perante o processo e este tem funções perante o direito substancial, a sociedade e o Estado.” DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 267.

⁴³⁸ “O lado negativo do princípio da instrumentalidade corresponde ao refluxo de escalada processualística que sucedeu às grandes descobertas dos processualistas na segunda metade do século passado”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 267.

⁴³⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 267.

ou não causaram prejuízo às partes, fazendo tábula rasa da norma processual violada; do mesmo modo com relação à instrumentalidade do processo, que, ao fixar os escopos jurídicos e extrajurídicos a que o processo é servil, funda-se, precipuamente, nos resultados buscados. As concepções complementam-se: a instrumentalidade é o paradigma processual que entende o processo tanto como instrumento de aplicação do direito material quanto de consecução dos fins estatais; atende ao direito material e à política, não conferindo ao procedimento qualquer valor intrínseco, senão o de mero meio. É esse pensamento que, no Brasil, possibilita a flexibilização das formas processuais, irritando, como se verá no próximo capítulo, a normatividade das garantias constitucionais, o que permite a manutenção da lógica inquisitória no processo penal brasileiro.

Em linhas gerais, o sistema de nulidades, desde 1941, continuou o mesmo, mantendo incólumes as suas raízes, nada obstante as inúmeras mudanças políticas que ocorreram no país nesse período.⁴⁴⁰ O discurso instrumentalista, em virtude da influência de Enrico Tulio Liebman, artífice dessa teoria no país e pai da Escola Paulista de processo, bem como da repercussão da obra de Rangel Dinamarco, dominou — assim como ainda domina — as práticas jurídicas brasileiras, desde o parlamento até os tribunais e bancos acadêmicos.

Ocorre que, muito embora a doutrina da instrumentalidade tenha um caráter reflexivo, pois a tese por ela sustentada é devidamente justificada pelos teóricos, a ideia passou por um processo de abstração, alheando-se das razões que a justificavam e transmudando-se numa espécie de dogma do processualismo brasileiro. Na verdade, prevalece, de forma geral, uma ideia genérica, fundada na asserção de que o processo não é um fim em si mesmo, devendo-se evitar, por essa razão, qualquer espécie de formalismo “exagerado”.⁴⁴¹

Os fundamentos sustentados tanto por Francisco Campos quanto pelos teóricos do socialismo processual, entre eles Rangel Dinamarco, não se fazem presentes na grande maioria das obras brasileiras de hoje. O distanciamento do individualismo rumo à socialização do processo quase nunca é debatido. As construções teóricas cedem espaço a um discurso doutrinário opaco, no qual o processo passa a ser enunciado apoditicamente como mero instrumento de aplicação do direito material.

⁴⁴⁰ Como reconhece o próprio Dinamarco: “O lado negativo da instrumentalidade do processo é já uma conquista metodológica da atualidade, uma tomada de consciência de que ele não é fim em si mesmo e, portanto, as suas regras não têm valor absoluto que sobrepuje as do direito substancial e as exigências sociais de pacificação de conflitos e conflitantes.” DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 266.

⁴⁴¹ Vide 4.1 *supra*.

Assim compreendida, a instrumentalidade perde os seus fundamentos ideológicos e se neutraliza, tornando-se uma estrutura estruturante do sistema inquisitório: por mais que se alterem as regras processuais, funciona como obstáculo à normatividade dessas novas regras, operacionalizando a ação desviante do inquisidor, de modo que a aplicação da ideia, já não refletida em seus fundamentos, tem o impressionante poder de tornar imune à crítica o que, agora, encontra-se oculto, a saber, o autoritarismo. Portanto, a prática inquisitória mantém-se viva por meio da ideia geral de processo como instrumento; por meio da chamada consciência instrumentalista, conceito síntese e vulgar da instrumentalidade das formas e do processo.

Demonstrar-se-á como esse mecanismo se opera no tópico do capítulo quatro, onde se verificará o processo de irritação da normatividade dos direitos e garantias fundamentais causada pelo instrumentalismo processual.

3.3 A INSTRUMENTALIDADE COMO PARADIGMA DO ESTADO SOCIAL: UM MODELO DE JUIZ E AS SUAS IMPLICAÇÕES PARA O PROCESSO PENAL

Como se viu no tópico anterior, a ideia instrumental do processo, em suas perspectivas interna e externa, passou por um processo temporal que acarretou o ocultamento de suas raízes teóricas e a tradução da sua síntese numa crença compartilhada entre os juristas. Esse fato possibilitou a penetração da ideia no senso comum e dificultou o exame crítico da matéria.

Contudo, é importante reavivar os fundamentos teóricos que sustentam a tradição instrumentalista no Brasil, tendo em vista que o seu desvelamento pode demonstrar a contrariedade desse paradigma com um modelo processual penal adequado à Constituição. Para tanto, como os fundamentos do Estado cunhado por Getúlio Vargas, com o auxílio intelectual de Francisco Campos, foram evidenciados no primeiro capítulo, este tópico limitar-se-á ao exame dos fundamentos adotados por Rangel Dinamarco para justificar a sua proposição. Portanto, fixa-se a seguinte premissa: a instrumentalidade do processo edifica-se num modelo de Estado Social, incompatível e superado pelo Estado Democrático de Direito.

Primeiro, deve-se lembrar que Dinamarco pretendia realizar uma verdadeira superação do paradigma liberal, ainda, para ele, incrustado na ordem jurídica brasileira. Com o surgimento do constitucionalismo contemporâneo, o processo deveria guardar correspondência com a

ordem social respectiva,⁴⁴² refletindo os valores políticos positivados no texto constitucional. Por essa razão, o autor afirmava que a concepção de processo do Estado Liberal não poderia mais “sobreviver nos regimes socialistas, [nem estar] mais presente no Estado ocidental contemporâneo, de cunho social”.⁴⁴³ Em síntese, Rangel Dinamarco elabora a sua teoria a partir da compreensão de que se desenhava, com a chegada da Constituição de 1988, um Estado Social de caráter intervencionista, que não admitia “a filosofia política dos ‘fins limitados do Estado’”.⁴⁴⁴ Para o autor:

É preciso reduzir as diferenças sociais e econômicas tanto quanto possível, gerando oportunidades. É preciso assegurar a fruição, por todos, dos bens materiais e imateriais que integram o patrimônio comum da nação. É preciso criar efetivas condições para a mobilidade sócio-econômica, inclusive mediante a liberdade de associação. E o Estado, então, pretendendo ser “a providência do seu povo”, sente que o bem-estar coletivo depende intimamente da sua participação efetiva nos destinos da população. Ele é, por isso, declaradamente *intervencionista*, agindo sobre a ordem econômica e social e buscando a sua modelagem segundo os objetivos da ideologia aceita. O “pacto social” refletido na nova ordem constitucional, inclui o traçado das diretrizes nesse sentido da integração social e econômica da população.⁴⁴⁵

A citação acima revela, claramente, que o autor trabalha as suas reflexões acerca do processo calcando-se nas premissas fundamentais do chamado Estado Social, o que justifica a sua defesa de uma postura ativa desse ente na sociedade, conferindo a ele o dever de equalizar as relações sociais, reduzindo as desigualdades e, com isso, promovendo o bem-estar coletivo (bem comum). Entretanto, Dinamarco enfatiza que o Estado contemporâneo também se manifesta como Estado de Direito, “onde assoma garantia da legalidade e a abertura do Poder Judiciário como guarda último da Constituição e dos valores e garantias que ela abriga e oferece”.⁴⁴⁶

Tendo em vista essa base fundamental, a teoria seria inexecutável sem a indicação de um agente capaz de tornar concretas as pretensões do Estado Social. E é justamente por essa razão que Dinamarco atribui ao juiz, responsável por manejar esse instrumento chamado processo, que não mais serve apenas para aplicar o direito material, mas também para dar concretude aos objetivos do Estado, a centralidade das atenções.⁴⁴⁷

⁴⁴² DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 30.

⁴⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴⁴ *Ibidem*, p.31.

⁴⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁴⁶ *Ibidem*, p. 32.

⁴⁴⁷ ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 283.

De inegável importância para a materialização dessa estatização dos interesses sociais promovida por Dinamarco é a opção metodológica de pensar o processo a partir da jurisdição,⁴⁴⁸ substituindo a tradicional tendência de observá-lo por meio do instituto da ação, tida pelo autor como “individualista e restrita ao processo civil”.⁴⁴⁹ Esse direcionamento, já tratado no capítulo dois, afigura-se o mais adequado para a pretensão teórica do autor, sobretudo porque denota a natureza pública do processo e permite, segundo ele, identificá-lo como instrumento do Estado para a consecução de seus fins, relacionando-o com as bases do Estado Social:

A preponderância metodológica da jurisdição, ao contrário do que se passa com a preferência pela ação ou pelo processo, correspondente à preconizada visão publicista do sistema, como instrumento do Estado, que ele usa para o cumprimento de objetivos seus. Certamente, essa postura guarda relação com a maneira como é visto o próprio Estado na cultura ocidental contemporânea e com os postulados do chamado *Estado Social*: é inegável a relatividade histórica das instituições jurídicas, especialmente das de direito público, que refletem mais diretamente o modo de ser do próprio Estado em que se inserem, recebendo os influxos do regime político em vigor.⁴⁵⁰

Assim, ao colocar a jurisdição como categoria central do processo, a teoria individualiza o agente capaz de promover as pretensões do Estado Social na figura do juiz, de modo que o modelo indicado pelo arranjo teórico traz várias implicações para a dinâmica processual, fixando o papel das partes e a posição que ocupam na relação processual, bem como moldando os limites da atividade do julgador.

No entanto, o protagonismo judicial no processo é tamanho que, até mesmo quando o autor trata do ponto que julga fundamental com relação às partes — a participação nos atos do processo, sem a qual “seria arbitrário o poder”⁴⁵¹ —, sobreleva o papel do julgador. Nesse sentido, o autor aduz que “falar em participação significa, no direito processual moderno, falar também no ativismo judiciário, que é a expressão da postura participativa do juiz”.⁴⁵² Daí decorrem várias implicações, sendo as mais relevantes para o tema tratado: (I) o aumento da liberdade investigatória, pois a tendência publicista e instrumental garante “uma grande dose de liberdade praticada pelo juiz penal”;⁴⁵³ e a (II) funcionalidade inquisitiva que toma o processo, consequência natural do aspecto ético que o instrumentalismo lhe atribui.⁴⁵⁴

⁴⁴⁸ Vide item 2.5.1, *supra*.

⁴⁴⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 79.

⁴⁵⁰ *Ibidem*, p. 81.

⁴⁵¹ *Ibidem*, p. 131.

⁴⁵² *Ibidem*, p. 132.

⁴⁵³ *Ibidem*, p.55

⁴⁵⁴ “Evidentemente, não é apenas nesses pontos que se mostra o caráter público do processo. Sua natureza instrumental impõe que todo o sistema processual seja permeado dessa conotação, para que realmente apareça e funcione como instrumento do Estado para a realização de certos objetivos por ele traçados; com o aspecto ético

A liberdade instrutória do juiz é uma marca do instrumentalismo sem a qual a teoria perderia a sua essência. E para imunizá-la dos constrangimentos que a própria realidade lhe impõe, os instrumentalistas elevam a boa-fé do juiz a um nível axiomático, decorrendo dessa premissa a proposição de que esse órgão estatal estaria apenas engajado na nobre missão de produzir uma decisão justa. Trata-se de uma profissão de fé na bondade de um Estado onipotente encarnado na figura do juiz. Por essa razão, Bedaque aduz, em resposta aos críticos do voluntarismo que a teoria proporciona, o seguinte:

Não posso crer que o juiz, preocupado com a reprodução adequada dos fatos no processo, visando a proferir, na medida do possível, decisão justa, esteja contaminado por doutrinas marxistas, fascistas ou nazistas. Está ele preocupado apenas em fazer justiça, aplicado o direito objetivo a situação real, não fictícias.⁴⁵⁵

Não se tem dúvidas de que a defesa do ativismo judicial guarda coerência interna com os fundamentos teóricos da instrumentalidade, dado ser impossível tratar o processo como uma espécie de ferramenta sem indicar o responsável por manuseá-la e, tampouco, sem conferir a este uma ampla liberdade no seu uso. A falta de um senhor do instrumento representaria um obstáculo para a pretensão última da teoria, qual seja, alcançar a efetividade na persecução dos objetivos estatais.

Outro ponto de inegável importância para o debate é a forma de legitimação adotada pela escola instrumentalista, que pode ser dividida em interna (embora na obra não haja essa conceituação) e externa. A legitimação interna se dá com a participação em contraditório, consequência do direito do procedimento, que se assemelha ao “direito ao processo”.⁴⁵⁶ Já a legitimação externa — de especial relevância para o objeto deste trabalho — decorre da “visão exterior” do processo e diz respeito à necessidade de compatibilizar o sistema processual com a ordem de valores e “princípios instalados nas Constituições e revelados pelo trabalho dos juízes e doutrinadores”.⁴⁵⁷ Todavia, essa legitimação não se limita à compatibilidade do sistema com a Constituição, que seria apenas um fator de indicação de sua legitimidade. Com efeito, a

do processo não se compadece o seu abandono à sorte que as partes lhe derem, ou uma delas em detrimento da mais fraca, pois isso desvirtuaria os resultados do exercício de uma atividade puramente estatal e pública, que é a jurisdição.” DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 55.

⁴⁵⁵ GOMES, Adriano Camargo et al: **Garantismo processual: garantias processuais aplicadas ao processo**. Coord.: José Roberto dos Santos Bedaque, Lia Carolina, Elle Pierre Eid. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 37.

⁴⁵⁶ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 126-137.

⁴⁵⁷ *Ibidem*, p. 137.

legitimação ocorre apenas se os significados atribuídos aos dispositivos constitucionais se referirem “ao complexo axiológico da sociedade”,⁴⁵⁸ o que revela que a teoria propõe uma forma que vai além da normatividade constitucional, ganhando verdadeiro caráter popular.⁴⁵⁹

Outro grande problema do juiz instrumentalista para o processo penal é a sua pretensão universalizante. Como já abordado, a teoria geral do processo, entendida como “um sistema de conceitos e princípios elevados ao grau máximo de generalização útil e condensados indutivamente a partir do confronto dos diversos ramos do direito processual”,⁴⁶⁰ é umas das premissas metodológicas da teoria de Dinamarco, utilizada para justificar a conexão entre o processo e o poder. O que, para a teoria, justifica-se na necessidade de construir uma unidade principiológica processual, acaba, segundo Rosemiro Leal, criando um Estado totalitário:

Ao se aliar processo e poder estatal, convocando uma teoria geral do processo para abonar tal conexão, o Estado assume, nesse horizonte de compreensão, o sentido de entidade totalizante (republicanista) portadora de um absoluto ético (convicções de Hegel) só aferível pela mente prodigiosa de outro mito que é o Estado-juiz.⁴⁶¹

Como se vê, a base fundamental da matriz instrumentalista e as suas implicações revelam uma total dissonância da teoria com as garantias constitucionais.⁴⁶² A instrumentalidade concebe um modelo de juiz incompatível com um sistema acusatório, sobretudo se se considerar a proposição antes lançada acerca da equidistância necessária que deve ter o julgador num processo penal de natureza democrática. O distanciamento exigido do juiz no sistema acusatório o despe do protagonismo necessário à ambição instrumentalista de, por meio do processo, tornar efetivos os escopos jurídico, político e social que, para essa ideia, legitimariam a sua ação — até contra a lei. Com efeito, o modelo acusatório é ideologicamente neutro, importando, no jogo processual, apenas a estrita observância das regras democraticamente constituídas.⁴⁶³ Em vez de um juiz ativo e inquisitivo, pressupõe um juiz inerte, equidistante, ideologicamente imparcial e que pautar a sua conduta no princípio dispositivo; em vez de um julgador que legitima a sua ação por meio de uma lógica populista e

⁴⁵⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 138.

⁴⁵⁹ “[...] nem é de hoje a busca pela legitimidade do poder em sua base popular: *populus imperium et potestatem conferat [...]*.” *Ibidem*.

⁴⁶⁰ *Ibidem*, p. 59.

⁴⁶¹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 14. ed. [E-book - Edição do Kindle]. Belo Horizonte: Fórum, 2018. posição 351-352.

⁴⁶² Em sentido contrário, GOMES, Adriano Camargo et al: **Garantismo processual: garantias processuais aplicadas ao processo**. Coord.: José Roberto dos Santos Bedaque, Lia Carolina, Elle Pierre Eid. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 37.

⁴⁶³ CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal: Tomo I**. v. 1. Bogotá: Temis, 2000. p. 90.

externa ao processo, pressupõe um juiz que respeite as estritas jurisdicionariedades e legalidade, das quais fala Luigi Ferrajoli.

Veja-se, portanto, que a base fundante das ideias professadas pela consciência instrumentalista, alinhadas com um modelo de Estado ativo, intervencionista e ideologicamente unitário, choca-se com os pilares normativos instituídos pela Constituição Federal de 1988, decorrendo daí o seu potencial prático de neutralizar a normatividade dos direitos e garantias fundamentais, o que, de fato, acontece.

Como será empiricamente demonstrado no próximo capítulo, a consciência instrumental do processo é um dos principais elementos de obstrução da efetividade das garantias constitucionais, muito embora os doutrinadores, de forma geral, desconsiderando as implicações práticas da teoria, defendam a compatibilidade entre essa ideia e as garantias constitucionais.

Esse discurso, embora possa aparentar coerência, só assim se revela caso a análise se dê sob a estrita ótica teórica. A submissão da teoria à prática revela a contradição entre o instrumentalismo e a proteção das garantias constitucionais. Na verdade, a consciência instrumentalista como estrutura fundamental de um sistema tipicamente inquisitório representa verdadeira obstrução à concretização das finalidades políticas do processo penal informadas pela Constituição Federal de 1988. José Cirilo de Vargas resume bem o estado de coisas brasileiro:

Parece que as instituições jurídicas da chamada "nuestra América", aliadas a um falso sentido de poder "dei hombre macho" e do capitão do mato das capitânicas hereditárias, produziram um caldo cultural em que as noções de bem e de mal, de certo e de errado, de legal e de ilegal são exclusividade daquele que ostenta o atributo da "otoridade". Esse sentimento acha-se tão arraigado à nossa consciência latino-americana que somos incapazes de pensar de outra maneira. Desde criança nos habituamos a baixar a cabeça e tirar o chapéu na reverência própria dos submetidos. Proíbe-se a força do argumento racional em benefício de certo fatalismo beirado à religiosidade, como se tudo já estivesse escrito, consagrado e predeterminado. Essa "mirada mental" não se aproxima do alibi, porque ela já é o próprio alibi, onde repousa nossa consciência maltratada. Depois, se o decurso do tempo permitir cobranças pela facilidade e comodismo de nossa resignação em face de situações culturais impostas, não podemos nos esconder sob a falsa idéia de que sempre e sempre "um valor mais alto se alevanta". Haveremos, sim, é de pedir perdão por termos aceito o status quo sem opor resistência, ainda que pacífica, a estruturas jurídicas arcaicas que se mantiveram prevalentes às custas de nossa preguiça e conivência.⁴⁶⁴

Uma dessas estruturas é o instrumentalismo processual.

⁴⁶⁴ VARGAS, Jose Cirilo de. Direitos Fundamentais e Processo Penal. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, n. 92, p. 163–173, jul./dez., 2005.

4 A INSTRUMENTALIDADE NA PRÁTICA

4.1 UMA CULTURA INSTRUMENTALISTA

No capítulo anterior, expuseram-se as bases normativas que permitem concluir que o constituinte de 1988 fez uma escolha política por um sistema processual penal democrático, aproximado do modelo que os teóricos do direito costumam definir como acusatório, com uma rígida separação entre as funções de acusar, defender e julgar. No entanto, a baixa densidade normativa dos princípios e regras constitucionais que regulam a matéria fez com que o modelo inquisitivo, herdado das tradições autoritárias que antecederam a Constituição, permanecesse vivo.

A concepção instrumentalista de processo, como se viu, foi moldada no decorrer da história do direito brasileiro. Desde 1941, quando editado o Código de Processo Penal, a chamada instrumentalidade das formas é aplicada de modo a obstar a correção de vícios processuais. Muito embora o instrumentalismo processual, hoje, encontre-se dogmatizado, não se pode negar que o seu desenvolvimento possui uma base teórica fundamental, atrelada a uma concepção de Estado intervencionista. Daí decorre a abertura para a centralização do poder que, nesse referencial teórico, é depositado na figura do juiz, a quem se atribui o múnus de perseguir a verdade e promover a justiça, com o fim de que se atinja, no exercício da jurisdição, os objetivos perseguidos pelo Estado, ampliando a ingerência do julgador nas formas processuais.

Em razão da funcionalização burocrática dos tribunais e da profissionalização e formação conservadora das universidades no Brasil,⁴⁶⁵ segundo Lenio Streck, continuou-se a reproduzir um ensino jurídico estandardizado, que contribui para a ineficácia da Constituição”.⁴⁶⁶ Assim, as categorias jurídicas, na prática, perdem densidade teórica e imunizam-se das críticas, ocultando as suas essências, como ocorreu com a instrumentalidade

⁴⁶⁵ Cf. NEVES, Antônio Castanheira. **O direito hoje e com que sentido?** 3. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2002. p. 75; SILVA, Adriana Barbosa da; RUIZ, Ivan Aparecido. O ensino jurídico de qualidade como forma de contribuir à realização plena do acesso à justiça. **XIX Encontro Nacional do CONPEDI**, 2010, Fortaleza: “[...] o Ensino Jurídico atual traz uma reserva genética caracterizada por uma matriz curricular rígida e conservadora, capaz de formar um profissional retrógrado aos antigos pensamentos. Mesmo com um novo Estado, pós-ditadura militar e pré-Constituinte, a formação dos juristas e bacharéis tendem ao passado, não permitindo que o neófito possa melhor compreender o contexto social em que vive, nem tampouco propor modificações a esse sistema.”.

⁴⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e Ensino Jurídico em terrae brasilis*. **Revista da Faculdade de Direito**, UFPR, v. 46, p. 27-50. Curitiba: 2007.

das formas, conceito do qual decorrem todas as categorias que fragilizam a forma processual, como, *e.g.*, a regra do prejuízo, que, no decorrer dos anos, passou a ocupar um espaço central na teoria do processo brasileiro, constituindo-se senso comum.

Com efeito, observa-se uma redução de sentido — mas não de seus efeitos — da concepção de instrumentalidade, que passa a expressar apenas a ideia de que o processo não é um fim em si mesmo, mas um meio de aplicação do direito substancial. Nessa esteira, Eugênio Pacelli de Oliveira acentua que:

[...] Na teoria do processo, costuma-se dizer que o processo é meio, e não fim, o que não deixa de ser verdadeiro também, em relação ao processo penal, embora, em relação a este, deva-se salientar que as garantias processuais fundamentais estão previstas na própria Constituição, configurando verdadeiro direito material. Fala-se em instrumentalidade das formas (*pas nullité sans grief*) para realçar exatamente a função que se lhe atribuiu a legislação: a função de meio de instrumento, e não do próprio direito. Por isso, se do ato nulo não tiver decorrido qualquer prejuízo para a atuação das partes ou da jurisdição, não haverá razão alguma para o reconhecimento e declaração da nulidade, nos exatos termos do art. 563, pedra de toque do sistema das nulidades. Não é demais lembrar que, como sanção que é, a nulidade depende de previsão legal. Na mesma linha de desdobramento, não se reconhecerá a nulidade (ou considerar-se-á sanada) de ato praticado de outra forma, não prevista em lei, quando tiver ele alcançado o seu fim, sem prejuízo a nenhum dos litigantes, conforme se observa do disposto no art. 572, II, do CPP. Em resumo: o que deve ser preservado é o conteúdo, e não a forma do ato processual.⁴⁶⁷

Da mesma forma, o processualista Paulo Rangel visualiza o processo como instrumento do Estado para solucionar o caso penal, enfatizando a necessidade de se evitar “um apego excessivo ao formalismo”:

Entendemos que o processo deve ser visto como instrumento de que se vale o Estado, através da manifestação das partes (ação e defesa), para se atingir a solução do caso penal, não sendo, portanto, um fim em si mesmo. Assim, se não obstante a Lei dispuser que um ato processual deva ser praticado de uma forma, não admitindo sanatória, se não o for e não houver prejuízo para as partes, não há que se declarar nulo o processo a partir da prática deste ato. Os princípios da celeridade e da economia processual impedem que o processo seja renovado ou retificado diante de um ato imperfeito que não trouxe prejuízo para as partes. A Exposição de Motivos do Código salienta que ninguém pode invocar direito à irredutível subsistência da nulidade (Exposição de Motivos, item XVII). Ou seja, a regra é a perfeição, o respeito às prescrições legais; a exceção é o defeito do ato, com a consequente sanção de invalidade. Assim, não pode a parte alegar que o ato defeituoso que não lhe trouxe prejuízo nenhum deva ser desconstituído em um apego excessivo ao formalismo. A formalidade na prática do ato objetiva um determinado fim e, se esse é alcançado, sem prejuízo para as partes, não há que se falar em nulidade. As partes não buscam o processo como um fim, mas, sim, como meio para se tutelar o direito material.⁴⁶⁸

⁴⁶⁷ PACELLI, Eugênio Oliveira de. **Curso de Processo Penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 864.

⁴⁶⁸ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 946.

Guilherme de Souza Nucci, do mesmo modo, enfatiza que a forma não é um fim em si mesmo, devendo-se evitar a decretação de nulidades calcadas em meras formalidades:

Por várias razões, dentre as quais o princípio da economia processual, não se proclama a existência de uma nulidade, buscando-se refazer o ato – com perda de tempo e gastos materiais para as partes – caso não advenha qualquer prejuízo concreto. É o conteúdo do art. 563 do Código de Processo Penal. Há que se ter cautela para a decretação de nulidades, pois, de tanto assim agir o Judiciário, calcado em meras formalidades, surgiu a conhecida expressão “mais vale um mau acordo do que uma boa demanda”. E ensina BORGES DA ROSA: “quando ditos litigantes conseguiram, afinal, ver vitoriosas as suas pretensões e reconhecidos os seus direitos, a vitória lhes tinha custado tão cara que as despesas, as delongas e os incômodos do processo anulavam as vantagens do ganho da causa. Em geral, tais despesas excessivas, delongas e incômodos provinham, principalmente, de frequentes decretações de nulidade de parte ou de todo o processo. Estas, mais do que outras causas de origem diversa, deram nascença ao conselho da sabedoria prática: ‘mais vale um mau acordo do que uma boa demanda’. As frequentes decretações de nulidade, em consequência de não terem sido seguidas, ao pé da letra da lei, as formalidades, quer substanciais, quer secundárias, por elas prescritas, para a regularidade dos atos forenses, tornavam os processos morosos, complicados e caros. Compreendendo a extensão destes malefícios, surgiu já em 1667, com a ordenação de Tolosa, um primeiro protesto contra a decretação de nulidades (...) expresso na máxima: ‘*pas de nullité sans grief*’, não há nulidade quando não há prejuízo” (Nulidades do processo, p. 128-129). Registremos que a forma prevista em lei para a concretização de um ato processual não é um fim em si mesmo, motivo pelo qual se a finalidade para a qual se pratica o ato foi atingida, inexistente razão para anular o que foi produzido. Logicamente, tal princípio deve ser aplicado com maior eficiência e amplitude no tocante às nulidades relativas, uma vez que o prejuízo, para o caso das nulidades absolutas, é presumido pela lei, não se admitindo prova em contrário.⁴⁶⁹

Fernando da Costa Tourinho Filho, outrossim, aduz que a noção de prejuízo foi adotada pelo legislador para “simplificar o rigorismo formal”:

Em matéria de nulidade, e para simplificar o rigorismo formal foi adotado o princípio do *pas de nullité sans grief*. Não há nulidade sem prejuízo. Para que o ato seja declarado nulo é preciso haja, entre a sua imperfeição ou atipicidade e o prejuízo às partes, um nexa afetivo e concreto. Se, a despeito de imperfeito, o ato atingiu o seu fim, sem acarretar-lhes prejuízo, não há cuidar-se de nulidade. A não ser que se trate de *nulidade absoluta*, cujo prejuízo é presumido. Essa a espinha dorsal, a viga mestra que sustenta todo o capítulo das nulidades, e vem inserta no artigo 563 do CPP.⁴⁷⁰

Também Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho seguem a mesma diretriz. Para os referidos autores, o *princípio* do prejuízo constitui:

⁴⁶⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1.291.

⁴⁷⁰ TOURINHO FILHO, F. C. **Processo Penal**. v. 3. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 115.

[...] seguramente a viga-mestra do sistema das nulidades e decorre da idéia geral de que as formas processuais representam tão somente um instrumento para a correta aplicação do direito; sendo assim, a desobediência às formalidades estabelecidas pelo legislador só deve conduzir ao reconhecimento da invalidade do ato quando a própria finalidade pela qual a forma instituída estiver comprometida pelo vício. Sem ofensa ao sentido teleológico da norma não haverá *prejuízo* e, por isso, o reconhecimento da nulidade nessa hipótese constituiria consagração de um formalismo exagerado e inútil, que sacrificaria o objetivo maior da atividade jurisdicional; assim, somente a atipicidade *relevante* dá lugar à nulidade; daí a conhecida expressão utilizada pela doutrina francesa: *pas de nullité sans grief*.⁴⁷¹

Lição interessante é apresentada por Edilson Mougenot Bonfim, o qual, citando expressamente a exposição de motivos do Código de Processo Penal,⁴⁷² preceitua:

[...] Em regra, o não cumprir a forma ou não observar os elementos que integram o ato processual típico causará prejuízo, sob pena de se considerar que o legislador estabeleceu uma forma ou elemento irrelevante e inútil para a consecução do fim que se pretende agir. Deve haver, pois, uma inversão de sinais. Seja nas chamadas nulidades absolutas (insanáveis), seja nas nulidades relativas (sanáveis), a atipicidade do ato, em regra, prejudica a sua finalidade. Assim sendo, bastará à parte que alegar a nulidade demonstrar a prática de um ato atípico. Por certo, isso não será suficiente para que fique caracterizada a nulidade. Deverá, ainda, haver um prejuízo a finalidade pela qual a forma não observada foi violada. E este é o ponto fundamental: a parte que alega uma nulidade, e demonstra que o ato foi praticado de forma atípica, não terá que demonstrar ou “provar” o prejuízo. Se há um modelo ou uma forma prevista em lei, que foi desrespeitada, o normal é que tal atipicidade gere prejuízo. Eventualmente, mesmo havendo atipicidade do ato, pode ser que dela não resulte prejuízo. Entretanto, diante da atipicidade, não será a parte que terá demonstrar o prejuízo. O correto é o inverso: a manutenção da eficácia do ato atípico ficará na dependência da demonstração de que a atipicidade não causou prejuízo algum. E será o juiz – a quem incumbe zelar pela regularidade do processo e observância da lei – que, para manter a eficácia do ato, deverá expor as razões pelas quais a atipicidade não impediu que o ato atingisse sua finalidade.⁴⁷³

Percebe-se, portanto, que o discurso doutrinário apenas trabalha a superfície da questão, enfatizando ser o processo — ou a forma — não um fim em si mesmo, a significar que a sua relevância se limita a servir de instrumento para algum fim que, no processo penal, pode ser tanto a aplicação do direito material quanto, de forma mais prejudicial ao sistema jurídico, a preservação da credibilidade da Justiça ou a diminuição da sensação de impunidade. Essa concepção esvaziada do instrumentalismo funciona na prática como uma espécie de estrutura do amorfismo processual congênito que historicamente constituiu o campo jurídico brasileiro.

⁴⁷¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 23.

⁴⁷² A citação irrefletida da exposição de motivos, como se a narrativa estampada neste documento encontra alguma correspondência com o atual contexto brasileiro, também é um dos sintomas da *standardização* do discurso instrumentalista.

⁴⁷³ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Thompson Reuters, 2020. p. 907.

Embora existam decisões jurídicas que utilizam a instrumentalidade do processo — na forma como desenvolvida por Dinamarco — para justificar alguma medida no âmbito do processo penal,⁴⁷⁴ a importância de sua análise decorre mais da sua influência no fortalecimento da tradição instrumentalista no Brasil do que da sua própria aplicação justificada, porquanto o enraizamento cultural vulgarizado desse paradigma é a causa do déficit democrático no âmbito processual que hoje se vê.

Antes de seguirmos no exame da aplicação do instrumentalismo no direito brasileiro, é importante enfatizar que, embora no decorrer desta pesquisa tenha se tratado das nulidades processuais de forma ampla, tal fato se deu apenas com o fim de evidenciar o princípio que rege a estrutura fundamental do processo, a saber, o paradigma instrumentalista. Não se busca, com efeito, construir uma teoria das nulidades, mas apenas apontar a insuficiência da instrumentalidade como fundamento de uma teoria dos vícios processuais no Estado Democrático de Direito. Por essa razão, cumpre-se esclarecer que a crítica ora formulada deve ser lida apenas no que diz respeito aos atos processuais defeituosos praticados pelo próprio Estado, ou seja, critica-se a utilização da instrumentalidade como mecanismo de manutenção de defeitos processuais causado pelos agentes estatais responsáveis pelo adequado exercício da jurisdição, como, *v.g.*, aquele que será tratado nos tópicos que seguem. Desta forma, os vícios processuais provocados pelas partes, bem como aqueles que não guardem qualquer pertinência com algum princípio de natureza constitucional, como o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, escapam do âmbito da crítica, apesar de que, a princípio, as nulidades chamadas pela doutrina de “relativas”, também deveriam ser construídas a partir de alicerces teóricos novos, com o fim de obstaculizar o abuso no exercício do poder.

⁴⁷⁴ Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 73.327/SP, de relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, validou a tomada de medida não prevista em lei, justificando a decisão proferida na necessidade de se conferir efetividade e utilidade à tutela jurisdicional: “[...] 1. Ao ser relacionada, pelo legislador, uma série de medidas acautelatórias ou assecuratórias no processo penal, não fica afastada a possibilidade de adotar-se solução cautelar não prevista em lei, mas adequada e proporcional à tutela do direito material sob risco de perecimento, quando se verificar que nenhuma medida típica se mostrar adequada para assegurar, no caso concreto, a efetividade do processo principal. 2. Não há como obstar a efetividade do processo, coarctando o juiz de permitir que a parte extraia dele a sua máxima utilidade (o que, na dicção de Cândido Dinamarco, configura uma das facetas positivas da instrumentalidade processual), porquanto a adequada tutela jurisdicional só se aperfeiçoa, em algumas hipóteses, mediante a utilização de medida não antevista pelo legislador. Não fora assim, a exigência de engessada e rígida tipicidade processual esvaziaria o próprio objeto da jurisdição, que é a tutela efetiva de direitos ameaçados ou violados [...]” BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **RHC: 73327 SP 2016/0184966-2**, Relator: Min. Rogério Schietti Cruz, Data de Julgamento: 19/04/2018 - SEXTA TURMA. DJe 02/05/20189. JusBrasil, 2021.

4.2 A REFORMA PROCESSUAL DE 2008 E A TENTATIVA DE EFETIVAR UM SISTEMA PROCESSUAL PENAL DEMOCRÁTICO

Em 9 de junho de 2008, foi promulgada a Lei 11.690, que alterou os artigos 155, 156, 157, 159, 201, 210, 212, 217 e 386 do Código de Processo Penal, buscando moldá-lo ao sistema processual acusatório. A reforma implementou mudanças referentes às provas, aperfeiçoou o sistema de perícias judiciais, regulou a participação do ofendido nos atos processuais, alterou a forma de inquirição das testemunhas e acrescentou algumas causas de absolvição do réu.

O parecer da Comissão de Justiça do Senado, favorável à aprovação do projeto, deixou clara a “intenção” do legislador:

No mérito, somos do entendimento de que as alterações pretendidas efetivamente contribuirão para o aperfeiçoamento da legislação processual penal, em especial ao atualizar o CPP às relevantes garantias asseguradas pela Constituição de 1988, enfatizando a adoção pelo Brasil do sistema acusatório com efetividade. Sim, porquanto, no atual estágio de nossa legislação processual penal, diversos são os autores brasileiros a professar a idéia de que aqui verificamos a ocorrência de um sistema acusatório apenas aparente, impuro, ou mesmo misto, em razão dos resquícios decorrentes de toda a nossa longa tradição inquisitiva (Paulo Rangel, Geraldo Prado, Luiz Flávio Gomes e Afrânio Silva Jardim para citar apenas alguns). Num sistema acusatório que se preze, há rígida separação entre as funções de investigar, de acusar, de defender e de julgar, que deverão ser exercidas por órgãos distintos. Trata-se de um processo de partes, informado pela estrita aplicação dos princípios do contraditório, da ampla defesa e demais garantias constitucionais, necessariamente público, em que reina a livre apreciação das provas a ser feita por órgão julgador imparcial, equidistante do Ministério Público e do acusado. Todos os projetos de lei da chamada Reforma do Código Processo Penal estão fundados no modelo acusatório, reconhecidamente o mais apto à consecução de um processo penal não apenas ético, mas igualmente mais simples, célere, transparente e desburocratizado, trazendo maior eficiência e atacando a impunidade. Temos agora, portanto, oportunidade de ouro para romper com nossa cultura jurídica de raiz inquisitiva, tornando clara a opção pelo modelo acusatório puro. Sucede que, para impedir que a doutrina e jurisprudência continuem interpretando a lei nova com a mentalidade antiga, cremos ser indispensável radicalizar a redação de alguns dispositivos da presente proposição, de modo a não deixar qualquer margem para uma interpretação salvacionista de cunho inquisitivo.⁴⁷⁵

Extrai-se do texto transcrito, portanto, a expressa manifestação do legislador no sentido de que as proposições normativas que estavam sendo apreciadas naquele momento representavam uma tentativa de superar o inquisitivismo culturalmente entalhado no sistema processual penal brasileiro. Veja-se, por exemplo, a redação dada ao artigo 212 e seu parágrafo único, os quais tiveram por fim preservar a imparcialidade do julgador, afastando-o da produção

⁴⁷⁵ BRASIL. Senado Federal. **PLC 37/2017**. Parecer da Comissão de Constituição e Justiça.

ativa da prova testemunhal. Acerca do referido dispositivo, manifestou-se o legislador no citado parecer:

Dito isto, temos que as emendas apresentadas devem ser todas rejeitadas justamente por – em nosso modesto entender – não contribuírem para a adoção de um sistema acusatório que se pretende efetivo e livre de ranços inquisitivos pelo Brasil. Como exemplo, podemos citar a Emenda nº 7 que busca preservar a inquirição inicial do juiz quando da oitiva das testemunhas, sob o fundamento que o destinatário primeiro da prova é o juiz, olvidando o fato de que o processo penal moderno é um processo de partes, em que a prova do crime incumbe essencialmente ao Ministério Público, não cabendo ao juiz, portanto, senão supletivamente à atividade das partes, qualquer iniciativa probatória. É exatamente o que assegura, em sua redação atual, o parágrafo único do novo art. 212, do CPP: Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.⁴⁷⁶

Como destacado por Hassan Choukr,⁴⁷⁷ a redação original do projeto de lei, redigido pela Comissão Grinover, trazia apenas a norma contida no artigo 212. O seu parágrafo único, o qual estabelecia a atuação meramente complementar do juiz, foi introduzido pelo deputado João Campos por meio de Emenda Substitutiva Global de Plenário, deixando manifesta a intenção legislativa de superar o modelo de inquirição até então vigente. Assim, após a aprovação a lei, a doutrina decretou a óbvia novidade:

Vigorava no processo penal brasileiro o denominado ‘sistema presidencialista’, em que as partes formulavam as perguntas ao juiz, e este as formulava para as Testemunhas, na redação originária do art. 212 do CPP. Além disso, o juiz iniciava a inquirição, cabendo às partes apenas o direito a fazer reperfuntadas, após as respostas dadas ao juiz. Com a reforma de 2008, o juiz passou a ter um papel apenas subsidiário na produção da prova testemunhal. As perguntas passaram a ser feitas diretamente pelas partes, e não mais por intermédio do juiz, a quem restou apenas a possibilidade de complementar as indagações das partes.⁴⁷⁸

No mesmo sentido, colhe-se lição de Edilson Mougenot Bonfim:

No que diz respeito à inquirição propriamente dita, a lei brasileira adotou o sistema inglês, segundo o qual as reperfuntadas das partes devem ser feitas diretamente às testemunhas, sem a intermediação do juiz. Cabe a este fiscalizar a inquirição, inadmitindo as perguntas que induzam a resposta bem como aquelas que não guardem relação com a causa ou que já tenham sido respondidas pela testemunha (art. 212, caput). O juiz poderá também completar a inquirição no que diz respeito aos pontos não evidentemente esclarecidos (art. 212, parágrafo único). Terminada a inquirição pelo juiz, procedem-se às reperfuntadas das partes.⁴⁷⁹

⁴⁷⁶ BRASIL. Senado Federal. **PLC 37/2017**. Parecer da Comissão de Constituição e Justiça.

⁴⁷⁷ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Iniciação ao processo penal**. 2 ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 578.

⁴⁷⁸ BADARÓ, Gustavo Hernique. **Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Thompson Reuters, 2020. p. 561.

⁴⁷⁹ BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 561.

Paulo Rangel, do mesmo modo, destaca a importância do dispositivo para a efetivação do sistema acusatório:

Outra novidade na tomada de depoimento das testemunhas é o respeito ao princípio acusatório, ou seja, o juiz não exerce mais o sistema presidencialista na tomada dos depoimentos. As partes, direta e pessoalmente, é que farão perguntas às testemunhas, preservando a imparcialidade do magistrado. Em um processo penal democrático, banhado pelo sistema acusatório, o juiz deve ser afastado da colheita de provas, deixando tal tarefa às partes. Se sistema é o todo e não uma parte, não pode o processo ter momentos em que seus atos serão à luz da estrutura acusatória e outros à luz de uma estrutura inquisitória. Isso não é sistema. Logo, em audiência não poderia ser diferente. Sistema acusatório (cf. item 2, supra) não é apenas o MP promover, privativamente, a ação penal pública, mas sim a necessidade que se busca no processo (por isso sistema) de se afastar o juiz da persecução penal, mantendo sua imparcialidade e retirando de suas mãos a gestão da prova.⁴⁸⁰

O sentido do texto normativo é claro, inexistindo ambiguidade que justifique a instauração de qualquer disputa doutrinária. No entanto, a cultura brasileira já pronunciava o surgimento de uma resistência à mudança no comportamento do juiz, levando parte da doutrina a produzir os discursos necessários para neutralizar a sua aplicação.

4.3 DA INTERDIÇÃO DA EFICÁCIA DO NOVO SISTEMA: A INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS COMO MECANISMO DE MANUTENÇÃO DA ORDEM ESTABELECIDADA

Apesar da nitidez do texto legal, bem como do evidente propósito que moveu o legislador, o novo dispositivo provocou intenso debate na doutrina, gerando três interpretações, todas relacionadas de algum modo à consequência do descumprimento da regra processual. Assim, uma primeira corrente sustentava que a mudança legislativa, na verdade, “não altera o sistema inicial de inquirição, vale dizer, quem começa a ouvir a testemunha é o juiz, como de praxe e agindo como presidente dos trabalhos e da colheita da prova”.⁴⁸¹ Essa interpretação, que transmutava o irregular em regular, afasta a ocorrência de qualquer nulidade, afinal a norma, embora visasse mudar o sistema, mantinha-o como estava. Pela relevância do ensino doutrinário, transcreve-se na íntegra o entendimento, numa obra já amadurecida:

⁴⁸⁰ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 561.

⁴⁸¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 480.

[...] Há de se ressaltar o seguinte: foi alterado, apenas, o sistema de inquirição feito pelas partes. Nada mais. O juiz, como presidente da instrução e destinatário da prova, continua a abrir o depoimento, formulando, como sempre fez, as suas perguntas às testemunhas de acusação, de defesa ou do juízo. Somente após esgotar o seu esclarecimento passa a palavra às partes para que, diretamente, reperguntem. Primeiramente, a acusação repergunta às suas testemunhas, para, na sequência fazer o mesmo a defesa. Em segunda fase, a defesa repergunta diretamente às suas testemunhas para, depois, fazer o mesmo a acusação.⁴⁸²

No mesmo sentido, sustenta Tourinho Filho:

Os que vivem a vida forense sabem muito bem que o tradicional sistema superava e o supera o atual. Sempre defendemos o sistema presidencialista, para evitar discussão entre as partes, mesmo porque, quando as perguntas são formuladas pelo Juiz, a modulação da voz permanece inalterada e a audiência se realiza num ambiente de maior tranquilidade. Agora, as perguntas serão formuladas diretamente pelas partes, com entonação de voz variada, às vezes influenciando positiva ou negativamente nas respostas. Se o Juiz não ficar bem atento, às vezes a sagacidade da parte pode burlar a sua vigilância. Vamos aguardar.⁴⁸³

Outras duas interpretações, mais reverentes às decisões legislativas, reconheciam a mudança no sistema de inquirição de testemunhas, divergindo-se apenas quanto à natureza da nulidade decorrente da inobservância da ordem de perguntas previstas no artigo 212 e seu parágrafo único. Uma corrente estabelecia tratar-se de nulidade absoluta, haja vista que a violação da norma desrespeitaria o devido processo legal.⁴⁸⁴ Outra aduzia que a infringência do preceito legal traduziria mera nulidade relativa.⁴⁸⁵

Instado a se pronunciar sobre a controvérsia, o Superior Tribunal de Justiça, num primeiro momento, alinhou-se à corrente que tratava o descumprimento como nulidade absoluta. Dessa forma, abolido o sistema presidencialista e instituído o acusatório, o início da inquirição pelo juiz, vedado pelo parágrafo único do artigo 212, representava clara violação à necessária separação de funções na persecução penal, o que tornava evidente o prejuízo causado:

[...]
VII. A nova redação do art. 212 do Código de Processo Penal conferida pela Lei 11.690/2008 suprimiu o sistema presidencialista na oitiva das testemunhas em juízo

⁴⁸² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 473.

⁴⁸³ Cf. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 627.

⁴⁸⁴ STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. Produção de prova cabe ao MP e à Defesa. **Conjur [online]**, 11 jan. 2010.

⁴⁸⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 22.

para inaugurar o sistema acusatório, segundo o qual as vítimas, as testemunhas e o interrogado são inquiridos pela acusação e na seqüência pela defesa, possibilitando ao magistrado, supletivamente, caso queira complementar as declarações em pontos ainda não esclarecidos, proceder à sua inquirição. Precedentes.⁴⁸⁶

No entanto, posteriormente, o Superior Tribunal de Justiça alterou esse entendimento para decidir que, muito embora a Lei 11.690 de 2008 tenha mudado a ordem de inquirição das testemunhas, determinando que primeiro devem perguntar as partes, a sua inversão seria mera causa de nulidade relativa, pois tal fato não violaria o caráter acusatório do sistema:

[...]

4. Entretanto, ainda que se admita que a nova redação do art. 212 do Código de Processo Penal tenha estabelecido uma ordem de inquiridores de testemunhas, à luz de uma interpretação sistemática, a não observância dessa regra pode gerar, no máximo, nulidade de natureza relativa, por se tratar de simples inversão, dado que não foi suprimida do juiz a possibilidade de efetuar as suas perguntas, ainda que subsidiariamente, para o esclarecimento da verdade real, sendo certo que, aqui, o interesse protegido é exclusivo das partes”.⁴⁸⁷

Essa visão, hoje, encontra-se pacificada. E, como se pode observar nos inúmeros precedentes que entopem os tribunais brasileiros, a irritação da eficácia do artigo 212 do Código de Processo Penal, norma sincronizada com o sistema acusatório, é provocada pela mentalidade instrumentalista que povoa o imaginário jurídico brasileiro. Nesse sentido, destaca-se o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. NULIDADE. RITO ADOTADO EM AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. SISTEMA ACUSATÓRIO. EXEGESE DO ARTIGO 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI N.º 11.690/08. EIVA RELATIVA. PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO CONCRETO À DEFESA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. 1. A nova redação dada ao artigo 212 do Código de Processo Penal, em vigor a partir de agosto de 2008, determina que as testemunhas sejam ouvidas direta e primeiramente pelas partes, possibilitando ao magistrado complementar a inquirição quando entender necessário quaisquer esclarecimentos. 2. É cediço que no terreno das nulidades no âmbito do processo penal vige o sistema da instrumentalidade das formas, no qual se protege o ato praticado em desacordo com o modelo legal caso tenha atingido a sua finalidade, cuja invalidação é condicionada à demonstração do prejuízo causado à parte, ficando a cargo do magistrado o exercício do juízo de conveniência acerca da retirada da sua eficácia, de acordo com as peculiaridades verificadas no caso concreto. 3. Na hipótese em apreço, o ato impugnado atingiu a sua finalidade, ou seja, a prova requerida foi produzida, sendo oportunizada à defesa, ainda que em momento posterior, a formulação de questões à testemunha ouvida, respeitando-se o contraditório e a ampla defesa constitucionalmente garantidos, motivo pelo qual não houve qualquer prejuízo

⁴⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n° 155.020/RS. Rel. Min. Gilson Dipp, DJe 10-2-2010.

⁴⁸⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n° 121215/DF. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 22/02/2010.

efetivo ao paciente. 4. Eventual inobservância à ordem estabelecida no artigo 212 do Código de Processo Penal caracteriza vício relativo, devendo ser arguido no momento processual oportuno, com a demonstração da ocorrência do dano sofrido pela parte, sob pena de preclusão, porquanto vige no cenário das nulidades o brocado *pas de nullité sans grief* positivado na letra do artigo 563 do Código de Processo Penal. PRISÃO CAUTELAR. EXCESSO DE PRAZO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS NECESSÁRIOS À SUA MANUTENÇÃO. LIBERDADE PROVISÓRIA CONCEDIDA. PERDA DO OBJETO. 1. Tendo o Juízo de primeiro grau concedido liberdade provisória ao paciente, constata-se a perda do objeto do presente writ quanto ao ponto. 2. Habeas corpus parcialmente prejudicado e, na parte remanescente, denegada a ordem.⁴⁸⁸

O entendimento atravessou os anos, solidificando-se na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, conforme se pode observar na seguinte decisão monocrática, proferida no dia 8 de novembro de 2021, treze anos após a publicação da Lei 11.690/2008:

[...]

De fato, estabelece o art. 212 do Código de Processo Penal que " as perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida", devendo o magistrado, caso entenda necessário, complementar a inquirição, visando aclarar os pontos não esclarecidos, nos termos do parágrafo único do aludido dispositivo. Com isso, eliminou o legislador o sistema presidencialista de inquirição de testemunhas, de modo que as indagações das partes não passam mais pela intermediação do juiz. Ocorre, todavia, que a inobservância da referida regra, dirigindo-se o juiz às testemunhas antes mesmo das partes, acarreta, no máximo, nulidade relativa que, como tal, exige a demonstração do imprescindível prejuízo, já que o ordenamento jurídico não proibiu o juiz de formular perguntas às testemunhas, ainda que sua atuação, nesse particular, deva, em regra, ser subsidiária. Nos dizeres de Guilherme de Souza Nucci, "pregar a nulidade de toda a instrução porque o juiz inquiriu em primeiro lugar e as partes, depois; ou porque as partes o fizeram em primeiro plano e o magistrado, na sequência, quer demonstrar ser o processo um fim em si mesmo. Não se trataria de um meio para se conseguir a aplicação da lei penal com justiça, respeitado o devido processo legal. Tratar-se-ia de privilegiar o rito, conferindo-lhe vida própria, a despeito de absolutamente nenhum prejuízo resultar às partes" (Código de Processo Penal comentado. 15 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 555). [...] Aliás, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal, não se declara a nulidade de ato processual sem que haja efetiva demonstração de prejuízo, nos exatos termos do que preconiza o princípio *pas de nullité sans grief*. No caso dos autos, deteve-se o recorrente a sustentar que a inversão ocorrida ocasionou a nulidade da audiência de instrução, sem apontar, contudo, o efetivo dano advindo da não observância do disposto no art. 212 do Código de Processo Penal. Conclui-se, assim, que não há mácula a ser reconhecida.⁴⁸⁹

No referido precedente, é possível perceber a curiosa funcionalidade do discurso instrumentalista, que permite que algo não seja, mesmo sendo. Isso pode ser verificado quando a decisão, num primeiro momento, afirma que a regra discutida alterou o sistema de oitiva das

⁴⁸⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* nº 240391/PA. Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 30/08/2012.

⁴⁸⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* nº 153.140/MG. Rel. Min. Felix Fischer, DJe 13-9-2010.

testemunhas, para, em seguida, dizer que a sua violação não ensejaria qualquer consequência relevante. Assim, a distinção teórica profunda entre os sistemas acusatórios e inquisitivo, na prática, deixa de existir, neutralizada pelo aparato instrumental.

No mesmo sentido, caminha o Supremo Tribunal Federal:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. INVERSÃO DA ORDEM DE INQUIRÇÃO DAS TESTEMUNHAS. ARTIGO 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ARGUIÇÃO DE NULIDADE. PREJUÍZO. DEMONSTRAÇÃO. AUSÊNCIA. RECURSO IMPROVIDO. I - Não é de se acolher a alegação de nulidade em razão da não observância da ordem de formulação de perguntas às testemunhas, estabelecida pelo art. 212 do CPP, com redação conferida pela Lei 11.690/2008. Isso porque a defesa não se desincumbiu do ônus de demonstrar o prejuízo decorrente da inversão da ordem de inquirição das testemunhas. II - Esta Corte vem assentando que a demonstração de prejuízo, a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que (...) o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades *pas de nullité sans grief* compreende as nulidades absolutas; (HC 85.155/SP, Rel. Min. Ellen Gracie). Precedentes. III - A decisão ora questionada está em perfeita consonância com o que decidido pela Primeira Turma desta Corte, ao apreciar o HC 103.525/PE, Rel. Min. Cármen Lúcia, no sentido de que a inobservância do procedimento previsto no art. 212 do CPP pode gerar, quando muito, nulidade relativa, cujo reconhecimento não prescinde da demonstração do prejuízo para a parte que a suscita. IV - Recurso improvido.⁴⁹⁰

Nesses poucos julgados, que se multiplicam indefinidamente nos tribunais brasileiros, enxerga-se como o discurso instrumentalista domina a construção dos sentidos na prática jurídica brasileira. Note-se como esse paradigma encontra-se cristalizado na mentalidade dos juristas, validando reiteradas violações a partir de *standards* que ocultam as razões estruturais e, assim, a natureza autoritária desses atos decisórios.

No *Habeas Corpus* nº 103525/PE, *v.g.*, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, a infringência ao artigo 212 do Código de Processo Penal foi afastada porque a produção da prova testemunhal, em desconformidade com o que determina o dispositivo legal, “não alteraria o sistema acusatório”, a significar que a postura do juiz na produção da prova é fato irrelevante para a configuração de um modelo dessa espécie. Desse modo, o ato irregular indicava, quando muito, mera nulidade relativa, a exigir a demonstração do prejuízo. O ponto fundamental, no entanto, encontra-se na consequência utilizada para justificar a não nulificação do ato. Segundo exposto pelo Supremo Tribunal Federal, “a decretação de nulidade a partir desse fato seria considerar o processo um fim em si mesmo, e não um meio para se conseguir a aplicação da lei

⁴⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 110623/DF**. Min. Rel. Ricardo Lewandowski, DJe-061 23/03/2012.

penal”.⁴⁹¹ Desse julgamento extraem-se dois *standards* instrumentalistas fundamentais: o primeiro encontra-se na conhecida proposição de que “o processo não é um fim em si mesmo”; o segundo, consequência do primeiro, revela-se na constatação de que sendo o processo instrumento (primeiro *standard*), a declaração de nulidade de algum ato irregular pressupõe a presença de prejuízo. Desse modo, o efetivismo encontra lugar seguro na dinâmica processual.

Além disso, a ampliação da consciência instrumentalista chegou a tal ponto que, mesmo se prevalecesse o entendimento doutrinário que firmou a natureza absoluta decorrente do desrespeito ao artigo 212, a situação continuaria a mesma, pois, conforme enfatizado pela Ministra Cármen Lúcia no citado precedente:

Independentemente da sanção prevista para o ato, podendo ser ela tanto a de nulidade absoluta (arts. 563 e 566 do Código de Processo Penal; HC 81.510, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 12.4.2002; e HC 74.671, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 11.4.1997) quanto à de nulidade relativa (HC 88.755, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 15.12.2006; HC 74.356, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 25.4.1997; e HC 73.099, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 17.5.1996), pois "não se declara nulidade processual por mera presunção" (HC 88.755, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 15.12.2006).⁴⁹²

De fato, o Supremo Tribunal Federal, em 2002, já se manifestara no sentido de ser a instrumentalidade das formas o “dogma fundamental da disciplina das nulidades — *pas de nullité sans grief*”,⁴⁹³ a compreender não apenas as nulidades relativas, mas também as absolutas, dificultando, ainda mais, o reconhecimento judicial dos atos processuais irregulares.

Assim, é possível visualizar, empiricamente, que a consciência instrumentalista do processo causa a normalização da ação desviante, a qual neutraliza, pela legalidade (art. 563), a ilegalidade, desvirtuando a lógica interna do discurso jurídico e fragilizando a proteção que à forma cabe realizar no Estado Democrático de Direito. O exemplo do artigo 212, editado com o correto fim de inserir no Código de Processo Penal normas jurídicas compatíveis com o sistema acusatório, criando situações normativas necessárias para preservar a imparcialidade do julgador, revela como a mentalidade instrumental, com sua lógica estritamente eficientista, opera irritando a eficácia normativa de uma série de direitos e garantias fundamentais.

⁴⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 110623/DF**. Min. Rel. Ricardo Lewandowski, DJe-061 23/03/2012.

⁴⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 103525/PE**. Min. Rel. Cármen Lúcia, DJe27/08/2010.

⁴⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 81.510/PR**. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 12/4/2002.

Tendo em vista que a aplicação irrestrita da instrumentalidade das formas impede que se construa uma jurisprudência sistemática, causando uma nefasta desordem jurídica,⁴⁹⁴ os juristas, numa espécie de admissão inconsciente da impossibilidade de abandonar o paradigma instrumentalista, tentam conformá-la à Constituição Federal. Contudo, essa solução seria adequada?

4.4 É SUFICIENTE CONFORMAR A REGRA DO PREJUÍZO?

A aplicação irrefletida dessas concepções dogmatizadas acarreta inúmeros problemas práticos, sobretudo com relação às garantias fundamentais, fato que não escapa da atenção da doutrina. Jorge Coutinho Paschoal, ao realizar uma pesquisa profunda na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal sobre o prejuízo e as nulidades processuais penais, constatou que os referidos tribunais não mantêm uma linha coerente no trato da matéria,⁴⁹⁵ não sendo possível extrair das orientações pretorianas critérios seguros para a aplicação das nulidades.⁴⁹⁶ Sobre a regra do artigo 212, embora o entendimento de que se trata de mera nulidade relativa seja amplamente dominante, a pesquisa empírica feita por Paschoal possibilitou-lhe encontrar algumas poucas decisões contrárias ao entendimento firmado. Segundo relata o autor:

[...] tem vigorado o entendimento no STJ de que a simples inversão da ordem de perguntas não acarreta nulidade, sendo necessário verificar se, deste fato, não houve “invasão da atividade acusatória” por parte do magistrado, conforme afirma o Ministro Sebastião Reis Júnior. Enfim, terão que ser analisadas as peculiaridades do caso concreto, o que não se revela a melhor solução, pois se para um Ministro ou juiz

⁴⁹⁴ Cf. “Especialmente na matéria das nulidades processuais, a jurisprudência não mantém uma diretiva linear. Verificam-se mudanças (e reviravoltas) de entendimentos em curto espaço de tempo. Temos a seguinte conjuntura: se ontem o tribunal reconhecia a nulidade em determinada situação, hoje passa a adotar entendimento diverso, nada impedindo que, amanhã, oposição que até ontem fora desposada venha a ser novamente aplicada, passando-se a julgar diferente. Em síntese, é uma verdadeira bagunça. As mudanças de humores da jurisprudência, a ponto de fazer o próprio direito a ser comparado a uma loteria, só trazem prejuízos à Justiça, cuja credibilidade e coerência passam a ser questionadas por todos; ademais, quem mais sente e sofre com todas essas alterações de entendimentos é, justamente, o cidadão jurisdicionado, sendo que, em sede penal, uma pequena diferença de posicionamento pode significar muito, como a manutenção de uma prisão ou a concessão da liberdade, o que bem mostra a gravidade da situação.” PASCHOAL, Jorge. **O prejuízo e as nulidades processuais penais. Um estudo à Luz da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2017. p. 456.

⁴⁹⁵ *Ibidem*.

⁴⁹⁶ *Ibidem*, p. 473.

pode ter passado dos limites, ao fazer as perguntas, a mesma ou uma situação parecida pode não ser assim considerada por outro julgador, o que dá margem à insegurança.⁴⁹⁷

A insegurança jurídica causada é evidente; é certo que a aplicação do sistema de nulidades, no Brasil, é caótica. Para chegar a tal conclusão, sequer é necessário qualquer estudo empírico, pois trata-se de fato notório. Tendo em vista tal estado de coisas, parcela da doutrina busca conformar a regra do prejuízo às diretrizes normativas da Constituição, destacando-se a questão da prova atinente à matéria, uma vez que, normalmente, o ônus desse fato costuma recair sobre os ombros do acusado.

Daniel Zaclis, em pesquisa específica sobre o tema, formula uma proposta de racionalização da regra do prejuízo, com o fim de minimizar — não evitar⁴⁹⁸ — o decisionismo que o seu uso acarreta. Para tanto, elabora um corte analítico, estabelecendo uma distinção teórica entre lesão e prejuízo. Lesão, para o autor, é o nome dado ao descumprimento das formas processuais, sejam elas explícitas, sejam implícitas.⁴⁹⁹ Nesse sentido, a prática do ato processual, em desconformidade com as normas e princípios formais estabelecidos na ordem jurídica, geraria uma presunção de lesão aos interesses das partes. Contudo, embora condição necessária, “a presunção de lesão não significa necessariamente a existência de um prejuízo; configura, apenas e tão-somente, o primeiro passo para uma decisão racional”.⁵⁰⁰

Assim, ocorrido o descumprimento da forma, Zaclis sustenta que a adequada aplicação da regra do prejuízo reclama a observância dos seguintes pontos: (I) a atribuição ao magistrado do ônus de demonstrar, motivadamente e a partir da “importância” da forma processual, que o vício “não suprimiu nem diminuiu, de nenhuma maneira, o direito ou a garantia conferida pela norma à parte”;⁵⁰¹ (II) com fundamento na ideia civilista da “perda de uma chance”, o dever da parte de comprovar “a perda de oportunidade processual efetiva gerada pelo vício”,⁵⁰² e não a ocorrência do prejuízo decorrente desse fato; (III) e, por último, com fundamento no artigo 565

⁴⁹⁷ PASCHOAL, Jorge. **O prejuízo e as nulidades processuais penais. Um estudo à Luz da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2017. p. 519.

⁴⁹⁸ Nas palavras do autor: “Os critérios de aferição do prejuízo, se corretamente aplicados, certamente minimizarão o decisionismo exacerbado atrelado à matéria de nulidades no processo penal e, ao mesmo tempo, garantirão um maior respeito aos direitos fundamentais do acusado.” ZACLIS, Daniel. **As nulidades no processo penal: estudo crítico sobre a aplicação da regra do prejuízo**. Rio de Janeiro: GZ, 2016. p. 185.

⁴⁹⁹ Para o autor, lesão é “toda e qualquer violação da forma processual, seja ela estabelecida explicitamente pelas normas de processo penal, ou esteja ela compreendida implicitamente em princípios e garantias constitucionais. Em síntese, é o descumprimento do ordenamento processual que resulta na presunção de lesão às partes.” ZACLIS, Daniel. **As nulidades no processo penal: estudo crítico sobre a aplicação da regra do prejuízo**. Rio de Janeiro: GZ, 2016. p. 162.

⁵⁰⁰ *Ibidem*, p. 164.

⁵⁰¹ *Ibidem*, p. 168.

⁵⁰² *Ibidem*.

do Código de Processo Penal, que o vício formal não decorra de erro propositadamente provocado pela parte que o alega.⁵⁰³

A questão do ônus da prova do prejuízo também é defendida por outros doutrinadores. Nesse sentido, Gustavo Badaró,⁵⁰⁴ ao tratar a forma como garantia do acusado, sustenta que a prática do ato defeituoso, por si só, gera a presunção de prejuízo para o acusado, o que faz recair sobre o juiz o dever de demonstrar que o ato viciado não causou algum prejuízo às partes:

[...] Em regra, o não cumprir a forma ou não observar os elementos que integram o ato processual típico causará prejuízo, sob pena de se considerar que o legislador estabeleceu uma forma ou elemento irrelevante e inútil para a consecução do fim que se pretende agir. Deve haver, pois, uma inversão de sinais. Seja nas chamadas nulidades absolutas (insanáveis), seja nas nulidades relativas (sanáveis), a atipicidade do ato, em regra, prejudica a sua finalidade. Assim sendo, bastará à parte que alegar a nulidade demonstrar a prática de um ato atípico. Por certo, isso não será suficiente para que fique caracterizada a nulidade. Deverá, ainda, haver um prejuízo a finalidade pela qual a forma não observada foi violada. E este é o ponto fundamental: a parte que alega uma nulidade, e demonstra que o ato foi praticado de forma atípica, não terá que demonstrar ou “provar” o prejuízo. Se há um modelo ou uma forma prevista em lei, que foi desrespeitada, o normal é que tal atipicidade gere prejuízo. Eventualmente, mesmo havendo atipicidade do ato, pode ser que dela não resulte prejuízo. Entretanto, diante da atipicidade, não será a parte que terá demonstrar o prejuízo. O correto é o inverso: a manutenção da eficácia do ato atípico ficará na dependência da demonstração de que a atipicidade não causou prejuízo algum. E será o juiz – a quem incumbe zelar pela regularidade do processo e observância da lei – que, para manter a eficácia do ato, deverá expor as razões pelas quais a atipicidade não impediu que o ato atingisse sua finalidade.⁵⁰⁵

Também Aury Lopes Júnior, embora critique duramente a utilização da regra do prejuízo no âmbito do processo penal, defende que a aplicação do *pas de nullité sans grief* demandaria a inversão do ônus da prova do prejuízo, ou seja, a interpretação constitucionalmente adequada do instituto impede que seja atribuído ao réu o ônus de provar eventual prejuízo decorrente da nulidade suscitada, cabendo ao Estado comprová-lo.⁵⁰⁶ Desse modo, o juiz, “para manter a eficácia do ato, deverá expor as razões pelas quais a atipicidade não impediu que o ato atingisse sua finalidade”.⁵⁰⁷

No mesmo sentido, Antonio Tovo Loureiro, que, ao comentar a tendência jurisprudencial de atribuir ao réu o ônus de comprovar o prejuízo, acentua ser necessária uma

⁵⁰³ ZACLIS, Daniel. **As nulidades no processo penal: estudo crítico sobre a aplicação da regra do prejuízo**. Rio de Janeiro: GZ, 2016. p. 175.

⁵⁰⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Thompson Reuters, 2020. p.578.

⁵⁰⁵ *Ibidem*, p. 907.

⁵⁰⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 1016-1019.

⁵⁰⁷ *Ibidem*, p. 1019.

inversão dessa lógica, de modo que o descumprimento da forma que implique infringência de princípios protetores do imputado gera a *presunção* do dano.

Outrossim, embora com fundamento diverso, parcela da doutrina, a partir de uma proposta que mantém intocada, no subterrâneo das práticas jurídicas, a instrumentalidade, defende a conformação da regra do prejuízo por meio da sua “ponderação” no caso concreto, tal como sustentando por Eugênio Pacelli e Douglas Fischer:

Não nos restam dúvidas que a nulidade absoluta pode repercutir sobre o ato processual, pois ele não terá como ser convalidado. Mas nos parece que não se pode fazer a afirmativa peremptória e cartesiana de que, necessariamente, sempre deverá haver a nulidade do processo. Quer-se dizer com isso que, mesmo em se tratando de nulidades absolutas, é fundamental fazer a análise de ponderação se, do modo como praticado o ato (contra a lei), haveria, efetivamente, prejuízo para o processo (para as partes). E, em caso positivo, quais atos subsequentes deveriam ser declarados nulos (art. 573, §§ 1º e 2º, CPP). O tema é deveras polêmico, sem dúvidas, mas é preciso assumir posição – sempre prudente, claro – de que o processo é regulado pela instrumentalidade das formas. Assim, se o ato for nulo – embora plenamente explicável o equívoco que o gerou – há de se ponderar diante do caso concreto se é hipótese de declaração de nulidade dos atos subsequentes ou não.⁵⁰⁸

Embora louváveis e importantes os esforços da doutrina na determinação de parâmetros para uma adequada aplicação do instituto, enquanto o processo penal brasileiro estiver alicerçado no paradigma instrumentalista, a natureza inquisitória permanecerá assombrando as práticas judiciais. O problema semântico que envolve a definição do significado do “prejuízo” a que alude o artigo 563 não é afastado com a simples inversão do ônus da prova, ou com a sua ponderação. É preciso lembrar que, se no polo passivo de uma ação penal sempre há um indivíduo exercendo a defesa de sua liberdade, do outro lado tem-se a sociedade, ofendida sempre que algum delito é cometido (vide ideologia da defesa social). Daí se observa uma tensão entre o sujeito, devidamente identificado, e a difusa coletividade, manifestada na figura do juiz. Essa relação de poder mantida pelo instrumentalismo causa uma assimetria na relação Estado-indivíduo, permitindo que qualquer decisão seja tomada, desde que justificada por algum anseio social. Cita-se, como exemplo claro dessa tendência, que a própria condenação, muitas vezes, não é considerada como um fato causador de prejuízo ao réu.⁵⁰⁹ O prejuízo, portanto, nas mãos do réu, nada significa; nas do juiz, significa qualquer coisa. E assim as garantias continuam sendo violadas; e o sistema acusatório, um projeto utópico.

⁵⁰⁸ PACELLI, Eugênio, FISCHER, Douglas. **Comentários do Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 1125 e seguintes

⁵⁰⁹ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 112.652/SP. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Dje-187 de 24 de set. de 2012.

A tolerância à violação do artigo 212 é uma evidência incontestável desse fato, pois anula, na prática, a diferença existente entre os sistemas acusatório e inquisitório. Essa confusão, ao ocultar toda uma tradição teórica, permite e normaliza a subjetivação do conhecimento da imparcialidade do julgador, substituindo o critério normativo de sua verificação, consuetudinário do sistema acusatório.

Por último, é importante destacar que, se o instrumentalismo concebe um modelo de juiz incompatível com um sistema acusatório, é natural que ele não se deixe regular por normas dessa natureza. A resistência à alteração da estrutura aparenta ser uma espécie de reação provocada pela própria identidade que a cultura atribuiu ao juiz ao longo dos anos, de modo que aplicar determinada norma conformadora de um sistema diverso do inquisitivo seria uma espécie de negação do próprio eu. Indício claro dessa tendência foi a suspensão determinada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal,⁵¹⁰ Ministro Luiz Fux, dos dispositivos inseridos pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, que instituíam e regulavam o juiz das garantias. Observe-se que a instituição desta figura no direito brasileiro pode(ria) representar inegável avanço na discussão sobre o paradigma instrumentalista, possibilitando, inclusive uma separação funcional da atividade judicante, por meio da qual um dos juízes, na fase pré-processual, atuaria na produção da prova, assegurando a preservação dos direitos e garantias fundamentais; e um outro, na fase judicial, exerceria a condução do processo mantendo a necessária equidistância e deixando a cargo das partes a instrução processual. No entanto, como já destacado, a tendência é que todo e qualquer instituto que possibilite uma evolução nesse sentido, encontre considerável resistência no Poder Judiciário.

Portanto, nada obstante o Poder Legislativo edite normas com o fim de alterar determinada estrutura jurídica, no Brasil, para que a normatividade dos direitos e garantias fundamentais aconteça, a solução é o total abandono da instrumentalidade como categoria fundamental dos institutos processuais,⁵¹¹ e não a sua impossível conformação.

⁵¹⁰ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.298**. Rel. Min. Luiz Fux; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.299**. Rel. Min. Luiz Fux; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.300**. Rel. Min. Luiz Fux; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.305**. Rel. Min. Luiz Fux.

⁵¹¹ Para uma defesa da instrumentalidade das formas na tutela de todos os envolvidos e interessados no processo ver: COUTINHO PASCHOAL, Jorge. **O prejuízo e as nulidades processuais penais. Um estudo à Luz da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2017. p. 330.

4.5 A EFETIVAÇÃO DO PROCESSO DEMOCRÁTICO E A NECESSIDADE DE ABANDONO DA INSTRUMENTALIDADE NO PROCESSO

O ponto nodal que evidencia a necessidade de superação da concepção instrumental do processo, sobretudo no penal, é a sua manifesta incompatibilidade com os pilares do Estado Democrático de Direito na sociedade moderna. Essa característica, embora longe da visão de Francisco Campos, não passou despercebida por Cândido Rangel Dinamarco. Em determinado trecho de sua obra, o autor lembra tal fato, ao afirmar que:

Fala-se mesmo, na ‘escassez de crescente consenso’, como característica da sociedade contemporânea e resultado das profundas mutações por que passa: os novos padrões morais e políticos da sociedade cambiante em que vivemos neste limiar de uma nova era torna mais árdua a percepção dos princípios legitimadores de todo o sistema político mesmo e, via de consequência, da sua instrumentação processual. Por outro lado, não se pensa na aceitação, ou consentimento, do destinatário individualizado, de cada ato imperativo isoladamente considerado, nem somente na aceitação de cada um dos atos; falar em aceitação, como elemento legitimador do poder, é falar na generalizada aceitação, *pela sociedade*, do *sistema* que inclui e positiva o poder.

Conforme a constatação feita, é possível perceber que Dinamarco interpreta a complexidade social apenas como um fenômeno que dificulta o processo de legitimação pressuposto por sua teoria, qual seja, a apreensão dos valores latentes na sociedade, de modo a sustentar que não se busca, afinal, a aceitação individualizada de cada ator, mas de um reconhecimento generalizado do sistema pela sociedade.

Não nota, entretanto, que a crescente escassez de consenso a que alude não é um fenômeno isolado, mas uma própria característica das sociedades modernas, as quais reclamam um novo modelo de direito que contemple, como elemento universal, a pluralidade de valores e interesses. Conforme anota Kriele, o “desenvolvimento da sociedade moderna é marcado por dois fatores: crescimento permanente da complexidade e da diferenciação social por um lado e crescimento da autonomia moral por outro lado.”⁵¹²

Nesse novo paradigma, caracterizado pela superação de uma moral tradicional conteudística hierarquizada,⁵¹³ ganha especial relevo o procedimento como mecanismo de legitimação social. É nesse sentido que Marcelo Neves, em “Têmis e Leviatã”, faz uma releitura

⁵¹² KRIELE, Martin. **Introdução à teoria do estado: os fundamentos históricos da legitimidade do estado constitucional democrático**. Trad. Urbano Carvelli. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2009. p. 57.

⁵¹³ NEVES, Marcelo da Costa Pinto. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016. p. 124.

das teorias de Habermas e Luhmann para asseverar que, na modernidade, “os ‘procedimentos’ servem, discursiva e funcionalmente, à intermediação do dissenso conteudístico”. Neves entende que as instituições devem ser configuradas de modo a preservar o dissenso, por meio do consenso procedimental:

O consenso em relação aos procedimentos possibilita a convivência com o dissenso político e jurídico sobre valores e interesses no Estado Democrático de Direito, tornando-o suportável na sociedade complexa de hoje. Isso porque é no âmbito deste que se pode construir e desenvolver uma esfera pública pluralista constitucionalmente estruturada, cujos procedimentos estão abertos aos mais diferentes modos de agir e vivenciar políticos, admitindo inclusive os argumentos e as opiniões minoritárias como probabilidades de transformação futura dos *conteúdos* da ordem jurídico-política, desde que respeitadas e mantidas as *regras procedimentais*.⁵¹⁴

A formulação teórica proposta por Marcelo Neves, a partir de uma relação entre a teoria do discurso e a teoria sistêmico-funcional, revela o resgate do procedimento na legitimação do Estado Democrático de Direito, tese compartilhada, respeitadas as diferenças, por uma série de procedimentalistas. É por essa razão que Martin Kriele esclarece que “tanto a legalidade das ordens regulamentadas quanto os procedimentos regulamentados são um fundamento imprescindível da coexistência numa comunidade estatal”.⁵¹⁵ Nesse sentido, o autor conclui ser essa a “verdadeira questão da legitimidade”.⁵¹⁶ Assim, é possível concluir que:

[...] o processo – enquanto instituição jurídica – representa um elemento fundamental para o Direito que se constitui a partir da modernidade na medida em que estruturas e formas processuais adquirem uma função de legitimação de determinados atos praticados pelo poder político.⁵¹⁷

As teorias contemporâneas buscam evitar que o processo de legitimação ocorra de modo a permitir que a decisão seja afunilada no interesse de determinada instituição ou pessoa, como desenha a teoria de Dinamarco, criando as condições necessárias para que o universo de valores conflitantes seja mantido de forma equilibrada, pois:

Já se pode perceber que atualmente a credulidade na existência de um *ethos* concreto e universalmente vinculante de uma comunidade mais ou menos homogênea, principalmente num cenário de pluralismo de concepções de mundo, **seria uma ilusão**

⁵¹⁴ NEVES, Marcelo da Costa Pinto. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016. p. 144.

⁵¹⁵ KRIELE, Martin. **Introdução à teoria do estado: os fundamentos históricos da legitimidade do estado constitucional democrático**. Trad. Urbano Carvelli. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2009. p. 57.

⁵¹⁶ *Ibidem*.

⁵¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. Tomaz de Oliveira, Rafael. **O que é isto – as garantias processuais penais?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019. p.31.

da realidade, pois, em nossa sociedade, percebe-se a possibilidade de ocorrência de um dissenso racional acerca dos *standards* de valor fundamentais, impedindo que um sujeito solitário possa encontrar por si mesmo os valores desta comunidade.⁵¹⁸

É de ver, portanto, que a questão da legitimação na modernidade não se trata, como aduz Dinamarco em sua obra, da mera aceitação generalizada do sistema, que “inclui e positiva o poder” na sociedade. No modelo do Estado Democrático de Direito, mediante os procedimentos institucionalizados, o Estado legitima o exercício do poder, que já não deve externar objetivos seus, como pretende o autor.

Contudo, a aplicação irrestrita da tradição instrumentalista do processo, derivada de uma concepção de Estado intervencionista, que domina tanto os debates acadêmicos quanto a prática jurídica contemporânea, mantém o processo penal brasileiro refém do inquisitivismo, causando repercussões nefastas para o sistema de direitos e garantias fundamentais. Nesse sentido, o artigo 212 do Código de Processo Penal, que visa(va) à implementação de mecanismos para efetivar um modelo próximo ao acusatório, sofreu, como ainda sofre, um processo de irritação profunda nos tribunais. Veja-se que, imperando a mesma lógica, não terá qualquer sucesso o novo Código de Processo Penal que se avizinha — mesmo trazendo ele, no seu artigo 4º,⁵¹⁹ a afirmação do sistema acusatório —, se o seu artigo 186 mantém viva a velha regra do prejuízo.^{520, 521}

Enquanto o paradigma instrumentalista se mantiver iluminando a consciência dos operadores do direito, não será possível implementar, no Brasil, um sistema acusatório pleno, que atenda aos parâmetros normativos democráticos da Constituição, pois o protagonismo ativista do juiz defendido por essa corrente teórica é a causa direta e imediata do caos sistêmico

⁵¹⁸ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático. Uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 48.

⁵¹⁹ Art. 4º O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

⁵²⁰ Art. 187. A decretação de nulidade e a invalidação de ato irregular dependerão de manifestação específica e oportuna do interessado, sempre que houver necessidade de demonstração de prejuízo ao pleno exercício de direito ou de garantia processual da parte, observadas as seguintes disposições: I - é dever do juiz buscar o máximo de aproveitamento dos atos processuais; II - nenhum ato será declarado nulo se da irregularidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa; III - o prejuízo não se presume, devendo a parte indicar, precisa e especificadamente, o impacto que o defeito do ato processual gerou no exercício do contraditório ou da ampla defesa;

⁵²¹ Conforme destacado pelo relator: “Ainda no que se refere às nulidades, foram feitas alterações no texto para aproximar o seu tratamento ao adotado pelo novo Código de Processo Civil, preservando-se o princípio de que a decretação de nulidade depende da ocorrência de prejuízo (*pas de nullité sans grief*) e da instrumentalidade das formas e termos do processo. Assim, evita-se o culto do formalismo estéril, prestigiando a busca da verdade real. BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 8045/2010**.

provocado no processo penal brasileiro, que, embora contradiga a pretensão dos instrumentalistas de promover a segurança jurídica,⁵²² atende a sua ambição por efetividade.⁵²³

A hipertrofia dos poderes do juiz, consequência direta das bases fundantes da teoria, é de fato o seu calcanhar de Aquiles. É interessante anotar uma resposta dada por Dinamarco sobre crítica formulada por Calmon de Passos à indevida hipertrofia dos poderes dos juízes causada pelo discurso instrumentalista. A resposta à crítica do protagonismo judicial é no mínimo curiosa e incoerente com o conjunto da obra. Segundo Dinamarco, os instrumentalistas não propugnam um processo sem regras, mas um processo humano, no qual o juiz atue de forma ativa, por meio de sua sensibilidade, a fim de alcançar o justo. No entanto, sobre os exageros que a teoria pode provocar em virtude do excessivo poder colocado nas mãos dos juízes, constrói uma solução meramente formal: “Erros do juiz comportam corretivos pela via dos recursos e graças à estrutura do Poder Judiciário em graus diferenciados”, ou seja, a instrumentalidade é apenas uma ferramenta teórica a cargo dos detentores do poder para facilitar a imposição de uma determinada ideologia difusa que corresponda aos objetivos estatais. As distorções provocadas pela sua aplicação devem ser corrigidas pelas vias formais da estrutura judicial — em síntese, um erro de um juiz só pode ser corrigido por outro juiz, previamente estabelecido na organização hierárquica do Poder Judiciário; e se a decisão, ao fim e ao cabo, não representar os valores historicamente determinados pela Nação, mas exageros dos juízes, Dinamarco pede que tais excessos “sejam debitados a eles e não ao instrumentalismo”.⁵²⁴

Certamente Dinamarco constrói a sua obra investido das melhores intenções. Até por essa razão, como mesmo busca esclarecer no final do seu livro, mantém uma narrativa que, aparentemente, adequa-se aos postulados democráticos. Ocorre, no entanto, que o discurso pragmático adotado por Dinamarco se limita a justificar a abertura do processo a campos estranhos ao direito pretendida pelo autor, como, v.g., a política. A prática da instrumentalidade, no entanto, sobretudo os excessos por ela provocados, são ignorados. Com efeito, o autor, talvez pela impossibilidade de desenvolver uma resposta sem abandonar as bases fundamentais de sua teoria, apresenta apenas respostas evasivas; nenhum tempero ao poder atribuído aos juízes é realizado.

⁵²² DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 162.

⁵²³ *Ibidem*, p. 297.

⁵²⁴ *Ibidem*, p. 380.

Por certo, a concepção instrumentalista deixa de reconhecer que, no Estado Democrático de Direito, lugar no qual não se permite o afunilamento das questões axiológicas encontradas no seio da sociedade, a participação efetiva nos processos judiciais pressupõe a construção de mecanismos procedimentais aptos a afastar a captura subjetiva do poder da decisão sobre a correção dos procedimentos. Nesse paradigma, as regras procedimentais possuem estreita relação com o próprio princípio da dignidade da pessoa humana, a implicar:

[...] por meio da adequada interpretação dos direitos e garantias fundamentais, a consideração do indivíduo como sujeito e não mero objeto do processo, além de demonstrar que os principais direitos e garantias processuais têm um conteúdo em dignidade e nela encontram o seu fundamento e sua justificação, o que deve ser devidamente levado em conta quando da resolução de conflitos com outros direitos fundamentais e por ocasião do exame da constitucionalidade de medidas restritivas.⁵²⁵

No modelo adotado pela Constituição Federal de 1988, não há espaço para a utilização do processo a fins diversos dos estabelecidos na norma jurídica de regência, como defende a corrente instrumentalista, não se justificando o desvio das regras processuais, mesmo em nome de finalidades socialmente nobres.⁵²⁶ Conforme afirma Franco Cordero, o modelo acusatório, “ideologicamente neutro, reconhece um só valor: a justiça, o jogo limpo (*fair play*)”.⁵²⁷ Justamente por essa razão, a forma ganha relevante destaque num processo penal construído à luz do Estado Democrático de Direito, haja vista que:

As formalidades do processo penal não são meras formalidades, mas sim formas protetivas no interesse de todos os envolvidos no processo e, sobretudo, dos participantes. A autorização para, no caso específico, afastar essas formalidades, torna dispensáveis os pilares do direito processual penal.⁵²⁸

Se, com Lenio Streck, é possível asseverar que “o sistema acusatório é o modo pelo qual a aplicação igualitária do Direito Penal penetra no Direito processual-penal [...], porta de entrada da democracia”,⁵²⁹ a instrumentalidade *no* processo é a chave que emperra a abertura dessa porta: a luta por um processo penal efetivamente democrático só produzirá efeitos se houver a superação da consciência instrumentalista.

⁵²⁵ WOLFGANG SARLET, Ingo. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

⁵²⁶ *Ibidem*.

⁵²⁷ *Ibidem* (tradução livre).

⁵²⁸ HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy (Spanish Edition)*. [E-book - Edição do Kindle]. Universidad Externado de Colombia, 1987. p. 71.

⁵²⁹ STRECK, Lenio Luiz. Tomaz de Oliveira, Rafael. **O que é isto – as garantias processuais penais?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019. p. 56.

CONCLUSÃO

As considerações sustentadas nesta dissertação buscam evidenciar a tensão existente entre o paradigma instrumentalista do processo, que domina tanto o campo acadêmico quanto as práticas judiciais brasileiras, e as normas constitucionais que veiculam os direitos e garantias fundamentais, possibilitando a legitimação de ilegalidades processuais e impedindo a plena eficácia da Constituição Federal de 1988 no campo do direito processual penal.

Como visto no decorrer do presente trabalho, a concepção instrumental surgiu a partir de uma reclamada necessidade de publicizar o processo, superando, com isso, a concepção meramente individualista. Esse fato histórico justificou a construção de um Código de Processo Penal essencialmente inquisitório, incluindo-se entre os mecanismos desse sistema a chamada “regra do prejuízo”, também vulgarmente denominada de instrumentalidade das formas (art. 563). Iniciava-se, naquela época, um processo de gradativa banalização da forma que viria a atingir o seu cume em 1987, com o aperfeiçoamento da doutrina processual sustentada pela Escola Paulista de Processo, por meio da obra fundamental de Cândido Rangel Dinamarco. Assim, a instrumentalidade das formas tornou-se espécie da instrumentalidade do processo, matriz geral de uma ideia que se firmava na crença de um Estado paternalista, encarnado na figura do juiz.

No entanto, com o passar do tempo, as concepções, cada qual surgida a partir de um contexto histórico diferente, despiram-se de seus fundamentos, dando origem a um dogma poderoso, segundo o qual as regras processuais, embora necessárias para a adequada aplicação do direito, não poderiam se submeter a uma rígida obediência, pois o processo não é um fim em si mesmo, mas instrumento de aplicação do direito material. A partir dessa máxima, que se fundava na necessidade de evitar um ainda temido excessivo rigorismo formal, edificou-se uma prática judicial pouco ou nada deferente às qualidades da forma processual, operando de modo a irritar a concretização dos direitos e garantias constitucionais. Defendeu-se, portanto, que o paradigma instrumentalista, já tornado senso comum, seria o principal fator de manutenção das práticas inquisitórias no processo penal brasileiro.

Para a confirmação da hipótese, apresentou-se como evidência empírica a aplicação da regra prescrita no artigo 212 do Código de Processo Penal (inserida pela Lei nº 11.690 de 2008) pelos tribunais, desde a sua promulgação até os dias de hoje, revelando que o propósito de construir um sistema acusatório encontrou — como ainda encontra — óbice na normalização

da instrumentalidade das formas, canalizada, nesse caso específico, por meio da regra do prejuízo, utilizada como mecanismo de validação da invalidade. O efeito prático decorrente desse fenômeno é a óbvia resistência dos julgadores de observarem normas de comportamento que lhes impõem o dever de equidistância e que visa lhes assegurar, de forma objetiva, a imparcialidade. Este, portanto, é o busílis: a consciência instrumental do processo, caracterizada pela defesa de um ativismo judicial formulado conforme os pilares do Estado Social – contrário, portanto, ao Estado Democrático de Direito –, funciona, na prática, como mecanismo de irritação da eficácia dos direitos e garantias fundamentais. Por consequência, a efetivação das normas constitucionais asseguradoras da liberdade pressupõe o abandono da ideia instrumentalista, tal qual como tradicionalmente sustentada.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ARAGON, Manuel. *La eficacia jurídica del principio democrático*. **Revista Española de Derecho Constitucional**. Año 8. n. 24. Septiembre-Diciembre. 1988. p. 31. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/79383.pdf>>. Acesso em 05 de jul. de 2021.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Thompson Reuters, 2020.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- BARATTA, Alessandro. **Positivismo Giuridico e Scienza del Diritto Penale**: aspetti teoretici e ideologici dell' sviluppo della scienza penalistica tedesca dall' inizio del secolo al 1933. Milano: Giuffrè, 1966.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. Trad.: Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro: Revan, 2020.
- BENAVENTE CHORRES, Hesbert. **La aplicació de la teoria del caso y la teoria de delito em el processo acusatório**. Barcelona: Bosh, 2011.
- BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 10. edição. São Paulo: Atlas, 2015.
- BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 4. edição. São Paulo: Atlas, 2009.
- BOSI, Alfredo. A arqueologia do Estado-providência: sobre um enxerto de ideias de longa duração. In: **Dialética da colonização**. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.
- CARDOSO, Adalberto. Uma utopia brasileira: Vargas e a construção do estado de bem-estar numa sociedade estruturalmente desigual. **Dados** [on-line]. 2010, v. 53, n. 4. p. 775-819. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0011-52582010000400001>>. Acesso em: 07 junho 2021.
- CARDOSO, Adauto Lúcio et al. **Manifesto dos mineiros**. [on-line]. Belo Horizonte, 1943. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthistbr/estadonovo/mineiros_1943.htm> Acesso em 15 de jul de 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.298**. Min. Rel. LUIZ FUX.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.299**. Min. Rel. LUIZ FUX.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.300**. Min. Rel. LUIZ FUX.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.305**. Min. Rel. LUIZ FUX.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 240391/PA**. Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe 30/08/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 112.652/SP**, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe-187 de 24.9.2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 155.020/RS**. Rel. Min. GILSON DIPP, DJe 10-2-2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 153.140/MG**. Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe 13-9-2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 137.089/DF**. Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe2-8-2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 121215/DF**. Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe 22/02/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 103525/PE**, min. Rel. CÁRMEN LÚCIA, DJe27/08/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 81.510/PR**, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 12.4.2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 153990/SP**, min. Rel. ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, DJe 08/11/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça: **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 73327 SP 2016/0184966-2**. Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, DJe 02/05/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 110623/DF**, min. Rel. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe-061 23/03/2012.

BUENO, Bruno Bruziguessi. Os Fundamentos da Doutrina de Segurança Nacional e seu Legado na Constituição do Estado Brasileiro Contemporâneo. **Revista Sul-Americana de Ciência Política**, v. 2, n. 1, jun. 2014, p. 47-64.

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

CAENESEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Trad.: Carlos Eduardo Lima Machado. 2. ed. São Paulo. Martins Fontes, 1999.

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

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARDOSO, Vicente Licínio (Org.). **À margem da história da república** (ideias, crenças e afirmações). Brasília: UnB, 1981.

CASTRO, Matheus Felipe de; MEZZAROBBA, Orides. **História ideológica e econômica das constituições brasileiras**. Belo Horizonte: Arraes, 2015.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. v. 1 e 2. Campinas: Bookseller, 2002.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Iniciação ao processo penal**. 2 ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal: Tomo I**. Bogotá: Temis, 2000.

COSTA, Célia Maria Leite. **O Brasil de JK. Revolta de Jacareacanga**. CPDOC FGV. Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil. Disponível em: <<https://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/JK/artigos/Politica/Jacareacanga>>. Acesso em: 15 de jul. de 2021.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, a.30, n. 30, 1998, p. 163-198. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v30i0.1892>>. Acesso em: 09 dez. 2021.

CRUZ, Rogério Schiatti Machado. Rumo a Um Processo Penal Democrático. **Revista Direito em Ação**, v. 1, n. 1, p. 169-229, 2014. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.18837/1518-9562/direito.acao.v12n1p169-229>>. Acesso em: 05 jul. 2021.

CUNHA, Wilson Ferreira da. **Introdução à ciência política**. Goiânia: UFG, 1999.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DEWEY, John. **Democracia e educação. Atualidades pedagógicas.** v. 21. Trad.: Godofredo Rangel e Anísio Teixeira. São Paulo: Nacional, 1979.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

DREIFUS, René Armand. **1964 – A conquista do Estado.** Ação política, poder e golpe de classe. Petrópolis: Vozes, 1981.

ESCOLA SUPERIOR DE GUERRA. **Manual básico: elementos fundamentais.** v. I. Rio de Janeiro, 2014.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado.** v. II. 5. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil.** 12. ed. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2006.

FAUSTO, Boris. **O pensamento nacionalista autoritário (Descobrimo o Brasil).** [E-Book - Edição do Kindle]. Zahar. 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais.** Trad. Alexandre Salim et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** Trad. Ana Paula Zomer et al. 3. ed. São Paulo: RT. 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** Trad. Ana Paula Zomer et al. São Paulo: RT, 2002.

FLEINER-GERSTER, Thomas. **Teoria geral do Estado.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas Marcas Inquisitoriais do Código de Processo Penal Brasileiro e a Resistência às Reformas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 1, n. 1. Porto Alegre, 2015.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro.** v. 1. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GOLDSCHIMIDT, James. **Problemas jurídicos e políticos do Processo Penal.** Conferência realizadas na Universidade de Madrid nos meses de dezembro de 1934 e de janeiro, fevereiro e março de 1935. Trad.: Mauro Fonseca Andrade, Mateus Marques. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

GOMES, Adriano Camargo et al: **Garantismo processual: garantias processuais aplicadas ao processo**. Coord.: José Roberto dos Santos Bedaque, Lia Carolina, Elle Pierre Eid. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Nulidades no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1995.

HÄBERLE, Peter. **Os direitos fundamentais no Estado prestacional**. Trad.: Fabiana Okchstein Kelbert, Michael Dietmar Donath. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. V. I. 2. ed. rev. Trad.: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. v. II. 1. ed. reimp. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do Direito Constitucional**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

HOBBSBAWN, Eric J. **A Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991**. Tradução: Marcos Santarrita; revisão técnica Maria Célia Paoli. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

HABERMAS, Jürgen. **A era das revoluções, 1789-1848**. Tradução: Maria Tereza Teixeira e Marcos Penchel; revisão técnica Marc Garabed Arabyan. 44. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2020.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

JOBIM, Marco Félix. **Cultura, escolas e fases metodológicas do processo**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

KLEIN, Franz. *Zeit- und Geistesströmungen im Prozesse*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1958.

KRIELE, Martin. **Introdução à teoria do estado: os fundamentos históricos da legitimidade do estado constitucional democrático**. Trad. Urbano Carvelli. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2009.

LAMARÃO, Sérgio. **A conjuntura de radicalização ideológica e o golpe militar**. Comício das Reformas. FGV CPDOC. Disponível em: <https://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/Jango/artigos/AConjunturaRadicalizacao/Comicio_das_reformas>. Acesso em: jul. 2021.

LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do Processo em Crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 14. ed. [*E-book* - Edição do Kindle]. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo**. 1. ed. [Edição do Kindle]. LeBooks, 2018.

LOPES, José Reinaldo de Lima; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; ACCA, Thiago dos Santos. [*E-book* - Edição do Kindle]. **Curso de História do Direito**. Atlas, 2021.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LOUREIRO, Antônio Carlos Tovo. **Nulidades e limitação do poder de punir: análise de discurso de acórdãos do tribunal de justiça do Rio Grande do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. v. I. 2. ed. Rio de Janeiro, 1965.

MARQUES, José Frederico. **Estudos de Direito Processual Penal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do juiz. Inteligência do princípio da separação de poderes e do princípio acusatório. **Revista de informação Legislativa**, Brasília, nº 183, p. 141-153, jul./set. 2009.

MEDEIROS, Jarbas. **Ideologia Autoritária no Brasil, 1930/1945**. Rio de Janeiro, Editora FGV, 1978.

MENGER, Anton. *El derecho civil e los pobres*. Atalaya: Buenos Ayres, 1947.

NEVES, Antônio Castanheira. **O direito hoje e com que sentido?** Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

NEVES, Marcelo da Costa Pinto. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. Uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro: **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997.

PACELLI, Eugênio, FISCHER, Douglas. **Comentários do Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

PACELLI, Eugênio Oliveira de. **Curso de Processo Penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PACELLI, Eugênio Oliveira de. **Curso de Processo Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PANDOLFI, Dulce. **Entre dois governos: 1945-1950. A cassação do Partido Comunista no cenário da Guerra Fria**. CPDOC FGV. Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil. Disponível em: <<https://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas2/artigos/DoisGovernos/CassacaoPC>>. Acesso em: 15 de jul. de 2021.

PASCHOAL, Jorge. **O prejuízo e as nulidades processuais penais. Um estudo à Luz da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2017.

PAULA, Leonardo Costa de. **As Nulidades no Processo Penal**. Sua compreensão por meio da afirmação do direito como controle ao poder de punir. Curitiba: Juruá, 2013.

PIRES, Maria Raquel Gomes Maia; DEMO, Pedro. Políticas de saúde e crise do Estado de Bem-Estar: repercussões e possibilidades para o Sistema Único de Saúde. **Saúde e Sociedade [on-line]**. p. 56-71. v. 15, n. 2. 2006. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0104-12902006000200007>>. Acessado em: 15 nov. 2021.

PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. Disponível em: <<http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/7782/material/Livro%200-Sistema%20Acusatorio%20-%20Geraldo%20Prado.pdf>>. Acesso em: 05 de jul de 2021.

PRUDÊNCIO, Simone Silva. Garantias Constitucionais e o Processo Penal: Uma Visão Pelo Prisma do Devido Processo Legal. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, n. 57, p. 297-320, Belo Horizonte: UFMG, jul./dez. 2010.

RAATZ, Igor; ANCHIETA, Natascha. Processualismo científico e “fases metodológicas do processo”: a tática erística do adjetivo científico e das “novas fases metodológicas”. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro. Ano 14. v. 21. n. 3. Set. – Dez. 2020. Periódico Quadrimestral da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ Patrono: José Carlos Barbosa Moreira (in mem.). p. 296-327.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SAFATLE, Vladimir; TELES, Edson. **O que resta da ditadura: a exceção brasileira**. 1 ed. [E-book - Edição do Kindle]. São Paulo: Boitempo, 2019.

SANTOS, Marcos Antônio Cabral dos. Francisco Campos: um ideólogo para o Estado Novo. Locus: **Revista de História**, [não paginado], v. 13, n. 2, 2011. Disponível em: <<https://periodicos.ufjf.br/index.php/locus/article/view/20163>>. Acesso em: 05 jun. 2021.

SANTOS, Rogério Dutra dos. Francisco Campos e os Fundamentos do Constitucionalismo Antiliberal no Brasil. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloisa Murgel. **Brasil: uma biografia**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

SILVA, Adriana Barbosa da; RUIZ, Ivan Aparecido. O ensino jurídico de qualidade como forma de contribuir à realização plena do acesso à Justiça. **XIX Encontro Nacional do CONPEDI**, 2010, Fortaleza.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1991.

SILVA, Ricardo. **A ideologia do Estado autoritário no Brasil**. Chapecó: Argos, 2004.

SILVEIRA, Mariana de Moraes. **Revistas em Tempos de Reformas: Pensamento Jurídico, Legislação e Política nas Páginas dos Periódicos de Direito (1936-1943)**. Dissertação (Mestrado em História) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal de Minas Gerais, Belos Horizonte, 2013.

STRAUS, Leo. **Direito natural e história**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.

STRAUS, Leo; JOSEPH, Cropsey (Orgs.). **História da Filosofia política**. São Paulo: Forense Universitária. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e ensino jurídico em *terrae brasilis*. **Revista da Faculdade de Direito**. UFPR, v. 46, p. 27-50. Curitiba: 2007.

STRECK, Lenio Luiz. Tomaz de Oliveira, Rafael. **O que é isto – as garantias processuais penais?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. Produção de prova cabe ao MP e à Defesa. **Conjur [on-line]**, 11 jan. 2010. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2010-jan-11/producao-prova-processo-penal-cabe-mp-defesa>>. Acesso em: 10 nov. 2021.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. [E-book - Edição do Kindle]. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e método de trabalho**. 2. ed. 7. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

TORRES, Alberto. A Primeira República vista por Alberto Torres. **Cultura Política**, n. 2, 1941.

TORRES, Alberto. **A Organização nacional**. Brasília: UnB, 1982.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VARGAS, Getúlio. **A Nova Política do Brasil**. v. V. Rio de Janeiro: José Olympio, 1941

VARGAS, Jose Cirilo de. Direitos Fundamentais e Processo Penal. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, n. 92, p. 163–173, jul./dez., 2005. Disponível em: <<https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/issue/view/4>>. Acesso em: 05 jun. 2021.

VIANNA, F. J. O. **Instituições Políticas Brasileiras**. 3. ed. v. 2. 1974.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito II: a epistemologia jurídica da modernidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy (Spanish Edition)**. [*E-book* - Edição do Kindle]. Universidad Externado de Colombia, 1987.

ZACLIS, Daniel. **As nulidades no processo penal: estudo crítico sobre a aplicação da regra do prejuízo**. Rio de Janeiro: GZ, 2016.