

O Processo Penal Brasileiro Vinte e Cinco Anos Depois da Constituição: Transformações, Permanências*

Geraldo Prado

Desembargador do TJRJ aposentado

Doutor e Mestre em Direito

Pesquisador e Professor da UFRJ

RESUMO

O texto enfatiza as permanências autoritárias no processo penal brasileiro mesmo depois do advento da Constituição democrática de 1988 e apesar das transformações globais pós-Guerra Fria. A tradição autoritária, em nossa opinião, é responsável pela “crise das ciências penais no Brasil”, rastreada tanto na produção teórica como no âmbito das práticas judiciais.

O apego ao modelo da “teoria unitária do processo”, com afinidades forçadas entre o processo civil e o penal, e a consequente barreira imposta entre processo penal e os demais saberes criminais (direito penal, criminologia etc.) caracteriza o período, no plano acadêmico. A recusa ao empirismo, apesar de saltar aos olhos a preservação da tortura, a incriminação de movimentos populares e o indisfarçável recurso ao emprego político das práticas repressivas, favorece a tônica neoconservadora hegemônica nas instituições que integram o Sistema Penal, cujas ações estão plasmadas em proclamações de senso comum de cunho estritamente retórico.

O texto ressalta aspecto peculiar da transição democrática recente e da estabilidade institucional no seio do Poder Judiciário, dados reveladores da cultura de restrição da liberdade e do emprego do direito penal para domesticar dissidências.

* Palestra proferida no âmbito do Seminário “Resistência Democrática: diálogos entre política e justiça” realizado entre 15 e 17 de maio de 2013. A versão definitiva foi apresentada no âmbito do II Congresso de Direito Penal e Criminologia, realizado em Buenos Aires pela ALPEC. Data: 07 de novembro de 2013.

A comparação com a transição operada na Argentina, quase na mesma época, e os vários exemplos de impermeabilidade do Sistema Penal brasileiro a categorias como a “presunção de inocência”, confirmam a tese de que a democracia política até o momento não deu conta das demandas de universalização do respeito à dignidade da pessoa humana, desafio que requisita mudanças profundas no aparato repressivo do próprio sistema, mas também na formação dos juristas.

Finalmente, reclama-se o uso da categoria da “acumulação quântica de poder” para redefinir os critérios de avaliação dos Sistemas Processuais Penais no marco de um autoritarismo renovado em suas práticas inquisitórias.

1. INTRODUÇÃO

Em junho de 2008 foram aprovadas três leis que tinham por objetivo adaptar o processo penal brasileiro aos parâmetros definidos pela Constituição da República de 1988 e pelos tratados internacionais sobre direitos humanos, em especial o Pacto de São José da Costa Rica, que fora introduzido no ordenamento jurídico em 9 de novembro de 1992, por meio do Decreto nº 678/92.

Em maio de 2011 foi aprovada a Lei nº 12.403, que passou a vigorar a partir de junho daquele ano, e que de alguma maneira complementava o esquema legal de reformas do processo penal brasileiro.

Assim, no intervalo de três anos, o modelo de processo penal que sobrevivera a duas ditaduras, desde 1941 – época do Estado Novo –, e se impusera como marco jurídico e de mentalidade no cenário do sistema de justiça penal no Brasil, perdia sua referência legal, em grande parte responsável pelas permanências autoritárias, e em tese condenava à ilegalidade práticas que durante mais de seis décadas imperaram e foram responsáveis pela sobrevivência de um modelo inquisitorial que sequer apelava ao disfarce.

As mencionadas leis alteraram os regimes jurídicos da prova e das medidas coercitivas de índole cautelar, assim como a estrutura dos procedimentos comuns e do Júri.

Mais do que isso, porém, a minirreforma do processo penal, considerada pelo ângulo interno peculiar à dogmática analítica, modificou de

maneira profunda o estatuto jurídico dos principais sujeitos processuais e introduziu novas pautas na relação entre juiz, Ministério Público e acusado, em um visível empenho em reequilibrar a desequilibrada relação de poder que estava enraizada no sistema de justiça criminal no Brasil.

Em tempo algum, desde a aprovação e breve vigência do Código de Processo Criminal do Império, em 1832, com sua feição liberal, logo abandonada (1841), o processo penal brasileiro fora desafiado a transformar-se de forma tão profunda, com novos estatutos jurídicos atinentes às partes e ao juiz. Salvo pelas mudanças ocorridas em meados do século XIX, tampouco o processo penal no Brasil havia passado por alterações com capacidade de produzir efeitos em todos os graus e instâncias de exercício da jurisdição penal – do juiz criminal singular, no mais isolado município, ao Supremo Tribunal Federal, em uma autêntica proposta de renovação de sua estrutura.

As esperadas mudanças no cotidiano das atividades do sistema de justiça criminal, todavia, não ocorreram. Não se ignora o quanto é difícil e raro mudar. Os educadores lembram sempre: “uma estrutura muito antiga nos impõe a permanência de um modelo”¹.

As transformações no campo da justiça criminal sofrem ainda por interatuarem com as mudanças políticas em geral e estas, na América Latina dos anos 90, mesclaram o peso das decisões sobre a transição do autoritarismo à democracia e a forte onda neoliberal.

Há reflexos disso nas políticas de encarceramento massivo, incriminação dos movimentos sociais e também na expansão das estratégias de controle da criminalidade, adotadas no marco do chamado “processo penal de emergência”, para todo tipo de casos penais, técnicas que são fruto das experiências da denominada luta antimáfia, na Itália, e contra o terrorismo e o tráfico de drogas, nos Estados Unidos da América.

Os reflexos processuais penais deste vínculo entre sistema político e sistema de justiça criminal tornaram-se evidentes, durante o período inicial da transição política (1985-88), com o recurso à manutenção da base teórica de processo penal consolidada entre os anos 30 e 70 do século XX, cuja consequência mais visível consistiu na acomodação das tradições inquisitoriais no âmbito das novas experiências políticas democráticas e republicanas.

1 MOSÉ, Viviane. **A escola e os desafios contemporâneos**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p. 65.

Havia significativa simetria entre o que se passava na esfera política e o que veio a constituir a regra, em termos de sistema de justiça criminal.

Dessa forma, o silêncio, relativamente ao passado autoritário, tornado possível pela lei brasileira de anistia, cuja interpretação oficial beneficiava torturadores e agentes da repressão política, também caracterizou o modo de atuar do sistema de justiça criminal, que passou a tratar de forma praticamente indistinta o passado autoritário e o presente, em tese, inspirado em princípios democráticos.

A formulação do discurso jurídico mudou, como será anotado adiante. No âmago, porém, as práticas processuais penais continuaram as mesmas do tempo dos regimes políticos autoritários.

Não há dúvida de que o conceito de “transição política”, para a história das ideias, registra o fato de que muitas das experiências consagradas em pleno autoritarismo terminam por conviver com outras, reprovadas pela opinião geral, mas nem por isso desaparecidas².

Os principais exemplos, no caso brasileiro, são a tortura³ e a morte de civis em confronto com a polícia. As recentes notícias sobre tortura e extermínio seguem contando uma história que não encontrou na fronteira entre a ditadura e a democracia barreira suficiente para conter abusos e discriminações.

*“O Fórum Brasileiro de Segurança Pública fez um levantamento sobre o número de pessoas mortas por policiais no Brasil, que foi divulgado pelo **O Globo** neste domingo. Segundo a pesquisa, 1.890 pessoas morreram após supostos conflitos com policiais em 2012.*

No mesmo período, 89 policiais civis e militares morreram em decorrência dos mesmos conflitos. A relação é de 21 pessoas mortas para cada policial. Segundo a matéria, o FBI considera “aceitável” uma relação de 12 pessoas para cada policial.”⁴

2 MARTINS, Rui Cunha. **Ponto Cego do Direito: The Brazilian Lessons**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

3 No Rio de Janeiro está em curso procedimento penal objetivando apurar as circunstâncias em que o pedreiro Amarildo de Souza, supostamente, foi torturado e morto por policiais militares que investigavam o tráfico de drogas no Bairro da Rocinha (antiga Favela da Rocinha, na Zona Sul da cidade). <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2013/10/justica-decreta-prisao-de-mais-pms-do-caso-amarildo.html> Consultado em 04 de novembro de 2013.

4 <http://revistaforum.com.br/blog/2013/11/no-brasil-cinco-pessoas-sao-assassinadas-pela-policia-por-dia/> Consultado em 04 de novembro de 2013. Segundo a pesquisa, o número apurado equivale a cinco pessoas mortas pela polícia, por dia, no Brasil.

A cultura de violência do sistema é anterior à ditadura civil-militar de 1964, que dela tomou partido para à luz solar controlar dissidências e manter seus esquemas de poder.

A memória oficial do regime autoritário, todavia, não conseguiu fazer sucumbir as memórias dissidentes⁵.

Umas e outras conviveram e até hoje influenciam-se reciprocamente, o que explica a convivência de perspectivas ineludivelmente autoritárias no seio do discurso jurídico-penal brasileiro, mais especificamente no campo do processo penal⁶, bem como, em menor grau, a existência de categorias típicas do processo penal de matriz iluminista no esquema processual vigente durante as ditaduras.

A tese desta comunicação é a de que a permanência e predominância de elementos autoritários, consolidados historicamente na cultura brasileira, constituem a razão de base, a que se somam naturalmente outros fatores, para a situação crítica em que se encontram a teoria e a prática penais na atualidade.

Identificar este cenário de permanências autoritárias é, pois, fundamental para compreender a opção metodológica e política de parte dos estudiosos brasileiros, em defesa de princípios em direito processual penal caros à democracia, princípios que raramente concretizaram-se na experiência cotidiana do funcionamento de nosso (brasileiro) sistema de justiça criminal.

Parte-se aqui de um significado em geral compartilhado do signifi-
ficante “autoritário”, que pode ser resumido como estrutura de sistema político que nega, de forma mais ou menos decisiva, o projeto de igualdade entre as pessoas, na consolidação de projetos de vida digna, projetos que a um só tempo respeitem as diferenças individuais, mas repudiem as de cunho social e econômico que tornem os seres humanos cativos de outros seres humanos.⁷

5 AGUILAR FERNÁNDEZ, Paloma. **Políticas de la memoria y memorias de la política**. Madrid: Alianza, 2008.

6 Toma-se a expressão “campo jurídico” no sentido assinalado por José Eduardo Faria, David Trubek e Yves Dezalay: “Chamamos de ‘campo jurídico’ à articulação de instituições e práticas através das quais a lei é produzida, interpretada e incorporada às tomadas de decisões na sociedade.” (TRUBEK, David M. e DEZALAY, Yves. “A estruturação global e o direito: A internacionalização dos campos jurídicos e a criação de espaços transnacionais”, in **Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas**. Organizador: FARIA, José Eduardo. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 33).

7 **Dicionário de Política**. BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. Trad. Carmen C, Varriale et al.. Coord. trad. João Ferreira. Rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacaís. - Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1ª ed., 1998, v. 1: 674 p. (total: 1.330 p.). *Autoritarismo* – Mario Stoppino. Releva transcrever: “O adjetivo ‘autoritário’ e o substantivo autoritarismo, empregam-se especificamente em três contextos: a estrutura dos sistemas políticos, as disposições psicológicas a respeito do poder e as ideologias políticas.” (p. 94); “Na tipologia dos sistemas políticos, são chamados de autoritários os regimes que privilegiam a autoridade governamental e dimi-

2. AUTORITARISMO E PRÁTICAS PENAIS

Algumas palavras sobre a transição política no Brasil como condição para a pré-compreensão das permanências autoritárias no interior do sistema de justiça criminal.

Anthony Pereira sublinha que o Brasil manteve-se afastado da tendência geral, verificada na América Latina, de construção das chamadas justiças de transição. Ao contrário, salienta Pereira, a atitude oficial do governo brasileiro sobre o tema até bem pouco tempo era de silêncio e amnésia⁸.

Paulo Sérgio Pinheiro, que integra a Comissão da Verdade instituída no Brasil em 2012, destaca que uma das características dos regimes autoritários que monopolizaram a realidade brasileira durante o Século XX (1937-45 e 1964-85) consistiu em assegurar o funcionamento de instituições jurídicas anteriores “dentro do quadro normativo ditatorial”⁹.

Assim as justiças penais funcionaram regularmente, mesmo em seguida aos golpes de estado, e foram também funcionais aos novos regimes autoritários, incrementando e conferindo às práticas violadoras da dignidade das pessoas o selo de juridicidade que, aparentemente, inscrevia tais práticas em um contexto de “normalidade institucional”.

Clássicos exemplos disso, como sublinhado, podem ser extraídos da ausência quase absoluta, mas bastante impressionante, de censura social ao emprego da tortura, tolerada em um nível de naturalização da violência que ainda hoje contamina o aparato estatal de repressão¹⁰ e a igual naturalidade como foram construídos socialmente os “inimigos” da ordem.

Sobre este aspecto é ilustrativo o caso mais remoto, de “Olga Benário”, companheira do líder comunista Luis Carlos Prestes que a ditadura

nueu de forma mais ou menos radical o consenso, concentrando o poder político nas mãos de uma só pessoa ou de um só órgão e colocando em posição secundária as instituições representativas.” (p. 94); “As ideologias autoritárias são ideologias que negam de uma maneira mais ou menos decisiva a igualdade dos homens e colocam em destaque o princípio hierárquico, além de propugnam formas de regimes autoritários.” (p. 94); “...o que caracteriza a ideologia autoritária, além da visão da desigualdade entre os homens, é que a ordem ocupa todo o espectro dos valores políticos, e o ordenamento hierárquico que daí resulta esgota toda a técnica da organização política.” (p. 96).

8 PEREIRA, Anthony, W. **Ditadura e repressão: o autoritarismo e o Estado de Direito no Brasil, no Chile e na Argentina**. São Paulo: Paz e Terra, 2010, p. 35.

9 PINHEIRO, Paulo Sergio. Prefácio à obra de Anthony W. Pereira, **Ditadura e repressão: o autoritarismo e o Estado de Direito no Brasil, no Chile e na Argentina**. São Paulo: Paz e Terra, 2010, p. 9. Não há nisso nada de extraordinário quando se compara a experiência àquelas investigadas por Otto Kirchheimer, em **Justicia Política: “empleo del procedimiento legal para fines políticos”** (México, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, 1961, p. 48): “Durante la época moderna, cualquiera que sea el sistema legal que predomine, tanto los gobiernos como los grupos privados han tratado de allegarse el apoyo de los tribunales para sostener o cambiar la balanza de poder político. En forma disfrazada o no, los problemas políticos se presentan ante los tribunales, para ser confrontados y sopesados en las balanzas de la ley, por mucho que los jueces se inclinen a evadirlos, puesto que los juicios políticos son inevitables.”

10 KEHL, Maria Rita. “Tortura e sintoma social”, in: **O que resta da ditadura**. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 124.

Vargas entregou grávida aos nazistas para ser morta, após decisão por sua extradição, ordenada pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro em julgamento de que participaram alguns de nossos mais festejados juristas (Carlos Maximiliano entre outros) e que contou com a opinião pública favorável de Clóvis Beviláqua (autor do anteprojeto de Código Civil de mais longa duração da República)¹¹. A lei brasileira vedava expressamente a extradição de estrangeira grávida de brasileiro.¹²

Importante ressaltar que os padrões autoritários de nosso sistema de justiça criminal antecedem ao ainda vigente Código de Processo Penal de 1941, inspirado no fascista Código Rocco (italiano), da década de 30 do século passado.

A doutrina processual penal brasileira raramente interessou-se em investigar as origens e modo de configuração de nosso modelo judiciário penal, contentando-se na maioria dos casos com a conformadora “*história legislativa*”.

Houvesse alguma dedicação ao tema e disposição ao diálogo interdisciplinar, os processualistas brasileiros teriam observado, com nossos antropólogos e historiadores, que a crescente interiorização e presença da Justiça Criminal no território brasileiro, ao longo do século XIX, resultou da política de fortalecimento do poder central e alianças conjunturais com as elites agrárias.¹³

Optou-se pela instituição da ordem judiciária pela via da conversão de agentes de polícia em magistrados vinculados politicamente aos governantes locais, e ainda pela expansão das cadeias públicas, expressão da política de contenção das dissidências e punição de escravos rebeldes¹⁴.

O domínio da ideologia racista, que mereceu atenção de expressivos juristas e pensadores e provocou intensos debates, de modo especialmente significativo às vésperas da abolição da escravidão, não pode ser desconsiderado quando se tem em conta a cobertura normativa penal colocada à dispo-

11 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **A história do direito entre foices, martelos e togas: Brasil – 1935-1965**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 26-7 e 49.

12 O episódio – que em outros termos se repetirá ao longo da história judiciária brasileira – demonstra a falácia consistente em acreditar na predominância de um positivismo jurídico de cunho estritamente formal-legal. Sempre que funcional ao poder político de inspiração autoritária, esta modalidade de paleopositivismo foi abandonada em prol dos anseios de “segurança e ordem pública” ou de “combate aos inimigos”.

13 Exemplos de reflexão diferenciada: ROCHA JUNIOR, Francisco de Assis do Rego Monteiro. “Os recursos criminais julgados pelo Supremo Tribunal de Justiça do Império – o liberalismo penal de 1841 a 1871”. **Biblioteca História do Direito**. Curitiba, Juruá, 2013. FLORY, Thomas. **El juez de paz y el jurado en el Brasil Imperial, 1808-1871: Control social y estabilidad política en el nuevo Estado**. México, Fondo de Cultura Económica, 1981.

14 MAIA, Clarissa Nunes e outros. **História das prisões no Brasil**. V. I e II. Rio de Janeiro: Rocco, 2009.

sição do poder nas primeiras décadas da jovem República (período hoje denominado República Velha, que se encerra com o golpe de estado de 1930)¹⁵.

É significativo que o inquérito policial no Brasil haja sido instituído às vésperas da entrada em vigor da Lei do Ventre Livre, em 1871¹⁶, que assegurava liberdade aos filhos de escravos.

A hipótese de trabalho mais segura para explicar o fato de a balança do poder penal ter pendido em favor da segurança, por quase duzentos anos, em detrimento da liberdade e de ter alimentado a cultura autoritária que inspirou práticas e leis penais no Brasil – e continua inspirando – consiste, em minha opinião, em admitir que:

“malgrado os diligentes esforços pela implantação de uma legalidade democrática, em especial depois de 1988, há consenso alargado na sociedade brasileira de que a Justiça Penal cumpre o papel de domesticar dissidências, resistências e expressões de alteridade que sejam causadoras de medo e inspiradoras de instabilidade.”

Compreende-se neste cenário a observação de Pinheiro de que as décadas pós-implantação da democracia política no Brasil são marcadas “por ‘recaídas’ nas quais as garantias do devido processo inexistem para a maioria da população, em particular para os afro-latinos, os indígenas, as meninas, as crianças, os adolescentes, LGBT”¹⁷.

Sem dúvida, lembra o sociólogo, *“quanto maior o consenso entre as elites civis-militares sobre o funcionamento da ditadura, maior o grau de continuidade autoritária no funcionamento da democracia”*¹⁸.

Muito provavelmente esta hipótese esclarece as razões pelas quais, sem embargo da truculência de nosso regime ditatorial, tendo o Brasil registrado número menor de mortos e desaparecidos que as ditaduras Argentina e Chilena, a brasileira perdurou mais.

Releva citar que depois de 1990 o Brasil conheceu ainda invulgar incremento de leis penais, que ampliaram de maneira significativa o tempo de encarceramento das pessoas, dificultaram o acesso à liberdade e defi-

15 SCHWARCZ, Lília M. **O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil – 1870 – 1930**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993. ALONSO, Angela. **Ideias em movimento: a geração de 1870 na crise do Brasil Império**. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

16 A Lei do Ventre Livre é de 28 de setembro de 1871. O inquérito policial foi instituído pela Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871 e entrou em vigor em 28 de novembro de 1871.

17 PINHEIRO, Paulo Sérgio. Obra citada, p. 13.

18 PINHEIRO, Paulo Sérgio. Prefácio à obra de Anthony W. Pereira, **Ditadura e repressão**: obra citada, p. 14.

niram variadas modalidades de delitos, acentuando a presença do poder penal nos mais diversos setores da sociedade¹⁹.

No mesmo período os grandes centros urbanos viram surgir o fenômeno das milícias, que atuam violentamente em busca do domínio territorial e econômico de áreas periféricas.

A falta de habilidade das autoridades brasileiras em lidar com os conflitos contemporâneos, que exprimem um difuso mal-estar social, as impele a recorrer, permanentemente, a práticas autoritárias, e as recaídas seriam cômicas, não fossem trágicas em suas consequências.

Nas recentes mobilizações populares as forças de segurança foram convocadas a atuar com violência, reprimindo manifestantes, entre eles professores em greve no Rio de Janeiro e militantes de movimentos sociais em São Paulo.

Ao lado da violência física empregada contra os manifestantes inscreve-se a ação de investigação criminal, pautada na identificação da filiação política e até da condição de estudante universitário dos manifestantes, apanágio ao direito penal do autor que é típico dos regimes autoritários.

O questionário infra, da polícia civil de São Paulo, ilustra bem o tema.

“Secretaria de Estado de Segurança Pública

Polícia Civil do Estado de São Paulo

1ª Delegacia Seccional de Polícia

“Escrivão de Polícia Wanderley Serpa Desgualdo”

(...)

RECOMENDAÇÃO 1ª SECCIONAL Nº 2/2013

O Dr. Kleber Antonio Torquato Altale, Delegado de Polícia Seccional da Capital, no uso de suas atribuições legais, mormente àquelas voltadas ao controle e fiscalização quanto à regularidade na execução dos misteres próprios da Polícia Judiciária delegados aos dirigentes das unidades que lhe são subordinadas e

(...)

Considerando a necessidade de se estabelecer um arcabouço mínimo de informações acerca dos autores de delitos prati-

19 A Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90) é somente o exemplo mais vistoso dessas práticas.

cados por ocasião das manifestações, solicito a Vossa Excelência, EM CARÁTER RESERVADO, que sejam consignadas as seguintes informações/providências:

(...)

b) Se estudante, o curso e endereço do estabelecimento de ensino

c) Se tem filiação partidária (qual partido)

d) Se integrante do movimento Black Bloc (ou outro movimento)

e) Como tem conhecimento das manifestações

f) Se tem antecedentes criminais

g) Qualificar os advogados que se fizerem presentes para representar os conduzidos

(...)”

Que papel cumpre a doutrina processual penal brasileira neste contexto parece ser a questão de fundo importante a ser destacada.

3. O PROCESSO PENAL BRASILEIRO NA ATUALIDADE

Não há exagero, creio, ao menos na América Latina, em comparar os juristas dedicados ao processo penal com repórteres fotográficos que atuam em zonas de conflito.

No Brasil, durante muito tempo, a doutrina processual penal dedicou-se a uma espécie de exercício de descrição teórica do funcionamento idealizado do sistema de justiça criminal.

Repórteres fotográficos em áreas de conflitos, nossos juristas pareciam preferir a condição de suposta neutralidade científica, que exerciam em tese amparados por suas interpretações sobre o positivismo científico e a separação entre direito e moral, a atitudes políticas claras de repúdio ao extermínio que o mesmo sistema protagonizava.

A lucidez epistemológica e a vigilância ética, segundo Pierre Bourdieu²⁰, necessárias ao questionamento de uma “*libido sciendi*” tão evidentemente fora de lugar”, foram monopolizadas pelos advogados criminalistas – Nilo Batista entre eles – e pelos juristas do direito penal ma-

20 BOURDIEU, Pierre. **O senso prático**. 3ª edição. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 12.

terial. Somente na década de 90 as interrogações comuns à criminologia crítica passaram a integrar o acervo teórico de uma nova geração de processualistas penais, impondo-se a tensão com o modelo técnico-jurídico dominante, este influenciado pela teoria geral do processo (civil).

Pelo ângulo da dogmática do processo penal²¹, portanto, os juristas brasileiros inicialmente tenderam a não reconhecer autonomia ao saber processual penal em face do direito penal, quando tomam por objeto de análise o conjunto de práticas herdadas das Ordenações do Reino de Portugal e mesmo aquelas instituídas após 1822, como é o caso do referido Código de Processo Criminal do Império e dos Códigos de Processo Penal dos estados (Províncias), em seguida à Proclamação da República e à Constituição de 1891.

A rigor, a produção bibliográfica do período é definida como glosa aos textos legais e apenas em época mais recente trabalhos de antropologia e história têm recuperado o significado das reflexões jurídicas e políticas de nossos primeiros processualistas penais e o papel destacado da jurisprudência no período.

No imaginário dominante da doutrina processual brasileira a ciência processual penal dá seus primeiros passos em São Paulo, somente no início do século XX, mas é com a chegada de Tullio Liebman ao Brasil, com relevo para o desenvolvimento do processo civil, que se difundem as ideias sobre a teoria unitária do processo e, a partir de então, o processo penal passa a gozar de *status* científico, por parentesco com seu irmão mais próspero.²²

Até o momento em que essas linhas são escritas a ruptura com a teoria geral do processo (civil) não se consolidou de forma integral no campo do processo penal.

Winfried Hassemer assinala que a ruptura paradigmática de fato é algo raro no *campo jurídico*. Alerta o penalista alemão para a observação de Thomas Kuhn, no sentido de que “as ciências superam os seus modelos de explicação e de argumentação menos pela via da refutação que pela

21 Não custa lembrar que a dogmática processual penal tem em comum com a dogmática penal o fato de serem ambas “o sistema de conceitos construído para descrever o Direito Penal [e processual penal], como setor do ordenamento jurídico que institui a política criminal... do Estado, o programa oficial de retribuição e de prevenção da criminalidade”. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal, Parte Geral**. 4ª ed. Florianópolis, Conceito Editorial, 2010, p. 71-2.

22 Sobre o advento do “método científico” no âmbito do processual penal, pelo ângulo descortinado pelos juristas filiados à concepção técnico-jurídica no Brasil: GRINOVER, Ada P. “Teoria Geral do Processo” in **O processo em evolução**. 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1998, p. 4.

via do esquecimento”²³.

O caso brasileiro é ilustrativo disso. Categorias do processo civil são empregadas para explicar os fenômenos do processo penal. Antigas fundamentações são deixadas de lado, em realidade esquecidas, apesar da evidente impossibilidade dos conceitos do processo civil darem conta das diferenças estruturais entre um modelo e outro.

Empregar a retórica do século XIX implicava reconhecer que, mais do que o Código de Processo de Processo Penal de 1941, a própria ciência do processo penal brasileiro contemporâneo encontrava-se impregnada pelo *vírus inquisitório*.

No entanto, a busca da verdade como meta – e, em seu rastro, os poderes probatórios do juiz – configurará o elemento de ligação entre as antigas práticas autoritárias, de matriz inquisitória, e o novo processo penal, mesmo depois de promulgada a Constituição de 1988.

Uma concepção de sistema acusatório que convive com poderes judiciais para definir o objeto do processo e pesquisar as provas é reelaborada e difundida.

Por mais que um processo regido pelo princípio dispositivo, como em regra o processo civil, fosse em tese incompatível com este acúmulo de poderes em mãos do juiz, a teoria unitária do processo empreendia diligente esforço para adaptar-se às circunstâncias e conferir lastro às práticas processuais.

Desse esforço havia nascido o discurso científico do processo penal brasileiro. Sua reelaboração, com ênfase na definição da responsabilidade penal dos acusados, até hoje orienta os textos jurídicos que inspiram os profissionais nas mais variadas áreas de atuação.

O isolamento científico do saber processual, reivindicado como postura metodológica de base no âmbito deste positivismo jurídico à brasileira, facilitou a consolidação de tal espécie de mentalidade, hábil em escamotear as incoerências de um modelo elaborado à feição para funcionar em um estado típico de polícia.

Neste contexto tornou-se possível proclamar a regência da presunção de inocência, da igualdade entre as partes e do papel proeminente dos direitos fundamentais em um quadro normativo infraconstitucional que, mesmo após 1988, estabelecia casos de prisão obrigatória, negava o

23 HASSEMER, Winfried. *História das Ideias Penais na Alemanha do Pós-Guerra*, Faculdade de Direito de Lisboa, 1995, p. 31.

exercício da defesa, até mesmo por falta de defensor, e no qual a prova ilícita constituía referência hipotética, quase nunca reconhecida, ao menos se os processos envolvessem pessoas de carne e osso.

Típico deste estado de coisas, o regime de ônus da prova, sustentado em teoria com base nas regras de um Código que é reconhecido como inquisitorial, foi invocado no âmbito do Supremo Tribunal Federal, durante o julgamento do denominado caso do “Mensalão”.²⁴

O debate teórico travado nos últimos anos, no Brasil, de maneira direta ou não, foi pautado pela linguagem desenvolvida no marco da teoria unitária do processo e ressentiu-se disso.

4. O AMADURECIMENTO DO DEBATE TEÓRICO NO CAMPO JURÍDICO PENAL NO BRASIL: A RELEITURA DAS CATEGORIAS DO PROCESSO

O diálogo entre direito e poder na seara da justiça criminal, pelo prisma da dogmática processual penal, ainda é recente e merece registro que haja resultado da interlocução com a criminologia crítica, especialmente a partir dos anos 90. Vale sublinhar que este processo de permeabilidade dos saberes criminológico e processual, sob o ângulo da formação acadêmica, teve lugar na “periferia” da tradicional escola de processo de São Paulo²⁵⁻²⁶.

Segundo posição defendida nesta comunicação, apenas a ruptura com o discurso de um idealizado processo penal acusatório, incapaz de resistir a minutos de embate com a realidade, logrou aproximar o pensamento processual penal brasileiro das graves questões que ocupam a dogmática processual penal contemporânea.

24 O cerne da ideia foi desenvolvido por Hélio Tornaghi, com fundamento em um processo em que as partes encontravam-se em posição de igualdade, excluída a eficácia da presunção de inocência para demarcar o campo de incidência de poderes probatórios. TORNAGHI, Hélio. **Instituições de Processo Penal**. Volume IV. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 231.

25 Relevar que parte da doutrina fez a sua “opção preferencial” pelo processo penal constitucional, mas a “leitura constitucional” deste novo paradigma padecia do vício do formalismo exegético, incapaz de localizar os fenômenos políticos no âmago das questões jurídicas. Isso explica a afirmação de respeitada processualista que, em ensaio de 1984, declarou: “Detendo a primazia de ter constitucionalmente subjetivado e positivado os direitos do homem, o Brasil tem-se mantido fiel à tradição de reconhecer e garantir as posições processuais das partes, assegurando-lhes as condições necessárias para a instauração e o desenvolvimento de um processo justo” (“As garantias constitucionais do processo” [subitem 9. Constituição e Processo], in **Novas Tendências do Direito Processual Penal de acordo com a Constituição de 1988**. GRINOVER, Ada Pellegrini. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1989, p. 13). No mesmo sentido: GRINOVER, Ada P. “Teoria Geral do Processo” in **O processo em evolução**. 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1998, p. 6-7. A considerar o fato de que ao tempo desta comunicação (2013) o Estado de Santa Catarina não cumpriu decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), no sentido de instalar efetivamente a Defensoria Pública, e esta não existe em concreto no Paraná e em Goiás, compreende-se o valor atribuído pelos juristas à retórica constitucional-legal em detrimento da realidade.

26 Sobre a Escola Processual de São Paulo: GRINOVER, Ada P. “Teoria Geral do Processo” in: **O processo em evolução...**, obra citada, p. 5.

Esta se caracteriza por sua aptidão para identificar os numerosos pontos de tensão entre os direitos fundamentais de maiorias fragilizadas do corpo social e a seletividade e brutalidade penais, propondo mecanismos orientados a domesticar o exercício do poder punitivo.

Neste sentido, a luta travada no campo jurídico-processual opõe posições jurídicas fragilizadas dos grupos e classes sociais vulneráveis ao poder penal acumulado, que se expressa quer preventivamente, por meio de prisões provisórias e outras medidas cautelares, quer em caráter definitivo, pela expansão do encarceramento.

A realidade, que desafia um novo esforço interpretativo da doutrina processual penal, aponta para o fenômeno da “aglomeração quântica de poder”²⁷ nas mãos dos sujeitos processuais que enfeixam tarefas preventivas que, com alguma frequência, descambam para o abuso, em um crescente direito penal e processual penal preventivo.

Para isso, afigura-se indispensável ultrapassar a etapa estritamente técnico-jurídica do processo penal como condição de superação da mentalidade autoritária.

Antonio Cavaliere²⁸, professor titular de Direito Penal da Universidade de Nápoles, sublinha, por exemplo, que “o tecnicismo jurídico dominante na época fascista e no pós-guerra”, na Itália, “excluía a crítica orientada a valores e princípios do objeto da ciência jurídico-penal”.

Neste contexto de impermeabilidade do direito em relação à política é compreensível a permanência e fomento da “atitude metódica autoritária”, mencionada por Cavaliere²⁹, algo que pode ser detectado sem maior dificuldade no caso brasileiro.

Em “Campo jurídico e capital científico...”³⁰, resgatei antigas reflexões que, sob a generosa influência de Mirjan Damaska³¹, buscaram demonstrar o quanto de disputa (política) de (constituição) sentidos cobre o terreno simbólico de definição do que é ou não acusatório para fins de processo penal.

27 Expressão empregada por Bernd Schünemann acerca da rede de perseguição penal estabelecida nos marcos das chamadas “Leis de Luta” contra a criminalidade, na Alemanha. SCHÜNEMANN, Bernd. **La reforma del proceso penal**. Madrid: Dykinson, 2005, p. 30.

28 “Las garantías del procedimiento en la experiencia italiana: desde la instrucción a las investigaciones preliminares”, in **Los derechos fundamentales en la instrucción penal en los países de América Latina**. México: Porrúa, 2007, p. 180.

29 *Idem*.

30 PRADO, Geraldo. “Campo jurídico e capital científico: O acordo sobre a pena e o modelo acusatório no Brasil – a transformação de um conceito”, in **Decisão Judicial: A cultura jurídica brasileira na transição para a democracia**. PRADO, Geraldo; MARTINS, Rui Cunha; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

31 **Las caras de la justicia y el poder del Estado**. Editorial Jurídica de Chile, 2000.

Não cabe aqui retornar ao ponto.

Pretendo, todavia, sublinhar três aspectos que, em minha opinião, refletem tendências contemporâneas que a doutrina processual penal não deve ignorar: o papel dos sujeitos processuais; a correspondente estrutura procedimental; e a expansão das formas negociadas de adjudicação de responsabilidade penal³², que se valem com frequência de métodos invasivos de pesquisa de informações³³.

Em primeiro lugar, trata-se de definir o estatuto jurídico dos sujeitos processuais. A tarefa consiste em compreender o que são direitos, deveres e poderes das partes e do juiz conforme o qualificativo “acusatório” que, reitero, não se beneficia de designações “acusatório” e “inquisitório” largamente usadas pela doutrina brasileira sob a inspiração de uma formação jurídica autoritária.

A atuação judicial no processo penal está condicionada pela superioridade hierárquica da presunção de inocência relativamente aos demais princípios processuais penais.

Na atualidade, não há sentido algum em perpetuar a digressão teórica sobre se existe uma verdadeira “presunção de inocência” ou se o caso é de falar em “presunção de não culpabilidade”.

Com efeito, parte-se da admissão de que “o procedimento penal é uma pena”, conforme destaca Cavaliere, para que o processo seja modelado de maneira a reduzir ao máximo os efeitos perversos das intervenções investigativas e dos poderes coercitivos³⁴.

Citando Cavaliere, “a presunção de inocência não pode excluir qualquer intervenção sobre os direitos do imputado: caso contrário, seria radicalmente ilegítimo qualquer ato de investigação ou coerção que implique uma lesão aos direitos do acusado, como por exemplo inspeções, registros, interceptações e a prisão preventiva”³⁵.

Neste contexto, o juiz transforma-se em garante jurídico-constitucional da presunção de inocência, o que é incompatível com funções persecutórias relacionadas à efetividade do direito penal no caso brasileiro.

32 A propósito: MUSCATIELLO, Vincenzo Bruno. “Il processo senza verità”, in **Verità e Processo Penale**, a cura de Vincenzo Garofoli – Antonio Incampo. Milano, Giuffrè, 2012, p. 87 e seguintes (especialmente p. 92-5).

33 Pouco tempo antes da palestra, em 5 de agosto (2013), foi sancionada a Lei nº 12.850, que dispõe sobre “organização criminosa” e busca definir alguns métodos invasivos de pesquisa: “colaboração premiada”, “captação ambiental” e “interceptação” das comunicações, “ação controlada”, “infiltração policial” e quebra de sigilos.

34 **Las garantías del procedimiento en la experiencia italiana**, obra citada, p. 185.

35 *Idem*, p. 184.

Uma arquitetura em harmonia com o papel jogado pelo juiz demanda a reestruturação dos procedimentos penais, que viabilize o exercício da função de garante da presunção de inocência.

Não custa lembrar, por exemplo, que “a instrução [preliminar], como etapa pré-processual que cumpre, ao mesmo tempo, com a função de formação de provas fora do contraditório, é o eixo de um processo inquisitivo”³⁶.

Em outra oportunidade destaquei que as experiências históricas que podem servir de paradigma ao processo penal brasileiro, quanto à estrutura acusatória, distinguem as atividades de persecução penal em três grandes etapas: fase preliminar, fase preparatória e fase de juízo³⁷.

A fuga da armadilha criada pelo processo bifásico (e da mentalidade inquisitória) reclama, conforme destaca Franco Cordero, a superação da herança pós-inquisitória, por meio do alheamento do modelo de duas etapas – ou misto – na direção daquele que exige da acusação hipóteses acusatórias bastante prováveis de resistir ao debate oral e ultrapassar a presunção de inocência³⁸.

Por outro lado, a delicada harmonia entre o estatuto jurídico das principais personagens do processo e a estrutura processual requisita da doutrina que coloque em perspectiva a constante pressão por fortalecer os poderes repressivos em detrimento de garantias asseguradas na Constituição e nos tratados internacionais sobre direitos humanos.

O que ocorre na Europa, na atualidade, pode dar uma boa medida da delicada relação entre poderes processuais e direitos fundamentais, poderes que são exercitados também pelo Ministério Público.

Com efeito, assevera Bernd Schünemann que a transformação das formas de criminalidade, principalmente nos últimos vinte e cinco anos, na Alemanha, tem gerado reações difíceis de desenredar, que colocam em relevo um tipo de processo penal caracterizado pelo fortalecimento das posições processuais de poder das autoridades de prevenção, como referido, ao custo das posições do investigado e da defesa³⁹.

Uma acumulação de poderes ou forças processuais (*Gewaltenhäufung*)⁴⁰ dessa ordem, em um procedimento carente de publicidade,

36 **Las garantías del procedimiento en la experiencia italiana**, obra citada, p. 185.

37 Com referência ao tema: PEÑARANDA LÓPEZ, Antonio. **El proceso penal en España, Francia, Inglaterra y Estados Unidos: descripción y terminología**. Granada, Comares, 2011, p. 37-42.

38 CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**, v. II, Bogotá, Temis, 2000, p. 141.

39 SCHÜNEMANN, Bernd. **La reforma del proceso penal**, obra citada, p. 43.

40 SCHÜNEMANN, Bernd. **Audiência de instrução e julgamento: modelo inquisitorial ou adversarial?** Obra citada, p. 634.

como a investigação criminal, independentemente da realização de audiências judiciais, funciona como campo fértil para a existência do dilema que a rigor seria próprio de outra estrutura processual: estratégia e descobrimento da verdade.

O processo penal vinculado à ideia de verdade, diz o jurista argentino Alberto Binder, constitui opção política central de um poder judiciário republicano⁴¹.

No entanto, quando a busca da verdade transforma-se em obsessão, os fins voltam a justificar os meios e todo esforço de imunização do processo contra investidas autoritárias termina por sucumbir.

A respeito do mesmo fenômeno, em 2010, o penalista Francesco Palazzo alertou para a propagação de um “vírus inquisitório”, “autoritário”, que contamina a prática processual penal italiana, alimentando-se da relativização das garantias, em um nível estrutural do próprio sistema⁴².

Assinala o respeitado jurista, ao fim dos trabalhos do Congresso em Ferrara, cuja reflexão central versou acerca da preocupação dominante com a “obsessão securitária” dos anos 2001 e seguintes, em alguma medida antecipada entre 1992-1997⁴³, que tal receio é justificável haja vista o evidente contraste entre a “afirmação teórica dos direitos e a realidade inquisitória do processo”⁴⁴.

A mentalidade inquisitorial domina a disputa de sentidos que é travada na doutrina e nos tribunais sobre significado e alcance do contraditório, da ampla defesa etc. e isso é particularmente grave porque, como destaca Palazzo, os direitos individuais desempenham na origem o papel de limite.

Inevitável, pois, repensar o estatuto jurídico dos sujeitos do processo para, tomando em consideração o concreto desequilíbrio de poderes, rever os pressupostos teóricos de todas as categorias processuais, em particular daquelas que são decisivas quando o tema é a liberdade: medidas cautelares, prova e sentença.

No contexto mencionado, não há oposição entre *igualdade* e *legalidade*. Ao revés, a estrutura legal do processo penal deve ser concebida de modo a assegurar que o desequilíbrio real entre poderes processuais, que

41 BINDER, Alberto. Prefácio ao livro **Teoría del Caso**, de Leonardo Moreno Holman. Buenos Aires: Didot, 2012, p. 17.

42 PALAZZO, Francesco. "Conclusioni", in **Diritti Individuali e Processo Penale Nell'Italia Repubblicana: Ferrara, 12-13 novembre 2010**. Milano: Giuffrè, 2011, p. 414-415.

43 CAPPELLINI, Paolo. "Le ragioni de un dialogo", in **Diritti individuali...**, obra citada, p. 5.

44 PALAZZO, Francesco. "Conclusioni", in **Diritti Individuali e Processo Penale...** obra citada, p. 414.

tomam a forma de situação jurídica, encontre nos direitos fundamentais do imputado o seu limite, o seu necessário dispositivo de contenção.

Luigi Ferrajoli salienta que a igualdade é o lastro dos direitos fundamentais, pois pressupõe que estes correspondem a todos, para satisfazer o valor de pessoa, e em igual medida, enquanto condição da identidade de cada um como pessoa e cidadão⁴⁵.

Pelo ângulo da estrutura dos direitos e deveres, consoante podem ser deduzidos de uma ordem constitucional que irradia validade jurídica para o restante do ordenamento, uma “situação jurídica”, pública ou privada, caracteriza-se por corresponder a poderes (ou deveres) “adquiridos conforme causas ou títulos específicos e exercitáveis mediante atos potestativos dotados, por sua vez, de efeitos na esfera jurídica própria ou alheia”⁴⁶.

Como modalidades deônticas de conteúdo oposto, os direitos fundamentais, invioláveis, inalienáveis e indisponíveis, limitam os poderes exercitáveis sob a forma de situação jurídica e o fazem para alcançar o ideal de *igualdade jurídica* que, ao pressupor as diferenças e desigualdades mencionadas, restringe a produção de efeitos dos atos potestativos sempre que desfigurem as condições constitutivas de igualdade perseguidas pelos direitos fundamentais⁴⁷.

A prova é o centro nervoso do processo, sublinhava Carnelutti. Hoje em dia este centro aparentemente deslocou-se para as medidas cautelares.

Assim, uma dogmática processual comprometida com o Estado de Direito não pode ficar restrita a denunciar o caráter inquisitório dos poderes probatórios do juiz.

Para além disso, uma indispensável releitura da teoria do processo penal deve inclinar-se à crítica da prisão preventiva (e dos métodos ocultos de prova) e até do procedimento, cuja finalidade de reconhecimento não deva ser puramente cênica ou retórica.

No âmbito das medidas cautelares, destaca-se que o encarceramento provisório é medida excepcional.

Porém, se a frase encerra axioma consagrado em nosso Direito, o desmentido da realidade cobra *lucidez epistemológica particular* para criticar as decisões judiciais que multiplicam os casos de prisão preventiva e que, em concreto, enfraquecem o exercício do direito de defesa, em um contexto

45 FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal**, 5ª ed. Madrid: Trotta, 2001, p. 908.

46 *Idem*.

47 FERRAJOLI, Luigi. *Ib idem*.

estratégico que resulta no fortalecimento das situações jurídicas de poder da acusação e na destruição do caráter limitador dos direitos fundamentais.

De acordo com as estatísticas do Ministério da Justiça, relativamente ao ano de 2010, o número de presos provisórios no Brasil era de 164.683 homens e mulheres⁴⁸. Em idêntico período havia 496.251 pessoas presas, segundo a mesma fonte. A correlação revela muito claramente como a prisão provisória tem se agigantado, correspondendo a pouco mais de trinta por cento da população carcerária total.

Em pesquisa publicada em 2000, na obra **El Proceso Penal: Sistema Penal y Derechos Humanos**⁴⁹, Eugenio Raúl Zaffaroni alertava para o fato de que, na América Latina, o problema mais grave do sistema penal consistia, por sua frequência e extensão, no exercício do poder punitivo repressivo por meio da prisão preventiva que, na lição do mestre, tem evidente filiação penal⁵⁰.

Também a Comissão Interamericana de Direitos Humanos compartilha da mesma preocupante opinião e por isso, em 01 de maio de 2007, emitiu o Informe 35/07⁵¹, sobre o caso de fundo Jorge, José e Dante Peirano Basso e República Oriental do Uruguai (caso nº 12.553), estipulando regras para os Estados signatários da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, entre os quais o Brasil, acerca dos critérios desenvolvidos no âmbito da Corte Interamericana para a validade jurídica das prisões preventivas⁵².

Convém destacar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos teve a competência reconhecida pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 89, de 03 de dezembro de 1998 (art. 62 da Convenção).

48 <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm> consultado em 19 de agosto de 2011.

49 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "*Proceso Penal y Derechos Humanos: Códigos, principios y realidad*" in: **El Proceso Penal: Sistema Penal y Derechos Humanos**, México, Porrúa, 2000, p. 11.

50 Em análise retrospectiva da transição do Código Rocco ao novo Código de Processo Penal italiano, Giuliano Vassali, jurista com protagonismo indiscutível nessa caminhada, relembrou afirmação de magistrado da Corte de Casação italiana, ainda na égide do Código Rocco, nitidamente autoritário, mas já alterado por interpretação da Corte Constitucional. Disse o magistrado, não identificado por Vassali, que "se não se pudesse impor a detenção provisória até mais não poder não haveria mais qualquer prisão no sistema atual." Assim, salientava o magistrado, "quando a prisão preventiva era usada, aplicava-se praticamente a única pena cabível". Essa lógica, refutada por Vassali, expressa, todavia, o recurso à prisão preventiva como resposta penal, usual também no ordenamento que inspirou o brasileiro. VASSALI, Giuliano. "*Introduzione*", in: **L'inconscio inquisitorio: Le eredità del Codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana**. Milão, Giuffrè, 2010, p. 18.

51 http://www.defensapublica.org.ar/JURISDICCIONAL/Jurisprudencia/CorteInteramericanaDDHH/informe35del07_uruguay.pdf, consultado em 21 de agosto de 2011.

52 O exame detalhado do Informe e da decisão da Comissão, bem como dos precedentes da Corte Interamericana, pode ser extraído da seguinte obra: **Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano**. BIGLIANI, Paola e BOVINO, Alberto. Buenos Aires, Editores Del Puerto, 2008.

São sinais expressivos, que não se pode ignorar: o número de presos provisórios em expansão permanente e geométrica e a decisão no contexto da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Lei nº 12.403/11, que estabelece novo regime jurídico das cautelares, parte desse conjunto de sinais, mas sua evidente falta de efetividade, pelo menos até agora, demonstra como o *vírus inquisitório* continua incrustado no processo penal brasileiro.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sem dúvida que este quadro indica um aspecto singular do funcionamento do poder penal na América Latina, particularmente no Brasil.

A adoção de um discurso penal bélico no âmbito latino-americano e, particularmente no Brasil, é responsável, segundo Eugenio Raúl Zaffaroni, pela proliferação de cadáveres em nossa região.

Como destaca o professor argentino, até que ponto devemos desconsiderar o papel do discurso penal como condicionador das condutas que convertem pessoas em cadáveres? As palavras matam, adverte Zaffaroni.⁵³

Encerro recordando as palavras de Pinheiro:

“Sem negar o imenso valor da inexistência de julgamentos políticos ou de presos políticos... os pobres e os membros marginalizados da sociedade têm sido sistematicamente alvo de mau tratamento do sistema judicial como um todo (Judiciário, polícia, prisões) pelo uso ilegal e arbitrário da força, em flagrantes violações dos direitos humanos, como na ‘legalidade autoritária’”.⁵⁴ ♦

53 Zaffaroni – **La palabra de los muertos** – Buenos Aires: Ediar, 2011, p. 8.

54 PINHEIRO, Paulo Sergio. Prefácio à obra de Anthony W. Pereira, **Ditadura e repressão**, obra citada 2010, p. 13.