

O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO 75 ANOS DEPOIS: UMA TRAJETÓRIA DE AUTORITARISMOS, INEFICIÊNCIAS, DESCASOS E RETROCESSOS

Belmiro Jorge Patto¹

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS AO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO - ESCRAVIDÃO E REPÚBLICA VELHA. 2 A REPÚBLICA NOVA E A DITADURA DE GETÚLIO VARGAS. 3 O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E A AMBIÊNCIA DITATORIAL DO GOVERNO DE GETÚLIO VARGAS. 4 A INSISTÊNCIA DO ATRASO. 5 UMA DITADURA A MAIS: 1º DE ABRIL! 6 CONSTITUIÇÃO CIDADÃ ... (sic). CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

RESUMO: O presente trabalho busca, a partir de situações históricas do Brasil contextualizar as condições de surgimento do Código de Processo Penal brasileiro, bem como sua manutenção em vigor por tantos anos, justamente em um país que tem como característica a quase *mania* de legislar em demasia, e frequência. Mostra também que não se alterou, como se desejaria, principalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a cultura de encarceramento e a mentalidade de uma inversão interpretativa imprópria entre hierarquias legais, como se fosse a Lei Maior que devesse se adequar àquele Código.

PALAVRAS CHAVE: Código de Processo Penal - 75 anos - autoritarismo - ineficiência - descaso - retrocesso.

THE BRAZILIAN CRIMINAL PROCEDURE CODE 75 YEARS LATER: A TRAJECTORY OF AUTHORITARISMS, INEFFICIENCIES, PLEASURES AND KICKBACKS

¹ Doutor em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Paranaense – UNIPAR. Professor Assistente da Universidade Estadual de Maringá – UEM.

ABSTRACT: The present work seeks, from historical situations in Brazil to contextualize the conditions for the emergence of the Brazilian Code of Criminal Procedure, as well as its maintenance in force for so many years, precisely in a country that has as characteristic the almost *mania* to legislate in excess, and frequency. It also shows that the culture of incarceration and the mentality of an improper interpretive inversion between legal hierarchies, as if it were the Constitution that should conform to that Code, was not changed, as it would have been desired, especially after the promulgation of the Federal Constitution of 1988.

KEYWORDS: Criminal Procedure Code – 75th years – authoritarianism – inefficiency – neglect - dereliction

INTRODUÇÃO

O presente artigo se insere numa perspectiva de pesquisa mais ampla dos desenvolvimentos do conceito jurídico-filosófico-político da liberdade no Brasil. Por isto não passa das primeiras *florescências*, uma vez que se está no estágio inicial dos estudos, mas já se podem aviar alguns rumos que, embora não definitivos, nos trouxeram a realidades sociais gritantes e, em certos casos, escandalosas do ponto de vista teórico e da efetividade constitucional dos direitos e garantias fundamentais, previstos na Constituição da República Federal de 05 de outubro de 1988 (CRF/88).

Não é necessário dizer que o Código de Processo Penal brasileiro, que veio a lume em 1941, padece dos contornos mínimos necessários à sua recepção pela Constituição de 1988; não obstante tal fato, o mesmo encontra-se *ainda* em *vigência*, contrariando todas as disposições fundamentais do nosso atual ordenamento jurídico e gerando diuturnamente situações vexatórias de flagrantes abusos pelos Poderes constituídos, desde a chamada *notitia criminis* até o *final* da execução da pena.

Nem mesmo as reformas produzidas neste interregno foram suficientes a extrair de seu conteúdo o ranço autoritário que constitui a referida legislação, bem como no campo de sua aplicação é possível falar na *resiliência* do viés punitivo que se traduz em verdadeira crueldade diante dos valores constitucionais estabelecidos a partir de 1988.

Do que se trata aqui, então, é tentar apreender as razões de tais fenômenos, o que para tanto será necessário um esboço histórico desde os antecedentes do Código ainda vigor, suas origens histórico-sociais, cada um dos momentos evolutivos por que passou o país ao longo do século XX, bem como prospectar para o futuro da persecução penal no Brasil, e os rumos

condizentes com a atual ordem de Estado *democrático* de Direito, nos ditames da Constituição de 1988.

1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS AO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO - ESCRAVIDÃO E REPÚBLICA VELHA

Há no Brasil uma tendência preocupante de rapidamente esquecermos nosso passado histórico, como se não tivéssemos tido, por exemplo, e ao que aqui nos concerne, mais de trezentos anos de escravatura! Somente este dado já nos parece, se não suficiente, indicativo e explicativo de muitas das práticas constitutivas das relações cidadãos/autoridades que permeiam o tecido social brasileiro e induzem inúmeras consequências de várias ordens, muitas vezes frontalmente destoantes do sistema jurídico de direitos e garantias fundamentais atuais, o que adiante se evidenciarão.

Estudos deste período mostram que no Brasil o regime escravocrata foi *sui generis*, uma vez que não só constituiu a mão de obra necessária aos ditames da economia colonial, bem como, foi um *modo de produção da vida social*. Quer isto dizer que não só a economia girava em torno do modelo escravocrata, mas toda a vida social se fazia produzir, avaliar, verificar, julgar, em torno deste *modelo social* que tinha como ponto de partida e de chegada a escravidão. Por isto se observou a formação de uma massa populacional não escrava *marginal* que não estava integrada à produção econômica colonial e que, historicamente, se constituiria como fator decisivo para a compreensão da atual desigualdade social do país em cujo bojo se concentra, em geral, a atuação *criminosa*, portanto, um subproduto social da própria ordem escravocrata, de suas complexidades e idiosincrasias.

Neste sentido, afirma FRANCO (1997, p.14):

Esta situação deu origem a uma formação *sui generis* de homens livres e expropriados, que não foram integrados à produção mercantil. A constituição desse tipo humano prende-se à forma como se organizou a ocupação do solo, concedido em grandes extensões e visando culturas onerosas. Dada a amplitude das áreas apropriadas e os limites impostos à sua exploração pelo próprio custo das plantações, decorreu uma grande ociosidade das áreas incorporadas aos patrimônios privados, podendo, sem prejuízo econômico, ser cedidas para uso de outro. Esta situação - a propriedade de grandes extensões ocupadas parcialmente pela agricultura mercantil realizada por escravos - possibilitou e consolidou a existência de homens destituídos de propriedade dos meios de produção, mas não de sua posse, e que não foram plenamente submetidos às pressões econômicas decorrentes dessa condição, dado que o peso da produção, significativa para o sistema como um todo, não recaiu sobre seus ombros. Assim, numa sociedade em que há concentração dos meios de produção, onde vagarosa, mas progressivamente, aumentam os mercados, paralelamente forma-se um conjunto de homens livres e expropriados que não

conheceram os rigores do trabalho forçado e não se proletarizaram. Formou-se, antes, uma "ralé" que cresceu e vagou ao longo de quatro séculos: homens a rigor dispensáveis, desvinculados dos processos essenciais à sociedade. A agricultura mercantil baseada na escravidão simultaneamente abria espaço para sua existência e os deixava sem razão de ser.

Ora, mesmo que se acreditasse na pretensa efetivação da Lei Áurea², os produtos socioculturais do sistema escravocrata ainda estavam muito presentes nas práticas diárias não só das autoridades, bem como de todos os estratos da vida civil. A violência, o mandonismo, o preconceito faziam parte constitutiva de práticas e ideários sociais. A falácia da *abolição* se torna flagrante na solução adotada ao problema da mão de obra e no mito de formação do *povo brasileiro*, pela via da imigração. Nesse sentido, AZEVEDO (2004, P. 52-53), resgata deste período o ideário presente nos momentos antecedentes à ruptura do modelo a preocupação em justificar a não inclusão dos negros e pardos nos meios de produção que viriam a se constituir:

Assim, a velha preocupação com a ausência de um povo e a heterogenia sócio-racial ganhou novos contornos nas análises dos imigrantistas. É que, ao invés de simplesmente constatar aquilo que já era secularmente de senso comum - a inferioridade dos negros e mestiços - e passar em seguida a tratar de sua incorporação social, estes reformadores tentaram compreender o que reconheciam como diferenças raciais e a partir daí derivar suas propostas. A implicação disto é que a ideia da inferioridade dos africanos, vista até então em termos do seu "paganismo" e "barbarismo" cultural, começou a ser revestida por sofisticadas teorias raciais, impressas com o selo prestigioso das ciências. Em decorrência, ao assumirem a ideia da inferioridade racial de grande parte da população brasileira, estes autores inclinaram-se a tratar da transição para o trabalho livre quase que exclusivamente do ângulo do imigrante, já que consideravam os negros e mestiços incapazes de interiorizar sentimentos civilizados sem que antes as virtudes étnicas dos trabalhadores brancos os impregnassem, quer por seu exemplo moralizador, quer pelos cruzamentos inter-raciais.

Não se pode olvidar que 1941 dista somente cinquenta e três anos de 1888, ano da *abolição*. Tendo-se em vista que houve o referido processo de incremento da população brasileira pela imigração europeia, justamente neste período em que as alterações político-sociais foram insuficientes para alterar as relações de poder e de autoridade de forma democrática, uma vez que a condição do imigrante é sempre precária e de sujeição na busca de

² Lei 3.353 de 13 de maio de 1888, que dispunha: Art. 1º: É declarada extinta desde a data desta lei a escravidão no Brasil. Art. 2º: Revogam-se as disposições em contrário. Pela brevidade incomum de uma legislação tão sensível, já se percebe que tal *diploma* legislativo estaria fadado ao insucesso. Não, por exemplo, qualquer disposição acerca do *novo status* daqueles que foram libertos. Seriam cidadãos? Que direitos teriam? Não seria, também, este o momento oportuno de se realizar no Brasil a famigerada *reforma agrária*? De todas estas ausências não seria difícil concluir pela marginalização de todo este contingente da população brasileira de então.

inserção e reconhecimento, tais movimentos somente fizeram reforçar aquelas tendências já suficientemente patentes na sociedade brasileira de abusos e desvios no exercício do poder.

Como se sabe, mesmo o projeto imigrantista padecia dos mesmos problemas, uma vez que não se tratava de inclusão cidadã, mas tão só a solução dos problemas de mão de obra que a abolição gerou. Este problema foi não só local, mas em escala global, colocando em xeque a própria estabilidade dos Estados-nação. Daí que a República Velha se viu constantemente ameaçada pela atuação de líderes que trouxeram de suas terras de origem outras formações políticas que confrontavam com a atuação do Estado brasileiro, sua política, sua polícia. Este período de formação da vida civil nos moldes de um Estado republicano, foi, em verdade, mais uma expressão da indeclinável história de autoritarismos no Brasil. Embora a preocupação com o controle destas populações se desse em escala global, as formas de solucioná-los se deu de diferentes maneiras nos vários países.

O projeto de imigração não havia sido elaborado para a inclusão das massas de trabalhadores assalariados que aqui aportaram, como já afirmado. Por isto o que se observou no período foi o recrudescimento da atuação policial do Estado brasileiro, reforçando e construindo práticas abusivas e autoritárias de controle vendo a questão social sempre como *caso de polícia*. Não se pode olvidar que este período de grandes transformações sociais, como urbanização, industrialização, relações de trabalho/capital inovadoras da vida e da sociedade, requeriam dos Estados nacionais ações também inovadoras com novas práticas e ideologias. Tais transformações, contudo, não se operam instantaneamente, e muitas vezes ficam reféns das práticas constituídas pela história, como foi o caso do Brasil.

Num interessante estudo deste período sobre a polícia paulista, MARTINS (2014, p. 105), afirma:

A mercadoria de troca que unia chefes locais, o presidente do diretório do PRP e o governo do estado era o voto. O chefe político capaz de "fazer" as eleições era o mais cortejado, sem importar os meios pelos quais ele se valia. A vitória nas urnas coroava o político, provando sua força e competência. Este foi o sistema que deu sustentação à República, mas que se transformou também em seu ponto fraco, pois as disputas tornavam-se intensas. Nesse embate, a violência era o recurso daqueles que queriam conquistar ou manter um espaço político. O foco das disputas era o município. Conquistar uma prefeitura significava controlar seus servidores, conceder favores, isentar impostos e autorizar licenças. Com um município na mão, o político crescia em prestígio diante dos eleitores e das lideranças do PRP. Isso bastava para justificar lutas sangrentas.

Como se percebe, a violência do mandonismo estava entranhada no tecido social brasileiro de alto a baixo. Para a manutenção do poder o que se constituía como prática era o abuso do aparato estatal que se tornou verdadeira *moeda de troca* dos interesses que se confundiam, não deixando operar no Brasil *República*, a célebre distinção público/privado que se tornou característica do modelo político da maioria dos Estados nacionais ocidentais. Esta confusão vai redundar em várias consequências práticas e ideológicas que contaminarão a vida social brasileira de traços de abuso de poder e autoritarismos os mais variados, tais como as ditaduras que foram a forma predominante de exercício do poder no curso do século XX na história política do Brasil.

De outro lado, a legislação passa a ser o instrumento de institucionalização de práticas abusivas reconfigurando o Estado que, a partir do final da primeira Guerra vê-se em meio à crise aguda de seus fundamentos enquanto Estado Nação, o que em escala global terá soluções variadas de acordo com as necessidades locais, o perfil cultural de cada sociedade e a situação econômica que, como se sabe, caminhava para a *débauche* de 1929.

2 A REPÚBLICA NOVA E A DITADURA DE GETÚLIO VARGAS

O período que antecede imediatamente a 1941 é bastante conturbado e recheado de episódios flagrantemente abusivos que denotam a violência e arbitrariedade que continuavam presentes nas relações cidadãos/autoridades no Brasil.

A chegada ao poder de Getúlio Vargas se configura como de profundas transformações no tecido social brasileiro, fruto do processo de imigração, como já apontado, mas também das questões sociais e econômicas que as relações mundiais enfrentavam, inclusive por causa da I Guerra Mundial que produziu no imaginário coletivo uma reviravolta em termos de consciência política, com a aceleração das tecnologias de produção, de comunicação e de comércio, tudo isto impondo aos Estados nacionais desafios de variadas ordens, entre eles o da própria segurança pública. Como já afirmado, as soluções dependeriam das práticas e ideologias que historicamente foram constituindo a própria nação, sendo que uma inovação radical sempre se mostrou pouco provável.

Como bem sintetiza SKIDMORE (2003, p. 26):

Havia dois fatores, entretanto, que distinguiam os acontecimentos de 1930 de todas as lutas precedentes pelo poder, na história da República. Em primeiro lugar, a Revolução de 30 pôs fim à estrutura republicana criada na década de

1890. Os revolucionários arrombaram uma porta aberta, evidenciou-se mais tarde, de vez que a República Velha desabou de repente sob o peso de suas dissensões internas e da pressão de uma crise econômica em escala mundial. Em segundo lugar, havia uma concordância disseminada, antes de 1930, quanto à necessidade urgente de uma revisão básica no sistema político. A magnitude desse descontentamento com o sistema vigente e a natureza exata dos remédios propostos variavam enormemente numa coalizão de malhas frouxas contra a liderança situacionista da República Velha. Alguns dentre os revolucionários almejavam pouco mais do que mudanças constitucionais no mais exato sentido jurídico. Outros estavam preparados para lutar por planos ambiciosos de modificações econômicas e sociais, abrangendo a reorganização nacional, em larga escala. O que os irmanava era uma vontade de experimentar novas formas políticas, numa tentativa desesperada de alijar o arcaico. O esforço resultou em sete anos de agitada improvisação, incluindo uma revolta regionalista em São Paulo, uma nova Constituição, um movimento de frente popular, um movimento fascista e uma tentativa de golpe comunista. Em 1937, um Brasil exausto terminou sua experimentação política e iniciou oito anos de regime autoritário sob o Estado Novo.

Pertinente ao problema das questões de segurança pública, do período imediatamente anterior à promulgação do Código de Processo Penal de 1941, foi o caso emblemático que expôs as entranhas daquele momento, traduzido na obra de Graciliano Ramos *Memórias do cárcere*, ele mesmo vítima de uma das mais cruéis práticas dos regimes autoritários que tem no encarceramento arbitrário sua expressão. O episódio surreal expõe a céu aberto as idiossincrasias e absurdos a que o abuso do poder pode levar e, paradoxalmente, torna realidade a ficção descrita na quase contemporânea obra de Franz Kafka (*O processo*), a demonstrar a tênue *diferença* do imaginário e do real. É como se Graciliano fosse Josef K nos trópicos.

Flagrantemente antidemocrático, o Estado Novo se constitui nas bases do autoritarismo e do terror policial, reforçando as práticas e ideologias de controle social instauradas pelo regime escravocrata, mas agora com feições republicanas e constitucionais, feições estas, meramente decorativas uma vez que do que se tratava era de verdadeira autocracia de exceção. Ainda com SKIDMORE (*Op. cit.* p. 53):

É importante compreender que, ao contrário dos seus mentores europeus em matéria de fascismo, Vargas não organizou nenhum movimento político para nele basear seu regime autocrático. Não havia partido de Vargas, movimento do Estado Novo, nem quadros governamentais na sociedade brasileira. O Estado Novo, na sua forma não-diluída, entre 1937 e 1943 (quando Vargas começou a preparar-se para a volta às eleições), representou um hiato no desenvolvimento da política partidária, organizada em linhas classistas ou ideológicas - uma política que, em si mesma, só havia começado a tomar forma no Brasil em começos da década de 30. Todos os grupos de alguma significação haviam sido desbaratados e suprimidos. Os comunistas e radicais de esquerda sofreram a repressão mais brutal. Os integralistas desapareceram,

devido à repressão, em parte, porque a lógica do seu autoritarismo era minada pela forma de ditadura mais brasileira, de Vargas.

Não é por outra razão que o Código de Processo Penal, como cediço, em sua *exposição de motivos*³, declara francamente as intenções adequadas ao regime ditatorial de Vargas.

Esta *criminalidade em expansão* a que se refere a Exposição de Motivos, (cf. nota n. 2), na verdade não passava de um subproduto da própria história da formação da sociedade brasileira, como já apontado. Por óbvio que não seria a legislação processual a mais apta a dar solução a tão complexo problema. Então, como pode tal argumento perdurar por tantas décadas, a ponto de até hoje estar presente nas mais diversas situações e, inclusive, nas mais graves, como são as imposições de medidas cautelares privativas de liberdade, sob o pálio da *proteção da ordem pública*?

Uma das possíveis resposta é que no que concerne àquilo que Michel Foucault cunhou como *microfísica do poder*⁴, as relações são autoritárias e não se pautam por uma racionalidade jurídica que tenha como ponto de partida a liberdade. Muito ao contrário, assim que alcançam um estrato social mais favorável, os sujeitos imediatamente reproduzem as relações repressivas a que estavam submetidos pois são tais práticas as que lhe garantirão a própria posição conquistada. Não era diferente com os escravos que ao se emanciparem, em geral, compravam escravos para garantir seu novo *status* como *participante* da vida social brasileira.

Neste contexto de onde surgiu o Código de Processo Penal brasileiro, fica evidenciado sua inadequação aos desenvolvimentos civilizatórios por que passou a sociedade brasileira no transcorrer do século XX, e seu descompasso com as complexidades atuais de um mundo em que a cidadania tem acento na liberdade, na ética, no conhecimento e, no que cabe aos entes

³ Confira-se o item II, *verbis*: "De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código. No seu texto, não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal avisado favorecimento legal aos criminosos. O processo penal é aliviado dos excessos de formalismo e joeirado de certos critérios normativos com que, sob o influxo de um mal compreendido individualismo ou de um sentimentalismo mais ou menos equívoco, se transige com a necessidade de uma rigorosa e expedita aplicação da justiça penal".

⁴ Para uma visada geral do tema, confira-se a obra homônima. FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*, trad. Roberto Machado, 15 ed. Rio de Janeiro: Graal, 2000. 293 p.

políticos, na responsabilidade pela efetivação dos direitos fundamentais e das garantias constitucionais com fulcro na dignidade da pessoa humana.

Como adiante se demonstrará, mesmo após a promulgação da Constituição de 1988, as idiosincrasias persistiram com uma força impressionante, denotando o profundo descompasso valorativo, inclusive da comunidade jurídica, com as novas exigências do Estado Democrático de Direito. Exigências estas, que, não custa lembrar, são dirigidas à atuação do próprio Estado, pois *de Direito!*

Cabe ressaltar que neste ponto, há uma cultura flagrantemente inconstitucional de interpretação das normas jurídicas que nunca expressam esta faceta republicana da atuação do Estado, como se fossem dirigidas estritamente aos cidadãos e não se constituíssem em deveres e obrigações para os entes políticos numa absurda confusão de Estado de Direito acima da Lei! Não é demais trazer à colação o fato de que até muito recentemente praticamente inexistia no país qualquer condenação *de fato*, aos ocupantes de cargos públicos de alto escalão, como que a expressar verdadeira *perfeição* na condução da administração pública no país. Tal fato também expressa aquilo que vimos afirmando, no sentido de haver tratamentos distintos onde a lei não distingue, em clara ofensa à cidadania, portanto à democracia, ao princípio republicano e ao princípio da legalidade. De outro lado, expressam também que onde deveria haver a distinção, como é exatamente o caso do cidadão submetido à persecução penal de modelo acusatório, o Estado continua omissivo, como adiante ficará evidenciado.

3 O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E A AMBIÊNCIA DITATORIAL DO GOVERNO DE GETÚLIO VARGAS

Como já apontado, o documento legislativo em questão decorre da lavra do então ministro da justiça Francisco Campos. E quais são as ideias centrais que fundamentam a visão de mundo deste que foi o arquiteto de tal projeto? Em uma de suas obras (CAMPOS, 2001. p. 23 e 24), se pode encontrar a resposta:

As massas encontram-se sob a fascinação da personalidade carismática. Esta é o centro da integração política. Quanto mais volumosas e ativas as massas, tanto mais a integração política só se torna possível mediante o ditado de uma vontade pessoal. O regime político das massas é a ditadura. A única forma natural de expressão da vontade das massas é o plebiscito, isto é, voto-aclamação, apelo, antes do que escolha. Não o voto democrático, expressão relativista e céptica de preferência, de simpatia, do pode ser que sim pode ser que não, mas a forma unívoca, que não admite alternativas, e que traduz a atitude da vontade mobilizada para a guerra.

(...). Não há hoje um povo que não clame por um César. Podem variar as dimensões espirituais em que cada povo representa essa figura do destino. Nenhum, porém, encontrando a máscara terrível, em que o destino tenha posto o sinal inconfundível do seu carisma, deixará de colocar-lhe nas mãos a tábua em branco dos valores humanos.

Sem descuidar da peculiar sagacidade do Autor, é evidente o desapeço pela democracia representativa e o descrédito na capacidade dos cidadãos de escolherem seu destino pela via do exercício regular dos direitos e garantias fundamentais, previstos inclusive na constituição à época de seus escritos; bem como fica evidente o viés paternalista que sempre esteve presente na vida pública brasileira como argumento a legitimar os abusos de poder e a apequenar a cidadania que é processo em construção permanente, e por isto mesmo requer o espaço da liberdade para se desenvolver e aprimorar.

Especificamente, quanto ao tema do processo penal, escreveu ainda o Autor, naquela *Exposição de motivos* do Código de Processo Penal, que citada anteriormente:

O projeto abandonou radicalmente o sistema chamado da "certeza legal", substituindo-o pelo da "certeza moral" do juiz, e atribui a este a faculdade de iniciativa de provas, quer no curso da instrução criminal, quer, afinal, antes de proferir a sentença.

Ora, como se observa, nada mais flagrantemente em descompasso com a Constituição em vigor, onde prevalecem os valores da imparcialidade do juiz e da *certeza* construída no processo pelas *provas*, cuja gestão, característica do modelo acusatório⁵, fica exclusivamente a cargo do órgão de acusação, que no caso é em sua maioria de atribuição do Ministério Público.

Volvendo, especificamente, ao período imediatamente antecedente da ditadura Vargas, insta observar que o *atual* Código de Processo Penal, nasceu sob a égide da *Constituição* de 1937, que, uma vez mais, como sói acontecer na história brasileira, é somente nominal já que em seu preâmbulo fica claro o caráter autoritário e ditatorial do documento, cheio de falsos pretextos para o exercício abusivo do poder e confessando sua origem na utilização do verbo *decretando* para fazer valer ato unilateral de vontade da então *autoridade suprema do Estado* (vide art. 73 daquela *Constituição*). Não é demais repisar que também a referida *Constituição* foi idealizada e elaborada pelo mesmo Francisco Campos!

Nascida como fruto de golpe de Estado, uma vez que o *estado de guerra* decretado por Getúlio em 1936 tinha o condão de *preparar* o ambiente para a instauração da ditadura do Estado Novo, esta *Constituição* de 1937 tinha a finalidade de dar continuidade ao poder

⁵ Confira-se, por todos: LOPES JÚNIOR, Aury. *Fundamentos do processo penal*. Introdução crítica. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2016. p. 166 e ss.

autoritário de Vargas, não pelo pleito eleitoral, mas pela mão de ferro do abuso do poder sob o pretexto sempre presente na vida política do país *dos melhores interesses da sociedade brasileira, em nome da paz*, etc., etc. Como ficou depois se sabendo, o chamado *Plano Cohen* (um pretenso perigo de tomada do poder no Brasil pelas forças de tendências comunistas) não passou de uma fraude do próprio Getúlio para se garantir no poder!

Totalmente alinhado com as ideias do Eixo (Alemanha/Itália), Getúlio Vargas fez também uso do aparato estatal para fazer propaganda ideológica e política criando uma atmosfera nova de cunho paranóide-persecutório que ainda hoje se observa em certos atos de exercício abusivo de poder. Para atingir tal finalidade, criou a *Polícia Política* que veio a atuar em toda a era Vargas de forma abusiva e arbitrária em nome de pretensas ameaças que nunca foram sequer minimamente provadas como passíveis de resultar em danos à vida nacional. Como no já referido caso de Graciliano Ramos, não passava de exercício arbitrário de poder contra inimigos da ideologia oficial do ditador.

As práticas recorrentes de tortura, prisões sem processo, truculência policial na abordagem ao cidadão, sistema penitenciário em estado de calamidade pública, tudo isto denunciado constantemente às autoridades públicas e por décadas a fio sem respostas efetivas do Estado brasileiro; tudo é fruto desta história que parece não existir para a comunidade jurídica atual que crê na força incrível de um texto constitucional que somente se viabilizará justamente no momento em que esta mesma comunidade se debruçar sobre este passado de práticas abusivas que permanecem permeando aquele mesmo texto com suas chibatadas e humilhações autoritárias, no silêncio dos inocentes.

4 A INSISTÊNCIA DO ATRASO

Após a perda de força do regime autoritário, principalmente pela posição de protagonismo que assumiriam, então, os Estados Unidos após o final da Segunda Guerra, o ideário democrático ganha força. O Brasil continuava periférico e como que alienado dos grandes ensejos das populações mundiais por liberdade e cidadania, uma vez que a transição deste período não se dá por ruptura, mas por solução de continuidade típica da nossa própria História.

Em dezembro 1945, em eleição nacional é alçado ao cargo de presidência da república o *general* Eurico Gaspar Dutra. É no mínimo curioso que a *democracia* tenha sido fruto de um pleito em que concorreram dois militares de alta patente, pois o adversário de Dutra naquela ocasião havia sido o *brigadeiro* Eduardo Gomes. Tal fato já deixa entrever a fragilidade

institucional de um país cuja história até então fora de viés nitidamente autoritário. E como se verá a seguir, continuará sendo até hoje!

Eis que temos uma nova *Constituição*. Em 1946, entra no cenário jurídico outra ordem constitucional. Embora adote a democracia do voto, não estatui expressamente este regime de governo que obriga o Estado a prestar contas ao cidadão, nem expõe de forma clara os limites de atuação do próprio Estado uma vez que o catálogo de direitos e garantias individuais é mera formalidade, inclusive porque localizado quase que como apêndice do texto, a partir do art. 141, o que já demonstra a subsidiaridade, por assim dizer, da cidadania. A maior parte do texto cuida, como de costume antes da Constituição de 1988, dos poderes do Estado e suas atribuições, inclusive por quase nenhum mecanismo efetivo de controle de uma função de poder sobre outra, tanto que o parágrafo único do art. 65 daquela Constituição que trata justamente desta função fiscalizadora, só foi incluído em 1965, pela Emenda Constitucional n. 17. Demais disso, o art. 217 que tratava das emendas ao texto constitucional não fazia qualquer ressalva ao catálogo de direitos e garantias individuais como objeto de imutabilidade, mas referia tão somente aos projetos tendentes a abolir a Federação ou a República em seu § 6º.

Mas, ainda assim, não seria de se supor uma busca por ao menos *adaptação* do Código de Processo Penal à esta outra ordem constitucional de cunho não autoritário?

Muito ao contrário, o Código persistiu⁶ e, não só isto, mais uma vez, o próprio Estado brasileiro mostrava seu viés autoritário quando em 1955 decreta estado de sítio suspendendo inúmeras das garantias constitucionais por intermédio da Lei 2.654 de 25 de novembro de 1955. O episódio visava assegurar a posse de presidente eleito pelo voto em meio a um país tomado pela deterioração econômica e política, com escândalos de corrupção e inflação já em níveis alarmantes. Como cediço, a presidência de Café Filho foi objeto de uma espécie de golpe parlamentar, com a participação, uma vez mais, das forças armadas na pessoa do general Teixeira Lott, então Ministro da Guerra⁷.

As situações guardam semelhança com períodos anteriores inclusive nas artimanhas utilizadas. Como cediço, também aqui se usou a ideologia da proteção da sociedade e da paz

⁶ Neste período, o Código de Processo Penal foi somente alterado no que diz respeito aos critérios de competência, e questões de procedimentos e recursos no âmbito do Tribunal do Júri, (Lei 263 de 23 de fevereiro de 1948; foi alterado o art. 221, para maior comodidade da inquirição no processo de determinadas autoridades (Lei 1907 de 17 de julho de 1953), e uma vez mais alterado o art. 221 com o acréscimo de outras autoridades como as mesmas finalidades (Lei 3653 de 4 de novembro de 1959).

⁷ Para uma visão panorâmica do ocorrido, leia-se o inteiro teor do Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança 3557, em especial o voto do Min. Ribeiro da Costa. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/MS_3557__Acordao.pdf. Acessado em: 20.09.2016.

como forma de ataque frontal à democracia e à cidadania. Como no Caso Cohen, aqui também a Carta Brandi foi o pretexto para atuação de abuso de poder e autoridade que culminariam na suspensão dos direitos e garantias individuais pelo estado de sítio. Tratou-se, este último referido episódio de uma divulgação de pretense documento que *provaria* as ligações de João Goulart, então vice na chapa eleitoral de Juscelino Kubitschek, com grupos peronistas de viés sindical-socialista e também de tratativas de contrabando de armas para manutenção de milícias, o que veio a se mostrar falso. Em meio ao tumulto gerado, o Brasil sofreu *quarteladas* de golpes e contragolpes, com tentativas de emendas constitucionais de última hora para inviabilizar o pleito nas urnas, até que em novembro de 1955 veio o estado de sítio como única forma de garantir o resultado da eleição e a posse em 31 de janeiro de 1956 de *JK e Jango*, com o fim do período de exceção.

Não se conclua daí uma senda tranquila para as liberdades públicas e a democracia. Como cedo não tardou a deteriorar uma vez mais a situação político-institucional do país, culminando com o golpe militar em 1964.

No período de quase dez anos entre a eleição de Juscelino e o golpe de 1964 o Brasil se encontrava em plena transformação social, migrando sua população das áreas rurais para as urbanas e com um notável incremento da consciência das relações de classes por força dos movimentos imigratórios do início do século XX, que, como visto, transportou também uma bagagem cultural que agitou as relações sociais em todo o território nacional. Não obstante tais elementos de transformação, o plebiscito de 1963 revogou emenda constitucional de 1961 que impunha o parlamentarismo como forma de governo. Tal rejeição denota a tendência da população na crença da figura mítica de presidencialismo caudilhistas, ainda sob o pálido do carisma de Vargas e Kubitschek.

No que concerne ao problema de perseguição penal no Brasil, não houve qualquer alteração legislativa importante que pudesse alinhar o problema a uma Constituição democrática. O que se deu, em verdade, foi um recrudescimento da situação prisional pelo adensamento urbano, a não inclusão social, a política educacional incipiente e o aumento de complexidades inerentes ao modelo industrial de intensificação das relações sociais, das tecnologias de comunicação e de um Estado que insistia no peso de uma burocracia arcaica, patrimonialista e de privilégios assegurados, mais que assentado em regime de índole republicana.

5 UMA DITADURA A MAIS: 1º DE ABRIL!

Seria cômico se não fora trágica as próximas décadas que vivenciaria o Brasil em termos de retrocessos e recrudescimentos de mentalidades e ideologias totalitárias, bem ao gosto do Código de Processo Penal de 1941. O período que se seguiu de Estado de exceção perdurou 21 longos anos de abusos; conflitos mal formulados e, portanto, soluções obtusas; inúmeras prisões arbitrárias sob o pálio da Lei de Segurança Nacional; perseguições políticas que tinham por fundamento verdadeiras fraudes de caráter cruel ou doentio.

Nestes longos anos obscuros, a manutenção em vigência de um Código de Processo Penal de cariz autoritário faz todo o sentido, por isto não causa surpresa que neste período não tenha havido nenhuma alteração legislativa neste sentido, a não ser para recrudescer ainda mais o mandonismo e o abuso de poder. A truculência se tornou durante boa parte do período ditatorial a regra de conduta das polícias, sem qualquer cuidado com cientificidade, investigação técnica, direitos e garantias fundamentais, até porque tudo isto estava aliado inclusive da ordem jurídica, principalmente nos momentos mais cruciais de tensões e distensões político-sociais.

Deveria tudo isto ter sido, no momento de *redemocratização*, motivo suficiente a ensejar a comunidade jurídica a repensar em caráter urgente a reforma legislativa necessária da persecução penal no Brasil.

Mais uma vez, não foi o que se deu. A lembrança dos horrores autoritários dos *porões da ditadura* não foram suficientes a acender a chama do desejo de construção de um modelo de persecução penal infraconstitucional que tivessem por norte a liberdade e a inocência. E como já deve restar claro até aqui, não basta que tais valores sejam afirmados em texto constitucional para que se transformem em realidade na vida judiciária de um país.

O período ditatorial parece ter reforçado em muitos setores da sociedade brasileira a ilusão de uma função disciplinar traduzida na fórmula *lei e ordem* sem atentar para as idiosincrasias históricas de nossa sociedade desigual, autoritária e formalista. Estas três dimensões gestaram uma crescente criminalidade urbana, inclusive estatal, com índices alarmantes de homicídios, corrupções ativas e passivas, bem como de uma ineficiência gritante em termos de atuação do Estado no que diz respeito a toda persecução penal.

As instituições públicas, de sua vez, não foram suficientemente vigorosas para impedir momentos de horrores e desesperos. As reformas tentadas, por exemplo, no âmbito da educação mostraram-se desastrosas nas décadas futuras, com índices de aproveitamento pífios e dificuldade de acesso. No plano da infraestrutura, em que pese algumas obras vultosas como a Hidrelétrica de Itaipu, a ponte Rio-Niterói, que por muito tempo seriam símbolos de grandeza

nacional, as questões ligadas ao Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) ficaram paradas no tempo do atraso social brasileiro. Saneamento básico, saúde e educação fundamental foram praticamente inexistentes enquanto projetos de políticas públicas neste período. O golpe sofrido nas Universidades quando do episódio das aposentadorias compulsórias de vários dos professores principalmente das áreas das Ciências Humanas e Sociais mostra bem que naquele momento pensar as questões sociais do país se vinculava, na visão dos militares no poder, a um pretense perigo de *comunismo* como forma de organização política da sociedade brasileira, o que se mostraria um rematado absurdo, além da perda indelével para ela mesma, sociedade, uma vez que não podia pensar seus próprios problemas!

No campo jurídico as restrições advindas dos famigerados Atos Institucionais, a diminuição das funções dos poderes legislativo e mesmo judiciário, desembocaram no alijamento da dimensão da cidadania, o que mais uma vez viria a reforçar o autoritarismo, o mandonismo, o desrespeito institucional, o personalismo, a manutenção de privilégios, enfim, a piora da percepção, de modo geral, dos valores republicanos e democráticos das liberdades públicas.

Os vários episódios de cerceamento do livre pensamento, da imprensa, do direito de se reunir pacificamente, forjou uma alienação do cidadão da esfera pública, permitindo o incremento de formas abusivas do exercício do poder como regra. O período subsequente da chamada *abertura*, iria desembocar, uma vez mais, não em ruptura, mas em solução de compromisso com concessões de parte a parte do espectro de poder dos representantes, mas com pouca expressão da participação popular de todas as camadas e estratos da sociedade brasileira. Foram tais movimentos que desembocariam na Assembleia Nacional Constituinte que fariam vir à lume a Constituição Federal de 1988, e, como sói acontecer na vida pública brasileira, se tornou naquele momento como que um panegírico de todos os males da nacionalidade. Por óbvio que tal perspectiva iria se tornar, também, falsa e ilusória.

6 CONSTITUIÇÃO CIDADÃ ... (sic)

Com as esperanças renovadas, imaginou-se que a história do Brasil ganharia novos e derradeiros rumos no que concerniria à consolidação da democracia de da própria República. Mas, como se verifica por inúmeros casos na história, a construção destes tipos ideais demanda muito mais que textos escritos e boas intenções. Demanda um esforço não só comum, mas institucional de cuidado, cultivo e fomento de tais ideais.

No caso brasileiro, a manutenção sem alterações do Código de Processo Penal em vigor, já denotava que algo estaria fora da ordem. Como já afirmado, o viés autoritário da persecução penal até então no país era um dado muito contundente para se deixar que passasse em branco. Ainda mais se se pensar que o momento era de *redemocratização*, saído de uma ditadura militar!

O texto constitucional em si, denota esta preocupação no seu extenso rol de direitos e garantias fundamentais, em especial seu art. 5º com seus, à época, setenta e sete incisos. O que não se verificou foi, ao menos, a mudança na jurisprudência de uma filtragem constitucional do Código de 1941. A magistratura nacional continuou, inacreditavelmente, resistente aos valores constitucionais de proteção do cidadão, e, na aplicação da lei processual procedeu a uma inversão abusiva de prevalência daquele Código, em detrimento da própria Constituição!

Havia, e ainda há regras flagrantemente inconstitucionais no texto adjetivo que continuam a ser aplicados, como por exemplo, o art. 156 e incisos, mesmo depois da reforma de 2008! Aliás, demorou o legislador vinte anos para proceder a uma adequação mínima do Código de Processo Penal aos ditames da Constituição Cidadã.

No que concerne ao Poder Executivo, para além da escandalosa omissão de seus deveres constitucionais de proteção do cidadão quando sob sua custódia⁸, o grau de ineficiência das polícias judiciárias, das práticas de abusos, da precariedade de suas infraestruturas evidenciam o descumprimento frontal do texto constitucional.

O modelo militarista anterior, por sua vez ajudou, ainda, a criar um problema de altíssima complexidade que foi a manutenção, dentro do regime democrático da Constituição de 1988, das polícias militares, que atualmente mostram sua face mais cruel e paradoxal como a polícia que mais mata no mundo! Isto sem falar no transbordamento nitidamente abusivo de sua competência constitucional de polícia ostensiva com estruturas internas de investigações secretas como são as chamadas P-2.

O que se observa é que, não obstante a alteração que deveria advir de uma *nova* Constituição, as transformações reais não se operaram porque a mesma padece de vício de origem, como já apontado, uma vez que não foi fruto de uma ruptura valorativa, expressão dos anseios de uma sociedade cônica de seus destinos, ainda que consensuais, mas sim uma solução de compromisso daqueles que detinham e continuam detendo um poder ilegítimo, de privilégios e abusos, como mostra bem o cenário político atual no país.

⁸ O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 347, considerou o sistema penitenciário brasileiro em *estado de coisas inconstitucional*.

Especificamente no que concerne aqui, a questão da persecução penal no Brasil deveria ter sido objeto de profundas reformas, se não legislativas, ao menos ideológicas no momento de sua aplicação em consonância com as alterações advindas da Constituição Cidadã, que continua cidadã somente na formalidade.

Veja-se o que se operou na última década em termos de interpretação no âmbito do Supremo Tribunal Federal no que se refere ao princípio estruturante, não só do processo penal constitucional brasileiro, mas verdadeiro valor estruturante da cultura ocidental, qual seja, o *princípio da inocência*.

Num primeiro momento, o guardião da Constituição simplesmente fez *tábula rasa* do texto constitucional do art. 5º, LVII⁹. Preferiu o Supremo Tribunal Federal ficar do lado da tradição de sua jurisprudência consolidada! A questão que não quer calar é, *data maxima venia*, justamente da possibilidade de se manter uma interpretação anterior nesta matéria tão sensível que tem em seu bojo o direito de liberdade, quando do que se trata é de uma *nova* Constituição!

O acórdão que seria tido por paradigmático desta tese, seria o do HC 68.726¹⁰, de 1991, da lavra do Ministro Néri da Silveira, que já em sua origem não enfrenta o problema crucial da redação do texto constitucional que é claro e objetivo! Neste caso, fez-se *tábula rasa* da expressão "trânsito em julgado". O fato é que a Constituição Federal de 1988 foi além, inclusive do texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, que em seu art. XI, dispõe: "Art. XI: "Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa".

Note-se que o texto constitucional brasileiro ampliou esta garantia até o momento do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Ora, não é possível ignorar o texto, sua clareza e objetividade são patentes, portanto, onde o texto é claro, cessa a interpretação. Ademais, não custa lembrar, trata-se de direito e garantia fundamental que na sistemática da

⁹ Art. 5º (...): LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

¹⁰ O acórdão está assim ementado: "*Habeas corpus*. Sentença condenatória mantida em segundo grau. Mandado de prisão do paciente. Invocação do art. 5º, inciso LVII, da Constituição. Código de Processo Penal, art. 669. A ordem de prisão, em decorrência de decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia ou de decisão e órgão julgador de segundo grau, é de natureza processual e concernente aos interesses de garantia da aplicação da lei penal ou de execução da pena imposta, após o devido processo legal. Não conflita com o art. 5º, inciso LVII, da Constituição. De acordo com o § 2º do art. 27 da Lei nº 8.038/1990, os recursos extraordinário e especial são recebidos no efeito devolutivo. Mantida, por unanimidade, a sentença condenatória, contra a qual o réu apelara em liberdade, exauridas estão as instâncias ordinárias criminais, não sendo, assim, ilegal o mandado de prisão que órgão julgador de segundo grau determina se expeça contra o réu. *Habeas corpus* indeferido".

nossa própria Constituição se traduz em *cláusula pétreia*, por força do disposto no art. 60, § 4º, IV¹¹.

Após este primeiro momento de resquícios autoritários, era de se esperar uma atuação do Poder Judiciário condizente com o texto constitucional, inclusive e, mormente, naquilo que o texto Lhe impõe de *deveres*, não só de proteção ao acusado, mas também de eficiência na persecução penal! Isto sem falar, mais uma vez, na adaptação legislativa de um novo Código de Processo Penal, que a teor de um Estado Democrático de Direito já deveria ter começado a ser pensado desde a Assembleia Nacional Constituinte.

Como se observa, a alteração no sentido jurisprudencial iria demorar vinte e um anos, pois somente em 2009 foi que se alterou aquele entendimento, no HC 84.078¹² onde, por sete

¹¹Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...) § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV - os direitos e garantias individuais.

¹²EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente". 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação

votos a quatro, o texto constitucional foi finalmente levado em consideração! Não é demais repisar, somente para se patentear o ranço autoritário no Brasil, a mudança só se daria dentro do mesmo lapso temporal da duração da própria ditadura militar!

A interpretação no sentido de que tal direção jurisprudencial ensejaria a impunidade desvia o foco de atenção do próprio problema, é que fosse o Estado brasileiro eficiente, aliás exigência insculpida no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, e as mazelas da demora e da impunidade não se dariam com incidências tão elevadas. Seria absurdo supor que o Estado desconhece o texto constitucional e não planejasse sua atuação de acordo com tal texto. Ora, o Estado brasileiro conhece desde 05 de outubro de 1988 o teor dos direitos e garantias fundamentais e, portanto, dos *deveres* que lhe são impostos a partir de tais exigências constitucionais! Assim, o posicionamento adotado no julgado em questão teria trazido aos trilhos da ordem constitucional brasileira a adequação desejada no dever de tratamento ao acusado que tal princípio/direito fundamental/garantia impôs ao Estado brasileiro, mormente em se tratando do guardião da Constituição!

A esperança, no entretanto, duraria pouco mais de sete anos!

Importa salientar que não se está fazendo uma interpretação dogmática e meramente gramatical do dispositivo constitucional em questão. O que se quer deixar vincado é que, sendo uma cláusula pétreia constitucional, o texto deve ao menos ser interpretado de forma a, sistematicamente e nos próprios critérios hermenêuticos do direito penal, dar prevalência aos direitos e garantias fundamentais do acusado. Neste sentido as reprimendas do relator, Ministro Eros Grau são pertinentes e indicavam à época, uma importante mudança de sentido na interpretação, que aliás, supunha-se devesse ser a que viria a ser adotada logo que adotada a *nova* Constituição, como já aduzido.

Como já indicado, em fevereiro do ano de 2016, em nova análise do princípio da inocência, no HC 126.292, que, repise-se é pilar incondicional do processo civilizatório ocidental, e por isto mesmo erigido à direito e garantia fundamental do cidadão contra o ritual de violência estatal em que se traduz a persecução penal de caris racional, naquela oportunidade o Supremo Tribunal Federal adotou em forma retrógrada, em todos os sentidos do termo, a

constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida.

direção que havia tomado anteriormente, fazendo, uma vez mais, tábula rasa da expressão “trânsito em julgado”.

Os argumentos que fundamentam a decisão não se sustentam frente a uma análise da própria Constituição Federal de 1988. Em apertada síntese, o acórdão sustenta quatro argumentos: a tradição, o duplo grau de jurisdição, a demora dos processos e um suposto precedente advindo do julgamento do caso da chamada “ficha limpa” do âmbito do direito eleitoral.

Não se fará uma análise aprofundada de cada um dos argumentos porquanto não se busca aqui uma crítica exauriente de tal direcionamento, mas o que interessa é demonstrar que ao interpretar tal direito e garantia fundamental do cidadão o acórdão deixa patente que no Brasil ainda se privilegia o Estado em detrimento do cidadão, tudo a indicar a fragilidade de nossa democracia e o viés autoritário e abusivo do exercício dos poderes públicos.

Quanto ao argumento da tradição, falta ver ao Supremo Tribunal Federal que a *nova* Constituição é vincadamente liberal, democrática e republicana. Não apenas formal mas substancialmente, uma vez que traz literalmente em seu texto um extenso rol de direitos e garantias fundamentais como cláusulas pétreas, impõe ao Estado limites claros de atuação e, o que é bastante relevante, um extenso rol de *deveres* a todos seus órgãos e agentes.

Ora, dizer que se adotará o retrocesso como tradição é no mínimo uma confissão de descompromisso com o próprio texto constitucional e o dever do Poder Judiciário de lhe efetivar quando os órgãos públicos assim não o fazem *mani proprii*. Ora, o princípio da inocência como já aduzido foi ampliado no direito brasileiro sendo impossível em nosso sistema a antecipação da execução da pena *até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória*. De outro lado, o Estado não cumpriu seu dever de legislar para adequar a realidade a esta garantia; não se aparelhou para enfrentar os complexos problemas da criminalidade atual; não traçou políticas de segurança pública de curto, médio e longo prazos e quer, como única solução para o problema a destruição da própria garantia, sob o argumento da tradição!

Não é demais lembrar que o processo penal é instrumento de proteção do acusado e não de política de segurança pública, dever exclusivo do Poder Executivo!

Em relação ao argumento do duplo grau de jurisdição, fica patente a tentativa de não enfrentar a própria cláusula constitucional do art. 5º, LVII, pois o que vai ali afirmado é o *trânsito em julgado* e não o duplo grau de jurisdição. É justamente este problema que,

afirmamos, o Tribunal vinha se esquivando em enfrentar e mais uma vez optou pela omissão. Se não, veja-se o teor do próprio voto¹³ do relator, Ministro Teori Zavascki:

Realmente, a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não-culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. Não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias.

Quanto à demora do processo, o argumento não se sustenta se, uma vez mais, se tiver em mente a distinção das funções republicanas do Estado brasileiro, pois caberia ao Poder Legislativo a expedita reforma do sistema de persecução penal brasileiro desde 05 de outubro de 1988; a atuação dentro dos parâmetros do art. 37, *caput* da Constituição de todos os poderes públicos, em especial o princípio da eficiência a partir de 1994, pelo menos, das polícias judiciárias, seu corpo técnico-profissional, a infraestrutura das delegacias e penitenciárias para cumprir suas finalidades constitucionais, a organização judiciária dos Estados-membros e da Justiça Federal para dar conta da demanda pelo *acesso à justiça*, o aprimoramento de todo o quadro de pessoal, de infraestrutura para se evitar, justamente, o problema da demora. Quanto ao argumento derivado de que a demora seria fruto de uma atuação profissional de advogados que litigam em verdadeira má-fé processual, bastaria que neste período de vinte e sete anos, tivessem se criado mecanismos processuais para evitá-la. Ora, até onde se sabe, a causa essencial do cabimento de um recurso está no erro contido na decisão. Então, das duas uma: ou o Poder Judiciário vem padecendo de uma desqualificação descomunal de seus juízes, pois todas as decisões contêm erros, ou os advogados litigam de má-fé na maioria das causas uma vez que recorrem para obter do processo uma finalidade indevida!

Dentro deste quadro, o que nos parece inaceitável é a penalização ao cidadão de forma gravíssima e inconstitucional pelo próprio Supremo Tribunal Federal. O problema da demora é de exclusiva solução do Estado brasileiro. A referida decisão privilegia, portanto, a ineficiência do Estado e de forma absurda retira do nosso sistema uma garantia constitucional em nível de cláusula pétrea!

¹³ Confira-se o inteiro teor em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>

Quanto ao suposto precedente, dizemos suposto porque no próprio julgamento da questão da “ficha limpa”, ficou assentada a excepcionalidade da tese ali discutida, não podendo obviamente ser utilizado como “precedente” pois seria transformar, sub-repticiamente, a exceção em regra¹⁴. Para dizer mais claramente, é a anuência pelo Supremo Tribunal Federal ao Estado de Exceção.

Deixamos de lado as questões estatísticas levantadas por alguns Ministros por ocasião do julgamento, uma vez que tais argumentos são imprestáveis a efetivar qualquer dimensão da dignidade humana no processo penal. Que os números, então, falem de uma suposta inutilidade do próprio Tribunal. Decerto este seria um argumento que nenhum deles gostaria de ver ser levado a sério. Como bem aponta o acórdão que colacionamos anteriormente, das críticas feitas pelo Ministro Eros Grau, tais tipos de argumento servem apenas àquela *preguiça* kantiana¹⁵ que expressa o aconchego da minoridade que não se quer seja a postura de uma Corte Suprema.

CONCLUSÃO

Infelizmente, o que se denota de todo o exposto é que no Brasil, o processo penal tem expressado nossas profundas raízes históricas de autoritarismos, abusos, e retrocessos. Deveria ter se processado no país uma completa reformulação da persecução penal, desde as práticas policiais, tendo-se a cientificidade como busca de aperfeiçoamento nos métodos e modelos de produção de informações, que elevariam, de sua vez, os índices de eficiência dos resultados e diminuiriam os abusos em detrimento dos direitos e garantias fundamentais dos investigados em geral.

Desde a reformulação legislativa, que não aconteceu, a permanência em vigor de um Código tão vetusto e inadequado com a *nova* ordem constitucional é sintoma desse descompasso entre os valores humanitário e liberais que não penetraram no dia-a-dia da vida

¹⁴ No bojo do acórdão da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 30, o relator, Ministro Luiz Fux, assim se pronuncia: **Não cabe discutir, nestas ações, o sentido e o alcance da presunção constitucional de inocência (ou a não culpabilidade, como se preferir) no que diz respeito à esfera penal e processual penal.** Cuida-se aqui tão somente da aplicabilidade da presunção de inocência especificamente para fins eleitorais, ou seja, da sua irradiação para ramo do Direito diverso daquele a que se refere a literalidade do art. 5º, LVII, da Constituição de 1988. Em outras palavras, é reexaminar a percepção, consagrada no julgamento da ADPF 144, de que decorreria da cláusula constitucional do Estado Democrático de Direito uma interpretação da presunção de inocência que estenda sua aplicação para além do âmbito penal e processual penal. (Com os negritos no original). Veja-se que o próprio relator fez questão de realçar a excepcionalidade daquele julgamento quanto negritou a parte do voto que trata desta problemática, não deixando qualquer dúvida de que não se trataria de decisão a servir de precedente para futuros julgamentos onde se fosse discutir o princípio da inocência no que respeita ao processo penal!

¹⁵ KANT, Immanuel. *Resposta à pergunta: Que é o iluminismo?* Disponível em: http://www.lusosofia.net/textos/kant_o_iluminismo_1784.pdf. Acessado em: 03.03.2017.

forense brasileira. Infelizmente há uma nítida ideologia autoritária no modo de processar e interpretar as leis penais e processuais penais na comunidade jurídica do país, fazendo-se ainda ressoar as sugestões claramente ditatoriais da própria Exposição de Motivos dos idos de 1941!

Um país que gosta tanto de legislar como o Brasil deixa ainda mais patente este viés de não aceitação de ditos valores quando na omissão legislativa ou na interpretação *remansosa*, tudo permanece inalterado nas práticas de mandonismo, de despreço ao Estado *de* Direito e à própria democracia, que, não custa lembrar tem como centro de gravidade o *cidadão* e não o Estado que é um mero cumpridor de deveres na gestão do interesse público. Interesse este que inclui a proteção da pessoa do acusado quando submetido ao ritual de violência da persecução penal como um de seus deveres fundamentais.

De todo o exposto, denota-se ainda uma eterna confusão entre direito material e processual penal, uma vez que o problema da segurança pública, que é afeto ao Poder Executivo, diz respeito às políticas de segurança pública de curto, médio e longo prazos, e não guarda relação alguma com a função do processo penal de modelo acusatório que é a proteção dos direitos e garantias fundamentais do acusado. Por isto as mazelas de decisões como estas que pugnam por uma função que não é do processo, e, ao mesmo tempo, deixando intacto o problema mais grave da República brasileira, qual seja, a ineficiência do Estado no cumprimento de seus *deveres* constitucionais.

As críticas aqui tecidas buscam evidenciar o encobrimento, justamente, desta inversão de valores da democracia brasileira que já nos causou tantos males, tantas destruições e tanta crueldade. Deveremos aguardar outra quadra septuagenária?

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Celia Maria Marinho de. *Onda negra, medo branco*. O negro no imaginário das elites século XIX. 3 ed., São Paulo: Annablume, 2004. 227 p.

CAMPOS, Francisco. *O Estado nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico*. Brasília: Senado Federal, 2001. 226 p.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*, trad. Roberto Machado, 15 ed. Rio de Janeiro: Graal, 2000. 293 p.

FRANCO, Maria Sylvia de Carvalho. *Homens livres na ordem escravocrata*. 4 ed., São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1997. 243 p.

KANT, Immanuel. *Resposta à pergunta: Que é o iluminismo?* Disponível em: http://www.lusosofia.net/textos/kant_o_iluminismo_1784.pdf.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Fundamentos do processo penal*. Introdução crítica. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2016. 261 p.

MARTINS, Marcelo Thadeu Quintanilha. *A civilização do delegado*. Modernidade, polícia e sociedade em São Paulo nas primeiras décadas da República, 1889-1930. São Paulo: Alameda, 2014. 306 p.

SKIDMORE, Thomas. *Brasil: de Getúlio a Castelo*, trad. Ismênia Tunes Dantas. 13 ed., São Paulo: Paz e Terra, 2003. 399 p.