POR UMA RELEITURA DOS CONCEITOS DE SISTEMA PROCESSUAL PENAL INQUISITÓRIO E ACUSATÓRIO A PARTIR DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

A review of the concepts of inquisitorial and accusatory criminal justice systems under the principle of equality

Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 142/2018 | p. 171 - 208 | Abr / 2018
DTR\2018\10714

Tiago Kalkmann
Mestrando em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Editor da Revista de Direito Penal e Política Criminal da UFRGS. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). tiagokalkmann@gmail.com

Evandro Piza Duarte
Doutor em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Mestre em Direito pela UFSC. Professor de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia na Universidade de Brasília (UnB). Coordenador do Centro de Estudos em Desigualdade e criminação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB). Membro do Grupo de Investigación sobre Igualdad Racial, Diferencia Cultural, Conflictos Ambientales y Racismos en las Américas Negras (IDCARÁN) da Universidade Nacional da Colômbia. evandropiza@gmail.com

Área do Direito: Penal; Processual
Resumo: Este artigo pretende reorientar a distinção, frequentemente encontrada na dogmática processual penal, entre os sistemas inquisitório e acusatório. Inicialmente, o texto se distancia do emprego tradicional de tal distinção feito pelos manuais de processo penal. Em seguida, reconhecendo os limites historiográficos de tais expressões, passa a refletir sobre as potencialidades do seu uso pelos juristas, tendo em vista o debate sobre os sentidos possíveis para a argumentação jurídica desse mesmo uso. Por fim, defende-se que as duas expressões (acusatório e inquisitório), mais do que refletirem um defeito na compreensão da história, permitem trazer ao debate a centralidade do princípio da igualdade para o processo penal, uma vez que tal dicotomia guarda uma "memória" sobre o caráter desigual da criação e aplicação da lei penal e oferece aos juristas soluções gerais para operar argumentativamente sobre esse desequilíbrio.

Palavras-chave: Processo penal – Estado Democrático de Direito – Princípio da igualdade – Sistema inquisitório – Sistema acusatório
Abstract: This article aims to review the distinction, frequently found in criminal procedure studies, between accusatory and inquisitorial systems. At first, the text distances itself from the traditional distinction brought by the classical class-books. Recognizing the historiographical boundaries of those concepts, reflects on the potentialities of their uses by jurists, considering the debate upon the possible legal arguments. At last, endorses that the two formulations (accusatory and inquisitorial) not just reflect a historical misconception. Moreover, they enable the discussion about the equality on the core of criminal procedure, once the conceptual division saves the "memory" of the uneven formulation and enforcement of the law. Thus, the divide between accusatory and inquisitorial offers jurists solutions to operate on this imbalance.

Keywords: Criminal procedure – Democratic Rule of Law – Equality principle – Inquisitorial system – Accusatory system
Sumário:

1.Introdução - 2.Ponderações quanto ao uso da história na dogmática processual penal e das expressões "sistema inquisitório" e "sistema acusatório" - 3.Os sistemas processuais inquisitório e acusatório como tipos ideais: como afirmar e negar no discurso jurídico o recurso à denúncia ao inquisitorialismo - 4.A (não) superação do sistema inquisitório: as tensões na concretização da dimensão constitucional do processo penal - 5.A ausência de direito de defesa como núcleo do sistema inquisitório do ponto de vista do acusado - 6.Conclusão - 7 Referências bibliográficas

1.Introdução

Na doutrina processual penal pátria não é raro o uso das expressões “sistema inquisitório” e “sistema acusatório”. Tais termos adquirem o papel de noções estruturantes para a compreensão da dogmática processual penal e de seus institutos, sendo objeto de intensa disputa quanto à delimitação de seu conteúdo (AURY, 2013, p. 98-144). Por exemplo, seria correto chamar, a um só tempo, de sistema acusatório tanto as práticas penais existentes na Grécia Antiga quanto aquelas presentes nas sociedades contemporâneas? Ou ainda, rotular de inquisitoriais as práticas de investigação existentes na Europa Absolutista e nas delegacias brasileiras?

Mauro Fonseca de Andrade (2013), em sua obra sobre os sistemas processuais penais, destaca a dificuldade de apresentar uma definição de sistema acusatório ou inquisitório, em razão das inúmeras peculiaridades de suas manifestações enquanto fenômenos históricos. Em consequência, o autor faz franco alerta sobre o uso ideológico das expressões por diversos ramos da doutrina jurídica, transformando a diversidade histórica em comparação maniqueísta influenciada pela visão particular de mundo do autor.

A proposta deste texto é, em primeiro lugar, adotar uma estratégia de distanciamento quanto ao discurso dominante sobre os usos da história nos manuais de processo penal, considerando o emprego das expressões “sistema inquisitório” e “sistema acusatório” como um problema epistemológico para a história do direito. E, em segundo lugar, ao reconhecer os limites historiográficos dessas expressões, refletir sobre as potencialidades do seu uso pelos juristas, adentrando no debate sobre os sentidos possíveis para a argumentação jurídica desse mesmo uso.

Dessa forma, o texto se distancia de dois extremos: da crença irrefletida dos manuais de processo penal e da refutação, por parte dos historiadores, do uso feito pelos juristas de argumentos da história do direito como uma dimensão da dogmática. Em outras palavras, sugere-se a necessidade de desconstruir a crença historiográfica, mas, ao mesmo tempo, propõe-se uma reflexão sobre o debate dogmático e suas dinâmicas internas.

Sobre esse ponto, defende-se que a presença das duas expressões (acusatório e inquisitório) no processo penal, mais do que um mero defeito na compreensão da história e de seu significado para as atuais correntes historiográficas críticas, atesta a centralidade do princípio da igualdade para o processo penal, sobretudo num cenário em que as violações de direitos são estruturais da própria dinâmica do uso e da regulamentação da violência estatal. Em outras palavras, a dicotomia (acusatório e inquisitório) guarda uma “memória” sobre o caráter desigual da criação e aplicação da lei penal e oferece aos juristas soluções gerais para operar de maneira argumentativa sobre esse desequilíbrio.

2.Ponderações quanto ao uso da história na dogmática processual penal e das expressões “sistema inquisitório” e “sistema acusatório”

Seria possível, de acordo com os atuais modelos de pesquisa da história (WOLKMER, 1994; SCHAFF, 1983; VEYNE, 2008; VAINFAS, 2009), aproximar institutos tão distantes como a obrigatoriedade da confissão durante a Inquisição e o uso da tortura nas atuais práticas policiais? Qual a validade de uma narrativa sobre a história para a solução de um problema técnico no presente?

O uso da história por parte dos juristas gera dissenso sobre os limites de sua aptidão para compreensão do passado e da constante aproximação (projeção) com o presente. É criticada a utilização de dados históricos como mero argumento de autoridade, o deslocamento atemporal de institutos e a falta de fontes[1], para daí se concluir a existência de um “senso comum historiográfico”[2], responsável por provocar duas distorções principais, conforme denuncia Marcelo Fonseca (2000):

A historiografia assim orientada constrói um discurso histórico distanciado do passado e próximo do presente, numa distorção da experiência humana (no caso experiência jurídica) presidida por uma lógica que só toma sentido no presente do historiador que elabora este discurso. A história do fenômeno e o fenômeno propriamente dito distanciam-se, compondo uma ligação construída de modo artificial. A história aqui, pode-se dizer, torna-se um enfeite do estudo (seja ela uma dissertação, uma tese ou um manual), torna-se um ornamento, que no mais das vezes tem o seu lugar garantido na escrita por razões meramente formais derivadas da tradição da escrita acadêmica do direito (“deve-se fazer um capítulo histórico”), mas sem operacionalidade teórica alguma.

A segunda distorção se dá justamente na medida em que neste discurso a experiência jurídica é apresentada como um desenrolar de eventos que desembocará de modo natural e lógico no presente, demonstrando os institutos jurídicos atuais como um resultado consequente da experiência histórica."

Todos esses problemas afetariam "de modo particular a história do processo, ou a história do direito processual" (FONSECA, 2000). Apesar do caráter notadamente histórico das manifestações processuais que compõem os sistemas, infelizmente a análise de documentos ou fontes primárias é relegada a segundo plano. A tentativa de compreensão acaba por se assemelhar a uma viagem às cegas, com a proposição doutrinária de um conceito sobre algo que não se conhece (ANDRADE, 2013).

Não obstante, é preciso contextualizar essa polêmica.

A propósito, Manoel Hespanha (1982) assinala a existência de dois momentos distintos na história jurídica. Num primeiro momento, no contexto da ascensão da burguesia e de sua crítica ao Antigo Regime, a história teria uma "função jurídica (e também sociocultural)" de: "por um lado, a de relativizar [...] a ordem social e jurídica pré-burguesa, apresentando-a como fundada na irracionalidade, no preconceito e na injustiça; por outro lado, a de fazer a apologia da luta da burguesia contra essa ordem ilegítima e a favor da construção de um direito e de uma sociedade 'naturais' e harmônicos [...]" (HESPANHA, 1982, p. 9). Portanto, mediante a atividade crítica, ela servia para promover a libertação da arbitrariedade, a partir da defesa dos direitos naturais.

Entretanto, num segundo momento, com a definitiva implantação da ordem burguesa, a função crítica, porque relativizadora da atividade historiográfica, ao pôr em risco a própria mitificação da ordem jurídica e social do capitalismo é colocada sob suspeita de ser elemento desestabilizador. Restou-lhe então uma função justificadora dos resultados da dogmática jurídica, quer dizer, a de apresentar tais resultados como os frutos de uma progressiva descoberta, de um contínuo progresso e apuramento. Tratava-se, no fundo, de propor uma história que fosse a continuação da dogmática por outros meios, ou seja, da complementação da justificação técnica dos dogmas jurídicos por uma justificação histórica (HESPANHA, 1982, p. 11-12).

Desde então, nasce a crise da história do direito como disciplina jurídica e histórica, pois a justificação técnica e, posteriormente, tecnocrática do direito, descartam continuamente a justificação histórica, tornando-a obsoleta para a sua legitimação social. Nos manuais jurídicos, porém, a história sobreviveu como historiografia antiquarista, com a função de reforçar o caráter elitista do conhecimento jurídico ou para dar ares de autoridade aos seus autores (HESPANHA, 1982, p. 11-12; DUARTE, 2002).

Malgrado a presença da narrativa histórica nos manuais jurídicos esteja marcada por essa ambiguidade fundamental da história do direito (crítica à ordem pré-burguesa e, posteriormente, legitimação pura e simples da ordem burguesa implantada) e assinale a sua crise enquanto conhecimento histórico, ela não pode ser simplesmente descartada. Primeiro porque, em um cenário no qual a descrição histórica vai sendo reduzida, ou simplesmente é substituída pela abordagem técnica massificada[3], o retorno da História assinala uma nova dimensão de compreensão do objeto em estudo e suas múltiplas conexões com a realidade. O direito se torna ainda mais insuficiente quando não compreende o "fato social" em sua dimensão diacrônica. Segundo porque, diferentemente do que ocorreu em outros campos, a história no processo penal guardou um potencial significativamente crítico construído pelo imaginário liberal. Em muitos casos, os autores e as obras que são lembrados são aqueles vinculados à denúncia do Antigo Regime. Não obstante a questionável crença iluminista na oposição medieval *versus* moderno, a história no processo penal, diferentemente da história no direito penal, guarda um potencial crítico em seus conceitos centrais. Terceiro porque a história do direito foi integrada de forma bem peculiar à dogmática jurídica processual penal. De fato, como se argumenta a seguir, elementos do conhecimento da história do direito foram transformados em categorias de análise no interior da dogmática. Quarto porque essa historiografia havia resistido, em certa medida, ao ataque do Positivismo Sociológico da Escola Positiva Italiana, a principal responsável por descartar as dimensões críticas em relação aos modelos de intervenção penal, pois adotava perspectivas que consideravam o crime e o criminoso fenômenos naturais, logo, fora da história.

Portanto, a resposta a nossa pergunta inicial sobre a possibilidade de uso da história deve ser

afirmativa, desde que se respeitem alguns limites. Na dogmática processualista, a expressão "Inquisição", por exemplo, não tem (e não pode ter) o mesmo sentido atribuído pelos historiadores. Do ponto de vista historiográfico, a Inquisição nunca foi única e monolítica, ao invés disso, teve traços comuns, mas muitas distinções e nuances locais e variações ao longo do tempo[4]. A construção dogmática, porém, aproxima-se da proposição de Max Weber sobre os "tipos ideais" (ARGUELLO, 1997; WEBER, 1999; 2003). Na proposta weberiana, a estilização de traços presentes numa realidade concreta cria um modelo que permite a comparação, num jogo de semelhanças e estranhamentos, com outras realidades. Todavia, se o tipo ideal nasce do real, com ele não se confunde[5].

De fato, a dogmática processual e a prática judicial incorporaram, no decorrer do tempo, ao seu vocabulário e a sua gramática as expressões "sistema inquisitório" e "sistema acusatório" como categorias analíticas e argumentos da tópica judicial utilizados na definição e aplicação dos direitos fundamentais. Categorias analíticas, porém, não servem para descrever todos os detalhes dos fatos ou para seguir, em suas inúmeras tensões e mudanças, a realidade social. Servem, quando muito, para organizar a análise de determinada realidade, refletindo sobre seu sentido. Como tal, evocam, em seus limites, o jogo entre semelhança e diferença, e desse jogo de diferenciações retiram sua força. Por sua vez, argumentos jurídicos não são verdades verificáveis, ao modo das ciências empíricas, tampouco podem substituí-las. Porém, são decisivos para fazer compreender os pontos de vista das partes e criticar os parâmetros de decisão. Eles são, ao mesmo tempo, mais do que elementos contextuais, pois integram a própria gramática que o operador jurídico deve articular para trazer as descrições dos fatos e os interesses dos envolvidos ao processo (PERELMAN, 1996; 1998). São, ainda, aqueles instrumentos da linguagem profissional que permitem um conhecimento sobre a "dimensão social do Direito" (SALDANHA, 1988).

De toda sorte, é preciso reconhecer o valor da crítica feita ao uso da história pelos juristas. Muito embora alguns ainda confundam seu ofício com o dos historiadores, quando apenas repetem tratados processualistas e autores dos séculos XIX e XX, de fato, o que nós fazemos, na melhor das interpretações, é a construção de "tipos ideais", que, ao final, expressam pontos de vista sobre as dimensões práticas do processo penal[6]. De qualquer sorte, eles são relevantes, pois resultam de um longo aprendizado na história das relações que se estabelecem entre indivíduos, sociedade e poder institucionalizado. São produtos da história, da história das práticas judiciais, contendo, na melhor das interpretações, elementos dos discursos jurídicos do passado e aprendizados sociais. Em outras palavras, são "padrões argumentativos" que propõem uma forma de racionalidade dos discursos e das práticas processuais[7].

Ao observar-se desde dentro essas práticas, compreende-se também que Inquisitório e Acusatório são signos disputados pelas próprias "concepções de mundo" que estão na origem de sua construção e logo são reconstruídos em seu uso. (GRAMSCI, 1982)[8]. Toda vez que um advogado acusa um juiz de inquisidor, ele reaviva e redefine uma memória social de disputas internas e externas ao seu ambiente profissional. Toda vez que se minimizam as filiações inquisitoriais de um instituto jurídico novo, abre-se espaço para um incremento dos problemas que essa categoria analítica pretendeu demarcar. Portanto, pensar o uso da história na dogmática pode ser uma tarefa razoável, na medida em que se aponta para desafios de reconstrução contínua das instituições e desde que não se confunda tal tarefa com a mera enunciação de dados isolados ou com a atividade de justificar a impossibilidade de transformar o presente com o recurso ao passado.

A propósito, Paolo Grossi, ao refletir sobre o uso feito pelos juristas, pergunta-se sobre a existência "para a história do direito um papel cultural, ou seja, um papel que, para efeitos funcionais, se conecte à formação do jurista de nosso tempo" (2005, p. 32), concluindo que é a deficiência do presente, em sua limitação no imediato (aparentemente eterno), a razão principal pela qual a história torna-se indispensável para "dissolver o absolutismo do presente" (2005, p. 43).

Seguramente, o uso da história por parte dos juristas pode gerar equívocos, mas pode ser também uma estratégia importante para a compreensão sobre a permanência (e ruptura) de institutos jurídicos e, especialmente, das relações de poder que estão a configurar as formas jurídicas, as instituições e a sociedade. Como alerta Paolo Grossi, "A história não tem a incumbência de brindar modelos ao presente": "A comparação vertical, mas sem dúvida também a horizontal, produz algo bem diferente: oferece ao presente momentos dialéticos. Relativiza tal presente, situando-o em relação dialética a tais momentos. E ao mesmo tempo o enriquece e robustece, inserindo-o na linha que surge do passado, toca o presente e o sobrepassa, dirigindo-se, reta, em direção ao futuro"

(2005, p. 43).

Enfim, para que se compreenda o argumento central deste texto, é indispensável apresentar o que se entende por sistema processual inquisitório como tipo ideal. A seguir, serão expostas as principais características da Inquisição, em seguida, como essas características ainda não foram superadas, ressurgindo sob diversos aspectos, ou melhor, como a permanência das práticas atuais de violência ilegítima nos permite olhar o passado com proximidade e distanciamento.

3.Os sistemas processuais inquisitório e acusatório como tipos ideais: como afirmar e negar no discurso jurídico o recurso à denúncia ao inquisitorialismo

O direito processual penal, tem-se dito, espelha a forma de Estado (RADBRUCH, 1999), os valores dominantes em uma sociedade e, até mesmo, os padrões de cidadania (LIMA, 1988-1989).

Nos manuais, pode-se identificar o reconhecimento de três momentos dos sistemas (estruturas) processuais: a) a estrutura acusatória, antiga-medieval-insular, representada de forma mais característica pelo direito de tradição germânica e inglesa; b) a estrutura inquisitória-moderna-continental, representada de forma mais característica pelo direito europeu continental de tradição romana, ibérico, francês e italiano; c) a estrutura processual contemporânea resultante das transformações provocadas pelas revoluções burguesas e influenciadas pelo Iluminismo, que, de diferentes modos, constitucionalizaram direitos individuais, produzindo na prática jurídica uma tensão entre poder punitivo do Estado e direitos fundamentais dos acusados (BARREIROS, 1997; DIAS, 1974).

Por sua vez, Michel Foucault, ao inventariar os regimes de produção da verdade nas ciências sociais, tratou da história do direito processual penal, identificando duas formas jurídicas de produção da verdade na sociedade ocidental: a Medida e o Inquérito. A análise proposta tem seu paralelo na explicação tradicional dos manuais sobre o tema das estruturas processuais, pois a estrutura acusatória medieval corresponde à forma de produção da verdade chamada Medida, e a estrutura inquisitória moderna corresponde ao Inquérito. Segundo o autor, a Medida esteve presente nas sociedades gregas e romanas, bem como durante na primeira parte da Idade Média (alta idade média), sobretudo no direito germânico. O Inquérito, por sua vez, possui antecedentes na idade antiga, aparecendo na tragédia grega de Sófocles, o Édipo-Rei, mas somente veio a se tornar uma forma dominante no final da idade média (baixa idade média), no processo de surgimento do Estado Moderno (FOUCAULT, 1990, p. 30-50; SÓFOCLES, 2002)[9].

Inicialmente, o desaparecimento do Inquérito no início da Idade Média e a vitória da Medida devem-se à rivalidade que se estabelecerá entre o Direito Romano e o direito de tradição germânica. O direito feudal era essencialmente germânico, pois a dissolução de estruturas estatais romanas provocou sua vitória. A medida (estrutura acusatória medieval) se caracterizava, portanto, pela inexistência de ações públicas, pois ninguém representava a sociedade, substituindo-a. Nos litígios, havia apenas dois personagens em disputa, e a solução do conflito requisitado por uma das partes se daria com a continuação da luta simbólica entre estes dois indivíduos. Às vezes, era possível interromper essa forma regulamentada de guerra com um acordo, um pacto entre as partes (conciliação – composição do dano). Desse modo, o Direito Germânico não passava de uma maneira de gerir uma guerra ou legitimar uma transação econômica. A justiça estava sintetizada na força ou em algum montante em dinheiro. Inexistia um terceiro indivíduo que fosse neutro em relação às partes, fazendo o papel de juiz responsável por investigar o passado. Não havia, portanto, pesquisa acerca da verdade dos fatos acontecidos como falamos hoje (FOUCAULT, 1990, p. 50-78).

Na prática, o sistema de provas, central para esse modelo, provava a força, o peso e a importância social dos litigantes e não um fato como havia ocorrido. Entre as provas utilizadas havia: a) as provas sociais: consistiam no testemunho de pessoas que, muito embora não tivessem conhecimento sobre os fatos, juravam não ter o acusado cometido a infração; b) as provas de tipo verbal: o acusado deveria pronunciar fórmulas gramaticais; um erro de pontuação, uma troca de palavra acarretaria sua condenação; c) as provas mágico-religiosas do juramento: o acusado prestaria um juramento e, se hesitasse ou simplesmente não ousasse fazê-lo, perdia o processo; d) as provas corporais: o acusado era submetido a uma espécie de jogo (ordálias), uma luta contra o próprio corpo que provocava sua vitória ou derrota (FOUCAULT, 1990, p. 59-62).

O sistema de provas demonstrava que esse processo era uma forma de regulamentar, ritualizar a

guerra entre os litigantes, e tinha por características: a) apresentar-se de forma binária: ou o indivíduo aceita a prova ou renuncia a ela, ou ele vence ou fracassa; b) a prova ter fim com a vitória ou o fracasso, não existindo sentença; c) a prova ser de certa forma automática, não havendo necessidade de um terceiro para distinguir os dois adversários; a autoridade só atuaria como testemunha no que diz respeito ao procedimento; d) a prova servir para estabelecer quem é mais forte e não a verdade (FOUCAULT, 1990, p. 59-62).

A estrutura acusatória pura, típica na tradição insular, era marcada pela paridade das partes que se enfrentavam numa disputa semelhante ao modelo burguês de direito civil. O juiz mantinha-se como fiscal do jogo, mas não era ele que possuía a verdade e o poder de decidir sobre a questão debatida. A decisão era, sobretudo, o reconhecimento público da comunidade de que as partes haviam procedido de forma adequada no decorrer da disputa. Essa sociedade fragmentada, marcada por pequenas comunidades, com bens de consumo produzidos localmente, caracterizada pela pobreza e pela precariedade da vida, e onde o poder armado se distribuía entre muitos indivíduos (sem exércitos regulares), produziu uma forma peculiar de igualdade e bem comum (RUSCHE & KIRCHHEIMER, 1988). A igualdade era o reconhecimento na vida local da proximidade das condições materiais em que todos viviam e estava marcada pela confusão entre identidade pessoal e social. O bem comum era alcançado com a tutela dos interesses individuais, desde que eles não ameaçassem um certo equilíbrio na comunidade. Nesse modelo, em regra, a defesa era autodefesa. O direito de defesa, embora elementar para a estrutura, não tinha o caráter público que hoje se lhe atribui formalmente (FOUCAULT, 1990, p. 59-62)[10].

Entretanto, na segunda metade da Idade Média, o Inquérito ressurge e se instaura como modelo dominante de tratar a verdade, mas bastante diferente daquele Inquérito nascido na tragédia de Édipo-Rei. A fórmula do Inquérito foi retomada de duas fontes: do modelo eclesiástico e do Império Carolíngio onde ele havia sido utilizado para a gestão administrativa. As novas regras jurídicas representavam algo totalmente novo na sociedade feudal e já anunciavam a sua superação: a) a Justiça passará a ser imposta do alto, devendo os indivíduos se submeter a um poder exterior a eles que se impõe como poder judiciário e poder político; b) a ideia de que o crime seria apenas uma ação entre dois indivíduos é substituída pela ideia de que o soberano também era lesado; c) surge o procurador para representar o soberano, substituindo, aos poucos, a vítima como parte ativa do processo; d) o infrator passa a ser obrigado a reparar a infração perante sua vítima e, simultaneamente, o soberano, surgindo os grandes mecanismos de confisco da propriedade dos criminosos e de suas famílias (FOUCAULT, 1990, p. 59-62).

Dessa forma, malgrado as diversidades locais, no início da idade moderna a estrutura inquisitória apresentava as seguintes características comuns: persecução penal *ex officio* ou através de acusador público; iniciativa probatória do magistrado; desigualdade entre acusador e acusado; procedimento escrito e secreto; ausência de contraditório e de direito de defesa[11]; sistema tarifado de avaliação probatória; supremacia da confissão; prisão obrigatória; uso indiscriminado da tortura[12]; ausência de coisa julgada.

Segundo o sistema proposto por Mauro Fonseca Andrade (2013), o sistema inquisitório é composto por elementos fixos e elementos variáveis, sendo que estes últimos podem ou não ocorrer no exame histórico sem que seja alterada a natureza inquisitória do sistema. O autor identifica, então, que os únicos elementos fixos aptos a caracterizar o sistema seriam “o caráter prescindível da presença de um acusador distinto do juiz, e o fato de o processo ser instaurado por acusação, *notitia criminis* ou de ofício pelo juiz” (ANDRADE, 2013, p. 395). Esse tipo de produção da verdade assume a forma do Inquérito, ou seja, há a reconstituição do passado pela busca de indícios, de vestígios deixados pela ação criminosa[13]. Destaca-se a posição rebaixada do investigado diante de um Judiciário que assume também a função de órgão acusador. O acusado é objeto, destinatário da ação desse poder absoluto de investigar. A tortura é prática usual[14]. O valor subjacente é de que o poder deve ser onipresente e onipotente. Essa estrutura nasce em uma sociedade que estava em processo contínuo de concentração dos poderes sociais, onde as formas de vida local passam a ser abarcadas por uma única ideologia religiosa que unifica a todos, submetendo-os pelas armas e pela doutrina a um poder temporal e religioso (RUSCHE & KIRCHHEIMER, 1988). A mensagem das comissões itinerantes da Inquisição que iam às pequenas cidades era explícita: é preciso submeter as consciências e os corpos ao poder, voluntariamente ou pela força, delatando os recalcitrantes, perseguindo os insubordinados em potencial, eliminando os desviantes. Assim, quando alguns poucos se apoderam do aparelho judiciário e passam a desenvolvê-lo em maior extensão, toda a lesão passa a ter

interesse público, deixando de ser uma mera infração para ser um crime, uma ofensa ao próprio Estado. Porém, de fato, o interesse público aqui se confunde com o interesse do soberano, na hierarquia de seu comando que se materializa nas decisões de seus nomeados. O direito de defesa não existe, pois ele se confunde com a função de um curador encarregado de colaborar na obtenção da verdade, convencendo o réu a confessar (FOUCAULT, 1990, p. 59-62).

Nesse contexto, Michel Foucault propôs uma explicação para desenvolvimento da justiça penal e de seu processo de concentração e racionalização com o renascimento do Inquérito. Os motivos para tais transformações estariam no fato de que a circulação dos bens na velha forma judiciária (medida) não era assegurada pelo comércio, mas sim através de armas e da herança. Na alta idade média a riqueza era garantida pela guerra, a rapina, a ocupação da terra, de um castelo ou de uma cidade. Vivia-se numa fronteira fluida entre o direito e a guerra, pois o direito era, de certa forma, uma maneira de continuar a guerra. Com os conflitos jurídicos e extrajurídicos havia a circulação de bens. Entretanto, os poderosos buscaram a concentração das armas e das ações e litígios judiciários. Os instrumentos jurídicos, antes privados, foram então confiscados por grupos cada vez mais restritos. As monarquias tomaram para si a Justiça e aplicaram os mecanismos de confiscações dos bens dos infratores e aumentaram seu poder político e econômico. Portanto, foi neste contexto de disputas sociais e estratégias para concentração do poder que o problema de uma verdade racional foi colocado como objetivo da investigação e do processo (FOUCAULT, 1990, p. 59-62).

Por sua vez, segundo Rusche & Kirchheimer (1988), a situação social que permitiu o caráter moderado do sistema punitivo na primeira parte da Idade Média se alterou com o aumento do número de desempregados. Isso foi provocado pelo crescimento populacional, acompanhado pelo decréscimo das colheitas, pela impossibilidade de se ocupar novas terras e, consequentemente, pelo fim da prática do sistema de rodízio de terra. Ocorreu uma queda geral dos salários e um aumento desmesurado da oferta de mão de obra. Na Inglaterra, já do século XV, a substituição da lavoura pela pecuária e o surgimento do sistema de pastagem capitalista resultaram na pauperização de grande parte do país e tragicamente coincidiram com o crescimento geral da população. As cidades passaram a dificultar a entrada dos pobres que vagavam pelos interiores em bandos. A existência desse excedente populacional resultante de um sistema econômico em desagregação com o surgimento dos primeiros focos do capitalismo possibilitou a criação de um sistema punitivo despreocupado com o humanitarismo e possuidor de maior grau de centralização. Os príncipes e autoridades viam na massa de desvalidos um suprimento barato de mão de obra, o que contribuiu para a formação de exércitos regulares, marca do moderno Estado em formação, tornando paulatinamente obsoletas as funções exercidas pelos cavaleiros medievais. Em síntese, três forças atuaram contra esse caráter privado do direito penal:

Primeiramente, temos o crescimento proeminente da função disciplinar do senhor feudal contra todos que estavam em situação de subordinação econômica. O único limite ao exercício deste poder disciplinar era a reclamação jurisdicional de um outro senhor feudal. Em segundo lugar, encontramos a luta das autoridades centrais para aumentar sua influência através da extensão de seus direitos judiciais. O terceiro e mais importante fator a destacar era o interesse fiscal econômico, comum às autoridades de todo tipo. A administração do direito penal provou ser uma fonte frutífera de rendimentos, e, até bem pouco tempo, muito melhor que encargos fiscais. O pagamento daqueles que administravam a lei ou que outorgavam a outrem que o fizessem em seu nome era financiado pelos custos legais impostos sobre aqueles sob julgamento (RUSCHE & KIRCHHEIMER, 1988).

No mesmo sentido, a dimensão ideológica foi central para forjar a estrutura inquisitória e o modo como a busca da verdade foi pensada. A Inquisição nasce como uma máquina de guerra a serviço de uma ideologia. Como adverte Henningsen: “cuanto más profundicemos en la comprensión del verdadero ser de la Inquisición, más se nos revela como una variación más de las instituciones de propaganda y educación del pueblo, que quizás sea una de las peculiaridades inherentes a nuestra civilización occidental” (1988, p. 41). O cristianismo, ao se tornar a religião oficial do Estado, transformou a Igreja num aparelho ideológico, o principal deles durante os primeiros séculos do Estado Moderno. Inicialmente, para atender essa responsabilidade, o catolicismo precisou conter as possibilidades de interpretação divergentes da Bíblia, razão pela qual foi instituído o magistério, segundo o qual os pronunciamentos do papa e bispos gozam de infalibilidade, pois decorrem de própria revelação divina. “O magistério, portanto, é portador exclusivo de uma verdade absoluta. A verdade não é objeto de uma busca” (BOFF, 1993). Ou melhor, a única busca verdadeira seria aquela revelação trazida pela autoridade. A verdade nascia, portanto, do desejo de verdade da autoridade e não era o resultado do uso e do embate público de argumentos mundanos.

Segundo Leonardo Boff, este foi o cerne da diferenciação entre dogma e heresia: a instituição de uma verdade absoluta, de natureza divina e revelada. “Por isso, nessa visão o portador da verdade é intolerante. Deve ser intolerante e não tem outra opção”. A heresia tornava-se qualquer manifestação de inconformismo com essa verdade imposta pela “vontade divina”. Quem quer que discutisse as verdades relacionadas às Escrituras Sagradas era considerado herege e, portanto, uma ameaça. As mudanças na estrutura dos processos judiciais corresponderam a esse desejo de demarcar e perseguir os desviantes de modo mais eficiente (1993, p. 11).

Essa dinâmica de influências mútuas entre Igreja e Estado Moderno tem exemplos variados, demonstrando como a ideia de competição e oposição é incapaz de explicar os inúmeros desdobramentos posteriores: a semelhança na imposição de uma lei única universal que se opunha às ordens locais foi primeiro uma construção religiosa; igualmente, a ideia de que a verdade da lei poderia ser lida a partir de um único texto guardado pela autoridade; os conceitos de culpa, pena, confissão e testemunho são elementos do repertório cristão (LEGENDRE, 1983). Nesse contexto, houve a necessidade política dos próprios Estados em reprimir as manifestações heréticas, identificando-as a grupos opositores ou se aproveitando da criação de bodes expiatórios. “Precisamente por seu caráter eclético, ou melhor, pela indeterminação deliberada de sua natureza”, a Inquisição irá servir “de meio ou instrumento para lograr a consolidação do poder político” (MARÍN, 1992, p. 117). A Inquisição se proliferou com facilidade pelos tribunais seculares e atingiu seu auge nos séculos XVI e XVII, aliada ao interesse político em conter qualquer forma de manifestação contrária à verdade absoluta e em um clima de tensão, gerada pela miséria e por novas ideias que acirravam as rebeliões e as desordens, ou propunham novas possibilidades de reordenação da vida social[15]-[16].

Numa perspectiva ampliada, a Inquisição foi “uma das inovações do Estado Moderno, malgrado tenha sido erguida sobre os fundamentos de una instituição medieval”. Desse modo, “a perseguição das bruxas não foi um problema da Idade Média, mas do Renascimento e da Reforma”. Ela está no momento inicial do “processo de aculturação dos europeus, relacionado ao desenvolvimento das bases de poder do Estado Moderno” (HENNINGSEN, 1988, p. 40) e ao processo de domínio dos povos não europeus[17].

A Modernidade, como demonstrou Dussel (1993; 2002), teve esse caráter paradoxal, pois em suas funções declaradas foi a emancipação racional da humanidade; todavia, em suas funções ocultas, foi uma epistemologia e uma prática de violência exercida contra os povos originários das Américas e da África[18]. Nesse contexto, Inquisição corresponde a uma crise de representação e de controle da comunicação de sociedades locais, hoje europeias, que se veem descalçadas de suas certezas pela criação da economia-mundo na Modernidade, possuindo impacto também no mundo colonial. A partir da Máquina da Inquisição, organizou-se uma ofensiva contra as cosmovisões do cristianismo primitivo e do paganismo na Europa e, especialmente, das cosmovisões das sociedades africanas e indígenas[19].

Malgrado não seja a ocasião para maiores digressões sobre uma crítica ao eurocentrismo das narrativas sobre os movimentos culturais como o Iluminismo e Inquisição, é necessário pontuar algumas questões. Narrativas eurocêntricas, muito embora sejam aceitas com naturalidade na cultura jurídica dominante, são insuficientes porque, de fato, não consideram as dinâmicas externas e globalizadas do impacto do fluxo de comunicação, de bens e de pessoas e as dimensões translocais das relações de poder. A Modernidade não foi um movimento de dentro para fora; hoje se sabe que essa imagem da centralidade resulta apenas de uma posição ideológica consolidada na filosofia hegeliana da história. O renascimento e o humanismo resultaram também do deslocamento do lugar das tradições no espaço geográfico do que hoje se compreende como Europa por imagens e conhecimentos produzidos em outros espaços. A Inquisição, por sua vez, demonstra essa situação de disputa sobre a compreensão do mundo, em um momento em que as visões do mundo eram cada vez mais desterritorializadas pelos descobrimentos, pelas viagens ultramarinas, pelos novos fluxos de pessoas e bens. Os primeiros Estados Modernos, não por acaso, foram coloniais e ultramarinos (DUARTE, 2011; ARGOLO; DUARTE; QUEIROZ, 2016).

A Inquisição integra uma lógica de criação do Estado e concentração do poder social que somente pode ser entendida em termos mundializados. A palavra “heresia”, do grego “escolha” (##########), indica adequadamente aquilo que se visava perseguir, as inúmeras possibilidades de liberdade que se descortinavam num mundo culturalmente aberto pelas trocas sociais.

Enfim, há várias ressalvas que podem ser feitas em relação ao discurso jurídico dominante sobre os sistemas processuais, especialmente sobre a referência à Inquisição. Primeiro, a insistência sobre o caráter medieval da Inquisição. Infelizmente, essa insistência nega a sua vinculação com a Modernidade. Desse modo, os juristas podem expurgar para o passado aquilo que de fato compôs a estrutura do Estado Moderno, especialmente o modelo de decisão burocrática herdado da Igreja (HULSMAN, 1993). Em segundo lugar, o papel conferido ao discurso dos ilustrados no combate à Inquisição e o foco das perseguições sobre os intelectuais ilustrados ou pessoas do povo que estariam marcados pelo Humanismo. Infelizmente, esse retrato exclui de sua perspectiva o caráter transnacional da Inquisição e seus desdobramentos coloniais, ocultando que a Inquisição atingiu duramente grupos sociais não burgueses, como escravos, trabalhadores, indígenas, negros, brancos pobres, etc. Exclui-se, portanto, que a Inquisição foi utilizada na arquitetura do Poder Colonial e, especialmente, que ela esteve vinculada à imposição do poder masculino e por forjar uma autorrepresentação da cultura europeia na Modernidade. De igual modo, oculta-se que são os saberes e as religiões não oficiais, muito mais que o discurso universalista dos intelectuais, o foco das perseguições. Em terceiro lugar, essas características são complementadas pelo silêncio dos juristas sobre os processos de continuidade e de ruptura na história local, o que levaria a observar que muitos dos processos modernos de exclusão ainda estão em curso, assim como muitos dos preconceitos defendidos pela Inquisição ainda estão presentes (GRUZINCKI, 1994; VAINFAS, 1992; PORTUGAL, 2007).

4.A (não) superação do sistema inquisitório: as tensões na concretização da dimensão constitucional do processo penal

Ao observar as Constituições da maioria dos países do Ocidente, a constatação deveria ser inequívoca: do ponto de vista formal, a estrutura processual das Constituições nesses países, inclusive a brasileira, nega as tradições inquisitórias e se aproxima de um modelo acusatório. A oposição ao inquisitorialismo se confunde com o discurso jurídico penal burguês do Estado de Direito [20]. A tripartição dos poderes como forma de limitação se expressa na divisão interna do processo entre as funções de julgar e acusar. O juiz, no desenho célebre da relação processual, está colocado entre e acima das partes, representa a tensão entre demandas punitivas e direitos fundamentais. A justificação da figura do acusador decorre de um discurso que, subtraindo a vítima do processo, faz do Ministério Público o defensor dos interesses sociais inscritos nas normas proibitivas, mas limitado em sua atuação à legalidade. De outro, emerge o direito de defesa moderno, garantindo que nenhum cidadão seja impedido de exercer sua liberdade. Liberdade definida de forma negativa, ou seja, liberdade de praticar tudo, menos o proibido. O indivíduo é considerado um sujeito de direitos, que expressa, sobretudo, limitações à ação do Estado ou formas de participação dos cidadãos na Justiça (devido processo legal, contraditório, ampla defesa, proibição da prova ilícita, inocência, *in dubio pro reo* etc.) (BARREIROS, 1997; DIAS, 1974; BECCARIA, 2005).

Não obstante, não são poucas as contradições contidas na afirmação de que o sistema jurídico brasileiro é acusatório. Contradições que somente podem ser explicitadas quando se identifica, de fato, qual é o objeto dessa afirmação. O que entendemos por sistema jurídico? Como compreendemos as relações entre normatividade e realidade? E, especialmente, como pensamos o papel da mediação das instituições?

Ao definir o sistema jurídico como o conjunto de normas constitucionais e infraconstitucionais, há uma diferença que deve ser evidenciada. No plano hierárquico, a Constituição é acusatória. Não obstante, muitas leis processuais brasileiras têm características inquisitórias, frutos, inclusive, do regime jurídico da Ditadura Civil-Militar de 1964 e da Ditadura de Getúlio Vargas[21] e, até mesmo, da ação dos Movimentos de Lei e Ordem na Abertura Democrática. Logo, o realce nas leis infraconstitucionais destacará o inquisitorialismo e, ao mesmo tempo, a perspectiva constitucional deveria demarcar a sua inconstitucionalidade. Todavia, do ponto de vista prático, nem sempre isso ocorre, porque nossa Corte Constitucional e a dogmática processual penal mantêm filtros pouco precisos na leitura constitucional dos direitos dos cidadãos contra os abusos do aparato repressivo do Estado[22]. Em face dessa constatação, defende Andrade (2013) que a Constituição Federal deveria expressamente incluir, entre as garantias individuais, o caráter acusatório do sistema processual penal, para então ser realizada uma profunda reforma da legislação ordinária.

Ao definir como “sistema jurídico” o conjunto de normas constitucionais e infraconstitucionais, em suas dimensões práticas e institucionais (o que incluiria as práticas policiais e um amplo espectro de comportamentos sequer transcritos nos autos dos processos), é forçoso admitir a multiplicidade ou a

bifurcação do sistema jurídico no Brasil. Nosso sistema nunca foi homogêneo[23]. Nesse caso, pode-se afirmar que ele permite a convivência de práticas jurídicas essencialmente garantistas para alguns acusados e, em alguns casos, simultaneamente, mantêm vivas práticas inquisitórias (e, portanto, inconstitucionais) para outros acusados e outros casos[24]. Estudos empíricos do direito têm demonstrado, nesse sentido, a multiplicidade de práticas de policiamento combinadas com investigação e, ao mesmo tempo, a diversidade das formas de elaboração dos inquéritos policiais nos Estados brasileiros (VARGAS, 2012; JESUS et alii, 2011; BOITEUX, 2009).

Na mesma linha, a criação de leis penais específicas, muito embora com menor importância, importa em padrões distintos de processamento e afeta os direitos dos acusados de forma diferenciada, como se verifica na Lei dos Crimes Hediondos e na Lei de Drogas. De modo geral, nos últimos 30 anos, as reformas processuais e penais consolidaram as categorias jurídicas e ideológicas de "criminosos perigosos" e de "criminalidade hedionda" que, de modo artificial, separam-se da criminalidade comum (VARGAS, 2012; JESUS et alii, 2011; BOITEUX, 2009; KARAM, 2012). Elas vieram a substituir outras categorias centrais do funcionamento do sistema processual, especialmente a categoria do "vadio" e dos criminosos de "maus antecedentes". Era a partir delas que o Código de 1941 atingia um amplo conjunto de infratores, "desiguais" por serem excluídos socialmente, o que independia até mesmo da gravidade em abstrato do delito praticado. No atual modelo de exceção, a política de guerra às drogas cumpre o papel de justificar a marginalização urbana pelos mecanismos de policiamento e encarceramento processual. Essas categorias jurídicas, em seu conjunto, reprisam o conceito inquisitorial de suspeição, utilizado no período colonial também contra os povos originários e escravizados na diáspora africana (ARGOLO; DUARTE; QUEIROZ, 2016; WANDERLEY, 2017).

Na prática, o sistema jurídico é essencialmente bifurcado. Desse modo, temos processos nos quais os padrões do garantismo penal são respeitados, em que os tribunais, especialmente o Supremo Tribunal Federal, mantêm alto rigor de escrutínio das nulidades pela incorporação seletiva da doutrina da prova ilícita e, ao mesmo tempo, em oposição, temos processos nos quais as práticas de abordagem e investigação são obscuras, onde o acusado é violentado fisicamente em diversos momentos e por diversos representantes do Estado, em que a prova constituída pela violação de direitos básicos e sob coação institucional é trazida ao inquérito e, toscamente, validada pelo silêncio de juízes que desconhecem (ou fingem desconhecer) as práticas cotidianas e institucionais de violação de direitos, legitimados por uma opinião pública e por uma opinião profissional seletiva. Esse cenário, para o qual os múltiplos personagens envolvidos já criaram diversas estratégias de inércia e de neutralização de sua responsabilidade, estrutura-se a partir de uma cidadania dividida, ao mesmo tempo em que o sistema jurídico serve como elemento central de sua reprodução[25]. Em suas dimensões institucionais, nas práticas cotidianas e na indiferença dos que deveriam negar a validade de determinados padrões de comportamento, há elementos reatualizados de nosso passado colonial e de uma sociedade racista e genocida que se estrutura a partir da hierarquia e da figura da autoridade, em vez de fundar-se em relações horizontais entre seus cidadãos e cidadãs, que seriam responsáveis por criar a lei mediante consenso e mediações públicas (CHAUÍ, 2004; LIMA, 1988; 1989; ARGOLO; DUARTE; QUEIROZ, 2016).

No plano mais restrito das transformações das práticas processuais, Salo de Carvalho afirma que o inquisitorialismo, de fato, ainda não foi superado nos regimes jurídicos ocidentais, demonstrando novamente suas marcas em diversos momentos da história e em diversos aspectos da regulação processual penal[26]-[27]. Ao revés, houve a desconstrução do sistema inquisitório religioso (confessional), ao mesmo tempo em que foi criado o modelo inquisitorial laico. As reformas oitocentistas no discurso penal e processual penal, ponto máximo do processo que se inicia no século XVI, apesar de estabelecerem como variável fundamental a secularização, com a radical separação entre direito (delito) e moral (pecado), não lograram exorcizar a lógica inquisitorial da cultura penal do Ocidente. Em síntese, vivemos a laicização da inquisição que, embora laica, manteve sua influência (CARVALHO, 2005, p. 229-252)[28]-[29].

Por sua vez, como destaca Leonardo Boff, o surgimento da Inquisição dependeu das próprias relações internas da Igreja. O conceito de hierarquia foi responsável pela diferenciação tanto entre os membros da comunidade religiosa quanto entre estes e os chamados leigos. Os clérigos eram considerados os portadores da verdade real revelada, enquanto os leigos deveriam se submeter a sua condição. Portanto, na base do sistema de poder do inquisitorialismo está o autoritarismo, marcado pela concentração dos meios de produção da verdade (BOFF, 1993, p. 22). Quanto maior a

desigualdade verificada, mais acentuados serão os elementos inquisitórios regulando o sistema. Não é à toa que o sistema inquisitório foi fortemente revisitado durante os regimes autoritários do nazifascismo (BARREIROS, 1981) e das Ditaduras Latino-Americanas.

No entanto, é de se observar que a permanência da lógica inquisitorial não é apenas um resquício do passado que não foi superado pela Modernidade. Há muito que refletir sobre o fato de que a Inquisição foi um fenômeno marcado pelo Colonialismo e que decorreu de uma das faces da própria Modernidade. Ao mesmo tempo que o racionalismo destruía antigos preconceitos, sua junção com a prática colonial manteve e fez nascer novas hierarquias, justificando práticas de violência. A razão destruía culturas e povos, hierarquizando "visões de mundo", ao mesmo tempo em que expropriava os saberes tradicionais. Em sociedades coloniais, onde a colonialidade do saber hierarquiza a produção da verdade, os momentos de autoritarismo político ou social fazem reviver características marcantes do sistema inquisitório (ARGOLO; DUARTE; QUEIROZ, 2016).

Ainda hoje, o núcleo inquisitorial é um fantasma que assombra nossos sistemas jurídicos. Porém, ele não se apresenta sob sua forma clássica, mas de maneira atualizada. Ele não se encontra sacralizado, é laico. Ao mesmo tempo, combinou-se em formas cada vez mais burocratizadas de decisão e sempre marcadas pela racionalidade técnica, indiferente aos seus efeitos sociais na destruição de formas horizontais de convivência e dos direitos humanos.

Para identificar a manutenção da Inquisição, é necessário identificar a presença de seu núcleo fundamental nos múltiplos espaços dos sistemas penais. Ainda hoje, constata-se a tentativa dos sistemas jurídicos de monopolizar verticalmente a produção da verdade. O mito da verdade real apenas incentiva a busca da verdade a qualquer custo, desconsiderando eventuais discrepâncias e atropelando direitos fundamentais (BOFF, 1993). De forma circular, esse mito somente pode ser criado em um sistema em que a verticalidade das relações de poder seja a tônica. Porém, a mesma verdade buscada a qualquer custo é a verdade esquecida cotidianamente.

As características do sistema acusatório encontram-se presentes em nosso sistema penal como exceção, e não como regra. A manutenção de um forte sistema policialesco sem controle judicial efetivo leva à confusão entre os papéis de policiar, de investigar e de julgar. O maior exemplo disso é a manutenção da estrutura do inquérito como investigação preliminar. Como o próprio nome diz, o inquérito é pura manifestação do sistema inquisitório, e grande parte da nossa doutrina parece achar isso natural e aceitável. Pior ainda é o fato de que o inquérito é um sistema de registro que, de fato, não contém o registro das práticas policiais de assujeitamento cotidiano que fazem produzir a informação levada somente *a posteriori* e de forma limitada. O inquérito apenas registra a ponta do *iceberg* do Estado Policial que se move em práticas de exceção. A interpretação restritiva da existência de direitos dos acusados na fase de investigação apenas convalida o modo como o Poder Judiciário mantém-se distante, mas não equidistante no controle da violência institucional (GALTUNG, 1971, p. 73-76). Na prática, esse mesmo modelo é responsável pela validação, sem filtro constitucional, das provas colhidas sob coação, às quais, subjetivamente, embora nem sempre explicitamente, os juízes se vinculam com a valorização da atividade de perseguição aos criminosos e, burocraticamente, nada dizem sobre o cotidiano das investigações (GARCIA, 2015; DUARTE et al., 2014).

Em síntese, na prática, o sistema processual se fragmenta (ou seja, tende a irracionalidade, dadas as condições de não formalização de todas as práticas de investigação) e, em linhas gerais, bifurca-se, (re)produzindo os padrões de uma sociedade que se organizou para manter hierarquias coloniais.

Portanto, o sistema processual penal brasileiro, para a maioria esmagadora da população, é inquisitório. Aqui as características inquisitórias são atualizadas e reprogramadas, mas o núcleo-base do sistema é o mesmo. A Constituição como esperança negada de cidadania paira sobre a realidade. Nem folha de papel nem carta de intenção, mas manifestação política democrática usurpada pela prática institucional autoritária.

5.A ausência de direito de defesa como núcleo do sistema inquisitório do ponto de vista do acusado

Como o inquisitorialismo poderia sobreviver em sistemas nos quais se constata a existência de procedimentos e de autoridades investidas para cumpri-los? Essa pergunta, de fato, tem sido

utilizada como justificativa para que se defenda (absurdamente) a constitucionalidade de práticas processuais quando apenas se identifica o aparente cumprimento de regras procedimentais. O esvaziamento do procedimento de suas funções constitucionais, como anotamos, é uma constante, sendo propagado mediante atividades acadêmicas e doutrinárias.

A propósito, Luigi Ferrajoli formulou um Sistema de Princípios Garantistas, decorrente da experiência constitucional dos Estados ocidentais modernos, capaz de representar "um esquema epistemológico de identificação do desvio penal, orientado a assegurar, a respeito de outros modelos de direito penal historicamente concebidos e realizados, o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e, portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade" (FERRAJOLI, 2002, p. 30).

Tal sistema é composto de dois elementos: um relativo à definição legislativa, correspondente ao conjunto de garantias penais, e outro relativo à comprovação jurisdicional do desvio punível, correspondente ao conjunto de garantias processuais. Obviamente, tanto as garantias penais quanto as processuais valem não apenas por si mesmas, mas também como garantia recíproca de efetividade. Historicamente, esquemas e culturas penais e processuais penais são sempre conexos entre si, pois sempre há um nexo entre lei e juízo (FERRAJOLI, 2002, p. 30-432).

No plano das garantias processuais, o reconhecimento de um sistema penal garantista depende da separação entre dois conceitos de jurisdição, que permitem identificar a disjunção entre forma e conteúdo do ponto de vista processual: a) a jurisdição em sentido lato – que comporta três teses centrais – não há pena, não há crime e não há culpa sem juízo; b) a jurisdição em sentido estrito – que também comporta três teses centrais – não há processo sem acusação, sem prova e sem defesa. Portanto, há jurisdição lata, inclusive, no modelo inquisitório de processo penal. Porém, a jurisdição estrita ocorre apenas no modelo acusatório, embora tenha um sentido ainda mais restrito que esse conceito (FERRAJOLI, 2002, p. 433).

De fato, pode-se falar ainda em garantias orgânicas e procedimentais. São orgânicas as garantias relativas à formação do juiz e à sua colocação institucional em relação aos outros poderes do Estado e aos outros sujeitos do processo (a independência, a imparcialidade, a responsabilidade, a separação entre juiz e acusação, o juiz natural, a obrigatoriedade da ação penal). São procedimentais:

[...]as garantias relativas à formação do juízo, ou seja, à coleta de prova, ao desenvolvimento da defesa e ao convencimento do órgão judicante, tais como: a contestação de uma acusação exatamente determinada, o ônus da prova, o contraditório, a modalidade dos interrogatórios e dos outros atos instrutórios, a publicidade, a oralidade, os direitos da defesa, a motivação dos atos judiciários e outros (FERRAJOLI, 2002, p. 433).

Novamente há aqui uma importante distinção: as garantias orgânicas são exigidas para todo tipo de juízo, inclusive não penal, e integram a submissão à jurisdição em sentido lato. As garantias procedimentais, ao definirem especificamente o modelo cognitivo do juízo, integram, ao contrário, a submissão à jurisdição em sentido estrito.

No plano processual, o Garantismo, como modelo normativo de direito, funda-se em garantias procedimentais, sobretudo naquelas referentes à jurisdição em sentido estrito, que são garantias relativas à formação do juízo. Delas decorre um modelo de Direito Penal Mínimo no qual prevalece uma verdade mínima, que rejeita critérios substancialistas na definição do delito, tais como "o réu é inimigo do povo", ou critérios "de valor", tais como "o réu deve ser condenado para satisfação do interesse público". Ao contrário, o fundamento do Poder Judiciário estaria na "verdade, inevitavelmente aproximada ou relativa, dos conhecimentos que a ele é idôneo obter e que concretamente formam a base dos próprios provimentos". De tal modo que a verificabilidade e verificação das motivações são as condições constitutivas da estrita legalidade e da submissão à jurisdição das decisões judiciárias (FERRAJOLI, 2002, p. 434-437).

Desse modo, sob o ponto de vista do acusado, o raciocínio formulado por Ferrajoli destaca o que propomos identificar como núcleo fundante do inquisitorialismo: a ausência de direito de defesa. Apesar de farta doutrina em outro sentido[30], entendemos que os outros elementos do sistema inquisitório são apenas manifestações da ausência de direito de defesa, quando considerado o mesmo sistema inquisitório sob outros pontos de vista. Conforme o célebre adágio: quem tem o juiz

como acusador, precisa de Deus como advogado (RADBRUCH, 1999)[31].

O procedimento inquisitório, como afirma Marcos, caracterizou-se:

[...] porque el acusado carecía de las más elementales garantías para demostrar su inocencia. No había en la jurisdicción inquisitorial ningún mecanismo de defensa (salvo la observancia escrupulosa de los jueces en la ejecución técnica de cada una de las fases del proceso), y se usaba la tortura (al igual que en el procedimiento ordinario, fuertemente influenciado por el Derecho canónico) para obtener la confesión del acusado, que constituía la prueba por excelencia, si bien la confesión obtenida mediante tortura había de ser ratificada después (2000, p. 184).

Mauro Fonseca Andrade (2013) rejeita o direito à defesa como "elemento fixo" do sistema inquisitório. Segundo os argumentos do autor, "em maior ou menor medida, ao imputado era autorizado poder se defender de alguma forma" (ANDRADE, 2013, p. 377). Dessa forma, defende o autor que a ausência de contraditório não era absoluta, e algumas legislações inclusive tinham a finalidade de garantir maior proteção ao imputado.

Todavia, o simples fato de algumas mudanças terem garantido um "*proto*-contraditório", ou maior proteção ao acusado (em comparação com o que existia antes), não quer dizer que era possível o exercício do direito de defesa de maneira efetiva e em paridade de armas.

O direito à ampla defesa é o núcleo fundante das garantias procedimentais em sentido estrito. Ele mantém relação bem particular com a igualdade, em sua dimensão formal e material. Infelizmente, sob a influência da doutrina civilista, o debate sobre esse tema ficou subsumido em questões de ordem aparentemente analítica de sua diferenciação do direito ao contraditório, ou seja, a questão insolúvel era saber se este derivaria da ampla defesa ou vice-versa. Ao observar que ambos os direitos têm em sua estrutura uma ideia comum de informação e reação, restaria difícil compreender qual seria, portanto, a especificidade da ampla defesa (FERNANDES, 2012).

Não obstante, a linguagem cotidiana ainda guarda uma diferenciação importante quanto ao lugar que a ampla defesa ocupa na formação do sistema de garantias processuais. Diz-se, comumente, que o acusado tem direito ao contraditório e à ampla defesa, mas não se repete a mesma expressão quando se fala da acusação. Obviamente, a acusação tem direito apenas ao contraditório. De igual modo, não faz sentido alardear algum tipo de desigualdade material em relação à acusação, vez que, ao contrário do acusado, ela dispõe de recursos e de uma posição estrutural de vantagem. Entretanto, é perfeitamente razoável aceitar a alegação de que há um desequilíbrio formal em relação ao tratamento dado pelo juiz à acusação, por exemplo, ao conferir prazos distintos.

A diferenciação entre desigualdade formal e material é estrutural em diversas áreas do direito (DUARTE, 2007). Assim, por exemplo, o Direito Trabalhista parte da existência de um desequilíbrio decorrente da hipossuficiência do empregador diante do empregado, e do mesmo modo, o direito consumerista reconhece a posição de vantagem do fornecedor de bens e serviços em relação ao consumidor. *Grosso modo*, pode-se afirmar que tais ramos do direito projetaram institutos jurídicos para, ao incidirem no âmbito do processo, produzirem efeitos sobre uma desigualdade fática e estrutural de uma relação que, efetivamente, decorre das relações sociais.

No caso do processo penal, há uma peculiaridade importante que o direito à ampla defesa revela. A desigualdade vivenciada pelo acusado tem natureza semelhante, mas paradoxalmente distinta. A desigualdade vivenciada pelos acusados em geral decorre da aplicação do direito, ou melhor, da captura do acusado por um sistema de poder que se justifica atualmente por pretender aplicar o direito penal. A ameaça de incidência do direito penal sobre um indivíduo, especialmente pela tomada de seu corpo com a privação de liberdade e a exposição de sua honra ao exame público, desencadeia contra ele uma série de privações imediatamente mensuráveis, tais como a diminuição do seu padrão alimentar, o aumento do risco de contração de doenças, a exposição ao ambiente de violências físicas, bem como um outro sem número de privações prováveis, embora nem sempre mensuráveis, tais como os danos psicológicos, a ruptura dos laços de convivência social, a perda da autoestima, etc. O sistema jurídico, em sua dimensão prática e institucional, ao incidir sobre determinados indivíduos, bastando a mais leve suspeita de incidência, confere-lhes um novo *status* social. Esse *status* social é, portanto, constituído por e, ao mesmo tempo, constituidor de um lugar de hipossuficiência (BARATTA, 1991; 1993).

Pouco importa se não há distinções reais entre infrações civis e penais, pois a transformação legal

de comportamentos civis em penais gera novas dimensões aos efeitos sociais decorrentes da atribuição da etiqueta de suspeito ou acusado. Nesse sentido, o acusado sempre será uma vítima do sistema penal, independentemente do crime que possa ter praticado ou da pena que se pretenda ser merecida. Não por acaso, as definições do direito à ampla defesa fazem referência expressa ao tema do direito à prova legitimamente obtida, recordando séculos de condenações injustas resultantes de processos em que a prova era produzida sob formas variadas de coação, e ao tema do direito da defesa técnica, recordando os milhares de processos nos quais os réus foram condenados sem que pudessem questionar minimamente os procedimentos legais utilizados.

O direito à ampla defesa intenta blindar o acusado das violações de direitos atuais e potenciais que a atribuição da condição de acusado gerou. A ampla defesa é a resposta à desigualdade material gerada pela incidência do sistema jurídico sobre determinadas pessoas. O mesmo sistema jurídico que produz uma desigualdade necessita reequilibrar os dois polos envolvidos para, assim, garantir a igualdade. A ampla defesa trata de uma hipossuficiência que remonta à estrutura da guerra de onde nasce, de fato, o direito de punir (BARATTA, 1993; BARRETO, 1926). Ela garante direitos àqueles que, por serem considerados inimigos do Estado, já foram, de fato, vencidos, em face da magnitude dos meios e dos recursos monopolizados pelos órgãos públicos.

Não obstante, a manutenção dos elementos centrais do sistema inquisitório tem contribuído para a formação de um sistema em que o direito de defesa do acusado é mitigado a ponto de ser considerado inútil e inexistente. Dentre estes elementos, o segredo e a escritura assumem função central, por negarem a possibilidade de contestação aos fatos denunciados. Também a concentração dos poderes de acusação nas mãos do juiz e sua iniciativa probatória ferem a igualdade entre as partes. A partir do momento em que aquele que julga é também quem acusa e quem propõe a prova, fica impossibilitada e inutilizada qualquer tentativa de defesa por parte do acusado, uma vez que o julgador está predisposto a sua condenação. Não existe, neste sistema, o pressuposto fundamental da imparcialidade do julgador, pois este dificilmente assumiria que acusou injustamente. Sendo assim, além de impossível, mostra-se também inútil qualquer tipo de defesa por parte do acusado. Da mesma forma, a ausência de advogado prejudica o acusado, que se vê na posição de usar apenas sua autodefesa. Qualquer de suas afirmações é usada contra ele, e não existe defesa técnica para aconselhá-lo e defendê-lo de maneira mais adequada.

6.Conclusão

Como se tentou demonstrar neste artigo, a análise histórica, embora mal utilizada pela maior parte da dogmática jurídica, pode oferecer aparato de extrema utilidade para a análise dos sistemas processuais atualmente aplicados, desde que aplicado o devido filtro de historicidade apto a garantir validade científica às informações. Nesse sentido, a construção de “tipos ideais”, embora não seja imune a críticas, cumpre o papel de orientar o método comparativo entre as linhas gerais de uma manifestação histórica com o modelo atualmente utilizado.

O que se concluiu é que as manifestações básicas do sistema inquisitório não se encontram superadas. Pelo contrário, elas apenas são interpretadas e reinseridas no sistema sob outras roupagens e denominações, o que reforça a necessidade de compreensão dos núcleos essenciais do sistema inquisitório em distinção ao sistema acusatório.

A doutrina tradicional aponta a referida distinção na separação entre os órgãos de acusação e de julgamento e na iniciativa da ação penal. Todavia, tal distinção acaba por ser limitar ao ponto de vista orgânico e distribuição de competências, ignorando qual é a distinção de fato percebida pelo acusado. Dessa forma, defendeu-se que o núcleo do sistema do ponto de vista do acusado é a ausência do direito de defesa.

Enfim, a distinção entre sistema inquisitório e sistema acusatório é mais do que um jargão utilizado no cotidiano dos fóruns e nas salas de aula. Trata-se de um espaço de compreensão da própria historicidade e facticidade da violência institucional. Apesar de existirem outros elementos centrais quando o sistema é analisado sob pontos de vista diversos, para o acusado a centralidade da distinção se encontra na ausência de direito de defesa. Essa centralidade recupera, do ponto de vista dogmático processual, o tema da desigualdade material, em seus múltiplos desdobramentos, e, ao mesmo tempo, mantém em nossa consciência o ponto de vista daqueles que são submetidos a formas de violência institucional.

7 Referências bibliográficas

ACHA, Jaime. La limpieza de sangre. *Revista de la Inquisición,* v. 1, p. 289-308, 1991.

ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores.* 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica:* do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática jurídica:* escorço de sua configuração e identidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

ARGOLO, Pedro; DUARTE, Evandro Piza; QUEIROZ, Marcos Vinicius Lustosa. A hipótese colonial, um diálogo com Michel Foucault: a Modernidade e o Atlântico Negro no centro do debate sobre racismo e sistema penal. *Universitas Jus,* v. 27, n. 2, 2016.

ARGUELLO, Katie Silene Cáceres. *O Ícaro da modernidade:* direito e política em Max Weber. São Paulo: Acadêmica, 1997.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica y crítica del derecho penal:* introducción a la sociologia jurídico-penal. Tradução de Alvaro Bunster. México: Siglo Veinteuno, 1991.

BARATTA, Alessandro. Direitos humanos: entre a violência estrutural e a violência penal. *Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre, ano 6, v. 6, n. 2, p. 44-62, 1993.

BARREIROS, José Antônio. *Processo penal*. Coimbra: Almedina, 1981. v. 1.

BARREIROS, José Antônio. *Sistema e estrutura do processo penal português,* 1997.

BARRETO, Tobias. *Menores e loucos:* fundamentos do direito de punir. Sergipe: Editora do Estado de Sergipe, 1926.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BOFF, Leonardo. Inquisição: um espírito que continua a existir. In: EYMERICH, Nicolau. *Manual dos inquisidores.* 2. ed. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1993.

BOITEUX, Luciana et al. *Tráfico de drogas e Constituição*. Brasília, Série Pensando o Direito n. 1/2009.

BOSI, Alfredo. Cultura como tradição. In: BOSI (Org.). *Literatura brasileira:* tradição/contradição. São Paulo: Ática, 1987.

BOSI, Alfredo. *Dialética da colonização*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

BOSI, Alfredo. Plural, mas não caótico. In: BOSI (Org.). *Literatura brasileira:* temas e situações. São Paulo: Ática, 1987.

CARVALHO, Salo. Revisita à desconstrução do modelo jurídico inquisitorial. *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais,* v. 2, ano 2, n. 2, p. 229-252, jan.-jun. 2005.

CARVALHO, Salo; CARVALHO, Amilton Bueno de. *Aplicação da pena e garantismo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CHAUÍ, Marilena de Sousa. *Brasil*: mito fundador e sociedade autoritária. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.

CÁRDENAS, Héctor Gildardo C. El concepto de tipo ideal y la construcción de modelos para el cambio organizacional. *Revista de Administración Pública,* n. 40, 1979.

CORA, Enrique Álvarez. El derecho penal ilustrado bajo la censura del Santo Oficio. *Revista de la Inquisición:* (intolerancia y derechos humanos), n. 11, p. 91-106, 2005.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1974.

DUARTE, Evandro C. Piza. Princípio da isonomia e critérios para a discriminação positiva nos programas de ação afirmativa para negros (afrodescendentes) no ensino superior. *A & C: Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, 2007.

DUARTE, Evandro C. Piza. *Criminologia & racismo*: introdução à criminologia brasileira. Curitiba: Juruá, 2002.

DUSSEL, Enrique D. *1492, o encobrimento do outro:* a origem do mito da modernidade. Petrópolis: Vozes, 1993.

DUSSEL, Enrique D. *Ética da libertação.* Petrópolis: Vozes, 2002.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2012.

FERNANDES, Alécio Nunes. A construção da verdade jurídica no processo inquisitorial do Santo Ofício português, à luz de seus regimentos. *Revista História & Perspectivas,* v. 26, n. 49, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão:* teoria do garantismo penal. São Paulo: Ed. RT, 2002.

FONSECA, Ricardo Marcelo. A história no direito e a verdade no processo: o argumento de Michel Foucault. *Gênesis: Revista de Direito Processual Civil,* 2000.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU, 1999.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir:* história da violência nas prisões. Petrópolis: Vozes, 1990.

GALTUNG, Johan; HÖIVIK, Tord. Structural and direct violence: a note on operationalization. *Journal of Peace Research* 8.1 (1971): 73-76.

GARCIA, Rafael de Deus*. O uso da tecnologia e a atualização do modelo inquisitorial:* gestão da prova e violação de direitos fundamentais na investigação policial na política de drogas. Mestrado em Direito. Brasília: UnB, 2014.

GONÇALVES, Francysco; TEIXEIRA, João. As evoluções históricas e a "historiografia" dos juristas. *Revista de Informação Legislativa,* ano 52, n. 206, p. 137-146, abr.-jun. 2015.

GRAMSCI, Antônio. *Os intelectuais e a organização da cultura.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1982.

HARTMANN, Érica de Oliveira. Os sistemas de avaliação da prova e o processo penal brasileiro*. Revista da Universidade Federal do Paraná*, Porto Alegre, v. 39, 2003.

HENNINGSEN, Gustav. ¿Por que estudiar la Inquisicion? Reflexiones sobre historiografia reciente y el futuro de una disciplina. *Revista d'Història Moderna,* 1988, (7): 35-49, 45.

HESPANHA, Antônio. *História do direito na história social.* Lisboa: Livros Horizonte, 1982.

JESUS, Maria Gorete Marques de. *O crime de tortura e a justiça criminal:* um estudo dos processos de tortura na cidade de São Paulo. 2010. Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo, São Paulo.

JESUS, Maria et al. *Prisão provisória e Lei de Drogas:* um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo. Núcleo de Estudos da Violência, São Paulo, 2011.

KARAM, Maria Lucia. "Guerra às drogas" e criminalização da pobreza. In: ZILIO, Jacson; BOZZA, Fábio (Org.). *Estudos críticos sobre sistema penal:* homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário. Curitiba: LedZé, 2012.

LEGENDRE, Pierre. *O amor do censor:* ensaio sobre a ordem dogmática. Colégio Freudiano do Rio

de Janeiro: Forense, 1983.

LOPEZ, José Luis Cortés. Los esclavos y la Inquisición (Siglo XVI). Studia historica: Historia moderna, n. 20, 1999, p. 217-240.

MAGALHÃES, Joaquim Romero. La inquisición portuguesa: intento de periodización. *Revista de la Inquisición:* (intolerancia y derechos humanos). n. 2, 1992, p. 71-94.

MAIA, Luciano Mariz. *Do controle judicial da tortura institucional no Brasil de hoje:* à luz do direito internacional dos direitos humanos. 2006. Tese de Doutorado em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Pernambuco.

MARCOS, Regina María Pérez. Derechos humanos e Inquisición: ¿conceptos contrapuestos? Revista de la Inquisición: (intolerancia y derechos humanos). n. 9, 2000, p. 181-190.

MARÍN, José María Garcia. *Inquisición y poder absoluto (siglos XVI-XVII) Universidad de Córdoba*, *Derecho y Opinión* 0, 131-139 (1992).

MARQUES, Leonardo; NETO, José. A cultura inquisitória mantida pela atribuição de escopos metajurídicos ao processo penal. *Revista Jurídica Cesumar-Mestrado*, v. 15, n. 2, p. 379-398, 2015.

MENDES, Regina Lucia Teixeira. Verdade real e livre convencimento: o processo decisório judicial brasileiro visto de uma perspectiva empírica. *DILEMAS: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, v. 5, n. 3, p. 447-482, jul. 2012.

NASPOLINI, Samyra. Aspectos históricos, políticos e legais da inquisição. In: WOLKMER (Org.). *Fundamentos de história do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

NOVINSKY, Anita. A inquisição portuguesa a luz de novos estudos. *Revista de la Inquisición*, v. 7, p. 297-308, 1998.

PERELMAN, Chaïm; TYTECA, Lucie Olbrechts. *Tratado da argumentação:* a nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PEIXOTO, Fabiano Hartmann; ROESLER, Claudia Rosane; BONAT, Debora. Decidir e argumentar: racionalidade discursiva e a função central do argumento. *Revista da Faculdade de Direito UFPR* 61.3 (2016): 213-231.

PINTO, Felipe Martins. A inquisição e o sistema inquisitório. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 56, 2010.

PORTUGAL, Ana Raquel Marques da Cunha et al. A inquisição espanhola e a bruxaria andina: evangelização e resistência. *Revista de História Regional*, v. 4, n. 2, 2007.

PRANDO, C. C. M. *O saber dos juristas e o controle penal:* o debate doutrinário na Revista de Direito Penal (1933-1940) e a construção da legitimidade pela defesa social. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

RADBRUCH, Gustav. *Introdução à ciência do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ROESLER, Claudia Rosane. O renascimento da retórica e a reabilitação da filosofia prática. *Revista Direito em Debate* 10.15 (2013).

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988.

SALDANHA, Nelson. O Poder Judiciário e a interpretação do direito. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG,* v. 31, n. 30-31, p. 47-59, 1988.

SCHAFF, Adam. *História e verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 1983.

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. A cultura inquisitória vigente e a origem autoritária do Código de Processo Penal (LGL\1941\8) brasileiro. *R. EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 264-275, jan.-fev.

2015.

SÓFOCLES. *Édipo-Rei*. Pará de Minas: VirtualBooks, 2002.

VAINFAS, Ronaldo. A problemática das mentalidades e a inquisição no Brasil Colonial. *Estudos Históricos*, v. 1, 1988.

VAINFAS, Ronaldo. História cultural e historiografia brasileira. *História Questões & Debates,* v. 50, 2009.

VAINFAS, Ronaldo. Idolatrias e milenarismos: a resistência indígena nas Américas. *Revista Estudos Históricos*, v. 5, n. 9, p. 29-43, 1992.

VARGAS, Beatriz. *Política de drogas no Distrito Federal*. Tese Doutorado em Direito, Universidade Federal de Brasília, Brasília, 2012.

VEYNE, Paul. *Como se escreve a história e Foucault revoluciona a história*. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2008.

WANDERLEY, Gisela Aguiar. *Liberdade e suspeição no estado de direito:* o poder policial de abordar e revistar e o controle judicial de validade da busca pessoal. Brasília: Dissertação de Mestrado em Direito, UnB, 2017.

WEBER, Max. *Ciência e política:* duas vocações. São Paulo: Martin Claret, 2003.

WOLKMER, Antônio Carlos. Paradigmas, historiografia crítica e direito moderno. *Revista da Faculdade de Direito*, Curitiba, ano 28, n. 28, p. 55-67, 1994-1995.

---

1 Como afirmam Gonçalves e Teixeira: “A verdade é que – com raras exceções – os juristas não sabem fazer historiografia; essas evoluções históricas que apresentamos são arremedos de uma história positivista, pré-Escola dos Annales. Ignoramos como a história é presentista, ou seja, como o passado é apreendido através das lentes do presente, como os fatos históricos são percebidos a partir de ideias e interesses atuais” (2015, p. 145). Para compreender a formação da dogmática penal e sua relação com as correntes históricas do direito, veja-se: Andrade (1996; 1997).

2 Duarte propôs em sua dissertação (1998) a análise do “senso comum jurídico sobre a história do direito penal” presente nos manuais introdutórios (2002). No mesmo sentido Gonçalves e Teixeira, com base nos estudos de Warat (1982) e Bordieu (2004), propõem as expressões “senso comum historiográfico dos juristas” ou “distorção historiográfica” (2015, p. 145).

3 Como alerta Bosi, nas décadas de 1960 e 1970 assistiu-se, de um lado, à queda irreversível dos estudos humanísticos tradicionais e, de outro, à emergência de uma abordagem a-histórica que se restringia à análise de textos a que se aplicariam categorias universais (1993, p. 311). Desse cenário é que nascem reflexões dogmáticas cada vez mais alheias a sua historicidade. Entretanto, o mero rechaço ao uso da História pelos juristas não colabora nem com a História, visto que os juristas sempre tiveram um papel de importância nas pesquisas nessa área, nem com o Direito, pois reforça mecanismos de alienação do tempo presente.

4 Neste texto fazemos referência à Inquisição Espanhola (1478-1821) e à Inquisição Portuguesa (1536-1821) em suas dimensões metropolitanas e coloniais. A ausência de uma percepção das características comuns das Inquisições não se deve apenas ao rigor metodológico das análises pontuais, mas também, como adverte Henningsen, ao fato de que o estudo da Inquisição é em geral setorizado (1988, p. 38). Parece-nos certo, como defende Magalhães, que: “La Inquisición cambió en su actuación de un modo evidente en su largo recorrido, sobre todo en sus relaciones con las otras instituciones. Por eso, propongo considerarla polícrona y no poliniórfica” (1992, p. 71). Sobre essa mudança na Inquisição Portuguesa, Magalhães (1992) e na Inquisição Espanhola, Marcos (2000). Houve diferenciações internas importantes, por exemplo: em relação aos escravos negros na Espanha, segundo Lopez (1999); aos usos políticos da Inquisição em Portugal e no Brasil, Novinsky (1998); em relação aos indígenas e africanos escravizados, pois, como afirma Vainfas, a Inquisição assumiu a forma de perseguição às idolatrias (1992, p. 30), padrão que se repetiu na América

Espanhola, especialmente na Inquisição Andina (PORTUGAL, 1988, p. 23).

5 Essa distinção é uma estratégia para evitar debates intermináveis sobre a natureza deste ou daquele único aspecto, ou ainda, sobre o confronto com fontes históricas passíveis de múltiplas interpretações pontuais. Como aponta Cárdenas, os tipos ideais integram o momento de generalização empírica e têm sempre pretensões analíticas (1979, p. 94).

6 Não se ignoram os problemas que surgem da utilização de "tipos ideais", em especial a ampla possibilidade de que cada autor construa seu tipo ideal de acordo com opções ideológicas (ANDRADE, 2013). Todavia, apesar de problemática a utilização dos tipos ideais como método epistemológico, opta-se por sua utilização como método de comparação; é natural a existência de discrepâncias entre o tipo ideal e a realidade histórica, não se pretendendo, com sua formulação, explicitar o fenômeno histórico.

7 Como afirma Claudia R. Roesler, sobre a virada proposta pelas teorias da argumentação nas quais nos inspiramos para propor a compreensão suprarreferida: "No âmbito jurídico propriamente dito mais do que tentar construir um sistema dedutivo com o material legado pela tradição, o objetivo é tentar compreender as estruturas que esse tipo de prática discursivamente tem, bem como (ao menos para alguns autores) determinar que padrões argumentativos poderiam garantir a racionalidade desse discurso" (2013, p. 17).

8 Como concluem Peixoto, Roesler e Bonat, "Não é possível desenvolver uma teoria da argumentação jurídica que cumpra suas funções teóricas e práticas sem uma adequada análise estrutural do Direito, especialmente compreendendo a vinculação entre os processos argumentativos e o comportamento dos juízes. As relações entre o julgamento jurídico propriamente dito e os julgamentos de natureza moral ou política, bem como os elementos ideológicos e de poder, certamente podem se manifestar no julgamento" (2016, p. 228).

9 *"A verdade e as formas jurídicas*", livro escrito a partir de palestras proferidas pelo autor, e, por tal motivo, despido do extenso volume da citação de fontes, como era comum em seus estudos, constitui um dos principais registros do pensamento de Michel Foucault sobre o processo penal. Neste caso, as vantagens do esquema ali proposto em relação aos processualistas e historiadores são mais que evidentes. A influência weberiana permite-lhe pensar numa história de descontinuidades e permanências, assim como a ideia de racionalização. Por sua vez, a estilização proposta visa mostrar os sentidos em disputa nas práticas penais, ao mesmo tempo em que conecta o tema do processo ao poder e às formas de soberania.

10 Como notas características desse modelo destacam-se: a atuação passiva dos juízes, que se mantinham afastados da gestão das provas, que cabia exclusivamente às partes, a separação das atividades de acusar e de julgar em pessoas distintas, a não admissão do procedimento de ofício, bem como o direito de defesa, a oralidade e a publicidade (LOPES JR., 2012, p. 160).

11 Muito embora Fernandes, ao analisar os Regimentos do Santo Ofício Português, observe que as cautelas com os depoimentos enganosos não se tratavam apenas de um *pro forma*, aduzindo que "a orientação geral presente nos manuais e regimentos do Santo Ofício português era que os inquisidores tivessem bastante cuidado com os possíveis falsos testemunhos e que avaliassem o crédito que se deveria dar ao depoimento das testemunhas" (2013, p. 507), os discursos da época demonstravam também o quanto esses mesmos regimentos resultaram de tensões concretas provocadas ora pela incerteza do Inquisidor diante de alguém com importância social capaz de se opor à Inquisição ou de integrante de seu grupo político, ora da incerteza dos potenciais perseguidos diante da Inquisição que pressionavam por reformas. Como demonstra Acha, era a incerteza diante da fragilidade da prova e do poder de fato da Inquisição que provocava as disputas sucessivas por uma maior regulamentação (1991, p. 292).

12 Uso indiscriminado não significa desregulamentado, pois havia, de fato, extensas normativas. Ao contrário, significa possibilidade e disponibilidade do poder de usá-la. A propósito, no caso dos servos, por exemplo, malgrado confessassem, havia recomendação para que se aplicasse a tortura, pois "eles" seriam propensos a mentir. Essa disposição foi generalizada contra os escravos negros na Espanha (LOPEZ, 1999, p. 222).

13 “A própria semântica do *nomen juris* ‘inquisição’: averiguação minuciosa e indagação, já remete à essência da concepção inquisitiva” (PINTO, 2010, p. 198).

14 Como sintetiza Luciano Maia: “Finalmente, revisitando a história do direito penal e do processo penal no Brasil, bem assim, relendo as circunstâncias e motivos invocados para o uso da tortura – quer como meio para obtenção de prova, quer como forma de castigo, ou outro – foi possível observar que: a) a tortura sempre foi instrumental, estando presente nas relações de poder, com supremacia de forças do torturador e inferioridade física, psicológica, econômica ou jurídica do torturado; b) a tortura era praticada por se fazerem presentes oportunidades favoráveis, e ausência de vigilância sobre as condutas dos torturadores; c) a ambiência e as situações em que agressor e vítima se encontravam eram propensas às fricções e atritos; d) relações pessoais existentes entre agressor e vítima eram propensas às fricções e atritos; e) as vítimas da tortura – os ‘torturáveis’ – nunca foram consideradas iguais aos seus carrascos, mas inferiores, menores que humanos, e merecedores do sofrimento ou castigo; f) as vítimas eram tornadas invisíveis no processo de aplicação dos tormentos: – ou os processos eram secretos até para a vítima;
– ou as vítimas eram mantidas em segredo;
– ou as vítimas não tinham acesso a recursos jurídicos; – ou todos os fatores em conjunto; g) as vítimas eram destituídas de poder, sendo presas fáceis nas mãos de seus algozes; h) a ‘racionalidade’ da aplicação da tortura incluía processo de desumanização da vítima e colocava-a como ameaça concreta aos valores ou fundamentos da ordem da sociedade que os algozes representavam, sendo legítimo livrar-se da ameaça que representavam; ou eram vistas como portando algo de valor para o agressor (informação, confissão etc.); i) o medo da ameaça das vítimas e a retaliação pseudo-justiceira agiam como motores para a aplicação dos suplícios; j) o racismo e a ideologia que informam/permeiam o sistema político e normativo influenciará o modo como os órgãos de justiça e segurança atuam para a identificação, prevenção, punição e reparação da tortura” (2006, p. 97-98).

15 No caso da Inquisição Portuguesa: “la unión y convergencia del Estado y de la Iglesia en la Inquisición empieza con el nombramiento dc don Henrique como inquisidor general, en 1539. La tenacidad y la capacidad organizativa y diplomática del infante son datos fundamentales para el éxito de la obtención de la Bula de 1547. Al cardenal infante se debe la organización y la constancia en impedir todas las propuestas de suavizar la actuación del tribunal, siempre que don João III, doña Catalina de Austria o su sobrino-nieto don Sebastián, en dificultades financieras, se sintieron tentados a ello” (MAGALHÃES, 1992, p. 86).

16 Conforme Marín, no caso espanhol, a análise da doutrina política ou político-moral demonstra, ao invés da separação entre Igreja e Estado, uma proposta de entendimento em que cada parte colabora na formação do conjunto, definindo posições, em boa medida, coincidentes. De fato, para a ciência teológico-moral e jurídica, a verdadeira origem de todo poder e jurisdição é divina: “conforme a la concepción teocrática imperante desde la Edad Media y matizada (en beneficio del poder temporal) durante la Edad Moderna, será Dios mismo quien confiera la espada temporal y la espiritual al Príncipe secular y al Papa respectivamente”. A natureza política da Igreja facilita a solução de cooperação, elaborada a partir do empirismo e do pragmatismo político, ou seja, na defesa da razão e Estado, de acordo com postulados de Maquiavel. Muito embora esse autor fosse rechaçado pelo Santo Ofício, seus ensinamentos eram reproduzidos inclusive em termos ainda mais extremados. Um dos doutrinadores espanhóis, ao se opor ao Príncipe, afirmava: “pero la diferencia que hay entre los politicos y nosotros es, que ellos quieren que los príncipes tengan cuenta con la religion de sus súditos, cualquiera que sea, falsa o verdadera; nosotros queremos que conozcan que la religion católica es sola la verdadera, y que a ella sola favorezcan” (1992, p. 108, 111, 119).

17 Segundo Naspolini: “Dentre outros fatores, o fato de a Igreja possuir enorme influência sobre o poder temporal e necessitar do auxílio do estado para combater as heresias, esse tipo de crime passou a ser considerado crime de ‘lesa-majestade’, razão pela qual a competência para o seu julgamento foi estendida aos Tribunais Seculares” (2006, p. 189).

18 Assim, por exemplo, como adverte Marcos: “el carácter peculiar y paradójico de la cultura hispánica en el mundo moderno se perfila en el hecho de que España representa en los albores de la modernidad, en el siglo XVI, una versión singular de Occidente que, por una parte, inaugura la modernidad con los viajes de exploración y los descubrimientos iniciando con ello, junto a Portugal la expansión de Europa y la difusión de sus ideas, siendo ello uno de los hechos decisivos, y por otra,

unos años más tarde se cierra a Europa y a la modernidad con la Contrarreforma, con el concepto jerárquico de la sociedad, y con una visión del Estado que es la de la Monarquía aportada por los teólogos neo-tomistas que desconoce los valores del libre examen y no profesa la democracia religiosa" (2000, p. 189).

19 Como afirma Vainfas, "e, jesuítas à frente, desde o século XVI impôs-se mesmo a demonização dos índios, estendida depois aos negros, e justificando ora a catequese, ora a escravidão, quando não ambas as estratégias colonizadoras" (1988, p. 167). Aqui a Igreja Colonial dedicou-se ao combate das Idolatrias. Serge Gruzincki (1994) e Ronaldo Vainfas (1992) abordam o conceito de idolatria articulado à ideia de resistência das visões de mundo indígenas.

20 A propósito, segundo Cora: "como es bien sabido, los cambios políticos que cabe resumir en la referencia general al advenimiento del Estado liberal de Derecho, se preanuncian, desde un punto de vista cultural, en la Ilustración. Las ideas del iusnaturalismo racionalista cuajarán en presupuestos y axiomas que cuestionan los engranajes políticos e institucionales del Antiguo Régimen, con una función crítica que encuentra vicios que diagnosticar, en el mundo del derecho, sobre todo en el ordenamiento jurídico penal, sustantivo y procesal, que se había identificado más llamativamente con la maquinaria de la represión de la monarquía absoluta" (2005, p. 91).

21 O argumento mais comum, e em certo sentido adequado, é de que o Código de Processo Penal de 1941 reproduziu o modelo inquisitório ao repetir o modelo da Itália Fascista (SILVEIRA, 2015). Todavia, a visão de uma continuidade com uma tradição medieval perde, como não poderia deixar de ser, a Modernidade da Inquisição e, especificamente, a inserção da Inquisição na Modernidade, com suas dimensões contraditórias e coloniais. Como alerta Bosi (1995), em outro contexto, deveríamos prestar atenção à involução da cultura jurídica (aqui nos referimos ao aumento da assimetria de poder e à intensidade da violência) no Colonialismo. Além disso, como destaca Prando (2013), deve-se prestar mais atenção às dimensões criativas do processo aparente de "cópia" de diplomas jurídicos estrangeiros. De qualquer modo, a dimensão moderna da Inquisição é essencial para a definição de nossas tradições locais, como afirma Vainfas: "reconheçamos, porém, que o poderoso traço antissemita das inquisições ibéricas, ainda que relacionado ao fortalecimento das monarquias absolutas na península, foi fenômeno regional. O que inscreve a ação do Santo Ofício português (e espanhol) nos quadros da modernidade europeia são, paradoxalmente, os 'crimes menores', notadamente a feitiçaria e os delitos de ordem moral suspeitos de heresia. Foi, pois, a vinculação da Inquisição ibérica aos ditames do Concílio de Trento, após meados do século XVI, o que nos permite inseri-la num dos processos fundamentais da modernidade: a perseguição da cultura e moralidades populares pela Igreja católica e, nos países protestantes, pelas igrejas reformadas articuladas aos poderes civis. A Inquisição pertenceu, nesse sentido, ao que Jean Delumeau chamou de longo processo de culpabilização e aculturação que os diretores de consciência levaram a cabo no Ocidente durante os tempos modernos" (1988, p. 170).

22 Nesse aspecto estão em disputa na análise das leis infraconstitucionais dois temas recorrentes: a) as origens do inquérito policial no Brasil no sistema misto do Código de Processo Criminal de Napoleão; b) os poderes instrutórios do juiz na determinação de provas de ofício. Em relação ao primeiro tema, em 1808, o Código de Instrução Criminal de Napoleão veio consagrar o que passou a ser chamado de sistema "misto" ou "reformado", que conciliava o sistema tradicional com as novas demandas liberalizantes, fixando um procedimento inquisitório para a primeira fase e "acusatório" para a fase judicial, com inspiração inglesa. Além disso, este sistema consagrou a unidade da justiça civil e penal, a separação das funções de instrução, acusação e julgamento, o princípio da colegialidade e o caráter profissional dos juízes (BARREIROS, 1981). Não deve restar dúvida, como já afirmamos, de que esse modelo foi, de fato, uma retomada das práticas inquisitórias utilizadas e sofisticadas para controlar os descontentamentos populares e a marginalização social provocada pela consolidação da Revolução Burguesa na França.

23 Quanto à atuação da Inquisição no Brasil, Novinsky demonstra a divisão da justiça a partir de critérios relativos ao poder social no uso das competências jurisdicionais (1998, p. 301). Por sua vez, em sua análise, Lima traz elementos sobre as características de uma sociedade hierarquizada e a presença do sistema inquisitório (1988; 1987).

24 Andrade (2013) destaca como as mais claras manifestações do sistema inquisitório no direito brasileiro as investigações criminais presididas por magistrados, como no caso de infração penal

cometida por membro do Poder Judiciário (art. 33, parágrafo único, da Lei Complementar 35/1979) ou nas dependências do Supremo Tribunal Federal (art. 43 do Regimento Interno do STF).

25 Conforme demonstra Luciano Maia (2006), são os integrantes das "classes torturáveis", ou na síntese de Gorete de Jesus, "Os torturáveis são os não cidadãos, aqueles cuja lei não alcança nem protege" (2009, p. 237).

26 Estavam em voga as ideias de dessacralização do ilícito penal e das medidas repressivas (Thomasius), intervenção mínima e proporcionalidade (Beccaria e Verri), bem como críticas baseadas na constatação da seletividade do sistema e necessidade de garantia de direitos fundamentais previamente ao direito de punir (Marat). Paralelamente ao movimento humanista, a guinada jurisprudencial dos tribunais seculares foi motivo para o declínio do sistema inquisitório confessional, levando, inclusive, a alterações na legislação da época (NASPOLINI, 2006, p. 214-216).

27 Entretanto, é de se observar que a principal ofensiva contra a Inquisição, no caso Português, veio da própria Igreja, como no caso de Antônio Vieira (NOVINSKY, 1997). Elas eram movidas por razões de pragmatismo político, como afirma Magalhães: "la lucha sin tregua tuvo el liderazgo del gran escritor Padre António Vieira. El político y diplomático empeñado en la restauración dinástica y en la liberación del Brasil de los flamencos del Norte, va a pasar por las cárceles de la Inquisición de Coimbra, como visionario y mesiánico autor. Eso le incitará a ir más adelante, en su *fuite en avant*, en el esoterismo de una História do Futuro. Sintió en su orgullo y en su carne la injusticia y los prejuicios de la Inquisición, y no lo perdonó. Apoyado en una buena parte de la Compañía, utilizando como carta de triunfo en la Corte papal el prestigio que le distinguía como extraordinario orador sagrado, jugando con las debilidades de un poder real enflaquecido e inseguro, ataca y, al menos por un momento, sale vencedor. Hace la prueba de la iniquidad estructural del tribunal. Apunta los maléficos efectos del laberíntico procedimiento que puede conducir ala condenación de inocentes. A él y a los suyos se debe la interrupción de la actividad decidida por el papa en 1674. Va a perder, por fin, en 1681, y a retomar sus tareas de misionero y de visionario en el remoto Amazonas. Pero hirió definitivamente la fama de la Inquisición. Vieira ha visto un problema fundamental. Como ha escrito muy temprano, en 1642, no se percibe por qué Portugal, país todo basado en el comercio, persigue a los mercaderes. Y la verdad, indudable, es que de aquí ha resultado una de las razones explicativas del retraso económico portugués. Porque, al tiempo que la Inquisición incrementaba las persecuciones, el Estado, necesitado de apoyo internacional para la lucha contra Castilla (1640-1668), abría la puerta a la instalación de los ingleses en Portugal. Esto se ha traducido en la venida de mercaderes, comisarios y agentes de las casas comerciales británicas, sin peligro de confiscación de bienes por razones de religión. Los ingleses estaban por allá unos años y regresaban a su patria con las ganancias que no reinvertían en Portugal. Y así pasó mientras fueron perseguidos los cristianos nuevos, hasta 1765, cambio consolidado por la ley de indiscriminación del marqués de Pombal, de 1773" (1992, p. 88).

O que não deveria ser tido por estranho, pois a disputa, como no caso da Inquisição Espanhola, era interna à própria Igreja, como afirma Acha: "sólo recordaremos que el Santo Oficio no iba dirigido contra los judíos sino contra los malos cristianos – de este origen – que traicionaban su fe, pública o secretamente, y que los mayores enemigos de éstos, sus delatores y principales perseguidores, fueron sus hermanos de raza, los conversos cristianos ortodoxos, que así reaccionaban contra quienes, por su conducta, ponían en duda la veracidad de su conversíon" (1991, p. 292).

E ainda, como destaca Novinsky: "o confronto das fontes documentais manuscritas confirma as opiniões do padre Antônio Vieira e de vários prisioneiros da Inquisição portuguesa, de que a perseguição aos portugueses de origens judaicas, cripto-judeus ou não, foi um fenômeno político, com implicações econômicas, que se apoiava em um racismo organizado e legalizado. O ato da conversão forçada de todos os judeus ao catolicismo já foi um ato eminentemente político, apesar de todas as alegações de ordem religiosa fornecidas pelos reis Católicos e por D. Manuel" (1998, p. 306).

28 Com as *Ordonnances* (1670 e 1682) de Luís XIV obtém-se um modelo inquisitório não confessional de instrução criminal, que, com a recapacitação auferida por Napoleão, torna-se "o" sistema processual penal – "o mito escolástico foi retrabalhado, reformado, retranscrito, mas não demolido" (CARVALHO, 2005, p. 251).

29 Pode-se sugerir que uma das razões da permanência do sistema inquisitório se deva, talvez, ao próprio deslocamento provocado pela censura da Inquisição que permitia a circulação de obras técnicas, e nesse contexto contribuía para a construção de uma técnica preocupada em instrumentalizar a perseguição de criminosos, sem contestar o próprio poder punitivo. Como afirma Cora: "la impresión que se obtiene del rastreo de las censuras del Santo Oficio durante los siglos XVIII y XIX es que los libros jurídicos no sufren una persecución excesiva, si se comparan con los que se ocupan de temática religiosa, teológica o moral. De hecho, como ha podido verse, los reproches de los censores a los libros de o sobre cuestiones penales, se agudizan cuando se pone en tela de juicio un axioma moral católico, pero se retraen al ocuparse de problemas relacionados con la estricta técnica jurídica" (2005, p. 102). Desse modo: "el Santo Oficio persigue los libros jurídicos por su contenido ideológico, político o moral, mas no se adentra en disputas técnicas sin repercusión teológica ni se arroga en ellas autoridad que sobrepuje. Si la obra se ciñe al campo concreto de su precisión técnico-jurídica, sin cuestionar el modelo ideológico, político o social tradicional, el Santo Oficio lo reconoce como ámbito de no intervención. Si la crítica del libro sobre materias criminales desmorona los fundamentos del Antiguo Régimen, lo que es decir de una estructura política e institucional concreta: la Monarquía y la Iglesia, la potestad civil y la eclesiástica – como tantas veces se dice, al fundar su secuestro; en tal caso las expurgaciones y prohibiciones inquisitoriales se encienden y producen sus efectos" (2005, p. 102).

30 Veja-se a síntese em Marcos e Santiago Neto: "segundo a doutrina majoritária, o que diferencia o modelo inquisitório dos demais modelos processuais penais de partes é a gestão da prova, se a prova é gerida pelas partes teremos um modelo não inquisitorial, caso tenhamos a prova nas mãos do juiz, estaremos diante de um modelo inquisitório. Assim, o procedimento inquisitório é realizado centralizado na figura de um sujeito principal a quem compete a produção da prova e o julgamento, podendo ou não ter outros sujeitos que terão atuação em plano secundário. Por sua vez, a marca do processo não inquisitorial é sua realização mediante o *actus trium personarum*, ou seja, a decisão é construída entre autor, réu e julgador, que atuam em plano de igualdade na construção do provimento. Assim, a decisão penal no modelo democrático é fruto da construção endoprocessual através da atuação conjunta e paritária das partes e do julgador no mesmo palco e em condições de igualdade de diálogo" (2015, p. 381-382). Importante destacar que muitos dos argumentos para caracterizar o processo penal como inquisitório, distanciando-o do processo civil, são, de fato, válidos do ponto de vista normativo para ambos, o que leva Mendes a afirmar que "seja no âmbito do processo civil ou no do processo penal, o juiz tem a atribuição concedida por lei, e assim entendida pela doutrina, de decidir livremente sobre os conflitos de interesses levados a sua apreciação. Complementarmente, a seu livre convencimento, a iniciativa probatória também é consagrada ao juiz pela doutrina e pela lei, o que reforça sua autonomia decisória sobre o processo. Tais prerrogativas dos julgadores, entretanto, trazem à tona aspectos inquisitoriais identificáveis em todos os ramos do processo judicial brasileiro, contrariando a visão naturalizada dos operadores, descrita acima, acerca da classificação do processo judicial brasileiro, que concebe o processo civil como 'acusatório' e o processo penal como 'inquisitório' ou 'misto', sem estranhar que o desfecho do processo, em qualquer das suas modalidades, ocorre em circunstâncias nitidamente inquisitoriais, ancoradas no livre convencimento do juiz e em sua iniciativa probatória" (2010, p. 448). Infelizmente, apesar da semelhança normativa, como argumentamos no texto, a diferença está, de fato, na posição do acusado no processo penal. As peculiaridades do impacto da iniciativa probatória na esfera penal e de sua repercussão jurídica e social sobre a pessoa do réu precisam ser reconhecidas.

31 Uma breve apresentação histórica demonstra que o receio por parte dos réus em relação aos juízes (extensivo aos acusadores e aos investigadores) não deve ser confundido com a mera crítica à falta de correição moral de alguns deles ou com as alegações processuais de suspeição ou de impedimento. Ao invés disso, esse receio pressupõe que eles sejam corretos moralmente, sem que isso melhore significativamente a sorte dos acusados diante do Poder. No que se refere à delação, é necessário que se frise, desde já, um ponto central sobre a relação dos Juízes no jogo processual: por que juízes não podem jogar como os demais jogadores? Porque jogadores trapaceiam. Simples assim. Em termos históricos, talvez isso não seja tão simples como deveria ser, pois os juízes costumam trapacear em nome de ideais muito nobres, como a fé em um Deus Misericordioso, ou como o ideal de Justiça Transcendente, ou como os Interesses Coletivos, Públicos ou Sociais que seriam mais importantes do que a defesa de um acusado. Por isso é tão perigoso permitir que juízes joguem como jogadores, ao invés de apenas fiscalizar a disputa. Como advertem Marques e Santiago: "a manutenção de escopos metajurídicos ao processo penal fomenta a centralização das

funções nas mãos do julgador e mantém o juiz como responsável a buscar objetivos que não podem ser alcançados pelo processo. Dessa forma, acaba por favorecer a manutenção de uma cultura inquisitorial e, o que é ainda mais perigoso ao Estado Democrático de Direito, da mentalidade inquisitória de seus sujeitos que se acostumaram a serem conduzidos por um ente superior que busca atingir aos anseios meta-jurídicos que foram indevidamente inseridos como sendo objetivos do processo" (2015, p. 393).