

CONTRIBUIÇÕES DA REFORMA ITALIANA (DÉCADA DE 1960) E DA TEORIA GERAL DO DIREITO PARA SOLUÇÃO DE DESACORDOS CONCEITUAIS PRÉVIOS NA REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO¹

Shalom Moreira Baltazar²

Resumo: Este trabalho trata dos limites que desacordos conceituais prévios sobre o Direito colocam às iniciativas de reforma, sejam elas totais ou parciais, do Código de Processo Penal Brasileiro. Vislumbra-se que não residem nem no *garantismo* nem na possibilidade, em tese, de uma reforma *completa* do sistema processual penal os mecanismos mais eficazes para resgate de valores humanos e constitucionais violados ou mesmo para superação do sistema inquisitivo ainda vigente.

Palavras-Chaves: Reforma. Processo penal brasileiro. Reforma italiana (década de 1960). Desacordos conceituais prévios. Teoria geral do direito.

Sumário: 1. Introdução. 2. A reforma italiana (década de 1960). 3. Desacordos conceituais prévios sobre o direito e suas limitações à reforma processual penal: contribuições da teoria geral do direito. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO.

As audiências públicas realizadas em 22.08.2017, na Assembleia Legislativa do Paraná³, para tratar da reforma do Código de Processo Penal (CPP) propriamente dita (em sentido amplo), e no dia 21.11.2017, no Senado da República, sobre a regulamentação do instituto da colaboração/delação premiada⁴, são emblemáticas e úteis para a identificação e

¹ Artigo apresentado como trabalho de conclusão da disciplina *Direito Processual Penal Contemporâneo*, do Programa de Pós-Graduação (Mestrado) em Direito da Universidade Federal do Paraná, ministrada pelo Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho no 2º semestre de 2017.

² Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Especialista em Direito Ambiental pela Universidade Positivo. Membro da Comissão de Direito Ambiental da OAB/PR. Advogado. shalom.baltazar@gmail.com.

³ BRASIL. ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO PARANÁ. Audiência Pública. Seminário sobre a reforma do código de processo penal e do sistema penitenciário. Disponível em https://www.youtube.com/watch?v=G__3rN6Dj98, acesso em 13.12.2017.

⁴ No âmbito de Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) instaurada com a finalidade de “Investigar, no prazo de até 120 dias, prorrogável por sessenta dias, irregularidades envolvendo a empresa JBS em operações

entendimento, sem pretensão de esgotamento, das divergências existentes no pensamento crítico reformista brasileiro contemporâneo, as quais têm se manifestado tanto em eventos alternados ou conjuntos de debate público quanto em sede doutrinária e da prática forense. Elas podem ser organizadas, para os fins estritos deste trabalho, em pelo menos *cinco dimensões*, a saber: *política; instituições de investigação e persecução penal; magistratura; comunidade jurídica e acadêmica; e população.*

A primeira delas (*política*), personificada no *Legislativo*, está, desde 2009, às voltas com o Projeto de Lei do Senado n. 156/2009 que, apenso a diversos outros, encabeça o trâmite procedimental com vistas à aprovação e promulgação de um texto final consensual, conquanto seja possível, para a reforma do CPP. Mais do que impulso ao respectivo processo legiferante, que conta com instrumentos a exemplo das audiências públicas para ampliação do diálogo com o maior número possível de seguimentos da sociedade, o que nessa dimensão se tem observado é um misto de: corporativismo (por vezes para se favorecer a situação de políticos envolvidos ou que venham a se envolver em práticas criminosas); alegação de intento de proteção da sociedade pela via da segurança pública; e de alguma deferência às preocupações da comunidade jurídica e acadêmica quanto à importância de afirmação do garantismo processual de matriz constitucional⁵ - sendo incerto se isso se dá mais por conveniência ou por convicção.

A segunda (*instituições de investigação e persecução criminal*), notadamente a Polícia Judiciária e o Ministério Público, traz à baila a persistência de divergência quanto aos limites constitucionais de suas funções, as quais se desdobram para além do processo penal, sugerindo

realizadas com o BNDES, ocorridas entre os anos de 2007 e 2016". (BRASIL. SENADO DA REPÚBLICA. CPMI – JBS. Disponível em <http://legis.senado.leg.br/comissoes/reuniao?1&reuniao=6961&codcol=2110>, acesso em 13.12.2017)

⁵ A título exemplificativo, a fala do Deputado Federal João Campos (PRB-GO), Relator da Comissão que discute a reforma na Câmara dos Deputados, na audiência pública do dia 22.08.2017, concentrou sua exposição para sustentar, em síntese, que seria chegado o momento de se promover o reequilíbrio entre as *garantias individuais* e a *proteção da sociedade*, que necessitaria de melhoria significativa na segurança pública e na punição efetiva de delitos, por intermédio do processo penal. O pensamento do Deputado Federal Delegado Francischini (SD/PR), manifestado na mesma ocasião, também é no sentido de que a reforma do CPP seria necessária, ao mesmo tempo, para redução da impunidade e melhora na segurança pública (valeu-se, para tanto, do dado divulgado da ocorrência 28 mil homicídios no país em 2017), ainda que importante o debate de quatro pontos fundamentais, a seu ver: regulamentação da delação/colaboração premiada; regulamentação da condução coercitiva; constitucionalidade da possibilidade de início de cumprimento de pena mediante decisão condenatória colegiada em 2º grau de jurisdição; insegurança jurídica na aplicação da lei processual e da lei penal. (Cf. BRASIL. ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO PARANÁ. Audiência Pública. Seminário sobre a reforma do código de processo penal e do sistema penitenciário. Op cit.; e BRASIL JORNAL ESTADÃO. 21.08.2017. Brasil registra 28 mil homicídios no 1º semestre. Disponível em <http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-registra-28-mil-homicidios-no-1-semestre,70001943908>, acesso em 13.12.2017).

a importância de se promover uma substancial revisão de seus respectivos desenhos ou arquiteturas institucionais como premissa para uma agenda de reforma que se pretenda eficaz⁶.

A *magistratura*, por sua vez, tem mostrado grande reticência em relação, fundamentalmente: à proposta de inserção da figura do *juiz de garantias* no texto da reforma; de limite temporal estanque, não passível de prorrogação motivada, para conclusão da investigação; de eliminação do poder de instrução complementar do juiz; de retorno à proibição de execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Por outro lado, os juízes vêm se mostrando simpáticos aos novos institutos voltados à proteção dos direitos das vítimas (não raramente olvidados no sistema de justiça); a possibilitar a colheita de material genético do acusado para identificação criminal; à regulamentação de institutos como o sigilo processual, a colaboração/delação premiada, as hipóteses de admissão de provas ilícitas, os meios ordinários e extraordinários de produção de provas, as estritas hipóteses recursais para decisões interlocutórias e, finalmente, o *plea bargain* – acordos/*settlements* de inspiração norte americana⁷.

⁶ A esse respeito, o Delegado de Polícia Henrique Hoffmann, em sua fala na audiência pública do dia 22.08.2017, lembrou que, por ocasião da Constituinte de 1987-1988, houve rejeição de pelo menos sete emendas que se voltavam a conferir poderes de investigação ao Ministério Público, do que se extrairia a opção constitucional de atribuição de tais prerrogativas exclusivamente à Polícia Judiciária. (Cf. BRASIL. ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO PARANÁ. Audiência Pública. Seminário sobre a reforma do código de processo penal e do sistema penitenciário. Op cit.). Esse entendimento encontra vozes na mais abalizada doutrina: “E antes que nos critiquem injustamente, dizendo que ser contra a investigação pelo MP é típico de quem quer a ‘impunidade’, respondemos: leia tudo de novo, pois você não entendeu nada... A discussão situa-se no marco da legalidade, de ter regras claras do jogo. Em democracia, todo poder precisa ser condicionado e demarcado. Forma é garantia. Há uma salutar desconfiância e patrulhamento dos excessos e questionamento da legitimidade. A informalidade só interessa ao discurso autoritário”. (LOPES JR., AURY & ROSA, Alexandre Moraes da. Limite penal: Poder de investigação do MP cria mais problemas do que resolve. Revista Consultor Jurídico, 22 de maio de 2015, disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-mai-22/limite-penal-poder-investigacao-mp-cria-problemas-resolve?imprimir=1>, acesso em 13.12.2017). O Supremo Tribunal Federal (STF), por sua vez, já reconheceu a repercussão geral da matéria, sendo os precedentes mais recentes sejam *favoráveis* ao reconhecimento de poderes de investigação também ao Ministério Público: “EMENTA: RECURSO Extraordinário. Ministério Público. Poderes de investigação. Questão da ofensa aos arts. 5º, incs. LIV e LV, 129 e 144, da Constituição Federal. Relevância. Repercussão geral reconhecida. Apresenta repercussão geral o recurso extraordinário que verse sobre a questão de constitucionalidade, ou não, da realização de procedimento investigatório criminal pelo Ministério Público”. (RE 593727 RG, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, julgado em 27/08/2009); “HABEAS CORPUS. (...) 4. PODERES DE INVESTIGAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. O Ministério Público pode realizar diligências investigatórias para complementar a prova produzida no inquérito policial. Maioria. 5. Rejeitada a questão de ordem por maioria. Ordem concedida, por maioria, apenas para cassar o decreto de prisão preventiva”. (HC 84548, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 04/03/2015. No mesmo sentido, conforme referências apresentadas na indexação desse último acórdão pelo STF: HC 83463 - 2ªT, HC 85419 - 2ªT, HC 87610 - 2ªT, RE 468523 - 2ªT, HC 89158 - 1ªT, HC 89837 - 2ªT, HC 91613 - 2ªT, HC 91661 - 2ªT, HC 93930 - 2ªT, HC 94173 - 2ªT, HC 97969 - 2ªT, ADI 1571 MC - TP)

⁷ A manifestação do Juiz Federal Sergio Fernando Moro na audiência pública do dia 22.08.2017, por exemplo, foi nesse sentido, destacando-se: o juiz de garantias enfrenta um problema prático, consistente nas milhares de varas das Justiças Estaduais que contam com único magistrado ou, quando muito, divisão entre apenas dois juízes das competências criminal e cível (a qual pode vir a abranger, no atual sistema de organização judiciária, como se sabe, todas as demais áreas do direito) - essa circunstância, segundo dados do próprio Conselho Nacional de Justiça – CNJ de 2010, aliada à gravidade da crise fiscal enfrentada em todos os níveis de arrecadação, não recomendaria a sua

Já as preocupações da *comunidade jurídica* e *acadêmica* podem ser ilustradas nas lições proferidas pelos juristas AURY LOPES JR e JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO na audiência pública realizada no dia 21.11.2017 no Senado da República⁸. Ainda que convidados a ofertar conhecimento científico útil ao contexto específico do objeto de apuração na respectiva CPMI, circunscrito naquela oportunidade aos debates sobre a regulamentação do instituto da colaboração/delação premiada, não se furtaram os renomados professores em alertar para o *descompasso teórico*, e suas consequências, de não se promover, primeiramente, a consolidação de um modelo processual penal *acusatório* ou *adversarial* no país, com banimento definitivo da matriz inquisitória atualmente vigente, para que somente então os demais temas possam ser coerentemente debatidos – principalmente quando se verifica que muitos dos novos institutos propostos têm raízes no sistema acusatório de matriz anglo-saxã, e não na matriz romano-germânica que estruturou o sistema brasileiro a partir do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941⁹.

Finalmente, a *população*, tanto em manifestações orais nas audiências públicas realizadas quanto em contribuições escritas e nas divulgações midiáticas sobre um suposto *interesse social amplo*, tem sinalizado, não sem razão, indignação generalizada acerca da impunidade, principalmente dos “poderosos” (políticos e empresários envolvidos em crimes),

implementação; a iniciativa probatória complementar do juiz seria necessária para suprir eventuais falhas das partes – contando com previsão no direito italiano, francês e norte-americano; a possibilidade de execução da pena mediante decisão colegiada de 2º grau de jurisdição, também sob inspiração da França e EUA, teria relevância para a “efetividade do processo penal”, evitando-se processos que nunca terminariam e a utilização de “brechas” no sistema pelas defesas, equilibrando-se, assim, os interesses da sociedade, da vítima e do acusado. O magistrado teria oferecido contribuições, em nota técnica, à manifestação da Associação dos Juizes Federais do Brasil – AJUFE ao PLS 402/2015 (“Projeto de lei sugerido pela Ajufe para aumentar a efetividade da justiça criminal e combater a impunidade - PLS 402/2015 - tramita no Senado Federal, com parecer favorável do relator na Comissão de Constituição e Justiça. Antônio César Bochenek e Sérgio Moro participaram de audiência”. BRASIL. AJUFE. Pela efetividade da justiça criminal. Informativo. Brasília-DF. Setembro/2015. N. 30. Disponível em <http://www.ajufer.org/images/bkp/ajufer/arquivos/downloads/informativo-n30-1721977.pdf>, acesso em 13.12.2017.

⁸ No âmbito de Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) instaurada com a finalidade de “Investigar, no prazo de até 120 dias, prorrogável por sessenta dias, irregularidades envolvendo a empresa JBS em operações realizadas com o BNDES, ocorridas entre os anos de 2007 e 2016”. (BRASIL. SENADO DA REPÚBLICA. CPMI – JBS. Disponível em <http://legis.senado.leg.br/comissoes/reuniao?1&reuniao=6961&codcol=2110>, acesso em 13.12.2017)

⁹ “Enquanto não tivermos um processo verdadeiramente acusatório, do início ao fim, ou, ao menos, adotarmos o paliativo da exclusão física dos autos do inquérito policial de dentro do processo, as pessoas continuarão sendo condenadas com base na ‘prova inquisitorial’, disfarçada no discurso do ‘cotejando’, ‘corroborando’ ... e outras fórmulas que mascaram a realidade: a condenação está calcada nos atos de investigação, naquilo feito na pura inquisição. Isso porque, como concluiu JACINTO COUTINHO: o sistema inquisitório não pode conviver com o sistema acusatório, não só porque a ‘contaminação’ é irrazoável sob o plano lógico, mas também porque a prática aconselha contra tal mistura. Ou seja, uma mistura de tal natureza (inquisitório e acusatório) é irracional, e a prática desaconselha tal mescla. Cumpre, por fim, refletir sobre a última frase de JACINTO: (se tal sistema) serviu a Napoleão, um tirano; serve a qualquer senhor; (obviamente) não serve à democracia. E basta” (Sistemas processuais penais: ainda precisamos falar a respeito? In GLOECKNER, Ricardo Jacobsen – Org. Sistemas processuais penais. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 43)

em detrimento da situação calamitosa da segurança pública, pobreza e deficiência no atendimento das necessidades mais mezinhas pelo Estado, o qual é integrado por um sistema de justiça também ineficiente. Nessa perspectiva, o que se tem noticiado, e estimulado pelos próprios órgãos de justiça, é o apoio da população para legitimação das muitas operações em andamento no país em combate ao crime organizado, bem como para manutenção das prerrogativas que vêm sendo reiteradamente utilizadas por agentes e instituições nelas envolvidas¹⁰ - *a priori* em caráter revolucionário e sem lastro na constitucionalidade/legalidade estrita ou mesmo na juridicidade ampla¹¹.

Essas multifacetadas opiniões e modos de compreender o mundo, ainda que possam convergir em alguns de seus pontos, demonstram, muito além de divergências sobre questões pontuais da reforma processual penal, como a utilidade ou não dos novos institutos propostos, substanciais *desacordos conceituais prévios* acerca: da própria noção de Direito que se tem no país; da relevante função e das premissas dos *planos* que se consubstanciam tanto nas constituições quanto nas codificações propriamente ditas; dos desenhos institucionais estabelecidos nesses diplomas normativos; e, especialmente, da substancial carga de limites valorativos que a geração que os elabora *impõe* às gerações futuras¹².

¹⁰ BRASIL. JUSBRASIL. Folha Política. Abril/2017. O apoio da população à Lava Jato tem sido um diferencial, o Brasil tem jeito, afirma Sergio Moro. Disponível em <https://folhapolitica.jusbrasil.com.br/noticias/445396946/o-apoio-da-populacao-a-lava-jato-tem-sido-um-diferencial-o-brasil-tem-jeito-afirma-sergio-moro>, acesso em 13.12.2017; BRASIL. JORNAL O GLOBO. 19.03.2017. Em vídeo, Moro agradece apoio 'da grande maioria' à Lava-Jato. Disponível em <https://oglobo.globo.com/brasil/em-video-moro-agradece-apoio-da-grande-maioria-lava-jato-21084364>, acesso em 13.12.2017; BRASIL. JORNAL ESTADÃO. 06.07.2016. Cresce apoio da população à Lava Jato, indica pesquisa. “Levantamento realizado pela Ipsos e divulgado nesta quarta-feira, 6, revela que 85% dos brasileiros apoiam a continuidade das investigações da maior operação de combate à corrupção no País, a Lava Jato, independente do impacto dela na situação econômica do País”. Disponível em <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/apoio-da-populacao-a-lava-jato-aumenta-indica-pesquisa/>, acesso em 13.12.2017.

¹¹ Conforme reiteradas notas doutrinárias, “Ora, a formalidade procedimental não pode ser desconsiderada pelo Magistrado. Não se trata de mero formalismo, mas de uma formalidade exigida por lei e de cumprimento obrigatório, até como uma garantia para o acusado. Como se sabe, o Processo Penal funciona em um Estado Democrático de Direito como um meio necessário e inafastável de garantia dos direitos do acusado. Não é um mero instrumento de efetivação do Direito Penal, mas verdadeiramente, um instrumento de satisfação de direitos humanos fundamentais e, sobretudo, uma garantia contra o arbítrio do Estado”. (MOREIRA, Romulo de Andrade. A formalidade processual “não tem a menor relevância”, disse sua excelência, um magistrado. *In* Estudos críticos sobre o processo penal brasileiro e outros ensaios. Livro 1. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 14); “Por fim, podemos apresentar sucintamente mais uma razão para o cenário de desgaste dos modelos processuais. Cuida-se do que se poderia denominar como uma atividade performática *pro forma*, apta a garantir concretizações geridas num panorama de ilegalismo congênito. Com isso, referimo-nos à chancela de algumas atividades, sejam ativas (diligências probatórias) ou negativas (omissões no controle de validade dos atos processuais), que, a despeito de sua adequação no cerne da Constituição da República, convergem ou para a cristalização de um juiz-ator (ativismo judicial) ou ainda, para uma teoria da invalidade do ato processual penal irregular pautada pela “instrumentalidade das formas” (em sua faceta negativa), postulado que garante a plasticidade dos atos processuais e tolerando níveis altíssimos de ilegalidade na condução dos processos” (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Metástase do sistema inquisitório. *In* GLOECKNER, Ricardo Jacobsen – Org. Sistemas processuais penais, op. cit., p. 15-16)

¹² “Na medida em que questões de confiança e a diferença são cruciais para qualquer empreendimento que dependa de ações de outros para atingir seus objetivos, o fato de os desenhistas jurídicos serem intensamente preocupados

Nessa perspectiva, vislumbra-se que não residem nem no *garantismo*, nem na possibilidade, em tese, de uma reforma *completa* do Código de Processo Penal¹³, os mecanismos definitivos, ou mesmo primários, para o resgate de valores humanos e constitucionais violados ou mesmo para superação do sistema inquisitivo ainda vigente.

Para desenvolvimento dessa ideia, bem como apresentação de algumas reflexões com vistas à sua demonstração, serão utilizadas como paradigmas, num primeiro momento, as discussões realizadas sob a presidência de Francesco Carnelutti, no *Centro di Cultura e Civiltà* da fundação Giorgio Cini, Veneza, entre 15 e 17 de setembro de 1961 sobre o tema “A reforma do processo penal”¹⁴.

Num segundo momento, serão trazidos alguns aportes da contemporânea teoria geral do direito que contribuem para o entendimento da natureza dos desacordos conceituais prévios que, à luz dessa leitura, colocam, senão obstáculos, ao menos desafios estruturais primários a qualquer linha que se pretenda adotar em solo nacional com vistas à reforma do sistema processual penal.

2. A REFORMA ITALIANA (DÉCADA DE 1960).

Em continuidade aos aprofundamentos da discussão pública iniciada sobre o tema anos antes, reuniram-se em Veneza, no ano de 1961, as maiores autoridades acadêmicas e da prática forense daquele país para um colóquio, com duração de três dias, sobre a reforma do código de processo penal então em vigor.

com a competência, o caráter e a diversidade de atores quando alocam direitos e responsabilidades, parece dar credibilidade à visão de que eles tratam o direito como uma atividade de planejamento”. E, reproduzindo argumento do já falecido juiz da Suprema Corte norte-americana, Justice Antonin Scalia: “Certamente não se pode dizer que uma constituição naturalmente mutabilidade; pelo contrário, todo o seu objetivo é prevenir mudança para incorporar certos direitos de tal forma que as gerações futuras não podem facilmente desconsiderá-los. Uma sociedade que adota uma declaração de direitos é cética que ‘padrões evolutivos de decência’ sempre ‘marcam o progresso’ e que as sociedades sempre ‘amadurecem’, em oposição à podridão. (SHAPIRO, Scott. *Legality*. Londres: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 330 e 343).

¹³ Como, alias, vem sendo pertinentemente defendido por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho: “Tem-se, no Brasil, um arsenal capaz de conduzir o sistema processual penal à base acusatória, mas isso não ocorrerá enquanto o Poder Judiciário não assumir a Constituição da República contra o CPP; enquanto se ficar fazendo concessões imperdoáveis ao fundamento inquisitorial, contra a CR. O problema sério, assim, diz respeito à epistemologia do sistema. Mas dela pouco se quer saber. Em troca, fala-se muito em reformas parciais (o supra-sumo do engodo porque se trata de mera maquiagem) *quando o que se precisa é uma reforma total e séria* – até porque já se foram mais de 41 anos desde o Anteprojeto Tornaghi e nada mudou substancialmente – e do problema do tempo, epíteto de um sistema que vai pensado a partir de uma racionalidade européia, embora para um país periférico: aqui, para não se fraudar a realidade, o processo tem que durar o suficiente para as decisões serem, pelo menos, maduras; e não pagarem os jurisdicionados e os magistrados” (*In* COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda et al. – org. *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil*. Volume 2. Florianópolis: 2017)

¹⁴ Conforme registro feito em DE LUCCA, Giuseppe. *Primi problemi della riforma del processo penale*. Sansoni. Firenze, 1962, e CARNELUTTI, Francesco. *Verso la riforma del processo penale*. Napoli: Morano Editore, 1963.

Os debates realizados especialmente na manhã do segundo dia (*Seconda Giornata – Mattina*) foram elucidativos da preocupação, e até então impasse, entre os presentes acerca da necessidade, ou não, de se promover uma reforma completa (*integral*, e não *limitada* ou *parcial*) do sistema que advinha desde 1954. Naquela oportunidade, as considerações formuladas por GIANDOMENICO PISAPIA¹⁵, quanto a se fazer uma reforma total ou parcial, *do* sistema ou *no* sistema, sintetizaram os argumentos em favor de uma *reforma integral*, completa, radical e de estrutura¹⁶. Dentre as justificativas apontadas para uma *ampla reforma*, destaca-se o abuso, no sistema então vigente, que permitia à polícia judiciária assumir a informação sumária da imputação e recolher notícia sumária de testemunhos. Para PISAPIA, a polícia acabou por converter-se em uma verdadeira e própria *instrutora*, não residindo o problema propriamente na ausência de contraditório, mas na forma de sua realização a partir dessa matriz¹⁷. Para ele, a questão central do debate seria, nessa ótica, a *hipertrofia instrutória* (da *istruzione* ou fase de investigação), e não propriamente a hipertrofia do processo propriamente dito (do *dibattimento* ou fase de instrução processual e posterior julgamento)¹⁸.

Em contraponto antecedente significativo, GIROLAMO BELLAVISTA¹⁹, não acreditando numa reforma total, em razão da lentidão do legislador, prefere uma reforma *parcial* (no plano da *oportunidade*). Sob o plano técnico, defendeu que uma reforma parcial seria aquela que imunizaria contra o perigo de *uma estrada totalmente nova*, principalmente quando nela se vislumbram elementos do sistema anglo-saxão que poderiam se colocar em contraposição aos ditames da própria constituição italiana – assim como já se passava com alguns dispositivos do código de processo então vigente²⁰.

¹⁵ Professor de *Instituições de Direito Penal* na Universidade de Milão.

¹⁶ “Devemos visar (e deve estar acima de tudo isso nosso compromisso, mesmo que de longo prazo, se necessário) a uma reforma completa, e adiciono <radical> e de “estrutura”. Esta não exclui que, precisamente através do estudo da reforma radical ou estrutural, possamos melhor destacar alguns reformas urgentes - das quais, por outro lado, outras conferências já estão particularmente ocupadas - para estimular a atividade do poder executivo na proposição de uma reforma imediata. O dilema já foi colocado: reforma do sistema ou no sistema? Penso que devemos pensar sobre a reforma do sistema; o que não nos impedirá de visar reformas urgentes no sistema e de também assinalar a não aplicação de algumas regras de direito positivo”. (DE LUCCA, Giuseppe. *Primi problemi della riforma del processo penale*. Sansoni. Firenze, 1962, p. 152).

¹⁷ *Idem*, p. 153.

¹⁸ “Hoje, o *dibattimento* se torna, na maioria dos casos, uma farsa real, no sentido de que é reduzida à repetição, muitas vezes estereotipada, das descobertas preliminares escritas, que já contribuíram para criar uma convicção convincente no juiz contra a qual é difícil, às vezes impossível, lutar”. (DE LUCCA, Giuseppe. *Primi problemi della riforma del processo penale*. Op. cit., p. 153).

¹⁹ Professor de *Diritto Processual Penal* na Universidade de Messina.

²⁰ Se falou do processo anglo-saxão. Permita-me esta breve digressão. Eu tive um caso clínico em Roma, nestes meses, de um tal processado na América por homicídio quádruplo. Foi absolvido por doença mental total. Nos atos do processo americano trazidos à Itália, e com enorme dispêndio, não existia um relatório psiquiátrico, porque a oralidade é trazida para tal exasperação naquele rito que o especialista deve fazer seu diagnóstico na audiência, sua análise dinâmica sempre por via oral. (...) De toda a discussão de ontem, o ponto central que encontrou as críticas e as necessidades de reforma, é certamente aquele da *istruzione*. Permita-me um alívio muito breve. Por quê? Tomando

Nessa toada, BELLAVISTA entendia que uma reforma (constitucional até) seria indispensável para que as cortes criminais pudessem ser especializadas e compostas apenas por juízes togados, os quais seriam mais garantistas que juízes “laicos”. Essa mudança deveria se dar paralelamente à separação das carreiras de acusação e julgamento (até então reunidas, na Itália, sob única carreira de *magistrado*), para se evitar conservação da *forma mental* do acusador quando esse passasse à condição de julgador.

Aprofundando o debate, PISAPIA, reportando-se ao pensamento do professor de Messina, indagava: “É preferível uma *istruzione* formal correta, como a de que BELLAVISTA fala, ou uma *istruzione* sumária, também essa correta?” A alternativa não estaria, segundo o catedrático milanês, nem no nome nem no órgão, mas sobretudo na *estrutura* e na *função* do procedimento preliminar.²¹

O embate, como se pode perceber, é muito profundo, não se limitando, como bem destacou CARNELUTTI no encerramento das atividades do colóquio, às posições registradas ao longo dos trabalhos, tampouco ao subseqüente trabalho confiado ao parlamento, havendo, ainda, um relevante papel da *ciência do direito* para a orientação da política legislativa²².

É, portanto, sob esse tom científico, convidador a diversas outras reflexões de cunho filosófico, que se passa a à análise do tema no âmbito da teoria geral do direito.

a sugestão do que foi dito por Conso e proposto por outros, eu gostaria de mencionar antes de tudo uma série de disposições do código do processo penal em vigor que estão em contrastes claros com a constituição e, além disso, ainda não encontraram uma reforma rápida”. (DE LUCCA, Giuseppe. Primi problemi della riforma del processo penale. Op. cit., p. 135-136).

²¹ DE LUCCA, Giuseppe. Primi problemi della riforma del processo penale. Op. cit., p. 155.

²² “Os resultados, em minha opinião, além do exemplo já mencionado, da presença do Ministro da Justiça e de sua participação em diálogo, com os magistrados de um lado e com os homens de estudo no outro, são dois: um é o de ter constatado que, por unanimidade, se reconheceu que a reforma do processo penal é necessária. E já é muito, criar uma opinião comum dos magistrados, dos advogados e dos estudiosos de direito em torno deste ponto. (...) Não subjuguem, meus amigos, os problemas do dia depois de amanhã! O ministro disse: bem, em última análise, apresentaremos ao Parlamento ... Ele tinha o ar de dizer (ele não disse isso porque ele é um homem de absoluta gentileza e extrema prudência, não o disse, mas tinha o ar de dizer: e haverá dores). Sim. Por que? Porque agora não são difundidas certas ideias, porque não se bateu sobre elas o suficiente, porque a ciência do processo civil e do processo penal ainda não cumpriu totalmente o seu dever, que é também o dever de preparar os intelectos e as consciências. Lembremos que as leis têm uma base, um fundamento oculto, como as raízes das árvores, mas este fundamento preparou a ciência para isso, sempre. O cientista trabalha sem pensar em quais são os resultados de seu trabalho, pelo amor de seu trabalho, por essa vida de sonho do qual ele falou em termos genuinamente indiretos que foi um grande amigo de St. George: Giuseppe Capograssi. Mas devemos continuar a trabalhar. Vocês estão todos ocupados; assumiram todos os encargos como uma indignação, aderindo a esta reunião. Acabei por repetir o que eu disse no início. Não devemos continuar a acreditar que a ciência do direito deve se preocupar apenas do direito como ele é. Não há diferença real entre a ciência do direito e a política legislativa. A ciência do direito não deve pensar apenas na existência do direito. (Se diz mal: o <ser>, porque <é>, e o <deve ser>, são uma coisa só). Deve pensar, acima de tudo, como o direito deve ser. Não é apenas o ministro que tem uma grande responsabilidade, não tão apenas os magistrados que têm uma séria responsabilidade, são também vocês, cultores do direito, os quais têm a responsabilidade de preparar uma lei melhor”. (DE LUCCA, Giuseppe. Primi problemi della riforma del processo penale. Op. cit., p. 294-297).

3. DESACORDOS CONCEITUAIS PRÉVIOS SOBRE O DIREITO E SUAS LIMITAÇÕES À REFORMA PROCESSUAL PENAL: CONTRIBUIÇÕES DA TEORIA GERAL DO DIREITO.

Os históricos diálogos e lições doutrinárias do direito estrangeiro, com muitas de suas considerações ecoando na comunidade jurídica brasileira, evidenciam a importância de que eventuais ideais reformistas se insiram num projeto ainda mais amplo, qual seja, o de *conformação* das inovações propostas *ao sistema jurídico pátrio como um todo* - o qual se funda, por sua vez, não só na legalidade escrita (e estrita), mas também na *juridicidade*, cuja matriz constitucional e codificada são apenas duas de suas muitas formas de expressão.²³

Essa percepção conduz à constatação de que, apesar dos laços políticos, morais e sociais previamente estabelecidos para se dar contornos institucionais e legais objetivos, de um lado, àquilo que se compreende por *sistema de justiça criminal*²⁴ e, de outro, às garantias (regras do jogo em tese *inafastáveis*) de quaisquer indivíduos que o Estado pretenda investigar e processar, ainda assim os órgãos da Polícia Judiciária, do Ministério Público, da magistratura e a própria sociedade em geral tendem a *vergar* tais balizas diante de casos ditos *polêmicos* ou com grande *clamor popular*²⁵.

²³ A esse respeito, RICARDO JACOBSEN GLOECKNER anota que: “Esgrimido no argumento da disfuncionalidade, a pretensa superação dos sistemas processuais acena com a projeção de uma organização de conceitos e categorias processuais sob o pálio do sistema de justiça criminal. De fato, esta operação conceitual, utilizada por comparativas, sociólogos e mesmo criminólogos, tem o condão de aumentar o nível de escala do olhar sobre o funcionamento do processo penal nos regimes democráticos contemporâneos. É claro que, então, as definições, os limites e as margens de atuação do processo penal serão redefinidos através de suas práticas, de seus atores e do acervo institucional à disposição do sistema. Do ponto de vista do regime político adotado, pressupondo que a democracia por si mesma consista em um modelo hábil a, independentemente de outros fatores, refrear o paradigma oposto, seja ele insculpido em uma matriz política autoritária ou totalitária (cujos âmbitos de definição escapam a este trabalho), o resultado aparece em dois tempos: a) a incapacidade de o sistema de justiça criminal visibilizar práticas processuais disformes aos regimes de enunciação da matriz acusatória; b) a liberação de certas estratégias processuais para agir livremente, posto que é justamente em homenagem a tais práticas liberais que o processo devém instrumento de reorganização de forças (e que atuam, no Brasil, a partir de vetores de higienização social, próprios da ideologia da defesa social. (...) Ao se alargar o espectro de análise do sistema processual penal desde operações do sistema de justiça criminal, muitos elementos concernentes às categorias definitórias do próprio processo perdem espaço, não raras vezes aparecendo ou surgindo situações de inegável incapacidade estrutural do processo em suportá-las. Pense-se no desenvolvimento de categorias processuais penais *sui generis* ou anômalas, consistentes na tentativa de composição e ajustes entre sistemas distintos, como o adversarial e o continental”. (Metástases do Sistema inquisitório. Op. cit., p. 11-12).

²⁴ “A Justiça Criminal é pressuposto imanente a qualquer política de segurança pública. Nenhum programa de redução da criminalidade terá eficácia se não levar em conta a efetividade de seu funcionamento. Partindo-se dessa premissa, é possível avançar no entendimento de que o aprimoramento da Justiça Criminal não é tema isolado de responsabilidade exclusiva do Poder Judiciário desta ou daquela unidade federativa. Um eficaz plano de melhorias do sistema deve englobar o trabalho harmônico de todos os entes estatais responsável pela segurança pública”. (MENDES, Gilmar Ferreira. Segurança Pública e Justiça Criminal. Consultor Jurídico. 04.04.2015. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-abr-04/observatorio-constitucional-seguranca-publica-justica-criminal>, acesso em 13.12.2017).

²⁵ Essa realidade é assim criticada por RICARDO JACOBSEN GLOECKNER: “Em um primeiro momento, a definição dos papéis em jogo no processo transborda os limites de atuação das partes no processo penal. Do ponto de vista de um processo penal interpretado como a ferramenta de desenvolvimento do sistema de justiça criminal, o

Tanto as falas realizadas pelos diversos participantes das audiências públicas no início deste trabalho, quanto as posições da doutrina (nacional e estrangeira) e jurisprudência colacionadas, demonstram substanciais desacordos conceituais prévios mesmo sobre as mais comezinhas estruturas e instituições do Estado de Direito brasileiro, as quais se projetam inevitavelmente sobre o processo penal e sobre o sistema de justiça como um todo.

Perceba-se, por exemplo, que não há consenso nem sobre as distinções nem sobre as eventuais convergências conceituais (teóricas) entre: *sistema de justiça criminal e processo penal*; *função constitucional das instituições* do sistema de justiça (Polícia Judiciária, Ministério Público, magistratura e defesa) e *programa social constitucional*; matriz constitucional *acusatória* e matriz constitucional *inquisitória*; *limites* (inerentes ao sistema jurídico) para distanciamento ou inovação da legalidade escrita (e estrita); e *restrição* das prerrogativas institucionais dos atores do sistema de justiça..

Ao que se verifica, nem todos os brasileiros, leigos ou não, começando pelos membros do Supremo Tribunal Federal, concordam que a Constituição em vigor imporia: vedação à execução de pena antes do trânsito em julgado de sentença condenatória; vedação a iniciativas investigatórias do Ministério Público ou instrutórias dos juízes; vedação de utilização do processo penal como instrumento primário do sistema de justiça – isto é, voltado ao combate da criminalidade e punição eficiente dos culpados; restrições à importação de institutos de direito estrangeiro – ainda que pretensamente voltados a desafogar o Judiciário ou à promoção da *higienização* social a que se referiu RICARDO JACOBSEN GLOECKNER²⁶.

Nessa perspectiva, não há como se resolverem determinadas desavenças jurídicas sem se resolverem também certos desentendimentos teóricos/conceituais (filosóficos) prévios²⁷.

Brasil tem conhecido dois fenômenos destruturantes: a) o ativismo judicial em matéria penal, que trata de tornar simétricas as funções acusatórias e judiciais. Neste sentido a Operação Lava-Jato demonstrou inequivocamente o perigo na codificação da justaposição entre funções clássicas no processo penal. Devemos ressaltar que o ativismo tampouco se resumiu aos juízes, uma vez que o Ministério Público também decidiu fazer atuar um sistema combinatório e simbólico de diretrizes contra a “corrupção”, construindo-o a partir de projetos de leis, que ganharam simpatia popular. Neste ponto, as propostas alternativas partem do pressuposto de que o processo penal engessa o sistema de justiça criminal e, portanto, deve ser otimizado, a fim de que possa oferecer respostas mais “duras e céleres”; b) o segundo fenômeno resulta na radical transformação do processo penal, para além de governança criminal, em uma ferramenta de judicialização de questões irresolutas na esfera política”. (Metástases do Sistema inquisitório. Op. cit., p. 13).

²⁶ “Essa fragilidade encontra eco nos diversos procedimentos criminais que, ao longo da história, apesar de manter separados o órgão julgador do acusador, nem por isso apresentaram características (em seu funcionamento) creditáveis a um modelo acusatório. Apenas a título exemplificativo, atribuir à separação de funções um condão de determinar, por si só, a acusatoriedade ou inquisitoriedade de um sistema seria equivalente a afirmar que o sistema processual penal da Itália, na década de 30, era acusatório. Como cediço, na Itália, durante o fascismo, o sistema não era acusatório. Todo o oposto”. (Metástases do Sistema inquisitório. Op. cit., p. 14).

²⁷ A esse respeito, assim provoca SCOTT J. SHAPIRO: “A questão crucial aqui é: como vamos resolver esse desacordo? O que determina o conteúdo da Oitava Emenda: significado literal ou intenção original (ou talvez alguma outra coisa)? E é aqui que o debate entre os juspositivista e jusnaturalistas torna-se relevante. Porque a única maneira de

Afinal, no que se refere ao plano da juridicidade (no qual se compreendem, em conjunto, a história, os costumes, as tradições, a doutrina, as fontes normativas estatais e não estatais)²⁸, já se notam desacordos essenciais acerca de qual seria a própria *tradição clássica* (na expressão de RICARDO JACOBSEN GLOECKNER) do processo penal brasileiro²⁹. Ainda que a mais abalizada doutrina aponte, de um lado, raízes profundas no pensamento acusatório-garantista, dotado de evidências inclusive no plano constitucional, há vozes dissonantes em sentido diametralmente oposto³⁰, permanecendo o impasse irresoluto à luz da legalidade estrita (e escrita) do ordenamento vigente.

descobrir se o é significado original ou a intenção original que determinam o direito constitucional dos Estados Unidos é saber quais fatos em última análise, determinam o conteúdo de todo o direito. Assim, por exemplo, se os positivistas estiverem certos, a única maneira de demonstrar que uma metodologia interpretativa ou outra é correta é apontar para o fato social ou fatos que a faça assim, talvez mostrando que os tribunais seguem rotineiramente uma metodologia e não a outra. Por outro lado, se o jusnaturalista estiver certo, então a única maneira de estabelecer sua posição é envolver-se em filosofia moral e política. Assim, por exemplo, pode-se argumentar uma metodologia sobre outra demonstrando-se que considerações de teoria democrática apoiam a leitura da Constituição de uma certa maneira. O que essa linha de raciocínio implica é que a jurisprudência analítica é capaz de fazer uma diferença prática crucial. Pois, muitas vezes, não há maneiras de resolver desentendimentos específicos sobre o direito sem primeiro se resolverem desentendimentos sobre a natureza do direito em geral. A fim de demonstrar de forma conclusiva que o direito é tal e qual em um caso particular, não basta afirmar que o direito foi criado por alguém com autoridade e que esse alguém está interpretando corretamente os textos legais. É preciso também ser capaz de demonstrar que alguém está justificado a atribuir autoridade legal a determinada pessoa e a interpretar seus textos de acordo”. (SHAPIRO, Scott. *Legality*. Londres: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 29.)

²⁸ “Juridicidade é a conformidade ao Direito. Dizemos que uma matéria é jurídica, ou possui juridicidade, se sua forma e conteúdo estão em consonância com a Constituição, as leis, os princípios jurídicos, a jurisprudência, os costumes, enfim, com o Direito como um todo. Caso não haja tal conformidade, a matéria é dita injurídica ou antijurídica. (...)A juridicidade é conceito que amplia a tradicional noção de legalidade, entendida esta como a conformidade às regras jurídicas positivas. Conforme ensina MORAES¹², a noção de juridicidade exige que a produção dos atos do poder público observe não só as regras jurídicas, mas também os princípios gerais de Direito previstos explícita ou implicitamente na Constituição”. (Cf. OLIVEIRA, L. H. S. *Análise de juridicidade de proposições legislativas*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, agosto/2014, p. 8-9. Disponível em: www.senado.leg.br/estudos, acesso em 13.12.2017); ““O princípio da juridicidade, como já o denominava Adolf Merkel, em 1927, engloba três expressões distintas: o princípio da legalidade, o da legitimidade e o da moralidade, para altear-se como o mais importante dos princípios instrumentais, informando, entre muitas teorias de primacial relevância na dogmática jurídica, a das relações jurídicas, a das nulidades e a do controle da juridicidade. O princípio da juridicidade corresponde ao que se enunciava como um princípio da legalidade, se tomada em sentido amplo, ou seja, não se o restringindo à mera submissão à lei, como produto das fontes legislativas, mas de reverência a toda a ordem jurídica”. (NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Direito Administrativo*. 3ª ed. Ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2009, p. 85)

²⁹ Sem prejuízo do entendimento do autor de que a solução do impasse não passaria por critérios de *juridicidade* ou *politicidade*: “O que parece elementar a esta quadra da história é que ambas as expressões [conceitos acusatório e inquisitório] não se resumem a contornos jurídicos de determinado sistema processual. Tampouco se resumem a uma ‘mera’ categoria política, que serviria como uma espécie de ‘declarações de intenções’, seja do legislador constituinte, seja do ordinário. Tanto o modelo acusatório quanto o inquisitório nascem a partir de determinados regimes de enunciados, de certos fluxos discursivos. Daí por que não podem restar circunscritos à sua pretensa juridicidade ou politicidade” (Metástases do Sistema inquisitório. Op. cit., p. 16).

³⁰ “O Código de Processo Penal Italiano de 1930, chamado Codice Rocco, foi a matriz ideológica que influenciou a produção científica do Código de Processo Penal Brasileiro de 1941, vigente ainda hoje, apesar das inúmeras alterações que sofreu. Sua raiz enfática é o sistema *inquisitório*, regido pelo princípio unificador inquisitivo, cuja principal característica é a concentração de poder nas mãos do julgador, que detém a gestão da prova. (...)Apesar de se ter em mente a impossibilidade de existência de um sistema puro, uma vez que todo instrumento é operado por pessoas e, como tal, sujeito à percepção de cada operador, é certo que prepondera, no Brasil, como na Itália, o sistema *inquisitório* e, assim, sendo, reduzido em garantias”. (CABRERA, Michelle Gironda. *A mentalidade inquisitória no*

A divergência não melhora no plano jurisprudencial – e neste principalmente. O Judiciário brasileiro, premido pela opinião popular, esta por sua vez lastreada em inúmeros escândalos de corrupção e em sensação de impunidade generalizada, tem sido justamente o pivô de *novidades* que agradam uns e escandalizam outros. Tais inovações, é importante que se diga, vieram embaladas precisamente, dentre outros elementos, por pensamento alinhado ao *jusnaturalismo* ou, como já se denominou, à chamada hermenêutica crítica, a qual convidou os operadores do direito (mormente os juízes) em determinado momento histórico do Brasil, a se afastarem, em alguns casos, da frieza da legalidade escrita (e estrita)³¹. Esse proceder, não raro sem maiores lastros em conhecimento científico/filosófico acurado ou preocupação com a não desintegração do sistema, colaborou para se disseminarem práticas processuais *exclusivas* ou *atípicas* por determinados magistrados, membros do Ministério Público ou mesmo da Polícia Judiciária³².

A se fiar pela possibilidade de que o juízo ou demais atores de um processo crime possam eventualmente, com base em argumentos de responsabilidade moral, social, política e até mesmo econômica, conformar a legalidade estrita ao clamor ou às especificidades de determinado caso concreto, o sistema ganha contornos de matriz conceitual preponderantemente *jusnaturalista* (não raro com de conotação *subjetivista*), em detrimento de uma perspectiva *juspositivista*, afastando-se de reflexões filosóficas e científicas voltadas à *objetivação* dos critérios de tomada de decisão – e, não raro, com pretensão de força vinculante, em alguma medida, para as futuras gerações³³.

processo penal brasileiro - Parte II. Canal Ciências Criminais. 03.11.2016. Disponível em <https://canalcienciascriminais.com.br/processo-penal-brasileiro/>, acesso em 13.12.2017).

³¹ Por todos, STRECK, Lenio Luiz: “É nesse contexto que ocorre a invasão da filosofia pela linguagem (linguistic turn, que, no plano da hermenêutica filosófica, prefiro chamar de ontologische Wendung – giro ontológico), a partir de uma pós-metafísica (re)inclusão da faticidade que, de forma inapelável, mormente a partir da década de 50 do século passado, atravessará o esquema sujeito-objeto, estabelecendo uma circularidade virtuosa na compreensão (hermeneutische Zirkel). Destarte, esse déficit de realidade produzido pelas posturas jusfilosóficas ainda prisioneiras do esquema sujeito-objeto será preenchido pelas posturas interpretativas, especialmente as hermenêutico-ontológicas, que deixam de hipostasiar o método e o procedimento, colocando o locus da compreensão no modo-de-ser e na faticidade (mundo prático), bem na linha da viragem ocorrida a partir de Wittgenstein e Heidegger. Assim, salta-se do fundamentar enquanto busca de um fundamentum inconcussum, em direção do compreender, onde este – o compreender – não é mais um agir do sujeito, mas, sim, um modo-de-ser que se dá em uma intersubjetividade. E isso é extremamente ruptural”. (Hermenêutica, neoconstitucionalismo e “o problema da discricionariedade dos juízes”. Anima. Opet. P. 5., Disponível em http://anima-opet.com.br/pdf/anima1/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf, acesso em 13.12.2017).

³² Como já citado, para alguns atores do sistema processual penal, “a formalidade processual não tem a menor relevância” (MOREIRA, Romulo de Andrade. A formalidade processual “não tem a menor relevância”, disse sua excelência, um magistrado. Op. cit. P. 14).

³³ Como argumenta Shapiro: “Se o positivista estiver correto e a existência e o conteúdo de sistemas jurídicos for determinada em última instância apenas por fatos sociais, então a única maneira de demonstrar conclusivamente que uma pessoa tem autoridade legal, ou que ela está interpretando textos legais propriamente, é pelo engajamento em investigação social. Apenas observando o que as pessoas pensam, intencionam, alegam, dizem ou fazem é que o

Talvez o maior desafio que se coloque à superação dessa problemática seja precisamente a elevação do plano teórico de discussão, mediante reconhecimento de que, por mais que se pretenda forjar um quadro-normativo primário (*primary legal framework*) para ser imposto como guia ou limitador rígido ao esquadro racional decisório dos juízes, a realidade demonstra que os magistrados são o que são: seres humanos, brasileiros, com vencimentos e prerrogativas que os posicionam dentre as classes econômicas mais abastadas e poderosas da nação, que não raramente se indignam e reagem aos desmandos públicos que perpetuam a criminalidade e as mazelas sociais no país, com agir atualmente dotado de profunda legitimação popular e que, ao decidirem, o fazem não só com base na juridicidade, mas também a partir de critérios assentados na responsabilidade moral, política, social e econômica. Essa constatação está presente na leitura feita do processo penal por Alexandre Moraes da Rosa a partir da *teoria dos jogos* enunciada pelo matemático norte-americano John Nash³⁴.

Em verdade, nos casos difíceis, provavelmente a juridicidade tem se apresentado como o elo de ruptura até mais simples, seja em razão do descrédito absoluto que tem sido atribuído ao parlamento (e, nessa visão, à legalidade estrita enquanto norma-primária do sistema) seja devido à ideia de que aos juízes seria atribuído o poder de ajustar o sistema de processo à resposta que cada caso penal exigiria especificamente – ainda que também não haja consenso acerca de qual seria a melhor resposta adequada a ser dada (ex: decisão ativista *versus* decisão garantista).

Antes de se adotar, no entanto, a tese de que o processo penal contemporâneo brasileiro estaria reduzido à jogatina (ou pelo menos a uma incômoda loteria), prefere-se insistir nas

jurista poderá definitivamente demonstrar que o direito é de tal jeito em qualquer instância particular. Por outro lado, se o teórico jusnaturalista estiver certo e a existência e conteúdo de sistemas jurídicos for determinada em última instância por fatos morais, então é impossível demonstrar de forma conclusiva qual é o direito em qualquer caso particular sem engajamento em investigação moral. A filosofia moral seria indispensável para o estabelecimento da verdade de proposições legais porque seria essencial para o estabelecimento da validade de alegações sobre autoridade legal e método interpretativo apropriado”. (SHAPIRO, Scott. *Legality*. Op. cit. p. 29-30).

³⁴ “Cada um possui o tema que lhe persegue a existência. O meu seria o de estabelecer mecanismo de tomada de decisão, ou seja, ‘como se decide’. Abandonei essa perspectiva desde que me dei conta de que o exercício do poder, sem limites rígidos (e impossíveis), leva ao decisionismo e, de outro, que os constrangimentos epistemológicos, morais, éticos, enfim, nas bordas do Direito, embora possam parecer sofisticados, diante da ausência de coerção e da multiplicidade de premissas, acabam dependendo da adesão subjetiva, do compromisso e da inteligência dos jogadores e dos julgadores no dispositivo interacional do jogo processual penal. Assim, acolhendo como tese preliminar, a prevalência de recompensas como fator decisivo do modelo de tomada de decisão, busquei articular instrumental formal capaz de indicar as expectativas de decisão dominante/dominada a partir da teoria dos jogos, devidamente profanada e adaptada ao processo penal. Falarei, também, do fanatismo – econômico, religioso, jurídico – que se articulam em seitas jurídicas, nas quais o sujeito não se apresenta como tal, mas sim como embaixador do que já foi decidido pelos líderes. No seu oposto, encontraremos juízes que se declaram imperadores de suas unidades jurisdicionais, nas quais o direito se confunde com suas preferências pessoais, como se pudessem eles, democraticamente, criar o seu autodireito, sem referenciais externos e normativos. O império do ‘eu penso assim’ e ‘se não gostou, recorra’”. (ROSA, Alexandre Moraes da. *Teoria dos jogos e processo penal: a short introduction*. 2. ed. ampl. e rev. Florianópolis Empório Modara, 2017, p. 21-23)

importantes contribuições da teoria do direito, em especial, no resgate da importância de um sistema *positivo* coerente, *conhecido* e *assimilado* por todos os operadores³⁵.

Sem o retorno, portanto, à estrita legalidade, inspirada pela *juridicidade*, por intermédio da qual se estabeleçam critérios *objetivos*³⁶ *prévios* que se imponham ao julgador, mesmo em hipótese de contrariedade a seus eventuais valores subjetivos, para validação das decisões judiciais e dos atos em geral no âmbito do processo penal, desacordos primários sobre o Direito se manterão, renunciando o fracasso de qualquer iniciativa séria de reforma – seja ela total ou parcial³⁷.

4. CONCLUSÃO.

Os debates públicos acerca da reforma do código de processo penal brasileiro, bem como de institutos jurídicos pontuais do sistema, evidenciam a existência de substanciais desacordos conceituais prévios acerca do próprio Direito na comunidade jurídica e na sociedade como um todo, cujo adequado endereçamento é essencial para se almejar qualquer intento reformista que se pretenda eficaz.

Mesmo a experiência jurídica estrangeira, seja de tradição mais próxima à nacional, como a italiana, seja de matriz diversa, como a norte-americana, tem oferecido caminhos e institutos apenas *paliativos* para a complexidade dos problemas vivenciados na prática forense pátria.

A mera enunciação doutrinário-acadêmica da necessidade de observância de valores humanos, preceitos constitucionais ou mesmo a defesa de um sistema processual garantista de matriz acusatória, ainda que nutrida de raízes históricas ou de ínsita lógica sistêmica, não tem se mostrado *suficiente* nem à obtenção de consenso quanto ao caráter que se tem almejado dar à reforma nem a uma perspectiva de reversão, no médio prazo, do cenário de insegurança jurídica e vilipêndio à *juridicidade* que vem sendo observado nos tribunais.

³⁵ Como lembra Shapiro, acerca do valor da legalidade positivada (melhor lida como *juridicidade*): “O positivismo jurídico é uma doutrina libertadora porque ela expõe a contingência e a mutabilidade do direito. Como o direito é criado pela atividade humana, poderia ter sido criada de outra forma. Uma vez que este fato seja apreciado, não haverá desculpa para a aceitação do status quo. Como o direito é reparável, onde ele estiver quebrado, ele deve ser consertado”. (SHAPIRO, Scott. *Legality*. Op. cit. p. 389).

³⁶ Fundados em prévio acordo valorativo (moral, político, social e/ou econômico), seja em momento histórico revolucionário (constituente) seja pela via da reforma/inação ordinária do sistema.

³⁷ Afinal, “O Estado de Direito floresce, portanto, somente quando intérpretes jurídicos possuem uma grande quantidade de autodisciplina. Eles devem, em outras palavras, resistir ao impulso de levar a interpretação jurídica como um convite para filosofar sobre as grandes questões morais e políticas de seu tempo. Em vez disso, eles devem suspender seu julgamento moral e se mostrarem fidelidade ao ponto de vista jurídico. Ter a capacidade de pensar dentro da caixa, devemos dizer, é a última virtude passiva do intérprete jurídico. Pois a lógica do planejamento é respeitada somente quando o processo de interpretação jurídica não desmonta as questões que o Direito visa resolver”. (SHAPIRO, Scott. *Legality*. Op. cit. 398).

A teoria geral do direito aponta a importância de se restabelecer o prestígio do conceito de Estado de Direito, ancorado em perspectiva *juspositivista*, como a *melhor maneira* de se estabelecerem critérios objetivos para a estruturação de um sistema de justiça criminal *eficaz* e de um processo penal que se pretenda *garantista* (com definição clara de funções, desenhos e prerrogativas das instituições envolvidas, assim como de cada um dos atores processuais), cujas regras deverão prevalecer mesmo na persistência de desacordos individuais ou sociais sobre o Direito em uma situação concreta - ao menos no âmbito e com vistas ao adequado acerto dos casos penais.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

- BRASIL JORNAL ESTADÃO. 21.08.2017. Brasil registra 28 mil homicídios no 1º semestre. Disponível em <http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-registra-28-mil-homicidios-no-1-semester,70001943908>, acesso em 13.12.2017.
- BRASIL. AJUFE. Pela efetividade da justiça criminal. Informativo. Brasília-DF. Setembro/2015. N. 30. Disponível em <http://www.ajufe.org/images/bkp/ajufe/arquivos/downloads/informativo-n30-1721977.pdf>, acesso em 13.12.2017.
- BRASIL. ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO PARANÁ. Audiência Pública. Seminário sobre a reforma do código de processo penal e do sistema penitenciário. Disponível em https://www.youtube.com/watch?v=G__3rN6Dj98, acesso em 13.12.2017.
- BRASIL. JORNAL ESTADÃO. 06.07.2016. Cresce apoio da população à Lava Jato, indica pesquisa. Disponível em <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/apoio-da-populacao-a-lava-jato-aumenta-indica-pesquisa/>, acesso em 13.12.2017.
- BRASIL. JORNAL O GLOBO. 19.03.2017. Em vídeo, Moro agradece apoio 'da grande maioria' à Lava-Jato. Disponível em <https://oglobo.globo.com/brasil/em-video-moro-agradece-apoio-da-grande-maioria-lava-jato-21084364>, acesso em 13.12.2017.
- BRASIL. JUSBRASIL. Folha Política. Abril/2017. O apoio da população à Lava Jato tem sido um diferencial, o Brasil tem jeito, afirma Sergio Moro. Disponível em <https://folhapolitica.jusbrasil.com.br/noticias/445396946/o-apoio-da-populacao-a-lava-jato-tem-sido-um-diferencial-o-brasil-tem-jeito-afirma-sergio-moro>, acesso em 13.12.2017.
- BRASIL. SENADO DA REPÚBLICA. CPMI – JBS. Disponível em <http://legis.senado.leg.br/comissoes/reuniao?1&reuniao=6961&codcol=2110>, acesso em 13.12.2017.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 593727 RG, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, julgado em 27/08/2009; HC 84548, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 04/03/2015; HC 83463 - 2ªT, HC 85419 - 2ªT, HC 87610 - 2ªT, RE 468523 - 2ªT, HC 89158 - 1ªT, HC 89837 - 2ªT, HC 91613 - 2ªT, HC 91661 - 2ªT, HC 93930 - 2ªT, HC 94173 - 2ªT, HC 97969 - 2ªT, ADI 1571 MC – TP.

CABRERA, Michelle Gironda. A mentalidade inquisitória no processo penal brasileiro - Parte II. Canal Ciências Criminais. 03.11.2016. Disponível em <https://canalcienciascriminais.com.br/processo-penal-brasileiro/>, acesso em 13.12.2017.

CARNELUTTI, Francesco. Verso la riforma del processo penale. Napoli: Morano Editore, 1963.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda et al. (Org). Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil. Volume 2. Florianópolis: 2017.

DE LUCCA, Giuseppe. Primi problemi della riforma del processo penale. Sansoni. Firenze, 1962.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (Org). Sistemas processuais penais. Florianópolis: Empório do Direito, 2017

LOPES JR., AURY & ROSA, Alexandre Moraes da. Limite penal: Poder de investigação do MP cria mais problemas do que resolve. Revista Consultor Jurídico, 22 de maio de 2015, disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-mai-22/limite-penal-poder-investigacao-mp-cria-problemas-resolve?imprimir=1>, acesso em 13.12.2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. Segurança Pública e Justiça Criminal. Consultor Jurídico. 04.04.2015. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-abr-04/observatorio-constitucional-seguranca-publica-justica-criminal>, acesso em 13.12.2017.

MOREIRA, Romulo de Andrade. A formalidade processual “não tem a menor relevância”, disse sua excelência, um magistrado. *In* Estudos críticos sobre o processo penal brasileiro e outros ensaios. Livro 1. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Direito Administrativo. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2009.

OLIVEIRA, L. H. S. Análise de juridicidade de proposições legislativas. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, agosto/2014, p. 8-9. Disponível em: www.senado.leg.br/estudos, acesso em 13.12.2017.

ROSA, Alexandre Moraes da. Teoria dos jogos e processo penal: a short introduction. 2. ed. ampl. e rev. Florianópolis Empório Modara, 2017.

SHAPIRO, Scott. Legality. Londres: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, neoconstitucionalismo e “o problema da discricionariedade dos juízes”. *Anima. Opet.* p. 5, Disponível em http://anima-opet.com.br/pdf/anima1/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf, acesso em 13.12.2017.