

SOBRE A PROCESSUALÍSTICA UNIVERSITÁRIA: o ensino do direito processual penal no Brasil e seu atual estágio

Mauro Fonseca Andrade*

Resumo: O presente texto analisa a mudança no ensino do direito processual penal, ocorrida na última década. Nesta análise, há a identificação da mutação ideológica no ensino e dos métodos utilizados para o atingimento de seus fins.

Palavras-chave: Processo Penal. Ensino. Filosofia. História. Jurisdição.

Sumário: Introdução. 1. Observações sobre o conservadorismo no ensino jurídico. 2. E surge a *Nova Ordem*. 3. Instrumentos difusores da *Nova Ordem*. 3.1. A seletividade do que se pretende *interdisciplinar*. 3.1.a. História: uma inimiga implacável. 3.1.a.1. Proposição de uma novidade velha. 3.1.a.2. Nunca foi, mas tem que ser. 3.1.a.3. Uma vinculação inexistente. 3.1.b. Muito prazer, Filosofia às suas ordens. 3.2. A *doutrina de resultado* no País do Espelho. 3.2.a. A visão espelhada da doutrina. 3.2.b. A visão espelhada da legislação. 3.2.c. A visão espelhada da jurisprudência. 3.3. Produção massificada e aderência acrítica. 4. A concretização de um objetivo: de guardião da sociedade a agente da repressão. 5. *De omnibus dubitandum est* (É preciso duvidar de tudo). Considerações finais.

Introdução

O título de um escrito diz muito sobre o que o leitor irá encontrar. Não por acaso, vemos autores que se esmeram em apresentar títulos claramente dire-

* Doutor em Direito Processual Penal pela Universidade de Barcelona/Espanha. Professor Adjunto da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professor da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Promotor de Justiça/RS. E-mail: mauro.fonsecaandrade@gmail.com.

cionados a mexer com o imaginário de seu público-alvo. Por vezes, eles são construídos para dar uma ideia de quão fantástico é o conteúdo que o leitor irá se deparar; por outras, estão voltados a, subliminarmente, enaltecer o ego de seu autor, passando a ideia de quão *inteligente* é o redator daquelas letras, ao apresentar um título por demais rebuscado ou com variantes linguísticas às vezes ininteligíveis ao leitor leigo.

Essa é a lição que Arthur Schopenhauer deixou em seu texto *Sobre o ofício do escritor*, ao tratar de como deveria ser o título de uma obra.¹ Nesta mesma passagem, ele fez uma dura crítica a dois tipos de títulos: os *títulos furtados*, que pertenceriam a outros livros; e os *títulos imitados*, que seriam, nas suas palavras, *roubados em parte*. Plágio foi a palavra usada para representá-los, e, quanto ao conteúdo, ele afirmou que nada de novo poderiam apresentar, dada a falta de imaginação para sequer receberem um título próprio e inédito.

É por isso que, desde o início, alertamos o leitor: o título de nosso texto não é inédito, tampouco representativo de alguma intelectualidade de quem o firma. Na verdade, ele é um título imitado, e de ninguém menos que do próprio Schopenhauer. Mas, ao contrário da opinião de nosso ilustre filósofo, atrevemo-nos a subdividir os títulos imitados em duas categorias: a primeira, que corresponderia àquela intenção mascarada de plágio; e uma segunda – na qual nos encontramos –, onde a intenção do autor não é fazer a imitação pela simples falta de condições de apresentar um título próprio. No caso presente, o que acreditamos haver é um *empréstimo*, voltado não à cópia, mas à mais sincera homenagem.

O título de nosso ensaio nada mais é que uma referência ou *reverência* à obra *Sobre a filosofia universitária*,² também de Schopenhauer, escrita, justamente, para criticar o estágio em que se encontrava o ensino dessa disciplina no meio universitário de sua época. O seu texto é ácido e duro, e tinha Hegel como alvo. Mas, se deixarmos de lado a rivalidade existente entre eles, e adaptarmos sua crítica exclusivamente ao ponto de vista de como o direito processual penal vem sendo ensinado – seja em sala de aula, seja nas publicações que encontramos por aí –, salta aos olhos a atualidade de suas palavras.

Tudo, absolutamente tudo que ali foi apontado como falha, vício ou deturpação no ensino da Filosofia, é possível encontrar em nosso meio acadêmico, o que nos traz certa decepção com o ser humano, pois nos é jogado na

¹ SCHOPENHAUER, Arthur. *Sobre o ofício do escritor*. Tradução de Luiz Sérgio Repa e Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 13.

² SCHOPENHAUER, Arthur. *Sobre a filosofia universitária*. Tradução de Maria Lúcia Mello Oliveira Cacciola e Márcio Suzuki. São Paulo: Martins Fontes, 2001. Por mera curiosidade, indicamos a leitura de outro texto, mas que aborda a realidade do ensino da Filosofia no Brasil: CARVALHO, Olavo de. Miséria sem grandeza: a filosofia universitária no Brasil. In: *A Filosofia e seu inverso & outros estudos*. Campinas: Vide Editorial, 2012, p. 129-150.

cara que nenhuma evolução interior nos atingiu após mais de um século daquela publicação. Entretanto, para quem procura refúgio nos textos clássicos de nossa antiguidade, essa possível decepção passa a ser vista com certa frieza, pois a humanidade persiste há muito mais tempo em seguir cometendo os mesmos desvios relatados já nos primeiros escritos produzidos pela literatura grega e romana. Estamos falando, portanto, em nada menos que dois mil e setecentos anos da mais pura mesmice.

Esse é o objetivo de nosso ensaio: apontar o que a academia processual penal tem proposto na atualidade, os meios que tem empregado em suas proposições e o resultado que está alcançando com elas. Que Schopenhauer nos perdoe, mas a sinceridade e visão de suas palavras fazem com que muito mais que um título emprestado utilizemos de sua obra. Elas serão fonte de inspiração para uma luta que sabemos ser inglória, em razão do tempo que levará para surtir algum efeito: a melhoria de nosso ensino, que refletirá na melhoria de nossos profissionais.

Iniciemos, então. Como disse Erasmo de Rotterdam, “Nunca se principia cedo demais o que jamais tem termo de chegada”.³

1 Observações sobre o conservadorismo no ensino jurídico

Nenhuma disciplina do Direito é mais suscetível às variações ideológicas que o direito processual penal!

Embora seja – propositalmente – impactante para a abertura de um tópico, essa afirmativa pode ser comprovada não só pelo que representa o processo penal em si, mas também pela forma como ele foi disciplinado ao longo da história. E a comprovação dessa assertiva em muito nos ajudará a compreender alguns *fenômenos* – por assim dizer – que vêm ocorrendo no ensino daquela disciplina.

Já se disse, com razão, que o direito penal é algo estático, que nenhuma alteração provoca no mundo, pois se presta a simplesmente prever condutas proibidas e as consequências que devem ser aplicadas a quem nelas incidir. Praticado o crime, não é o direito penal que *faz as coisas acontecerem*; é preciso, então, que surja ou se instaure algum meio/ambiente/lugar onde as questões relacionadas à infração penal serão discutidas. É ali onde pessoas e condutas serão avaliadas, de modo a se poder chegar à (im)possibilidade da aplicação da pena correspondente ao ilícito penal que se disse haver ocorrido.

³ ROTTERDAM, Erasmo. De pueris (Dos meninos). Capítulo VIII, 2. In: *De pueris (Dos meninos). A civilidade pueril*. Tradução de Luiz Feracini. São Paulo: Escala, 2005, p. 100.

Esse meio/ambiente/lugar recebe o nome de *processo penal*, e nele estará materializada a existência de dois conflitos de interesses muito bem identificados: de um lado, temos um sujeito encarregado de buscar a responsabilização de quem, aparentemente, praticou um ilícito penal; de outro, temos o próprio sujeito a quem é imputada a prática daquele ilícito. Em um linguajar mais técnico, o que teremos é o choque entre o *ius puniendi* (ou, mais propriamente, *ius perseguendi*) de quem acusa, e o *ius libertatis* de quem é acusado.

As regras aplicáveis aos direitos de perseguição e de liberdade costumam variar segundo o regime político do país onde se manifestam. Apesar de não ser sempre assim, a regra é que, em países de regimes mais austeros, aqueles direitos sofrerão o impacto dessa austeridade, havendo um incremento nas possibilidades de exercício do *ius perseguendi*, e uma redução nas possibilidades de exercício do *ius libertatis*. Em sentido obviamente inverso vai a lógica do processo penal quando o regime for mais liberal ou democrático. É assim que surge, então, a luta ideológica pelo domínio das regras a serem aplicadas ao processo penal.

O nosso Código de Processo Penal (doravante, CPP) foi apresentado em um momento histórico em que aqui se vivia um período de ditadura. Isso claramente se vê, não só pela sua fonte inspiradora – o Código Rocco, da Itália fascista –, senão também em suas disposições originais, voltadas a restringir a possibilidade de liberdade do sujeito que fosse alvo de uma acusação.

Até o advento da Constituição Federal de 1988, a simplificação de sua lógica repressiva se refletia no próprio ensino do direito processual penal. É possível afirmar, até mesmo, que havia um descompasso entre a doutrina de então e o ensino nos bancos das faculdades. Ao passo que a primeira⁴ se notabilizou pela invocação de doutrina estrangeira – de difícil acesso à época – e pelo trato de temas que até hoje não são abordados a contento pelos *estudiosos* do momento, poucos eram os professores que mostravam uma dedicação diferenciada no ensino do direito processo penal em sala de aula. A imagem que não nos sai da memória é a do professor selecionado dentre profissionais destacados em sua área, com o código na mão, reproduzindo seus artigos aos alunos. Esse era o perfil de grande parte dos do(c)entes universitários de direito processual penal.

Os novos ares constitucionais provocaram uma profunda discussão em diversos institutos processuais penais que já se encontravam presentes nas Cartas de 1967 e 1969. Contraditório, ampla defesa e igualdade de partes/armas passaram a ser revisitados pela doutrina, que tratou de ampliar seus espectros, em

⁴ Nesse grupo seletivo, sem grandes dificuldades podemos inserir nomes como Hélio Bastos Tornaghi e José Frederico Marques.

razão da ideologia democrata/liberal agora vigente. Com isso, a necessidade de um maior arejamento no próprio ensino do direito processual penal era uma questão de tempo.

Surgiram, então, alguns escritos denunciando a necessidade dessa mudança.⁵ Dentre eles, destacamos os apontamentos feitos por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Fauzi Hassan Choukr, por serem profissionais conhecidos por suas atuações no direito processual penal.⁶

No primeiro de seus escritos, Coutinho fala dos méritos do movimento *direito alternativo*, e coloca o direito processual como o “mais inexpugnável do conservadorismo jurídico”.⁷ Especificamente quanto ao direito processual penal, afirma haver um “alheamento às questões filosóficas, em primeiro lugar e, depois, à interdisciplinariedade, a começar pela psicanálise”.⁸ Em outra ocasião, este mesmo autor volta a se referir à psicanálise, apontando-a como o “campo mais propício para fundar o avanço que se está a discutir”, qual seja, o avanço do Direito como um todo.⁹

Em outro escrito, Coutinho aborda o conflito que existe entre dois grupos de professores: aqueles a quem chama de *catedráticos* e os jovens professores. Os primeiros representariam os docentes conservadores e legalistas, preocupados em manter o discurso único e homogêneo. Os segundos representariam a nova geração de professores, crentes no discurso da dignidade humana e da democracia, na ética do ensino e na diversidade de pensamento que deve pautar o espaço universitário. Como os *catedráticos* estariam em maior número no meio acadêmico, eles seriam os responsáveis pelo que aquele autor chama de *sonhocídio*, que seria a morte dos sonhos dos professores do segundo grupo, com repercussão óbvia na formação deficitária do corpo discente que esteve sob seus cuidados (?) e responsabilidade.¹⁰

⁵ Por certo que não desconhecemos que vários foram os escritos, antes mesmo da Constituição Federal de 1988, que já manifestavam a necessidade de uma reformulação no ensino jurídico em nosso país. Entre os mais conhecidos, destacamos: LYRA FILHO, Roberto. *Por que estudar Direito, hoje?* Brasília: Nair, 1984. FÁRIA, José Eduardo. *A reforma do ensino jurídico*. Porto Alegre: SAFE, 1987.

⁶ Para uma visão mais ampla, por abordar o ensino superior na Itália, França e Alemanha, ver: PICARDI, Nicola. La Formazione di Base del Giurista. *Rivista di diritto processuale*, Milano, v. 60, n. 2, p. 355-376, abr./jun. 2005.

⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Um Novo Ensino do Direito Processual Penal. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 33, 1994, p. 136.

⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Um novo ensino do direito processual penal*. Ob. cit., p. 137.

⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O ensino do direito no Brasil. *Novos estudos jurídicos*, Itajaí, v. 10, n. 1, jun. 2005, p. 236.

¹⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sonhocídio: Estragos Neoliberais no Ensino do Direito ou “La Búsqueda del Banquete Perdido”, como diria Enrique Mari. In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 97-108, 2003.

Por sua vez, Choukr se dedica a denunciar o “sucateamento do discurso processual penal”, em razão dos fatores que elenca. O primeiro deles seria a falta de compreensão do que chama de “cânones políticos” presentes na Constituição Federal de 1988 e na Convenção Americana dos Direitos do Homem. Parte do pressuposto, então, da existência de certa resistência em se proceder a uma necessária releitura do atual CPP, formatado sob condições políticas diversas daquelas em que foi redigida a Carta de 1988. De forma mais detalhada, aponta as evidências dessa ausência de *reflexão essencial*, que consistiria na: a) *produção teórica do discurso*, materializada na reprodução normativa e em material didático que reflete essa diretriz; b) *estratégia de comprovação teórica do discurso*, que diz respeito à avaliação do alunado, a partir da exigência de comprovação de conhecimento (?) ou absorção das informações passadas de acordo com o primeiro item; e c) *estratégia política de penetração normativa que embasa o discurso*, ou seja, referência à necessidade de reformas pontuais na legislação, o que impediria sua adequação aos *cânones políticos*, de modo integral e uniforme.

Para que houvesse, portanto, o resgate ou reconstrução do ensino do processo penal, o caminho que aponta necessitaria: a) a alteração na base didática para corrigir o aspecto normativo-cultural do sistema; b) a adoção de interdisciplinaridade, mantendo-se contatos com a Filosofia, História, Sociologia e Antropologia, a título de exemplo; c) o resgate e valorização dos autores clássicos, mas conferindo a adequação de suas premissas com os saberes estruturantes das áreas do conhecimento anteriormente citadas; e d) a alteração no método de avaliação, para que se ajuste às alterações pedagógicas propostas. Esse é o caminho para o que chama de *nova ordem*, motivadora de uma profunda oxigenação no trato do ensino do direito processual penal.¹¹

2 **E surge a Nova Ordem**

As pretensões de Coutinho e Choukr se concretizaram, e uma nova linha de professores e escritos na área do direito processual penal surgiu no país, tendo, por ícones, docentes com formação obtida em universidades estrangeiras.

A interdisciplinaridade se instalou com muita força, a ponto de alguns centros acadêmicos abraçarem fortemente essa característica para darem visibilidade e publicidade às inovações que produziam em seus programas de pós-graduação em Direito (doravante, PPGDs). Sociologia, Criminologia e Antro-

¹¹ CHOUKR, Fauzi Hassan. As Faces de Eco: apontamentos sobre o ensino do processo penal. *Atuação – Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense*, Florianópolis, v. 3, n. 7, p. 145-152, set./dez. 2003.

pologia se tornaram seus carros-chefes. À necessidade de atualização de nosso ensino, uniu-se a visão mercadológica de um produto inédito em nosso país. Aliado a isso, a gama de informações obtida no exterior fez com que a legislação, jurisprudência e doutrina estrangeiras ingressassem definitivamente na – assim chamada – *produção científica* e lições de sala de aula.

O tão esperado *arejamento* do ensino do direito processual penal estava ocorrendo, mas não demorou muito a demonstrar a que, de fato, ele veio. Em lugar de operar esse salto de qualidade no ensino daquela disciplina, uma parcela significativa da linha docente responsável por essa mudança optou por ir além, elegendo e combatendo quem entendeu ser seu inimigo.

Em um primeiro momento, o Estado foi apresentado como o inimigo do cidadão, pois se passou a defender a ideia que o processo penal deve ser construído para ser “limitador da violência do Estado”,¹² embora dois fossem os interesses em conflito: o *ius persecuendi* e o *ius libertatis*. Em um segundo momento, as próprias instituições representativas do Estado na esfera criminal passaram a ser vistas como inimigas daquelas mudanças que eram exigidas, agora não só no ensino do direito processual penal, mas também na própria normatividade dessa área do Direito.

¹² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As Reformas Parciais do CPP e a Gestão da Prova: Siga o Princípio Inquisitivo. *Boletim IBCrim*, Rio de Janeiro, a. 16, n. 188, jul. 2008, p. 13. Em sua raiz, essa visão sobre a atuação do Estado está assentada na teoria marxista e seus *aparelhos repressivos do Estado*, e nos *aparelhos ideológicos do Estado*, de Louis Althusser. Ambos figuram como pilares do movimento *Direito Alternativo*, já extinto no âmbito civil, mas ainda atuante no âmbito criminal, apesar de apresentar outro nome, por nós denominado *Nova Ordem*. Aliás, o próprio Jacinto Nelson de Miranda Coutinho se mostrou partidário do *Direito Alternativo* (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Um novo ensino do direito processual penal*. Ob. cit., p. 133-134), e foi justamente em um dos seminários nacionais desse movimento que ele apresentou uma proposição – a *teoria da gestão da prova* – que o tornaria, uma década depois, conhecido no cenário nacional (COUTINHO, Jacinto José de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: *Direito Alternativo: seminário nacional sobre o uso do direito alternativo*. Rio de Janeiro: ADV, 1993). Por certo que aqui não é o espaço mais adequado para a demonstração do equívoco argumentativo sobre o qual se assenta a *Nova Ordem* e o próprio *Direito Alternativo*. Nesse particular, remetemos o leitor à obra de Gilberto Callado de Oliveira (*A verdadeira face do Direito Alternativo*. 4. ed. Juruá: Curitiba, 2006). O que, sim, podemos dizer neste momento, é que nenhuma sociedade, seja em que época for, conseguiu se organizar sem o estabelecimento de regras mínimas de convivência (destinadas a permitir a própria subsistência daquela sociedade) e de alguém que estivesse encarregado de fiscalizar e fazer cumprir tais regras, sob pena de a própria sociedade ruir, sem que a exigência desse cumprimento fosse visto como “violência do Estado”. Com um pouco menos de ódio no coração e sem espírito de Robin Hood, qualquer um pode se dar conta do que já disse Platão, muito antes da revolução industrial, dos meios de produção e do direito de greve: “Se alguém julga que basta criar leis, não importando quais, para estabelecer solidamente uma constituição, sem que haja um homem com autoridade para velar pelo gênero de vida que se leva na cidade, de modo a fazer reinar a temperança e a energia entre escravos, bem como entre os homens livres, está enganado” (PLATÃO. Carta XI. De Platão a Laodamas. In: *Cartas*. 4. ed. Lisboa: Estampa, 2002, p. 109-110). Resumindo, a cura da *Nova Ordem* passa, entre outros fatores que veremos a seguir, por mais Platão, e menos Prozac.

Foi aí que surgiu um discurso maniqueísta que ainda se faz presente, onde os papéis foram redefinidos: havia quem devesse ser apresentado como opressor, e havia quem devesse ser apresentado como oprimido. Em razão desse discurso, rapidamente os profissionais com atuação no direito processo penal passaram a ser classificados em dois tipos: os *garantistas*, de um lado; e os *lei-e-ordem*, de outro.

Fortemente influenciados pela obra de Luigi Ferrajoli, os primeiros se autoproclamaram detentores de uma formação intelectual, moral, cultural e técnica mais elevada que todos os demais. Não interessava se o que defendiam era o oposto ou nunca havia sido defendido por aquele autor – aliás, ele próprio teve que vir ao Brasil para dizer que, muitas das posições aqui defendidas em seu nome, por ele nunca haviam sido pregadas; o que importava era a ostentação de um qualificativo que viam como um verdadeiro título a ser publicamente exibido.

Quanto aos segundos, não interessava se essa classe de operadores do Direito era, ou não, prepotente ou autoritária em sua atuação profissional. Bastava que eles não compartilhassem integralmente das ideias dos tais *garantistas*, que a pecha de *lei-e-ordem* já lhe era impingida pelos ícones representativos da primeira categoria.¹³

O inimigo havia sido identificado, a pecha de *lei-e-ordem* estava dada e, agora, uma *Nova Ordem* estava instalada. Manifestar um ponto de vista contrário já era suficiente para receber aquele *etiquetamento* pejorativo. Não demorou muito a que o próximo passo fosse dado: o *mocinho do filme* precisava superar o Estado-vilão e seus famigerados representantes, fossem eles quem fossem (juízes, membros do Ministério Público ou Delegados de Polícia).

A tão almejada evolução no ensino do direito processual penal havia sido superada e substituída por uma pretensão muito menos nobre. Usou-se o discurso do arejamento nessa área do conhecimento para se implantar – na verdade,

¹³ Nesse particular, dois fatos não nos saem da memória. O primeiro, envolvendo professor de um PPGD que, para que pudesse *bem corrigir* os trabalhos de seus alunos, orientava sua secretária particular que os separassem em dois grupos, curiosamente, os alunos considerados por ele como integrantes da linha *garantista*, e os alunos considerados *lei-e-ordem*. O segundo, de uma Promotora de Justiça que tentou, por diversas vezes, ingressar em um PPGD voltado ao direito processual penal. Ela apresentava atuação destacada no Tribunal do Júri de uma das capitais de nosso país. Resultado disso é que seu ingresso naquele PPGD não ocorreu em todas aquelas vezes, o que a fez mudar de rumo e ingressar no Programa de Pós-Graduação em Sociologia da mesma universidade do PPGD onde não era acolhida. Resultado disso: ela fez a investigação que originalmente pretendia, apresentou seu trabalho final em uma Faculdade de Sociologia, e sua nota final foi 10 (dez). Por certo que ninguém tem vaga garantida em qualquer curso daquela natureza, mas é sintomático que um projeto de pesquisa sequer tenha sido acolhido em um centro conhecido pela interdisciplinaridade – dentre as quais, encontrava-se a própria Sociologia –, mas, no programa de pós-graduação desta mesma área do conhecimento, aquela aluna tenha obtido nota máxima no trabalho que pretendia apresentar no PPGD.

impor – uma outra ideologia. Nas palavras de Henri Robert, alcançamos a *ditadura intelectual*.¹⁴ Nunca se viu, no ensino jurídico de nosso país, um movimento de tamanha envergadura. Mas ele precisava de instrumentos para atingir seus fins...

3 Instrumentos difusores da *Nova Ordem*

Por estar conectado às mais diversas áreas do saber, de longa data se exige, por parte do operador do Direito, que seu conhecimento seja o mais amplo possível.

Aristóteles já falava na necessidade de se conhecer o maior número de temas para alguém poder julgar bem ou se posicionar sobre os assuntos que lhe são postos a exame.¹⁵ René Descartes sugeria a interação com diversas áreas, a fim de permitir a aquisição de um conhecimento o mais amplo possível, em razão da conectividade que as unia.¹⁶ Além disso, também propunha a leitura dos “livros dos Antigos”, como forma de “poder aproveitar dos trabalhos de tão grande número de homens”, e “as invenções já feitas outrora com sucesso, quer também para ser informados do que ainda falta encontrar em todas as disciplinas”.¹⁷ Henri Robert falava que a completude na atuação do advogado passava pela necessidade de adquirir “*omnium rerum magnarum atque artium scientiam*: a ciência de todas as grandes coisas e de todas as artes”, mais propriamente, humanidade, literatura, História, Direito, política, dentre as quais classificou como *substantífica medula* o estudo da Filosofia, da História e do Direito.¹⁸

¹⁴ ROBERT, Henri. *O advogado*. 2. ed. Tradução de Rosemary Costhek Abílio. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 149.

¹⁵ ARISTÓTELES. *Ética Nicomáquea*. Libro I, 3, 27, 109a. Tradução de Julio Pallí Bonet. Madrid: Gredos, 2000, p. 26. v. 32.

¹⁶ DESCARTES, René. *Regras para a orientação do espírito*. Regra II. Tradução de Maria Ermanita de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 4. Uma das grandes injustiças cometidas contra Descartes é atribuir a ele a necessidade de *compartimentalização* do conhecimento como única forma de obtê-lo em sua plenitude, originada da leitura isolada de sua obra *Discurso do método*. Por isso, entendemos necessária a reprodução do trecho por nós acima referido, como forma de resgatar o pensamento daquele filósofo. Disse ele: “Cumpro crer que todas as ciências são tão ligadas entre si que é muito mais fácil aprendê-las todas juntas do que separar apenas uma delas das outras. Portanto, se alguém quer procurar seriamente a verdade, não deve escolher uma ciência específica: todas elas são unidas entre si e dependem uma das outras. Ele deve pensar somente em aumentar a luz natural da razão, não para resolver esta ou aquela dificuldade de escola, mas para que, em cada circunstância da sua vida, seu entendimento mostre à sua vontade o que é preciso escolher. Bem depressa, ficará todo espantado de ter feito progressos bem superiores aos dos homens que se aplicam a estudos especializados, e de ter conseguido não só a posse de tudo quanto os outros desejam, mas também de coisas mais elevadas do que aquelas que podem permitir-se esperar” (Ob. cit., p. 4).

¹⁷ DESCARTES, René. *Regras para a orientação do espírito*. Regra III. Ob. cit., p. 11.

¹⁸ ROBERT, Henri. *O advogado*. Ob. cit., p. 21-23.

Não foi outro o entendimento manifestado pelos críticos do ensino do direito processual penal de outrora. Choukr, inclusive, sugeriu o caminho a ser seguido para que sua melhoria e evolução se concretizassem, onde aparece, muito claramente, a interação do Direito com outras áreas do conhecimento, tais como, História e Filosofia. No entanto, a predileção da *Nova Ordem* foi por seguir um rumo alternativo.

3.1 A seletividade do que se pretende *interdisciplinar*

Embora a interdisciplinaridade haja sido apontada como um dos caminhos para a melhora do ensino e compreensão dos fenômenos verificáveis no direito processual penal, não tardou muito para que a *Nova Ordem* se desse conta dos riscos que corria, caso houvesse um aprofundamento na busca de respostas em certas áreas do conhecimento. Em lugar de corroborar as inovações que foram e são propostas, tais áreas – se abordadas com seriedade – levariam justamente a um resultado contrário.

Foi o caso da História e da Filosofia.

3.1.a História: uma inimiga implacável

Não é preciso ter *grandes luzes* para saber a importância que tem o estudo da História, à hora de se analisar os diversos institutos de direito processual. É nessa área do conhecimento aonde iremos nos deparar com o surgimento e os motivos do nascimento de determinado instituto, o contexto político em que ele foi criado, a ampliação ou retração de seu significado ao longo do tempo, enfim, todos os fatores que nos permitirão melhor dimensionar o objeto de nossa atenção na atualidade. Sem medo de errar, entendemos que, a partir do domínio da História, podemos, ao menos no Direito – e, com muito mais razão, no direito processual penal – separar as crianças dos adultos.

Isso não quer dizer, por certo, que devamos ter um apego exagerado ao estudo dessa disciplina. Não podemos, nesse aspecto, incidir no erro narrado por Luis Vélez de Guevara, em escrito de 1641, ao descrever a figura de “um historiador que ficou louco por ter perdido três décadas de Tito Lívio”.¹⁹ Da mesma forma, não podemos ver a realidade de outrora como se representasse práticas eternas e imutáveis, sobretudo quando diziam respeito a temas envol-

¹⁹ GUEVARA, Luis Vélez de. *O diabo coxo*. Tradução de Liliana Raquel Chwat. São Paulo: Escala, 2006, p. 32.

vendo o Direito e, mais ainda, o direito processual penal. Por estar a serviço do *estilo de vida* de cada época, nenhum segmento jurídico sofreu mais alterações em sua prática que este último.

O que se prega é o afastamento do mau uso da História, tal como verificamos nos dias de hoje. Não há mais lugar para, como diz Choukr, “parcas referências, deslocadas temporalmente, com o que se dá alguma ‘satisfação’ a determinadas ‘origens’ de ideias”.²⁰ Muito menos para a mistura de determinações históricas e eternas, referida por Soren Kierkegaard, pois o resultado é dar a impressão que, “quando parecia que se dizia algo histórico dizia-se algo eterno”.²¹ Ou, ainda, como diz Olavo de Carvalho, devemos saber fazer a diferença entre museologia e tradição.²²

Por vezes, vemos autores proporem verdadeiro *ovo de Colombo*, sem nenhuma preocupação em saber se algo idêntico ou similar já existiu no passado, e qual foi seu resultado prático naquela época. Da mesma forma, há autores que dão, a determinados institutos, características que eles nunca tiveram, fazendo isso com ares de verdadeiros dominadores do assunto que tratam, e sem apresentarem uma referência histórica sequer para corroborar seus dizeres. Por fim, há uma categoria que reputamos ser a mais abjeta de todas: aquela que despreza os estudos que invocam dados objetivos históricos, desprezo motivado pelo fato de estes dados históricos deixarem patente o equívoco dos postulados que aquela categoria de autores segue.

Para que não fiquemos na mera divagação, vamos à exemplificação.²³ Embora possamos elencar um sem-número de situações que bem demonstram nossa preocupação com o respeito à História – principalmente do processo penal –, restringir-nos-emos a três que entendemos serem as mais significativas.

²⁰ CHOUKR, Fauzi Hassan. As Faces de Eco: apontamentos sobre o ensino do processo penal. *Atuação – Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense*, Florianópolis, v. 3, n. 7, set./dez. 2005, p. 149-150.

²¹ KIERKEGAARD, Soren. *É preciso duvidar de tudo*. Tradução de Sílvia Saviano Sampaio e Álvaro Luiz Montenegro Valls. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 40.

²² CARVALHO, Olavo de. Quem é filósofo e quem não é. In: *A Filosofia e seu inverso & outros estudos*. Campinas: Vide Editorial, 2012, p. 173.

²³ A partir deste momento, embora procuremos comprovar nossa argumentação com a invocação das situações que classificamos como *problemáticas* – por assim dizer – no ensino do direito processual penal, nem sempre faremos referência ao nome dos autores que adotam posturas que entendemos equivocadas. Nossa intenção é combater a prática, e não a pessoa que a adota. Esse *modus operandi* será por nós adotado não só no tópico atinente ao estudo da História, mas em todos os demais que serão abordados em nosso texto.

3.1.a.1 Proposição de uma novidade velha

A ideia de um *Código Modelo de Processo Penal para Ibero-América* surgiu na década de setenta do século passado, tendo, por finalidade, servir de base para dar fim ao modelo inquisitivo de legislação processual penal, à época dominante nas ex-colônias espanholas na América. Sua formalização teve início nas *Quintas Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual*, em Bogotá-Cartagena, no ano de 1970, e o projeto final foi apresentado nas XI Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual, na cidade do Rio de Janeiro, em data de 25 de maio de 1988.

Dentre as previsões nele contidas, é possível identificar uma que diz respeito ao procedimento que poderia ser adotado pelo juiz, à hora de determinar a aplicação de pena ao acusado. De acordo com o seu artigo 287, sempre que o juiz julgasse conveniente, ele poderia determinar a divisão do julgamento em duas partes: a primeira diria respeito ao *meritum causae*, ou seja, se o acusado deveria ser condenado ou absolvido; a segunda diria respeito somente à definição do *quantum* de pena a ser aplicada ao acusado já condenado.²⁴ No entanto, tal procedimento já havia sido empregado no direito antigo, e lá demonstrado suas falhas e contradições.

No direito ateniense, o julgamento era dividido justamente dessa maneira, de modo que, se o acusado fosse considerado culpado, uma nova sessão de debates teria início, mas com tempo mais reduzido. Nela, acusador e acusado deveriam convencer os julgadores populares sobre a correção de seus argumentos, ou seja, se a pena a ser aplicada deveria ser a mais dura ou a mais branda.²⁵ E é aí que esse procedimento – sugerido pelo Código Modelo de CPP – deixava patente sua contradição: em um primeiro momento, o acusado deveria se empenhar para alcançar sua absolvição; em momento posterior, deveria se empenhar para demonstrar que era merecedor de uma pena menor. Ao assim proceder, ele dava a entender que já sabia de sua culpabilidade na primeira fase do julgamento, o que poderia passar uma má impressão aos jurados no momento em que se posicionariam sobre qual pena aplicar.

O maior julgamento da história do direito ateniense apresentou exatamente essa divisão. Referimo-nos ao julgamento de Sócrates, e ninguém menos que ele próprio manifestou sua indignação com essa segunda fase do julgamento, materializando essa contradição nas seguintes palavras reproduzidas por Platão:

²⁴ PROJETO de Código Processual Penal-Tipo para Ibero-América (4ª parte). *Revista de Processo*, São Paulo, a. 96, n. 64, 1991, p. 109.

²⁵ ARISTÓTELES. *La Constitución de Atenas*. 68-69. 3. ed. Tradução de Antonio Tovar. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 221.

“Persuadido, como estoy, de que no hago daño a nadie, me hallo muy lejos de hacerme daño a mi mismo, de decir contra mí que soy meceredor de algún daño y de proponer para mi algo semejante”.²⁶

Se algum cuidado com a história do processo penal houvesse sido tomado pelos redatores do Código Modelo, fatalmente não nos recordaríamos de Aristófanes, quando disse, em uma de suas peças, que “el pueblo aborrece ver repetidas antiguas soluciones”.²⁷ Imaginemos quais sentimentos, então, teria este mesmo *pluebo*, se soubesse que a proposição feita pelo Código Modelo sequer solução foi em seu tempo.

3.1.a.2 Nunca foi, mas tem que ser

Outra situação de desprezo à História é verificada na abordagem que a *Nova Ordem* faz em relação à postura do juiz na fase probatória. Mais especificamente, estamos a nos referir à pretendida necessidade de o juiz ser completamente inerte nessa fase do processo, como única forma de alcançar sua imparcialidade. Em lugar de não consultar a História, o caminho eleito pela *Nova Ordem* foi diverso: ela buscou algo no direito antigo para sustentar essa proposição, mas, em relação ao precedente que encontrou, conferiu-lhe uma característica que ele nunca teve.

Nesse sentido, há quem tenha se *lembrado* do instituto *non liquet*, presente no direito romano. Embora apresentando sua definição correta, foi afirmado que, na atualidade, a decisão judicial fundada no *non liquet* equivaleria à absolvição por falta de provas. Ledo engano.

Não é de agora que a existência de dúvida, por parte do julgador, traz-lhe profunda inquietação sobre como deve proceder ou julgar. A literatura clássica nos apresenta, como exemplo, a conversa travada entre o magistrado Aulo Gélio e o filósofo Favorino, onde o primeiro expõe ao segundo suas dúvidas sobre como ser uma pessoa e um julgador mais prudente.

Em relação a como ser juiz, Favorino lhe disse que havia dois modelos de julgadores: aqueles que procuravam dirimir suas dúvidas em meio aos depoimentos prestados pelas partes e testemunhas; e aqueles que se mantinham em silêncio todo o tempo. Quanto aos julgadores que procuravam elucidar os pontos duvidosos, Favorino o advertiu que a crítica existente era no sentido de poderem acusá-lo de estar atuando em conjunto com um dos advogados, ou, então,

²⁶ PLATÓN. Apología de Sócrates. 37b. *Diálogos*. Coleção Los Clásicos de Grecia y Roma. Tradução de J. Calonge Ruiz, E. Lledó Iñigo e C. Garcia Gual. Madrid: Gredos, 2000. v. 24, t. I, p. 44.

²⁷ ARISTÓFANES. *La Asamblea de las Mujeres*. 580. Tradução de José Javier Viana. Madrid: Ediciones Clásicas, 2011, p. 35.

de estar antecipando o seu julgamento, de acordo com as perguntas que viesse a fazer. Ao final, o que estaria em jogo era a manutenção de sua respeitabilidade junto aos cidadãos.²⁸

Pois bem; no direito romano, a dúvida recebia um duplo tratamento, dependendo de onde ela se fazia presente: se na convicção do julgador, ou se no resultado final do julgamento. Expliquemos melhor.

O *non liquet* representava a ausência de convicção do juiz à hora de julgar, o que o autorizava a não se posicionar em favor ou em sentido contrário às pretensões processuais de quaisquer das partes. Assim, quando o julgamento tivesse que ser realizado por um único magistrado, sua dúvida não se resolvia com a necessidade de absolver o acusado. À época, o julgador invocava o *non liquet* como justificativa para sua abstenção ou recusa em julgar o mérito do processo. O recado que se dava às partes era que deveriam buscar mais provas e argumentos para obterem, enfim, o convencimento do juiz em relação às suas pretensões.²⁹

Por outro lado, quando o julgamento envolvesse a presença de mais pessoas – sendo ele em um colegiado ou na Assembleia –, os julgadores recebiam três tipos de votos contendo letras, a saber, *A* (de absolvo), *C* (de condeno) e *NL* (de *non liquet*, ou seja, não está claro). Quando da contagem dos votos válidos, quatro resultados poderiam ocorrer: a) supremacia dos votos condenatórios, o que levava à imposição da pena ao acusado; b) supremacia dos votos absolutórios, o que levava à absolvição do acusado; c) supremacia dos votos *non liquet*; e d) empate entre os votos condenatórios e absolutórios.

Havendo a supremacia dos votos *non liquet*, o resultado não era a absolvição do acusado motivada por dúvida. A dúvida, manifestada pela maioria dos julgadores, deveria ser dirimida com a realização de um segundo julgamento, chamado *ampliatio*. Em outros termos, o recado que a maioria dos julgadores passava às partes é que elas deveriam trazer mais provas e argumentos nessa *ampliação* do processo, pois só assim eles – os julgadores – estariam aptos a decidir o mérito do processo.³⁰

A absolvição por dúvida só ocorreria nos casos de empate no número de votos para condenar e absolver.³¹ Aí está a origem, pois, do princípio *in dubio pro reo*.

²⁸ AULO GELIO. *Noches áticas. antología*. 14,2. Tradução de Francisco García Jurado. Madrid: Alianza, 2007, p. 181-182.

²⁹ AULO GELIO. *Noches áticas. antología*. 14,2. Ob. cit., p. 183.

³⁰ CICERÓN, Marco Tulio. Verrinas – La Pretura de Roma. Segunda Sesión, Discurso Primero. 9,26. *Discursos*. Coleção Los Clásicos de Grecia y Roma. Tradução de José María Requejo Prieto. Madrid: Gredos, 2000. v. 46, t. I, p. 121.

³¹ CICERÓN, Marco Tulio. En Defensa de Aulo Cluencio. 27, 74. In: *Discursos*. Coleção Los Clásicos de Grecia y Roma. Tradução de Jesús Aspa Cereza. Madrid: Gredos, 2000. v. 48, t. III, p. 202.

3.1.a.3 Uma vinculação inexistente

A terceira e última situação de conflito que atinge a relação entre História e a atual literatura processual penal brasileira também diz respeito à postura do juiz na fase probatória. No entanto, este conflito foi além da mera proposição doutrinária, vindo a se fazer presente, nada mais nada menos, no projeto de novo CPP. Referimo-nos, especificamente, ao seu artigo 4º.

Apontado como a coluna vertebral do projeto, o artigo 4º se encarregou de definir que nosso processo penal adotará o sistema acusatório, apresentando a seguinte redação: “O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”.

A definição sistêmica de nosso processo penal sempre nos pareceu necessária, como forma de dar fim à discussão doutrinária existente no país, e ao frequente reconhecimento de constitucionalidade – principalmente por parte dos Tribunais Superiores – de práticas somente permitidas no sistema misto, como é o caso da investigação criminal judicial (juizado de instrução) legalmente prevista para certos ilícitos penais ou certos sujeitos com prerrogativa de foro. Entretanto, ao mesmo tempo em que estabelece definitivamente o sistema processual a ser por nós seguido, aquele artigo incide em uma grave contradição, ao vincular a forma como autoriza a atividade probatória judicial de ofício ao sistema acusatório eleito.

Noutros termos, embora o sistema processual penal eleito pelo projeto de novo CPP seja o acusatório, o perfil de juiz estruturado por ele não guarda qualquer correspondência com o integrante daquele sistema. Em realidade, o perfil de juiz eleito se ajusta ao sistema inquisitivo, que é o oposto ao sistema acusatório.

Basta lembrar que o sistema acusatório – seja em que época for – jamais apresentou um juiz com a obrigação de velar pelos interesses de uma das partes, como fez o projeto. Como já tivemos oportunidade de dizer, o projeto nada mais fez que *institucionalizar o juiz-defensor*,³² presente no processo para ser um assistente do acusado³³ ou uma arma em seu favor,³⁴ como se juiz fosse

³² ANDRADE, Mauro Fonseca. O sistema acusatório proposto no projeto de novo *codex* penal adjetivo. *Revista de Informação Legislativa. Senado Federal*, Subsecretaria de Edições Técnicas. Brasília, v. 183, Edição Especial, p. 167-188, jul./set. 2009.

³³ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório. A conformidade das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 129-131. HAMILTON, Sérgio Demoro. A Ortodoxia do Sistema Acusatório no Processo Penal Brasileiro: uma falácia. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 12, 2000, p. 205. LAGO, Cristiano Álvares Valladades do. Sistemas Processuais Penais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 774, abr. 2000, p. 456. RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 67.

³⁴ GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do processo penal: considerações críticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 36-37.

arma, e não um *sujeito* da persecução penal. Seja com um argumento ou outro, o resultado será sempre o mesmo: um juiz parcial, por dever estar direcionado a cuidar dos interesses do réu.

Mas o pior não é a gritante falha técnica presente no projeto e sua defesa por alguns no meio doutrinário. O mais grave é que, quem se empenha ferrenhamente em defender um juiz parcial, jamais se deu ao trabalho de saber o que estava defendendo. Mais que isso, jamais se deu ao trabalho de saber se o que estava defendendo pode ser compatível com o sistema eleito pelo projeto.

Se esse cuidado básico houvesse sido observado, sem grandes dificuldades saberia que uma das obrigações do juiz do sistema inquisitivo era, justamente, cuidar dos interesses do réu, atuando em substituição ao defensor, estando este defensor presente, ou não, no processo. Não foi por outro motivo que Carpsódio materializou essa característica do juiz inquisitivo no seguinte brocardo: *judex supplere debet defensionis rei ex officio*. De igual modo, não foi outra a razão de uma parcela importantíssima de nossa doutrina – hoje convenientemente esquecida pela *Nova Ordem* – alertar que esse perfil de atuação judicial era uma das características do sistema inquisitivo.³⁵

E onde entra o conhecimento da História nisso tudo? Nos textos deixados pelo sistema inquisitivo, ou seja, nos textos da Inquisição Católica, mais especificamente, da Inquisição Espanhola.

Tomás de Torquemada foi o primeiro a regulamentar, em 1484, o processo inquisitivo católico na Espanha. Fernando de Valdés se encarregou de atualizar essa regulamentação oito décadas depois, em 1561. Em ambos os textos, o perfil de atuação do juiz-inquisidor era o mesmo, qual seja, não havia qualquer autorização para que ele atuasse, na fase probatória, contra os interesses do réu, mas havia previsões endereçadas a direcionar sua atuação em favor do réu, tal como descreveu Carpsódio.³⁶ Em outros termos, o modelo de juiz proposto pelo projeto de novo CPP só encontra correspondência na ideologia e documentos históricos deixados pelo sistema inquisitivo, nada tendo que ver, portanto, com o sistema acusatório que se quer implantar definitivamente em nosso país.

³⁵ MARQUES, José Frederico. Do Processo Penal Acusatório. In: *Estudos de direito processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 23. TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v.1, p. 9.

³⁶ Quanto à regulamentação feita por Tomás de Torquemada, tal previsão se encontra em: Instrução 14. *Infruciones fechas en Seuilla año de 1484 por el prior de fancta Cruz. Copilacion delas Infruciones del Officio dela fancta Inquificion hechas por el muy Reuerendo feñor Thomas de Torquemada Prior del monafierio de fancta cruz de Segouia, primero Inquifidor general delos reynos y feñorios de Efpaña, 1532*. Já, quanto à regulamentação feita por Fernando de Valdés, esse tema é tratado nas seguintes instruções: Instruções 21, 29 e 38. *Copilación delas Infruciones del Officio dela fancta Inquificion, fechas en Toledo, año de mil y quinientos y fefenta y un años*. A tradução destes dois textos da Inquisição Espanhola pode ser encontrada em: ANDRADE, Mauro Fonseca. *Inquisição Espanhola e seu Processo Criminal. As instruções de Torquemada e Valdés*. Curitiba: Juruá, 2006.

O que se poderia objetar quanto ao que expusemos até aqui é que tais informações seriam de difícil acesso, visto que dizem respeito a documentos históricos. Ora, como já disse Sêneca ao seu tempo, “Século nenhum nos é vedado. Temos acesso a tudo. Graças à magnitude do espírito é exequível sair dos limites da pequenez humana e ingressar no espaço ilimitado do tempo”.³⁷ Se assim era na sua Roma, com muito mais razão é hoje, em um mundo globalizado e interligado por todas as ferramentas que o mundo virtual permite.

Basta um *click*, e o acesso a bibliotecas, livros estrangeiros e jurisprudência internacional nos é franqueado, seja pela compra, seja pela consulta gratuita. Em razão disso, podemos dividir certos *escritores do Direito* em dois grupos. Um primeiro, formado por aqueles que não se esforçam em conhecer a fundo o que escrevem. Aqui, há a irresponsabilidade derivada da autossuficiência. Esse é o grupo responsável pela atualidade do conselho dado por Marco Túlio Cícero, ao tratar da verdadeira sabedoria do homem: “não julgar saber o que não saiba”.³⁸ E um segundo, formado por aqueles que, apesar de terem a ciência histórica, não dão ao seu público leitor o direito de conhecer aquelas informações que podem ser contrárias aos interesses de quem escreve. Isso se chama *desrespeito ao leitor*, mas também atende por *desonestidade científica*.

O que importa é a vaidade ou outros interesses menos nobres ainda. A História, vista como demonstração de conhecimento e erudição pelos autores clássicos de todo o mundo, é tratada de outra forma por certos setores de nossa doutrina. No exterior, ela é definida como *parceira*; aqui, é que ela é vista como *inimiga*.

3.1.b Muito prazer, Filosofia às suas ordens

Falamos acima sobre alguns grupos de *escritores do Direito* que desprezam a história do processo penal, seja por não conhecê-la à hora de publicarem suas opiniões, seja por conhecê-la muito bem, mas omitirem certas características históricas dos institutos que tratam, pois, se referidas em seus textos, comprovariam o equívoco das ideias que defendem. Podemos, assim, catalogar aqueles escritores em dois grupos: os que *emitem* o que não sabem, e os que *omittem* o que conhecem. No entanto, há também aqueles que não negam a importância da História, mas que a desprezam – pura e simplesmente – sob a invocação da Filosofia.

³⁷ SÊNECA. *A brevidade da vida*. Capítulo XIV, 1. Tradução de Luiz Feracine. São Paulo: Escala, 2007, p. 59.

³⁸ CÍCERO, Marco Túlio. *Acadêmicas*. Edição Bilingue. Tradução de José R. Seabra. Belo Horizonte: Nova Acrópolis, 2012, p. 93.

Para eles, não importa como determinado instituto nasceu, teve seu desenvolvimento e se encontra hoje disciplinado nos mais diversos países que formam nossa cultura jurídica. O que importa é a opinião que esses escritores têm sobre um determinado instituto, maquiando seus (pre)conceitos com alguma – qualquer uma, na verdade – literatura apontada como *filosófica*.

Em geral, são autores conhecidos, que passaram a ser considerados *pensadores* pela quantidade de coisas que escrevem, mesmo em temas desconectados de suas áreas de conhecimento.³⁹ Daí que, até serem erigidos à condição de *filósofos* por seu rebanho, é pura questão de tempo.

O exemplo mais gritante dessa situação é a posição de André Leonardo Copetti Santos sobre o papel que o juiz deve adotar na fase probatória.⁴⁰ Ao tratar das decisões dos Conselhos de Sentença no Tribunal do Júri e sua pretensa

³⁹ Essa é uma crítica muito forte que setores da Filosofia fazem a certos professores – detentores de profundo conhecimento em áreas específicas –, por se aventurarem em outras que não são de seu pleno domínio. São aquelas pessoas, segundo Morellet, que têm a pretensão de “passar por ter opiniões já formadas sobre todos os assuntos tratados” (MORELLET, André. *Sobre a conversação*. Tradução de Maria Ermatina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 27). Essa necessidade de exibicionismo, fruto da mais pura vaidade, acaba levando a dois caminhos: ao afastamento da própria instrução de quem se depara e dá valor aos escritos desses autores (MORELLET, André. Ob. cit., p. 28), e, mais cedo ou mais tarde, à percepção, por parte dos seus leitores, da “miséria de todos os falsos conhecimentos de que nossos falsos sábios se orgulham tanto” (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Os devaneios de um caminhante solitário*. Terceira Caminhada. Tradução de Julia da Rosa Simões. Porto Alegre: L&PM, 2010, p. 42). Nesse sentido, os mais expostos à tentação da vaidade e soberba são alguns constitucionalistas, que acreditam saber tudo sobre tudo, mas, já na primeira linha de seus manifestos em outras áreas, dão mostras que o silêncio seria a maior demonstração de eloquência fora de seu âmbito de dedicação acadêmica. Alguns deles usam o peso de um nome construído com tanto esforço na sua esfera de conhecimento, para, com uma simples penada, darem mostras não só do seu mais profundo desconhecimento sobre o que escrevem em direito processo penal, como também autorizam o leitor a duvidar se a tal reputação *de sumo sacerdote* em tal ou qual ramo do Direito, diverso do processo penal, é verdadeiramente merecida. No direito processual, ninguém menos que Alcalá-Zamora y Castillo fez uma legítima *chamada à ordem* daqueles autores – verdadeiros alienígenas nessa área do conhecimento – que pensam que suas intervenções irresponsáveis irão provocar modificações profundas em tudo que tocam. Ao se referir a uma (im)postura que parece eterna, disse *el maestro* que “las invasiones de cultivadores de una disciplina en los dominios de otra (...) no es título bastante para alterar la índole de las instituciones jurídicas” (ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, autocomposición y autodefensa*. México: UNAM, 2000, p. 22). O exemplo mais recente dessa situação ocorreu no direito penal, e foi magistralmente apontado por Luis Greco e Alaor Leite, podendo ser conferido em: GRECO, Luis; LEITE, Alaor. O que é e o que não é Teoria do Domínio do Fato sobre a Distinção entre Autor e Partícipe no Direito Penal. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 933, jul. 2013, p. 83, nota 91. É por isso que segue atual o conselho dado por Descartes, quando disse que “não são todas as artes que o mesmo homem deve aprender ao mesmo tempo, mas se torna mais facilmente o melhor mestre em sua arte aquele que se dedica a uma só” (DESCARTES, René. *Regras para a orientação do espírito*. Regra I. Ob. cit., p. 2).

⁴⁰ Como veremos ao longo de nosso texto, este tema é dado a muitos *desvios argumentativos*, que atingem não só a Filosofia e a História, para justificar posições ideológicas sobre a postura do juiz ao longo do processo.

incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito, este autor questiona sua legitimidade sob uma alegada *ótica filosófica*.⁴¹ E, em dado momento de seu escrito, ele ingressa na abordagem do papel do juiz na fase probatória.

Embora sua área de atuação acadêmica esteja centrada no direito penal e direito constitucional, Copetti Santos não perdeu a oportunidade de, ao tratar daquela questão, demonstrar todo o seu desconhecimento sobre os pontos mais intrincados do direito processo penal e, em específico, sobre o tema que envolve a atividade probatória *ex officio judicis*, seja sob o ponto de vista histórico, seja sob o ponto de vista doutrinário.

Em termos objetivos, aquele autor ingressou na surrada discussão sobre a dicotomia *acusatório-inquisitivo*, à hora de abordar o papel do magistrado na fase probatória, por considerar que o juiz inerte nessa fase está vinculado ao sistema acusatório, e o juiz ativo está vinculado ao sistema inquisitivo. Em dado momento, ele tratou de desmerecer os estudos feitos nesse sentido, que invocaram literatura e jurisprudência internacionais, bem como, precedentes de ordem histórica que apontavam para a imprestabilidade daquela diferenciação dicotômica. Não satisfeito, foi ofensivo com quem sustenta aquela posição, por considerá-la ingênua e insuficiente dogmaticamente.

Em certo ponto de seu escrito, Copetti Santos demonstra sua plena aderência à teoria da gestão da prova – que diferencia os sistemas acusatório e inquisitivo justamente a partir da postura do juiz na fase probatória –, e procura refúgio na Filosofia para justificar sua posição. Ao assim proceder, invoca a necessidade de um “modo-de-ser filosófico” e a posição assumida por Lenio Luiz Streck, erigindo-o à condição de *pensador*. Como doutrina de base, procura sustentar sua posição invocando as lições deixadas por Descartes, Spinoza, Leibniz e Dworkin.⁴²

Ao invocar o seu *modo-de-ser filosófico*, a intenção de Copetti Santos é desmerecer não só as posições sustentadas que não são de seu agrado, mas também menosprezar quem as sustenta. A mensagem que procura dar é que

⁴¹ SANTOS, André Leonardo Copetti. A Incompatibilidade das Decisões do Conselho de Sentença do Tribunal do Júri com o Estado Democrático de Direito. Uma interpretação da legitimidade das decisões judiciais a partir de uma interseção entre filosofia e direito. *Sistema penal & violência*. Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 30-46, jan./jun. 2011. SANTOS, André Leonardo Copetti. Decisões Judiciais e Estado Democrático de Direito: da necessidade de fundamentação das decisões do tribunal do júri. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito – RECHTD*. Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 131-143, jul./dez. 2012. Como poderá ver o leitor, afora uma ou outra inserção feita no segundo texto, estes dois artigos são constrangedoramente iguais, embora apresentem títulos diferentes, o que já se constitui em um bom indicativo da *postura filosófica* de seu autor.

⁴² SANTOS, André Leonardo Copetti. *A Incompatibilidade das Decisões do Conselho de Sentença do Tribunal do Júri com o Estado Democrático de Direito. Uma interpretação da legitimidade das decisões judiciais a partir de uma interseção entre filosofia e direito*. Ob. cit., p. 35.

seus *adversários acadêmicos* são menos preparados que ele, justamente por não apresentarem um nível intelectual e de conhecimento que ele – pretensamente – possui, o que lhe permite atingir a essência de tudo o que sustenta como correto.

Pois bem; antes de invocar a Filosofia como argumento para encobrir flagrantes deficiências técnicas nas áreas do conhecimento onde irá aventurar-se, todo pretendente a ser um cientista e/ou filósofo precisa saber do que ela – a Filosofia – se ocupa.

Virtude e vício são palavras incansavelmente repetidas pelos filósofos clássicos, e elas nos remetem à necessária separação entre o acerto e o erro. É por isso que a equivalência entre *acerto* e *verdade* é uma constante nos fundamentos da Filosofia,⁴³ pois somente quando se alcança a verdade sobre algo é que se pode dizer que se tem *conhecimento* sobre o objeto que mereceu sua atenção. Por consequência, qualquer processo mental ou de investigação que se contente com o *mais ou menos*, acaba por refutar a própria validade da invocação da Filosofia como um *instrumento* posto na mão do (pseudo)cientista, à hora de fundamentar suas conclusões sobre determinado assunto.

Quando alguém abraça a Filosofia como um *modo-de-ser* – nas próprias palavras de Copetti Santos –, isso não significa, é bom que se diga, que deva ler os autores clássicos, e aderir às posições sustentadas por eles sem maiores questionamentos. Isso seria, como bem disse René Descartes, não aprender ciência, mas história.⁴⁴ Objetivamente, quem se propõe a adotar esse *modo-de-ser* precisa seguir a técnica filosófica ao se dedicar a alguma questão, e isso significa realizar um estudo profundo e completo antes de pensar em abrir a boca para falar sobre algo.⁴⁵ Em suma, deveria duvidar de tudo que diga res-

⁴³ ARISTÓTELES. *Ética Eudemia*. Libro I, IV, 1215b. Tradução de Carlos Megino Rodríguez. Clásicos de Grecia y Roma. Madrid: Alianza, 2009, p. 48. CÍCERO, Marco Túlio. *Do sumo bem e do sumo mal*. Livro XXI. Tradução de Carlos Ancêde Nogueé. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 117-118. CÍCERO, Marco Túlio. *Acadêmicas*. Edição Bilingue. Tradução de José R. Seabra. Belo Horizonte: Nova Acrópolis, 2012, p. 169. SCHOPENHAUER, Arthur. *Sobre a filosofia universitária*. Ob. cit., p. 23-14. Em outra passagem, Cícero deixa ainda mais clara essa equivalência, ao dizer: “esta é a regra de toda filosofia: a determinação do verdadeiro, do falso, do conhecido, do desconhecido; porquanto adotassem esse método e quisessem ensinar quais representações conviesse aceitar, quais repudiar, certamente terem eles devido perceber esta mesma, da qual procedesse todo critério do verdadeiro e do falso; efetivamente serem estes os dois problemas principais na filosofia: o critério da verdade e o grau supremo dos bens, e não poder ser sábio quem ignore ou haver o princípio do conhecimento ou o fim último do desejar, de modo que não saiba ou donde parte ou aonde deva chegar” (ob. cit., p. 207). No mesmo sentido vai Schopenhauer, quando diz que “a filosofia pura não conhece outro fim a não ser a verdade; donde se poderia concluir que qualquer outro fim visado por seu intermédio é para ela pernicioso” (SCHOPENHAUER, Arthur. *Sobre a filosofia universitária*. Ob. cit., p. 17).

⁴⁴ DESCARTES, René. *Regras para a orientação do espírito*. Regra III. Ob. cit., p. 12.

⁴⁵ Conforme ensina Olavo de Carvalho, “Por onde quer que você entre numa questão filosófica, não importando qual seja, vai desembocar direto no centro mesmo da encrenca. Nada poderá ajudá-lo

peito ao tema que se propôs a fazer o papel de crítico.⁴⁶ Não por outro motivo, Aristóteles define o modo de vida filosófico – que, sem maiores problemas, pode ser equiparado ao *modo-de-ser filosófico* daquele outro autor – como aquele em que o sujeito se ocupa da sensatez e da contemplação da verdade, que só pode ser alcançada a partir do questionamento.⁴⁷

Se tivesse adotado essa postura primária, aquele autor deveria, como mínimo, haver se questionado quanto à origem e base doutrinária da teoria da gestão da prova, as formas como histórica e atualmente foram regulados os sistemas acusatório e inquisitivo, e as posições doutrinárias existentes nos mais diversos países sobre esse tema. Estudos nesse sentido já haviam sido publicados aqui mesmo no Brasil, e eram de seu pleno conhecimento,⁴⁸ mas ele preferiu o caminho fácil do *é assim porque eu quero*, que é a base do dogmatismo.

Embora venhamos a tocar nesse tema com maior profundidade mais adiante, a teoria da gestão da prova já foi desmascarada no meio acadêmico, em razão de haver sido criada a partir da invocação da doutrina de um autor italiano que simplesmente não disse o que atribuem a ele. Na verdade, sua posição é exatamente outra, o que torna ainda mais vexatória a invocação daquele autor estrangeiro para justificar tal teoria.⁴⁹ Mais que isso, a análise dos sistemas acusatório e inquisitivo não nos permite referendar os pressupostos apresentados pela teoria da gestão da prova.⁵⁰ E a passividade judicial, na fase probatória, já era apontada, desde a antiguidade, como decorrência da falta de interesse público nos rumos do que se discutia em âmbito judicial.⁵¹ Em outras palavras, seja sob o ângulo que for, a teoria da gestão da prova está marcada – para dizer o mínimo – pela mais evidente artificialidade.

senão o domínio da técnica filosófica. Técnica filosófica é saber rastrear um tema, um problema, uma idéia, até suas raízes na estrutura mesma da realidade. Trata-se de pensar um assunto até que o pensamento encontre seus limites e a própria realidade comece a falar. ‘Pensar’, aí, não é falar consigo mesmo, combinar palavras ou argumentar tentando provar alguma coisa. Não é nem mesmo construir deduções lógicas, por mais elegantes que pareçam (a atividade construtiva da mente pertence às matemáticas e não à filosofia)” (CARVALHO, Olavo de. Notas para uma introdução à filosofia. In: *A Filosofia e seu inverso & outros estudos*. Campinas: Vide Editorial, 2012, p. 161).

⁴⁶ Ensina Soren Kierkegaard: “Eis as três proposições: 1) A filosofia começa pela dúvida; 2) É preciso ter duvidado para poder filosofar; 3) A filosofia moderna começa pela dúvida”. (KIERKEGAARD, Soren. *É preciso duvidar de tudo*. Ob. cit., p. 35).

⁴⁷ ARISTÓTELES. *Ética Eudemia*. Libro I, IV, 1215b. Ob. cit., p. 48.

⁴⁸ Isso fica claro em razão da própria bibliografia apresentada por ele no texto em questão.

⁴⁹ ANDRADE, Mauro Fonseca. Teoria da Gestão da Prova: um confronto consigo mesma. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, Porto Alegre, a. 10, n. 18, p. 141-200, 2010.

⁵⁰ ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. 2. ed. Curitiba: Juruá, p. 197-239.

⁵¹ PLATÓN. Fedro. 272d. In: *Diálogos*. Tradução de C. García Gual, M. Martínez Hernández e E. Lledó Iñigo. Madrid: Gredos, 2000, p. 394. T. III, v. 26.

O que sobrava, então, como argumento para a sustentação daquela teoria? A invocação da Filosofia, como forma de justificar que a correção de seus postulados estaria em um plano não alcançado por quem dela dissente. No entanto, como já tivemos oportunidade de dizer em outra oportunidade, nenhum caráter filosófico há na invocação de conhecidos nomes – como Descartes, Spinoza, Leibniz e Dworkin – para justificar a correção daquela teoria. Além de eles não tratarem especificamente sobre o tema em questão, a Filosofia não se presta a sustentar a veracidade de algo que nunca foi dito. Ou, pior ainda, algo que foi dito em sentido complementemente diverso do que se publica em nosso país.⁵²

Enfim, quando alguém dá demonstração pública de desconhecimento sobre o que professa, não se aprofunda em sua investigação e, para piorar, ainda invoca a condição de filósofo – a si próprio e a quem defende o indefensável –, tais posturas somente têm o condão de denegrir a Filosofia. Melhor dito, isso é a negação da Filosofia, pois ela não se presta a encobrir preconceitos e falta de profundidade no trato de qualquer tema.

Se observarmos bem, a postura de Copetti Santos seguiu todos os passos necessários para a mais explícita aderência ao dogmatismo no tema que tentou abordar: aderiu à teoria da gestão da prova como uma verdade absoluta e indiscutível, não se deu ao trabalho de questioná-la e averiguar suas bases doutrinárias, e elegeu um dos nomes que a defende para elevá-lo à condição de doutrinador infalível e emissor da última palavra sobre o tema. Isso não tem nada de *modo-de-ser filosófico*. Na verdade, não passa do mais puro dogmatismo, mas travestido com a invocação da Filosofia, como forma de aquele autor se postar frente aos seus leitores como alguém que possui uma visão crítica diferenciada frente a quem pensa diferentemente dele. Relembrando William James, foi só deixar aquele autor aos seus institutos, que ele dogmatizou como *papa infalível*.⁵³

É por essa soma de fatores que é preciso deixar algo muito claro: autointitular-se filósofo exige certas responsabilidades, e não o afastamento delas, que são facilmente notadas quando o *sedizente* abre a boca.⁵⁴ Também exige cer-

⁵² ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. Ob. cit., p. 476-478.

⁵³ JAMES, William. *A vontade de crer*. Tradução de Cecília Camargo Bartalotti. São Paulo: Loyola, 2001, p. 25.

⁵⁴ Nesse sentido, é impecável a lição deixada por Boécio, ao se referir aos sujeitos que se intitulam filósofos por pura vaidade, e que não perdem a oportunidade de mostrar que não apresentam as mínimas condições de justificarem tal qualificativo. Em sua última contribuição à Filosofia, disse o autor citado: “Apreendi como certo homem divertiu-se um dia ridicularizando esse gênero de arrogância. Esse homem cobriu de injúrias um indivíduo que, sem sê-lo de fato, intitulava-se filósofo, não para praticar a verdadeira virtude, mas por vaidade e desejo de glória vã. Pois bem, esse homem disse ao outro que reconheceria sua qualidade de filósofo se ele se mostrasse capaz de aguentar, sem se desesperar nem se enervar, uma torrente de injúrias. O pretense filósofo conse-

tas práticas, e uma delas é duvidar, pois, já disse Kierkegaard, “era duvidando que deveria se preparar para ser filósofo”.⁵⁵

Isso nos motiva perguntar, com Marco Túlio Cícero: “Quem há, com efeito, que ouse dizer-se filósofo quando não examina nenhum preceito do dever?”⁵⁶

A resposta é encontrada na expressão *filosofastro*, amplamente utilizada em Atenas,⁵⁷ e repetidas vezes citada por Arthur Schopenhauer,⁵⁸ para representar aquele sujeito que se autoproclamava *filósofo* (ou *pensador*), mas que não tinha a mínima condição de sustentar esse qualificativo. Ou, então, *filósofos de diversão*,⁵⁹ dada a falta de qualidade do que produziam, derivada da superficialidade com que abordavam seus temas.

O que essa classe de *filósofo* ou *pensador* faz de melhor é dar atualidade a uma frase de Abade Dinouart, em obra de 1771, quando disse que “A filosofia, hoje, não passa de um abuso da palavra”.⁶⁰

3.2 A doutrina de resultado no País do Espelho

Lewis Carroll ficou mundialmente conhecido por um texto que se transformou em clássico da literatura universal: *Alice no País das Maravilhas*. Demonstrando não ser autor de um título só, posteriormente ele nos brindou com outra obra-prima, onde Alice já aparece como uma adolescente, mas ainda com lembranças da aventura que havia vivido no país maravilhoso que visitara. Veio a público, então, *Alice no País do Espelho*.

Nesta obra, tudo aparece ao contrário para Alice, quando ela compara a realidade do País do Espelho com aquela vivida em seu país de origem. Nada foge a essa regra, que consegue atingir até mesmo os livros existentes naquele estranho país onde ela se encontra. Em dado momento, Alice chega a dizer,

guiu por algum tempo ter paciência, mas, após ter-se contido diante dos insultos, descarregou ele próprio sua ira: ‘E então reconheces agora que sou filósofo?’ E o outro lhe respondeu: ‘Estava prestes a reconhecê-lo, se não tivesse dito coisa alguma’” (BOÉCIO. *A consolação da Filosofia*. Livro II, 13. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 48).

⁵⁵ KIERKEGAARD, Soren. *É preciso duvidar de tudo*. Ob. cit., p. 92.

⁵⁶ CÍCERO, Marco Túlio. *Dos deveres*. Livro I. II, 5. Tradução de Angélica Chiapeta. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 5-6.

⁵⁷ ALCIFRÓN. De Autocleto a Hetemaristo. 19, 9. Libro III. Cartas de Parásitos: In: *Cartas*. Tradução de Elisa Ruiz García. Madrid: Gredos, 2000. v. 37. p. 243.

⁵⁸ SCHOPENHAUER, Arthur. *A arte de insultar*. Tradução de Eduardo Brandão, Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 83. SCHOPENHAUER, Arthur. *Sobre a filosofia universitária*. Ob. cit., p. 38 e 42.

⁵⁹ SCHOPENHAUER, Arthur. *Sobre a filosofia universitária*. Ob. cit., p. 55.

⁶⁰ ABADÉ DINOUART. *A arte de calar*. Tradução de Luis Filipe Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 4.

espantada: “Os livros parecem muito com os nossos livros, mas acontece que as palavras estão todas erradas, todas as letras estão ao contrário”.⁶¹ Por que fazemos essa lembrança? Por que essa é a exata sensação que temos quando lemos as publicações feitas pelos integrantes da *Nova Ordem*.

Como visto até aqui, a interdisciplinaridade sempre foi apontada, ao longo da história da humanidade, como o caminho mais adequado para que todo e qualquer profissional – em especial, o profissional do Direito – alcançasse a completude em sua formação. No entanto, a *Nova Ordem* deu outra significação à sua importância, a partir da seletividade do que pretendia *interdisciplinar* e também do que poderia vir a público, pois lhe interessa(va) marcar muito bem a posição ideológica que assumiu, onde, na esfera processual penal, o Estado e seus representantes são os verdadeiros inimigos do cidadão.

Por certo que o resultado dessa interdisciplinaridade seletiva levou à publicação de diversos textos para reforçar e propagar sua ideologia. Assim, o caminho natural foi a veiculação de uma literatura alegadamente técnica, mas voltada a um objetivo muito claro, que era a disseminação de seu pensamento e alcance do convencimento das novas gerações de profissionais do Direito.

Era preciso sair do *laboratório*, onde a interdisciplinaridade estava inserida. Outras estratégias de atuação deveriam estar ligadas a ela. Foi aí que surgiu a preocupação com a formação das bases teóricas da *Nova Ordem*. Nasceu, então, a *doutrina de resultado*.

Doutrina de resultado nada mais é que a apresentação de certas proposições no meio acadêmico nacional, em geral, apontando a necessidade de uma mudança radical no trato de certas práticas internas ou de certos institutos, em razão da forma como estas mesmas práticas ou institutos seriam encarados pelo direito comparado ou doutrina estrangeira. O *resultado* por ela perseguido é muito claro, consistente em alcançar os propósitos que estão no coração de seus proponentes,⁶² esteja ele – o coração – em seu devido lugar ou em algum outro ponto mais sensível do corpo humano.

Para chegar a esse *resultado*, doutrina, jurisprudência e legislação internacionais passaram a frequentar a base argumentativa desse tipo de doutrina. No entanto, a forma como a *doutrina de resultado* apresenta sua base argumentativa, nem sempre corresponde ao que está contido naquela mesma doutrina, jurisprudência ou legislação internacionais. Sendo mais claro, o que importa é obter o convencimento de alguém, o que faz com que, o que se diz que ocorre lá fora, seja uma coisa; outra, completamente distinta, é o que *realmente ocorre lá fora*.

⁶¹ CARROLL, Lewis. *Alice no País do Espelho*. Tradução de William Lagos. Porto Alegre: L&PM, 2010, p. 24.

⁶² SCHOPENHAUER, Arthur. *Sobre a filosofia universitária*. Ob. cit., p. 70.

Essa prática provoca um grande espanto em quem procura checar as fontes invocadas pelos publicadores da *doutrina de resultado*. É impossível compreender como é que determinado resultado ou proposição foram apresentados a partir da palavra de um autor, de uma lei ou de julgados internacionais que, quando são lidos no original, não dizem nada daquilo que a eles é atribuído. Algo está errado, e não são os textos estrangeiros...

A resposta talvez possa ser encontrada na fala de Humpty Dumpty, personagem daquele segundo livro de Lewis Carroll. Dirigindo-se a Alice, disse ele, em tom de grande sarcasmo, que “Quando eu utilizo uma palavra – ... – ela significa exatamente o que quero que signifique, sem mais, nem menos”.⁶³ É o *País do Espelho* fazendo escola no Brasil, em nome dos sentimentos que brotam do *coração*.

O método utilizado é o seguinte: primeiro, deve haver a definição de qual objetivo se quer alcançar; depois, buscam-se no direito comparado alguns textos (doutrina, jurisprudência ou legislação) que, de alguma forma, possam ser aproveitados para embasar o objetivo que se quer alcançar; por fim, recorta-se algo destes textos, de modo a dar a entender ao leitor que eles dizem respeito exatamente ao que se tem por objetivo alcançar. Eis a arte, como disse Rousseau, de “transformar as coisas de branco em preto”.⁶⁴

É claro que esse procedimento não é novo, já tendo chamado a atenção da Filosofia.

Aristóteles falava que a forma mais fácil de enganar a mente – e, por consequência, a formação de nossa convicção sobre algo –, é realizar a junção de algumas coisas que levariam a um resultado aparentemente verdadeiro. Ou seja, o que importa é nossa adesão à ideia final, ainda que sua montagem tenha ocorrido a partir de pressupostos falsos.⁶⁵

Por sua vez, o nome que Marco Túlio Cícero dava a esse procedimento era *sorites* (palavra que, em grego, significa *monte* ou *pilha*), quando empregado na construção de um discurso ou argumento.⁶⁶ Como diz esse autor, “A isso cha-

⁶³ CARROLL, Lewis. *Alice no País do Espelho*. Ob. cit., p. 114.

⁶⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Os devaneios de um caminhante solitário*. Nona Caminhada. Ob. cit., p. 118.

⁶⁵ Textualmente: “Eis o que pensam os seres humanos: quando uma coisa existe e uma determinada outra também, ou que um fato se produzindo, um outro se produz, se o segundo é real, também o primeiro o é ou se torna – o que é falso. Assim, se a coisa antecedente é falsa, mas é verdadeiro que alguma coisa necessariamente existe ou acontece, essa última é adicionada. Simplesmente por conhecer a verdade da consequente, nossa mente infere falsamente a verdade igualmente da antecedente” (ARISTÓTELES. *Poética*. 24.20. Tradução de Edson Bini. São Paulo: EdiPro, 2011, p. 88).

⁶⁶ Segundo Diôgenes Laértios, o filósofo Eubíledes de Mileto dedicou um argumento dialético, em forma de interrogativa, intitulado Sorites (LAÉRTIOS, Diôgenes. Euclides. Capítulo 10, 108. Livro II. In: *Vidas e doutrina dos filósofos ilustres*. 2. ed. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: UnB, 2008, p. 73).

mam ‘sorites’ porque, adicionados os grãos um a um, formam um acervo”.⁶⁷ E vai além, qualificando esse procedimento como “Gênero, sem dúvida vicioso e capcioso!”,⁶⁸ “lugar sem dúvida lúbrico e perigoso”.⁶⁹

Plotino falava da *teoria das proposições*, que, na sua visão, “não passa de um amontoado de palavras”.⁷⁰ O que importa é apresentar proposições de solução para tudo aquilo que alguém entende como um problema. O objetivo é superar o entrave que só o autor vê, não importando se seus argumentos estão corretos ou há alguma conectividade entre eles.

Por último, na nossa lembrança sempre aparecem as palavras irreverentes de Schopenhauer, para quem essa montagem artificial de teses frágeis nada mais representava que a construção de castelos de cartas⁷¹ ou pedras de dominó,⁷² combinados eventualmente a partir do que “disse este, aquele, um outro e mais um outro, e então procuram chegar a alguma compreensão do assunto”.⁷³

Pelo lado do direito processual, tal procedimento também mereceu sua devida crítica.

Francesco Carnelutti mostrava toda sua indiferença a essa (im)postura acadêmica, consistente em alguém realizar recortes do que lhe agrada ou desagrada, e, com isso, montar uma proposição à qual pretende dar ares de cientificidade. Sua opinião, frente a situações como essa, era que qualquer debate em torno de uma proposição assim construída seria inútil, em razão de não envolver o todo.⁷⁴ No entanto, ousamos divergir do mestre italiano, pois é mais que necessário ingressar no debate para, como mínimo, fazer o alerta sobre o que vem sendo feito, e a obrigatoriedade de se conferir o que é invocado como base argumentativa por setores muito específicos de nossa doutrina.

Se a estratégia, então, é realizar essa verdadeira bricolagem jurídica, por qual motivo há a invocação de textos estrangeiros, já que esse *recorta-e-cola* poderia ser feito com a literatura nacional?

Ora, já disse Erasmo de Rotterdam que somos propensos a aceitar mais facilmente as proposições feitas por um desconhecido, dando a ele uma autoridade que, em realidade, não sabemos se merece⁷⁵. Melhor ainda se esse desco-

⁶⁷ CÍCERO, Marco Túlio. *Acadêmicas*. Ob. cit., p. 241.

⁶⁸ CÍCERO, Marco Túlio. *Acadêmicas*. Ob. cit., p. 241.

⁶⁹ CÍCERO, Marco Túlio. *Acadêmicas*. Ob. cit., p. 313.

⁷⁰ PLOTINO. *Tratado das Enéadas*. Tradução de Américo Sommerman. São Paulo: Polar, 2007, p. 50.

⁷¹ SCHOPENHAUER, Arthur. *Sobre a filosofia universitária*. Ob. cit., p. 25.

⁷² SCHOPENHAUER, Arthur. *Sobre a filosofia universitária*. Ob. cit., p. 36.

⁷³ SCHOPENHAUER, Arthur. *Sobre a filosofia universitária*. Ob. cit., p. 37-38.

⁷⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Arte del diritto*. Padova: Cedam, 1941, p. VI e VII.

⁷⁵ Textualmente: “Deixando de lado a polêmica sobre a autoria, há de reter que nenhuma autoridade vale tanto a ponto de impedir a adoção daquilo que é melhor só porque proposto por algum desconhecido” (ROTTERDAM, Erasmo. De Pueris (Dos Meninos). Capítulo III, 6. Ob. cit., p. 57).

nhecido apresentar uma nacionalidade diversa da nossa, o que nos tornará, nas palavras de Voltaire, escravos desse estrangeiro, caso não conheçamos efetivamente o que ele prega.⁷⁶

Essas poderiam ser motivações mais sofisticadas, buscadas na compreensão da psique humana, mas, às vezes, as razões para a invocação de um desconhecido autor estrangeiro podem ser muito mais singelas. Esse, ao menos, foi mais um aprendizado que a *Nova Ordem* nos proporcionou em uma situação que vivenciamos.

Certa feita, fomos convidados para ministrar uma palestra a juízes federais, e lá também se encontrava o introdutor de uma das proposições mais conhecidas da *Nova Ordem*, qual seja, a teoria da gestão da prova. Após a conclusão de nossa exposição, foi dada a palavra a essa pessoa, que, ciente de texto por nós publicado – onde desconstituímos sua teoria de forma integral –,⁷⁷ aproveitou a oportunidade para defender suas ideias e rebater nossa posição sobre a insustentabilidade do que ele pregava.

Para nossa surpresa, a defesa de sua tese insustentável se deu sob o argumento de que o livro-base, de onde retirou as premissas de sua teoria,⁷⁸ era uma obra de difícil aquisição, e que poucas pessoas a possuíam em nosso país. O que este expositor estava dizendo é que, se basicamente só ele tinha tal obra, então, só ele sabia o que realmente o autor invocado havia dito sobre a teoria da gestão da prova. Ou seja, ele estava se autoproclamando detentor do *monopólio da verdade*, pois só ele sabia o que tal obra realmente continha. O problema é que também a temos, e em nosso exemplar, mesmo sendo a mesma edição e ano, consta outra realidade...

Enfim, o que queremos deixar dito é que, dentre as estratégias da *Nova Ordem*, também está a invocação de textos estrangeiros que não são localizados facilmente pela grande maioria dos operadores do direito no Brasil. A ela, por consequência, resta um único caminho, que é acreditar nas afirmações feitas em determinada obra ou artigo publicados em nosso país, já que é quase impossível a conferência ou checagem do que é sustentado.

Mas já falamos demais. Vamos à exemplificação.

3.2.a A visão espelhada da doutrina

A teoria da gestão da prova, já referida acima, aportou no Brasil com a pretensão de definitivamente esclarecer ou apontar qual o critério correto para

⁷⁶ VOLTAIRE. *O ateu e o sábio*. Tradução de Antônio Geraldo da Silva. São Paulo: Escala, 2006, p. 25.

⁷⁷ ANDRADE, Mauro Fonseca. *Teoria da gestão da prova: um confronto consigo mesma*. Ob. cit.

⁷⁸ Este livro é: CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: Utet, 1986.

se fazer a distinção entre os sistemas acusatório e inquisitivo. De acordo com o que prega, o papel do juiz na fase probatória seria o espaço onde essa diferenciação ocorreria: nos processos onde o juiz teria liberdade para atuar de ofício, ali encontraríamos um processo regido pelo sistema inquisitivo; nos processos onde o juiz teria o dever de permanecer inerte, ali encontraríamos um processo regido pelo sistema acusatório.

A base doutrinária empregada pelos ícones dessa teoria é a obra de Franco Cordero, autor italiano que, em determinado momento, afirmou que o juiz do sistema inquisitivo desenvolveria “quadri mentali paranoidi”.⁷⁹ A partir daí, conhecidos meios acadêmicos e institutos voltados – ao menos, teoricamente – ao estudo das ciências criminais, passaram a difundir a seguinte ideia: se o juiz do sistema inquisitivo apresenta quadros paranoicos contra o réu, e se a atividade probatória de ofício está vinculado ao sistema inquisitivo, então, o juiz que produz prova de ofício é paranoico contra o réu.

Pronto; estava construída a base de sustentação da – então – mais nova tese brasileira quanto ao papel do juiz no processo: o juiz completamente inerte. Sua adesão, nos mais diversos meios, foi espantosa, muito em razão de quem a sustentava, a ponto de haver sido referida, ao menos, uma vez em acórdão do Superior Tribunal de Justiça (doravante, STJ), no ano de 2009.⁸⁰

O alvo da teoria da gestão da prova é o reconhecimento da inconstitucionalidade de todo e qualquer dispositivo de nossa legislação processual penal que permite ao juiz suprir eventual dúvida. Isso traz, por consequência óbvia, a nulidade de toda e qualquer decisão judicial onde o magistrado assim tenha agido, ao amparo de um permissivo legal que jamais teve sua constitucionalidade sequer arranhada por qualquer decisão do Supremo Tribunal Federal (doravante, STF).⁸¹ Ao final, ela não passa de uma estratégia defensiva voltada à alteração da regra do jogo com ele já em curso, colocando o juiz criminal na condição de um perverso opressor estatal contra os interesses do réu oprimido.

O problema não está na proposição em si, pois já tivemos oportunidade de sustentar que não nos importa o papel que o juiz irá exercer na fase probatória. O que importa – e aqui está a chave da questão – é o argumento apresentado para sustentar a ideia.

Neste caso em particular, a teoria da gestão da prova não passa de um *nada jurídico*, visto que a própria base doutrinária utilizada para sua constru-

⁷⁹ CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Ob. cit., p. 51.

⁸⁰ STJ, 6ª Turma, RHC 23.945-RJ, Mina. Jane Silva (Desembargadora convocada), j. em 05-02-2009.

⁸¹ Ao contrário, o STF já apontou a compatibilidade da atividade probatória judicial com o sistema acusatório. Nesse sentido: STF, HC 109.713, 1ª Turma, rela. Mina. Rosa Weber, julgado em 19-02-2013.

ção não compartilha da proposição daquela teoria. Mais grave que isso, aquela base doutrinária prega algo completamente oposto ao que a ela é atribuído no Brasil.

Quiçá por algum erro de compreensão da língua original – esperamos que tenha sido isso –, um sem-número de publicações no Brasil atribuem a Franco Cordero a necessidade de o juiz ser inerte na fase probatória, sob pena de estar vinculado ao sistema inquisitivo. No entanto, se reproduzirmos integralmente a frase invocada como justificadora da teoria da gestão da prova, veremos a seguinte afirmação: “La solitudine in cui gli inquisitori lavorano, mai esposti al contraddittorio, fuori da griglie dialettiche, può darsi che giovi al lavoro poliziesco ma svillupa quadri mentali paranoidi”.⁸²

Essa é a verdadeira lição pregada por ele, e vincula os tais *quadros mentais paranoidicos* a um juiz que exerce um papel policialesco na fase probatória, ao coletar a prova sozinho, sem participação das partes e sem a concessão do contraditório para que elas possam se manifestar sobre o material arrecadado. Para que não se diga que essa é uma posição isolada de Franco Cordero, o também italiano Luigi Ferrajoli segue o mesmo entendimento.⁸³

Se o nosso CPP não autoriza o juiz a atuar da forma como foi descrita por Franco Cordero e Luigi Ferrajoli, então não há como vingar qualquer tentativa de vinculação do nosso juiz ao sistema inquisitivo, como o faz a teoria da gestão da prova. Mas, o que é pior, a seletividade no que invocar da doutrina de Franco Cordero é escandalosa, a ponto de nada referirem quanto à posição que este mesmo autor sustenta sobre o papel que o juiz deve exercer na fase probatória de um processo vinculado ao sistema acusatório.

Em obra publicada em 2000, e de conhecimento de diversos autores que defendem e propagam a teoria da gestão da prova, ninguém menos que Franco Cordero afirma que o processo penal italiano aderiu ao sistema acusatório, e que a atividade probatória de ofício do juiz é *necessária*. Em outros termos, este mesmo autor admite a possibilidade – de resto, admitida pela imensa maioria dos autores europeus contemporâneos – de convivência do sistema acusatório com a atividade probatória *ex officio judicis*, dentro, por óbvio, de certos limites.⁸⁴

⁸² CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Ob. Cit., p. 51.

⁸³ Diz ele: “llamaré inquisitivo a todo sistema procesal donde el juez procede de oficio a la búsqueda, recolección y valoración de las pruebas, llegándose al juicio después de una instrucción escrita y secreta de la que están excluidos o, en cualquier caso, limitados la contradicción y los derechos de defensa” (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. 5. ed. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillo Basoco y Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 2001, p. 565).

⁸⁴ Para que não fique nenhuma dúvida quanto a isso, diz Franco Cordero textualmente, ao se referir ao CPP italiano em vigor: “*Stile italiano*. Definiamo sommariamente i modelli angloamericani:

Em suma, a posição de Franco Cordero foi colocada frente a um espelho, onde se sustenta algo em seu nome, apesar de ele lecionar exatamente o contrário. Palavras não ditas foram colocadas em sua boca, e sua real posição sobre o tema jamais foi esclarecida pelos seguidores da teoria da gestão da prova no Brasil.⁸⁵

Um segundo autor, que também foi alvo de uma forte *licença poética* – por assim dizer –, é James Goldschmidt. Em obra publicada em 1935, este autor tratou dos princípios da política processual, ocasião em que manifestou seu entendimento sobre os princípios acusatório e inquisitivo.

Em relação ao primeiro, vinculou-o à existência de um tribunal popular, o que acarretaria a impossibilidade de ele, *ex officio*, estar envolvido na instauração da ação penal condenatória e na obtenção do material probatório. Em relação ao segundo, vinculou-o a um tribunal de magistrados profissionais, o que, na sua visão, naturalmente o levaria a atuar de ofício, seja na instauração do processo, seja na busca daquele mesmo material probatório.

Fruto das definições apresentadas, James Goldschmidt parte para uma análise crítica daqueles princípios, e direciona seu foco de atenção para o que considera o *fim* do procedimento penal, que seriam a averiguação da verdade e a verificação da justiça.

Em se tratando de princípio inquisitivo, tal fim seria atingido com a atuação *ex officio* do órgão julgador em duas frentes, consistentes na abertura do processo e na obtenção das provas que entendesse pertinentes ao julgamento. O processado deveria ser obrigado a depor, em razão de ser a melhor fonte de cognição judicial. Qualquer limitação àquelas formas de atuação *ex officio*, em razão da inatividade das partes envolvidas, *aborreceria* à configuração inquisitiva do processo.

azioni esercitate a discrezione (dove non siano addirittura private) e ritrattabili, monopolio delle parti sulla prova, un giudice spettatore-arbitro, alternative decisorie fissate dai petita. Meccanismi simili implicano giudizi a tema disponibile. Ora, tali non essendo i caso penali (querela esclusa), lo stile accusatorio italiano appare diverso sotto aspetti importanti: azione obbligatoria nonché irretirabile, proscioglimento extra petita (art. 129), supplenza istruttoria *ex officio* (artt. 506 sg.). Erano varianti necessarie” (CORDERO, Franco. *Procedura penale*. 5. ed. Milano: Giuffrè, 2000, p. 101) (grifo nosso). Mais adiante, diz: “*Interventi ex officio*. Il potere istruttorio del giudice sopravvive inalcuni contesti. [...] Sono un residuo necessario questi poteri d’intervento diretto, coordinati al sistema penale italiano: azione obbligatoria nonché irretirabile; processo a oggetto indisponibile e non sarebbe più, almeno de facto, se a chi giudica fosse negato ogni accesso alla prova. Gli artt. 507 e 603 risolvono l’equazione” (CORDERO, Franco. *Procedura Penale*. Ob. Cit., p. 602) (grifo nosso).

⁸⁵ Esse procedimento nos faz lembrar, novamente, de Schopenhauer, quando disse que: “Isso vai tão longe, que citam falsamente os títulos dos escritos kantianos e, às vezes, põem na boca de Kant exatamente o contrário do que ele disse, mutilando seus *termini technici* até a perda de sentido e usando, sem nenhum critério, o que foi por ele designado” (SCHOPENHAUER, Arthur. *Sobre a filosofia universitária*. Ob. cit., p. 51) (grifo nosso).

Por outro lado, em se tratando de princípio acusatório – que levaria a um processo de configuração acusatória –, aquele mesmo fim seria atingido com a limitação do juiz criminal aos pedidos das partes e ao material probatório por elas produzido, pois aí estaria preservada sua imparcialidade e respeitada a dignidade do acusado como cidadão.⁸⁶ Em razão disso, a atividade judicial deveria “resignarse a las consecuencias de una actividad incompleta de las partes y ha de reconocer también el material defectuoso como base de la decisión”.⁸⁷

Pois bem; este trecho da lição de James Goldschmidt foi acolhido integralmente por um setor de nossa doutrina, que passou a reproduzi-lo como sua base teórica para também defender a necessidade da inércia judicial na fase probatória.⁸⁸ No entanto, uma leitura mais atenta e completa do texto deixado por este autor alemão nos permite chegar a uma conclusão diversa da que, no Brasil, é defendida sob a invocação de seu nome.

Assim dizemos, porque uma leitura menos emocional daquele texto nos permite ver que James Goldschmidt vincula o princípio inquisitivo a uma plena liberdade probatória *ex officio judicis*.⁸⁹ No entanto, ao tratar do processo penal espanhol, este mesmo autor o define como dominado pelo princípio acusatório. E, quando trata de sua fase probatória,⁹⁰ faz referência expressa ao artigo 728 do CPP espanhol,⁹¹ que não admite outras provas, a não ser aquelas propostas pelas partes. Todavia, sua honestidade científica lhe impôs que também fizesse referência ao artigo 729 daquele mesmo código, que versa sobre as exceções àquela vedação probatória *ex officio judicis*.⁹²

Melhor explicando, James Goldschmidt admitiu que o princípio acusatório pode ser congruente com a atividade probatória de ofício pelo juiz, desde que

⁸⁶ GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1935, p. 67-69.

⁸⁷ GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Ob. cit., p. 69.

⁸⁸ LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal (Fundamentos da instrumentalidade garantista)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 154.

⁸⁹ Literalmente, diz ele: “Aborrece toda limitación que la ley pondría al libre arbitrio del Juez con respecto a los presupuestos de su intervención o a la recogida o al aprovechamiento del material procesal, y, por tanto, no puede nacer ningún defecto en estas actuaciones a consecuencia de la inactividad de una parte o de la vinculación legal del Juez” (Ob. cit., p. 69).

⁹⁰ GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Ob. cit., p. 72.

⁹¹ Art. 728. No podrán practicarse otras diligencias de prueba que las propuestas por las partes, ni ser examinados otros testigos que los comprendidos en las listas presentadas.

⁹² Art. 729. Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior:

1º. Los careos de los testigos entre sí, o con los procesados o entre éstos, que el Presidente acuerde de oficio, o a propuesta de cualquiera de las partes.

2º. Las diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes, que el Tribunal considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación.

ela ocorra a título de exceção. Foi por isso que ele, textualmente, afirmou que o princípio acusatório está no processo penal espanhol, apesar da redação, ainda hoje em vigor, do artigo 729 já referido.

O caráter excepcional dessa possibilidade probatória judicial é que a retiraria da configuração do princípio inquisitivo – e, portanto, da configuração inquisitiva do processo –, pois este mesmo princípio exige, na opinião do autor alemão, que não haja *qualquer limitação* à atividade judicial na fase de produção de provas, sob pena de aquela configuração de processo ficar *aborrecida*. Contudo, aborrecido fica quem lê James Goldschmidt de forma integral e no original, sem influência de qualquer espelho que produza *licenças poéticas*...

3.2.b A visão espelhada da legislação

Inegavelmente, o alvo preferido da *Nova Ordem* é a figura do juiz e o papel que entende que ele deve desempenhar na fase probatória.

Com o intuito de reforçar a teoria da gestão da prova, um setor de nossa doutrina afirmou que também a legislação de alguns países havia sido modificada, a fim de que o juiz estivesse impossibilitado de obrar de ofício na fase probatória. Nesse particular, foi invocada a realidade presente na legislação da Alemanha, Portugal, Itália e Espanha.

Mais propriamente, foi dito que “Sempre que se atribuem poderes instrutórios ao juiz, destrói-se a estrutura dialética do processo, o contraditório, funda-se um sistema inquisitório e sepulta-se de vez qualquer esperança de imparcialidade”. Para corroborar tal afirmativa, o autor dessa afirmação buscou exemplos no direito comparado, afirmando que “Não só diversos modelos contemporâneos demonstram isso (basta estudar as reformas da Alemanha em 1974, Itália e Portugal em 1987/88 e também as mudanças levadas a cabo na Espanha pela LO 7/88, feita às pressas para adequar-se à Sentença do Tribunal Constitucional 145/88)”.⁹³

Já tivemos oportunidade de rebater com muito maior profundidade tais afirmações, para onde, de momento, remetemos o leitor, dadas as limitações que um ensaio deste porte permite.⁹⁴ O que o presente espaço nos permite dizer, isso sim, é que aquela posição incide em erro ao tratar a fase de instrução criminal na Europa como se fosse a mesma coisa no Brasil, e pelo flagrante descompasso entre o que afirma haver ocorrido em termos de reformas legislativas nos países citados, e o que estas mesmas legislações preveem na verdade.

⁹³ LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal (Fundamentos da instrumentalidade garantista)*. Ob. cit., p. 173.

⁹⁴ ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. Ob. cit., p. 204-210.

A instrução criminal na Europa pode ser compreendida em seu duplo aspecto: instrução preliminar e instrução definitiva. Quanto à primeira, ela diz respeito à fase de investigação, anterior, portanto, ao ajuizamento da ação penal de caráter condenatório. Quanto à segunda, ela diz respeito à fase probatória, posterior, portanto, ao ajuizamento daquela mesma ação penal. Por sua vez, no Brasil não temos a tradição de designar a fase de investigação como sendo de instrução preliminar, mas nossa fase probatória é também representada sob o nome de fase de instrução.

As mudanças legislativas ocorridas na Alemanha, Portugal e Itália atingiram fortemente a fase de instrução preliminar nesses países, oportunidade em que a figura do juiz de instrução (juiz investigador, que fazia o papel de Delegado de Polícia) foi substituído pela figura do Ministério Público como condutor da investigação criminal. Nenhuma alteração houve na fase probatória – também chamada de fase de instrução definitiva –, pois os juízes daqueles países continuam podendo superar suas dúvidas, através da atividade probatória *ex officio judicis*, mediante certos requisitos. Não é outra a conclusão que se chega com a simples leitura dos CPPs da Alemanha,⁹⁵ Portugal⁹⁶ e Itália.⁹⁷

Quanto à alteração ocorrida na Espanha, a Sentença do Tribunal Constitucional 145/88 e a *Ley Orgánica* 7/88 se ocuparam de outra questão: a separação do juiz que investiga em relação ao juiz que julga. Noutros termos, a Espanha, até hoje, preferiu manter a figura do juizado de instrução, onde o magistrado faz o papel de Delegado de Polícia.

Até 1988, a legislação daquele país admitia que o juiz que havia presidido a investigação criminal fosse o mesmo a também julgar o fato. No entanto, aquela decisão do Tribunal Constitucional espanhol, seguindo diretriz traçada pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, entendeu por rever tal permissão, criando regra de incompetência que excluída da fase de julgamento o juiz que houvesse realizado atos de investigação na fase de instrução preliminar.

⁹⁵ StPO, § 214 (4). O Ministério Público aporta os objetos que servem como provas. Isso também pode realizar o juízo.

StPO, § 244. (1) Depois do interrogatório do acusado, procede-se à prática das provas. (2) Para a indagação da verdade, o juízo estende de ofício a prática das provas a todos os fatos e meios de prova que sejam importantes para a decisão.

⁹⁶ CPP, art. 340.

1. O tribunal ordena, oficiosamente ou a requerimento, a produção de todos os meios de prova cujo conhecimento se lhe afigure necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa.

2. Se o tribunal considerar necessária a produção de meios de prova não constantes da acusação, da pronúncia ou da contestação, dá disso conhecimento com antecedência possível, aos sujeitos processuais e fá-lo constar em acta.

⁹⁷ CPP, art. 190.

1. Le prove sono ammesse a richesta di parte. [...].

2. La legge stabilisce i casi cui le prove ammesse di ufficio (70, 195, 224, 237, 507, 508, 511, 603).

E o que a fase de instrução definitiva, por nós chamada de fase probatória, tem a ver com isso? Nada! Que o digam as disposições legais da Ley de Enjuiciamiento Criminal espanhola, que segue, no que diz respeito à possibilidade de o juiz atuar de ofício na fase probatória, com as previsões originais de 1882, ano de sua entrada em vigor.⁹⁸

Em síntese, nenhuma das reformas legislativas ocorridas nos países citados ocorreu da forma como afirmado. Suas legislações processuais penais seguem permitindo que o juiz atue de ofício na fase probatória, caso tenha alguma dúvida a suprir, o que pode ser facilmente comprovado com uma simples consulta aos buscadores informáticos de hoje em dia.

3.2.c A visão espelhada da jurisprudência

Embora o Brasil esteja submetido à Corte Interamericana dos Direitos do Homem (doravante, CIDH), a jurisprudência mais invocada pela *Nova Ordem* é a produzida pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (doravante, TEDH). Isso se explica não só pelo maior tempo de existência deste último, mas também pelo volume de produção que apresenta, fruto de uma maior provocação por parte dos cidadãos europeus.

Dentro dessa realidade, dois são os acórdãos que mais frequentemente são invocados para justificar situações que a eles não são aplicadas, quais sejam, o Caso Piersack vs. Bélgica (1982) e o Caso De Cubber vs. Bélgica (1984).

O primeiro versou sobre um membro do Ministério Público que havia presidido a investigação criminal, mas que, posteriormente, assumiu o cargo de juiz, e foi encarregado de julgar o próprio caso que ele havia investigado anteriormente. A decisão do TEDH foi no sentido de não admitir essa possibilidade, pois estaria ferindo o princípio da imparcialidade judicial. Em outros termos, aquele tribunal chegou à mesma conclusão que nosso CPP estampa no artigo 252, inciso II, quando trata das causas de impedimento judicial⁹⁹.

O segundo versou sobre um juiz que havia presidido a investigação criminal (juizado de instrução), mas que, posteriormente, também foi encarregado de julgar o fato que ele mesmo havia investigado.

⁹⁸ Artigos 728 e 729, já reproduzidos acima.

⁹⁹ Artigo 252. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que:

I – tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como [...] órgão do Ministério Público, autoridade policial [...];

II – ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha.

Pois bem; em que pese tais acórdãos haverem estabelecido a proibição de o juiz do julgamento haver atuado como investigador, setores da *Nova Ordem* não se cansam de dar àqueles julgados uma abrangência que eles simplesmente não comportam. Ou, o que é pior, uma abrangência que o próprio TEDH rejeita.

Neste sentido, há quem procure usar tais acórdãos como fundamento para o juiz não poder atuar de ofício na fase probatória,¹⁰⁰ embora eles digam respeito a outro tema, envolvendo, como já dissemos, a vedação de o juiz atuar como responsável pela investigação criminal e, posteriormente, vir a ser o mesmo encarregado do julgamento. Não por outro motivo, foram estes julgados que motivaram, em última análise, a alteração legislativa ocorrida na Espanha, que se deu pela *Ley Orgánica 7/88*.¹⁰¹

Além disso, também há quem invoque aqueles mesmos acórdãos à hora de justificar que o juiz que atua na fase de investigação (mas como garantidor da legalidade dos atos nela praticados) não pode ser o mesmo da fase processual. Em outros termos, o Caso Piersack vs. Bélgica e o Caso De Cubber vs. Bélgica são apresentados como justificativas para a incorporação do *juiz das garantias* à nossa legislação.¹⁰²

O que os representantes dessa corrente doutrinária não fazem é esclarecer aos seus leitores/seguidores que a realidade jurisprudencial do TEDH é absolutamente outra. Para que se tenha uma ideia, diversos são os acórdãos deste tribunal que permitem que o juiz da fase de investigação seja o mesmo da fase processual, bastando, para isso, que ele não haja decretado nenhuma quebra de direito fundamental que exija, por requisito, uma análise mais aprofundada da autoria, tal como existente em alguns países da Europa. O que não pode haver, portanto, é que o critério de análise para o decreto de uma quebra de direito fundamental seja muito próximo ao critério de análise feito para se condenar alguém.

Neste sentido, encontramos o Caso Hauschildt vs. Dinamarca (1989), que serviu de paradigma para outros tantos julgados que vieram a abordar a mesma problemática. Entre eles, encontramos o Caso Saint-Marie vs. França (1992), o Caso Padovani vs. Itália (1993), o Caso Northier vs. Países Baixos (1993),

¹⁰⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal (Fundamentos da instrumentalidade garantista)*. Ob. cit., p. 174.

¹⁰¹ Embora, em âmbito interno, a pressão pela reforma da legislação espanhola tenha se dado pela Sentença do Tribunal Constitucional 145/1988, tal decisão foi toda construída a partir das razões de decidir destes dois julgados do TEDH, quais sejam, o Caso Piersack vs. Bélgica (1982) e o Caso De Cubber vs. Bélgica (1984). Isso ratifica o fato de que seu conteúdo está integralmente voltado para a impossibilidade de o juiz atuar nas funções do que conhecemos como polícia judiciária e, ao depois, também vir a atuar na condição de julgador do mesmo fato.

¹⁰² Uma análise mais detalhada desse argumento, com a indicação de outros acórdãos que também são invocados pelos defensores do juiz das garantias, pode ser encontrada em: ANDRADE, Mauro Fonseca. *Juiz das garantias*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 19-35.

Caso Jasinski vs. Polônia (2005) e Caso Gulyayeva vs. Rússia (2010). Mais que isso, o Caso Hauschildt vs. Dinamarca foi citado por ninguém menos que a Organização das Nações Unidas, em seu *Manual de Normas Internacionais sobre Prisão Preventiva*,¹⁰³ como o modelo de perfil de juiz a tratar de temas envolvendo prisão preventiva.

3.3 Produção massificada e aderência acrítica

Com o papel da História e Filosofia redefinidos, e a visão espelhada das manifestações que verdadeiramente são defendidas no direito comparado, era preciso, então, que as posições da Nova Ordem chegassem ao grande público, como forma de alcançar a construção, difusão e concretização da figura do Estado-vilão e seus agentes autoritários.

O passo inicial foi se dar conta que havia chegado o momento de a *Nova Ordem* voltar seus olhos para a estruturação do que viria a ser seu *braço publicitário*. Era preciso delimitar aqueles autores que seriam reproduzidos ao limite do esgotamento. Aqueles mesmos encarregados de *produzir as novidades*, mas que, como disse Abade Dinouart, produziram muitas inépcias, fruto não só da ânsia em apresentá-las,¹⁰⁴ mas também do processo de construção característico da *doutrina de resultado*.¹⁰⁵

Só que isso não importava. A pobreza franciscana da doutrina processualista penal da época foi muito bem explorada, o que fez com que qualquer

¹⁰³ UNITED NATIONS. *Human rights and pre-trial detention*. A Handbook of International Standards Relating to Pre-Trial Detention Professional Training series nº 3. New York, Genebra, 1997. 92p.

¹⁰⁴ ABADE DINOUART. *A arte de calar*. Ob. cit., p. 55.

¹⁰⁵ Esse processo de afirmação de autores novos não apresenta nada de novo no meio universitário, como bem deixou claro Schopenhauer na seguinte passagem: “Nas ciências, todo aquele que quer se afirmar traz algo de novo ao mercado: frequentemente, isso consiste apenas em derrubar o que até então valia por correto, pondo no lugar suas patranhas; uma vez ou outra tem-se êxito por um breve período, e depois se retorna ao que era antes correto. Para os inovadores, nada no mundo merece ser considerado, exceto sua valorosa pessoa: querem afirmá-la” (SCHOPENHAUER, Arthur. *Sobre o ofício do escritor*. Ob. cit., p. 11). Curiosamente, nem mesmo a psicanálise, referida algumas vezes por Coutinho, passou imune a essa subversão na produção pseudocientífica. Dando-nos conta da realidade nessa área do conhecimento, Calligaris desabafa, dizendo: “esses artigos e livros não nasceriam propriamente como contribuições a uma disciplina, e sim como esforços para conquistar um espaço mais ensolarado na hierarquia (imaginária ou real) da instituição. Eram como a roupa da semana da moda de São Paulo ou Rio: *fashion* para dar lustre à marca, vestimentas só para a passarela, não para usar” (CALLIGARIS, Contardo. *Cartas a um jovem terapeuta: reflexões para psicoterapeutas, aspirantes e curiosos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p.86). E finaliza: “A produção psicanalítica deste período (com as exceções que são sempre devidas, claro) é fundamentalmente uma vasta e desordenada máquina de propaganda. [...] o objeto da propaganda deste período não era a psicanálise, eram as instituições (as marcas) e as pessoas (os modelos)” (ob. cit., p. 88).

escritor com algum diferencial passasse a ser simplesmente endeusado. O entusiasmo tomou conta de um público ávido por informações que lhe trouxesse algum benefício profissional.

Deu-se, então, um segundo passo, que foi a mitificação de alguns nomes que, como sói ocorrer em todo processo dessa natureza, não sofreram qualquer tipo de questionamento quanto à correção do que apresentavam como novidades ou proposições. Até mesmo os Tribunais Superiores brasileiros incidiram nesse erro, não poupando esforços nessa omissão para, nas palavras de Montaigne, “dar autoridade até para a liderança mais inepta”.¹⁰⁶ O entusiasmo, como já havia testemunhado Carnelutti a seu tempo, “cedeu lugar a uma avaliação mais justa dos merecimentos e dos defeitos”.¹⁰⁷

Os totens foram criados, a aderência acrítica se transformou em fé,¹⁰⁸ e a *credulidade irrefletida*.¹⁰⁹ fez surgir o fenômeno da produção bibliográfica em massa. A *doutrina da fé*¹¹⁰ foi alavancada, sobretudo, por PPGDs que precisavam se consolidar no mercado do ensino, estruturados a partir – por óbvio – das bases teóricas firmadas pela *doutrina de resultado*. O fato de essa publicação massificada estar dirigida à louvação de certos nomes e à reprodução do pseudomodelo científico proposto fez, e ainda faz, com que muitas destas publicações, lembrando Guevara, *até para o inferno sejam ruins*.¹¹¹ E assim foi dado o terceiro passo: era preciso conquistar o futuro, já que o presente havia sido dominado.

Por certo que os totens não poderiam ser muitos, até porque o processo de construção da *doutrina de resultado* exige um bom tempo de dedicação e pesquisa, embora com a mácula de o material utilizado dever ser lido no reflexo daquele espelho onde Alice esteve em sua nova aventura. Aí entra o papel importantíssimo daqueles PPGDs, em não só reproduzirem em massa a *doutrina de resultado*, mas, sobretudo, despejarem, em um mercado educacional em ascensão,¹¹² um sem-número de novos professores forjados na ideologia do Estado-vilão e seus representantes autoritários.

O *Pais dos Espelhos* chegava às salas de aula da graduação, e o *abuso intelectual de menores*¹¹³ passou a ser uma constante silenciosa em conhecidos centros de ensino.

¹⁰⁶ MONTAIGNE, Michel de. Sobre a arte de conversar. In: *Sobre a amizade*. Tradução de Caroline Selvatici. Rio de Janeiro: Tinta Negra, 2011, p. 98.

¹⁰⁷ CARNELUTTI, Francesco. CARNELUTTI, Francesco. *Arte del diritto*. Ob. cit., p. 66.

¹⁰⁸ SCHOPENHAUER, Arthur. *A filosofia universitária*. Ob. cit., p. 10.

¹⁰⁹ DESCARTES, René. *Regras para a orientação do espírito*. Regra III. Ob. cit., p. 11.

¹¹⁰ SCHOPENHAUER, Arthur. *A filosofia universitária*. Ob. cit., p. 18.

¹¹¹ GUEVARA, Luis Vélez de. *O diabo coxo*. Ob. cit., p. 46.

¹¹² Sobre o incremento no número de Faculdades de Direito no Brasil, ver: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O ensino do direito no Brasil*. Ob. cit., p. 237-239.

¹¹³ CARVALHO, Olavo de. *Quem é filósofo e quem não é*. Ob. cit., p. 172.

4 **A concretização de um objetivo: de guardião da sociedade a agente da repressão**

Corretamente já disse Coutinho que o professor é “um bruxo/mago que conjuga as funções paterna e materna”, e que passa a ser “um grande objeto de identificação”.¹¹⁴

Essa realidade foi muito bem explorada por aqueles que, conhecedores da advertência de Erasmo de Rotterdam – “nada enraíza tão tenazmente como aquilo que destila num espírito desarmado” –,¹¹⁵ direcionaram seus esforços àquela juventude crédula¹¹⁶ e sem malícia.¹¹⁷ Ao afastarem a visão platônica de ensino, que prega a necessidade de ensinar os dois lados de uma questão,¹¹⁸ a intenção da *Nova Ordem*, aparentemente, não era formar pessoas, mas formar aliados, futuros soldados para suas fileiras.

Os frutos desse *magistério comprometido* são facilmente identificados por quem frequenta o meio acadêmico, seja no âmbito da graduação, seja no âmbito dos mais diversos cursos destinados aos alunos já (de)formados com base na *doutrina de resultado* difundida pela *Nova Ordem*. Basta comparecer a um curso de especialização em direito processual penal para ver que, praticamente, ninguém teve contato com as linhas doutrinárias que procuram definir os sistemas processuais penais que conhecemos (pois só lhes foi repassada aquela visão monolítica e deturpada defendida pela teoria da gestão da prova). Também se dará conta que ninguém admite a possibilidade de o juiz atuar de ofício na fase probatória (embora com as limitações naturais a ela aplicáveis), e que não sabem que, no Brasil, o juiz pode investigar criminalmente em determinados casos.

Esses são exemplos corriqueiros, entre tantos outros, das convenientes omissões feitas por quem ministra em aula o que quer, para obter os resultados que almeja. Mas o que mais nos choca é a visão que diversos alunos hoje apresentam daquela instituição que, na Constituição Federal de 1988, recebeu do legislador o maior grau de confiança possível, a ponto de ser questionado se ela seria, ou não, um quarto poder. Referimo-nos ao Ministério Público.

¹¹⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Sonhocídio: estragos neoliberais no ensino do direito ou “La búsqueda del banquete perdido”, como diria Enrique Mari*. Ob. cit., p. 101.

¹¹⁵ ROTTERDAM, Erasmo. *De pueris (Dos meninos)*. Capítulo I, 34. Ob. cit., p. 38.

¹¹⁶ SCHOPENHAUER, Arthur. *A filosofia universitária*. Ob. cit., p. 26.

¹¹⁷ SCHOPENHAUER, Arthur. *A filosofia universitária*. Ob. cit., p. 47.

¹¹⁸ PLATÃO. Carta VII. De Platão aos amigos e parentes de Dion. In: *Cartas*. Tradução de Conceição Gomes da Silva; Maria Adozinda Melo. 4. ed. Lisboa: Estampa, 2002, p. 77.

Até a chegada da *Nova Ordem* no meio acadêmico, grande parte dos alunos de graduação aspiravam ingressar nos quadros da magistratura, Ministério Público ou polícia judiciária. De lá para cá, a sensação que temos é que, qualquer um que admita essa aspiração, pode não ser bem visto em seu meio, por serem atividades profissionais dotadas de um conceito atual claramente depreciativo. Pretender a carreira de Delegado de Polícia ou de membro do Ministério Público, então, quase beira à admissão antecipada de prepotência na forma de pensar e agir.

Para que não se diga que estamos *exagerando na dose*, vale a pena lembrar uma situação que vivenciamos numa Faculdade de Direito de uma Universidade Federal.

O centro acadêmico havia organizado suas jornadas de discussão, onde diversos temas seriam tratados ao longo de uma semana de debates e palestras envolvendo conhecidos e desconhecidos nomes no meio jurídico. Em um desses encontros, o tema envolveu a discussão sobre a (im)possibilidade de o Ministério Público realizar sua própria investigação criminal.

Os painelistas expuseram suas posições em altíssimo nível – um, representando o Ministério Público; outro, representando a polícia judiciária –, justificando o convite para ali estarem presentes. E aí vieram os debates, com a participação dos alunos, onde alguns já haviam sido devidamente doutrinados por um dos símbolos da *Nova Ordem*.

Em dado momento, um dos integrantes do centro acadêmico – organizador do evento – saiu com a seguinte pérola: o Ministério Público não poderia investigar criminalmente porque era um *agente da repressão*. Isso mesmo, Ministério Público apontado como *agente da repressão* por um grupo de alunos que se orgulha de estudar em uma Universidade Federal, e figurar entre a nata da intelectualidade discente de nosso país.¹¹⁹ Mais que isso, alunos que, dada a idade que apresentavam, não tinham a mínima ideia do que significou *repressão* em nosso país, e convenientemente se omitia em reconhecer que a polícia judiciária nela esteve fortemente envolvida.

Por certo que não valia a pena lembrar os motivos pelos quais o inquérito policial foi o instrumento de investigação criminal eleito pela Era Vargas (ou seja, não se adotou o juizado de instrução à época – conforme se pretendia –, porque o juiz era independente, e o Delegado de Polícia não o era, tendo a obrigação de ser obediente aos mandos e desmandos do poder central). Também não valia a pena lembrar que o Ministério Público, por expressa previsão constitucional, passou a representar a sociedade, e não o Poder Executivo, ao

¹¹⁹ Posteriormente a isso, pudemos constatar que aquela afirmação não era fruto de uma visão isolada sobre o papel do Ministério Público na persecução penal, pois diversos outros alunos, em momentos acadêmicos diferentes, compartilhavam da mesma posição que ouvi naquele encontro acadêmico.

longo de toda a persecução penal. Muito menos que o papel do acusador público é representar o ofendido no processo criminal, a fim de que ele não seja novamente vitimizado por seu agressor – caso quisesse levá-lo perante os tribunais –, tal como acontecia na Idade Antiga, antes do surgimento da figura de um acusador estatal. Nada disso importava.

O que importava é que aos alunos foi repassada a doutrina do ódio e defendida a imagem de um Estado-vilão, cujos agentes – Ministério Público, polícia judiciária e juízes criminais não aderentes à *Nova Ordem* – eram prepotentes, despreparados tecnicamente e inferiores intelectualmente, se comparados aos totens. Ou, numa expressão para resumir tudo, eram *agentes da repressão*.

A doutrina oriunda da *falsa sapiência*, referida por Schopenhauer,¹²⁰ atingira o seu ápice.

5 ***De omnibus dubitandum est* (É preciso duvidar de tudo)**

Em uma mais que apertada síntese, o que vimos até agora é que a processualística penal brasileira, principalmente entre os anos setenta e oitenta do século passado, simplesmente estagnou em relação à qualidade do produto por ela produzido. Em uma verdade mais dura, ela deixou de lado sua primeira e principal missão, que era – e segue sendo – a busca do aperfeiçoamento da área de conhecimento onde atua.

Essa inércia deu margem ao surgimento de um movimento que buscou sua justificação na melhoria da qualidade do ensino do direito processual penal. A melhoria deveria passar por uma necessária inserção de outras disciplinas que nos ajudariam – era essa a intenção – a entender os institutos e os comportamentos pessoais de certos sujeitos que atuavam no âmbito processual. O movimento era promissor, já que pregava um arejamento mais que necessário junto ao ensino do direito processual penal. No entanto, passada a euforia, tal movimento mostrou sua verdadeira cara.

Houve uma seletividade entre o que importava e o que não importava esclarecer ao seu público leitor, e palavras foram retiradas e recolocadas em textos estrangeiros que lhe serviram de instrumento para a formação de sua *doutrina de base*. Também houve uma reprodução massificada do que se considerou a *verdade oficial*, lançada aos quatro ventos pelos totens desse movimento, e sustentada ferreamente pelos *defensores fidei*.¹²¹ A artificialidade passou a ser considerada verdade pela repetição, e quem não concordasse com a *doutrina da*

¹²⁰ SCHOPENHAUER, Arthur. *A filosofia universitária*. Ob. cit., p. 49.

¹²¹ SCHOPENHAUER, Arthur. *Sobre a filosofia universitária*. Ob. cit., p. 81.

*fê*¹²² passou a ser execrado publicamente, seja pela utilização de designações pejorativas até hoje conhecidas, seja pela imposição de um isolamento acadêmico. Questionar a *doutrina da fê* passou a ser visto como heresia. A busca pela uniformidade acadêmica foi uma premissa, e a perseguição aos hereges foi sua consequência.

Um giro educacional, que poderia haver buscado inspiração no Movimento Iluminista ou de Ilustração da sociedade europeia do século XVIII, acabou por seguir os mesmos passos da ideologia reacionária que Montesquieu, Voltaire, Locke, Verri, Beccaria e tantos outros se esforçaram em dar fim. Tal como no ensino da Filosofia do período de Schopenhauer, o atual estágio do ensino do direito processual penal também nos autoriza a dizer com ele: “*Idade Média*, esse milênio da rudeza e ignorância, cuja moda e estilo nossos nobres do ‘tempo do agora’ se esforçam em imitar”.¹²³

Frente a tal realidade, como podemos superar essa situação? A resposta é simples: questionando. E como se faz isso? Duvidando.

Todos os grandes pensadores, seja lá qual for o período da história da humanidade, sempre se caracterizaram por não aceitar as verdades postas e impostas, partindo, eles mesmos, para a busca do conhecimento. O primeiro passo para isso foi justamente *questionar*, não aceitando algo como verdadeiro simplesmente porque foi dito por alguém que terceiros ajudaram a construir sua reputação, nem sempre merecida. Afastar esse cuidado não significa só displicência; para Santo Agostinho, essa omissão chega a ser *perigosa*.¹²⁴

E hoje? Como começar a fazer isso?

De início, todo estudante – seja ele graduando ou já graduado – deve se dar conta da realidade que o cerca. Mais precisamente, deveria se questionar sobre o porquê de haver uma divisão maniqueísta bem definida na doutrina processualística penal, que aponta para resultados tão diferentes. Ele deve recordar a advertência já feita por Willian James – “Se formos a nossas bibliotecas, quanta divergência descobriremos” –,¹²⁵ e se questionar sobre os motivos que levam a isso.

Se houver esse questionamento, o passo seguinte é realizar a conferência de todo o texto invocado como base de sustentação das inovações feitas. A aná-

¹²² O que entendemos como doutrina da *fê* pode ser buscado na lição de Tomás de Aquino, quando disse que “se alguém, ao ensinar, propõe coisas que não decorrem dos princípios evidentes, ou deles decorrem, mas isto não fica claramente visível, então não estão produzindo nele saber, mas, talvez, opinião ou *fê*” (AQUINO, Tomás de. *Sobre o ensino*. Artigo 1, Solução. In: *Sobre o ensino. Os sete pecados capitais*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 33).

¹²³ SCHOPENHAUER, Arthur. *Sobre a filosofia universitária*. Ob. cit., p. 60.

¹²⁴ SANTO AGOSTINHO. *O mestre*. Capítulo X. Tradução de Antônio Soares Pinheiro. Porto: Editora Porto, 1995, p. 88.

¹²⁵ JAMES, Willian. *A vontade de crer*. Ob. cit., p. 27.

lise da fonte primária é essencial para a descoberta da verdade sobre o que um autor, um acórdão ou uma lei realmente diz. É claro que alguns textos podem ser de difícil localização, tal como nos disse o *senhor da verdade*, em episódio que acima já relatamos. Mas, se essa dificuldade ocorrer, é preciso que se passe a exigir que os autores reproduzam todo o texto invocado para a sustentação de suas proposições, sob pena de não acolhimento da proposição e perda da credibilidade do próprio autor.

Não nos esqueçamos que os maiores bens que podemos dar a um formador de opinião – leia-se, o doutrinador do nosso meio – são a nossa confiança e credulidade no que ele diz. No entanto, ele deve demonstrar ser merecedor disso; do contrário, ele continuará vendo seu público-alvo como simples massa de manobra, a serviço dos interesses que ele reputou convenientes a si mesmo ou ao grupo que integra.

Sem duvidar, seguiremos dando razão àqueles verdadeiros pensadores que consideraram pessoas com esse perfil como sendo torpes,¹²⁶ pessoas de mente estreita,¹²⁷ crenes,¹²⁸ ovelhas,¹²⁹ negligentes pensadores¹³⁰ ou, ainda, como uma *geração frenética entregue ao furor de seus guias*.¹³¹ Em suma, é duvidando que todo e qualquer operador do Direito poderá identificar quem são os verdadeiros inimigos do direito processual penal.¹³²

Considerações finais

Até a entrada em vigor da atual Constituição Federal, nosso ensino universitário, na esfera processual penal, carecia de professores com uma formação mais qualificada, e que apresentassem um aprofundamento nos temas tratados em sala de aula e em suas publicações. Posteriormente àquela Carta, uma mudança brutal ocorreu no meio acadêmico, não mais havendo espaço para o professor *leitor de códigos*. Agora, o professor necessita apresentar uma qualificação razoável para o exercício do magistério superior, regra geral, medida pela obtenção do título de mestrado.

¹²⁶ CÍCERO, Marco Túlio. *Acadêmicas*. Ob. cit., p. 135.

¹²⁷ PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. *Discurso sobre a dignidade do homem*. Tradução de Maria de Lurdes Sirgado Ganho. Lisboa: Edições 70, 2006, p. 93.

¹²⁸ KIERKEGAARD, Soren. *É preciso duvidar de tudo*. Ob. cit., 83.

¹²⁹ SCHOPENHAUER, Arthur. *A arte de ter razão*. Tradução de Alexandre Krug e Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 58.

¹³⁰ JAMES, Willian. *A vontade de crer*. Ob. cit., p. 25.

¹³¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Os devaneios de um caminhante solitário*. Sétima Caminhada. Ob. cit., p. 107.

¹³² SCHOPENHAUER, Arthur. *Sobre a filosofia universitária*. Ob. cit., p. 81.

Em que pese essa aparente melhora na qualidade do ensino, a processualística penal universitária vive um momento extremamente delicado, fruto, justamente, do processo de (de)formação dessa *nova linhagem* de professores, que provoca reflexos óbvios junto aos alunos de graduação. É possível dizer que, na última década, houve uma troca do despreparo pelo *excesso de preparo* no magistério superior ligado ao ensino do direito processual penal, em razão de um ramo dessa nova linhagem estabelecer o que pode e o que não deve ser ensinado aos alunos.

Sob o pretexto de dar novos ares ao ensino do direito processual penal, um movimento – que designamos como *Nova Ordem* – assumiu o protagonismo dessa mudança de perfil, mas seus métodos e objetivos não se encaixam propriamente às necessidades que o direito processual penal apresenta para o seu avanço científico.

Para superar a essa derrocada no ensino do direito processual penal, o meio acadêmico/doutrinário deve desenvolver a verdadeira vocação para a pesquisa, e deixar de lado a inclinação para a repetição acrítica e submissão à palavra dos outros. É preciso aprender a questionar, em lugar de obedecer e reproduzir o que querem que seja reproduzido. Em última instância, é preciso que haja uma verdadeira preocupação com o avanço científico do direito processual penal, deixando outros interesses – que a ele não dizem respeito – para serem buscados em seu lugar adequado.

Enquanto isso não ocorrer, seguiremos encontrando afirmações descompromissadas com a seriedade no estudo do direito processual, alargando ainda mais o abismo que existe entre a doutrina nacional e a doutrina estrangeira.

Referências

- ABADE DINOUART. *A arte de calar*. Tradução de Luis Filipe Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, autocomposición y autodefensa*. México: UNAM, 2000.
- ALCIFRÓN. *Cartas*. Tradução de Elisa Ruiz García. Madrid: Gredos, 2000. v. 37.
- ANDRADE, Mauro Fonseca. *Inquisição espanhola e seu processo criminal. As instruções de Torquemada e Valdés*. Curitiba: Juruá, 2006.
- ANDRADE, Mauro Fonseca. *Juiz das garantias*. Curitiba: Juruá, 2011.
- ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013.
- ANDRADE, Mauro Fonseca. Teoria da gestão da prova: um confronto consigo mesma. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, Porto Alegre, a. 10, n. 18, p. 141-200, 2010.

AQUINO, Tomás de. Sobre o ensino. In: *Sobre o ensino. Os sete pecados capitais*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 23-62.

ARISTÓFANES. *La asamblea de las mujeres*. Tradução de José Javier Viana. Madrid: Ediciones Clásicas, 2011.

ARISTÓTELES. *Ética Eudemia*. Tradução de Carlos Megino Rodríguez. Clásicos de Grecia y Roma. Madrid: Alianza, 2009.

ARISTÓTELES. *Ética Nicomáquea*. Tradução de Julio Pallí Bonet. Madrid: Gredos, 2000. v. 32.

ARISTÓTELES. *La Constitución de Atenas*. 3. ed. Tradução de Antonio Tovar. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

ARISTÓTELES. *Poética*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: EdiPro, 2011.

AULO GELIO. *Noches Áticas. Antología*. Tradução de Francisco García Jurado. Madrid: Alianza, 2007.

BOÉCIO. *A consolação da filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

CALLIGARIS, Contardo. *Cartas a um jovem terapeuta: reflexões para psicoterapeutas, aspirantes e curiosos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

CARNELUTTI, Francesco. *Arte del diritto*. Padova: Cedam, 1941.

CARROLL, Lewis. *Alice no País do Espelho*. Tradução de William Lagos. Porto Alegre: L&PM, 2010.

CARVALHO, Olavo de. *A Filosofia e seu inverso & outros estudos*. Campinas: Vide Editorial, 2012.

CHOUKR, Fauzi Hassan. As faces de eco: apontamentos sobre o ensino do processo penal. *Atuação – Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense*, Florianópolis, v. 3, n. 7, p. 145-152, set./dez. 2005.

CÍCERO, Marco Túlio. *Acadêmicas*. Edição Bilingue. Tradução de José R. Seabra. Belo Horizonte: Nova Acrópolis, 2012.

CÍCERO, Marco Túlio. *Do sumo bem e do sumo mal*. Tradução de Carlos Ancêde Nogueuê. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

CÍCERO, Marco Túlio. *Dos deveres*. Tradução de Angélica Chiapeta. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

CICERÓN, Marco Tulio. En defensa de aulo cluencio. In: *Discursos*. Coleção Los Clásicos de Grecia y Roma. Tradução de Jesús Aspa Cereza. Madrid: Gredos, 2000. v. 48, t. III, p. 161-277.

CICERÓN, Marco Tulio. Verrinas – La Pretura de Roma. *Discursos*. Coleção Los Clásicos de Grecia y Roma. Tradução de José María Requejo Prieto. Madrid: Gredos, 2000. v. 46, t., I, p. 105-188.

CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: Utet, 1986.

CORDERO, Franco. *Procedura penale*. 5. ed. Milano: Giuffrè, 2000.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. *Boletim IBCCrim*, Rio de Janeiro, a. 16, n. 188, p. 11-13, jul. 2008.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O ensino do direito no Brasil. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 10, n. 1, p. 231-242, jun. 2005.

COUTINHO, Jacinto José de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: *Direito Alternativo: seminário nacional sobre o uso do direito alternativo*. Rio de Janeiro: ADV, 1993.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. um novo ensino do direito processual penal. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 33, p. 132-140, 1994.

DESCARTES, René. *Regras para a orientação do espírito*. Tradução de Maria Ermanita de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. 5. ed. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillo Basoco y Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 2001.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do processo penal: considerações críticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1935.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é Teoria do Domínio do Fato sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 933, p. 61-92, jul. 2013.

GUEVARA, Luis Vélez de. *O diabo coxo*. Tradução de Liliana Raquel Chwat. São Paulo: Escala, 2006.

HAMILTON, Sérgio Demoro. A ortodoxia do sistema acusatório no processo penal brasileiro: uma falácia. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 12, p. 191-206, 2000.

JAMES, William. *A vontade de crer*. Tradução de Cecília Camargo Bartalotti. São Paulo: Loyola, 2001.

KIERKEGAARD, Soren. *É preciso duvidar de tudo*. Tradução de Sílvia Saviano Sampaio; Álvaro Luiz Montenegro Valls. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LAËRTIOS, Diôgenes. *Vidas e doutrina dos filósofos ilustres*. 2. ed. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: UnB, 2008.

LAGO, Cristiano Álvares Valladares do. Sistemas processuais penais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 774, p. 441-473, abr. 2000.

LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal (Fundamentos da instrumentalidade garantista)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MARQUES, José Frederico. Do processo penal acusatório. In: *Estudos de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p. 21-29.

MONTAIGNE, Michel de. Sobre a Arte de Conversar. In: *Sobre a amizade*. Tradução de Caroline Selvatici. Rio de Janeiro: Tinta Negra, 2011, p. 63-126.

MORELLET, André. *Sobre a conversação*. Tradução de Maria Ermatina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

OLIVEIRA, Gilberto Callado de. *A verdadeira face do Direito Alternativo*. 4. ed. Juruá: Curitiba, 2006.

PICARDI, Nicola. La Formazione di Base del Giurista. *Rivista di diritto processuale*, Milano, v. 60, n. 2, p. 355-376, abr./jun. 2005.

- PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. *Discurso sobre a dignidade do homem*. Tradução de Maria de Lurdes Sirgado Ganho. Lisboa: Edições 70, 2006.
- PLATÃO. *Cartas*. Tradução de Conceição Gomes da Silva; Maria Adozinda Melo. 4. ed. Lisboa: Estampa, 2002.
- PLATÓN. Apología de Sócrates. *Diálogos*. Tradução de J. Calonge Ruiz, E. Lledó Iñigo e C. García Gual. Madrid: Grados, 2000. v. 24, t. I, p. 13-51.
- PLATÓN. Fedro. In: *Diálogos*. Tradução de C. García Gual, M. Martínez Hernández e E. Lledó Iñigo. Madrid: Gredos, 2000. T. III, v. 26, p. 305-409.
- PLOTINO. *Tratado das Enéadas*. Tradução de Américo Sommerman. São Paulo: Polar, 2007.
- PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório. A conformidade das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.
- PROJETO de Código Processual Penal-Tipo para Ibero-América (4ª parte). *Revista de Processo*, São Paulo, a. 96, n. 64, p. 108-144, 1991.
- RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- ROBERT, Henri. *O advogado*. 2. ed. Tradução de Rosemary Costhek Abílio. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ROTTERDAM, Erasmo. De pueris (Dos meninos). In: *De pueris (Dos meninos)*. A civilidade pueril. Tradução de Luiz Feracini. São Paulo: Escala, 2005. p. 21-105.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Os devaneios de um caminhante solitário*. Tradução de Julia da Rosa Simões. Porto Alegre: L&PM, 2010.
- SANTO AGOSTINHO. *O mestre*. Tradução de Antônio Soares Pinheiro. Porto: Editora Porto, 1995.
- SANTOS, André Leonardo Copetti. A incompatibilidade das decisões do Conselho de Sentença do Tribunal do Júri com o Estado Democrático de Direito. Uma interpretação da legitimidade das decisões judiciais a partir de uma interseção entre filosofia e direito. *Sistema penal & violência*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 30-46, jan./jun. 2011.
- SANTOS, André Leonardo Copetti. Decisões judiciais e Estado Democrático de Direito: da necessidade de fundamentação das decisões do tribunal do júri. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito – RECHTD*, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 131-143, jul./dez. 2012.
- SCHOPENHAUER, Arthur. *A arte de insultar*. Tradução de Eduardo Brandão, Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- SCHOPENHAUER, Arthur. *A arte de ter razão*. Tradução de Alexandre Krug e Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- SCHOPENHAUER, Arthur. *Sobre a filosofia universitária*. Tradução de Maria Lúcia Mello Oliveira Cacciola e Márcio Suzuki. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- SCHOPENHAUER, Arthur. *Sobre o ofício do escritor*. Tradução de Luiz Sérgio Repa e Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- SÊNECA. *A brevidade da vida*. Tradução de Luiz Feracine. São Paulo: Escala, 2007.
- TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 1.
- TORQUEMADA, Tomás de. *Infruciones fechas en Seuilla año de 1484 por el prior de fancta Cruz*. Copilacion delas infruciones del officio dela fancta inquificion hechas por el muy reuerendo

Feñor Thomas de Torquemada prior del monafterio de fancta cruz de Segouia, primero inquifidor general delos reynos y feñorios de Epaña, 1532.

UNITED NATIONS. *Human rights and pre-trial detention*. A Handbook of International Standards Relating to Pre-Trial Detention Professional Training series n. 3. New York, Genebra, 1997. 92p.

VALDÉS, Fernando de. *Copilación delas instruciones del officio dela fancta inquificion, fechas en Toledo, año de mil y quinientos y fefenta y un años*.

VOLTAIRE. *O ateu e o sábio*. Tradução de Antônio Geraldo da Silva. São Paulo: Escala, 2006.

