

Antonio Eduardo Ramires Santoro
Diogo Rudge Malan
Flávio Mirza Maduro

ORGS.

DESAFIANDO

8  **ANOS**

de processo penal
AUTORITÁRIO

DESAFIANDO

8



ANOS

de processo penal

AUTORITÁRIO

Antonio Eduardo Ramires Santoro
Diogo Rudge Malan
Flávio Mirza Maduro

ORGS.

DESAFIANDO

8  **ANOS**

de processo penal
AUTORITÁRIO



Belo Horizonte | **São Paulo**
Av. Brasil, 1843, | Av. Paulista, 2444,
Savassi, Belo Horizonte, MG | 8º andar, cj 82
Tel.: 31 3261 2801 | Bela Vista – São Paulo, SP
CEP 30140-007 | CEP 01310-933

WWW.EDITORADPLACIDO.COM.BR

Copyright © 2021, D'Plácido Editora.
Copyright © 2021, Os Autores.

Todos os direitos reservados.

Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida, por quaisquer meios,
sem a autorização prévia do Grupo D'Plácido.

Editor Chefe Plácido Arraes

Editor Tales Leon de Marco

Produtora Editorial Bárbara Rodrigues

Capa, projeto gráfico Letícia Robini
Símbolo antifascista por Wikimedia Commons

Diagramação Letícia Robini

Catálogo na Publicação (CIP)

D441 Desafiando 80 anos de processo penal autoritário / Antonio Santoro, Diogo Malan, Flávio Mirza (orgs.). - 1. ed. - Belo Horizonte, São Paulo : D'Plácido, 2021.
876 p.

ISBN 978-65-5589-310-6

1. Direito. 2. Direito Processual Penal. I. Santoro Filho, Antonio Carlos. II. Malan, Diogo Rudge. III. Mirza, Flávio. IV. Título.

CDDir: 341.43

Biblioteca responsável: Fernanda Gomes de Souza CRB-6/2472

Sumário

Apresentação.....	11
1. O desenvolvimento de standards probatórios em alguns momentos cruciais do processo penal: um diálogo entre a eficiência e o garantismo penal.....	17
<i>Américo Bedê Júnior</i>	
<i>Gustavo Senna</i>	
2. Reflexões sobre o Código de Processo Penal brasileiro desde o prisma teórico de Mirjan Damaska.....	55
<i>André Machado Maya</i>	
3. Reflexões dogmáticas sobre a utilização de elementos informativos obtidos na fase investigatória: o problema conceitual das provas excepcionais.....	87
<i>Antonio Eduardo Ramires Santoro</i>	
<i>Rodrigo Machado Gonçalves</i>	
4. O legado técnico do fascismo na democracia processual penal brasileira.....	115
<i>Augusto Jobim do Amaral</i>	
<i>Felipe Lazzari da Silveira</i>	

5. A prova emprestada entre os processos civil e penal.....143
Clarissa Diniz Guedes
Gabriel Coutinho Galil
6. Das provas obtidas por meios ilícitos e a quebra na cadeia de custódia.....183
Daniela Villani Bonaccorsi
7. A investigação criminal, oitenta anos depois.....203
Danielle Souza de Andrade e Silva Cavalcanti
8. Os 80 anos do CPP: a adoção de um sistema de precedentes para garantia da estabilidade da jurisprudência penal.....227
Danyelle Galvão
9. Direito fundamental ao tribunal do júri e veredito condenatório unânime.....253
Diogo Malan
10. Magistratura penal e a construção do inimigo.....271
Fernanda Prates
11. Vieses cognitivos e funções dos atores processuais penais na justiça criminal negocial: análise sobre a atuação dos órgãos persecutórios.....289
Fernanda Regina Vilares
Vinicius Gomes de Vasconcellos
12. O magistrado criminal não pode arbitrariamente escolher quais argumentos das partes apreciará.....311
Francisco Monteiro Rocha Júnior
13. Medidas assecuratórias patrimoniais: a decretação do “bloqueio” de bens e outras disformidades.....335
Guilherme Brenner Lucchesi

14. Epistemologia jurídica aplicada ao processo penal: reflexões sobre poderes probatórios do julgador na realidade brasileira.....	359
<i>Janaina Matida</i>	
15. O DNA inquisitório do Código de Processo Penal de 1941.....	393
<i>Leonardo Augusto Marinho Marques</i>	
16. Oralidad y calidad del litigio en los procesos penales de América Latina.....	411
<i>Leonel González Postigo</i>	
17. A cadeia de custódia da prova no “pacote anticrime”: suas repercussões em um contexto de encarceramento em massa.....	435
<i>Luiz Antonio Borri</i>	
<i>Gustavo Noronha de Ávila</i>	
<i>Thayara Castelo Branco</i>	
18. Estado judicial de exceção no Brasil: a indiscernibilidade entre autoritarismo e democracia no direito processual penal.....	457
<i>Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth</i>	
<i>André Giovane de Castro</i>	
19. Ordem pública e processo penal autoritário	487
<i>Manuela Abath Valença</i>	
20. Inteligência artificial, cognição e prova penal: aplicações para a investigação e argumentação sobre fatos.....	509
<i>Fabiana Alves Mascarenhas</i>	
<i>Marcella Alves Mascarenhas Nardelli</i>	

21. A etapa intermediária e o juiz de garantias no processo penal brasileiro: um passo importante e insuficiente.....533
Marco Aurélio Nunes da Silveira
22. Critérios para valoração da prova obtida mediante buscas pessoal e domiciliar.....559
Marcus Alan de Melo Gomes
23. Fundamentação das decisões judiciais: indicador da qualidade da prestação jurisdicional.....581
Maria Elizabeth Queijo
24. O acordo de não persecução penal na Lei 13.964/2019.....611
Maria Thereza Rocha de Assis Moura
Maria Paula Cassone Rossi
25. O procedimento legal para a realização do reconhecimento não é mera recomendação. Importância de cada uma das fases. Necessidade de respeito. Hipótese de nulidade.....637
Mariângela Tomé Lopes
26. Perda por equivalência, perda alargada e medidas cautelares patrimoniais no sistema brasileiro: reformas pontuais e assistemáticas.....665
Marta Saad
27. Prova pericial genética para fins criminais: a necessidade de adequação das regras do Código de Processo Penal às novas tecnologias.....683
Natália Lucero Frias Tavares
28. A ordem de inquirição de testemunhas no processo penal: revisitando o art. 212 do CPP.....705
Odone Sanguiné

29. Condenados pela ciência: a confiabilidade das provas periciais.....	735
<i>Rachel Herdy</i>	
<i>Juliana Melo Dias</i>	
30. Processo penal e midiaticização: big data, fake news e a subversão do sistema constitucional.....	769
<i>Raphael Boldt</i>	
31. Prisão preventiva: considerações sobre o percurso das alterações legislativas.....	785
<i>Rosimeire Ventura Leite</i>	
32. Novos problemas em matéria de proibições de prova – a dimensão internacional: regras de exclusão da prova obtida em violação da Convenção Europeia dos Direitos Humanos na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.....	811
<i>Vânia Costa Ramos</i>	
33. Arrastando grilhões: oitenta anos de processo penal autoritário no Brasil.....	851
<i>Victoria-Amália de Barros Carvalho G. De Sulocki</i>	
Autores.....	873

Apresentação

Neste ano de 2021, o Código de Processo Penal brasileiro (Decreto-Lei nº. 3.689/41) completou oito décadas de vigência, passando a ser titular do regime jurídico prioritário de *super idoso* (artigo 3º, § 2º da Lei nº. 10.741/03).

Os signatários tiveram a ideia de organizar esta obra *Desafiando 80 anos de processo penal autoritário* não propriamente para celebrar o octogenário Estatuto Processual Penal, pois se trata de diploma que remonta à ditadura do Estado Novo varguista, tendo inspiração confessa no *Codice Rocco* peninsular de 1930.

Trata-se, portanto, de codificação cujo código genético é 100% ditatorial (*mezzo* fascista, *mezzo* varguista), tratando as garantias constitucionais do processo como *formalismos estéreis*, a exigir sacrifício no altar da eficiência da persecução penal.¹

Mesmo transcorridas mais de três décadas desde a promulgação da Carta Cidadã de 1988, e quase 30 anos desde a incorporação do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (Decreto nº. 592/92) e da Convenção Americana de Direitos Humanos (Decreto nº. 678/92) ao nosso ordenamento jurídico interno, remanesce *baixíssimo* grau de densidade constitucional e convencional no sistema de administração da justiça criminal pátrio.

Por exemplo: são raríssimas decisões judiciais fundamentadas em artigos das sobreditas convenções internacionais, ou em decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

¹ MALAN, Diogo. Ideologia política de Francisco Campos: Influência na legislação processual penal brasileira (1937-1941), *In*: PRADO, Geraldo, MALAN, Diogo (Orgs.). *Autoritarismo e processo penal brasileiro*, pp. 01-85. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

A esse quadro desalentador se somam outros indícios de grave *disfunção*: (i) elevados índices de letalidade e violência policial; (ii) superencarceramento; (iii) estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário; (iv) uso abusivo da prisão processual para fins punitivos próprios da prisão-pena; (v) feroz resistência política às reformas processuais penais democratizadoras (v.g. introdução do Juiz de Garantias etc.); (vi) contrarreforma jurisprudencial restritiva de garantias processuais (v.g. *habeas corpus*, presunção de inocência, imunidade parlamentar prisional etc.).

As sobreditas disfunções revelam que o processo penal brasileiro só é *acusatório* em sua aparência, principalmente se considerada a Constituição da República de forma isolada, somada ao Direito Processual Penal resultante da produção doutrinária (*Law in books*).

Por outro flanco, se analisadas as práticas e procedimentos de interpretação e aplicação do Direito no âmbito do sistema de administração da justiça criminal (*Law in action*), o processo penal brasileiro remanesce *autoritário* e *inquisitivo*.

Nesse contexto, o processo penal vem paulatinamente abandonando sua feição tradicional – haurida das ideias políticas da Ilustração – de conjunto de técnicas de *limitação* racional das práticas e procedimentos persecutórios do Estado, cuja função precípua é funcionar como *dique de contenção* do poder punitivo, filtrando somente as práticas e procedimentos persecutórios que sejam estritamente constitucionais, convencionais, legais e racionais.

Em substituição, o processo penal assume função *punitiva*, atuando na prática como instrumento catalisador do poder punitivo estatal e dos interesses relacionados à segurança pública.

Os *inimigos* da vez aparentam ser os acusados de *corrupção* e *pertinência à organização criminosa*.

Eles, em regra, são submetidos a subsistema processual penal de *exceção*, no qual o acusado não é *sujeito* processual titular de garantias processuais, e sim mero *objeto* de atos de coação física pura e simples, direcionados ao indivíduo que, por seus medos e instintos, coloca em perigo a tramitação ordenada do processo, e se comporta nessa medida como *inimigo*.²

Por conseguinte, o novel Processo Penal do Inimigo consiste não em atividade *cognitiva* baseada na *imparcialidade* do Juiz, e sim naquilo

² MALAN, Diogo. Processo penal do inimigo. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 59, pp. 223-259, mar./abr. 2006.

que Luigi Ferrajoli denomina *procedimento decisionista e inquisitivo, baseado no princípio político do amigo/inimigo*.³

Segundo Ferrajoli, são características do Processo Penal do Inimigo: (i) conotação *partidária* do acusador e julgador; (ii) transformação do processo penal em instrumento da luta contra a criminalidade.

Logo, nesse modelo processual penal inexistente verificação empírica e imparcial de *fatos* imputados ao acusado, e sim técnica de inquisição sobre a *pessoa* do acusado, ou seja, sobre sua subjetividade *amiga* ou *inimiga*, que se expressa não só no crime, mas no seu comportamento processual.⁴

Segundo Vicente Grima Lizandra, essas mudanças trazem riscos ainda maiores para as garantias processuais penais, devido às duas peculiaridades da *corrupção*.⁵

A primeira é o caráter conceitualmente impreciso e polissêmico das expressões *corrupção* e *corrupto*, cujas acepções mais amplas e difundidas comportam juízos de valor subjetivos sobre honestidade, moralidade etc. de certas condutas ou pessoas. Assim, pessoas consideradas *desonestas*, *imorais* etc. correm maior grau de risco de serem submetidas ao Processo Penal do Inimigo.

A segunda é a generalização da ideia – arraigada no caldo cultural, nos meios de comunicação de massa e na opinião pública predominante – de que o corrupto é o principal *inimigo* do Estado e da sociedade, por ser o suposto causador da crise socioeconômica, da escassez de recursos estatais, da deficiência dos serviços públicos etc.

Tal generalização não existe (ou existe em menor grau) nos fenômenos do *terrorismo* e da *criminalidade organizada*, atividades que têm menos impacto na vida cotidiana dos cidadãos.

Segundo o sobredito autor espanhol, essas duas particularidades tendem a colocar em causa as garantias processuais penais do acusado, pois a intervenção estatal sobre a corrupção deixa de ser jurídica, tornando-se *demagógica* e *moralizante*.

³ FERRAJOLI, Luigi. Emergenza penale e crisi della giurisdizione, *In: Dei Delitti e Delle Pene*, Bari, n. 02, pp. 271-292, mag./ago. 1984.

⁴ FERRAJOLI, Luigi. L'imputato come nemico: Un topos della giurisdizione dell'emergenza, *In: Dei Delitti e Delle Pene*, Bari, n. 01, pp. 581-593, set./dic. 1983.

⁵ GRIMA LIZANDRA, Vicente. El olvido de las garantías en los procesos por corrupción, *In: JAREÑO LEAL, Ángeles; DOVAL PAIS, Antonio (Orgs.). Corrupción pública, prueba y delito: Cuestiones de libertad e intimidad*, pp. 161-180. Navarra: Aranzadi, 2015.

Nessa toada, existe o risco de que a decisão penal se torne aquela que os meios de comunicação de massa e o clamor público consideram como *justa*.

Aspecto digno de nota nessa conjuntura é considerável *disfunção* dos tradicionais papéis dos atores processuais penais no Estado Democrático de Direito: por um lado, o Juiz tende a ceder à tentação populista de promover a *regeneração moral* da sociedade e do acusado, com receio de ser acusado de ser *conivente com a corrupção*. Por outro flanco, o Defensor do acusado tende a ser hostilizado, como se ele fosse coautor ou partícipe dos atos de corrupção imputados ao seu cliente.

O principal risco nessa cruzada moralista de *combate à corrupção* é haver confusão entre os respectivos *objetivos* do Poder Judiciário (adjudicação imparcial da culpa ou inocência do acusado, com base em provas empíricas produzidas no leito seguro do devido processo legal) e do Ministério Público e polícias judiciárias (repressão à corrupção).

Há consequências práticas da sobredita natureza *demagógica* e *moralizante* da intervenção penal sobre a *corrupção*, e o subsequente tratamento da pessoa acusada desse delito como *inimiga* do Estado e da sociedade: a formação dos chamados *megaprocessos criminais* ou *maxiprocessos*.⁶

Com base em Ferrajoli, é possível formular o seguinte conceito – de cariz crítico e teleológico – de *megaprocessos criminais*: *processo empregado (ainda que não declaradamente) como instrumento de luta contra a criminalidade organizada, em contexto cultural de emergência e práticas judiciárias de exceção, no qual acusador e julgador têm conotação partidária e há imputação de multiplicidade de delitos (de cariz associativo e crimes-fim) à quantidade considerável de acusados*.⁷

A conjuntura contemporânea de discursos de *emergência* anticorrupção e anticrime organizado, somados a práticas judiciárias de *exceção*, deu azo ao *gigantismo processual* e a *megaprocessos* criminais.

O primeiro se desenvolveu em três dimensões distintas.

⁶ SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. Novos desenhos não democráticos no processo penal brasileiro pós-Constituição de 1988: Os maxiprocessos como instrumentos de lawfare político. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MALAN, Diogo Rudge; MADURO, Flávio Mirza (Orgs.). *Crise no processo penal contemporâneo*: Escritos em homenagem aos 30 anos da Constituição de 1988. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

⁷ MALAN, Diogo. Megaprocessos criminais e direito de defesa. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 159, pp. 45-67, set. 2019.

A primeira (*horizontal*) consiste na instauração de investigações sobre dezenas ou centenas de suspeitos, mediante operações policiais massivas e fundadas em indícios frágeis (v.g. atos iniciais de instrução policial).

A segunda (*vertical*) é caracterizada pelo abuso do poder de acusar (*overcharging*), consubstanciado na multiplicação das infrações penais imputadas a dezenas ou centenas de acusados, as quais são deduzidas umas das outras, em verdadeiro ciclo vicioso de retroalimentação (v.g. crimes associativos a partir de crimes-fim e vice-versa), ou induzidos a título de concurso moral com crimes imputados a corréus.

A derradeira (*temporal*) é revelada pela duração excessiva dos processos, que se arrastam por anos a fio durante a fase da investigação preliminar, de sorte a se estender ao máximo o prazo de duração da prisão preventiva.

Os megaprocessos criminais, embora sejam *exceção* e não *regra*, hoje são realidade inegável no dia a dia do sistema de administração da justiça criminal, especialmente em operações policiais de repressão à corrupção e à criminalidade organizada.

Nesse contexto, infelizmente vem frutificando entre nós a ideia de que é *tolerável* a transgressão casuística das garantias processuais penais, em razão da natureza *excepcional* da criminalidade política, alarmante ou grave (*in atrocissimis leviora indicia sufficiunt et iudex potest iura transgredi*).

Nesse contexto é que, consideravelmente preocupados com o atual rumo das coisas, convidamos alguns dos maiores processualistas penais da Ibero-América para contribuírem com reflexões doutrinárias *inéditas* sobre as oito décadas de vigência da codificação processual penal pátria.

É uma obra fundamental para uma melhor compreensão do atual estado da arte do processo penal no Brasil, bem como para conhecimento de propostas concretas para democratizá-lo.

São 33 Capítulos, escritos por total de 44 juristas.

Temos enorme orgulho em informar que, pela primeira vez na história da nossa literatura processual penal, conseguimos atingir meta editorial de paridade de gênero, com rigoroso critério de seleção dos colaboradores: são 22 autoras e 22 autores.

Em País caracterizado pela desigualdade de gênero e cultura patriarcal, é preciso ser antimachista, no discurso e ações concretas. A altíssima qualidade das contribuições contidas nesta obra são eloquente exemplo de como há nova geração de brilhantes Professoras e pesqui-

sadoras do Direito Processual Penal, seguindo os passos de precursoras como Ada Pellegrini Grinover.

A elas dedicamos esta obra, com admiração e respeito.

São Sebastião do Rio de Janeiro, abril do ano da Graça de 2021.

Antonio Santoro, Diogo Malan e Flávio Mirza

Neste ano de 2021, o Código de Processo Penal brasileiro (Decreto-Lei nº. 3.689/41) completou oito décadas de vigência, passando a ser titular do regime jurídico prioritário de *super idoso* (artigo 3º, § 2º da Lei nº. 10.741/03).

Os signatários tiveram a ideia de organizar esta obra *Desafiando 80 anos de processo penal autoritário* não propriamente para celebrar o octogenário Estatuto Processual Penal, pois se trata de diploma que remonta à ditadura do Estado Novo varguista, tendo inspiração confessa no *Codice Rocco* peninsular de 1930. [...]

Nesse contexto é que, consideravelmente preocupados com o atual rumo das coisas, convidamos alguns dos maiores processualistas penais da Ibero-América para contribuir com reflexões doutrinárias inéditas sobre as oito décadas de vigência da codificação processual penal pátria.

É uma obra fundamental para uma melhor compreensão do atual estado da arte do processo penal no Brasil, bem como para conhecimento de propostas concretas para democratizá-lo. São 33 Capítulos, escritos por total de 44 juristas.

Temos enorme orgulho em informar que, pela primeira vez na história da nossa literatura processual penal, conseguimos atingir meta editorial de paridade de gênero, mesmo mantendo rigoroso critério de seleção dos colaboradores: são 22 autoras e 22 autores.

Em País caracterizado pela desigualdade de gênero e cultura patriarcal, é preciso ser antimachista, no discurso e ações concretas. A altíssima qualidade das contribuições contidas nesta obra são eloquente exemplo de como há nova geração de brilhantes Professoras e pesquisadoras do Direito Processual Penal, seguindo os passos de precursoras como Ada Pellegrini Grinover.

A elas dedicamos esta obra, com admiração e respeito.

ANTONIO SANTORO, DIOGO MALAN, FLAVIO MIRZA

