

Dalmagro Jr.: Artigo 563 do CPP e ressignificação autoritária

25/07/2022

Ricardo Gloeckner, professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUC-RS, escreveu uma obra ímpar, prefaciada por [Jacinto Nelson de Miranda Coutinho](#), sobre a genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro [1]. O autor da escola gaúcha parte das premissas — corretíssimas, irretocáveis — de que "o atual código de processo penal, embora atingido por uma plêiade de reformas legislativas, não teve o seu núcleo modificado", e que não se deve perder de vista que "o código de processo penal brasileiro tem uma história" [2].



Triste história, é preciso admitir, porque ligada a uma

verdadeira *emulação* da doutrina italiana construída durante as décadas de 1920 a 1940, em um passado que vai para muito, mas para muito além da dogmática: como observa Gloeckner, o "Estado Novo brasileiro, sob a tutela de Francisco CAMPOS e outros importantes juristas, edificou uma legislação que em suas linhas gerais está claramente inspirada no modelo italiano do Codice Rocco, 'o mais fascista dos códigos'" [3].

Para os fascistas e portanto para Francisco Campos e seu séquito de seguidores, forma *não* é garantia. Forma é *dissimulação*, fuga do que interessa (o mérito da causa), *obstáculo* a ser ultrapassado, *subterfúgio* de quem não têm argumentos. Daí que o processo penal faria as vezes de uma espécie de *mecanismo* para alcançar a verdade *real* e distribuir justiça, um "instrumento de defesa da sociedade contra o crime" [4].

Hoje, mais do que nunca, e ainda que um dos traços de maior afinidade entre o processo penal forjado sob o Código de 1941 e as técnicas fascistas seja a negação *oficial* de vínculo com qualquer ideologia [5], esse estratagema discursivo já não se sustenta. Até Deltan Dallagnol, como demonstrou a "vaza jato" [6], entendeu que "a questão jurídica é filigrana dentro do contexto maior que é a política" [7].

Nesse quadrante fica fácil perceber que as raízes da nossa legislação condensada e vertida nos anos 40 têm muito mais a ver com o *fascismo*, no que ele tem de mais deplorável e deletério à democracia — o desmantelamento e o desdém pelas garantias individuais — do que com a tradição ibérica do processo penal. Nisso estamos mais próximos de Mussolini do que de dom Pedro [8].

Dito isso, e para começo de conversa, é preciso entender — e aceitar, porque é um dado histórico — de uma vez por todas, que o nosso Código de Processo Penal é *inquisitorial*, à luz do que já tanto estudou, falou, escreveu e questionou Jacinto Nelson de Miranda Coutinho: afinal de contas, quando se digladiam, ainda que na arena macilenta da dogmática, as características antagônicas do sistema *acusatório* e do sistema *inquisitório*, e se essa distinção é tão simples assim, "*por que a confusão? Por que depois de 80 anos ainda não se aprendeu no Brasil essa simples diferença?*" [9].

É claro que, como adverte Jacinto, "*não há um sistema processual penal ontologicamente misto*" porque os sistemas "*têm, sem perder sua unidade, mesclados em suas estruturas, elementos provenientes do outro sistema*", de modo que, por fim, "*os sistemas dos países são: inquisitórios, aos quais se agregam elementos do sistema acusatório ou adversarial; e acusatórios, aos quais se agregam elementos do sistema inquisitório*" [10].

De qualquer forma, e ainda que à míngua de consensos, "*não há razão para abandonar os significantes 'acusatório' e 'inquisitório'*" [11], já que a compreensão dos sistemas processuais penais constitui a espinha dorsal de qualquer teorização sobre o espaço de movimentação de significantes que permeia o processo penal contemporâneo [12].

A ilusão, portanto, de que, em 1988, o processo penal brasileiro, por conta de uma miraculosa *filtragem constitucional*, teria se transmudado, literalmente da noite para o dia, em um sistema *acusatório*, é tão tacanha quanto a crença de que a força da norma pode, ainda mais nestes pagos tão inóspitos, subverter e alterar a cultura inquisitória, expurgar o fetiche da segurança e derruir a ideologia da defesa social. Muito pelo contrário: a prática cotidiana das instituições no pós-88 (e que vem, no lastro da *história* do Código de Processo Penal, desde os anos 40) comprova que a cantilena punitivista que uivava na noite de 4 de outubro de 1988 não baixou o tom.

E olha que já se vão quase 34 anos desde a Constituição dita *cidadã*. De lá para cá, algo poderia, *deveria* ter acontecido. A doutrina, como insiste Lenio Streck [13], *deveria* ter doutrinado, estimulando o senso crítico dos tribunais. A jurisprudência *deveria* ter avançado para construir uma prática judiciária democrática do processo penal e, ao menos, fortalecer elementos e princípios *acusatórios* em detrimento dos miasmas que permanecem, no Código de Processo Penal de 1941, colados a significantes francamente *inquisitórios*.

Mas, graças ao STF, o coração de Francisco Campos ainda bate e a Constituição de 1988, sem deixar de sangrar, convive — para alguns, muito bem — com disrupções de verve autoritária. Como exemplifica Nereu José Giacomolli [14]:

"A primeira marca a ser destacada é a ideologia da busca da verdade material no processo penal. Em nome dessa concepção, o CPP autoriza o juiz a agir ex officio na requisição de

inquérito policial (art. 5º, II, do CPP), na determinação da produção de provas (art. 156 do CPP), na inquirição de testemunhas (art. 209 do CPP), na decretação da prisão preventiva (art. 311 do CPP), na possibilidade de condenar o réu, mesmo diante de um pedido de absolvição do Estado-Acusador (art. 385 do CPP), a dar uma qualificação jurídica diversa da outorgada pela acusação, mesmo que o imputado não tenha se defendido (art. 383 do CPP), bem como a recorrer de ofício, mesmo que a acusação não tenha interposto o recurso cabível (arts. 574 e 746 do CPP)."

A Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, apesar de notáveis avanços trazidos, como a figura, declarada natimorta pela caneta do ministro Luiz Fux, do *Juiz das Garantias* (artigos 3- a 3-F do CPP), tinha em seu âmago [15] dispositivos que, apesar de não terem sido aprovados pelo Poder Legislativo, mantinham e reforçavam o cariz autoritário do processo penal brasileiro, como era o caso da adaptação tosca do *plea bargain* norte-americano, da aberrante excludente de ilicitude em se tratando de crimes cometidos por policiais em atividade e da possibilidade de cumprimento da pena de prisão, antes do trânsito em julgado, uma vez confirmada a condenação pela segunda instância.

A par disso, talvez a arena do processo penal mais afetada pela lufada fascista dos anos de Francisco Campos, para quem *"nossas leis vigentes do processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão terá de ser deficiente, decorrendo daí um estímulo indireto à criminalidade"* [16], é, certamente, a temática das nulidades.

Regrada pelo artigo 563 do Código de Processo Penal (*"Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa"*), a teoria das nulidades no processo penal consagra a expressão francesa no sentido de que *pas de nullité sans grief*, ou seja, de que não há nulidade se não houver (e se não for provado) prejuízo.

Aury Lopes Jr. explica que a norma do artigo 563 do CPP é problemática porque transfere, sem reflexão ou filtragem alguma, determinadas categorias do processo civil para o processo penal, o que faz com que o fenômeno que denomina de "relativização das nulidades (absolutas)" do processo civil seja injetado sem critérios e manipulado para, no processo penal, negar eficácia ao sistema constitucional de garantias, fazendo com que os tribunais brasileiros as atropelem com uma postura utilitarista que alberga um discurso sub-reptício [17].

É a consagração, na seara do processo penal, do que Aury classifica como o "pomposo" e já citado *pas de nullité sans grief*, pinçado da processualística civil, pelo qual se esquece que a violação da forma processual, que tutela um princípio constitucional, é defeito processual *insanável*, e que a nulidade daí decorrente deve ser reconhecida, com a determinação de ineficácia do ato. Chega-se assim ao absurdo — como se verá a seguir, naturalizado pelas decisões dos tribunais — de se exigir que a parte prejudicada (quase sempre a defesa) demonstre o "prejuízo".

Como a expressão não possui ontologia própria, nunca se sabe o que ele significa em cada caso concreto, o que faz com que, em casos tais, *"uma nulidade absoluta será absoluta se o julgador (juiz ou julgador) quiser...e esse tipo de incerteza é absolutamente incompatível com o processo*

penal contemporâneo" [18].

Jacinto aponta no mesmo sentido:

"[...] prejuízo, em sendo um conceito indeterminado (como tantos outros dos quais está preñhe a nossa legislação processual penal), vai encontrar seu referencial semântico naquilo que entender o julgador; e aí não é difícil perceber, manuseando as compilações de julgados, que não raro expressam decisões teratológicas" [19].

Como se não bastasse, esse tipo de prova por si só é diabólico — qual maior prejuízo do que ser condenado criminalmente, por exemplo, em um processo no qual a defesa não foi regularmente intimada da sessão de julgamento e, portanto, não pode sustentar oralmente, porque na pauta levada à publicação constou apenas o número do processo, sem menção ao nome ou número da inscrição do procurador na Ordem dos Advogados do Brasil ou mesmo as iniciais do nome da parte? Como se demonstra o prejuízo em um caso desses? Como pode *não haver* prejuízo sob tais circunstâncias?

Continua [parte 2](#).

[1] GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

[2] GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 35.

[3] GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 35.

[4] GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 132.

[5] "A legislação, portanto, no pensamento de CAMPOS, deve ter como única preocupação objetivos práticos: 'deve objetivar a disciplina, de acordo com os interesses superiores do povo'". GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 135.

[6] Em junho de 2019, o jornalista Leandro Demori assinou um editorial no site *The Intercept Brasil*, juntamente com Glenn Greenwald e Betsy Reed, explicando ao público o caso Vaza Jato. Ele também assinou uma das três primeiras reportagens que dariam início à série com o mesmo nome. As mais de 110 reportagens, que publicaram transcrições de conversas obtidas no aplicativo Telegram por uma fonte da qual o site nunca revelou o nome, indicaram que o ex-juiz e então ministro da Justiça do governo de Jair Bolsonaro, Sergio Moro, cedeu informação privilegiada à acusação, auxiliando o Ministério Público Federal (MPF) a construir casos, além

de orientá-lo sugerindo modificação nas fases da operação Lava Jato e troca de procuradores em audiências. Também mostraram cobrança de agilidade em novas operações, conselhos estratégicos, fornecimento de pistas informais e sugestões de recursos ao MPF. As reportagens igualmente demonstraram que o Ministério Público Federal vazava informações para a imprensa e usava jornalistas para fins políticos. Os procuradores, segundo as reportagens, também acessaram arquivos da investigação ilegalmente. Posteriormente, com base nessas mensagens, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no HC 164.493, declarou o ex-juiz Sergio Moro suspeito para julgar o ex-presidente Lula no caso do triplex do Guarujá. A íntegra das reportagens está disponível em <https://theintercept.com/2020/01/20/linha-do-tempo-vaza-jato/>.

[7] Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/09/leia-dialogos-da-lava-jato-sobre-escutas-telefonicas-do-ex-presidente-lula.shtml>>. Acesso em: 13 jul. 2022.

[8] No canal do YouTube do Centro de Pesquisa e Extensão em Ciências Criminais (CPECC) da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FD-USP), coordenado pelo Professor Maurício Stegemann Dieter, está disponível a íntegra do Seminário *Autoritarismo e Processo Penal*, em que Geraldo Prado e Ricardo Jacobsen Gloeckner aprofundam significativamente o tema central e esquadriham, dentre tantas outras características, as raízes fascistas da legislação processual penal brasileira. Disponível em: https://www.youtube.com/playlist?list=PLVYWJSvB_hXHlzM1lmJUhM9j7nQUCgen. Acesso em: 16 jul. 2022.

[9] COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Código de Processo Penal é inquisitorial. **ConJur**, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-12/limite-penal-codigo-processo-penal-inquisitorial>. Acesso em: 13 jul. 2022.

[10] COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Código de Processo Penal é inquisitorial. **ConJur**, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-12/limite-penal-codigo-processo-penal-inquisitorial>. Acesso em: 13 jul. 2022.

[11] GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Processo penal acusatório? Resignificações do autoritarismo no processo penal. In **Revista da Emerj**. Rio de Janeiro, v. 18, nº 67, p. 378 – 408, jan-fev. 2015. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista67/revista67_378.pdf. Acesso em: 13 jul. 2022.

[12] GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Processo penal acusatório? Resignificações do autoritarismo no processo penal. In **Revista da Emerj**. Rio de Janeiro, v. 18, nº 67, p. 378 – 408, jan – fev. 2015. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista67/revista67_378.pdf. Acesso

em: 13 jul. 2022.

[13] STRECK, Lenio Luiz. E se todos os juízes dissessem "ignore a doutrina, 99% é lixo"? **Conjur**, 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-13/senso-incomum-todos-juizes-dissessem-ignore-doutrina-99-lixo>. Acesso em: 16 jul. 2022.

[14] GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas marcas inquisitoriais do código de processo penal brasileiro e a resistência a reformas. In **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 143-165, 2015. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/8/19>. Acesso em: 13 jul. 2022.

[15] Disponível em:

http://estaticog1.globo.com/2019/02/04/mjsp_projeto_de_lei_anticrime.pdf?_ga=2.72272660.60883866455c3d4-a8be-7109-3886-c9c562bb2724. Acesso em: 13 jul. 2022.

[16] CAMPOS, Francisco. **O estado nacional**. São Paulo: EbooksBrasil, 2002, p. 193.

[17] LOPES JUNIOR. Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Volume II. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 425.

[18] LOPES JUNIOR. Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Volume II. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 425.

[19] COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. In **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre, Nota Dez Editora, nº 01, 2001, p. 44.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2022-jul-25/dalmagro-jr-artigo-563-cpp-ressignificacao-autoritaria/>