

**UMA VISÃO SOBRE AÇÃO, PROVA E PENA AO LONGO DA HISTÓRIA**  
*A VISION ON ACTION, EVIDENCE AND PENALTY THROUGH HISTORY*

**Taciany Amaral de Figueiredo Brambilla\***

**RESUMO:** Este trabalho está centrado na verificação da evolução dos institutos penais: ação, prova e pena no decorrer da história, nas civilizações que influenciaram a formação do pensamento criminal ocidental. Com isso pretende-se oferecer bases para a compreensão dos referidos institutos e lançar luzes sobre seu desenvolvimento atual, de forma a evitar equívocos cometidos no passado. Para tanto, será realizado um excuro histórico que remonta as sociedades arcaicas e clássicas, ao processo pré-moderno, processo moderno, processo contemporâneo e ao 11 de setembro juntamente com suas repercussões nas ciências criminais. Para desenvolver a referida pesquisa foi utilizada a abordagem dedutiva e indutiva a partir da pesquisa bibliográfica, na qual a análise de dados se realizou mediante a análise de conteúdo para a produção de uma pesquisa com finalidade descritiva.

**Palavras-chave:** Ação; prova; pena; história; pensamento criminal ocidental.

**ABSTRACT:** This work focuses on the verification of the evolution of criminal institutes: action, evidence and punishment throughout history, in the civilizations that influenced the formation of Western criminal thinking. This is intended to provide bases for the understanding of these institutes and to shed light on their current development in order to avoid misunderstandings committed in the past. In order to do so, a historical excerpt will be made that goes back to archaic and classical societies, to the pre-modern process, modern process, contemporary process and to September 11 along with its repercussions in the criminal sciences. In order to develop this research, the deductive and inductive approach was used based on bibliographical research, in which data analysis was performed through content analysis for the production of a research with a descriptive purpose.

**Key-words:** Action; evidence; penalty; history; western criminal thinking.

---

\* É advogada, graduada pela Universidade Federal do Pará (2010). Possui especialização em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Escola Superior de Advocacia (ESA-SP). Atualmente cursa mestrado em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, na linha de pesquisa Direitos fundamentais, democracia e desenvolvimento sustentável. Foi bolsista vinculada a Capes no período de junho/ 2017 a junho/ 2018. Tem como foco de pesquisa o Estado Garantista desenvolvido por Luigi Ferrajoli.

## 1. INTRODUÇÃO

Entende-se ser interessante ao iniciar o estudo sobre qualquer fenômeno jurídico fazer um resgate histórico sobre o respectivo tema, pois o retorno sob o olhar crítico aos fatos nos fornece bases para uma compreensão mais adequada do passado como a possibilidade de atuarmos visando um presente e futuro melhores. Guarinello (2003, p. 42) concretizou esta exposição na Conferência de St. John's College da Universidade de Oxford, Inglaterra, em 2003, ao mencionar que pensar sobre a história “é também refletir sobre a artificialidade das próprias fronteiras internas que a História Científica criou dentro de si mesma e sobre suas consequências para a compreensão mais global de sociedades humanas”.

A necessidade de realizar esta pesquisa reside no entendimento de que o Direito está contido no meio social e assim como este último é dinâmico, amoldando-se as condições encontradas e aos resultados almejados. Neste sentido, a coleta de informações referente ao caminhar jurídico de ação, prova e pena também é indissolúvel ao contexto passado da humanidade. Desta maneira, pretendendo uma concepção apropriada sobre o processo penal com vistas ao respeito aos direitos do cidadão é que será promovida uma investigação de certos momentos históricos. Esta investigação será fulcrada sob os aspectos de ação, prova e pena, trinômio que forma a base do processo penal.

Logo, para esta concepção, é imperioso remontar as aplicações históricas de tal trinômio e seu desenvolvimento. Com isso, acredita-se que os frutos desse conhecimento podem conduzir a uma mudança humanizada e otimizada da forma com que se concebe o processo penal. Assim, entende-se que uma reflexão crítica, que vislumbra presente e passado, é o fio condutor para superação das incongruências geradas pela má compreensão e mau uso dos mencionados institutos criminais pelos seus operadores.

Para tanto, será produzido um estudo meio, pelo qual se prima servir de base para demais pesquisadores que compartilhem este mesmo objeto de investigação possam ter dados históricos cientificamente colhidos que os embasem seus trabalhos. Com este escopo, na consecução desta pesquisa descritiva será utilizada pesquisa bibliográfica, com levantamento de informações realizados através de análise de conteúdo, mediante abordagem dedutiva e indutiva.

## 2. SOCIEDADES ARCAICAS E CLÁSSICAS

### 2.1 SOCIEDADES ARCAICAS: MESOPOTÂMIA

A Mesopotâmia foi uma civilização de grande destaque no mundo Antigo. É nela que se verifica o surgimento da escrita cuneiforme, por volta de 3.100 a.C., repercutindo positivamente nas relações comerciais. O poder de decisão estava centrado na figura do rei, o qual atingiu tal *status* por intermédio de legitimação divina. É neste contexto de legitimação divina que o rei Hamurabi apresenta um conjunto de prescrições para reger a vida social mesopotâmica: o código Hamurabi. Acredita-se que este código foi concebido durante a primeira dinastia babilônica por volta do ano 1772 a.C..

Inicialmente, os estudos apontaram que este código foi, de fato, criado pelo mencionado rei, mas estudos recentes apontam que “Hamurabi não criara novas leis e que seu código não era propriamente inovador, já que revelava apenas práticas sociais comuns, encontradas em documentos de outros povos da região” (PINSKY, 2001, p. 62). Apesar de não ser uma codificação inovadora é impossível não afirmar a importância deste tratado para o mundo jurídico.

O Código Hamurabi é composto de 282 artigos, distribuídos em 14 capítulos. Conforme o prólogo de tal codificação o seu fim era implantar a justiça na terra através da destruição dos maus e do mal, da prevenção da opressão para assim se chegar ao bem-estar do povo. Em relação ao aspecto penal, as punições e os crimes eram tratados especificamente no capítulo 12. Outra importante constatação sobre o Código Hamurabi é a respeito da lei do talião. O talião, em latim, significa tal e qual. Desta forma, no contexto criminal punia-se em consonância a: como tal crime foi praticado, da mesma forma será a pena. Para essa civilização a justificativa para este juízo representava a proporcionalidade entre crime e castigo.

O entendimento mesopotâmico referente a ação, no sentido de apresentar um fato e requerer uma decisão, era tarefa de grande responsabilidade, vez que não comportava o erro profissional. Assim, como a atuação do juiz perante a análise processual não comportava falhas, o magistrado além de pagar doze vezes o valor das custas era impedido perpetuamente de atuar no cargo além de ser expulso publicamente de suas funções. O código não faz menção a escolha dos juízes ou qualquer outra informação relacionada a atuação judicial no processo, apenas traz as citadas punições.

Para verificação da culpa, o denunciante fazia o uso de testemunhas para confirmar suas alegações, assim como o acusado, no entanto em alguns casos as testemunhas deveriam confirmar seu depoimento na presença de Deus, conforme o art. 9, ao tratar da reclamação de objetos perdidos. Porém, quando a autoria de determinado ato não era comprovada de forma inequívoca, o código estabelecia que as provas seguissem o regime das ordálias. Aqui, destaca-se que este método probatório traz a máxima praticada pela humanidade há muito tempo, pela qual se busca uma resposta trazida pelas entidades místicas quando não se consegue racionalmente explicar algo. Com exemplo citamos o artigo 2, em que havendo alguém acusado de praticar atos feitiçaria e não sendo possível provar os atos, o imputado deverá mergulhar em um rio e caso se afogue isso bastará para afirmar a sua culpa.

De acordo com Rodrigo Freitas Palma (2011) as penas retratam severidade, culminando em mutilações, como se verifica no artigo 195, o qual tipifica que a agressão provocada pelo filho em seu pai era penalizada com a amputação das mãos do agressor. O mesmo autor afirma não haver diferença entre roubo e furto, sendo ambos punidos com igual pena, a morte. Apesar de não haver a mencionada separação de tipos penais, o autor destaca que há um “escalonamento que define as categorias de condutas mais graves para um mesmo delito, bem como a diferenciação natural das pessoas segundo a pirâmide social” (PALMA, 2011, p. 51). Em análise a essas informações, verifica-se que havia uma preocupação com a individualização da pena, a qual era embasada não só na conduta praticada, mas também na posição social do agente.

Havia também penas pecuniárias, como se nota no art. 260 “se alguém rouba um grande balde, deverá pagar três ciclos de prata”. Caso o infrator não pudesse arcar com o valor ou bem estipulado era aplicado o talião.

## **2.2 SOCIEDADES ARCAICAS: JUDEUS**

A análise jurídica da sociedade judaica ganha destaque a partir de Moisés, tendo sua história detalhada nos livros do Antigo Testamento contidos na Bíblia e na Torá. Conforme a versão brasileira de A História (2012), por volta do ano de 1446 a.C., Moisés foi escolhido por Deus (Jeová) para retirar o povo hebreu da opressão cometida pelos egípcios e os conduzir a Terra Prometida (Canaã). Após um longo período de tentativas frustradas, Moisés obtém a liberdade de seu povo e com isso uma multidão o segue pelo deserto a procura do local em que irão se estabelecer.

É durante esse caminhar nas areias do deserto que Moisés, no Monte Sinai, recebe o estatuto divino que irá dirigir a conduta dos seus seguidores. Este estatuto é conhecido, conforme relata o livro de Êxodo (20:1-17), como Os Dez Mandamentos ou Decálogo. Aqui, verifica-se o caráter divino desta codificação, vez que foi o próprio Deus quem a entregou, entalhada em duas tábuas. As demais prescrições, todas de origem divina, foram ditadas por Deus a Moisés, sendo posteriormente transmitidas ao povo.

Henry Thomas (1983) explica que tal legislação era não só desejada, mas imprescindível para a sobrevivência desse povo. Conforme o mencionado autor foi necessário fornecer a aquela sociedade um código de conduta para que fosse possibilitado o convívio social no deserto. Assim, entende-se que a codificação dos dez mandamentos, e as demais foram indispensáveis para assegurar a perpetuação do culto monoteísta religioso, e também para criar os costumes deste povo, e desta maneira, firmá-los como nação. A perpetuação do culto refletiu também na ideologia desta comunidade, fazendo com que o modo de vida dos hebreus fosse constituído de acordo com a vontade sobrenatural preceituada, haja vista que a sua sobrevivência estava vinculada a total obediência aos estatutos de origem abstrata.

Apesar do livro de Êxodo trazer a narrativa sobre os dez mandamentos, é no livro de Deuteronômio que a legislação mosaica se encontra de forma mais estatal e menos teocrática. Com base no viés apresentado em Deuteronômio, traçaremos algumas considerações sobre a incidência do processo penal no mundo semita.

Entende-se que o primeiro traço de importante destaque, conforme Lopes (2011) em relação ao processo é imparcialidade judaica do juízo. O julgamento, em si foi delegado, por Moisés, aos representantes das tribos, pois no momento relatado em Deuteronômio a nação já havia se multiplicado de forma que ele não mais conseguia cuidar de todas as questões políticas e jurídicas sozinho. Para facilitar o cumprimento das tarefas delegadas foi imposto ao povo o dever de respeito e obediência às decisões judiciais, sob pena de morte a quem se mostrasse resiliente.

Como decorrência do tratamento processual isonômico tem-se que o direito de ação daquela época, consistia unicamente no comparecimento do reclamante perante os representantes do povo para que eles tomassem ciência do fato ocorrido e decidissem de acordo com as prescrições divinas. Assim, a noção de ação e processo perante o povo judeu assumia caráter informal, baseado, principalmente, na oralidade, apesar de sua legislação base ter forma escrita.

Em relação ao que se pode conceituar à época como direito penal, encontra-se no capítulo 5 de Deuterônômio, algumas tipificações que permanecem ainda hoje, em muitos ordenamentos jurídicos como crime, vejamos: o furto, o homicídio e o falso testemunho. Verifica-se também que o adultério era considerado crime. Apesar de serem uma sociedade arcaica, os judeus da época de Moisés, já diferenciavam o homicídio doloso do culposo, e com isso havia diferenciação na pena, sendo atribuída ao homicida culposo o direito de se retirar a uma cidade refúgio, enquanto que o homicida que praticou o crime com dolo a pena era a morte. Outra importante característica que deve ser mencionada, é que pecado e crime possuem o mesmo significado, fato que é facilmente verificado em sistemas baseados apenas no caráter divino.

No que tange a matéria probatória, era necessário a apresentação de no mínimo duas testemunhas (Det. 17.6-7), para que uma confirmasse a versão dos fatos informada pela outra. Contudo, o falso testemunho era punido com a pena de morte por apedrejamento (Det. 13-9), cabendo ao prejudicado pelo falsário o direito de arremessar a primeira pedra.

A pena exprimia forte conteúdo intimidador. Em várias passagens do livro de Deuterônômio (17.12) é possível encontrar que pecador (criminoso) deverá morrer “para eliminar o mal de Israel”. A pena, nesta época girava em torno desses castigos: a pena de morte, açoites (limitados à quantidade de 40), multa (quando o marido cometesse crimes contra a honra de sua esposa, neste caso a multa em favor da esposa ajudaria no seu futuro sustento) e apedrejamento. Apesar das duras penas atribuídas pela lei mosaica, tem-se que, ela é percussora do princípio da responsabilidade pessoal do condenado ao afirmar que cada qual será punido individualmente pela sua infração (Det. 24.16), assim a pecha da indignidade não repercutiria em seus familiares.

### 3. SOCIEDADES CLÁSSICAS

#### 3.1 GRÉCIA

Foi na Península Balcânica por volta do terceiro milênio antes de Cristo que os primeiros antepassados dos gregos se estabeleceram. Aproximadamente entre os séculos VIII ao VI a sociedade rural grega se transformou em uma sociedade preponderantemente urbana. As *polis* de maiores destaques foram Esparta e Atenas. Em síntese, a primeira, de caráter belicoso e aristocrático, enquanto que a segunda é conhecida pela democracia e pela repercussão desta forma de organização política em seu sistema legal. Em virtude destes traços,

entende-se ser mais interessante para os objetivos pretendidos nesta investigação que seja realizada apenas na análise do arcabouço jurídico ateniense em detrimento do direito espartano.

Ao se analisar o mundo jurídico ateniense clássico se observa que nele reflete a atuação do cidadão concebida em razão do sistema político. Assim, o processo aqui desenvolvido revela o caráter democrático clássico grego, firmando posições que influenciarão o mundo jurídico moderno e contemporâneo.

A lei ateniense já era escrita e voltada a aplicação geral, para que não se fizesse distinção entre as pessoas, o que gerava, por sua vez, uma maior estabilização das relações jurídicas. Além disto, o estudo das codificações legais fazia parte da educação do indivíduo, para que ele ao conhecer seus direitos e obrigações pudesse agir como cidadão.

Embora a lei fosse escrita, não havia uma profissionalização da classe dos magistrados. Isto decorre do fato de que a lei era ensinada em forma de poemas, sendo a literatura jurídica, de acordo com Lopes (2011), fonte de instrução e prazer para a sociedade. Também não havia uma profissionalização voltada para a defesa, vez que a sociedade não aceitava a ideia de mercancia para a ajuda em juízo do acusado.

O julgamento de alguns crimes era realizado por meio de uma ação privada, como o assassinato, perjúrio, assalto e crimes praticados com violência sexual. Já os crimes públicos cabiam a denúncia a qualquer cidadão, vez que os delitos públicos atingiam a coletividade e não apenas a vítima. Lopes (2011) informa que a denúncia iniciava o processo com a narrativa dos fatos, observa ainda o mesmo autor, que não havia órgão de acusação, por isso a qualquer do povo era facultado o início da ação penal. O caso era apresentado de forma oral por ambas as partes. A decisão era auferida através de votação secreta do júri, pois deveria refletir a vontade da maioria (WOLKMER, 2006).

Em relação a produção probatória, era admitida a prova escrita, o que faz concluir que o processo em si também assumia também a forma escrita, apesar da predisposição grega pela fala em detrimento a escrita (WOLKMER, 2006). Além da prova escrita, era admitida também a prova testemunhal prestada de forma oral. Quando a testemunha era um escravo, a produção probatória estava vinculada a uma tortura inicial, pois “acreditava-se que sem a tortura os escravos naturalmente mentiriam, ou para proteger ou para vingar-se do seu senhor” (LOPES, 2011, p. 25).

As penas atenienses, na visão de Palma (2011), possuíam características menos brandas quando comparadas a penas das Antiguidade Oriental. O autor cita como mais comuns,

as penas de multa, desterro, confisco e prisão. Embora, com punições mais humanas que as demais civilizações orientais, os gregos também fizeram uso da pena de morte.

### 3.2 SOCIEDADES CLÁSSICAS: ROMA

A última civilização clássica a ser analisada é a romana. Segundo Giordani (1996), o estudo do direito romano é de fundamental importância, vez que este não se destacou apenas como fonte dos demais direitos, mas por se apresentar como um elemento importante na formação da civilização moderna. Com procedência também voltada para as divindades, “pois estas nobres origens legitimavam seu poder sobre outros povos e serviam como propaganda de suas qualidades” (FUNARI, 2001, p. 66).

Embora toda a tradição romana seja relacionada, principalmente, ao direito privado, com enfoque a seara cível, entende-se ser mérito romano também o desenvolvimento do direito processual. Desta forma, ainda que não tenham se destacado por um profundo incremento do direito processual penal, é necessário entender como este povo cuidou da parte substancial criminal.

A *noxae* romana era o termo que definia crime, mas este vocábulo era bem mais abrangente, vez que englobava não só o crime em si, mas também era utilizado para descrever o prejuízo ou qualquer outra forma de ofensa. Essas *noxas* se classificavam em: públicas, porque eram mais graves e representavam uma grande ofensa a sociedade; e as privadas, sendo estas de menor importância e conferidas a jurisdição estatal. Em relação a apuração da *noxae*, os romanos já possuíam um equilibrado entendimento sobre a matéria. Já aplicavam o princípio da intranscendência penal; o direito ao silêncio, sem que este resultasse na assunção da culpa e o princípio *in dubio pro reo*, conforme explica Castro (2007). O ponto fulcral para os romanos era que o infrator deveria apenas ressarcir a vítima, desta forma “a consequência jurídica do delito no direito romano era, apenas, a compensação, e esta punição servia também para satisfazer o ofendido do dano que sofrera.” (MARKY, 1995, p.73).

Inicialmente a punição primitiva da culpa, a qual era voltada para uma forma de indenização do ofendido, era estabelecida diretamente entre as partes envolvidas, e o seu assentimento implicava renúncia de qualquer forma de vingança particular, pois o Estado nada limitava, apenas admitia o desagravo do ofendido. Posteriormente, ao acusado era facultado demonstrar seu descontentamento com a sentença, graças a *Lex Valeria de Provocatione* o réu,

mediante o “*provocatio ad populum*, [...] podia recorrer da condenação para o povo reunido em comício” (MIRABETE, 2000, p. 34).

Mas foi na Roma Imperial que surgiu a *cognitio extra ordinem*, que em suma transformava o julgador também no acusador, algo parecido com o que mais tarde será utilizado pela Igreja Católica na Inquisição. Desta forma, a colheita de provas, a valoração e a decisão final sobre a culpa ou inocência era centralizada nas mãos da mesma pessoa.

#### 4. O PROCESSO PRÉ-MODERNO

Os povos que estavam fora dos domínios romanos, eram chamados de bárbaros, tais como os francos, os lombardos, os suevos, os burgúndios, os vândalos, os ostrogodos, os hunos, os germânicos, os saxões e os anglos, beneficiaram-se da desintegração crescente da estrutura político-administrativa de Roma para iniciarem constantes invasões e saques nas áreas do antigo império. Estas incursões ocorreram, principalmente, em função da impossibilidade de Roma manter a vigilância e proteção de suas fronteiras. Em virtude disso, a população, que ocupava os grandes centros urbanos da época, viu-se obrigada a fugir para as áreas rurais em busca de proteção.

Com o passar do tempo, as áreas rurais passaram a desenvolver uma organização própria com fins de continuar a oferecer amparo ante aos ataques bárbaros. Para isso, foi convencionalizado que o proprietário dessas terras de refúgio deveria concentrar todo e qualquer tipo de poder que pudesse ser exercido nos seus limites. Nascia o feudalismo, ou Idade Média, período delimitado entre o século V ao século XV. É comum também haver uma subdivisão temporal a qual se atribui ao período compreendido entre o século V ao X a denominação de Alta Idade Média e ao período do século X ao XV de Baixa Idade Média.

Para esta análise serão utilizados alguns critérios de justiça advindos da Igreja Católica, vez que além de possuir um direito escrito exerceu influência significativa e uniforme no mundo medieval (CASTRO, 2007).

Com o distanciamento da Igreja em relação a sua missão divina alguns fiéis descontentes passaram a se organizar em movimentos contrários a Igreja Católica, rompendo definitivamente com a doutrina por ela pregada. Com este rompimento, a Igreja, no intento de manter o seu poder inquestionável iniciou um dos seus momentos mais assombrosos. A partir de então, ela decidiria vida ou morte em relação às pessoas que poderiam ameaçar a sua influência no mundo feudal, seja um dissidente, seja um herege (tanto que interpretava a Bíblia

de forma descompromissada com os dogmas da Igreja como os cátaros, como quem praticasse uma religião diferente, pagã), seja uma bruxa (a partir de 1320). Em decorrência disso, por volta do século XI e XII (Baixa Idade Média), a Europa conheceu a fúria da Igreja através do Tribunal do Santo Ofício. Pernoud (1979) esclarece que a Inquisição foi concebida, por volta de 1231, pelo Papa Gregório IX como um tribunal eclesiástico voltado ao julgamento dos hereges e posteriormente os judeus e mouros, principalmente na Espanha.

A primeira constatação sobre o processo pré-moderno a se fazer, é que com a Inquisição há introdução de uma justiça regular, pois em muitos casos anteriores a pena era decidida pela população, como ocorreu “no sul, em Sant-Gilles-du-Gard, o herege Pierre de Bruyes, que havia queimado publicamente um crucifixo, viu-se vítima do mesmo suplício, por uma turba furiosa” (PERNOUD, 1979, 102). Assim, a Inquisição passou a assumir a postura do que hoje é visto nas mãos da polícia com função investigativa, sendo a aplicação da pena uma tarefa repassada ao poder real. Sua competência compreendia as investigações oriundas das acusações de heresia, suspeita de heresia, cisma, apostasia, magia, adivinhação, vaticínios, sacrilégios.

Conforme Bernard (1959, p. 19), no aspecto jurídico “seu proceder era secreto, exigiam-se testemunhas, dava-se ao réu conhecimento das acusações, advogado (conselheiro) e autorização de defesa”. Destaque-se que o advogado incumbido da defesa era escolhido pela Inquisição e não poderia consultar o processo (NOVINSKY, 1985). Apesar de tornar pública a acusação, a identidade do acusador era mantida em sigilo, assim como o procedimento em si de investigação. Em virtude do sigilo, admitia-se denúncia por meio de carta anônima (NOVINSKY, 1985).

Ainda de acordo com Bernard (1959) ao réu era informado apenas que havia contra si denúncia, então ele comparecia para depoimento, mas não atuava na obtenção das demais provas que não fosse a sua confissão. Sendo esta prova, a confissão, um fato incoerente neste procedimento, haja vista que mesmo após confirmação testemunhal do alegado era necessário que o réu se declarasse culpado.

O Tribunal seguia o rito nestes termos, primeiro era realizada uma campanha de conscientização para que os hereges se apresentassem para julgamento. Nesta fase inicial a sociedade também era incentivada a apontar os supostos infratores. Este período, o Tempo de Graça, durava entre 15 a 30 dias e os hereges que procedessem com a autodenúncia e confessassem também o arrependimento recebiam penas de caráter leve. Passado esses dias era realizada a verificação da culpa para os acusados pela sociedade, sendo o denunciado citado a

comparecer perante a autoridade para ser interrogado, ocasião em que se procedia a oitiva do denunciante e das testemunhas.

Imediatamente com a citação para se apresentar ao Tribunal, os bens do acusado eram confiscados, permitindo-se o acesso somente aos funcionários da Inquisição. Os familiares eram privados do uso dos bens imóveis do acusado. A condenação também alcançava moralmente as futuras gerações, as quais eram consideradas infames (NOVINSKY, 1985).

Poderiam ser apresentadas provas pelo denunciante, mas, em face da especificidade do ato a ser demonstrado eram aceitos indícios, embora houvesse admissão de prova frágil, esta era analisada também com base na índole do seu apresentante.

Ressalte-se que a Inquisição fazia uso de três classificações para as provas: a plena, semiplena e o indício, sendo a estas modalidades atribuído um determinado valor probante (GOMES FILHO, 2000). A primeira espécie requeria duas testemunhas e ato escrito público (documento). A prova semiplena era atribuída aos documentos particulares, bem como aos testemunhos pouco convincentes. E os indícios se assemelham ao que hoje se entende por presunção legal, ou seja, um início de prova, possuíam valoração entre 1/4 a 1/8 do atribuído a prova plena.

A obtenção probatória na Inquisição, quando se era possível pela natureza do ato apresentá-las, foi baseada na fé contendo traços do direito hebraico que, segundo Gomes Filho (2000), necessitavam, ao menos, de duas testemunhas para confirmar a acusação e documentação respaldável, conforme o ato que se pretendia imputar. É observável também a influência germânica, através das ordálias, assim como se viu no direito mesopotâmico. Esta modalidade probatória consistia em um desafio proposto ao réu com fim de que ele comprovasse sua inocência ou culpa, de acordo com a vontade de Deus. Neste desafio a atuação divina favorável ao investigado era prova cabal da sua desafetação do ato a ele imputado. As ordálias, por implicarem resposta de caráter metafísico inquestionável, a qual era absolutamente aceita no juízo, traz, a nosso entender, caráter puramente formal, haja vista que não admitia discricionariedade em sua valoração, ou seja, comprovada ou não a inocência do réu através do resultado do desafio o magistrado deveria admiti-lo sem questionamentos.

A análise da prova era realizada por certa quantidade de jurados que variavam entre 25 a 51, apesar desta análise a pena era considerada muito mais em função do arrependimento ou não do denunciado. Caso o réu confessasse publicamente sua culpa e expressasse publicamente arrependimento recebia pena leve. Os réus que não demonstravam arrependimento eram entregues as autoridades civis (reais) para a execução da pena e “em

certos casos eram estrangulados e queimados depois de mortos, outros delinquentes mais graves eram queimados vivos” (BERNARD, 1959, p. 20).

Havia também a cerimônia do auto de fé, em que, publicamente o réu se declarava culpado, mas arrependido de sua conduta. A finalidade desta solenidade era firmar a fé católica através da reconciliação do culpado com a Igreja e intimidar possíveis transgressores. Como incentivo ao seu arrependimento a pena era de menor intensidade.

Durante a realização da apuração da culpa era admitida uma espécie de prisão preventiva, a qual tinha por fundamento a tentativa de obter a confissão do réu. Quando tal declaração não ocorria, permitia-se a tortura.

Um dos métodos mais combatidos pelos direitos humanos ainda hoje é, certamente, a tortura, mas na época inquisitória a realidade era outra. Não se pode deixar de mencionar que nas fases inaugurais do Santo Ofício não havia legitimação da tortura, somente com o Papa Inocêncio IV é que esta passou a integrar as formas de inquirição dos hereges. A Tortura após legitimamente adotada naqueles tribunais era usada, conforme Bernard (1959), como *ultima ratio* e desde que existissem fortes indícios de culpa, não podendo levar a perda de membros ou ainda a risco de morte, devendo ser aplicada apenas uma única vez e com duração máxima de meia hora. Ao fim do processo, relata Novinsky (1985), o réu era obrigado assinar um Termo de Segredo em que se comprometia em guardar sigilo absoluto dos atos ocorridos durante sua detenção, sob pena de novo encarceramento.

As penas cruéis também foram uma das características do Tribunal do Santo Ofício, isto se deve ao fato de que em meados do século XV, com o declínio da fé e da moral dos representantes da Igreja, iniciou-se a cisão religiosa pela reforma protestante. Desta forma, o enfraquecimento da fé somado o amplo destaque as antigas superstições e a difusão dos pactos diabólicos, tornaram uma obseção a ser combatida pelos católicos. Como exemplos dessas penas cita-se: a fogueira, o sambenito e os flagelos.

A Inquisição Medieval se estendeu até o século XIV, já a Inquisição Moderna perdurou até o século XIX, principalmente na Espanha e em Portugal.

## **5. O PROCESSO NA MODERNIDADE: PROCESSO NO ANTIGO REGIME**

O Antigo Regime faz parte do período histórico que precede as Revoluções Liberais Americana e Francesa. Está contido na Idade Moderna, a qual tem seu início por volta de 1453, com a tomada de Constantinopla, e vai até 1789, com a Revolução Francesa. Aqui, ocorreu:

expansionismo europeu que culminou na criação das colônias latino-americanas, africanas e asiáticas, revolução comercial e mercantilismo; colonialismo; renascimento cultural; reformas na Igreja Católica; monarquias absolutistas e o iluminismo.

Importante contribuição iluminista é encontrada na obra de Cesare Beccaria, *Dos Delitos e Das Penas* (1774). Trata-se de uma proposta de reformulação da atuação estatal ante o condicionamento mais crítico de liberdade que um estado pode infringir a seus cidadãos: a aplicação da pena. Neste tratado iluminista de cunho criminal o autor inicia denunciando que naquela época ainda se utilizavam práticas legais abusivas, que remontavam ao medievo, tais como: a barbárie das penas, as irregularidades nos processos que causavam erros judiciais, condições desumanas dos locais de cumprimento de penas, entre outras, todas derivadas de um poder imoderado que o tornava irresponsável ante seus súditos.

Desta forma, para realizar as finalidades propostas neste espaço da pesquisa, em verificar ação, prova e pena, serão frisadas as ideias dispostas por Beccaria em *Dos Delitos e Das Penas*, vez que esta obra analisa criticamente o processo penal na época do antigo regime (VALIENTE, 1994).

O primeiro aspecto a ser tratado é relativo a ação penal. Conforme muitas vezes relatado pelo mencionado autor, embora já se estivesse passados séculos do momento de maior vigor do processo inquisitório, ele ainda continuava presente. A influência da Igreja era de fácil constatação no governo, haja vista que o poder real possuía justificação divina. Por tanto o início da ação criminal se manteve nos moldes inquisitoriais, como exemplo Beccaria destaca que se admitam acusações secretas, o que relembra certa similaridade com as cartas anônimas que denunciavam hereges aos Santos Ofícios e que inauguravam os procedimentos de verificação da culpa.

Mais um traço medieval encontrado nesta época, como enumera a obra sob comento, era a manutenção da tortura e das provas de fogo como formas de se obter confissão, vez que a confissão era indispensável à condenação, em semelhança com a necessidade de confissão dos pecados para a salvação da alma. Beccaria (2008) assim rechaça a permanência deste método, afirmando que agir assim coloca o destino homens ao puro capricho do ente místico.

No decorrer do processo, também se faziam uso dos interrogatórios sugestivos, como tentativa de autoincriminação por meio de perguntas que induzissem o investigado a confessar, ainda que de forma indireta, a sua autoria no delito. O marques de Beccaria contesta esta forma de arguição, pois conforme ele a condenação deveria se embasar em provas que afirmassem a certeza dos fatos, as quais evidenciariam a responsabilidade do indiciado (provas perfeitas). E

não havendo esta modalidade de provas, caberiam as provas imperfeitas (que embora não evidenciassem culpa, elas também não atestavam inocência) que deveriam ser apresentadas em quantidade substancial para juntas impossibilitarem a inocência do acusado. Há também o entendimento de que as provas deveriam ser independentes umas das outras, ou seja, cada uma deveria sustentar por si só a ocorrência/abstenção de determinado ato. Uma questão interessante que Beccaria expõe é sobre a publicidade das provas e julgamentos, haja vista que ainda se mantinham apartadas. Essa necessidade de tornar pública ambas é justificada com a alegação de que isto impediria decisões abusivas, ou melhor, diminuiriam as penalidades abusivas.

Critica também as prisões realizadas de maneira discricionária ao logo do processo, alegando que se trata apenas de demonstração de força e poder dos magistrados, relegando qualquer critério de justiça, e em muitos casos eram embasadas unicamente no *status* social do acusado. A prisão ora mencionada se tratava também de decisões arbitrárias, como as que aconteciam na França no período que antecede a revolução, muitas vezes de cunho político, em que a segregação de liberdade mais se aproximava de um cumprimento definitivo de pena. Para se evitar esse abuso, o autor assevera que a lei deveria fornecer critérios para que se pudesse identificar quais os indícios que permitiriam a constrição de liberdade e o interrogatório, este entendimento leva a dedução que a identificação, realizada de forma descompromissada, do possível autor do fato já era suficiente para o prender e instaurar a aferição de culpa.

No que diz respeito as formas de punição o livro *Dos Delitos e Das Penas* trabalha esta temática expondo sua origem a partir da concepção de Rosseau em *Do Contrato Social*. Desta forma, a pena procede da necessidade dos homens em assegurarem as suas próprias liberdades a partir de uma certa limitação para assim se garantir o bem geral (salvação pública). Neste sentido a parcela de liberdade que cada cidadão abdica passa a ser entregue ao soberano, o qual se torna o seu fiel depositário. Logo o seu intento é diretamente a proteção aos súditos contra aqueles que agem contrariamente ao pacto social, assim, este também será o seu limite, vez que “as penas que vão além da necessidade de manter o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quanto mais sagrada e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano propiciar aos súditos” (BECCARIA, 2008, p. 20). De forma indireta, tem-se que a finalidade da pena também é desencorajar que os demais atentem contra o pactuado.

Destaca-se, que este estudo entende, que a maior contribuição da obra em comento acerca das penas é ideia de proporcionalidade. Aqui tem-se a militância de Beccaria para que a punição esteja de acordo com o delito cometido, ou seja, a pena deve ser estabelecida conforme

a gravidade do delito. Compreende-se que a gravidade do delito deve ser entendida como o resultado concreto do ato danoso, para que não se incorra em punição por resultado em abstrato. Deve-se destacar que ainda no Antigo Regime a pena ocupava a função de vingança privada, sem nada acrescentar positivamente em defesa da coletividade.

A esta proporção também está relacionada a ideia de repúdio as penas cruéis e a pena de morte, sendo as rejeições justificadas também na incompatibilidade com as finalidades da pena. Ao fim, não há como deixar de frisar a importância que Beccaria concede ao cumprimento da pena, entende que mais importante que uma pena que cause grande impacto, como a pena de morte, é a certeza do castigo. Segundo o autor, a certeza da punição aflige e não incentiva ao cometimento de crimes.

A Revolução Francesa de 1789 e a derrocada do Antigo Regime marcam o fim da Idade Moderna, passando a inaugurar a fase contemporânea.

## **6. O PROCESSO PENAL NA IDADE CONTEMPORÂNEA**

O mundo contemporâneo é inaugurado por uma nova classe social no poder, a burguesia, respaldada por uma filosofia, o iluminismo. Neste período ocorreram: as duas grandes guerras mundiais, a Guerra Fria e o atentado aos EUA em 11 de setembro de 2001. Este último fato deu origem a um período denominado de Guerra ao Terror.

Os desdobramentos da Guerra ao Terror resultaram na condenação do ditador iraquiano Saddam Hussein em 2003, e na morte de Bin Laden, ocorrida em meio a uma operação militar americana que objetivava a sua captura. Saddam foi acusado, pelos EUA, de possuir armas de execução em massa em seu país além de possuir ligações com a rede terrorista Al – Quaeda. Em 2003 os EUA invadiram o Iraque para derrubar o governo ditatorial de Saddam, ocasião em que o capturaram em 13 de dezembro e o entregaram para julgamento a um governo iraquiano constituído interinamente, neste caso, o líder político foi julgado por um Tribunal Especial Iraquiano, composto por cinco juízes daquele país, ou seja, um tribunal de exceção estruturado por um poder de ocupação, conforme explicou o advogado do réu em entrevista a BBC. Em 2006, no início de novembro, o ditador foi condenado, pelas mortes de xiitas iraquianos ocorridas em 1982, a pena de enforcamento. A pena foi executada em 30 de dezembro do mesmo ano. O julgamento e o cumprimento da pena se tornaram atos midiáticos.

Neste caso, em particular, a acusação foi iniciada com base em afirmações do presidente americano Bush, alegando que o Iraque possuía armas de destruição em massa. Em

março de 2003, Bush em discurso ao povo americano também declarou “Saddam Hussein e seus filhos devem deixar o Iraque dentro de 48 horas. Sua recusa em fazê-lo resultará conflito militar, iniciado no momento da nossa escolha”, conforme discurso exposto no site oficial da Casa Branca em 17 de março de 2003.

Por se tratar de armas que ameaçavam a humanidade, a ONU realizou verificações em solo iraquiano. De acordo com notícias da ONU, Hans Blix, em 21 de abril de 2003, presidindo a Comissão de Monitoramento, Verificação e Fiscalização da mesma entidade (UNMOVIC)

deixou claro que ele teria gostado de suas inspeções continuassem e lamentou que a guerra fosse "iminente". Desde então, ele enfatizou que a UNMOVIC nunca afirmou que o Iraque tinha ou não armas de destruição em massa, uma das principais razões citadas pelos Estados Unidos pela guerra para expulsar o presidente iraquiano, Saddam Hussein. Os EUA ainda não anunciaram ter encontrado essas armas desde o início do conflito.

Ainda que sem provas que atestassem a possibilidade das alegações de Bush, o Iraque foi invadido pelo exército americano em março de 2003. Durante a invasão os EUA ofereceram uma recompensa de 25 milhões de dólares por informações da localização do líder iraquiano. Em 15 de dezembro de 2003 Saddam foi capturado. De acordo com o noticiado em outubro de 2005 pela BBC como não foi possível sustentar as afirmações que motivaram a invasão do país, o julgamento, realizado pelo já mencionado tribunal de exceção, analisou o “o assassinato de 143 homens na cidade de Dujail, de maioria xiita, depois de uma fracassada tentativa de assassinato contra ele (Saddan)”. Quanto ao desenvolvimento do processo, a BBC também informou que serão ouvidas testemunhas do réu, e caso haja condenação ele poderá apelar a um tribunal de nove juízes. Neste lapso temporal de apuração de culpa vários fatos ocorreram e poderiam levar a imparcialidade ou o comprometimento do processo como: a renúncia do primeiro juiz; a descoberta de que o terceiro juiz possuía familiares que foram vitimados pelo réu; o segundo juiz era membro do partido de Saddam; o assassinato de três advogados integrantes da defesa e ao fim o impedimento físico da defesa em protocolar a apelação. Apesar desses fatos a sentença foi cumprida (pena de enforcamento) e o corpo do réu foi sepultado em sua cidade natal.

A Guerra ao Terror também desencadeou movimentos políticos e sociais: a Primavera Árabe, que por sua vez, pretendia levar a democracia as nações totalitárias do Oriente Médio, mas findou no estabelecimento de guerra civil na Síria, gerando um dos maiores fenômenos

imigratórios até então vistos; e crescentes atentados terroristas ocorridos na Europa, realizados por organizações fundamentalistas muçulmanas.

## 6.1 GUERRA AO TERROR E SUA REPERCUSSÃO NA APURAÇÃO DA CULPA

Este tópico não trará um detalhamento a respeito dos três pontos (ação, prova e pena) abordados nas análises anteriores, mas uma exposição da influência causada a partir dos atentados de 2001. Assim, veremos a posição adotada pelos Estados Unidos e qual a sua repercussão nos demais países no âmbito criminal, a qual transbordará nas matizes ideológicas que serão utilizadas na tríade processual criminal .

Após 11 de setembro as precauções com a segurança da sociedade em meio a possíveis ataques terroristas levou os EUA a criarem o *USA Patriot Acts* em 26 de outubro de 2001. Tratava-se de um conjunto de medidas que visavam, em suma, algumas supressões de direitos que seriam efetuadas contra os possíveis suspeitos de envolvimento com grupos terroristas. Entre as supressões cita-se, em relação a prova a possibilidade de uso de interceptação de conversas telefônicas ou demais comunicações a ser realizadas por agências de inteligência americana, independente de qualquer autorização. O *USA Patriot Acts* possuíam como foco o confronto ao terrorismo, através: do combate a lavagem de dinheiro que proporcionava a capitalização para a execução dos atentados; do aumento da segurança das fronteiras, que pretendia impedir a entrada tanto dos supostos relacionados as atividades terroristas bem como de seus familiares, incluindo também a monitoração de alunos estrangeiros; criminalização ampla do terrorismo e do apoio a prática deste delito; detenções administrativas sem prazo determinado; repressão ao ciberterrorismo; investimentos e aperfeiçoamento nos órgão de inteligência e monitoração de prováveis terroristas. Essas medidas vigoraram até 2015.

Em análise a esta conduta americana, verifica-se que os *USA Patriots Acts* foram construídos como atos extremos emergenciais que em verdade representaram desrespeito efetivo a dignidade da pessoa humana, ao contraditório, a ampla defesa e ao devido processo legal, privilegiando apenas o aumento da ingerência estatal sobre a vida dos seus cidadãos em nome do contraterrorismo, violando desta forma a sua constituição (WAINTROB, 2006). Neste mesmo sentido, Ramasastry (2001) denunciou que em tal lei não constava equidade e justiça em relação ao tratamento conferido aos imigrantes, bem como igualou este ato com a falta de senso de justiça verificado no Talibã. O que se pode resumir desta política americana de

combate ao terrorismo é que houve uma manifesta violação as garantias de seus cidadãos e dos imigrantes naquele país.

Neste contexto, o 11 de setembro trouxe a tona a teoria desenvolvida em 1985 pelo alemão Günter Jakobs, intitulada de direito penal do inimigo. O direito penal do inimigo é fundamentado na expectativa de que o cidadão irá cumprir as regras a ele imposta e o seu descumprimento contínuo faz com que o Estado o veja como infiel, ou seja, inimigo. Uma vez que o inimigo age contrariamente aos interesses comuns lhes são retirados os “benefícios do conceito de pessoa” (JAKOBS, 2009, p.37).

Assim, as políticas repressivas americanas surgidas após a citada data que tinham como alvo o embate ao terror se apresentaram como um retrocesso no tocante os direitos e garantias alcançados ao logo da história (ESTEFANI, 2016)

Após a implementação desta política americana e com a ocorrência de inúmeros ataques terroristas (Holanda e Espanha 2004; Londres em 2005, 2013 e 2017; França em 2012, 2015, 2016 e 2017; Bruxelas em 2014; Alemanha em 2011 e 2016; Suécia em 2017; Somália em 2017; Turquia 2015, 2016) o direito penal do inimigo também passou a ser aplicado em outros países tanto visando o combate aos atos terroristas como a neutralização da escalada da criminalidade a partir da maximização de condutas arbitrárias estatais.

No Brasil, a Lei De Drogas (Lei 11.434/2006) é um exemplo desta ingerência, vez que criminaliza a conduta de uso de drogas (art. 28), embora a sanção seja diversa da pena privativa de direitos, tem-se que há punição por uma conduta que não lesiona bens jurídicos. Neste caso, a penalização é realizada em face do modo de vida escolhido e não pelo resultado ofensivo de sua conduta.

Nos EUA os inimigos mais notórios são os terroristas, os imigrantes latinos e islâmicos. Em 25 de janeiro de 2017 o presidente Donald Trump, anunciou, por meio de ordem executiva publicado no site da Casa Branca, que haverá deportação imediata de imigrantes que se encontrem em situação ilegal e que não possam comprovar a residência contínua por ao menos dois anos.

Seguindo a mesma esteira de violação aos direitos de civis a França anunciou em 3 de outubro de 2017 a aprovação em Assembleia Nacional um projeto de lei Antiterrorista, o qual prevê a realização de buscas e apreensões em toda a extensão, por exemplo, de um município, e o fechamento de locais de culto e controles de identidade próximo as regiões de fronteiras, podendo as duas últimas medidas ocorrerem independente de autorização judicial. Este projeto ainda prevê que suspeitos devam entregar, aos órgãos de segurança, suas senhas digitais, o que

fere direitos a privacidade. A natureza violadora de direitos é reclamada pela ONU, ao veicular um artigo em sua página virtual com o título de: “França precisa ajustar lei antiterror às obrigações de direitos humanos, dizem relatores”, ao alertar o país da gravidade arbitrária e discriminatória dessas atitudes.

## 7. CONCLUSÃO

A averiguação história do desenvolvimento da humanidade e suas relações sociais são inseparáveis das reflexões acerca do próprio desenvolvimento do direito. Portanto, esta pesquisa se dispôs a analisar diferentes contextos temporais com vistas a observação dos mesmos institutos criminais – ação, prova e pena – que sustentam o processo encontrado nesta seara jurídica.

Inicialmente foram escolhidas as sociedades arcaicas mesopotâmica e judaica (ou hebraica) para a finalidade pretendida. Embora sociedades marcadas por contextos sociais diversos, a exemplo relembra-se a urbanização já vivenciada entre os mesopotâmicos e o contato com demais povos em contraponto com a retirada judaica do Egito que os afastou do convívio com as sociedades próximas, elas foram regidas por ordenamentos de fundamentação divina. Tal fundamentação não poderia ser diversa, haja vista que o próprio poder que os regia também era assegurado pela mesma entidade mística, mas ambos visavam o bem-estar do grupo. A forma com que estas sociedades conduziram o que se o que se pode chamar atualmente de processo penal reflete nada menos que a necessidade de suas lideranças continuarem exercendo o poder, ainda que de forma abusiva. A aceitação das ordálias no Código Hamurabi, a imparcialidade de julgamento e a confusão entre crime e pecado na Lei Mosáica são exemplos de que ao fim prevalecia a vontade do soberano, que frise-se era também a vontade divina, a qual sempre deveria ser favorável aos interesses da sua governança. É exposto também na sociedade mesopotâmica a manutenção do *status* social quando da aplicação da pena, o que reforçava a ideia, odiosa, de manutenção de privilégios já verificada naquela época.

Os gregos clássicos, destacando-se o sistema jurídico ateniense de apuração da culpa, procuraram desenvolver regras jurídicas mais voltadas para o seu sistema político, a democracia, do que para a religião. A diminuição dos privilégios dos aristocratas é exemplificado pelo início do procedimento criminal, que admitia a qualquer do povo a narrativa do fato delituoso; a introdução do procedimento escrito, para garantir maior segurança aos cidadão e outro exemplo é a sobre a imputação final de culpa que era atribuída a votação, ainda

que secreta, por maioria. Desta forma, aparentemente se tem um processo mais humanizado que o verificado nas sociedades arcaicas. Mas tais informações não resistem a averiguação de que quando a testemunha era um escravo, este poderia ser torturado. Tal prática interrogatória ainda coloca o processo nesta sociedade como mantenedor do *status* social.

Os romanos, inicialmente arraigados no caráter teocrático das práticas jurídicas, forneceram ao processo atual as bases para a formação dos princípios da intranscendência penal, direito ao silêncio, *in dubio pro reo*, ao direito de recurso do condenado. Porém, macularam este mesmo processo com a criação do juiz-acusador, de imparcialidade incontestada e que ainda hoje insistem assombrar a lisura com que deve se conduzir a instrução. Esta figura, juiz-acusador, por comprometer a forma de condução processual, mais acentuadamente a avaliação probatória, fere ainda a garantia do réu não ser condenado em casos de dúvidas quanto a certeza acusatória, vez que a comprovação do delito é direcionada conforme sua motivação.

Quanto ao processo pré-moderno é possível afirmar que ele também se assentou na defesa do poder, sobretudo o poder da Igreja Católica que na época se via ameaçada pela prática de outras religiões, ou interpretações de seus dogmas. Destaque-se que as condutas taxadas de crime, em suma, representavam apenas um estilo de vida diferente do imposto pela autoridade católica, como a prática de bruxaria, sendo ainda este modo diverso de viver desvinculado de qualquer lesão a bens físicos ou jurídicos das demais pessoas. Grande parte do deslinde do que pode chamar de processo penal naquela época era regido por informações secretas – em que o acusado, muitas vezes, exercia a sua limitada defesa contra uma denúncia anônima, além de ser obrigado a manter sigilo do seu tratamento pelo Tribunal – e pela intimidação. Mais uma vez a confusão entre crime e castigo, permitia a execução de graves abusos pelas autoridades contra os possíveis culpados, estes excessos iam desde o confisco de bens, ainda que sem prova alguma da suposta prática delitiva, e acometiam também os demais membros da família, mesmo que sem ligações com as acusações, negando o que o processo criminal defende como princípio da intranscendência da pena. Aqui também o crédito da acusação é conferido mais ao *status* social do denunciante que ao caráter dos argumentos ou atos apresentados.

A fragilidade da acusação é expressa principalmente pelo acatamento das ordálias, revelando a incapacidade daquele juízo em promover uma adequada instrução dos fatos apresentados, além de refletir sua ineficiência para fundamentar as condenações, sendo justificadas na simples manifestação do poder sobrenatural inexplicável e inquestionável. Isto contraria qualquer forma de defesa, tais como a produção probatória, a ser exercida em favor do acusado, vez que a vontade divina inquestionável é de ordem suprema.

Outro ponto a ser mencionado é a respeito da exposição do investigado em todas as fases da apuração da culpa. Além do precoce confisco de bens, havia a necessidade de confissão, ainda que o crime fosse provado de forma incontestada. Ressalte-se que para a confissão era admitida a tortura. E ao fim, provado nos moldes inquisitivos a culpa, a execução da pena se convertia, muitas vezes, em espetáculo público de carnificina, com queima de pessoas em fogueiras e demais atrocidades físicas, como os flagelos, e psicológicas, como o sambenito e a expulsão do convívio social, tal espetáculo também expressa intimidação aos expectadores.

No que tange ao Antigo Regime, ou melhor, o processo verificado na Revolução Francesa, ponto de recorte escolhido para esta pesquisa neste momento histórico, vislumbra-se que este movimento incorporou a essência iluminista em contestar as características marcantes medievais, tais como a nobreza agrária e a monarquia respaldada pela Igreja Católica. Desta forma, tem-se que o processo penal desenvolvido no Antigo Regime, é voltado também para a manutenção da perpetuação do poder. Assim, sua maior expressão é verificada com as prisões por motivos políticos, que na verdade lutavam contra a dominação social do Primeiro e Segundo Estado, Igreja e nobreza, respectivamente. Neste sentido, torna-se claro que a apuração da culpa se converte em um jogo de poder em que são comuns as barbáries cometidas durante a Inquisição Católica. Na prática esta fase criminal histórica em nada se diferencia da fase anterior, sendo tais excessos combatidos, principalmente, pelo Marques de Beccaria, em *Dos Delitos e Das Penas*, obra na qual se destaca o combate ao sigilo da condução processual, que resulta nas prisões imotivadas, antecipação de pena, desproporcionalidade entre crime e pena aplicada e a barbárie em relação a execução da pena.

Em sequência, o processo penal nos moldes contemporâneo vai espelhar o ideal capitalista, principalmente para o período após a Primeira Guerra Mundial o qual contrasta diretamente com o sistema comunista vislumbrado na Rússia. A motivação migra do polo social para o polo econômico, tornando-se mais cruel, vez que a fundamentação se encontra camuflada pelo sentimento de nacionalismo, que se converteu em xenofobia praticada pelas ditaduras instauradas na Europa, como nazismo e o facismo, nitidamente violadores de garantias mínimas afetas ao sentimento de dignidade. Os períodos seguintes continuaram a reproduzir esse ideário. Para a análise contemporânea foi escolhido o marco temporal inaugurado a partir dos atentados terroristas ao EUA no ano de 2001.

As medidas americanas de combate ao terrorismo desencadearam uma série de atos seguidos pelos demais países que repercutiram na tríade processual analisada nesta pesquisa.

Desta forma, verificou-se a predominância da doutrina do direito penal do inimigo. Por intermédio desta teoria, o terrorista, ou potencial terrorista, é tratado como inimigo do Estado, sendo dele retirado o atributo de pessoa, ou seja, a pretensão é lhe retirar qualquer atributo relacionado com a sua dignidade. Com isso há o retorno a criminalização e consequente penalização e disseminação de ódio por escolha a modos de vida que, em tese, podem levar ao prejuízo da segurança pública de determinada nação.

O arbítrio exposto após o ano de 2001 foi concretizado pelo retorno ao sigilo nos procedimentos investigativos americanos relacionados aos supostos terroristas. Tal medida também se estendeu aos demais imigrantes, que pelo simples fato de não apresentarem documentação regular, seja nos EUA, seja em alguns países da Europa, tiveram sua liberdade constricta sem o asseguramento de tal ato ser informado a pessoa por eles designadas.

O maior exemplo disso é verificado no julgamento de Saddam, e aqui independente dos fatos por ele cometido, vez que é inconteste as graves violações de direitos por ele cometidas ao longo de sua ditadura, verifica-se que lhe foi subtraído um processo escorreito. Inicialmente, tem-se um grave caso de violação de soberania, vez que um país invadiu outro. Além do fato de que toda esta instrução foi motivada por alegações que não restaram provadas e como não houve essa confirmação se passou a análise de outra conduta criminosa que não fazia parte do ato inicial. Ao fim, a execução da pena foi convertida em ato midiático.

Desta forma, o que se depreende das atitudes governamentais após os ataques de 2001 é que há justificação de medidas legais com forte conotação lesiva as garantias processuais, que também acentuam discriminações raciais e religiosas, a partir da manutenção do estado de emergencial contraterrorista. Isto vem incomodando a comunidade internacional atrelada a defesa dos direitos humanos, a qual entende que o estado emergencial não pode se convolar em situação rotineira apta a devassar liberdades, nem tampouco incentivar discursos de ódio, haja vista que tais fatos se assemelham com a origem do crescimento da extrema direita europeia, no período pós Primeira Guerra Mundial, e trouxe como consequência uma das maiores manchas na história da humanidade: o extermínio em massa de seres humanos.

## REFERÊNCIAS

*A História*. Editado por The Zondervan Corporation. Trad.: Fabiano Morais. Rio de Janeiro: Sextante, 2012.

BBC. *Entenda o julgamento de Saddam*. Data: 19 out 2005. Disponível em: <[http://www.bbc.com/portuguese/reporterbbc/story/2005/10/051019\\_saddamtirateima.shtml](http://www.bbc.com/portuguese/reporterbbc/story/2005/10/051019_saddamtirateima.shtml)> Acesso: 22 de setembro de 2017.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2008.

BERNARD, José. *A inquisição: história de uma instituição controvertida*. Petrópolis: Vozes, 1959.

CASA BRANCA. *O presidente diz que Saddam Hussein deve deixar o país dentro de 48 horas*. Data: 17 de março de 2003. Disponível em: : <<https://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2003/03/20030317-7.html>>. Acesso em: 05 de dez. 2017.

\_\_\_\_\_. *Ordem Executiva: Segurança na Fronteira e Melhorias na Aplicação da Imigração*. Data: 25 jan 2017. Disponível em: <<https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/executive-order-border-security-immigration-enforcement-improvements/>>. Acesso em: 15 jan 2018.

CASTRO, Flávia Lages de. *História do Direito Geral e do Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007.

*Código Hamurabi*. Trad. Jair Vieira, 3. ed., São Paulo: Edipro. 2011.

Deuteronômio. In: *Bíblia Sagrada: Nova Tradução na Linguagem de Hoje*. Barueri: Sociedade Bíblica do Brasil, 2001.

ESTEFANI, Alexandre. Terrorismo e Direito Penal do Inimigo. *Revista Saberes da Amazônia*, Porto Velho, v. 01, n. 01, p. 204-208, 2016. Disponível em: < <http://www.fcr.edu.br/revista/index.php/saberesamazonia/article/view/15>>. Acesso em: 22 de outubro de 2017.

Êxodo. In: *Bíblia Sagrada: Nova Tradução na Linguagem de Hoje*. Barueri: Sociedade Bíblica do Brasil, 2001.

FUNARI

GIORDANI, Mário Curtis. *Iniciação ao Direito Romano*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 1996.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Editora RT, 2000.

GUARINELLO, Norberto Luiz. Uma Morfologia da História: as formas da história antiga. *Revista Politeia: História e Sociologia*. Vitória da Conquista, v. 03, n. 01, p. 41-61. 2003.

JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. 5. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História*. São Paulo: Atlas, 2011.

MARKY, Thomas. *Instituições de Direito Romano*. São Paulo: Saraiva, 1995.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2000.

NOVINSKY, Anita Waingort. *A Inquisição*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1985.

ONU. *UN weapons inspector Blix to meet Security Council for first time since Iraq war*. Data: 21 abril 2003. Disponível em:

<<http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=6808&Kw1=saddam&Kw2=bush&Kw3=>>. Acesso: 05 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. *França precisa ajustar lei antiterror às obrigações de direitos humanos, dizem relatores*. ONU. Data: 29 set. 2017. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/franca-precisa-ajustar-lei-antiterror-as-obrigacoes-de-direitos-humanos-dizem-relatores/>>. Acesso em: 24 jan 2018.

PALMA, Rodrigo Freitas. *História do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2011.

PERNOLD, Régine. *Idade Média: o que não nos ensinaram*. Trad: Maurício Brett Menezes. Rio de Janeiro: Agir, 1979.

PINSKY, Jaime. *As Primeiras Civilizações*. São Paulo: Contexto, 2001.

RAMASASTRY, Anita. *INDEFINITE DETENTION BASED UPON SUSPICION: How The Patriot Act Will Disrupt Many Lawful Immigrants' Lives*. Data: 05 out. 2001. Disponível em: [http://writ.news.findlaw.com/commentary/20011005\\_ramasastry.html](http://writ.news.findlaw.com/commentary/20011005_ramasastry.html). Acesso em: 14 jan 2018.

THOMAS, Henry. *A História da raça Humana*. Trad. Gilberto Miranda. Rio de Janeiro: Globo, 1983.

VALIENTE, Francisco Tomás y. *La tortura en España*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1994.

WAINTROB, Ilan Drukier. O Sistema Internacional e Interamericano dos Direitos Humanos. Estratégias para o Fortalecimento de seus Mecanismos de Proteção. In: SILVA, Marco Antônio Marques da (Coord.). *Processo Penal e Garantias Constitucionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Fundamentos de História do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

Encaminhado em 11/12/18

Aprovado em 09/02/19