



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS**

GUILHERME AFONSO DE OLIVEIRA DA ROCHA REIS

**A VERDADE E OS SISTEMAS INFORMADORES DO
PROCESSO PENAL: tudo sob o enfoque constitucional**

Salvador
2014

GUILHERME AFONSO DE OLIVEIRA DA ROCHA REIS

**A VERDADE E OS SISTEMAS INFORMADORES DO
PROCESSO PENAL: tudo sob o enfoque constitucional**

Monografia apresentada ao Curso de Especialização da Universidade Federal da Bahia como requisito para obtenção do grau de Especialista em Ciências Criminais.

Orientador: Prof. Dr. Marcelo Fernandez Cardillo de Morais Urani.

Salvador
2014

TERMO DE APROVAÇÃO

GUILHERME AFONSO DE OLIVEIRA DA ROCHA REIS

A VERDADE E OS SISTEMAS INFORMADORES DO PROCESSO PENAL: tudo sob o enfoque constitucional

Monografia apresentada à banca examinadora da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Ciências Criminais sob a orientação do Professor Mestre Dr. Marcelo Fernandez Cardillo de Moraes Urani. Banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Aprovada em , __ / __ / 2014.

Dedico este trabalho a Deus, a meus pais, a minha namorada e a todos os professores que estiveram juntos nessa jornada.

AGRADECIMENTOS

Trilhando esta jornada acadêmica que meramente se inicia, finalmente chega-se ao fim de mais uma etapa. Impõe-se, portanto, agradecer primeiramente a Deus por ter iluminado minha mente em todos os momentos desta especialização.

Aos meus pais e a minha avó Dina, pelo apoio e incentivo constante à vida acadêmica. A minha avó Rilza pelo exemplo de perseverança nos estudos. A minha avó Celsina, pelos nobres ensinamentos na seara jurídica, e o apoio moral.

Ao meu avô Renato Reis, pelo exemplo de profissional dedicado aos estudos, em função da sua nobre missão de defesa dos seus constituintes e ensino dos seus alunos.

Agradeço a minha namorada Emily pelo auxílio constante, além da compreensão pelos momentos de ausência nos quais me debruçava no estudo do direito penal.

Agradeço a conclusão deste trabalho ao Professor Marcelo Urani, que sempre esteve disposto a orientar-me nesta jornada, disponibilizando ainda seu acervo literário para a confecção dos trabalhos propostos durante o curso. À Professora Juliana Damasceno pelos ensinamentos e discussões oportunizados em sala. Ao professor Nereu Giacomolli por possibilitar uma nova visão do direito processual penal, pondo fim a conceitos obsoletos, além do auxílio fornecido pelas trocas de e-mails nas orientações bibliográficas.

Por fim, agradeço a todos os colegas desta especialização, por partilharem da construção deste estudo com debates e trocas de informações constantes.

A todos, muito obrigado.

“De nada aproveitam leis, bem se sabe, não existindo quem as
ampare contra os abusos, e o amparo sobre todos essencial é
o de uma justiça tão alta no seu poder, quanto na sua missão.”
(Rui Barbosa)

RESUMO

O presente trabalho monográfico, intitulado de a verdade e os sistemas processuais penais, tem por escopo uma análise acurada da verdade no âmbito processual penal, e sua intrínseca relação com os diversos sistemas que informam o processo penal, tudo isto enfatizado pelo aspecto constitucional.

Desta forma, inicia-se com a abordagem das primeiras formas de resoluções dos conflitos, até alcançar uma análise constitucional do atual aparato resolutorio de contendas (processo), tratando assim da sua natureza jurídica, características principais, culminando com uma crítica à teoria geral do processo.

Nesta senda, faz-se um exame aprofundado dos sistemas que informam o processo penal, partindo de uma análise dos seus núcleos identificadores. Sob este horizonte, retrata a inviabilidade da adoção de um sistema misto, além de trazer a baila breves considerações sobre o projeto de lei do novo código de processo penal.

Encerrado os aspectos formais, inicia-se o exame da verdade desde o seu conceito histórico até o jurídico, tratando assim sobre os princípios que regem a verdade no processo penal.

Em seguida, demonstra-se a relação existente entre a verdade e a matéria probatória no processo, alcançando assim o objetivo do trabalho, que é a análise da verdade relacionada ao sistema informador orientado pela atual visão constitucional.

A fim de ilustrar toda a doutrina apresentada, o terceiro capítulo retrata o posicionamento dos Tribunais pátrios, além da posição adotada pelos tribunais de vanguarda: Tribunal Europeu de Direitos Humanos e Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Por fim, propõe-se o estudo da visão constitucional do processo penal através dos pressupostos aventados por Ferrajoli, cujo objetivo é a proteção das garantias fundamentais do acusado, demonstrando assim a necessidade do desapego à verdade, principalmente à suposta real, pois aquela possui papel secundário perante o processo penal.

Palavras-chave: Verdade, Sistemas Processuais, Gestão Probatória, Aderência Constitucional.

ABSTRACT

This monograph entitled the truth and criminal procedural systems, has an analysis of the truth in the criminal procedure context, and its intrinsic relationship with the various systems that inform the criminal proceedings, everything emphasized by the constitutional aspect.

The work begins explaining the first forms of conflict resolutions, reaching a constitutional analysis of the current ways used to solve strife (process), pointing its legal nature, the main characteristics, culminating with a criticism of the general theory of the process. This leads to an examination of the systems that informs the criminal process, starting with an analysis of their identifiers cores.

Under this procedure it portrays the impossibility of adopting a mixed system, and explains some of the articles from the new code of criminal procedure project. The formal aspects, starts the examination of the historical truth concept utilizing the legal and addressing the principles that govern the truth in the criminal process. Then it shows the relationship between the truth and evidentiary matters in the process, achieving the main goal, which is the analysis of truth related to the regent principle based on current constitutional vision.

In order to illustrate the whole doctrine presented, the third chapter depicts the position of the patriotic Courts, beyond the position adopted by the European Court of Human Rights and de Inter-American Court of Human Rights. Finally, it proposed a study of the constitutional vision of the criminal justice system through the assumption bandied by Ferrajoli, whose goal is the protection of the fundamental guarantees of the accused, demonstrating the need for detachment of the truth, especially the alleged truth, because the truth occupies a secondary role in the criminal system.

Key Words: Truth, procedural systems, probative management, constitutional adherence.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

| | |
|------|------------------------------|
| Art. | Artigo |
| CPP | Código de Processo Penal |
| CP | Código Penal |
| CF | Constituição Federal |
| Min. | Ministro |
| MP | Ministério Público |
| STF | Supremo Tribunal Federal |
| STJ | Superior Tribunal de Justiça |

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO | 12 |
| CAPITULO I – O PROCESSO PENAL E SEUS SISTEMAS INFORMADORES | 15 |
| 1.1 Da Autotutela ao Processo Penal | 15 |
| 1.1.1 Autotutela | 16 |
| 1.1.2 Autocomposição | 16 |
| 1.1.3 Heterocomposição | 17 |
| 1.1.4 Heterotutela ou Reparto Heterônomo e o Processo Penal | 18 |
| 1.2 A Natureza Jurídica do Processo Penal | 19 |
| 1.2.1 A Relação Jurídica de Bulow | 20 |
| 1.2.2 Superação de Bulow Por Goldschmidt: Teoria da Situação Jurídica. | 21 |
| 1.3 Características do Processo Penal | 24 |
| 1.4 Modelo Constitucional do Processo Penal | 25 |
| 1.5 Considerações Sobre a Inviabilidade de uma Teoria Geral do Processo. La Cenicienta de Carnelutti. | 29 |
| 1.6 Sistemas Informadores do Processo Penal | 31 |
| 1.6.1 Breve Escorço Histórico dos Sistemas Acusatório e Inquisitório | 33 |
| 1.6.2 Sistema Acusatório | 35 |
| 1.6.3 Sistema Inquisitivo | 39 |
| 1.6.4 Sistema Misto | 43 |
| 1.6.5 Divisor de Águas: Insuficiência da Separação Inicial das Atividades de Acusar e Julgar. (A Busca pelo Núcleo Fundante) | 47 |
| 1.7 Breves Comentários Sobre o Projeto de Leido Sena do nº 156 | 50 |
| CAPTITULO II - O PAPEL DA VERDADE NO PROCESSO | 55 |
| 2.1 O que é a Verdade? | 55 |
| 2.2 A Busca da Verdade no Processo | 57 |
| 2.3 O Direito e a Verdade | 59 |

| | |
|---|-----------|
| 2.4 A Verdade e os seus Princípios | 60 |
| 2.4.1 Breves Considerações | 61 |
| 2.4.2 Princípio da Verdade Material | 62 |
| 2.4.3 Princípio da Verdade Formal | 63 |
| 2.4.4 A Derrocada dos Princípios da Verdade | 65 |
| 2.5 A Verdade sob o Enfoque Constitucional | 66 |
| 2.5.1 Simbiose: Estado, Constituição e Processo Penal | 66 |
| 2.5.2 Breve Relato Histórico da Influência das Constituições Passadas. | 68 |
| 2.5.3 Garantias Fundamentais da Constituição de 1988 e a Verdade no Processo | 72 |
| 2.6 A Prova como Instrumento de Apuração da Verdade | 73 |
| 2.6.1 Brevíssimas Noções Sobre a Teoria Geral da Prova no Processo Penal | 73 |
| 2.6.2 A Função da Prova no Processo Penal | 74 |
| 2.6.3 Ônus, Bônus ou Carga da Prova | 77 |
| 2.6.4 O Juiz e a Busca Pela Verdade | 81 |
| 2.6.4.1 A Verdade a Favor da Defesa | 86 |
| CAPÍTULO III – CASUÍSTICA FORENSE: ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DOS TRIBUNAIS PÁTRIOS E DECISÕES DO TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS E DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. | 88 |
| 3.1 Processo nº 70022113773. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator Desembargador Amilton Bueno de Carvalho. | 89 |
| 3.2 Processo nº 70021109939. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator Desembargador Nereu José Giacomolli. | 90 |
| 3.3 Processo nº 70003938974. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator Desembargador Amilton Bueno de Carvalho. | 91 |
| 3.4 Processo nº 70002028041. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator Desembargador Amilton Bueno de Carvalho | 92 |
| 3.5 Processo nº 0017029-05.2010.805.0000. Tribunal de Justiça da Bahia. Relator Desembargador Carlos Roberto Santos Araújo. | 93 |

| | |
|--|------------|
| 3.6 Decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. | 94 |
| 3.6.1 Caso Aptiz Barbera e outros (Corte Primeira de Contencioso Administrativo) versus Venezuela. | 97 |
| 3.6.2 Caso Piersack contra Bélgica. 1º de outubro de 1982. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. | 99 |
| CAPÍTULO IV- UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL DO PROCESSO PENAL NA BUSCA DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO ACUSADO. | 101 |
| 4.1 <i>Nulla Culpa Sine Judicio</i> : princípio da necessidade. | 102 |
| 4.2 <i>Nullum Judicium Sine Accusatione</i> : princípio acusatório | 104 |
| 4.3 <i>Nulla Accusatio Sine Probatione</i> : Princípio do Ônus da prova. | 107 |
| 4.4 <i>Nulla Probatio Sine Defensione</i> : Princípio do Contraditório | 110 |
| 4.5 Adequação Constitucional do Ordenamento Jurídico: recursos de hermenêutica | 113 |
| CONCLUSÃO | 118 |
| REFERÊNCIAS | 121 |

INTRODUÇÃO

Há praticamente 26 anos, reunidos no plenário da Câmara dos Deputados os, a época, presidente da república José Sarney, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Raphael Meyer e o presidente da Assembleia Nacional Constituinte, deputado Ulysses Guimaraes, promulgava-se a tão esperada Constituição Cidadã.

Ainda no seu preâmbulo, percebe-se a consagração do Estado Democrático de Direito cuja finalidade precípua era a segurança dos direitos sociais e individuais, aliados à liberdade, segurança, bem estar, desenvolvimento, igualdade e justiça, sendo tais os valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada ainda na harmonia social e comprometida com a ordem interna e internacional para a solução pacífica dos conflitos.¹

Pautado nestes ideais, o artigo primeiro, inciso terceiro da Carta Política destacou a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Aliás, há que se frisar que a Constituição Federal é repleta de princípios fundantes que servem de baliza a todo o universo jurídico, incluído aí o processo penal, o qual deve se alinhar ao garantismo constitucional.

Analisando o hodierno contexto vivido, pode-se perceber que mesmo após 25 anos e alguns meses, o Estado Brasileiro não conseguiu consolidar seus ideais democráticos. Ainda hoje vive-se uma democracia incipiente, mas que já dá sinais do fim de um engatinhar e o início de uma andada.

Neste sentido, é possível afirmar que a constitucionalização do processo está atualmente em evidência. Em que pese ainda não ter galgado um nível satisfatório, a obediência aos princípios e garantias constitucionais tem sido respeitada cada vez mais.

Neste aspecto, sendo a Constituição Federal de 1988 o norte para qual toda bússola jurídica deve apontar, tem-se que toda e qualquer interpretação e aplicação legal deve estar em acordo com os parâmetros Constitucionais. É o que se denomina leitura constitucional dos diplomas legais infraconstitucionais.

¹ Preambulo da Constituicao Federal de 1988.

Sob este prisma, diferente não poderia ser o tratamento dado ao sistema informador do processo penal, assim como à sua matéria probatória, vez que possui relação intrínseca com aquele.

Neste diapasão, o presente trabalho visa o exame da verdade no processo penal e sua relação com os sistemas que informam aquele, sejam eles acusatório e inquisitório, admitindo acerca da inviabilidade de um sistema misto, tudo sob o espectro constitucional. Frise-se que o papel assumido pela suposta verdade repercute diretamente no princípio orientador do sistema penal que se pretende adotar.

A relevância desta pesquisa encontra-se amparada na necessidade do rompimento com a sistemática inquisitorial adotada pelo atual código de processo penal brasileiro, cujas raízes se fincam em tempos históricos remotos, em razão dos novos ditames adotados pela atual ordem constitucional de índole democrática, a qual através de seus princípios assegura de garantias todo aquele que venha a responder processo criminal, de forma a limitar o poder punitivo estatal.

Assim sendo, o trabalho está dividido em 4 capítulos nos quais o papel da verdade no processo penal é analisado a partir dos diferentes sistemas informadores, iniciando com a abordagem das primeiras formas de resolução de conflito, até alcançar a análise constitucional do atual aparelho resolutório de contendas, qual seja o processo, cujo objetivo é garantir os direitos fundamentais do imputado.

Neste diapasão, o capítulo inaugural traz a baila o estudo histórico desde a autotutela até o processo penal, quando então se inicia uma análise da natureza jurídica deste instituto e de suas principais características, passando por uma crítica à suposta teoria geral do processo, até atingir o exame aprofundado dos sistemas que informam o processo penal e os seus núcleos fundantes ou identificadores.

Traz ainda a incongruência da adoção de um sistema misto, além de brevíssimas considerações acerca do projeto de lei nº 156 que tramita perante o Senado Federal.

O segundo capítulo retrata a questão da verdade no processo partindo da possível conceituação daquela no que tange aos aspectos históricos e jurídicos, tratando ainda dos princípios que regem a verdade no processo,

determinando assim a relação existente entre a matéria probatória, a verdade e os sistemas que informam o processo penal.

Para atingir tal desiderato é necessário um estudo acurado da simbiose entre Estado, Constituição e processo penal, partindo de um breve relato histórico das constituições passadas, até atingir a verdade sob o enfoque da constituição cidadã, passando então a uma análise apurada da matéria probatória no processo penal.

Enfim, este capítulo retrata o papel da verdade dentro dos sistemas processuais, demonstrando efetivamente qual a função que aquela se presta dentro dos diversos modelos, sendo para isto fundamental a contraposição entre os princípios da verdade real e da verdade formal.

Destarte, alcança-se um dos objetos deste trabalho que é a análise da verdade sob o enfoque constitucional, demonstrando que a verdade em si ocupa posição secundária, se não terciária, dentro do processo, sendo o convencimento judicial o seu objetivo.

O terceiro Capítulo traz o estudo jurisprudencial dos tribunais pátrios, passando a uma análise do posicionamento hierárquico dos Tratados sobre Direitos Humanos perante o ordenamento jurídico nacional, para então atingir alguns julgados do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Por fim, estuda-se a visão constitucional do processo penal através dos pressupostos aventados por Ferrajoli, a fim de proteger as garantias fundamentais do acusado: *nulla culpa sine iudicio, nullum iudicium sine accusatione, nulla accusatio sine probatione, nulla probatio sine defensione*.

Em síntese apertada, o objetivo fundamental do trabalho é a proposição de um modelo processual penal de aderência constitucional que resguarde os direitos e garantias do imputado, funcionando assim como um verdadeiro sistema de garantias que expurquem posturas inquisitoriais anacrônicas, como é o caso da famigerada verdade real.

CAPITULO I – O PROCESSO PENAL E SEUS SISTEMAS INFORMADORES

1.1 Da Autotutela ao Processo Penal

Desde as sociedades mais primitivas já existia um artifício utilizado para limitar os instintos humanos, os quais não podiam ser satisfeitos livremente. A finalidade primaria deste mecanismo limitador era impedir que aqueles instintos humanos se desabrochassem no resto da população em decorrência da conduta desviante do infrator.

Este método limitador era denominado tabu, uma espécie de proibição misteriosa atrelada ao perigo (medo) e ao sagrado. Supõe-se que esta seja mais antiga até mesmo do que os deuses, pois remonta a um período anterior a existência de qualquer tipo de religião.²

Assim como o mito no direito, o tabu funcionou para os primitivos como instrumento de dominação social. O medo da sanção pela quebra de um tabu gerava a harmonia social. Fazendo uma breve comparação com os fundamentos da pena, pode-se dizer que o tabu se assemelha à prevenção geral da pena exercida sobre a sociedade. É o caráter intimidatório.³

É neste horizonte de proibições e limitações que o direito foi criado. Nas palavras de Pereira⁴, “ a lei jurídica é um interdito proibitório dos impulsos inviabilizadores do convívio social.” Assim é o direito penal, proíbe-se o desejado sob pena de punir o infrator, sendo este caráter intimidatório o meio de prevenção.

Ultrapassada a era primitiva, inicia-se a formação das pequenas sociedades que ultrapassavam o conceito de família. Desta forma, com o objetivo de solucionar os conflitos surgidos pela convivência social, nascem basicamente quatro formas de resoluções: autotutela, autocomposição, heterocomposição e a heterotutela.

² FREUD, Sigmund. **Totem e tabu e outros trabalhos**. 2 ed. Trad. Órizon Carneiro Muniz. Rio de Janeiro: Imago, 1995. v.13.

³ Trabalho que concedeu o título de mestre ao professor Marcelo Urani, pela universidade Católica do Rio Grande do Sul. URANI, URANI, Marcelo Fernandez Cardillo de Moraes. **Modos de convencimento do julgador: análise dos sistemas processuais penais**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito), PUCRS, Rio Grande do Sul.

⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A sexualidade vista pelos Tribunais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. P.45.

1.1.1 Autotutela

A autotutela ou defesa privada é o meio pelo qual o agredido resolve seu conflito de forma direta, impondo sua vontade. A característica principal é o uso da força, na qual uma das partes impõe coativamente uma decisão, impossibilitando a parte mais fraca de exercer sua defesa em função da ausência de paridade no duelo.⁵ É esta coatividade que diferencia a autotutela da autocomposição. Outras características da defesa privada são: existência de atos de força, inexistência de intervenção de terceiros na disputa, e parcialidade do julgamento.⁶

Em face destas características, aliadas ao monopólio da jurisdição e do princípio da necessidade, a autotutela é motivo de insegurança e injustiças, motivo pelo qual foi extremamente rejeitado pelo estado hodierno, sendo inclusive tipificado como o delito de exercício arbitrário das próprias razões.⁷

No entanto, excepcionalmente o ordenamento jurídico atual prevê a possibilidade do exercício da autotutela pelo particular, nos casos em que o Estado não puder socorrê-lo. Porém, como já dito, esta forma de resolução de conflito no direito penal é exceção. Não se pode generalizá-la sob pena de atingir o princípio do juiz natural, o princípio da necessidade e todas as garantias processuais.

Fazendo um paralelo entre a autotutela e o sistema inquisitorial, Aury Lopes Jr.⁸ afirma que aquele sistema nada mais é do que uma “autotutela processualizada, através da qual o juiz atua como parte.” Neste sentido, desenvolve Aragonese Alonso explicando que a parte que acusa é também aquela que decide, descaracterizando a existência de um terceiro alheio à disputa. E por fim arremata, “entonces el proceso inquisitivo sería una forma processualizada de AUTODEFESA estatal ” e cita como exemplo o Tribunal Adversário de Nuremberg.

1.1.2 Autocomposição

Como meio mais civilizado de resolução de conflitos, surge a autocomposição na qual as partes mediante acordo recíproco põe fim ao conflito de

⁵ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Proceso, autocomposición y autodefesa**. 2. ed. México: UNAM, 1970.p.13

⁶ALONSO, Pedro Aragonese. **Proceso y derecho procesal**. 2. ed. Madrid: Edersa, 1997

⁷ Artigo 345 do Código Penal Brasileiro.

⁸ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**.ed. 10. São Paulo: Saraiva, 2013.

forma pessoal ou pela interveniência de um terceiro interpartes. Alcalá- Zamora y Castillo⁹ indica que existem três espécies de autocomposição: renúncia, confissão e transação. As duas primeiras são formas unilaterais de resolução enquanto que a última é bilateral.

A renúncia é a desistência de uma parte independente do assentimento da outra. Já a confissão, é o inverso da desistência. É a sujeição ao pedido da outra parte sem qualquer oposição. A transação por sua vez, é a elaboração de um acordo através de concessões recíprocas. Diferencia-se da autotutela pois o reestabelecimento da paz social (conflito) não ocorre pela força mas sim pelo convencimento e acordo.

No entanto, é necessário apontar o perigo da inexistência de um terceiro estranho e fiscalizador, pois pode ocorrer que a astúcia de uma das partes dissimule um acordo, onde na verdade se esconde uma verdadeira defesa privada.

A aplicabilidade da autocomposição no processo penal hodierno é bastante restrita e possui diferenças elementares. No entanto, pode-se dizer que em vias de exceção, nos delitos processados mediante ação penal privada e pública condicionada, é possível a ocorrência do instituto da renúncia ao direito de início à *persecutio criminis*.

Por outro lado, a transação penal imposta na lei dos Juizados Especiais Criminais¹⁰ não retrata uma autocomposição, uma vez que agentes fiscalizadores do estado, estranho às partes, inspecionam o exercício daquele direito.

Conclui-se que a autocomposição¹¹ é um ato de disposição, e por isso estará mais presente no processo civil, que trata de direitos disponíveis, ao contrário do que ocorre no processo penal.

1.1.3 Heterocomposição

A heterocomposição¹² se caracteriza pela atuação de um terceiro imparcial que retira a autonomia das partes impedindo assim o uso da força. Sua

⁹ CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. **Proceso, autocomposición y autodefesa**. 2. ed. México: UNAM, 1970. p. 13.

¹⁰ Lei 9099/95. Instituto da Transação Penal. Artigo 76

¹¹ CASTILLO,, *Op.cit.*, 1970, p.13.

¹² ALONSO, Pedro Aragoneses. **Proceso y derecho procesal**. 2. ed. Madrid: Edersa, 1997.

figura típica é a arbitragem, a qual não possui abrigo na seara penal. Isto porque, como explica Lopes Jr¹³, a natureza pública que constitui a pena fez com que o estado avoca-se o *jus puniendi*. Logo, é inconcebível uma pena pública com um processo privado.

1.1.4 Heterotutela ou Reparto Heterônimo e o Processo Penal

A heterotutela consiste na intervenção de um terceiro parcial ou imparcial. O exemplo clássico concedido na doutrina é o da legítima defesa de terceiro. Nesta senda, verifica-se que o processo penal brasileiro se encaixa como uma forma de heterotutela, na qual um terceiro público, imparcial e previamente designado é chamado para resolver o conflito.

Fruto de uma concepção de organização e desenvolvimento social, o processo é a forma de solução de conflito imposto pela estrutura institucional adotada pelo regime democrático de direito. O poder punitivo do Estado deve estar condicionado à estrutura do processo.

Aragoneses Alonso o define “ *es aquella estructura de obtención de un reparto justo por medio de la institución estatal, imparcial y autónoma, que específicamente destinada al efecto decide sobre pretensiones actuadas en forma controvertida.*”¹⁴ Isto demonstra a transferência do poder penal do indivíduo para uma instância política centralizada, a qual inicia-se a partir do século XIII.¹⁵

Diferente do que ocorre com o direito civil, não há como se conceber a aplicação de uma pena pela via extraprocessual. No processo penal, a acusação invoca a prestação jurisdicional por meio da ação penal, e uma vez comprovada a tese acusatória, o Estado exerce o seu direito de punir. É importante lembrar que o processo penal não tem como único e exclusivo objetivo a aplicação de uma pena. Binder¹⁶ explica que esta é uma visão míope da verdadeira função do processo. Trataremos da sua função mais adiante.

¹³ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**.ed. 10. São Paulo: Saraiva, 2013.

¹⁴ ALONSO, Pedro Aragonese. **Proceso y derecho procesal**. 2. ed. Madrid: Edersa, 1997p. 73.

¹⁵ MAIER, Julio B.J. **Derecho procesal penal**: tomo I fundamentos. 2. ed. Buenos Aires: Editorial del Puerto, 2004.

¹⁶ BINDER, Alberto M. **O descumprimento das formas processuais**. Trad. Ângela Nogueira Pessoa e Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

1.2 A Natureza Jurídica do Processo Penal

Definir a natureza jurídica de algo é o mesmo que determinar sua essência para poder classificá-la. Conhecer a natureza jurídica do processo penal é compreender o que ele representa no âmbito penal. É analisar o liame que une os sujeitos do processo, assim como toda a estrutura que o alicerça.

Sob esta ótica, Aragonese Alonso¹⁷ classifica as teorias em três grandes grupos, que por sua vez se subdividem. São eles: as teorias que utilizam categorias de outros ramos do direito; teorias que utilizam categorias jurídicas próprias; e por fim as teorias mistas.

A primeira teoria se subdivide em teorias de direito privado (contrato, quase contrato e acordo) e teorias de direito público (relação jurídica – Bulow-, serviço público -Jèze e Duguit- e instituição – Guasp-). Já as teorias que utilizam categorias próprias se subdividem em processo como estado de ligação (Kisch) e processo como situação jurídica (Goldschmidt). Por fim, as teorias mistas que se classificam em teoria da vontade vinculatória autárquica da lei (Podetti), processo como relação que se desenvolve em situações (Alsina) e processo como entidade jurídica complexa (Foschini).¹⁸

As teorias de direito privado se mostraram insuficientes desde que se iniciou a autonomia do ramo processual frente ao direito material. Ainda no que se refere ao direito penal, o ponto fundamental para o abandono destas teorias foi a ideia de que sendo a pena pública, o processo como instrumento de aplicação daquela jamais poderia ser privado.

Por outro lado, as teorias de direito público tiveram maior aceitação, principalmente a que deu ao processo a noção de relação jurídica, desenvolvida por Oskar Von Bullow¹⁹. As teorias de Jèze e Guguit e Guasp tiveram grande importância no desenvolvimento do processo, mas não foram adotadas pela maior

¹⁷ALONSO, Pedro Aragonese. **Proceso y derecho procesal**. 2. ed. Madrid: Edersa, 1997.

¹⁸ Importante salientar que todas as observações trazidas foram retiradas capítulo III do livro de Aragonese Alonso, *Proceso y Derecho Procesal*. Portanto, não foram analisadas as obras dos fundadores teóricos originários.

¹⁹Oskar von Bullow foi um jurista nascido em Breslau na Alemanha. Formado em direito pela universidade de Friedrich Wilhelms em Berlim. Recebeu grande mérito por ter desenvolvido grande pensamento sobre o processo em obra denominada “ La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales”. Vale salientar que não se pode afirmar que Bulow foi o inventor desta teoria pois outros autores já haviam a tratado anteriormente, como Bethmann-Hollweg. Entretanto, foi com Bulow que o tema mais se desenvolveu e sistematizou-se.

parte da doutrina. Na mesma esteira seguiram as obras de Kisch, Podetti, Alsina e Foschini, as quais tiveram grande contribuição para a desenvoltura do processo, apesar de não terem sido adotadas.

Por outro lado a teoria de James Goldschmidt foi a única que até hoje conseguiu superar a tese de Bulow. Em sua teoria renovadora da situação jurídica, ele apresenta os equívocos cometidos por Bulow e a insustentabilidade de se conceber o processo como relação jurídica.²⁰

No entanto, há que se dizer que esta conquista não fora fácil. Em virtude da opressão política vivida pela época, Goldschmidt foi severamente criticado e rotulado até de “teórico nazista”.²¹ Lembre-se de Calamandrei, um dos grandes críticos da teoria da situação jurídica, mas que ao final perfilhou-se ao entendimento goldschmidtiano, escrevendo o trabalho “*Il processo Come Giuoco*”, e mais tarde homenageando-o com o escrito “*Un Maestro di Liberalismo Processuale*”.

1.2.1 A Relação Jurídica de Bulow

A obra “La teoria de la excepciones filatórias y los presupuestos procesales”, teve o mérito insuperável de galgar autonomia aos pressupostos processuais, e servir de base para a posterior separação dos pressupostos das condições da ação. Esta obra afastou de vez o domínio do processo pelo direito material.

Em seu livro, o autor afasta os pressupostos das exceções dilatórias para visualizá-los de forma integral e independente. A partir daí surge sua teoria a qual representou grande evolução no conteúdo democrático liberal do processo.

Para esta corrente, o processo é uma relação jurídica de natureza pública, a qual é formada pelo liame existente entre acusação, defesa e juiz, de onde surgem direitos e obrigações recíprocas. O caráter público do processo se dá em virtude da relação existente com um poder público: judiciário. Conclui Lopes Jr²², “o processo é uma relação jurídica de direito público, autônoma e independente da relação jurídica de direito material.”

²⁰ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**.ed. 10. São Paulo: Saraiva, 2013.

²¹ *Ibidem*, p.96.

²² *Ibidem*,p.88.

No que se refere ao processo penal em específico, pode-se dizer que um dos grandes avanços trazidos por esta doutrina se relaciona ao tratamento dado ao réu no processo. Sua condição de objeto do processo passa para de parte detentora de direitos, trilhando assim as diretrizes humanistas atuais.

Em suma, o processo é visto como um conjunto de direitos e obrigações recíprocas, de caráter público em virtude da existência do órgão de natureza pública, e de desenvoltura progressiva, ou passo a passo como diz o autor, numa sequência de atos concatenados. Assim sendo, os elementos que constituem esta relação jurídica são: pessoas, matéria, atos e momentos em que os desenvolvem.

A partir daí é concebida a importante Teoria dos Pressupostos Processuais²³ da qual se extrai a diferença entre relação jurídica de direito material e direito processual. Esta por sua vez é uma relação triangular com trânsito direcionado a todas as partes (suj. ativo – juiz ; juiz – suj. ativo; suj. ativo – suj. passivo; suj. passivo – suj. ativo; suj. passivo – juiz; juiz suj. passivo). Ou nos dizeres de Lopes Jr²⁴, “ o processo é uma via de mão dupla em que as partes tem direito à tutela jurisdicional, e o juiz, o dever de conduzir o processo até alcançar a sentença.”

Mister se faz esclarecer, em que pese a maior parte da doutrina ter entendido que o processo era uma relação jurídica, e que ainda hoje possui adeptos, que entre os diversos autores não havia unicidade a respeito de entre quem se desenvolvia esta relação jurídica.

Entretanto, como dito acima, e acompanhando o entendimento esposado por Wach²⁵, ainda que parcialmente, pois não admitimos acusado como objeto de processo, a relação se dá de forma triangular(acusação, acusado e juiz).

1.2.2 Superação de Bulow por Goldschmidt: Teoria da Situação Jurídica.

Não há dúvida de que o maior opositor à teoria de Bulow foi James Goldschmidt, cujo triunfo foi introduzir com maestria a teoria da situação jurídica. Para este autor, o erro de Bulow foi acreditar que no processo penal existisse uma efetiva relação jurídica igualitária e um processo de partes.

²³VON BULOW, Oskar. **La Teoría de las Excepciones Dilatorias y los Presupuestos Procesales**. Trad. Miguel Angel Rosas Lichtscheim. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa- America, 1964.

²⁴LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**.ed. 10. São Paulo: Saraiva, 2013,p.89

²⁵WACH, Adolf. *apud Ibidem*, p.88.

Em sua obra *Prozessals Rechtslage*²⁶, Goldschmidt idealiza o processo como um conjunto de situações processuais, as quais tendem a alcançar uma decisão definitiva do magistrado. Para o autor o processo não é composto de direitos e deveres, além de que os citados pressupostos de Bulow nada mais são do que pressupostos da decisão de mérito.

A crítica feita à relação jurídica é sobre o caráter estático daquela e a suposta segurança da relação. Para Goldschmidt o processo é dinâmico e incerto. Ilustrando os caracteres do processo, explica o autor que em tempo de paz as relações são estáticas e certas, porém, em tempo de guerra todos os direitos se convertem em meras expectativas (insegurança), as quais para serem alcançadas dependerão do poder de esgrima do lutador e a astúcia para aproveitar todas as chances. Abre-se inclusive a oportunidade do desfrute de um direito que não lhe corresponde, a depender da habilidade do lutador.²⁷

De acordo com Cordero²⁸, no processo há um fenômeno linguístico no qual Ministério Público e defesa realizam um debate regularmente conduzido, no qual o mais hábil e dialeticamente ágil consegue a admiração do público.

Nas palavras de Calamandrei, “ afortunada coincidência é a que se verifica quando entre dois litigantes o mais justo seja também o mais habilidoso”²⁹ Pois quando esta coincidência não se verifica, “ o processo, de instrumento de justiça, criado para dar razão ao mais justo, passa a ser um instrumento de habilidade técnica, criado para dar vitória ao mais astuto”.³⁰

Em outras palavras, o processo é uma complexa rede de situações jurídicas geradas pelos atos produzidos, nas quais brotam chances que se aproveitadas liberam as partes de sua carga probatória, fazendo com que caminhem na direção de uma sentença favorável. Por outro lado, não aproveitando as chances, surge a expectativa de uma decisão desfavorável.³¹

De acordo com Goldschmidt a dinâmica processual da origem às expectativas as quais “ son esperanzas de obtener futuras ventajas procesales, sin

²⁶ GOLDSCHMIDT, James. **Der prozessalsrechtslage: einekritik des prozessualendenkens**. Berlim: J. Springer, 1925

²⁷ *Idem*. **Princípios gerais do processo civil**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Lider, 2004.

²⁸ CORDERO, Franco. **Guida allá procedura penale**. Torino: UTET, 1986, p.11.

²⁹ CALAMANDREI, Piero. **Direito processual civil**. Trad. Luiz Abenizia e Sandra Drina Fernandez. Campinas: Bookseller, 1999. v. 3, p. 224.

³⁰ *Ibidem*, *loc.cit.*

³¹ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. ed. 10. São Paulo: Saraiva, 2013.

necesidad de acto alguno próprio, e se prestan rara vez em el desenvolvimento normal del processo;³². Ou seja, do movimento processual surgem as chances que dão expectativas ou perspectivas. Uma vez bem aproveitadas, causam a liberação da carga probatória e a criação de expectativa de decisão favorável, por outro lado, se mal aproveitadas, criam a perspectiva de uma sentença desfavorável.

Neste sentido, no lugar das obrigações processuais surgem as cargas processuais, as quais devem ser liberadas para prevenir um prejuízo processual. Importante lembrar que no processo penal estas cargas estão exclusivamente nas mãos do órgão acusador face ao princípio constitucional da presunção de inocência.

Por isto, é errado se falar em distribuição de cargas ou ônus da defesa face alegação de excludentes. Ao réu cabe apenas falar em assunção de riscos, isto é, sendo a sentença um ato de convencimento³³, deixar de produzir elementos de convicção para um julgamento ao seu interesse, é o mesmo que potencializar o risco de uma sentença desfavorável. Explicaremos a questão do ônus processual no próximo capítulo.

Enfim, o processo há de ser concebido “como um complexo de promessas e ameaças, cuja realização depende da verificação ou omissão de um ato da parte.”³⁴ Estas promessas e ameaças devem ser analisadas como ônus e bônus para as partes. Assim como o direito material é sinônimo de certeza (segurança), que é inerente ao mundo irreal, o direito processual é sinônimo de incerteza, insegurança e instabilidade, as quais trilham o caminho da realidade. “ A incerteza é consubstancial às relações processuais, posto que a sentença judicial nunca se pode prever com segurança.”³⁵

Conforme dissemos em parágrafos anteriores, um dos grandes críticos da teoria da situação jurídica foi Piero Calamandrei. No entanto, após ter suas críticas rebatidas pelo autor da tese, perfilhou-se ao entendimento firmando em seguida a sua visão de processo como um jogo³⁶. Neste, o sujeito processual,

³² GOLDSCHMIDT, James. **Derecho procesal civil**. Trad. Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936,p.195.

³³ Explicaremos a questão do ato decisório posteriormente.

³⁴ GOLDSCHMIDT, James. **Princípios gerais do processo civil**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Lider, 2004.p.57.

³⁵ *Ibidem*,p.50.

³⁶ CALAMANDREI, Piero. **Direito processual civil**. Trad. Luiz Abenzia e Sandra Drina Fernandez. Campinas: Bookseller,1999. v. 3.

denominado por ele ator, movimenta-se no intuito de convencer o julgador sobre sua tese. Em suas palavras,

El proceso es una serie de actos que se cruzan y se corresponden como los movimientos de un juego: de preguntas y respuestas, de réplicas y contrarréplicas, de acciones que se provocan reacciones, suscitadas a su vez de contrareacciones

A verdade é que tanto no jogo quanto na guerra a estratégia e o poderio bélico são de fundamental importância, pois em ambas aquelas circunda a nuvem cinzenta da incerteza.

Logo, diante desta insegurança, o mínimo a se criar é um sistema de garantias (regras do jogo) a fim de proteger o débil do poder punitivo estatal, ao mesmo tempo em que reste garantido o seu poder persecutório-punitivo. Isto porque, “é melhor risco com garantias processuais do que risco com autoritarismo”³⁷.

Nesta senda, Damasceno nos lembra de que o processo (informado por um sistema acusatório) é o único meio capaz de harmonizar dois direitos constitucionalmente amparados: a proteção do cidadão perante o estado através da ampla defesa, e a proteção da própria sociedade por meio da persecução criminal pública³⁸.

1.3 Características do Processo Penal

Conforme o breve resumo das teorias que tentam explicar a natureza jurídica do processo, algumas características foram citadas mas sem qualquer sistematização. Tentaremos aqui sintetizá-las.

De acordo com Aragonese Alonso³⁹ as principais características do processo se resumem em uma estrutura meio para consecução de decisão dotada de coatividade e feita por um terceiro imparcial detentor de uma função jurisdicional. Por outro lado, Goldschmidt nos traz o aspecto supralegal ao afirmar que “*La estructura del proceso penal de una nación no es sino que lo termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución*”.⁴⁰

³⁷ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**.ed. 10. São Paulo: Saraiva, 2013,p. 104.

³⁸SANTOS, Juliana Pinheiro Damasceno. **Limites constitucionais à iniciativa do juiz no processo penal democrático**. 1. ed. Rio de Janeiro: Câmara brasileira de jovens escritores, 2011.

³⁹ALONSO, Pedro Aragonese. **Proceso y derecho procesal**. 2. ed. Madrid: Edersa, 1997.

⁴⁰ GOLDSCHMIDT, James. **Principios generales del proceso**. Buenos Aires: EJE, 1961. v. 2,p.111.

Sob este aspecto, considerando o atual modelo de governo, temos que a democracia é repleta de antagonismos e conflitos⁴¹ e por isso incertezas. Logo, sendo o processo um reflexo do estado democrático de direito, depreende-se que a incerteza também o é inerente, o que da suporte ao entendimento de que o processo é um conjunto de situações jurídicas.

Não há dúvida de que atualmente o processo é a forma mais adequada para solucionar os conflitos que assolam a sociedade. Pautado em um sistema de garantias, o processo deixa de ser o meio de aplicação do direito material, para ser um meio de defesa do réu ao poder de punir do estado.

1.4 Modelo Constitucional do Processo Penal

Conforme já dito, o processo penal não possui uma única finalidade, ou seja, a satisfação da pretensão acusatória. Como bem adverte Geraldo Prado, há no processo uma suprema função constitucional de servir como instrumento do projeto democrático. Isto é garantir a máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais do acusado pautadas na *Lex maior*, a qual serve de bússola para o processo penal. Esta é a instrumentalidade constitucional do processo penal atual.

De acordo com as lições de José Frederico Marques⁴², o direito processual é um dos ramos da ciência jurídica que possui contato mais íntimo com os preceitos constitucionais, uma vez que regula o exercício da atividade jurisdicional, a qual é umas das fundamentais funções do estado. Logo, a atividade estatal que é realizada no processo deve caminhar lado a lado com os mandamentos constitucionais.

Para Bobbio, o modelo garantista é um modelo ideal, cujo alcance é utópico, podendo “servir de critério de valoração e de correção do direito existente”⁴³. Sem dúvida o garantismo é um marco referencial, porém deve ser alcançado para que se realize um processo penal democrático.

⁴¹ OST, François. **O tempo do direito**. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

⁴² MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 1980. v. 1, p. 89-90.

⁴³ BOBBIO, Norberto. Prefácio. In: FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chouker, Juarez Tavares e Luiz Flavio Gomes. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 09.

Trazendo a baila as lições de Ferrajoli⁴⁴, este aponta o princípio da legalidade como peça fundamental do sistema cognitivo de um modelo garantista. Sua importância transcende a estrita legalidade da norma (subsunção do fato ao tipo), atingindo outros axiomas de natureza processual propostos pelo autor: *nulla culpa sine iudicio, nullum iudicium sine accusatione, nulla accusatio sine probatione e nulla probatio sine defensione*.

Ainda sobre o escólio do filósofo italiano, ressalta a existência do direito penal máximo e mínimo. O primeiro é aquele que se amolda aos sistemas autoritários de governo, com processos inquisitoriais que outorgam verdadeiros poderes ao magistrado para a busca da famigerada verdade real.

Por outro lado, o direito penal mínimo é aquele que mais se adequa aos modelos democráticos de governo. Regidos por um processo acusatório, o julgador possui limitados poderes, prevalecendo a busca pela verdade formal.

Seguindo a linha constitucional traçada pela Carta de 1988, não há como se conceber um direito penal máximo com um processo penal inquisitivo, no qual a busca da verdade material é fundamento para transformar o acusado em mero objeto de investigação, além de proceder as mais diversas barbáries tais como a tortura, o excessivo uso de medidas cautelares etc.

A busca da verdade sob o enfoque constitucional jamais poderá ser a função do processo, assim como qualitativo da sentença, pois esta deve ser “co-produzida democraticamente”⁴⁵ e jamais de forma isolada por juízes inquisidores.

Para Prado⁴⁶ a “Constituição da República escolheu a estrutura do modelo democrático sobre a qual há, portanto, de existir e se desenvolver a relação processual penal, forçando-se, assim, a adaptação do modelo vigente antes de 1988.”

Outrossim, de acordo com os ensinamentos de José Frederico Marques, “nossa Constituição foi elaborada em função dos ideais democráticos do Estado de Direito, é preciso situar as fontes primeiras da ordem processual numa linha de princípios que não destoe desse sentido político”.

⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chouker, Juarez Tavares e Luiz Flavio Gomes. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.75.

⁴⁵ ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão penal**: A bricolagem de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.270.

⁴⁶ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.44

Sintetizando o tema explica Prado⁴⁷:

a edificação de qualquer política criminal em um estado democrático está condenada à uma incoerência normativa se for desenvolvida à margem do nível jurídico superior e não considerar que o respeito à dignidade da pessoa humana é o princípio e fundamento do sistema político democrático, único espaço comum para qualquer pacto democrático.

Seguindo esta linha constitucional, defende Giacomolli⁴⁸ ao afirmar que “ o processo, a pena e o cárcere não podem servir de instrumento à degradação humana do acusado, ao aniquilamento da essência dos ser, de sua qualidade humana”.

Ou seja, ainda que o cidadão ocupe a posição de réu em um processo, este continua sendo titular de direitos e garantias. Sua situação de acusado (em que pese ser inocente em virtude do princípio constitucional da inocência) não o destitui dos direitos amparados pela constituição.

Em outros termos, temos que o processo penal deixa de ser um mero instrumento de aplicação do *jus puniendi*, passando a ser também o instrumento tutelador da liberdade jurídica do réu, através da obediência aos direitos fundamentais amparados constitucionalmente⁴⁹. Em outras linhas, explica Ferrajolli que o processo penal deve harmonizar a eficiência da persecução penal e a efetividade das garantias, não servindo assim, à sobreposição dos direitos do Estado contra o cidadão.⁵⁰ Para Lopes Jr.⁵¹:

A proteção do indivíduo também resulta de uma imposição do Estado Democrático, pois a democracia trouxe exigências de que o homem tenha uma dimensão jurídica que o Estado ou a coletividade não pode sacrificar ad nutum.

Explica Gomes Orbaneja e Herce Quemada⁵² ao tratarem da finalidade do processo, que “El intrés público em que el proceso se basa exige, a la vez que el castigo del efectivamente culpable, La proceión del inocente (incluso em contra de su deseo o de su interés privado a ser condenado).” Logo, depreende-se

⁴⁷PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006,p. 28

⁴⁸ GIACOMOLLI, Neréu José. **Reformas (?) do processo penal**: considerações críticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008,p.11.

⁴⁹CORRÊA, Cristiane da Rocha. O princípio do contraditório e as provas irrepetíveis no inquérito policial. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 60. maio-junho.p.224, 2006.

⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chouker, Juarez Tavares e Luiz Flavio Gomes. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014,P.75.

⁵¹LOPES JR. Aury, **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 1.

⁵²ORBANEJA, EmilioGomes ; QUEMADA, Vicente Herce. **Derecho procesal penal**. Madrid: Artes Gráficas,1981.

que o processo não é instrumento persecutório da verdade, devendo portanto atuar em favor do imputado, independente da culpa daquele.

Não importa o rótulo garantista que tanto é utilizado atualmente. O ponto fundamental é a aderência constitucional do processo penal. Isto é, a obediência de toda a legislação infraconstitucional aos princípios e valores trazidos pela *Lex maior*, deixando de lado a aplicação de normas inconstitucionais sob o fundamento da legalidade formal.

Ultrapassado o referencial positivista de Kelsen⁵³, as normas infraconstitucionais devem submeter-se ao princípio da legalidade substancial, a qual regula a validade de uma norma não só pelos laços formais, mas também nos aspectos substanciais, quais sejam as normas axiológicas estabelecidas pela Carta Magna.

Por ocupar um lugar no topo do ordenamento jurídico, a constituição deve ser tida como referencial hermenêutico ao aplicador das normas infraconstitucionais, assim como ao criador daquelas. Nesta esteira explica Streck⁵⁴ ao afirmar que “ sendo a Constituição o fundamento de validade de todo o sistema jurídico- e essa é a especificidade maior da ciência jurídica-, de sua interpretação – aplicação (adequada ou não) é que exsurdirá a sua (in)efetividade”. E conclui ensinando que “ não se interpreta, sob hipótese alguma, um texto jurídico (um dispositivo, uma lei, etc.) desvinculado da antecipação de sentido representado pelo sentido que o intérprete tem da constituição”, pois o contrario representaria a falência axiológica da Lei maior.

Não se pode admitir atualmente que magistrados se sujeitem aos comandos legais sem exercer qualquer análise crítica sobre os mesmos. A atividade do julgador não pode ser autômata de subsunção de fatos a normas. A ciência jurídica tem que assumir um papel crítico a fim de reinterpretar todo o sistema normativo.⁵⁵

Sendo a Constituição Federal de 1988 uma verdadeira conquista do âmbito democrático e um progresso efetivo da dignidade da pessoa humana, é que deve ser analisada como ponto de abertura e partida para o processo penal, mas

⁵³KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

⁵⁴STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002.

⁵⁵FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*. La ley del más débil. Trad. Perfecto Andrés Inbañez; Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999.

jamais como ponto de chegada. Assim sendo, temos que o atual código de processo penal deve ser lido à luz da Constituição de 1988, e não o contrário.⁵⁶

Mister lembrar que não basta que haja a modificação do conjunto legal atual. O mais importante é que os operadores do direito mudem a mentalidade retrógrada, de viés ditatorial, para a da atual atmosfera democrática,⁵⁷ fazendo uma releitura dos dispositivos do Código de processo Penal, mais acorde aos postulados democráticos e garantistas da atual Carta.⁵⁸

1.5 Considerações Sobre a Inviabilidade de uma Teoria Geral do Processo. La Cenicienta de Carnelutti.

Com a genialidade que lhe é peculiar, em 1946 Carnelutti escreveu um artigo denominado *Cenerentola* e que mais tarde foi traduzido ao espanhol como *La Cenicienta* em sua obra *Cuestiones sobre el proceso penal*.⁵⁹ Este pequeno artigo de apenas 7 páginas e escrito há 67 anos atrás já denunciava o erro existente ao tratar de uma teoria geral do processo, demonstrando a independência do processo penal tanto em relação ao direito penal, assim como ao processo civil.

No que se refere à autonomia do processo penal face ao direito penal, atualmente já não há mais discussão, pois aquela foi garantida de forma suficiente há tempos. Conforme lição de Lopes Jr⁶⁰, não existe qualquer tom pejorativo ao falar que o processo serve de estrutura para imposição do direito material. Trata-se do princípio da necessidade ou uma das funções de instrumentalidade do processo.

Outrossim, Carnelutti já afirmava que “delito y pena son, precisamente, como tantas veces lo hemos dicho, la cara y la cruz de una misma moneda” e apesar de fazerem parte de um mesmo conjunto, são coisas diferentes.

⁵⁶ LOPES JR. Aury, **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 1.

⁵⁷ Relembrando Franco Coppi, que no ano de publicação do novo Código de Processo penal italiano, demonstrou preocupação com a mudança da mentalidade dos operadores daquele direito. (COPPI, Franco, *Apud* COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Novo Código de Processo Penal Pede Nova Mentalidade**. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2009-abr-06/revisao-codigo-processo-penal-demanda-sistema-acusatorio>>. Acesso em: 06 dez 2013.

⁵⁸ LOPES JR. *Op. cit.* 2008. v. 1.

⁵⁹ CARNELUTTI, Francesco. La cenicienta. *In: Cuestiones sobre el proceso penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: LiberíaelForo, 1960. p.15-21.

⁶⁰ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**.ed. 10. São Paulo: Saraiva, 2013.

Superada esta questão, evidencia-se que o ponto fulcral da autonomia reside entre o processo penal e o processo civil. A tentativa de união destes dois ramos jurídicos é que da nome à famosa teoria geral do processo, a qual como demonstraremos, deveria se chamar teoria geral do processo civil, pois como afirma Coutinho, “teoria geral do processo é engodo; teoria geral é do processo civil e, a partir dela, as demais”.⁶¹

Sabe-se que do ponto de vista histórico o processo civil teve uma evolução mais célere do que o processo penal, o que gerou uma superioridade científica e dogmática. Exatamente por isso, boa parte da evolução do processo penal se deu através da adaptação de institutos do processo civil. Como disse Carnelutti a respeito de Bettiol:

Ciertamente, tambiénla ciência del derecho procesal penal tiene últimamente recorrido um buen trayecto de camino; pero el progreso, en un noventa por ciento, consiste em la adaptación a sus fenómenos de los conceptos construídos para el estudio del proceso civil. Aquí tendría verdaderamente razón Bettiol para hablar de *pancivilismo*, si sutención se dirigiese, com gran ventaja para nosotros, del delito hacia el proceso.⁶²

No Brasil, temos Tucci⁶³ e Coutinho⁶⁴ como um dos maiores críticos da teoria geral do processo, comprovando em suas obras o fracasso da teoria. Por outro lado, tem-se como ferrenho defensor da unidade do processo, Fredie Didier Jr⁶⁵, que em sua notável obra “Reconstruindo a teoria geral do processo” tenta demonstrar a viabilidade desta doutrina.

Partilhando parcialmente do mesmo pensamento, Grinover ensina que assim como a jurisdição é una, o direito processual também o é. “A grande bifurcação entre processo civil e processo penal corresponde apenas às exigências pragmáticas relacionadas com o tipo de normas jurídico-substanciais a atuar”.⁶⁶ Lembra a autora que já existem casos de codificação unitária dos processos, como o Código do Panamá e o Código de Honduras.

Ao nosso sentir, é inviável a formulação unitária da seara processual (civil e penal) pois tratam-se de fenômenos completamente diferentes, com

⁶¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989, p.119.

⁶² CARNELUTTI, Francesco. La ciencia. *In: Cuestiones sobre el proceso penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: LiberíaelForo, 1960. p.17-18.

⁶³ TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do Direito processual penal**. São Paulo: RT, 2002.

⁶⁴ COUTINHO, *Op.cit.*, 1989.

⁶⁵ DIDIER JR., Fredie. **Reconstruindo a teoria geral do processo**. Salvador: Podivm, 2012.

⁶⁶ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do Processo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

particularidades próprias. O foço abissal existente entre o processo civil e penal é tão grande, que Damasceno chegar a afirmar que “a formação dos magistrados criminais e civilistas deveria ser diferenciada, desde a fase seletiva do concurso público até os cursos de formação profissional.”⁶⁷

Tucci, fulmina a teoria a partir da desconstrução do conceito de lide, demonstrando sua irrelevância ao direito penal, e trazendo o conceito de jurisdição penal, cuja importância é fundamental.

A tentativa de adaptação dos institutos do processo civil ao processo penal, além de ser um desrespeito às categorias próprias daquele processo, acaba engessando-o. Por isso, expressões como *fumus boni iuris*, *periculum in mora* (referindo-se a medidas cautelares), *nullité sans grief* (ao tratar da teoria das nulidades), poderes inquisitórios do juiz (ponto que daremos continuidade no presente trabalho), condições da ação iguais ao do processo civil e outras tantas, nada mais são do que a anacrônica teoria geral do processo, a qual deve ser plenamente rechaçada, por se tratar de um verdadeiro processo civil.

1.6 Sistemas Informadores do Processo Penal

Antes de iniciar a abordagem dos sistemas que informam o processo penal, é necessário explicar o que se entende por sistema. De acordo com Bobbio⁶⁸, entende-se “por “sistema” uma totalidade ordenada, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem”.

No mesmo sentido, Claus – Wilhelm Canaris⁶⁹ explica que o conceito de sistema jurídico tem como base a adequação valorativa e a unidade interior do direito, sendo assim a “ordem axiológica ou teleológica de princípios jurídicos gerais.” A ideia de sistema proposta pelo autor está fundada na unicidade. Esta noção de unidade foi trazida inicialmente por Christian Wolf e aperfeiçoada por

⁶⁷ SANTOS, Juliana Pinheiro Damasceno. **Limites constitucionais à iniciativa do juiz no processo penal democrático**. 1. ed. Rio de Janeiro: Câmara brasileira de jovens escritores, 2011, p.83.

⁶⁸ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste dos Santos. 10.ed. Brasília: UNB, 1997, p.71

⁶⁹ CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Trad. A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p.77.

Immanuel Kant⁷⁰ que a denominou de “princípio da unidade sistemática ou princípio unificador”.

Trazendo estes conceitos para o âmbito processual penal, percebe-se a semelhança deste com a noção de sistema, principalmente pela existência de um princípio unificador (acusatório ou inquisitório). Dai desde já deixar o alerta da impossibilidade da existência de um sistema misto, pois como afirma Coutinho⁷¹:

Ainda que com uma visão sucinta, tenho a noção de *sistema* a partir da versão usual, calcada na noção etimológica grega (*systema-atos*), como um *conjunto de temas jurídicos que colocados em relação com um princípio unificador, formam um todo orgânico que se destina a um fim*. É fundamental, pelo que parece óbvio, ser o conjunto orquestrado pelo *princípio unificador* e voltado para o *fim* ao qual se destina.

Por seu turno, Dinamarco⁷² entende por *sistema processual* o “conglomerado harmônico de órgãos, técnicas e institutos jurídicos regidos por normas constitucionais e infraconstitucionais capazes de propiciar sua operacionalização segundo o objetivo externo de solucionar conflitos.”

Entretanto, ao nosso entender, é Paulo Rangel⁷³ quem melhor sintetiza o conceito de sistema processual penal afirmando ser “o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas para a aplicação do direito penal a cada caso concreto.”

Levando em conta este caráter supralegal do processo, de reflexo do viés político de determinado estado, é interessante a visão de Geraldo Prado a respeito da definição de sistema, o qual decorre do sistema jurídico-político. Sendo assim, os sistemas acusatório, inquisitório ou misto (este último inexistente ao nosso entender), seriam subsistemas decorrentes do supremo sistema constitucional.

A compreensão do conceito de sistema é fundamental para entender os que informam o processo penal brasileiro. Conforme será demonstrado, a discussão sobre os modelos acusatório e inquisitório tem grande valia no terreno instável em que transita o atual Código de Processo Penal.

⁷⁰ KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Trad Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2006,p. 584 e ss

⁷¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001,p.16

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**., 4. ed. Rev. Atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2004,v1,p.190.

⁷³ RANGEL, Paulo. **Direito Processual penal**.10.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.p.49.

Desta forma, discordamos do posicionamento de Bachmaier Winter⁷⁴ que propõe o abandono da compreensão do sistema acusatório e inquisitório. Se superada na Europa, na qual permeia uma consolidada democracia, no Brasil há muito que se evoluir.

Conforme entendimento de Geraldo Prado, esposado acima, infere-se que a adoção dos sistemas inquisitivo e acusatório é um reflexo da resposta do processo penal às exigências do Estado em face de uma certa época. Assim, constata-se que a predominância dos sistemas acusatórios ocorre em países que possuem uma sólida base democrática, e cujo respeito à dignidade humana e liberdade individual é essencial. Por outro lado, os que adotam o sistema inquisitório são os que possuem regimes totalitários ou autoritários, onde a hegemonia estatal prevalece frente os direitos individuais.

1.6.1 Breve Esboço Histórico dos Sistemas Acusatório e Inquisitório

Em linhas gerais, usando a cronologia como base, pode-se afirmar que o sistema acusatório predominou nas legislações do mundo afora até meados do século XII, sendo substituído pelo modelo inquisitório que prevaleceu até o século XVIII na maior parte dos países (principalmente europeus) e XIX nos demais.⁷⁵

Conforme explicaremos adiante, um dos sistemas informadores do processo penal é o acusatório, o qual deve sua origem à Grécia e Roma antiga. Naquela, o processo penal possuía um sistema eminentemente democrático, onde o julgamento era exercido pela coletividade: Assembleia do Povo ou Senado, tribunais da época.

Vigorava ali o sistema da ação popular para os delitos graves e acusação privada aos menos graves. Desta forma, ao acusador era incumbido a produção das provas incriminadoras, enquanto ao acusado as de sua inocência. O

⁷⁴ WINTER, Lorena Bachmaier. *Acusatio versus inquisitivo. Reflexiones acerca del processo penal.* In: WINTER, Lorena Bachmaier (Org.). **Procesal penal y sistemas acusatórios.** Madrid: Marcial Pons, 2008.

⁷⁵ ALENCAR, Claudio Demczuk de. Os períodos do processo penal romano e seus respectivos procedimentos. **Revista CEJ.** Brasília, a. XVI, n. 58, p. 65-69, set./dez., 2012.

magistrado, chamado de *arconte*, não possuía nenhuma interferência na gestão probatória.⁷⁶

Já no Direito Romano, as diferentes fases históricas demonstraram alternância nos sistemas processuais penais adotados. A guisa de exemplificar, no período da realeza e do alto império, nos quais predominavam o regime absolutista, evidenciou-se a presença de um sistema puramente inquisitivo. Assim, o próprio magistrado iniciava as investigações, conduzia a acusação e ao fim julgava o feito.

Entretanto, foi no período republicano (Alta República) que o processo penal romano passou a conhecer duas novas formas, denominadas de *cognitio* e *accusatio* (sistema acusatório). A primeira estava sob o poder dos magistrados, que possuíam maiores poderes para esclarecer os fatos objeto da ação. Já a segunda, consistia na proposta de acusação pelo *accusator*, órgão distante do julgador.⁷⁷

Mas foi somente no último século da República que surge a *accusatio*. Esta fórmula perdurou por cinco séculos, período conhecido como o mais democrático na história romana. A acusação era exercida por um cidadão do povo. Tratando-se de um delito público, a persecução da ação era exercida pelo *accusator*, órgão que não pertencia ao Estado, sendo geralmente um representante da coletividade.

Existia, portanto, uma nítida separação da atividade de julgar e acusar. Tanto a iniciativa quanto a gestão das provas estavam nas mãos de um órgão diferente do juiz. Havia o contraditório e o direito de defesa, com acusação escrita e procedimento oral.

Contudo, com o início do principado, voltou a predominar o regime absoluto, centralizando nas mãos do *princeps* e seus subordinados todo o procedimento penal. Os magistrados passaram a proceder de ofício, investigando, colhendo provas e julgando o feito.

Durante a idade média o processo inquisitório obteve enorme crescimento em face da desenvoltura e organização política da igreja que possuía o

⁷⁶BARROS, Marco Antonio. **A busca da verdade no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

⁷⁷ALENCAR, Claudio Demczuk de. Os períodos do processo penal romano e seus respectivos procedimentos. **Revista CEJ**. Brasília, a. XVI, n. 58, p. 65-69, set./dez., 2012.

ideal de *universitas christiana*⁷⁸. Após se tornar a religião oficial, eclode o fenômeno da *Recepción del derecho romano-canônico*, o qual se adequava à pretensão da *universitas christiana*. Devido à hegemonia romana, esta cultura é difundida a outros países, nascendo assim a inquisição e o Manual dos Inquisidores, redigido em 1376 pelo dominicano Nicolau Eymerich, e reformado por Francisco de La Peña em 1578.⁷⁹

Após a decadência do império romano sobreveio a invasão germânica, provocando o choque entre culturas e costumes. Aliás, do ponto de vista histórico podemos analisar um verdadeiro retrocesso da civilização. Neste período, evidenciou-se a prática dos “duelos judiciários”, no qual acusador e acusado se digladiavam em discursos, sendo o vencedor escolhido pela justiça divina. Outro costume eram os “juízos de deus ou ordálias”, no qual invocava-se o poder divino para revelar o culpado e puni-lo.

Somente em 1789, com os ideais revolucionários franceses, é que se iniciou o abandono dos traços mais cruéis do sistema inquisitivo. No entanto, o desenvolvimento sólido do sistema acusatório se deu no mundo anglo-saxão sob a estrutura do *adversary system*, o qual possui duas premissas maiores: a primeira é a existência de um juiz neutro e passivo, sendo portanto a dialética ativa resolvida pelas partes; e a segunda, que a verdade encontra-se ainda que parcialmente, em uma das hipóteses apresentadas pelas partes.

1.6.2 Sistema Acusatório

Conforme breve relato histórico, percebe-se que o sistema acusatório teve sua origem no direito grego, vindo a se desenvolver no direito romano, em que pese ter se consolidado somente no direito anglo saxão após a revolução francesa.

Este modelo acusatório é o que melhor corresponde à ideologia trazida pela Constituição atual, de modo a tutelar os direitos e garantias fundamentais. Conforme dissemos, este sistema é capaz de conciliar de forma

⁷⁸Se conocecon este nombre al ideal del emperador Carlos V, que pretendia la unidad religiosa en Europa y la defensa del cristianismo frente a las amenazas de protestantes y el Imperio Turco. (GISPERT, Carlos. **Diccionario de la literatura universal**. Madrid: Océano, 2006.)

⁷⁹BOFF, Leonardo. Prefácio: Inquisição: um espírito que continua a existir. *In*: EYMERICH, Nicolau. **Manual dos inquisidores**. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993. p. 7-28.

harmônica dois bens constitucionalmente amparados: a proteção do indivíduo perante o estado, com o direito de defesa, e a proteção da sociedade através da persecução criminal pública.⁸⁰

Analisando o perfil deste sistema, pode-se dizer que ele possui os seguintes traços característicos: divisão entre as atividades de julgar e acusar, iniciativa e gestão probatória a cargo das partes, imparcialidade e distanciamento do julgador, igualdade de condições das partes, oralidade e publicidade do procedimento, direito ao contraditório com ampla defesa, decisão pautada no livre convencimento motivado do magistrado, decisões com segurança jurídica de coisa julgada relativizada.

A linha mestra do sistema acusatório é a divisão de funções dentro do processo, tendo como base os postulados do *Ne procedat iudex ex officio* – *Nemo iudex sine actore*, ou seja, é a gestão probatória exclusivamente nas mãos das partes e um juiz alheio àquela. O magistrado deve apenas arbitrar o combate e anunciar o resultado

De acordo com Luigi Ferrajoli⁸¹, de todos os elementos que constituem aquele sistema, “o mais importante, por ser estrutural e logicamente pressuposto de todos os outros, indubitavelmente é a separação entre juiz e acusação”. Outrossim, perfilhando o entendimento de Lorena Bachmaier Winter⁸², necessário afirmar que o núcleo divisor dos sistemas é a gestão probatória.

Trata-se pois, de uma relação triangular entre três sujeitos: dois deles partes, atores do “procedimento em contraditório”⁸³, encarregados do “ônus” (frise-se que somente existe ônus para a parte acusatória) probatório, e um deles na condição de *super partes*, isto é, mero espectador desinteressado.

Há que se esclarecer que não existe um único modelo acusatório, mas sim diversas formas de julgamento por um terceiro imparcial, na qual as partes

⁸⁰ SANTOS, Juliana Pinheiro Damasceno. **Limites constitucionais à iniciativa do juiz no processo penal democrático**. 1. ed. Rio de Janeiro: Câmara brasileira de jovens escritores, 2011.

⁸¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chouker, Juarez Tavares e Luiz Flavio Gomes. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.454.

⁸² WINTER, Lorena Bachmaier. *Acusatio versus inquisitivo. Reflexiones acerca del processo penal*. In: WINTER, Lorena Bachmaier (Org.). **Procesal penal y sistemas acusatórios**. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 15-48

⁸³ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Trad. Elaine Nassif. 8. ed. Campinas: Bookseller, 2006.

se enfrentam em debates contraditórios⁸⁴. No entanto, não se pode perder de vista que o núcleo divisor destes sistemas é a gestão probatória, e a adesão de características do sistema inquisitório não desnatura a sua essência acusatória.

A crítica que sempre foi construída a este sistema refere-se exatamente à questão de o magistrado ter de resignar-se com a atividade probatória incompleta das partes, gerando por consequência, uma decisão pautada em um conjunto de provas defeituosas.

Esta era e ainda é a razão pela qual boa parte da doutrina sustenta a possibilidade ou até mesmo a exigência de uma participação ativa do magistrado no que tange à gestão das provas. No entanto a conveniência de um processo informado pelo sistema acusatório se dá em virtude da necessidade de se assegurar a imparcialidade e a tranquilidade do julgador que irá sentenciar.

Esta é a razão pela qual o surge Ministério Público como órgão acusatório público e oficial, independente do judiciário. Desfecha Carnelutti⁸⁵ ao se referir à instituição do Ministério Público como “una creación artificial” elaborada em função da necessidade do sistema acusatório de garantir a imparcialidade do magistrado.

Ensina Goldschmidt⁸⁶ que o magistrado deve se conformar com a atividade incompleta das partes e o material defeituoso para a decisão, pois este é o preço a se pagar em face da garantia da imparcialidade que é princípio supremo do processo.

Por este motivo, entende-se que o processo deve ser uma “luta de discursos”⁸⁷ na qual as partes almejam a captura psíquica do julgador, para que obtenham uma decisão favorável. Cordero⁸⁸ explica que nesta senda a palavra chave

⁸⁴WINTER, Lorena Bachmaier. Acusatio versus inquisitivo. Reflexiones acerca del proceso penal. *In*: WINTER, Lorena Bachmaier (Org.). **Procesal penal y sistemas acusatórios**. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 15-48

⁸⁵CARNELUTTI, Francesco. Poner en su puesto al Ministerio Publico. *In*: **Cuestiones sobre el proceso penal**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1961, p. 213. No mesmo sentido, é a lição de Juan Montero Aroca: “el Ministerio Publico es, por conseguinte, una creación artificial que sirve para hacer posible el proceso, manteniendo el esquema básico de éste, y de ahí que se le convierta en parte acusadora que debe actuar conforme al principio de legalidad” (AROCA, Juan Montero. **Principios del proceso penal**: una explicación basada em la razón. Valência: Tirantlo Blanch, 1997, p. 60).

⁸⁶GOLDSCHMIDT, James. **Principios generales del proceso**. Buenos Aires: EJE, 1961. v. 2, p.113.

⁸⁷ Termo utilizado por Aury Lopes Jr. em seu livro LOPES JR. Aury, **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 1.

⁸⁸ CORDERO, Franco. **Procedimento penal**. Trad. Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 2000. v. 2.

é Fé. Isto porque, durante o processo as partes querem que suas hipóteses sejam acreditadas pelo juiz, e para isso é necessário lançar atrativos (provas) para o convencimento judicial.

Urani⁸⁹ nos lembra que a reforma de 2008 ao código de processo penal positivou a teoria da função persuasiva da prova, ao privilegiar a oralidade no procedimento através do princípio da identidade física do juiz. O processo de convencimento do magistrado deve se dar pelo contato direto com as provas.

A proximidade processual entre juiz e acusado é extremamente necessária para que aquele possa sentir⁹⁰ a veracidade dos fatos. Assiste razão Prado⁹¹ ao declinar que “ a forma escrita subtrai o contato do juiz com acusado e testemunhas. Incensada pelo culto à razão, faz supor que este contato é desnecessário”.

Toda decisão deve ser produto do sentimento do magistrado. Calamandrei⁹²acerta ao dizer que a sentença jamais será fruto da operação lógica da aplicação das leis aos fatos, mas sim o resultado psicológico das forças em jogo dentro do processo. Isto porque, o que legitima o provimento jurisdicional é a efetiva participação das partes no processo.⁹³

Mister afirmar que a efetiva participação é a possibilidade real de as partes se oporem em simétrica igualdade. Assim sendo, fácil perceber que a ingerência do magistrado na produção probatória desequilibra a balança do contraditório e por consequência todo o processo, colocando uma das partes em patamar inferior, além de produzir um pré-julgamento do feito.

O magistrado que vai em busca de provas certamente constrói sua própria hipótese a qual sempre terá maior valia. É a primazia da sua hipótese. O convencimento do juiz formado pela captura psíquica resta prejudicado quando se fere a democrática estrutura dialética do processo.

⁸⁹ URANI, Marcelo Fernandez Cardillo de Moraes. **Modos de convencimento do julgador**: análise dos sistemas processuais penais.2009.Dissertação (Mestrado em Direito),PUCRS, Rio Grande do Sul.

⁹⁰ Sentença é palavra de origem latina, cujo verbo oriundo *sentire*, significa sentir.de

⁹¹ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.p.157

⁹²CALAMANDREI, Piero. **Derecho procesal civil**. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJE, 1973. v. 3.

⁹³ Nas palavras de Fazzalari, “lapartecipazioneedisoggettial processo, in quanto stimatidestinaridell’efficaciadell’atto emanado costituisce, come si vedrà, la loro legittimazione ad agire” FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di diritto processuale**. Padova: CEDAM, 1994,p.85

O processo acusatório deve ser regido pelo princípio do dispositivo, tendo o julgador a função de resguardar as regras do jogo, e decidir conforme as hipóteses aventadas pelas partes. Nas palavras de Goldschmidt “ esta configuración del proceso, es decir, la aplicación del principio dispositivo o de instancia de parte al procedimiento criminal, es la cusatoria.”⁹⁴

Esta formatação de processo garante a imparcialidade do julgador, o qual como espectador, é alheio às teses-hipóteses. No entanto, há que se dizer que não existe qualquer dispositivo legal Constitucional e infraconstitucional que determine diretamente a adoção do sistema acusatório.

Fazendo uma leitura ampla da carta Magna, especialmente do artigo 129, I daquela, percebe-se incumbir ao Ministério Público, privativamente, a promoção da ação penal pública, demonstrando ,portanto, o traço distintivo do sistema acusatório: separação de funções.

Necessário informar, ainda que em breves linhas, que outra posição assume o projeto de reforma do Código de Processo Penal (projeto de lei 156), ao positivar explicitamente em seu artigo 4º o princípio acusatório.⁹⁵

Art. 4º O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

1.6.3 Sistema Inquisitivo

Na contra mão do sistema acusatório surge o modelo inquisitorial, clássico de regimes autoritários de governo, que concentram as atividades de legislar, julgar e administrar nas mãos do soberano⁹⁶. Passa-se então de “um duelo leal e franco entre acusador e acusado, com igualdade de poderes e oportunidades, e se transforma em uma disputa desigual entre o juiz-inquisidor e o acusado”⁹⁷.

⁹⁴ GOLDSCHMIDT, James. **Principios generales del proceso**. Buenos Aires: EJEJA, 1961. v. 2,p. 113.

⁹⁵ Trataremos do projeto de lei 156 em seção dedicada.

⁹⁶ MAIER, Julio B.J. **Derecho procesal penal**: tomo I fundamentos. 2. ed. Buenos Aires: Editorial del Puerto, 2004.

⁹⁷ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**.ed. 10. São Paulo: Saraiva, 2013,p.112

Nesta linha, um dos maiores apoiadores foi Vincenzo Manzini⁹⁸ que revela a necessidade deste sistema para coibir a delinquência, pois ele atenderia melhor às táticas de repressão à criminalidade.

Infere-se, portanto, que o processo inquisitorial surge como meio de defesa social e instrumento de segurança pública, deixando ao largo quaisquer garantias do acusado.

A tônica característica deste modelo é a concentração das funções de acusar e julgar nas mãos de um único sujeito: o inquisidor. Ao soberano era atribuído de ofício as funções de julgar e acusar, sem qualquer respeito ao réu. Neste sentido Prado⁹⁹ exerce sua crítica ao ativismo judicial:

Quando, porém, se dedica a produzir provas de ofício se coloca como ativo sujeito do conhecimento a empreender tarefa que não é neutra, pois sempre deduzirá a hipótese que pela prova pretenderá ver confirmada.

Alcalá-Zamora y Castillo¹⁰⁰ condena este modelo ao esclarecer que em um processo onde a mesma parte acusa e julga, estabelece-se uma dificuldade psicológica para o desenvolvimento imparcial daquelas funções. “Soberano de la partida, el inquisidor elabora hipotesis dentro de um marco paranoide”¹⁰¹. Ou seja, o juiz inquisidor elabora um quadro mental paranoico, trabalhando somente em favor de suas próprias teses. É o que Cordero¹⁰² chamou de primado das hipóteses sobre os fatos - quadro mental paranoico.

De acordo com as lições de Andrés Ibáñez¹⁰³, o primado das hipóteses sobre os fatos deve ser entendido como um raciocínio para trás. O juiz monta seu raciocínio a partir do ponto de chegada (decreto condenatório), e então vai a procura de elementos de prova que corroborem aquele ponto. Outrossim, Coutinho diz que “deixa ao inquisidor a escolha da premissa maior, razão pela qual pode decidir antes e, depois, buscar, quiçá obsessivamente, a prova necessária para justificar a decisão.”¹⁰⁴

⁹⁸ MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho procesal penal**: Tomo I. Trad. Santiago Sentis Melendo; Mariano Ayerra Redin. Buenos Aires: EJEJA, 1951, p.50.

⁹⁹ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.141

¹⁰⁰ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Proceso, autocomposición y autodefesa**. 2. ed. México: UNAM, 1970.

¹⁰¹ CORDERO, Franco. **Procedimento penal**. Trad. Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 2000. v. 2, p.19.

¹⁰² *Idem*. **Guida allá procedura penale**. Torino: UTET, 1986, p.47

¹⁰³ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. **Valoração das provas e sentença penal**. Tradução de Lédio Rosa de Andrade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

¹⁰⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.25.

Enfim, decide-se antes e posteriormente com “hambre desafortada de la inquisición”¹⁰⁵, vai-se em busca da prova necessária para justificar a sentença, que lastreada em uma falsa verdade só pode ensejar um resultado não limpo¹⁰⁶, e que geralmente é imunizado pelos recursos retóricos.¹⁰⁷

Alerta Coutinho¹⁰⁸, que o odioso princípio da oficialidade conhecido atualmente, é fruto deste sistema inquisitorial que não reconhece o acusado como sujeito, mas sim objeto da persecução penal.¹⁰⁹ Sob o pretexto de se buscar a verdade, a qual trataremos em outros capítulos, este sistema não mede os meios para consecução daquele mister.¹¹⁰ Sob o fundamento de que no processo penal estão em jogo direitos indisponíveis, legitima-se a substituição das partes pelo juiz na procura da verdade¹¹¹. Eis que surge o princípio da verdade real.

Sob este prisma, defende Ferrer Beltrán¹¹² “si parece clara ya que la averiguación de la verdad es el objetivo fundamental de la actividad probatória em el proceso judicial”. Assim, desaparece a relação triangular entre sujeitos (partes e juiz), passando a existir a ordem linear entre juiz e objeto (acusado).

Pelas lições de Coutinho, “ ao inquisidor cabe o mister de acusar e julgar, transformando-se o imputado em mero objeto de verificação, razão pela qual a noção de parte não tem nenhum sentido.”¹¹³

Para esse modelo não há limites à busca da verdade, assim o processo se torna instrumento de insensata busca de curiosidades experimentais, concedendo poderes instrutórios ao juiz que reconstrói os fatos de acordo com sua conveniência. Nesta perspectiva, estabelece-se a tortura como o meio mais eficaz à

¹⁰⁵ CORDERO, *Op.cit.*, 2000. v. 2,p.47.

¹⁰⁶ GIACOMOLLI, Neréu José. **Reformas (?) do processo penal**: considerações críticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

¹⁰⁷ BRUM, Nilo de Barros. **Requisitos retóricos da sentença penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais,1980.

¹⁰⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Nota Dez Editora, n. 1.,2001.

¹⁰⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Editora Coimbra, 1974. v1.

¹¹⁰ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

¹¹¹ BETTIOL, Giuseppe. **Instituições de direito e de processo penal**. Trad. Manuel da Costa Andrade. Coimbra: Coimbra Editora, 1974.

¹¹² BELTRÁN, Jordi Ferrer. **La valoración racional de la prueba**.Madrid: Marcial Pons, 2007.p.31.

¹¹³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001,p.23.

revelação daquela, prevalecendo o *réus tenetur se detegere*¹¹⁴. Apesar de contraditório, a tortura se tornou o meio legal de contenção de abusos pela busca da verdade. Limitava-se a busca pela ofensa máxima ao acusado e testemunhas.¹¹⁵

Dentre as notas caracterizadoras do estilo inquisitorial, podemos citar o segredo que permeava a investigação e instrução, o apego pela forma escrita em oposição à oralidade, a ausência do contraditório e da ampla defesa, gestão das provas a cargo do juiz, adoção de um modelo de provas tarifadas e outras.

No entanto, há que se dizer que a ausência de partes não é característica fundamental do processo inquisitório.¹¹⁶ Ensina Cordero¹¹⁷ que afirmar ser o processo inquisitório um processo sem partes é um erro, pois existem sistemas inquisitoriais com partes, a exemplo o ordenamento criminal francês de 1670. Logo, o divisor de águas dos sistemas, ou o núcleo daqueles, é a gestão da prova pelo juiz, a qual lhe retira a imparcialidade fazendo do julgamento uma lógica dedutiva.¹¹⁸

Necessário explicar que o método de valoração da prova servia para limitar os poderes do juiz, surgindo as expressões provas plenas e semi-plenas. Apesar deste sistema ser imbuído com aquela ideologia limitadora, o que se observou na história foi o crescimento dos abusos aos direitos do acusado, que passavam a ser condenados com a mera confissão forçada, já que esta se traduzia na rainha das provas.

Importante lembrar que o princípio da presunção de inocência jamais existiu nos processos informados pelo sistema inquisitório. Para Manzini¹¹⁹, existindo indícios de autoria de um delito, há presunção de culpabilidade do acusado.

Logo, pode-se concluir, conforme dissemos desde o início, que o modelo inquisitório jamais foi criado para proteger o imputado, mas sim como modalidade de autodefesa estatal com feições processuais, sendo o acusado um

¹¹⁴ MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho procesal penal**: Tomo I. Trad. Santiago Sentis Melendo; Mariano Ayerra Redin. Buenos Aires: EJE, 1951, p.69.

¹¹⁵ MAIER, Julio B.J. **Derecho procesal penal**: tomo I fundamentos. 2. ed. Buenos Aires: Editorial del Puerto, 2004.

¹¹⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

¹¹⁷ CORDERO, Franco. **Guida all'á procedura penale**. Torino: UTET, 1986, p.47

¹¹⁸ COUTINHO, Op.cit., 2001.

¹¹⁹ MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho procesal penal**: Tomo I. Trad. Santiago Sentis Melendo; Mariano Ayerra Redin. Buenos Aires: EJE, 1951.

“convidado de pedra”¹²⁰ e não sujeito de direitos. Neste sistema, o magistrado constitui sozinho e com pleno poder, uma verdade da qual investe o acusado¹²¹. Sucumbe a teoria persuasiva da prova, sendo o resultado do julgamento previamente determinado pelo juiz- inquisidor.¹²²

1.6.4 Sistema Misto

Conforme explicado em linhas passadas, com a Revolução Francesa em 1789 o processo penal adquiriu novos rumos democráticos. Exatamente nesta transição entre os modelos inquisitoriais e acusatórios, surge a aberração jurídica do suposto modelo misto.

O primeiro ordenamento a adotar este “monstrengo”¹²³ foi o *Code d’Instruction Criminelle* francês de 1808¹²⁴. Foi pioneiro em cingir o processo nas etapas investigação e juízo, esta por sua vez se dividia em instrução preliminar e instrução definitiva. A fase de investigação era secreta, escrita e sem a presença do contraditório. O acusado era tido como objeto de investigação e conduzido pelo juiz de instrução, o qual em verdade era um juiz inquisidor.¹²⁵ Mantinha-se, portanto, as arbitrariedades do sistema inquisitório, com uma perquirição da verdade absoluta.

Há que se criticar, conforme escolio de Lopes Jr¹²⁶, que o “moderno processo penal não pode aceitar a figura do juiz instrutor, simplesmente porque não pode ser uma mesma pessoa quem considere necessário um ato de instrução e ao mesmo tempo valere a sua legalidade”.

Continuando a explicação sobre a sistemática processual francesa, temos a primeira sub-etapa da fase judicial. Ela corresponde ao juízo preliminar de admissibilidade do processo, com base nos resultados investigativos. Esta fase também era secreta, e baseava-se completamente nos elementos colhidos

¹²⁰ MAIER, Julio B.J. **Derecho procesal penal**: tomo I fundamentos. 2. ed. Buenos Aires: Editorial del Puerto, 2004, p.297.

¹²¹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. ed. 20. Petrópolis: Vozes, 1999, p.38

¹²² CARVALHO, Salo. **Penas e garantias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

¹²³ “monstro nascido da união do processo acusatório com o inquisitivo, que foi chamado de misto” FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chouker, Juarez Tavares e Luiz Flavio Gomes. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

¹²⁴ *Ibidem*.

¹²⁵ MAIER, Julio B.J. **Derecho procesal penal**: tomo I fundamentos. 2. ed. Buenos Aires: Editorial del Puerto, 2004.

¹²⁶ LOPES JR., Aury. **Sistema de investigação preliminar no processo penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.82

inquisitorialmente. Neste sentido, explica Cordero¹²⁷ que os atos de investigação preliminar colhidos sob um caráter inquisitorial, pesam mais sobre a decisão final, quando deveriam apenas basear a eventual instauração de processo.

Ao chegar em sua última etapa, evidencia-se o que Maier¹²⁸ denominou de paradoxo processual, já que durante todas as outras fases o acusado não passava de um objeto em um procedimento/processo completamente inquisitivo. Aqui se encontra o ardiloso mecanismo para supostamente efetivar os direitos fundamentais do cidadão. Isto por que, como já assinalado, esta última etapa será baseada nos elementos colhidos sob a perspectiva inquisitorial.

Em suma, se dividirmos este processo em 3 etapas (investigação, admissão e julgamento), teremos duas delas orientadas pelo modelo inquisitorial, sendo a primeira responsável pela colheita das provas, e a última informada por um sistema acusatório. Entretanto, todo este julgamento será baseado nos elementos colhidos perante a etapa investigativa secreta, a qual terá mais valia do que a submetida ao crivo do contraditório.

Maier¹²⁹ ensina que este código foi produto do compromisso político criminal entre o ordenamento criminal de 1670 e a lei de julgamento de 1791, para conciliar a eficiência da persecução nos moldes inquisitoriais, com os lemas iluministas da dignidade e liberdade do cidadão.

No entanto, em que pese continuar com uma base inquisitória, razão pela qual Cordero¹³⁰ sustenta que este sistema misto não trouxe grandes novidades, há que se admitir que vitórias também foram alcançadas com este código napoleônico. A alteração da prova tarifada para o modelo da livre convicção, a mudança do processo escrito para o oral e o contraditório tiveram fundamental importância para lastrear a dignidade do acusado.¹³¹

No que se refere ao processo penal brasileiro, boa parte da doutrina sustenta se tratar de um processo informado por um sistema misto ou acusatório formal, na qual prevalece o modelo inquisitivo na fase de investigação, e o acusatório na instrução. Desmitificando o sinônimo dado ao sistema misto,

¹²⁷ CORDERO, Franco. **Guida all'á procedura penale**. Torino: UTET, 1986.

¹²⁸ MAIER, Julio B.J. **Derecho procesal penal**: tomo I fundamentos. 2. ed. Buenos Aires: Editorial del Puerto, 2004,p.363.

¹²⁹ *Ibidem*.

¹³⁰ CORDERO, Franco. **Guida all'á procedura penale**. Torino: UTET, 1986.

¹³¹ MAIER, Op.cit., 2004.

Binder¹³² afirma que “ o acusatório formal é o novo nome do sistema inquisitivo que chega até nossos dias. ”

Há ainda quem sustente que nosso processo penal é informado por um sistema acusatório, já que a adoção de características inquisitivas não desnatura sua essência. A exemplo, podemos citar Pacelli¹³³ que ao afirmar termos um sistema acusatório, explica que o procedimento inquisitório efetivo (inquérito policial) está fora do processo em si. Logo, entende que os elementos colhidos na fase investigativa destinam-se somente ao *dominus litis* e jamais ao julgador, o qual não poderá valer-se exclusivamente daqueles para embasar sua decisão condenatória.¹³⁴

Por outro lado, o autor entende que “limitada a iniciativa probatória do juiz brasileiro ao esclarecimento de duvidas”¹³⁵ , tal atitude é plenamente compatível com o sistema acusatório. Entretanto, apesar de entendermos que meras características inquisitórias não desnaturam a essência acusatória, não compartilhamos do posicionamento de Pacelli, por ser tal atividade o núcleo fundante dos sistemas.

Nesta esteira explica Coutinho¹³⁶ que “ o fato de ser misto significa ser, na essência, inquisitório ou acusatório, recebendo a referida adjetivação por conta dos elementos (todos secundários), que de um sistema são emprestadas ao outro.”

Ademais, necessário lembrar que além do acesso do julgador à investigação preliminar, o que certamente o contamina, a atual reforma do artigo 155 do Código de Processo Penal abriu a infeliz possibilidade de fundamentar um decreto condenatório com base em elementos colhidos na fase de investigação preliminar.

¹³² BINDER, Alberto M. **O descumprimento das formas processuais**. Trad. Ângela Nogueira Pessôa e Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003..

¹³³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

¹³⁴ Posicionamos no sentido da impossibilidade de qualquer ativismo judicial, assim como a completa impossibilidade de utilizar o elementos colhidos na investigação preliminar para um decreto condenatório. E vamos além, partilhamos da ideia de que o julgador não dever ter acesso à investigação preliminar para que os elementos ali contidos, colhidos sob o viés inquisitorial, não venham a contaminar a mente do julgador.

¹³⁵ OLIVEIRA, *Op.cit.*,2008., p.12.

¹³⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Nota Dez Editora, n. 1., p. 26-52,2001,p.5.

Ao nosso ver, conforme entendimento esposado sobre o conceito de sistema, baseado na unidade Kantiana sustentada por Canaris, depreende-se que do ponto de vista axiológico e teleológico não há como se falar em sistema misto.

CORDERO¹³⁷ leciona sobre a impossibilidade de conciliação entre opostos, pois “a ideia do processo em dois tempos – inquisitório, o primeiro, e acusatório, o segundo – repugna à razão, conquanto possa seduzir os pesquisadores do compromisso por vocação”. No mesmo sentido, Alvarado Velloso¹³⁸ afirma que:

“puede colegirse con facilidad que los sistemas dispositivos e inquisitivo son franca y absolutamente antagónicos y que, por razones obvias, no pude hablarse seriamente de una suerte de convivencia entre ellos, aunque resulte aceptable que puedan alternarse em el tiempo conforme las distintas filosofías políticas imperantes em un lugar dado.”

Desta forma, adotamos o posicionamento de que o processo penal brasileiro é informado por um modelo “(neo) inquisitorial”¹³⁹, uma vez que sendo o divisor de águas dos sistemas a gestão probatória, deduz-se que este processo é orientado pelo princípio inquisitivo, o qual concede ao julgador o manejo probatório.

Sistema misto é o mesmo que mecanismo antitético. É inconciliável princípios antagônicos como o dispositivo e inquisitivo, pois sistema “como ideia única não comporta divisão.”¹⁴⁰ Questiona-se portanto qual o motivo de boa parte da doutrina adotar o conceito misto? O que se pode concluir é que esta mistura nada mais é do que um engodo. Não só o processo em sua forma original, mas também suas reformas, a exemplo das ocorridas no ano de 2008 (leis 11689, 11.690 e 11.719), tem essência inquisitiva.

Giacomolli¹⁴¹ alerta que as reformas legislativas de 2008, em que pese a proposta democrática-acusatória, permaneceram no seu âmago com uma

¹³⁷ CORDERO, Franco. La reforma dell' instruzione penale. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**. Milano, fasc. 3.,p.717jul./set. 1963. [Tradução livre do original: “l'ideadel processo a duetempi – inquisitorioil primo e accusatorioilsecondo – ripugnaallaragione, per quanto possa sedurre i ricercatoridelcompromesso per vocazione”].

¹³⁸ VELLOSO, Adolfo Alvarado. **Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio**. Valencia: Tirantlo Blanch, 2005.

¹³⁹ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**.ed. 10. São Paulo: Saraiva, 2013,p.118.

¹⁴⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Sistema acusatório: cada parte no seu lugar constitucionalmente demarcado**. Disponível em: <www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194935/000871254.pdf?sequence=3>. Acesso em: 08 dez. 2013.

¹⁴¹ GIACOMOLLI, Neréu José. **Reformas (?) do processo penal: considerações críticas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

postura inquisitorial. Como diria Coutinho¹⁴², “ são mudanças para tudo permanecer como sempre esteve ”.

Há quem sustente de forma contrária, afirmando que reformas pontuais podem dar nova roupagem ao processo penal brasileiro.¹⁴³Entretanto, como bem salienta Urani¹⁴⁴, não são as vestes que necessitam de mudança, mas sim aquele que as usam.

Não há como se conceber sob a ótica constitucional, um processo supostamente misto, alicerçado pelo princípio inquisitivo. Esta proposta nada mais é do que um estelionato intelectual, na qual se confere ao julgador o *thema probandum* e o *thema decidendum*,¹⁴⁵ gerando todos os infortúnios que citamos ao tratar do sistema inquisitório.

Sabidamente refletiu Lopes Jr.¹⁴⁶ quando se pronunciou a respeito do sistema misto francês, afirmando que se aquele modelo serviu a Napoleão, um tirano, jamais poderá servir aos postulados democráticos.

1.6.5 Divisor de Águas: Insuficiência da Separação Inicial das Atividades de Acusar e Julgar. (A Busca pelo Núcleo Fundante)

Apontado quase que majoritariamente pela doutrina como o divisor de águas dos sistemas que informam o processo penal (acusatório e inquisitório), a separação inicial das funções de acusar e julgar tem assumido papel que não lhes cabe.

Entretanto, apesar de ser uma característica do processo acusatório, esta não é suficiente para determiná-lo caso não venha aliada a outras. Assim,

¹⁴² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Um devido processo legal (constitucional) é incompatível com o sistema do CPP, de todo inquisitorial. *In*: Prado, Geraldo; MALAN, Diego (Org.). **Processo penal e democracia**. Estudos em homenagem aos 20 anos de constituição da república de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008,p.253.

¹⁴³ AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. **O processo acusatório e a vedação probatoria**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009,p.49.

¹⁴⁴ URANI, Marcelo Fernandez Cardillo de Moraes. **Modos de convencimento do julgador**: análise dos sistemas processuais penais.2009.Dissertação (Mestrado em Direito),PUCRS, Rio Grande do Sul.

¹⁴⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Editora Coimbra, 1974. v1,p.63.

¹⁴⁶ LOPES JR., Aury. **Sistema de investigação preliminar no processo penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

acreditar que a separação inicial das funções de acusar e julgar é suficiente para qualificar o sistema de um processo, é um reducionismo ilusório.¹⁴⁷

Cordero¹⁴⁸ já denunciava o erro ao descrever que a característica de um processo não se dá com base na primeira ação, mas sim no quadro psíquico. Logo, não adianta a separação inicial da função de julgar e acusar se no decorrer do processo estas funções se misturam.

Com o objetivo de ilustrar, podemos citar o atual processo penal que funciona no Brasil, que apesar de consagrar a separação inicial das atividades e estabelecer a oralidade, publicidade, contraditório e outras características do modelo acusatório, não deixa de ser um processo inquisitorial.

Desta forma, apesar da Constituição determinar caber ao Ministério Público o início da ação penal pública ou ao querelante na ação penal privada, ambas sob a égide dos princípios do contraditório, ampla defesa e imparcialidade, há diversos outros institutos que autorizam o julgador a atuar na gestão probatória¹⁴⁹ e efetivar outros atos de acusação.¹⁵⁰

Com a clareza solar, fica evidente que a separação inicial entre acusar e julgar não é suficiente para afirmar que existe um sistema acusatório, uma vez que o juiz deve manter uma posição de alheamento ao longo de todo o processo. É necessário, portanto, identificar o núcleo destes sistemas.

Ainda que o Código de Processo Penal obedeça inicialmente a estrutura acusatória orientada pela Constituição Federal, não se pode determiná-lo como acusatório já que a separação entre julgar e acusar não permeia todo o processo.

Exercendo sua crítica sob o mandamento constitucional de 1988, Coutinho¹⁵¹ alerta que aquela “ traçou, como se sabe, uma base capaz de, sem muito boa vontade, enterrar grande parte do CPP”. De acordo com o que

¹⁴⁷ *Idem. Direito processual penal*. ed. 10. São Paulo: Saraiva, 2013, p.122.

¹⁴⁸ CORDERO, Franco. **Guida allá procedura penale**. Torino: UTET, 1986.

¹⁴⁹ Artigo 156 do CPP

¹⁵⁰ A exemplo, podemos citar a conversão do flagrante em preventiva de ofício (art. 310), busca e apreensão (art. 242), sequestro (art. 127) e outras;

¹⁵¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais. **Revista jurídica dos cursos de direito da universidade Estácio de Sá**. Rio de Janeiro: Jurispoiesis ano 4, n. 5. P. 31-36, 2002., p.32

explicaremos no próximo capítulo, a Constituição deve servir de topo hermenêutico, no sentido de que todo o ornamento infraconstitucional deve ser lido a sua luz.¹⁵²

Conforme explica Lopes Jr¹⁵³, a concepção atual do sistema acusatório está intimamente ligada à eficácia do contraditório e, principalmente, à garantia da imparcialidade. Assim conclui, “ pensar em sistema acusatório desconectado do princípio da imparcialidade e do contraditório, é incorrer em grave reducionismo”

A figura do juiz ator é antes de tudo antidemocrática, e por isso, leva o julgador ao quadro mental paranóico (Cordero), no qual exerce a primazia da sua hipótese. Exatamente por isso o processo penal deve ser estabelecido nos moldes do *actus trium personarum*¹⁵⁴ para dispensar o magistrado dos atos de acusação, garantido assim a imparcialidade do julgamento.

No entanto, esta imparcialidade só é garantida pelo modelo acusatório, pois o modelo inquisitivo a sacrifica sob diversos pretextos. E para isto, é necessário que haja não só a separação inicial entre acusação e julgamento, mas o afastamento definitivo do julgador das atividades investigatórias e instrutórias.

Ai está o núcleo fundante dos sistemas. O princípio informador é quem irá determinar o sistema de um determinado processo. Se informado pelo princípio dispositivo, no qual a gestão probatória está exclusivamente nas mãos das partes, teremos um sistema acusatório. Por outro lado, se informado pelo princípio inquisitivo, no qual a gestão probatória está também nas mãos do juiz, teremos um sistema inquisitorial.

Passeando pela contramão, Grinover¹⁵⁵ entende que a imparcialidade continua garantida ainda que haja o ativismo judicial. Para a autora, sua necessidade decorre do fato de que na concepção publicística do processo e da sua função social, aquele estaria em função do estado e de seus fins, e não das partes, motivo pelo qual “o juiz deve tentar descobrir a verdade”. Ao seu ver, resta prejudicada toda a teoria do núcleo fundante.

¹⁵² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

¹⁵³ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**.ed. 10. São Paulo: Saraiva, 2013,p.122.

¹⁵⁴ GOLDSCHMIDT, James. **Princípios generales del proceso**. Buenos Aires: EJE, 1961. v. 2,p.49

¹⁵⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, vol. 347,p.6, jul-set.1999,p. 6

Grave erro incorre a autora, pois um processo informado por um sistema acusatório não pode ter como objetivo a verdade, seja ela em que nível for, tampouco servir unicamente ao estado. Conforme será explicado adiante, a autora certamente pauta seu entendimento na primeira parte da vida intelectual de Carnelutti, na qual pendia pela dualidade da verdade.

Por outro lado, o processo deve não só servir de meio legal para punição do culpado, mas também como proteção ao acusado pelo sistema de garantias, frente ao excesso do poder de punir estatal. Nesta senda, explica Giacomolli¹⁵⁶ que “ em face do princípio da dignidade da pessoa humana, é o estado que opera em função do acusado, e não este que se submete”.

Diante de todo o exposto, concluindo o exemplo do código processual penal brasileiro aqui apresentado, Coutinho¹⁵⁷ afirma que “ é, na sua essência, inquisitório, porque regido pelo princípio inquisitivo, já que a gestão da prova está, primordialmente, nas mãos do juiz”.

1.7 Breves Comentários Sobre o Projeto de Lei do Senado nº 156

Formado por uma comissão de renomados juristas, dentre eles Antônio Correa, Antônio Magalhães Gomes Filho, Eugênio Pacelli de Oliveira, Felix Valois Coelho Junior, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e tantos outros, o anteprojeto de reforma ao Código de Processo Penal Brasileiro, hoje transformado no Projeto de Lei do Senado Federal nº 156/2009, é um dos diplomas mais aguardados pelos juristas brasileiros.

Conforme se pode perceber da pequena análise feita de alguns institutos do atual Código de Processo Penal, verifica-se a existência de um descompasso daquele com a atual ordem constitucional. De acordo com a percepção de Damasceno, “ a disciplina normativa contida no Código de Processo Penal de 1941, como antes dito, em grande parte, não esta animada pelo espírito

¹⁵⁶ GIACOMOLLI, Neréu José. **Reformas (?) do processo penal**: considerações críticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

¹⁵⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Nota Dez Editora, n. 1., p. 26-52,2001,p.29.

republicano nem se amolda ao espaço democrático da Constituição Federal de 1988.”¹⁵⁸

Entretanto, é imprescindível lembrar que esta desarmonia entre aqueles diplomas legais não é única e exclusivamente reflexo da disparidade temporal da elaboração daqueles. Tal afirmativa pode ser comprovada com a análise das reformas pontuais de 2008, que reforçaram o modelo inquisitorial adotado pelo código adjetivo repressor.

Neste sentido, surge o Projeto de lei 156, sob uma visão garantista, com o objetivo de harmonizar o processo penal com a Constituição Cidadã de 88. Sem dúvida este projeto de reforma é fruto do anseio de equilibrar as garantias constitucionais do acusado com um processo penal mais efetivo.

Como será tratado em linhas futuras, enquanto a atual exposição de motivos do Código de processo de 1941 fala sobre “ um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária”, a exposição de motivos do projeto de reforma traduz uma concepção diametralmente oposta àquela, e em sintonia com o Estado Democrático de Direito:

É de ver e de se compreender que a redução das aludidas garantias, por si só, não garante nada, no que se refere à qualidade da função jurisdicional. As garantias individuais não são favores do Estado. A sua observância, ao contrário, é exigência indeclinável para o Estado. Nas mais variadas concepções teóricas a respeito do Estado Democrático de Direito, o reconhecimento e a afirmação dos direitos fundamentais aparecem como um verdadeiro núcleo dogmático.¹⁵⁹

Diante deste novo cenário trataremos de algumas inovações legais que estão sendo trazidas por esta reforma, principalmente no que se refere à compatibilização do sistema informador do processo, com aquele determinado pela Constituição de 88.

O apego dos operadores do direito pela lei em si, é tão valorizado que a reforma do CPP, erigiu em seu artigo primeiro algo lógico e desnecessário frente a hermenêutica constitucional. Entretanto, ficou estabelecido que “o processo penal reger-se-á, em todo o território nacional, por este Código, bem como pelos princípios fundamentais constitucionais e pelas normas previstas em tratados e

¹⁵⁸SANTOS, Juliana Pinheiro Damasceno. **Limites constitucionais à iniciativa do juiz no processo penal democrático**. 1. ed. Rio de Janeiro: Câmara brasileira de jovens escritores, 2011, p.111

¹⁵⁹Exposição de Motivos do projeto de lei 156/2009. BRASIL. Projeto de lei do Senado Federal 156/2009. Brasília, DF: Senado, 2009.

convenções internacionais dos quais seja parte da República Federativa do Brasil”.¹⁶⁰

Seguindo tal orientação, o artigo quarto positivou o princípio acusatório ao gizar que “o processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.”¹⁶¹

Mais uma vez, percebe-se o apego legal do legislador na concretização infraconstitucional do modelo processual acusatório estabelecido pela *Lex Maior*. Nos termos ali definidos, homenageia-se a imparcialidade do julgador assim como a instituição do Ministério Público. Veda-se de uma vez por todas as diversas atuações do juiz na atividade probatório, pois como bem esclarece a própria exposição de motivos:

A formação do juízo acusatório, a busca de seus elementos de convicção, o esclarecimento e a investigação, enfim, da materialidade e da autoria do crime a ser objeto de persecução penal, nada tem que ver com a atividade típica da função jurisdicional.¹⁶²

Em conclusão, com o objetivo de colocar um ponto na crítica feita ao sistema acusatório sobre o descompromisso judicial, continua a exposição de motivos afirmando que “não significará, um mínimo que seja, o alheamento judicial dos interesses da aplicação da lei penal”¹⁶³, pois se necessário, “poderá o juiz, de ofício, adotar até mesmo medidas acautelatórias, quando destinadas a tutelar o regular exercício da função jurisdicional.”¹⁶⁴

Por sua vez, o artigo 5º privilegia os direito e garantias fundamentais do acusado em grau máximo, alinhando-se aos postulados do tratado internacional de direitos humanos. Já o artigo 11 positivou aquilo que a tímida súmula vinculante de nº 14 editada pelo Supremo Tribunal Federal, que garante acesso ao acusado e defensor a todo material produzido em sede de investigação.

Uma das maiores inovações trazidas por esta reforma foi o estabelecimento de um juiz de garantias (art. 14) responsável pelo controle da legalidade da investigação e a tutela dos direitos fundamentais do investigado. De

¹⁶⁰Artigo 1º do projeto de lei 156/2009. BRASIL. Projeto de lei do Senado Federal 156/2009. Brasília,DF: Senado, 2009.

¹⁶¹Artigo 4º do projeto de lei 156/2009. BRASIL. Projeto de lei do Senado Federal 156/2009. Brasília,DF: Senado, 2009.

¹⁶²Exposição de Motivos do projeto de lei 156/2009. BRASIL. Projeto de lei do Senado Federal 156/2009. Brasília,DF: Senado, 2009.

¹⁶³Exposição de Motivos do projeto de lei 156/2009. *Ibidem*.

¹⁶⁴Exposição de Motivos do projeto de lei 156/2009. *Ibidem*

acordo com o que se lê da exposição de motivos, os fundamentos da existência de um juiz das garantias é a “ otimização da atuação jurisdicional criminal, inerente à especialização na matéria e ao gerenciamento do respectivo processo operacional”¹⁶⁵, além de “ manter o distanciamento do juiz do processo, responsável pela decisão de mérito, em relação aos elementos de convicção produzidos e dirigidos ao órgão da acusação.”¹⁶⁶

Percebe-se mais uma vez a tentativa do legislador de enrobustecer o sistema acusatório, chegando a afirmar que “para a consolidação de um modelo orientado pelo princípio acusatório, a instituição de um juiz de garantias, ou, na terminologia escolhida, de um juiz das garantias, era de rigor.”¹⁶⁷

Importante afirmar que o magistrado que venha a atuar durante a investigação, estará impedido participar do julgamento daquele investigado (art. 748). O exercício do juiz de garantia caberá em quaisquer infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo.

No que se refere às provas, andou bem o legislador ao sintonizar o artigo 165 com os princípios constitucionais do acusatório e da inocência. Entretanto, seu parágrafo único abriu a oportunidade para que o magistrado possa determinar diligências para dirimir dúvidas sobre a prova produzida pelas partes. A grande questão é saber os limites destas diligências para que não se tornem novas atividades probatórias.

Outra novidade foi a obrigatoriedade da formação do livre convencimento do juiz com base em provas submetidas ao crivo do contraditório, eliminando assim as colhidas em sede de investigação, em que pese o inquérito continuar aportado ao processo.

No que se refere às medidas Cautelares, outro avanço restou-se evidenciado. Trata-se da obrigatoriedade de representação do Ministério Público ou representação do delegado, para decretação das medidas cautelares em sede de investigação, salvo a exceção da substituição. Entretanto, permaneceu a possibilidade da decretação de ofício no curso do processo. ¹⁶⁸

¹⁶⁵Exposição de Motivos do projeto de lei 156/2009. *Ibidem*

¹⁶⁶Exposição de Motivos do projeto de lei 156/2009. *Ibidem*

¹⁶⁷Exposição de Motivos do projeto de lei 156/2009. *Ibidem*

¹⁶⁸Logo, na fase de investigação, não cabe ao juiz, de ofício, inclinar-se por uma ou por outra cautelar. Como ainda não há processo, a Polícia ou o Ministério Público é que devem requerer as medidas que julgarem apropriadas, respeitando-se os papéis de cada instituição. Com a formação do processo, já no âmbito da atuação jurisdicional, aí sim, poderá o juiz decretá-las até mesmo de ofício, pois lhe

Por outro lado, evidenciou-se o princípio da proporcionalidade, o uso de um medicamento mais grave que a enfermidade, ou seja, veda-se a aplicação de uma medida cautelar que seja mais gravosa do que a pena imposta por um eventual decreto condenatório. Outrossim, limita-se o instituto da prisão através do princípio da proibição do excesso, elencado no artigo 5, sendo legítimo somente quando outras medidas cautelares se mostrem inadequadas ou insuficientes.

No entanto, permanece a possibilidade da conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva sem requerimento do Ministério Público ou representação do delegado. Já no caso da conversão da prisão temporária em preventiva, há que existir a requisição do Ministério Público ou representação do delegado.

No que se refere à possibilidade do juiz condenar sem requerimento do órgão acusador, infelizmente permaneceu esta oportunidade. Apesar de limitar ao conteúdo da denúncia, continua aberta a permissão.

Por não ser o objeto primordial deste trabalho, não será pormenorizada a análise do projeto 156/09, entretanto, como se pode observar das breves considerações feitas acerca, infere-se o projeto traz enorme contribuição para adoção de um sistema acusatório que tutele os direitos fundamentais do investigado/acusado, em que pese ainda permearem características contrárias ao modelo garantista determinado pela nova ordem constitucional.

CAPTITULO II - O PAPEL DA VERDADE NO PROCESSO

2.1 O que é a Verdade?

Não há dúvida de que uma das grandes questões que ainda provocam a razão humana é a busca pela verdade. Desde os primórdios da humanidade tenta-se alcançar o sentido da verdade. Nesta busca incessante, necessário lembrar que o ramo da filosofia foi aquele que sempre se preocupou em descobrir os meandros da verdade. Desde Sócrates, passando por Pirro de Elis, Boécio, Tomás de Aquino, Immanuel Kant, Friedrich Nietzsche, até os atuais filósofos, como Michel Foucault e Pierre Lévy, todos se manifestaram acerca da existência da verdade.

Durante os longos anos percorridos muitas foram as respostas, as quais se modificavam em decorrência da região e tempo. Importante lembrar como ensina Miguel Reale¹⁶⁹, “a filosofia não pretende o plano do exato, nem faz concorrência às ciências no campo da exatidão”, daí suas divergências conceituais.

De acordo com os ensinamentos de Marielena Chauí¹⁷⁰ as concepções grega, latina e hebraica tiveram fundamental importância para o hodierno entendimento da verdade. Para os gregos, a verdade ou *aletheia*, significava aquilo que não estava oculto ou escondido. “O verdadeiro é o que se manifesta aos olhos do corpo e do espírito”. A verdade, portanto, é tudo aquilo que está evidente ou ao menos visível para a razão. Desta forma, a verdade seria uma qualidade intrínseca aos objetos.

No latim, a *veritas* ou *veritate*, se refere à precisão de um relato demonstrado pelos detalhes que o circundam. Trata-se da reconstrução de fato pretérito real. Diferente da noção grega, a verdade não se encontra no próprio objeto ou fato ocorrido, mas sim no relato, na linguagem daquele que a reproduz. É a simples adequação entre o intelecto (expressão) e a realidade (fato).¹⁷¹

Por sua vez, encontramos a *emunah*, que traduzido do hebraico nos traz a noção de confiança. Relaciona-se com a questão divina e humana. Retrata o fiel cumprimento de uma promessa. Lembramos que a palavra *emunah* possui a mesma origem da palavra amém, que significa assim seja. Neste diapasão, mister

¹⁶⁹ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002,p. 71.

¹⁷⁰ CHAUI, Marielena. **Convite a filosofia**. São Paulo: Ática, 2004,p. 123.

¹⁷¹ BRUGGER, Walter. **Dicionário de filosofia**. Trad. Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Editora Herder, 1962.

se faz recordar da citação bíblica¹⁷² ocorrida no nascedouro da era cristã, na qual em momentos finais de sua vida, Jesus foi levado a Pôncio Pilatos que o questionou: “ Que é a verdade? “

Ao nosso interpretar, seu questionamento fundou-se na ideia de como seria possível alguém conhecer a verdade? Tanto assim, que sequer resposta esperou do Salvador. Deixando de lado a questão religiosa e voltando ao conceito da verdade, podemos afirmar, dentre outras, a existência de quatro teorias que explicam a verdade.

A primeira considera que a verdade encontra-se nas coisas ou na própria realidade, e assim, o conhecimento verdadeiro é aquele baseado na percepção intelectual e racional da verdade. Ou seja, é a conformidade da coisa com a inteligência. Esta teoria da correspondência afirma que o critério da verdade é a “ adequação do nosso intelecto à coisa, ou da coisa ao nosso intelecto.”¹⁷³

Já a teoria coerentista, que nos traz a noção da *veritate*, submete a verdade à precisão no uso da retórica linguística para exprimir fatos ocorridos no exterior e captados pela nossa mente. O critério aqui utilizado é a coerência interna (lógica das ideias) à realidade fática captada.¹⁷⁴ No entanto, há que se observar que a realidade é pluridimensional enquanto que a linguagem é unidimensional, impossível portanto de ser aprisionada na sua totalidade pelas palavras.¹⁷⁵

Já a corrente que se amolda à *emunah*, traz novamente a ideia de pacto e confiança, pois a verdade depende de um acordo daqueles que a pesquisam, para definição de uma norma geral sobre o conhecimento verdadeiro, a qual deve ser respeitada por todos.¹⁷⁶

¹⁷² Levado para o Pretório pelos judeus, Jesus é apresentado a Pôncio Pilatos que o questiona: “ então, você é o rei!”, disse Pilatos. Jesus respondeu: “Tu dizes que sou rei. De fato, por esta razão nasci e para isto vim ao mundo: para testemunhar da verdade. Todos os que são da verdade me ouvem”. “que é a verdade? “, perguntou Pilatos. Ele disse isso e saiu novamente onde estavam os judeus, e disse: “Não acho nele motivo algum de acusação.” Evangelho Narrado por João 18: 28-40 .(Bíblia Sagrada. Novo Testamento)

¹⁷³ CHAÚÍ, Marilena. **Convite a filosofia**. São Paulo: Ática, 2004,p.123.

¹⁷⁴ *Ibidem. loc.cit.*

¹⁷⁵ ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão penal: A bricolagem de significantes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

¹⁷⁶ CHAÚÍ, Op.cit., 2004,p.123.

Por fim, temos a teoria pragmaticista na qual a verdade é fruto da verificabilidade dos resultados. Ou seja, as ideias verdadeiras são aquelas possíveis de se assimilar, validar, corroborar e verificar.¹⁷⁷

Analisada a questão da verdade sob o prisma filosófico, mister se faz trazer a baila o enfoque jurídico da verdade. De acordo com Pedro Nunes¹⁷⁸, existem dois tipos de verdade: a de fato e a de direito. A primeira relaciona-se ao juízo axiológico formulado pelo magistrado sob certo caso em apreciação, quando em conformidade com as provas existentes. Já a verdade de direito, refere-se à aplicação da regra ao caso concreto em adequação ao sentimento do legislador.

Mittermaier¹⁷⁹ em sua obra nos traz também a ideia de verdade histórica, intrínseca ao estudo do direito, principalmente no que tange as provas: “La verdad histórica, objeto de nuestros estudios, es aquella que procuramos obtener siempre que queremos asegurarnos de la realidad de ciertos acontecimientos, de ciertos hechos realizados en el tiempo y el espacio.”

2.2 A Busca da Verdade no Processo

Conforme dito em parágrafos anteriores, a verdade é a busca constante da realidade através da determinação humana de compreender determinado fato ou coisa. Por isso dizemos que ela é fruto da inteligência do homem. Neste sentido, trazendo esta questão para dentro da seara jurídica, especificamente em sua parte instrumental, isto é, no processo, atentamos para a necessidade da reconstituição histórica de fatos ocorridos a fim de possibilitar que o magistrado ofereça uma prestação jurisdicional justa.

Em outras palavras, pode-se dizer que é estritamente necessário a reconstrução dos fatos ocorridos, sob a perspectiva das partes no processo, para que ao final o magistrado possa com base naquela reconstrução, convencido ou não por uma das partes, aplicar a lei corretamente. Conforme dito, não há necessidade de que o julgador encontre a verdade para aplicar o direito. Em desacordo com parte da doutrina, afirmamos que a finalidade principal do processo jamais será a busca

¹⁷⁷ BARROS, Marco Antonio. **A busca da verdade no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

¹⁷⁸ NUNES, Pedro. **Dicionário de Tecnologia Jurídica**. ed. 13. Rio de Janeiro. 1999.

¹⁷⁹ MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. **Tratado de la prueba em matéria criminal, ó exposición comparada de los principios em materia criminal y de sus diversas aplicaciones en Alemania, Francia, Inglaterra, etc.** ed. Trad. 3. Madrid: Imprenta de la revista de legislación, 1877.

da verdade. Ao lado da reconstrução fática, lembre-se que o processo é instrumento de proteção ao débil, pois como explica Ferrajoli¹⁸⁰, “ los derechos fundamentales se afirman siempre como ley es del más débil en alternativa a la ley del más flerte que regiría em su ausência.”.

Podemos, portanto dizer que a busca pela verdade é mero meio de desenvoltura do processo, o qual deve obrigatoriamente seguir regras preestabelecidas (devido processo legal), para que ao final com base no que foi carreado ao autos, possa o magistrado aplicar o direito motivando o seu convencimento. Isto por que, como bem esclarece Aury Lopes Jr¹⁸¹., “o resultado final produzido na sentença pelo juiz, nem sempre é (e nem precisa ser) a verdade, mas sim o resultado do convencimento”. Afinal, “verdade e certeza são conceitos absolutos, dificilmente atingíveis, no processo ou fora dele.”¹⁸²

Nas palavras de Calamandrei, “ afortunada coincidência é a que se verifica quando entre dois litigantes o mais justo seja também o mais habilidoso”¹⁸³ Pois quando esta coincidência não se verifica, “ o processo, de instrumento de justiça, criado para dar razão ao mais justo, passe a ser um instrumento de habilidade técnica, criado para dar vitória ao mais astuto”.¹⁸⁴

E por fim arremata ao lembrar que a sentença não é mera operação lógica de aplicação da norma ao fato, mas sim a produção de um resultado psicológico.¹⁸⁵ Importante lembrar que este psicológico se divide no consciente e inconsciente, e este tem forte influência sobre aquele, pois como bem demonstrou Freud¹⁸⁶ em sua metáfora, a ponta do *iceberg* é o consciente, a qual é muito menor e irrelevante se comparado ao pedaço submerso, denominado inconsciente.

Assumindo esta posição, Capelletti¹⁸⁷ demonstra a existência de fatores inconscientes nas motivações das decisões dos juízes, ao dizer que

¹⁸⁰FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**. La ley del más débil. Trad. Perfecto Andrés Inbañez; Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999, p.54.

¹⁸¹ LOPES JR. Aury, **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 1.

¹⁸² GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, vol. 347, p.6, jul-set.1999, p. 6

¹⁸³CALAMANDREI, Piero. **Derecho procesal civil**. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJE, 1973. v. 3, p.224

¹⁸⁴*Ibidem. loc.cit.*

¹⁸⁵*Ibidem.*

¹⁸⁶ FREUD, Sigmundo Scholomo. **Obras completas**. Rio de Janeiro: Imago, 1976.

¹⁸⁷ CAPELLETTI, Mauro. **A ideologia no processo civil**. Trad. Athos Gusmao Carneiro. n. 23, ano VIII. Porto Alegre: Ajuris, 1981. p.16 e 17

Resta o inegável fato de que em muitas ocasiões a motivação verdadeira, real, efetiva de uma sentença não é completamente revelada na fundamentação da decisão do juiz, mas sobretudo encontram-se nas ocultas inclinações – mais ou menos ocultas – do ânimo do julgador.

2.3 O Direito e a Verdade

A questão a se enfrentar é saber qual verdade o direito tem interesse em conhecer. Não há como se conceber atualmente que o direito processual é mero instrumento de realização do direito material, até por que aquele já conquistará sua independência alhures.

Entretanto, como salienta Antonio de Barros¹⁸⁸, alguns autores modernos tem afirmado que o objetivo maior do processo é a efetivação da justiça. Sob tal perspectiva, entendem estes autores que não há como dissociar a verdade da produção da justiça.

A nosso ver, a relação umbilical existente entre o direito e a verdade está na obediência às regras do jogo¹⁸⁹ ditadas pelo direito para a busca da verdade. Esta verdade é que não concebemos como sendo a absoluta ou real, como denominam alguns autores¹⁹⁰. Há ainda quem sustente que a verdade encontrada no processo é apenas uma verdade processual ou judicial, a qual representa apenas a verdade possível.

Neste aspecto, Figueiredo Dias¹⁹¹ defende que a verdade buscada pelo processo penal não é formal, mas sim material. Entretanto, essa materialidade deve ser entendida como “ não sendo absoluta ou ontológica, há de ser antes de tudo uma verdade judicial, prática e, sobretudo, não uma verdade obtida a todo o preço mas processualmente válida.”

Por outro lado, se pensarmos na questão da unicidade da verdade, ou seja, sua indivisibilidade, concluiremos que não há como se dividir a verdade em material ou real e formal ou judicial. Se a indivisibilidade da verdade é preceito elementar desta, logo, não se pode admitir gradações. Ou é ou não é. Ou é verdadeiro o é falso.

¹⁸⁸ BARROS, Marco Antonio. **A busca da verdade no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

¹⁸⁹ Expressão utilizada por Calamandrei ao se referir ao devido processo legal.

¹⁹⁰ A título exemplificativo Julio Fabbrini Mirabete (processo penal), Fernando Capez no seu curso de processo penal, 12 ed. Editora Saraiva 2005

¹⁹¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Editora Coimbra, 1974. v1.

Carnelutti¹⁹² na segunda metade da sua vida intelectual, baseado nos ensinamentos de Heidegger, superou a questão da dualidade entre verdade formal e substancial, entendendo que aquilo que chamam de verdade formal não é verdade.

Desta forma, entende-se que a verdade é um fato histórico e pretérito, este jamais será uma verdade real. Realidade é algo que só coaduna com o presente. Para o passado e futuro somente existirão projeções do imaginário. Conforme explica Khaled Jr¹⁹³. a reconstrução de um fato se dá com base em rastros, sendo assim uma representação do acontecido, pois “ é preciso tomar ciência da não equivalência da representação em relação ao passado, ou seja, entre o que foi e já não é”.

Assim, a única verdade que deve existir é aquela relacionada à obediência às regras do devido processo legal. Corroborando este entendimento, Malatesta¹⁹⁴ de forma impar ensina que verdade e certeza não se confundem. Logo, o magistrado não deve julgar com base na verdade, mas sim na certeza do seu convencimento, pois “ desde que se encontre um motivo para não crer digno de ser levado em consideração, falta certeza e não se pode condenar.”

Assim, conclui-se que a verdade apesar de não assumir posição de extrema relevância, não pode ser descartada pelo direito. Pois como assevera Ferrajoli, “ se uma justiça penal integralmente “com verdade” constitui uma utopia, uma justiça completamente “sem verdade” equivale a um sistema de arbitrariedade.”¹⁹⁵

2.4 A Verdade e os seus Princípios

Antes de adentrar especificamente na principiologia que tange a verdade dentro do processo penal, mister se faz tecer considerações acerca da normatividade dos princípios.

¹⁹² CARNELUTTI, Francesco. Verità, dubbio e certeza. **Rivista di Diritto Processuale**. V. XX. 1965.

¹⁹³ KHALED JR, Salah Hassan. **A ambição da verdade no processo penal**: Desconstrução do mito da verdade real. Salvador: Podivm, 2009,p.314.

¹⁹⁴ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Campinas: Servanda, 2013.

¹⁹⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chouker, Juarez Tavares e Luiz Flavio Gomes. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014,p.38.

2.4.1 Breves Considerações

Nos primórdios da existência jurídica os princípios não eram considerados como norma jurídica em si, mas tão somente exortações de ordem moral ou política¹⁹⁶. Para o Brasil, somente com a Constituição Republicana de 1988 os princípios adquiriram força normativa com aplicabilidade direta e imediata, dotados, portanto, de efetividade e juridicidade. De acordo com Barroso e Barcellos, a inaplicabilidade dos princípios devia-se à ausência de vontade política fomentada pelo modelo de estado da época (antidemocrático).

Nesta senda, os princípios adquiriram tamanha importância que Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁹⁷ relata que a violação de um princípio ofende todo um sistema de comandos, e por isto mesmo, é a maior forma de ilegalidade ou até mesmo inconstitucionalidade, a depender da hierarquia principiológica, pois representa a subversão dos valores de um ordenamento jurídico.

Necessário se faz lembrar, que mesmo dentro da Constituição Federal os princípios possuem *locus* hierarquicamente superior quando comparado com outros regramentos. Isto se deve ao fato de os princípios servirem de alicerce para o arcabouço Constitucional. Possuem valor axiologicamente superior quando comparados.¹⁹⁸

Do latim *principium*, tem significado de origem, começo, causa primária de alguma coisa. Entretanto, no sentido jurídico¹⁹⁹, temos que o princípio é um dogma fundamental de determinado sistema normativo, cuja função é harmonizá-lo com lógica e racionalidade. Nas palavras de Bandeira de Mello, “ é mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce”.²⁰⁰

Uma das questões propostas a serem debatidas neste trabalho, trata da existência ou não do princípio da verdade (material ou formal). Como se pode

¹⁹⁶ ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

¹⁹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

¹⁹⁸ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

¹⁹⁹ Definição de princípio pelo professor Roque Antônio Carraza: “Segundo nos parece, princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam”. CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2002

²⁰⁰ MELLO, *Op.cit.*, 2000,p.747-748

inferir de uma leitura acurada da Carta Magna, esta não estabelece expressamente a existência no princípio da verdade.

Alguns autores²⁰¹ afirmam que aquele princípio é corolário do princípio do devido processo legal, estando aquele portanto implícito na *Lex Maior*. Vale salientar que é inegável a existência de princípios implícitos, pois como bem comparou Carnelluti²⁰², com o perdão da tradução, “ estão dentro do direito escrito, como o álcool esta dentro do vinho.”

A questão a se clarificar é a existência ou não do princípio da verdade, o qual de acordo com a antiga doutrina se divide em verdade material e verdade formal, e cujas características se diferem.

2.4.2 Princípio da Verdade Material

Conforme já dito anteriormente, a inexistência de regulamento expreso sobre a verdade material jamais negou sua aplicabilidade perante o direito, a qual até pouco tempo possuía lugar de evidencia para os juristas. Isto porque, para esta doutrina toda e qualquer decisão condenatória tem de estar em conformidade com a verdade real.

Exatamente por isso prevalecia-se o entendimento de que o magistrado devia zelar pela conformidade da postulação das partes com a verdade material²⁰³. Este controle do magistrado inquisidor tornava as partes verdadeiras marionetes. Sob tais premissas, surge a busca pela verdade material, que é aquela que mais se aproxima da realidade, pois por aquele raciocínio o direito penal não se conformaria com a aparência do verdadeiro.²⁰⁴

Este princípio máximo do direito informava a necessidade de se reproduzir o delito, o qual pertence ao mundo fático pretérito, de forma perfeita e

²⁰¹A exemplo cite-se Roberta Fussieger Brião: BRIÃO, Roberta Fussieger. Os poderes instrutórios do juiz e a busca da verdade real no processo civil moderno. Academia Brasileira de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/PODERES%20INSTRUTORIOS%20DO%20JUIZ%20E%20A%20BUSCA%20DA%20VERDADE%20REAL%20-%20Roberta%20Fussieger%20Bri%C3%A3o.pdf>> Acesso em: 25 dez 2013.

²⁰²CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de derecho procesal civil**. Trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Utecha, 1944, v. 9.

²⁰³BARROS, Marco Antônio. **A busca da verdade no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

²⁰⁴BIANCHINI, Alice. Verdade real e verossimilhança fática. **Bol. Ibccrim**, n 67, São Paulo, jun.1998.

cabal, pois só assim o juiz a conheceria de forma plena.²⁰⁵ Nesta perspectiva, clássica de um sistema autoritário ou falso-democrático, e sob o pretexto de suprir um interesse público, a verdade material serviu e continua servindo de álibi para a adoção de verdadeiras atrocidades no processo penal brasileiro. Desde a requisição de uma prova pelo magistrado até antiga tortura para obtenção da confissão.

Afirmar que a verdade material condiz ao interesse público é negar todas as garantias constitucionais do cidadão amparadas na Carta Magna. Comparar justiça com busca da verdade real, é tornar ilusório o devido processo legal.

2.4.3 Princípio da Verdade Formal

Outro vetusto rótulo utilizado pela doutrina em contraposição à verdade material, é o princípio da verdade formal, no qual o magistrado teria maior condescendência na apuração dos fatos. Enquanto perante a verdade material o julgador era instado a submeter-se *ex officio* na *persecutio criminis* a fim de desvendar a realidade dos fatos, na verdade formal aquele magistrado deverá abster-se de qualquer intromissão na busca da verdade, se contentando com o material probatório aportado aos autos pelas partes.

Trata-se de uma opção política criminal na qual se acolhe o princípio da verdade formal a fim de favorecer a conclusão de litígios e reestabelecer a paz social²⁰⁶. Não há dúvida de que o sistema ideal seria aquele que trouxesse intra autos a realidade legítima dos fatos ocorridos. Sabe-se, no entanto, que tal aspiração é meramente utópica, pois no processo a verdade é apenas uma construção normativa da realidade.²⁰⁷

Como se pode perceber, o princípio da verdade formal tem grande apoio no processo civil, no qual institutos como a revelia, confissão pela recusa ao depoimento e outros tem validação legal pela ficção da verdade presumida. Frise-se que não se trata de prevalência da verdade formal, pois em diversas passagens do

²⁰⁵ ACKEL FILHO, Diomar. Verdade Formal e Verdade real. **RJTJESP**, Lex n. 111, São Paulo, mar-abr.1988.

²⁰⁶ BARROS, Marco Antônio. **A busca da verdade no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

²⁰⁷ BOSCH, Nikolaus. **Aspektedesnemo-tenetur-PrinzipausverfassungsrechtlicherundstrafprozessualerSicht**. Berlin: DunckerundHumblot, 1998.

Código de Processo Civil (artigos 342,355,440), ao julgador é possibilitado assim como devido, a ingerência na produção probatória.²⁰⁸

Por outro lado, no processo penal não há como imperar os exemplos retro citados. No que se refere à existência de fatos incontroversos, tais não existem na seara penal. Ainda que não contra argumentados nas teses defensivas, os fatos imputados na acusação por si só já são controversos uma vez que impera a regra constitucional do estado de inocência. Logo, se a regra é a inocência do acusado, todos os fatos narrados na exordial acusatória já são controversos por regra, cabendo ao Ministério Público ou Querelante a prova de suas alegações.

Desta forma, discordamos com parte da doutrina a qual afirma que ainda que hajam fatos incontroversos o magistrado poderá proceder a investigação, já que lhe é devido colher provas a fim de conhecer a realidade dos fatos.²⁰⁹ Entendemos que ainda que haja a confissão dos fatos pelo acusado, tais ainda são controvertidos em face a presunção da inocência.

Outrossim, adotamos a posição de que o magistrado não deve se imiscuir na colheita de provas caso haja dúvidas a respeito das alegações da acusação, pois ainda que haja a confissão do acusado sobre tais fatos, se dúvida restar sobre aqueles, a conclusão deverá ser em prol do acusado.²¹⁰

No que se refere à confissão pela recusa ao depoimento, ainda mais impossível o é. A Constituição Federal de 1988 elencou em seu artigo 5, LXIII, o direito ao silêncio. Apesar do descompasso do antigo artigo 186²¹¹ do Código de

²⁰⁸ A este respeito, Afranio Silva Jardim entende que a função de suprir as deficiências das partes no processo civil deve ser cumprida pelo Ministério Público e jamais pelo magistrado. JARDIM, Afranio Silva. O princípio dispositivo e a intervenção do Ministério Público no processo civil moderno. **Justitia**, n. 139, São Paulo, p. 109-120, 1987.

²⁰⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 6. Ed. São Paulo: RT, 1997.

²¹⁰ Posição contrária é aquela assumida por João Batista Lopes que afirma que tanto no processo civil quanto no penal, “não é suficiente a tutela formal, resultante da simples aplicação das normas legais, mas se requer a atuação dinâmica e efetiva do juiz na busca da Justiça. Justiça que concede ou que nega, que condena ou que absolve, que autoriza ou que proíbe, mas sempre Justiça, qualificada, e não meramente formal.” Frise-se que tal posicionamento remonta ao final da década de 80, mas que ainda hoje encontra aceitação. LOPES, João Batista. O ônus da prova no processo penal. **Revista de Processo**. São Paulo, n.11-12, p.120-130, jul-dez. 1978.

²¹¹ Art. 186. Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, *o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa* (grifo nosso)

Processo Penal com a nova ordem Constitucional, em 2003 a lei 10.792/03²¹² alterou a redação original compatibilizando o artigo com a carta Magna.

Para Barros²¹³, o Processo Penal em seu estado atual possui reflexos tanto da verdade material, nas diversas atuações *ex officio* do magistrado, assim como da verdade formal, na qual cita a lei do Juizado Especial Criminal, no que tange ao instituto da transação Penal.

2.4.4 A Derrocada dos Princípios da Verdade

Conforme já demonstrado, os princípios da verdade material e formal tiveram patamar de relevada importância. Infelizmente a teoria do processo penal brasileiro foi baseada na primeira parte da vida intelectual de Carnelutti, na qual o autor evidenciava a dualidade verdade formal e material como objetivo do processo. Ocorre que a doutrina esquece que já em sua segunda metade intelectual, Carnelutti descobre que a verdade além de excessiva é una, pois “*insomma La verità é tutto, non nella parte; e Il tutto é troppo per noi*”.²¹⁴

Inicialmente, subordinando o alcance da justiça efetiva à realização da verdade material, glorificava-se aquele princípio conferindo amplos poderes ao magistrado, o tornando um verdadeiro inquisidor. A tão sonhada busca pela verdade real galgou tamanha importância que alcançou o status de finalidade do processo penal. Tornava-se, portanto, a aspiração peculiar de uma epistemologia inquisitória²¹⁵.

Apesar de atualmente não mais se conceber aquele posicionamento, ainda hoje existem discursos camuflados pela capa inquisitorial que tentam subverter a ordem constitucional sob o slogan da verdade e justiça e da tolerância zero. Entretanto, entendemos que a verdade em si é objeto abstrato de estudo pelo ramo filosófico.

²¹²Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. (Redação dada pela Lei n. 10.792/03). Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa. (Incluído pela Lei n. 10.792/03)".

²¹³BARROS, Marco Antônio. **A busca da verdade no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

²¹⁴CARNELUTTI, Francesco. Verità, dubbio e certeza. **Rivista di Diritto Processuale**. V. XX. 1965,p. 4-9.

²¹⁵UBERTIS, Giulio. **La prova penale – profiligiuridiceedepistemologici**. Torino: UTET Libreria, 1999.

O alcance de uma verdade real do ponto de vista científico é sem dúvida utópico²¹⁶. “Pouquíssimos ângulos do fato delituoso podem encarar-se como probatoriamente demonstráveis: o mundo da prova é o mundo das presunções e construções ideais, estranhas ao que se entende, ordinariamente por realidade”²¹⁷

Conforme exposto anteriormente, segue-se o pensamento de Jorge de Figueiredo Dias²¹⁸:

A verdade material, que há de ser tomada em duplo sentido: no sentido de uma verdade subtraída à influencia que, através do seu comportamento processual, a acusação e a defesa queiram exercer sobre ela; mas também no sentido de uma verdade que, não sendo absoluta ou ontológica, há de ser antes de tudo, uma verdade judicial, pratica e, sobretudo, não uma verdade obtida a todo preço, mas processualmente válida.

Diante da concepção hodierna da verdade, lida a partir da lente constitucional, não há como se permitir a busca desenfreada de uma verdade transformando-a no objetivo supremo do processo.²¹⁹ A busca da verdade tem que se submeter a preceitos éticos e legais, sob pena de desvirtuar a justiça.²²⁰

O termino de um regime absolutista e o início de uma era democrática fez com que os direitos e garantias fundamentais conquistados pelo homem ganhassem tamanha relevância, a ponto de subordinar outros primados como o da verdade. É sob este prisma que se deve analisar a questão da verdade no processo penal brasileiro.

2.5 A Verdade sob o Enfoque Constitucional

2.5.1 Simbiose: Estado, Constituição e Processo Penal

Conforme já explicado acima, qualquer que seja o mandamento legal ele deve estar compatibilizado com a nova ordem constitucional iniciada com *Lex Maior* de 1988. Scarance²²¹ ensina que em função da intrínseca relação existente entre processo e estado, cada vez mais teremos a introdução de princípios

²¹⁶COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. Verdade material e processo penal. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 81, n. 678, p. 286-290, abr. 1992.

²¹⁷BAPTISTA, Francisco das Neves. **O mito da verdade real na dogmática do processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

²¹⁸DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Editora Coimbra, 1974. v1.

²¹⁹BARROS, Marco Antônio. **A busca da verdade no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

²²⁰CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do Processo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

²²¹FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.

e regras de direito processual nos escritos constitucionais. No que tange especificamente ao processo penal, Tornaghi²²² entende que muitas das leis inseridas no código adjetivo repressor são consequência do desenvolvimento das garantias constitucionais.

Necessário lembrar, que o processo penal possui grande influência política, sociológica e até econômica. Bem por isso Guillermo Ouviaña,²²³ esclarece que o direito penal (material e processual) é o termômetro mais sensível para auferir o viés político de determinado estado em certo período. Outrossim, leciona Goldschmidt²²⁴ “ los principios de la política procesal de una nación no son otra cosa que segmentos de su política estatal general ”. Para Foucault²²⁵, as práticas penais fazem parte de um capítulo da anatomia política do que consequências das teorias jurídicas.

Logo, sendo a Constituição a lei maior de todo ordenamento jurídico, e estando ela impregnada com o caráter ideológico-político do regime estadista, seu reflexo nas leis que regulam o processo penal é imediato. José António Barreiros²²⁶ chega a afirmar que o direito processual penal é o direito constitucional aplicado. Em outras palavras, Almeida Jr²²⁷. diz que “ as leis do processo criminal são o complemento necessário das leis constitucionais. “

Assim o sendo, percebe-se que a forma como se operou a busca da verdade variou no decorrer dos anos de acordo com os sistemas de governo. Evidencia-se que quanto mais ditatorial e absolutista era o regime, mais implacáveis e penosos eram os métodos utilizados na apuração da verdade. Por outro lado, sempre que havia o predomínio de sistemas democráticos, mais suaves, éticos e humanos eram os métodos investigativos.

²²² TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. Atualizado por Adalberto José Q.T. de Camargo Aranha. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1-2.

²²³ OUVIÑA, Guillermo. **Estado Constitucional del Derecho Penal**: Teorías Actuales en el Derecho Penal. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998.

²²⁴ GOLDSCHMIDT, James. **Principios generales del proceso**. Buenos Aires: EJE, 1961. v. 2, p. 111.

²²⁵ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. ed. 20. Petrópolis: Vozes, 1999.

²²⁶ BARREIROS, José António. **Processo penal**. Coimbra: Almedina, 1981.

²²⁷ ALMEIDA JR., João Mende de. **O processo criminal brasileiro**. São Paulo: Freitas Bastos, 1959.

2.5.2 Breve Relato Histórico da Influência das Constituições Passadas.

Do ano de 1500 até 1830, pode-se afirmar que o Brasil combateu a criminalidade utilizando-se de leis portuguesas. A primeira lei fundamental introduzida no Brasil se deu em 25 de março de 1824 sob o título de “ Constituição Política do Império do Brasil “. A época não existia uma consolidação ou um código criminal , assim como civil, o qual só foi promulgado de 16 de dezembro de 1830, afinado à teoria do utilitarismo.²²⁸ Apesar dos ideais iluministas estarem impregnados na Constituição de 1824, o Código Criminal do Império trouxe diversos institutos cruéis que contrariavam as ideias trazidas por Roberspierre.

Somente em 29 de novembro de 1832 foi promulgado o Código de Processo Criminal de Primeira Instância. Um dos pontos positivos trazidos por esta compilação foi a laicização do direito penal. Sem dúvida este código processual trouxe grande avanço para a época. Apesar de ter sido promulgado em um período no qual reinava um império, o código de processo penal adotou um procedimento “misto”, no qual garantia o contraditório e a ampla defesa (característicos de um sistema acusatório), mas por outro lado permitiam a ação penal *ex officio*, na qual ao juiz cabia iniciar a lide penal, além de gerir a produção probatória (caracteres puramente inquisitoriais).²²⁹

O regime trazido por aquele código de processo trazia grande carga inquisitorial na investigação da verdade (formação da culpa), a qual passava para uma segunda fase de julgamento onde prevalecia o sistema acusatório.

Somente em 1841 foi promulgada a reforma ao Código de processo criminal. No entanto, tais modificações não trouxeram grandes alterações dos institutos jurídicos, muito menos benesses àqueles. A maior mudança se deu no âmbito da organização judiciária, mas o mais importante foi o aumento dos poderes instrutórios do juiz na busca da verdade, e conseqüentemente o fortalecimento da ação penal *ex officio*.

Nove anos depois, já em 1850, o decreto 707 firmou competência aos juízes municipais, em caráter privativo, para formação do sumário de culpa e

²²⁸ Idealizado por Jeremy Bentham, o principio da utilidade é uma critica à teoria do direito natural, e que possui relação direta com a questão da felicidade. Bentham era chefe de um grupo conhecido como “utilitaristas” que pregavam uma reforma politica-social em seu país, inclusive com a adoção de uma nova constituição. Vide sua obra. Na introduction to the principles of morals and legislation.

²²⁹ Vide a obra de Marco Antônio de Barros, A busca da verdade no processo penal, para ter maior dimensão da questão histórica na investigação da verdade.

pronúncia, cabendo ainda recurso *ex officio* sem efeito suspensivo para o juiz de direito.²³⁰

Apenas 21 anos após tais modificações, eis que surge a esperança. A lei 2.033 de 1871 implantou restrições no uso desmesurado do procedimento *ex officio*. Esta alteração demonstra a mudança no cenário político da época, o qual inflado por ventos democráticos se transmuta para o regime republicano no ano de 1889. Fundava-se o governo provisório da República dos Estados Unidos do Brasil.

Modificado o regime de governo surge a necessidade de se alterar a Carta Maior, cuja promulgação se deu no ano de 1891 sob o título de a “Constituição da Republica dos Estados Unidos do Brazil”. A maior mudança no que tange à seara processual foi sua descentralização. A competência para elaboração do código de processo penal deixou de ser da união e passou a ser de cada estado membro.²³¹ Por outro lado, é necessário lembrar que esta constituição trouxe mudanças no cenário dos direitos e garantias do acusado. Ficaram ali destacados a plena defesa com todos os meios inerentes a ela, abolição das penas de morte, galés e banimento judicial, fixação do instituto do habeas corpus e outras.

Ainda sob os fortes ventos democráticos, surge a Constituição de 1934, a qual foi consequência direta da Revolução constitucionalista de 1932. Sua maior modificação se deu no cenário político, no que se refere à mudança no regime da república velha.

No entanto, esta constituição perdurou apenas por 3 anos, quando foi promulgada a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, redigida pelo jurista Francisco Campos, e que recebeu o pejorativo apelido de a “Carta Polaca”, fruto da inspiração autoritária da constituição polonesa.

Iniciava-se a terceira república com caráter pretensamente democrático. Era o Estado Novo e a era Vargas. Cunhava-se a primeira constituição republicana autoritária, na qual o exercício de garantias penais e processuais penais foram amplamente restringidos, quando não suprimidos.²³²

Apesar disto, a Constituição de 1937 assegurou o contraditório na instrução criminal, além das garantias de defesa antes e depois da formação da

²³⁰ PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil: evolução histórica**. Bauru: Javoli, 1980.

²³¹ *Idem*. **Evolução Histórica e fontes legislativas**. Bauru: Javoli, 1983.

²³² SILVA, Paulo Sergio. **A constituição brasileira de 10 de novembro de 1937**. São Paulo: Unesp, 2008.

culpa.²³³ Mas o fator de maior importância para aquele período, e que até hoje nos resvala a importância, foi a edição do Decreto Lei 3.689 de três de dezembro de 1941, que formou o Código de Processo Penal que é utilizado nos dias de hoje, ainda que parcialmente frente às reformas pontuais. Este código passou a ser adotado por todos os estados face ao retorno da unicidade processual estabelecida pela Carta de 1934.

A mudança no objetivo do governo (repressão total contra a delinquência) pode ser auferida na exposição de motivos do código de processo penal de 1941, subscrita em setembro daquele ano, que assim gizava:

As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidencia das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum.²³⁴

Esta ideologia de defesa social acabou elevando a busca da verdade dentro do processo penal para o patamar de objetivo fundamental daquele. No entanto, restou privilegiado o princípio do *ne procedat iudex ex officio*, através da separação das funções de julgar e acusar, mantendo a regra do início da ação penal pela acusação, salvo uma única exceção²³⁵. Contudo, houve em demasia o aumento dos poderes instrutórios do juiz, chegando até mesmo a exigir-se uma atividade intensa na busca da verdade.

Em 1946 é promulgada uma nova constituição, cujo avanço democrático é inegável, principalmente em relação às liberdades individuais do cidadão. Entretanto, foi durante sua vigência que ocorreu o golpe militar de 1964, o qual deu início ao novo retrocesso.

A partir desta revolução aquela carta começou a receber inúmeras alterações que acabaram descaracterizando-a. Foi suspensa durante um período de seis meses em função do Ato Institucional 1 e finalmente substituída pela Constituição do Brasil de 1967, formada a partir do Ato Institucional 4 que atribuiu função de poder constituinte originário ao Congresso Nacional.

²³³ Vide artigo 122,11

²³⁴ Exposição de motivos subscrita pelo Ministro Francisco Campos em 08.09.1941.

²³⁵ Contravenções penais

Em 17 de outubro de 1969 surge a Emenda Constitucional 1, a qual pode ser considerada uma nova Constituição de caráter outorgado.²³⁶ Manteve-se as proibições de pena de morte, prisão perpétua e banimento, e conservou-se as garantias da ampla defesa e a instrução sob o crivo do contraditório no processo penal.

Neste diapasão, cansados com o regime de exceção adotado a época, na qual as garantias individuais e sociais, conforme já dito, eram restritas e ignoradas, e prezava-se apenas o interesse ditatorial sobre a falácia da segurança nacional, surge o anseio do povo brasileiro por uma nova constituição defensora dos valores democráticos.

Destarte, nasce a Constituição da República Federativa do Brasil promulgada pelos parlamentares representantes da Assembleia Nacional Constituinte de 1988. Os novos ditames constitucionais elevaram à categoria de direitos fundamentais os princípios que alicerçam a estrutura do processo penal atual.²³⁷ Motivo pelo qual, face ao foço existente entre a elaboração do Código de Processo penal de 1941 e da Constituição de 1988, é que diversos dispositivos daquele foram derogados.

Neste sentido, a Lei Maior garantiu aos presos um tratamento compatível com a dignidade humana, vedou a pena de morte (salvo exceção), os trabalhos forçados, a pena perpétua e cruel, banimento etc. Limitou-se de tal forma a busca pela verdade, que erigiu como garantia fundamental a proibição da tortura e dos tratamentos desumanos e degradantes, além de determinar a tipificação de tais práticas como crimes inafiançáveis.²³⁸

Sob este novo horizonte, o processo penal passa a ser analisado como instrumento de garantia da liberdade do réu através da limitação do *jus puniendi*. As garantias fundamentais elencadas na Carta cidadã como princípios, protegem o acusado da intolerância estatal, pois o descobrimento da verdade no processo penal somente será válido, eficaz e justo quando devidamente filtrado por aquele sistema, conforme demonstraremos adiante.

²³⁶ARRUDA, Marcos; CALDEIRA, Cesar. **Como Surgiram as Constituições Brasileiras**. Rio de Janeiro: FASE (Federação de Órgãos para Assistência Social e Educacional). Projeto Educação Popular para a Constituinte, 1986.

²³⁷SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 18. ed., São Paulo: Malheiros, 1995.

²³⁸Vide art. 1º, I, a da lei 9455/97

2.5.3 Garantias Fundamentais da Constituição de 1988 e a Verdade no Processo

Diferente não poderia ser a verdade analisada perante o processo penal. A igualdade das partes ou paridade de armas é ponto fundamental exigido pela Constituição Federal, e para que tal se realize, dois baluartes do sistema processual são de fundamental importância: contraditório e ampla defesa.

Por ser o processo uma situação jurídica²³⁹ entre sujeitos, é que a oitiva da parte contrária é elemento essencial para a busca da verdade, assim como para a validade do processo. Sem dúvida o embate de partes com objetivos contrapostos é a melhor forma de fazer eclodir a verdade aproximativa. Carnelutti²⁴⁰ já argumentava sobre a necessidade do choque entre pedras para que a centelha da verdade saltasse.

O princípio do diálogo é inerente à ideia de processo, o qual possui estrutura dialética e assim a verdade deverá submeter-se àquele.²⁴¹ Para Fazzalari²⁴², o processo é nada mais do que um procedimento em contraditório, pois só se legitima uma decisão judicial com a participação das partes em simétrica igualdade. Em outras palavras, o que caracteriza o processo é sua estrutura de discursos.

Conforme dissemos outrora, a verdade é regida pela unicidade, logo, aventada hipóteses diversas pelas partes, um delas deverá ser falsa ou até mesmo ambas. O importante é que o resultado final produzido pelo julgador não seja apenas a sua consciência sobre o fato em apreço, mas sim o produto das consciências dos envolvidos no processo (defesa, acusação, testemunhas, peritos, vítima, acusado etc) filtrados pela mente do magistrado.²⁴³

Assim, a verdade deve ser sempre fruto do esforço das partes atuantes no processo. É esta intervenção que auxilia o primado da verdade.²⁴⁴ O magistrado por sua vez, guardião das regras do jogo, deve prezar pela obediência aos princípios da ampla defesa e do contraditório, pois aquele só se realiza através

²³⁹ GOLDSCHMIDT, James. **Princípios gerais do processo civil**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Lider, 2004.

²⁴⁰ CARNELUTTI, Francesco. **Principi del processo penale**. Napoli: Morano, 1960.

²⁴¹ FOSCHINI, Gaetano. **Sistema del diritto processuale penale**. 2 ed. Milano: dott. Giuffrè, 1965.

²⁴² FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Trad. Elaine Nassif. 8. ed. Campinas: Bookseller, 2006.

²⁴³ CALAMANDREI, Piero. **Elogio dei giudici scritto da un avvocato**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

²⁴⁴ CHIMETI, Francesco. **O processo penal e a verdade material**. Teoria da Prova. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

deste. Nesse sentido, Luiz Flavio Gomes²⁴⁵ reputa que tais princípios são complementares, uma vez que “o contraditório torna a defesa possível; e a ampla defesa a transforma em efetiva (defesa plena).”

Mister se faz afirmar, já que ainda permeiam o atual código de processo as atividades instrutórias do julgador, que estas não satisfazem o contraditório, o qual deve ser exercido pelas partes.²⁴⁶ Desta forma, sem o pretexto de concluir o assunto, afirmamos que a verdade já não mais deve possuir papel de destaque no processo penal hodierno.

Tanto o é, que lembrando a legislação ateniense que dividia os delitos em públicos e privados, dando menor rigor repressivo a estes e assim possibilitando a transação, a lei 9099/95 introduziu no ordenamento processual penal brasileiro a chamada verdade consensual.²⁴⁷ Sem querer adentrar no mérito de se a composição civil ou a transação penal reputam a assunção da autoria e existência da materialidade, o certo é que tais institutos relegam a verdade no intuito de efetivar uma prestação jurisdicional célere.

Verdade seja dita, as garantias fundamentais elencadas pela carta cidadã é que devem ser o aspecto primordial na desenvoltura da lide, pois a verdade que a interessa, é aquela que sobressai do dialogo inter partes²⁴⁸, orientado pelo respeito ao devido processo legal.

2.6 A Prova como Instrumento de Apuração da Verdade

2.6.1 Brevíssimas Noções Sobre a Teoria Geral da Prova no Processo Penal

Conforme lição de Malatesta²⁴⁹, durante muito tempo reinou o entendimento doutrinário de que a finalidade da prova consistia na apuração da verdade. Ou seja, a prova era o meio de se trazer a verdade do universo fático e

²⁴⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Devido processo administrativo "versus" devido processo criminal.** Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20091130122325269&mode=print>. Acesso em: 26 nov. 2013.

²⁴⁶ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. O princípio da verdade real. **Revista Faculdade de Direito da USP.** São Paulo: n. 52, p.152,1957.

²⁴⁷ BARROS, Marco Antônio. **A busca da verdade no processo penal.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

²⁴⁸ PEDROSO, Fernando de Almeida. **Processo penal. O direito de defesa: repercussão, amplitude e limites.** Rio de Janeiro: Forense, 1986.

²⁴⁹ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal.** Campinas: Servanda, 2013.

real, para o pequeno mundo intra autos. Era a única forma legal de captar o espírito do julgador, já que somente assim ele estaria apto a formar sua convicção racional. Do ponto de vista filosófico, já demonstrado nas primeiras seções, há a inconsistência ou até a impossibilidade de reproduzir a verdade.

Ao nosso entender, o processo penal é também um instrumento “de reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico,”²⁵⁰ cujo objetivo é a instrução do julgador. A prova é o meio pelo qual o magistrado exerce a atividade recognoscitiva em relação ao fato pretérito. Ou como explica Guasp²⁵¹, a prova não é “sino un intento de conseguir el convencimiento psicológico del juez”.

A distância entre o passado e o presente jamais será transponível pela prova. A flecha do tempo é irreversível assim como o fato pretérito. Motivo pelo qual Cordero assinala a insubsistência da clássica divisão doutrinária entre provas diretas e indiretas. Para o autor, todas as provas serão sempre indiretas, pois nunca trarão o fato do passado ao presente.²⁵²

Analisando a questão da semiótica das provas, diz-se que aquelas são os signos do fato que se pretende conhecer. Cordero²⁵³, com a maestria que lhe é inerente, resume afirmando que o processo é uma máquina retrospectiva com a finalidade desvendar um fato e o seu autor, cabendo às partes a formulação de suas hipóteses, e ao juiz a escolha da mais provável sob a obediência de regras pré-estabelecidas. Em outros termos, diz-se que o objeto da prova são os fatos, cuja evidenciação se torna imprescindível, para o convencimento do magistrado.²⁵⁴

2.6.2 A Função da Prova no Processo Penal

Conforme já esclarecido na síntese teórica supra, a prova é o material pelo qual se reconta um fato histórico, e sobre ela recai a prática empirista de verificar as hipóteses lançadas pelas partes, com objetivo de convencer o

²⁵⁰ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**.ed. 10. São Paulo: Saraiva, 2013.

²⁵¹ GUASP, Jaime. **Derecho procesal civil**. Tomo I. 4. ed. Revisada e adaptada por Pedro Aragonese Alonso. Madrid: Civitas, 1998,p.300

²⁵² Existe um erro na classificação doutrinária das provas em diretas e indiretas. A rigor, todas as provas são indiretas, excetuando-se, como bem explica CORDERO, as ocorridas na sala de audiência. CORDERO, Franco. **Procedimento penal**. Trad. Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 2000. v. 2.

²⁵³ CORDERO, Franco. **Procedimento penal**. Trad. Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 2000. v. 2.

²⁵⁴ TUCCI, José Rogério Lauria. **Curso de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2.

magistrado. Nos dizeres de Aragonese Alonso²⁵⁵ provar é atividade direcionada à obtenção do convencimento psicológico do juiz.

Mas analisando sob este espectro jurídico, Taruffo²⁵⁶ apresenta três possíveis funções da prova. A primeira identifica a prova como objeto inexistente ou até mesmo insignificante, a ponto de não ser levado em consideração. Isto por que é “praticamente imposible pensar que la verdade de los hechos es realmente establecida en el proceso de um modo racional.”

A prova assumiria o papel ludibriador da plateia. Serviria meramente como meio de dissimular a irracionalidade da decisão judicial, conferindo racionalidade ao processo para demonstrar que este seria apto a alcançar a verdade dos fatos. Neste sentido, segue o autor ao afirmar que “las pruebas no servirían en absoluto para determinar los hechos, pero sus procedimientos (como la cross-examination) constituirían ritos, análogos a las representaciones sacras medievais, destinados a reforzar em la opinión pública.”

A segunda teoria traz a concepção de parcialidade da verdade, na qual se evidencia as premissas de Goldshmidt²⁵⁷ em sua teoria da situação jurídica, a qual fora explicada anteriormente. Credita-se importância à desenvoltura do diálogo trazido pelas partes, independente da veracidade, por isso “las pruebas son tomada en consideración unicamente en su dimensión lingüística, dialógica y narrativa”²⁵⁸. Para esta teoria, sendo o processo uma estrutura de discurso, a prova estaria a serviço de embasar as hipóteses trazidas pelas partes, ou seja, “ se sostiene que la prueba sirve para apoyar la story narrada por uno u outro abogado ”²⁵⁹.

A terceira e última função da prova a estabelece como real meio de alcance da verdade. Entretanto, esta verdade seria relativizada. É a verdade judicial formulada pela reconstrução fática, que por sua vez se da por meio das provas. Assim, defende o autor que a prova deve embasar de forma racional a escolha do julgador a uma das hipóteses de forma que “ no tiene sentido invocar valores como la legalidade, la corrección e la justicia de la decisión si no se reconoce que la

²⁵⁵ALONSO, Pedro Aragonese. **Curso de derecho procesal penal**. Madrid: Edersa, 1986.

²⁵⁶TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Madrid: Ediroial Totta, 2005, p. 80 - 87

²⁵⁷ GOLDSCHMIDT, James. **Derecho procesal civil**. Trad. Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936.

²⁵⁸TARUFFO, *Op.cit.*, 2005, p. 82

²⁵⁹*Ibidem.*, p. 83

verdade de los hechos es condición necesaria para una correcta aplicación de la norma.”²⁶⁰

Necessário lembrar que o próprio autor afirma que tais teorias não conseguem definir totalmente a função da prova.²⁶¹ Aliás estas definições em alguns aspectos causam mais problemas do que os resolvem. Tucci²⁶² ensina que a prova judiciária, a qual é realizada sob o crivo do contraditório a fim de demonstrar ao órgão jurisdicional a verdade dos fatos alegados pelas partes, é a que serve para formar o convencimento do magistrado sobre a veracidade daquelas hipóteses.

Relembrando o que já foi dito, a verdade absoluta é inalcançável no processo, porém este é um jogo no qual o embate de discursos formulados pelas partes almejam a captura psíquica do julgador. Logo, “em vez de verdades universais e imutáveis, estaremos diante de interpretações e narrativas”²⁶³, e portanto, o embate é formulado no intuito de lançarem atrativos para que suas hipóteses sejam acreditadas pelo magistrado.²⁶⁴ Razão pela qual Fazzalari²⁶⁵ preleciona que somente através da efetiva participação das partes no processo é que se legitima o provimento jurisdicional.

As provas deixam de ser um mero meio de reconstrução da verdade para assumir a função persuasiva, pois como já dito, “las pruebas son tomadas en consideración unicamente en su dimension lingüística, dialógica y narrativa”²⁶⁶

Para Khaled Jr.²⁶⁷ o processo consegue alcançar apenas o verossímil, mas este não é o objeto principal do processo, mas sim o convencimento do julgador, pois nem sempre o verossímil convence. Para Guasp as provas

Sino un intento de conseguir ele convencimento psicológico Del juez con respecto a la existencia o inexistencia, la veracidad o la falsedad de los datos mismos, por lo cual el sentido fundamental de los actos de prueba que sirve para definirlos há de venir dado em función de la obtención de esta convicción psicológica.

²⁶⁰ TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Madrid: Ediroial Totta, 2005, p. 86

²⁶¹ *Ibidem.*, p. 80 - 87

²⁶² TUCCI, José Rogério Lauria. **Curso de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2.

²⁶³ GAUER, Ruth M. Chittó. Conhecimento e aceleração (mito, verdade e tempo). In: GAUER, Ruth M. Chittó (Org.). **A qualidade do tempo para além das aparências históricas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p.6

²⁶⁴ É a palavra chave que CORDERO nos apresenta: Fé. CORDERO, Franco. **Procedimento penal**. Trad. Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 2000. v. 2.

²⁶⁵ “la partecipazione disoggettial processo, in quanto stimatidestinaridell’ effeiciadell’ atto emanado costituisce, come si vedrà, la loro legittimazione ad agire” FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di diritto processuale**. Padova: CEDAM, 1994.

²⁶⁶ TARUFFO, *Op.cit.*, 2005, p. 82

²⁶⁷ KHALED JR, Salah Hassan. **A ambição da verdade no processo penal**: Desconstrução do mito da verdade real. Salvador: Podivm, 2009, p.314.

As provas tem o dever de constranger as evidências, já que elas são apenas indicadores da verdade. Aliás, muito cuidado há de se ter com as evidências, pois estas são alucinatórias.²⁶⁸ A evidência jamais exclui a prova, mesmo quando os fatos se desenrolem diante de nos, há que prová-los.

A verdade da evidência não serve ao processo. Somente a prova tem serventia aquele,²⁶⁹ pois esta “nos permite asseverar que uma tese ou uma teoria é mais plausível ou mais aproximativamente verdadeira e, portanto, preferível a outras por causa de seu maior “poder de explicação” e dos controles mais numerosos a que foi submetida com sucesso.” Enfim, a prova é o material que conduz à captura psíquica do julgador.

2.6.3 Ônus, Bônus ou Carga da Prova

A palavra ônus, oriunda do latim *onus*, tem o sentido de carga, peso, obrigação de difícil cumprimento. A questão comumente formulada no âmbito penal é a quem incumbe o ônus da prova. A clássica doutrina, baseada na esdrúxula teoria geral do processo, a qual já recebera críticas em parágrafos passados, estabelece que a prova da alegação incumbe a quem a fizer. Nesta esteira, também seguiu o legislador ao estabelecer o artigo 156²⁷⁰ do atual código de ritos repressor. Pasmem que tal redação foi dada pela novel legislação de 2008 (lei 11.690), logo não mais fruto do texto originário escrito décadas atrás.

Neste sentido, ainda vigora o entendimento doutrinário e a rançosa jurisprudência de que ao acusado recai o ônus de provar o álibi que apresentar. Ou seja, o réu deverá fazer prova caso alegue fatos impeditivos, modificativos ou extintivos. Mais uma vez percebe-se a influência da mau fadada teoria geral do processo (CIVIL), que traz o ônus *probandi* do réu no artigo 333,II do código de processo civil. Uma vez alegada em favor do acusado uma das excludentes de antijuridicidade, a este caberá provar a existência da dirimente.

²⁶⁸ GIL, Fernando; MARTINS, Rui Cunha. Modos de verdade. **Revista de História das Idéias**. Coimbra: Instituto de História e Teoria das Ideias da Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, v. 13.p.130-150, 2002.

²⁶⁹ *Ibidem. loc.cit.*

²⁷⁰ Este artigo deve ser interpretado à luz da garantia constitucional da inocência, a qual conduz o dever de provar inteiramente a cargo da acusação.

Não é de se duvidar que o legislador pátrio tenha olvidado, sobre fortes alucinações “manzinianas”²⁷¹, de que a Constituição Republicana de 1988 erigiu como princípio fundamental e norteador do processo penal a presunção de inocência. Diante da complexidade desta norma, sua atuação no processo penal ocorre em duas dimensões: interna e externa.

Dentro do processo, este princípio nos traz o “dever de tratamento”²⁷² por parte do magistrado e órgão acusador para com o réu. Deve-se atentar que o acusado tem que ser tratado como se inocente fosse, até a existência de uma decisão condenatória transitada em julgado. Por outro lado, a dimensão externa se refere aos limites à publicidade ostensiva e a estigmatização do acusado. Frise-se que não defendemos a proibição da veiculação de informações sobre a investigação de fatos delitivos, pois tal é essencial numa sociedade democrática.

Entretanto, mister se faz distinguir informação de pré-julgamento. Este juízo prévio e paralelo é que é prejudicial ao acusado, pois pode afetar a imparcialidade do Juiz ou Tribunal, ferindo frontalmente o direito à presunção de inocência e ao devido processo legal.²⁷³ A tendência da mídia em prejulgar os fatos acaba estigmatizando o acusado sob o manto da delinquência e condenando-o antes mesmo de qualquer prestação jurisdicional.²⁷⁴

Neste sentido, Giacomolli destacou em sua obra que “ é de ser questionada a quebra da inocência, com o conseqüente direito a uma justa reparação nas declarações públicas e antecipatórias de culpabilidade, principalmente na mídia. Observamos autênticas condenações antecipadas.”²⁷⁵

Somem-se a isto, as políticas de defesa social potencializadas pelos meios de comunicação, que reclamam menos impunidade e mais rigor penal, as quais são uma das grandes ameaças ao direito penal. Isto pois, é fácil encontrar

²⁷¹ Alusão ao jurista italiano Vincenzo Manzini, que sempre criticou a presunção de inocência, sendo um defensor ferrenho do sistema inquisitório.

²⁷² Expressão utilizada por Aury Lopes Jr. LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**.ed. 10. São Paulo: Saraiva, 2013,p.548.

²⁷³ SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento de prisão preventiva. *In*: SHECARIA, Sérgio Salomão (Org.). Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva (criminalista do século). São Paulo: Método, PP. 257-295, 2001; **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Nota dez: PUCRS: ITEC, ano 3, n° 10, PP. 113-120, 2003.

²⁷⁴ A guiza de exemplificar, lembremo-nos do ocorrido na Escola de Educação Infantil Base no bairro da Aclimação em São Paulo. Somente após a intervenção do Ministério Público e a modificação do delegado encarregado, é que se identificou o real culpado. Entretanto, a vida dos investigados já havia acabado face a ostensiva publicação midiática.

²⁷⁵ GIACOMOLLI, Neréu José. **Juizados especiais criminais lei 9099/95**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009,p.48

magistrados que enraízam esta cultura de política autoritária, assumindo o papel de justiceiros, e que acabam captando juízos apriorísticos de inverossimilhança das teses defensivas, uso exacerbado de medidas cautelares, dentre outras. Torna-se o processo numa encenação inútil e meramente simbólica, pois desde o início já tem definido a hipótese acusatória como verdadeira²⁷⁶ Alerta-se para o fato de que não podemos tratar o processo penal como instrumento de segurança pública.

Voltando à questão do ônus probatório, é importante lembrar que sendo o princípio da não culpabilidade um “dever de tratamento”²⁷⁷, conclui-se que ao acusado, presumidamente inocente, não cabe realizar qualquer tipo de prova. Por outro lado, é dever do acusador desconstruir a presunção de inocência que paira sobre o réu. Assim, não há que se falar em dever de prova por parte do acusado dentro do processo penal, pois neste não há distribuição de cargas probatórias²⁷⁸. O que se pode imputar ao acusado, é a assunção de riscos. Sendo a sentença um produto do convencimento do magistrado, deixar de provar algo do interesse da defesa significa apenas assumir o risco da perda de uma chance, ou eventualmente de uma resposta contrária ao seu interesse.

Carga traz a noção de unilateralidade, não é passível, portanto, de divisão mas sim de atribuição. Logo, a carga probatória no processo penal está inteiramente nas mãos da acusação, enquanto à defesa cabe a assunção do risco pela perda de chances. Lembre-se que processo é uma complexa situação jurídica e diante desta dinamicidade é que surgem as chances.²⁷⁹ FERRAJOLI²⁸⁰ esclarece que enquanto a acusação tem o dever de descobrir hipóteses e provas, a defesa possui apenas o direito/faculdade de trazer ao processo contra-hipóteses e contraprovas. Outro posicionamento interessante é o de Illuminati, que traz a ideia de regra de julgamento no lugar de carga probatória, pois não se pode condenar alguém sem que tenha sido devidamente comprovado.²⁸¹

²⁷⁶ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**.ed. 10. São Paulo: Saraiva, 2013.

²⁷⁷ *Ibidem*.

²⁷⁸ GOLDSCHMIDT, James. **Derecho procesal civil**. Trad. Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936.

²⁷⁹ Trata-se da teoria da situação jurídica desenvolvida por James Goldschmidt, que contrapõe a teoria da relação jurídica de Oskar Von Bulow. Trataremos do tema nos próximos capítulos.

²⁸⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho e Razón: Teoría del garantismo penal**. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez; Alfonso Ruiz Miguel; Juan Carlos Bayón Mohino; Juan Terradillos Basoco; Rocío Cantarero Bandrés. 2. ed. Madri: Trotta, 1997.

²⁸¹ Illuminati, La presunzione d'innocenzadell'imputato, Zanichelli, Bologna, 1984. Apud BATIA, Giovanna; PIZZO, Alessandro. A tutela dell'imputato. saggistorico – concettuale. Disponível em: <<http://www.diritto.it/archivio/1/20757.pdf>> Acesso em: 28/11/2013.

Aury Lopes Jr. explica que o magistrado deve ter por habito profissional a imparcialidade, e que a dúvida é meio de análise das hipóteses, pois a acusatória só deve ser acatada se extirpado de dúvida. Uma vez desmentida ou insuficientemente provada, a hipótese acusatória deverá ser rechaçada. A sentença condenatória exige a certeza/convencimento da autoria e materialidade delitiva (*nulla accusatio sine probatione*). No que se refere às excludentes de ilicitude e culpabilidade, conforme dissemos no início, boa parte da doutrina e jurisprudência entende que cabe ao réu provar tais alegações. Nada mais errado do que tal afirmativa a qual se baseia plenamente do processo civil. Lopes Jr. ensina que a acusação tem o dever de provar todos os elementos que integram a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade, e por força lógica, também as causas de justificação.

Aliás, analisando a questão da teoria do delito, entendemos que o crime é um fato típico, antijurídico e culpável, sem excludentes de ilicitude e de culpabilidade. Neste sentido, Tavares aponta que “ não se pode considerar indiciado o injusto pelo simples fato da realização do tipo, antes que se esgote em favor do sujeito a análise das normas que possam autorizar sua conduta.”²⁸² Logo, sendo carga da acusação a demonstração do delito, deve também provar a inexistência das excludentes. Guarnieri leciona que “incumbe a la acusación la prueba positiva, no sólo de los hechos que constituyan el delito, sino también de la inexistência de los que Le excluyan²⁸³ .”

Para finalizar esta compreensão, precisamos ainda tocar em dois temas amplamente difundidos pela doutrina e jurisprudência, e que claramente remontam ao antigo processo inquisitorial. A primeira refere-se às ações de menor potencial ofensivo tramitadas perante os Juizados Especiais Criminais. É comum observar decisões que levam em conta a gravidade do delito para desconstituir as garantias do acusado. Assim o é nas prisões cautelares e também na questão probatória de crimes de menor potencial ofensivo. Vincular a exigência probatória à gravidade do delito é o mesmo que relativizar a presunção de inocência a partir de uma “pseudo menor gravidade do fato”²⁸⁴, atitude que deve ser completamente rejeitada no processo hodierno.

²⁸² TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003,p.166.

²⁸³ GUARNIERI, JOSÉ. **Las partes em el proceso penal**. Trad. Constancio Bernaldo de Quirós. México: Jose M. Cajica, 1952,p. 305.

²⁸⁴ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**.ed. 10. São Paulo: Saraiva, 2013.

Outra questão importante a ser desconstituída é o misterioso e inexistente princípio do *in dubio pro societate*. Este famoso princípio norteador de inúmeras decisões de pronúncia nos crimes afetos ao procedimento do Tribunal do Júri e nos acórdãos provenientes das revisões criminais, é completamente incompatível com o Estado Democrático de Direito. Acatar uma acusação e determinar um julgamento pautado na íntima convicção em razão da dúvida, assim como manter condenado o réu após criar-se a dúvida no amago do julgador, é ferir de morte o preceito fundamental do *in dubio pro réu*. É importante frisar que não existe nenhuma norma legal que erija o princípio do *in dubio pro societate*, seja implícita ou explicitamente.²⁸⁵

2.6.4 O Juiz e a Busca Pela Verdade

Há quem sustente uma posição ativa do magistrado em perquirir a verdade. Tal entendimento se apoia no caráter publicístico do processo, que coerente com sua função social, deve dar possibilidade ao julgador para que supra as deficiências das partes e alcance a verdade²⁸⁶. Não compactuamos com este posicionamento, mas para seus defensores não há qualquer incompatibilidade entre a imparcialidade e a participação ativa do juiz na instrução do processo.²⁸⁷ Neste sentido, esta doutrina se apoia na ideia de que a própria Exposição de Motivos do Código de processo Penal alerta que o juiz deixa de ser um espectador inerte da produção de provas, sendo permitida a sua atividade processual no intuito de ordenar de ofício, as provas que assemelhem úteis ao esclarecimento da verdade.

Esta doutrina esquece que nossa Exposição de Motivos idolatra o Código de Rocco, o qual foi elaborado pelo “xenófobo, partidário da repressão, defensor do glorioso passado inquisitório, alheio a investigação do direito comparado”.²⁸⁸

Continuando o entendimento desta corrente, o juiz deve buscar a verdade que favoreça o réu ou a acusação. O julgador deve perquirir a verdade, até

²⁸⁵RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

²⁸⁶GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, vol. 347,p.6, jul-set.1999.

²⁸⁷BARROS, Marco Antônio. **A busca da verdade no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

²⁸⁸Definição de Franco Cordero sobre a figura de Vincenzo Manzini. Tradução nossa. (l' autore è xenófobo, forcaiolo, devoto al glorioso passatoinquisitorio, alieno dallaricercacomparatistica)
CORDERO, Franco. **Procedura penale**. 9. ed. Milano: Giuffrè, 2012.

porque, não pode estar atrelado à vontade das partes, pois ai sim feriria a imparcialidade. Nesta senda, a verdade aparece para o juiz como sinônimo de justiça²⁸⁹. Entretanto, admite que a investigação da verdade é limitada pelo conjunto de direitos e garantias fundamentais assegurados pela Carta Magna²⁹⁰, e por isso a verdade perseguida não há de ser absoluta, mas sim “humana e eticamente possível”²⁹¹

Por outro lado, sustenta-se que enquanto houver uma fonte de prova que não tenha sido explorada pelas partes, o juiz não deverá pronunciar o *in dubio pro reo*, mas sim produzir aquela prova. Nesta gama de poderes conferidos ao juiz, a doutrina ainda os divide em inquisitórios e instrutórios. A diferença entre eles reside na existência ou não de processo. Enquanto no primeiro os poderes do magistrado são utilizados enquanto ainda não se formou o processo (muitas vezes sequer acusação existe), o segundo refere-se a poderes utilizados no curso do processo.

Sob este prisma, Grinover defende que os juízes devem zelar pela “verdadeira paz social”, atuando em um processo atento à uma função social, isto é, que responda aos anseios retributivistas da sociedade. Para isto, é necessário que o magistrado jamais esteja refém das partes, devendo “assumir uma posição ativa na fase instrutória”, pois “ninguém melhor do que o juiz, a quem o julgamento está afeto, para decidir se as provas trazidas pelas partes são suficientes para a formação de seu convencimento”.²⁹²

Em contrapartida a este entendimento, e corroborando o que afirmamos em parágrafos passados, em não ser o processo instrumento de segurança pública, Rosa²⁹³ rebate a altura ao assinalar que “a atuação do juiz, no procedimento, não pode ser a de realizar os anseios sociais, devendo se postar de maneira imparcial, garantindo o equilíbrio do contraditório, ou seja, a verdadeira democracia processual”.

Não há como passar despercebida, a magnitude do caráter inquisitorial daquelas assertivas. Jamais existirá a dúvida, pois o juiz inquisidor

²⁸⁹ COSSIO, Carlos. **Teoria de la verdade jurídica**. Buenos Aires: Losada, 1954.

²⁹⁰ Em que pesem acharem excessivo as garantias constitucionais.

²⁹¹ MAGALHÃES FILHO, Antonio Gomes. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Rt, 1997.

²⁹² GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, vol. 347, p.6, jul-set.1999, p. 5-7

²⁹³ ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão penal: A bricolagem de significantes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.270.

estará pronto para investigar até mesmo o impossível. Conforme dissemos no início, assim como nas críticas pontuais, não endossamos o posicionamento aqui exposto.

Aderimos à ideia da *terzietà*, na qual a gestão probatória a luz da novel Constituição Federal deve estar a cargo das partes em homenagem aos princípios da paridade processual, do contraditório e da imparcialidade. A posição do magistrado perante as partes é de alheamento ao interesse daquelas. O juiz deve estar além do interesse das partes.²⁹⁴

O magistrado no processo penal deve assumir o status de independência judicial. Para isto deve atuar com imparcialidade, a qual se traduz na distância entre o juiz e partes, permanecendo indiferente ao resultado, assim como a *terzietà*, a qual sugere a equidistância do magistrado às partes, sendo portanto, *supra partes*.²⁹⁵ Ademais, como consequência da Terzietà se obtém a neutralidade metodológica na reconstrução do fato pretérito.²⁹⁶

Analisando sob este espectro, percebe-se que colocar a gestão probatória a cargo do magistrado reputa a destruição da estrutura dialética do processo penal, enterrando os princípios acima indicados. O juiz-ator fere fatalmente a imparcialidade, a qual é a essência do juiz espectador. É necessário o alheamento do juiz na atividade probatória para que possa valorar as provas de forma imparcial. Em outros termos, toda dinâmica processual deve ficar a cargo do autor e réu, frente a um juiz inerte, para que assim reste assegurado a sua tranquilidade psicológica para o pronunciamento da decisão.²⁹⁷

O magistrado que ultrapassa a barreira da inércia e atinge o ativismo judicial certamente estará contaminado com uma das hipóteses e conforme já explicado, exercera o quadro mental paranoico. Sem dúvida haverá um prévio julgamento, e sua atividade será direcionada a corroborar seu pré-entendimento, afinal quem busca sabe o que quer achar.

Aragoneses Alonso²⁹⁸ já afirmava que a imparcialidade era princípio supremo do processo, pois somente através dele se alcançaria uma decisão justa.

²⁹⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

²⁹⁵ UBERTIS, Giulio. **La prova penale – profiligiuridiceedepistemologici**. Torino: UTET Libreria, 1999.

²⁹⁶ *Idem*. **Il processo penal**. Bologna: Il Mulino, 2008.

²⁹⁷ LOPES JR. Aury, **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 1.

²⁹⁸ ALONSO, Pedro Aragoneses. **Proceso y derecho procesal**. 2. ed. Madrid: Edersa, 1997.

Outrossim, Goldshmidt²⁹⁹ já alertava para a ferida causada na imparcialidade pelo julgador comprometido com a investigação. A isto denominou-se o erro psicológico.

É necessário advertir que não se pretende ao falar em imparcialidade, a neutralidade daquele magistrado. Sustentar a neutralidade é entender possível um juiz descoberto de valores pessoais, sociais e culturais. Sendo um ser humano, o juiz não pode estar pasteurizado de valores ou ter o germe valor extirpado.³⁰⁰³⁰¹

Assim, tem-se que compreender o julgador como um ser gregário, dotado de diversos valores e passível de varias pressões. Zimmermam³⁰² nos traz a ideia de que diversos fatores psicológicos inconscientes influem na decisão jurisdicional. Para efeito metodológico, podemos dividir estas pressões em três grupos: externas extra profissionais, que seriam as de ordem familiar, sociais e econômicas. As externas de natureza profissional, referente às relações pessoais no trabalho e ao próprio mister, e por fim as pressões internas, as quais refletem o conjunto de sentimentos internos ligados ao amago do profissional.

Superado as alegações de um juiz neutro, sustenta-se a necessidade de um juiz imparcial numa *posizione di estraneità*, a qual só é alcançada a partir de um processo dialético, baseado num procedimento em contraditório³⁰³ e regido pelo princípio dispositivo. De acordo com o que já foi tratado no primeiro capítulo, assim como neste, o aporte probatório feito ao processo deve estar nas mãos das partes, as quais devem desfazer de suas cargas.

Esta é a razão pela qual nasce a criação artificial³⁰⁴ do Ministério Público, incumbida da persecução probatória, e por isso ocupando um lugar de parte no processo. Importante lembrar que boa parte da doutrina entende ser o Ministério Público uma parte imparcial, pois o poder-dever de acusar o coloca formalmente em

²⁹⁹ GOLDSCHMIDT, James. **Problemas jurídicos y políticos del proceso penal**. Barcelona: Bosch, 1935, p. 29.

³⁰⁰PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

³⁰¹ ROSA, Alexandre Morais da. **Rumo à praia dos Juizados Especiais Criminais: sem garantias, nem pudor**. Disponível em: <[http://www.gemcadvocacia.com/UserFiles/Publicacoes/1_-_2004_-_rumo_a_praia_dos_juizados_especiais_criminais\[20080722130205\].pdf](http://www.gemcadvocacia.com/UserFiles/Publicacoes/1_-_2004_-_rumo_a_praia_dos_juizados_especiais_criminais[20080722130205].pdf)> Acessado em: 09/12/2013

³⁰² ZIMERMAN, David. A influência dos fatores psicológicos inconscientes na decisão jurisdicional – a crise do magistrado. *In*: ZIMERMAN, David; COLTRO, Antônio Mathias (Org.). **Aspecto Psicológicos na prática jurídica**. Campinas: Millenium, 2002. P.40-51

³⁰³Expressao utilizada por Fazzalari, conforme já explicado anteriormente.

³⁰⁴Expressao utilizada por Cernelutti

um dos polos da contrariedade, entretanto, isto não dispensa a sua imparcialidade funcional.³⁰⁵

Nesta linha o próprio Tribunal Constitucional da Itália declarou não ser a imparcialidade incompatível com a condição de parte.³⁰⁶Entretanto, entendemos de forma contrária, pois um órgão criado com a função de acusar, jamais pode ser tido como imparcial. Ainda quando requer a absolvição ou arquivamento do inquérito policial, o promotor age parcialmente. Tal afirmativa é ilusória, pois ser parte é da essência do Ministério Público em razão da sua origem³⁰⁷. Como bem salientou Guarnieri³⁰⁸, é a mesma ilusão de se confiar ao lobo a melhor defesa do cordeiro.

Necessário demonstrar que desde 1982 o Tribunal de Direitos Humanos³⁰⁹ firmou entendimento de que juízes com poderes investigatórios são incompatíveis com a função de julgar, por faltar-lhes a imparcialidade subjetiva e objetiva. A primeira refere-se à relação do juiz com as partes ou interessados no processo. Já a segunda retrata a condição de originalidade da cognição do juiz sobre a causa. É a visibilidade.

Ainda que se trate de gestão de indícios nos procedimentos preliminares, este contato direto provoca pré-julgamentos ou impressões no animo do julgador, influenciando primariamente.³¹⁰ De acordo com o pensamento exposto por Lopes Jr³¹¹, a “prevenção deve ser uma causa de exclusão da competência.”

Nesta esteira, importante comentar que somente agora com o projeto de lei 156, o qual trata do novo Código de Processo Penal Brasileiro, surge uma nova concepção para o julgador, como juiz de garantias. Este magistrado será responsável por resguardar os direitos e garantias fundamentais do acusado na fase pré-processual, enquanto a um julgador distinto será atribuída a função do

³⁰⁵ ALMEIDA, Joaquim Canuto de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: RT, 1973.

³⁰⁶ BARROS, Marco Antônio. **A busca da verdade no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

³⁰⁷ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**.ed. 10. São Paulo: Saraiva, 2013.

³⁰⁸ GUARNIERI, JOSÉ. **Las partes em el proceso penal**. Trad. Constancio Bernaldo de Quirós. México: Jose M. Cajica, 1952,p.285

³⁰⁹ Caso Piersack. Traremos julgados do TEDH em capítulos vindouros.

³¹⁰ SANTOS, Andrés Oliva. **Jueces Imparciales, Fiscale Investigadores y Nueva Reforma para la Vieja Crisis de la Justicia Penal**.Barcelona: ppu,1988

³¹¹ LOPES JR, *Op.cit.*, 2013, p. 84

juízo, sem qualquer possibilidade de ativismo judicial.³¹² Somente assim a imparcialidade restará garantida no processo penal brasileiro.

Eis esta disparidade temporal que fez com que Coutinho³¹³ comentasse sobre o citado projeto, no que tange à gestão da prova e imparcialidade, afirmando que:

depois de mais de oitocentos anos de domínio inquisitorial chega-se à conclusão óbvia que o problema é ele: o Sistema Inquisitorial; e que não vale o investimento na certeza de que os homens vencerão a batalha contra sua consciência e inconsciência”.

Espera-se que os novos ventos que inflam as velas do processo penal brasileiro tragam ares acusatórios e que não olvidem das lições expostas na Exposição de Motivos do Código-Modelo para Ibero-América, que em linhas sucintas diz: “o bom inquisidor mata o bom juiz, ou ao contrário, o bom juiz desterra o inquisidor”.

2.6.4.1 A Verdade a Favor da Defesa

Ainda no que se refere à questão da busca da verdade pelo magistrado, boa parte da doutrina, inclusive os que defendem a proibição da gerência probatória pelo juiz, entendem que se abre uma exceção quando esta verdade for a favor do acusado.

Entende esta corrente que a formulação legal do ônus da prova, já explanada acima, não inviabiliza a intervenção do magistrado na colheita das provas, nos casos em que a defesa se mostre insuficiente³¹⁴. Para isto o magistrado deveria utilizar de poderes-deveres que são conferidos pela lei, com imparcialidade, independência, equilíbrio e prudência. Para esta faixa da doutrina, é perfeitamente possível compatibilizar a imparcialidade do julgador com a busca pela verdade, contanto que atenda aos requisitos supracitados.

³¹² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Sistema acusatório: cada parte no seu lugar constitucionalmente demarcado.** Disponível em: <www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194935/000871254.pdf?sequence=3>. Acesso em: 08 dez. 2013.

³¹³ *Ibidem.*

³¹⁴ A exemplo temos Marco Barros e João Batista Lopes. BARROS, Marco Antônio. **A busca da verdade no processo penal.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. LOPES, João Batista. O ônus da prova no processo penal. **Revista de Processo.** São Paulo, n.11-12, p.120-130, jul-dez. 1978.

Discordamos de tal posicionamento. Aquela corrente esquece que a separação entre juiz e acusação também faz parte das garantias orgânicas da magistratura. A independência do juiz está limitada à prova produzida no processo pelas partes, com plena observância das garantias fundamentais e obediência à fundamentação do ato decisório. O magistrado deve atuar como garante do sistema de direitos e garantias fundamentais do acusado no processo penal.³¹⁵ Logo, esperar que o magistrado atue no processo para auxiliar a acusação é um absurdo, pois o débil no processo é o acusado.

Entretanto, também entendemos que o magistrado não deve se imiscuir na gestão probatória, ainda que para auxiliar a defesa. A conclusão é lógica. Se o julgador pretende adentrar no processo para dirimir dúvidas ou buscar provas para a defesa, é porque não está convencido da hipótese aportada aos autos pela acusação. Logo, se esta não conseguiu se desincumbir da sua carga probatória, isto significa que a presunção de inocência não foi desconstituída. Assim, em homenagem ao *in dubio pro reu*, o acusado deverá ser absolvido da imputação.

³¹⁵ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**.ed. 10. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAPÍTULO III – CASUÍSTICA FORENSE: ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DOS TRIBUNAIS PÁTRIOS E DECISÕES DO TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS E DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.

A fim de concretizar toda a teoria até aqui exposta, propõe-se a exposição de alguns acórdãos paradigmáticos da justiça brasileira, assim como decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Como se perceberá das decisões aqui explanadas, o Judiciário brasileiro ainda engatinha quando o tema a se enfrentar é o sistema acusatório e imparcialidade do magistrado. Especialmente pelo apego legal, onde se evidencia a problemática do artigo 254 do Código de Processo Penal que não prevê a imparcialidade do magistrado como causa de suspeição. Logicamente tal alegação não pode servir de óbice ao reconhecimento da parcialidade do juiz, pois a imparcialidade é princípio supremo do processo.

A hermenêutica da lei penal e processual penal deve ser feita sob dois aspectos: “na direção punitiva/perseguidora a interpretação deve ter força centrípeta, isto é, a imantação é para o núcleo do texto, restritivamente (o menor sofrimento possível ao acusado, diria Ferrajoli)” e por outro lado, “quando para beneficiar o débil no direito penal, entendo que a interpretação deve ter força centrífuga: dirigida para fora, na direção liberatória.”³¹⁶

Neste sentido, orientado pela bússola garantista, rumo à ampliação da proteção aos direitos do acusado/investigado, estas decisões materializam a escolha de um processo penal constitucional de viés garantidor, ao optarem por uma hermenêutica que respeite os direitos da parte mais frágil no processo, ou seja, o réu. Isto porque, “ se o discurso de distanciasse da aplicação do direito, teríamos a hipocrisia e dela se deve fugir”.³¹⁷

³¹⁶ CARVALHO, Amilton Bueno de. **Garantismo penal aplicado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003,p.200

³¹⁷ SANTOS, Juliana Pinheiro Damasceno. **Limites constitucionais à iniciativa do juiz no processo penal democrático**. 1. ed. Rio de Janeiro: Câmara brasileira de jovens escritores, 2011.

3.1 Processo nº 70022113773. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator Desembargador Amilton Bueno de Carvalho.

O caso em apreço trata de apelo Ministerial para reformar a sentença de piso que absolveu os três acusados dos delitos de estelionato, e um deles do delito de receptação. Ademais, o Promotor de Justiça arguia a exasperação da pena do réu condenado pelo delito de receptação. Seguindo tal entendimento, o Procurador de Justiça opinou pelo provimento do apelo acusatório.

Importante salientar que o próprio Ministério Público, em sede de alegações finais, já havia requerido a absolvição dos acusados pelo crime de estelionato, no que se referia a três outros fatos, motivo pelo qual o juiz de primeiro grau efetivou a decisão absolutória.

Entretanto, aqui reside grande mérito ao Relator, em que pese ter cunho meramente acadêmico pois o resultado foi alcançado, ao lecionar em seu acordão que apesar do acerto da decisão de primeira instância, pois o magistrado não poderia continuar por conta própria uma pretensão punitiva já abandonada pelo órgão acusador à vista das provas produzidas, os motivos que a ensejaram é que não podem ser acatados.

Para o juiz de primeiro grau, frente ao requerimento de absolvição do Ministério Público, aquele deixou de apreciar as provas absolvendo de plano. Nesta esfera, é que o relator entende de modo diverso ao afirmar que uma “decisão absolutória é a proclamação da inocência diante do exame das provas e do direito aplicável à espécie.”³¹⁸

Entretanto, o entendimento do Desembargador vai além, ao analisar o caso através de uma hermenêutica constitucional, abrindo a possibilidade da extinção da punibilidade diante de uma equivalente desistência da ação promovida pelo querelante na ação penal privada. E assim conclui :

Pouco importa que a desistência seja prevista na lei apenas para a ação penal privada. Se decorre da Lei Maior – princípio acusatório – que o magistrado não pode promover a ação penal por sua conta, e o Ministério Público, na prática, pode pugnar pelo sepultamento da própria acusação que veiculou – não há dispositivo legal que limite o teor do seu pronunciamento –, não há saída para tal dilema: ou se haverá de admitir o prosseguimento da ação com o magistrado nas rédeas da acusação (a meu

³¹⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação criminal Nº nº 70022113773, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de do RS, Relator: Amilton Bueno de carvalho. Julgado em 19/12/2007. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em: 20 dez 2014.

ver, assim rasgando a determinação constitucional), ou se tomará o pedido ministerial como uma desistência de ação, ainda que seja ela pública incondicionada.

Enfim, através de uma exegese constitucional, o relator explica a necessidade de se prestigiar a Constituição Federal e conseqüentemente o modelo acusatório, em detrimento dos artigos 42 e 385 do Código de Processo Penal.

Apesar de não ter pertinência com o tema aqui abordado, o restante do voto do relator, que foi acompanhado pelos outros desembargadores, seguiu a orientação de negar provimento em completo ao apelo Ministerial.

3.2 Processo nº 70021109939. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator Desembargador Nereu José Giacomolli.

O caso em tela revela em linhas gerais, um processo para análise do suposto cometimento do delito de estupro e atentado violento ao pudor. Mister salientar que tanto o processo quanto a apelação ocorreram antes da alteração legal que modificou os crimes contra a dignidade sexual.

Absolvido em primeira instância dos delitos já acusados acima, o Ministério Público protocolou apelação a fim de modificar aquele ato decisório, condenando o acusado em forma integral.

Por outro lado, o entendimento esposado no voto do relator foi contrário ao petitório Ministerial, mantendo a decisão absolutória do acusado. Para tanto, suas justificativas circundaram a questão já esclarecida no segundo capítulo, sobre o ônus da prova. Neste sentido, o Desembargador afirmou que apesar do art.156 do CPP referir “ que a prova da alegação incumbirá a quem a fizer, é preciso fazer uma leitura constitucional do dispositivo, de acordo com o princípio acusatório, acolhido pela Constituição de 1988.”³¹⁹

Assim sendo, explicando a questão das cargas processuais sob a visão goldschmidtiana, e a gestão de expectativas do réu, conclui que:

O Ministério Público não se desincumbiu do seu ônus ou carga processual, ou seja, não comprovou, de forma convincente e suficiente, a existência de provas capazes a dar suporte a um juízo condenatório.

De outra banda, em que pese o réu não tenha o dever de comprovar nada – pois a favor dele está a presunção de inocência e, caso queira utilizar-se do direito constitucional de silêncio, apenas não terá aproveitado uma

³¹⁹RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação criminal Nº nº 70021109939, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de do RS, Relator: Neréu Giacomolli. Julgado em 25/10/2007. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em: 20 dez 2014.

chance processual, sem que isso venha em seu prejuízo – sustentou, conforme já foi dito, que a vítima já era mulher.³²⁰

Assim, em caso de dúvida acerca do dolo e também da origem ilícita do bem, impera a absolvição.

Desta forma, fazendo a correta interpretação da norma processual penal, através da lente constitucional, o Relator optou por manter a absolvição do apelado, pois sendo a presunção de inocência um critério pragmático de solução da incerteza judicial, este corrobora a carga probatória exclusivamente nas mãos do acusador, a qual deve desincumbir-se completamente sob pena de ter sua hipótese rechaçada pela ausência de provas.³²¹

3.3 Processo nº 70003938974. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator Desembargador Amilton Bueno de Carvalho.

Este processo refere-se a um Habeas Corpus impetrado em favor de uma paciente que respondia a processo criminal pelo delito de roubo qualificado. Seu objetivo não era desafiar um decreto segregatório, mas sim sanar um ato ilegal da douta magistrada de piso.

Ocorre que finalizada a instrução e aberto os antigos prazos dos artigos 499 e 500, a juíza em decisão monocrática e de ofício, designou a oitiva das testemunhas arroladas pelo assistente de acusação, as quais inclusive já haviam sido negadas em outra oportunidade.

Apesar de todo o tumulto processual causada pela inversão do rito processual, o relator evidenciou uma questão que transcende em importância. É a violação do preceito basilar do Processo penal Democrático que é o princípio acusatório.

De acordo com o Desembargador, a atividade da magistrada feriu o sistema acusatório por duas razões. A primeira por violar os princípios do contraditório e ampla defesa ao permitir a oitiva das testemunhas após o encerramento da instrução. A segunda causa é a ingerência de ofício na atividade probatória, ferindo o núcleo do sistema acusatório.

³²⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação criminal Nº nº 70003938974, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de do RS, Relator: Neréu Giacomolli. Julgado em 25/10/2007. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em: 20 dez 2014.

³²¹ LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.p. 184

Seguindo o entendimento, o Procurador de Justiça Lênio Streck assim afirmou em seu parecer:

Juiz não busca prova de ofício, Juiz não sai correndo atrás de prova. O princípio da verdade vigente no Processo Penal não é o real (sic). É ele uma ficção. A verdade exsurge da intersubjetividade e não de um processo metafísico cognocente praticado pelo intérprete (no caso o juiz).

Desta forma, foi concedida a ordem ante a patente violação constitucional do sistema acusatório, a fim de anular a decisão da magistrada *a quo* e impedir a oitiva daquelas testemunhas.

3.4 Processo nº 70002028041. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator Desembargador Amilton Bueno de Carvalho

Este acórdão da lavra do Desembargador Amilton Bueno de Carvalho trata de um pedido de correição parcial formulado pela Promotora de Justiça do Rio Grande do Sul,³²² que teve negado o requerimento feito ao juízo de piso para que este oficiasse à Delegacia de Polícia local para que procedesse a oitiva de determinada pessoa que havia sido mencionada durante o interrogatório do investigado.

No entanto, homenageando a independência do Ministério Público e a sua função institucional de dentre outras requisitar diligências investigatórias, além de se reservar ao contágio de indícios investigatórios que poderiam ferir sua imparcialidade, a magistrada de primeiro grau negou tal requisição.

Insatisfeita, a Promotora protocolou correição parcial, tendo em um dos seus fundamentos a necessidade da busca da verdade real para efetivação da justiça, a qual estava sendo cerceada pela magistrada *a quo*.

Analisando o caso, o relator combateu todas as alegações enumeradas na correição parcial, dentre as quais deve-se ater a duas delas:

três, o dito princípio da "verdade real", que seria o norte do processo penal, é conceito ultrapassado. O processo penal busca é julgamento justo ao acusado, por todos, ler Aduino Suannes, "Os Fundamentos Éticos do Devido Processo Penal": "A descuidada afirmação de que o processo penal deve perseguir intransigentemente a verdade real tem sido responsável por inúmeras deformações do processo, com afirmações e decisões descabidas, que desconsideram o longo caminhar do due process" (p. 146).

³²²RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação criminal Nº nº 70002028041, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de do RS, Relator: Amilton Bueno de carvalho. Julgado em 25/12/2007. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em: 20 dez 2014.

quatro, o papel do juízo, no processo acusatório, é de equidistância (relembre-se Ferrajoli: o inquisitório é sistema onde acusação e juízo se confundem na perseguição), ou seja, a regra do jogo é esta: as partes que produzam suas provas e o juiz que julgue (precedente da Câmara: Correição Parcial de n.º 699286597, j. em 30 de junho de 1999, unânime.)

Sob estes democráticos fundamentos, serviu-se o relator para negar procedência ao pedido correicional, pois tanto no plano do sistema democrático quanto no legal, não há fundamento para que o Judiciário esteja a serviço de produção de provas, sejam elas de quem for.

3.5 Processo nº 0017029-05.2010.805.0000. Tribunal de Justiça da Bahia. Relator Desembargador Carlos Roberto Santos Araújo.

Inicialmente é necessário alertar que a mudança do Tribunal emissor da decisão é atitude querida. Fácil perceber, como explica Damasceno³²³ que “o local onde os intérpretes se posicionam no “ mundo da vida” e o espaço onde se movem refletem na visão sobre o assunto”.

A posição garantista do Tribunal gaúcho é extraordinária, entretanto, acreditamos que os alísios começam a trazer aquelas honrosas posições já retratadas para Tribunal Baiano. É o caso do Habeas Corpus em apreço

Sob a alegação de uma prisão ilegal, de ofício, desmotivada e desfundamentada, o Relator do processo concedeu medida liminar para relaxar a prisão do paciente, que ainda sequer respondia a qualquer processo, sendo apenas investigado por um delito de menor potencial ofensivo.

Entretanto, o que mais importa analisar é o requerimento feito pela impetrante a fim de que o Tribunal de Justiça da Bahia se pronuncie a respeito da não recepção do artigo 311 do Código Adjetivo Repressor, que prevê a possibilidade de decretação de prisão *ex officio* pelo juiz em sede inquisitorial.

Nestes termos, reconheceu-se à unanimidade os limites constitucionais impostos pela ordem instaurada após 1988, determinando a não recepção de parte daquele artigo, vedando-se a atividade inquisitória do magistrado face a adoção de um sistema acusatório.

³²³ SANTOS, Juliana Pinheiro Damasceno. **Limites constitucionais à iniciativa do juiz no processo penal democrático**. 1. ed. Rio de Janeiro: Câmara brasileira de jovens escritores, 2011.

Sem dúvida trata-se de acórdão paradigmático para o Tribunal de Justiça da Bahia, demonstrando grande avanço rumo à consolidação de um processo penal democrático, lido sob a lente constitucional.

3.6 Decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Antes de tratar sobre os casos concretos ocorridos naqueles Tribunais, mister se faz lembrar a amplitude do termo Direitos Humanos. Para alguns autores os direitos humanos remontam ao conceito filosófico de direitos naturais, e, portanto, aqueles inerentes aos homens.

Atualmente, perfilha-se a ideia de direitos humanos como direitos fundamentais, isto é, o standard mínimo garantidor da dignidade da pessoa humana. Ou seja, sem tais direitos pode-se afirmar que a pessoa humana não terá existência própria ou não poderá participar plena e dignamente da vida.

Este novo pensamento surge com o pós segunda guerra mundial quando o mundo passa perceber, frente ao horror perpetrado por aquela, a necessidade de um novo “hipocentro”³²⁴, qual seja o homem, ser dotado de personalidade e detentor de direitos. Conclui Baumer³²⁵, “ as ciências sociais estavam erradas por considerarem o homem como objeto ou um resultado, eis que surgem os direitos fundamentais de primeira geração.

Importante salientar que sendo o constitucionalismo a consagração da vitória do cidadão sobre o poder³²⁶, os direitos humanos devem ser tratados como o ponto de partida face à adoção legal pela Constituição Brasileira do princípio da não tipicidade³²⁷, cujo objetivo é jamais restringir a ampliação do rol de direitos fundamentais, os quais devem ser encarados em seu todo como o núcleo intangível e inegociável de observância compulsória.³²⁸

³²⁴ Local no interior da Terra onde se inicia a ruptura do material rochoso ocorrendo a libertação de energia sob a forma de onda sísmica. A metáfora aqui utilizada visa demonstrar que o homem deve ser o centro de todas as consequências.

³²⁵ BAUMER, Franklin. **O pensamento europeu moderno**. V.II. séculos XIX e XX. Lisboa: ed. 70,1990.,p.191

³²⁶ BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. 7ª ed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995. p.353-355.

³²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

³²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2010.

Neste diapasão, os Tribunais Internacionais tem destacado especial atenção na proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, atuando de maneira suplementar quando aqueles direitos não são tutelados de forma eficaz pelos Estados. É exatamente nesta jurisdição supraestatal, que as garantias do acusado em geral são efetivadas quando descumpridas no âmbito nacional.

Dois são os diplomas consagradores destes direitos fundamentais. O primeiro é a Carta da ONU de 1945, e o segundo a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948. A partir destes dois marcos históricos, tratados e convenções internacionais foram firmados a fim de garantir os ditames estabelecidos naqueles diplomas. Um deles é o Pacto de San Jose da Costa Rica que serve de norte à Corte Interamericana de Direitos Humanos. No outro lado do continente temos a Convenção Europeia de Direitos Humanos a qual orienta o Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

É necessário esclarecer o posicionamento hierárquico assumido pelos tratados e convenções internacionais perante o ordenamento jurídico brasileiro. Após a promulgação da Carta de 1988, surge uma polêmica a respeito da hierarquia dos tratados internacionais. Quatro foram as posições adotadas pela doutrina antes da emenda constitucional 45.

A primeira corrente, defendida por Celso Albuquerque de Melo, advogava a ideia da supraconstitucionalidade dos tratados que versassem sobre direitos humanos. Entretanto, como esclarece Mendes, tal tese esbarra-se no princípio da supremacia constitucional.³²⁹

Por outro lado, surgia a teoria da constitucionalidade dos tratados de direitos humanos, encabeçados por doutrinadores como Flavia Piovesan e Cançado Trindade. Devido ao procedimento de aprovação dos tratados sobre direitos humanos diferirem dos demais, aqueles teriam aplicabilidade imediata a partir do ato de ratificação, motivo pelo qual deveriam ter natureza constitucional.³³⁰

³²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

³³⁰ PIOVESAN, Flávia. A incorporação, a hierarquia e o impacto dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro. *In*: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos**. São Paulo: Revista do Tribunais, 2000.

Já o entendimento do Supremo Tribunal Federal, o qual perdurou até meados de 2008, entendia que os tratados internacionais, que tratassem ou não de direitos humanos, gozariam apenas de status de lei ordinária.

Por fim, propôs-se o caráter supra legal dos tratados que versassem sobre direitos humanos, sem contudo atingir o nível constitucional. Estavam estes portanto acima das leis infraconstitucionais, mas abaixo da constituição.

Após a emenda Constitucional nº 45, os tratados que versem sobre direitos humanos e que tramitem³³¹ pelo rito de emenda constitucional, adquirirão status constitucional. Saliente que Sarlet³³² defende a compulsoriedade do rigoroso procedimento para tratados sobre direitos humanos. Frise-se ainda que autores com Gomes e Mazzuoli diferenciam status de norma constitucional de equivalência de emenda constitucional. Enquanto a primeira carrega uma constitucionalidade apenas material, a segunda abarca também a formalidade.³³³

Nesta perspectiva, o Brasil ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos no ano de 1992, em que pese ter sido elaborada em 1969. O decreto 678/92, detentor de hierarquia constitucional, submeteu o Brasil à jurisdição do CIDH. Sob este ponto de vista, há que se reconhecer a extrema importância da Convenção Interamericana, assim como da Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão legitimado a interpretar àquela, uma vez que seu artigo 2º impõe o dever aos Estados-partes de não só respeitar mas também de garantir o direitos ali inseridos.

Importante salientar que todo este contexto reflete no conceito de soberania estatal, uma vez que a adoção de um tratado internacional representa a concessão de parcela de sua soberania a um órgão de natureza supra estatal, representando a verdadeira diluição de fronteiras.

Diante do que foi exposto até aqui, é hora de enfrentar o tratamento dado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e pelo Tribunal Europeu de

³³¹ Alexandre de Moraes entende que o processo de ratificação do tratado de direitos humanos segue a discricionariedade do Congresso, podendo este optar pelo rito ordinário ou de emenda constitucional.

³³² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2010.

³³³ GOMES, Luiz Flávio ; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O STF e a nova hierarquia do tratados de direitos humanos no Brasil: do status de lei ordinária ao nível supralegal**. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20070319115849842&mode=print> Acesso em: 10 jan 2014.

Direitos Humanos no que se refere às garantias processuais formalizadas pelo princípio da imparcialidade.

3.6.1 Caso Aptiz Barbera e outros (Corte Primeira de Contencioso Administrativo) versus Venezuela.

A decisão em comento trata da exoneração dos juízes Ana Maria Ruggeri Cova, Perkins Rocha Contreras e Juan Carlos Aptis Barbera em 30 de outubro do ano de 2003, em face de terem incorridos em erro judicial inescusável ao suspender de forma cautelar os efeitos de um ato administrativo que havia negado o registro de uma compra e venda.

A decisão contempla que as destituições “resulta contraria al principio de independencia judicial pues atenta contra la garantía de fallar libremente en derecho” y que se los destituyó”.³³⁴ Ademais, ficou consignado que a decisão dos juízes “generaron reacciones adversas por parte de altos funcionarios del Poder Ejecutivo”³³⁵, tendo sidos exonerados após a autoridade máxima do governo se manifestar alegando “ vendidos a los intereses de la oposición golpista”, e aliado a um conjunto de outros indícios, é possível deduzir a falta de independência e imparcialidade do órgão que os destituiu.

Enfim, a defesa dos juízes sustentava que a destituição dos magistrados representava uma ordem do Presidente da República, o que demonstra tratar-se de uma razão puramente política. Outrossim, alegou que todo o procedimento de destituição foi feito ao arrepio das garantias indispensáveis à defesa. Trata-se da violação de um tribunal imparcial e independente, assim como ao direito de ser ouvido e a falta de motivação.

Por outro lado, em 23 de abril de 2007, o governo apresentou suas razões, a qual em sede preliminar arguiu a falta de esgotamento dos recursos internos, e por isso falta de interesse processual, o que de imediato foi negado por não ter sido alegado na primeira oportunidade processual. Outra questão arguida pelo Estado foi a precariedade dos magistrados, os quais eram funcionários

³³⁴VENEZUELA. Corte interamericana de derechos humanos. Caso Aptiz Barbera e outros Vs Venezuela. Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf >. Acesso em: 18 maio 2009.

³³⁵*Ibidem*.

temporários, desprovidos portanto da titularidade do cargo, além de terem sido demitidos em acordo com o devido processo legal.

Rebatendo tais alegações, o CIDH demonstrou que a precariedade da nomeação não se confundia com a livre remoção, desta forma, a destituição antes de expirar o prazo da nomeação feria independência judicial. Neste sentido, restou demonstrado que os magistrados que decidiram sobre a destituição das vítimas, não possuíam discricionariedade para recusar tais demissões, salvo nos casos do artigo 36 da Lei Orgânica de Procedimientos Administrativos, o que de plano já demonstra a imparcialidade do julgamento.³³⁶

Na sua decisão, a CIDH alegou que ainda que não haja como provar cabalmente a imparcialidade do julgamento, a pressão sofrida pelos magistrados que julgaram as vítimas do caso, por si é motivo legítimo para suscitar dúvidas sobre a imparcialidade do julgamento. Neste sentido, se pronunciou o CIDH:

En cambio, la imparcialidad exige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad⁷¹. La Corte Europea de Derechos Humanos ha explicado que la imparcialidad personal o subjetiva se presume a menos que exista prueba en contrario⁷². Por su parte, la denominada prueba objetiva consiste en determinar si el juez cuestionado brindó elementos convincentes que permitan eliminar temores legítimos o fundadas sospechas de parcialidad sobre su persona⁷³. Ello puesto que el juez debe aparecer como actuando sin estar sujeto a influencia, aliciente, presión, amenaza o intromisión, directa o indirecta⁷⁴, sino única y exclusivamente conforme a -y movido por- el Derecho.

A conclusão do Tribunal demonstra que apesar de o Estado Venezuelano ter oportunizado aos denunciantes o direito de ser julgado por um Tribunal supostamente imparcial, não houve garantia suficiente para respaldar este

³³⁶ “63. Al respecto, el Tribunal considera que la institución de la recusación tiene un doble fin: por un lado actúa como una garantía para las partes en el proceso, y por el otro, busca otorgar credibilidad a la función que desarrolla la Jurisdicción. En efecto, la recusación otorga el derecho a las partes de instar a la separación de un juez cuando, más allá de la conducta personal del juez cuestionado, existen hechos demostrables o elementos convincentes que produzcan temores fundados o sospechas legítimas de parcialidad sobre su persona, impidiéndose de este modo que su decisión sea vista como motivada por razones ajenas al Derecho y que, por ende, el funcionamiento del sistema judicial se vea distorsionado. La recusación no debe ser vista necesariamente como un enjuiciamiento de la rectitud moral del funcionario recusado, sino más bien como una herramienta que brinda confianza a quienes acuden al Estado solicitando la intervención de órganos que deben ser y aparentar ser imparciales.” Venezuela. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Aptiz Barbera y Otros* (“corte primera de lo contencioso administrativo”) vs. Venezuela. Recorrente: Ana Maria Ruggeri Cova, Perkins Rocha Contreras e Juan Carlos Aptiz Barbera. Recorrido: Estado da Venezuela. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf. Acesso 09 dez 2013. p.20

direito, vez que a legislação interna daquele Estado, não garante um julgamento imparcial. Como ensina Galli e Dulitzky, “ não basta a mera existência de um sistema legal formal para que esteja cumprida a obrigação internacional de respeitar e garantir os direitos consagrados na Convenção Americana.”³³⁷

Desta forma, restou violado o artigo 8.1 do Pacto de San Jose da Costa Rica, motivo pelo qual o CIDH determinou a adoção de medidas protetivas dos direitos desrespeitados.

3.6.2 Caso Piersack contra Bélgica. 1º de outubro de 1982. Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

Um dos casos mais rumorosos para o Tribunal Europeu de Direitos Humanos foi o caso Piersack contra Bélgica, o qual serviu inclusive de precedente para outras decisões que trataram da imparcialidade do magistrado.

O demandante de nacionalidade belga fora condenado pelo Tribunal Penal da província de Brabant a dezoito anos de trabalhos forçados pelo assassinato dos franceses Gilles Gros e Michel Dulon. Em julho de 1976 o juiz de instrução do Tribunal de Primeira Instância de Bruxelas, senhor Preuveneers, decretou a prisão do demandante face a suspeita da autoria daqueles homicídios, sendo preso na França e extraditado para Bélgica em 13 de janeiro de 1977.

A época ficou encarregado da acusação o senhor Pierre Van de Walle, membro do Ministério Público. Em 13 de dezembro de 1977 assumiu como Magistrado no Tribunal de Apelação de Bruxelas, sendo o demandante submetido a julgamento perante aquele tribunal em novembro de 1978, sob a presidência de Walle, quando então foi condenado por sete votos a cinco.

Inconformado com a decisão condenatória, “ el demandante entonces recurrió ante el Tribunal de casación”³³⁸ alegando dentre outros motivos, a violação ao artigo 127 do código judicial, que estabelece que “los procedimientos

³³⁷ GALLI, Maria Beatriz; DULITZKY, Ariel E. A comissão interamericana de direitos humanos e o seu papel central no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. In: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flavia (Coord.). **Sistema Interamericano de proteção aos direitos humanos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 59

³³⁸ BÉLGICA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Caso contra Bélgica. Recorrente: Piersack. Recorrido: Estado da Bélgica. Disponível em: <<http://new.pensamientopenal.com.ar/01082010/fallos38.pdf>> . Acesso 09 dez 2013.

seguidos ante un Tribunal serán nulos y sine factos si éste ha sido presidido por persona que haya actuado en el caso como acusación pública”

Analisando sob o espectro fulcral do artigo 6.1 da Convenção, o Tribunal Europeu entendeu que em relação à independência não havia provas que corroborassem a violação, uma vez que os magistrados gozam de garantias contra pressões externa e de regras escritas para a designação de jurados.

Entretanto, no que tange à imparcialidade o Tribunal Europeu destrinchou a imparcialidade em dois aspectos: subjetivo e objetivo. O primeiro trata da convicção pessoal do magistrado sobre o caso em apreço, motivo pelo qual entendeu o Tribunal não ter havido violação. Porém, no que se refere à imparcialidade objetiva, a qual trata da suficiência de garantias que protejam a imparcialidade do julgador, entendeu o Tribunal da seguinte maneira.

Para o TEDH o fato de uma mesma pessoa (Pierre Van de Walle) exercer duas funções dentro de um mesmo processo (integrante do Ministério Público e julgado da causa), é motivo suficiente para levar a imparcialidade ao patamar do descredito.

Destacou ainda a decisão do TEDH que os tribunais devem inspirar confiança, e sob este ponto de vista, não há como se crer em garantias suficientes de um julgamento imparcial quando o próprio magistrado já exerceu o papel de acusado ou investigador em fases passadas.

CAPÍTULO IV- UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL DO PROCESSO PENAL NA BUSCA DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO ACUSADO.

Conforme demonstrado no decorrer dos capítulos passados, deve-se ter o processo penal como um sistema de garantias de proteção ao débil (acusado). São estas garantias que vão limitar o erro e o arbítrio judicial.

A busca por este caminho deve ser orientada pela bússola que norteia o seu interprete no sentido constitucional. A Constituição Federal de 1988 é o norte para o qual o processo penal brasileiro deve seguir. De acordo com Rosa³³⁹, “a partir da Constituição da República de 1988 é possível a defesa do acolhimento dos axiomas garantista relendo as regras e princípios do Processo Penal Brasileiro.”

Neste horizonte, há que se homenagear Ferrajoli³⁴⁰ o qual propôs axiomas garantistas penais e processuais penais, como condição de alcance da responsabilidade criminal do acusado, no intuito de limitar o poder punitivo do estado.

A fim de se adequar à proposta do presente trabalho, tratar-se-á dos axiomas processuais penais, os quais podem ser extraídos da própria Carta cidadã. Isto se deve ao fato de todo o ordenamento infraconstitucional conceder aplicabilidade aos mandamentos constitucionais.

No entanto, há que se dizer que a relação existente entre direito penal e processual penal é tão intrínseca, que a adoção destas garantias repercute em um direito penal mínimo. Por outro lado, o afastamento do modelo ideal garantista³⁴¹, aproxima um direito penal máximo.

Em acordo ao já dito em outras oportunidades, o garantismo é um modelo ideal, um referencial teórico, do qual se deve aproximar ao máximo, em que pese saber ser inalcançável. É sob esta perspectiva que devemos analisar os

³³⁹ ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão penal: A bricolagem de significantes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006,p.294.

³⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chouker, Juarez Tavares e Luiz Flavio Gomes. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014,p.75.

³⁴¹ BOBBIO, Norberto. Prefácio. *In*: FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chouker, Juarez Tavares e Luiz Flavio Gomes. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

dispositivos legais que embora sejam formalmente válidos, não possuem aderência constitucional.

Logo, quando insuficiente a formulação de um sistema de garantias, há que se requisitar recursos hermenêuticos ou até mesmo legais³⁴² para afastar a aplicabilidade dos dispositivos cuja base não seja acusatória.

4.1 *Nulla Culpa Sine Judicio*: princípio da necessidade.

Suprimida a vingança privada e avocado pelo Estado o poder de punir como consequência do implemento de critérios de justiça, eis que surge o princípio da necessidade.³⁴³

O Estado como ente jurídico e político passa assumir não só a proteção da sociedade, mas também do próprio réu ao se verificar a ocorrência da transgressão de uma norma jurídico penal.³⁴⁴ Chiovenda ensina que esta é a atividade substitutiva do Estado em relação ao cidadão.

Sob este aspecto, surge o processo como a única estrutura legítima para impor uma pena. Isto porque, a atividade julgatória concedida ao estado, deverá ser exercida por um terceiro previamente estabelecido, desinteressado e imparcial, com objetivo de apurar a ocorrência do delito e sancionar o autor.

A necessidade do processo para aplicação do poder jurisdicional, se da em função de o direito penal ser despido de coerção direta, o que ocorre no direito privado. É bem verdade que a norma material penal possui a função preventiva geral a qual é dotada de auto executividade, isto é, seus efeitos ocorrem sem necessidade do processo. Entretanto, é a pena a espinha dorsal do direito penal, e por isso, a verdadeira essência da norma penal esta naquela (pena), a qual não pode prescindir do processo.

Desta forma, surge a noção de instrumentalidade constitucional do processo penal para com o direito penal, a qual se reputa a maior garantia dos direitos fundamentais do acusado. A pena não só depende do delito, mas também do devido processo legal. De acordo com Lopes Jr. “ a instrumentalidade do

³⁴² Foi demonstrado no julgado do habeas corpus impetrado pela advogada Juliana Damasceno perante o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

³⁴³ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**.ed. 10. São Paulo: Saraiva, 2013.

³⁴⁴ ALONSO, Pedro Aragonese. **Instituciones de derecho procesal penal**. 5. ed. Madrid: Editorial Rubí Artes Gráficas, 1984.

processo penal é o fundamento de sua existência, mas com uma especial característica: é um instrumento de proteção dos direitos e garantias fundamentais”.

Este princípio constitucional insculpido no artigo 5º, LIV retrata o adágio latino *nulla poena et nulla culpa sine iudicio*. O processo sempre precederá a pena, ele é imperativo no âmbito penal por tratar de direitos indisponíveis.

O monopólio do Estado no exercício da jurisdição penal é limitado pela imprescindibilidade do sistema processual penal. Portanto, sob o aspecto da criminologia, pode-se dizer que o processo penal é uma instância formal de controle do crime.³⁴⁵

Logo, Lopes Jr.³⁴⁶ nos alerta para o erro cometido pelo legislador da lei 9099/95, assim como seus aplicadores, que convertiam a pena de multa em pena de prisão ou restritiva de direitos, pelo simples descumprimento daquela, sem a ocorrência do devido processo legal.

Assim como o direito penal se esvazia sem a pena, esta não tem eficácia sem o processo. Outrossim, deve-se entender que processo penal e direito penal são verso e reverso de uma mesma moeda.³⁴⁷ Logo, não há qualquer tom pejorativo ao dizer que o processo penal é a *strumentalià*³⁴⁸ do direito penal, se compreendermos que esta instrumentalidade não está a serviço de uma única finalidade: aplicação da pena.

Há que salientar que o processo deve ser também entendido como meio de garantia da dignidade da pessoa humana, a qual ocorre pela eleição de um modelo acusatório de processo.³⁴⁹ A consequência desta escolha, é a adoção de critérios como a presunção de inocência, separação total das funções de acusar e julgar, vedação dos juízos de exceção e das provas ilícitas, duração razoável do processo, convencimento formado pela motivação e outras.

³⁴⁵ DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel Costa. **Criminologia**: o homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Editora Coimbra, 2011.

³⁴⁶ LOPES JR. Aury, **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 1.

³⁴⁷ CARNELUTTI, Francesco. **Lições sobre o processo penal**. Trad. Francisco José Galvao Bruno; Campinas: Bookseller, 2004. v. 1.

³⁴⁸ LEONE, Giovanni. **Elementi di diritto e procedura penale**. 5. ed. Napoli: Jovene, 1981.

³⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chouker, Juarez Tavares e Luiz Flavio Gomes. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

De acordo com os pressupostos garantistas definidos por Ferrajoli,³⁵⁰ há que se compreender que verdade e liberdade são valores da jurisdição e fundamentos axiológicos da divisão dos poderes.

Mister se faz afirmar, que o posicionamento de Ferrajoli sobre a verdade difere daquele sustentado neste trabalho, pois parte da ideia de verdade formal. Motivo pelo qual prefere-se trabalhar a verdade sob o ponto de vista da captura psíquica do julgador. A diferença reside exatamente na importância que se dá à verdade. Esta deve permanecer no processo, porém em um lugar de menor importância.

Sob este ponto de vista, a verdade trazida pela exordial acusatória somente deverá ser (des)creditada pelo magistrado após o transcurso de todo o processo. Somente após o trânsito em julgado de uma decisão condenatória é que estará desfeito a presunção de inocência que paira sobre o acusado. Caso contrário, no qual a hipótese acusatória seja descreditada ou insuficientemente creditada, há que se pronunciar o favor rei.

É sob esta senda que o papel do juiz deve ser lido. Não há como se conceber um juiz de justiça, mas sim um juiz de garantias, que atento ao duelo, proteja as regras e emane a decisão final.³⁵¹

A instrumentalidade do processo a qual decorre do princípio da necessidade caminha para dois lados, mas que em algum lugar desta estrada devem se cruzar. Processo é instrumento a serviço da realização de um projeto democrático³⁵², e portanto, jamais será instrumento político de segurança pública ou defesa social³⁵³. Democracia é aplicação de pena com garantias ao acusado.

4.2 *Nullum Judicium Sine Accusatione*: princípio acusatório

Conforme já sustentado no corpo deste trabalho, o modelo acusatório é o que melhor atende às necessidades de um regime democrático de

³⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chouker, Juarez Tavares e Luiz Flavio Gomes. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

³⁵¹ ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão penal**: A bricolagem de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

³⁵² PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

³⁵³ DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 1990.

governo. Em que pese a atual Carta Magna não prever expressamente a adoção deste sistema, podemos inferir tal sistemática através de duas formas interpretativas.

A primeira se refere ao pensamento goldschmidtiano³⁵⁴ de que o processo penal é o termômetro democrático de uma nação. Logo, analisando a nossa transição de um sistema político autoritário para o atual modelo democrático, percebesse que somente o sistema acusatório possui identidade de base epistemológica ao modelo democrático.

Por outro lado, a própria Constituição Federal erige uma série de normas que delineiam o sistema acusatório: titularidade da ação penal pública por parte do Ministério Público, contraditório, ampla defesa, devido processo legal, presunção de inocência, publicidade, fundamentação das decisões judiciais, juiz natural, vedação de provas ilícitas e outros.

Ademais, necessário lembrar que os tratados internacionais que versam sobre os direitos humanos, quando não possuam status de emenda constitucional, serão tratados como norma supra legal. Assim, tendo o Brasil ratificado a Comissão Americana de Direitos Humanos, estando, portanto sob a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, outra posição não poderia ter aquele país, se não a escolha de um modelo acusatório democrático.

Em acordo com a posição adotada neste trabalho, é clara a possibilidade da coexistência de características inquisitoriais nos sistemas acusatórios. Contanto que não haja interferência nos núcleos fundantes daqueles modelos, a mera adoção de caracteres periféricos não desnaturam a essência do sistema.

Coutinho ensina que a inexistência de um sistema atualmente puro com traços exclusivos daquele modelo, faz com que todos sejam mistos. No entanto, há que se advertir que chama-lo de misto não significa afirmar a presença de um princípio misto, o que desconfiguraria o sentido de sistema. No esolio do autor, “ misto significa ser, na essência, inquisitório ou acusatório, recebendo a referida adjetivação por conta dos elementos (todos secundários), que de um sistema são emprestados ao outro”³⁵⁵

³⁵⁴ GOLDSCHMIDT, James. **Principios generales del proceso**. Buenos Aires: EJE, 1961. v. 2.

³⁵⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Nota Dez Editora, n. 1.2001.p.3

Explica Illuminati,³⁵⁶ que o traço limítrofe entre os modelos que informam o processo, é o meio pelo qual a prova é obtida, a qual para o sistema acusatório deve ser pelo enfrentamento das partes perante um juiz inerte.

Ferrajoli³⁵⁷ descreve o sistema acusatório como um modelo de prevalência da inatividade judicial, nítida separação de funções, com o debate estabelecido pelas partes sob a determinação do contraditório, e decisões emanadas através do livre convencimento motivado.

Em direção diametralmente oposta, no modelo inquisitório há prevalência do ativismo judicial na busca pela prova, com um procedimento escrito e secreto sem a presença do contraditório.

Analisando o atual regime democrático de governo, percebe-se que o processo penal não pode ter como objetivo principal a aplicação da norma penal. Em realidade, seu objetivo primário é a tutela dos direitos e garantias do acusado frente ao poder punitivo do estado.

Desta forma, infere-se que o modelo acusatório foi agasalhado pela Constituição Republicana em contraposição ao Código de Processo Penal atual, que possui nítida base inquisitorial.³⁵⁸ Motivo pelo qual Coutinho afirma que a “ CR 88 traçou, como se sabe, uma base capaz de, sem muito boa vontade, enterrar grande parte do CPP ”.³⁵⁹

Frente a esta inconformidade adotada pela sistemática do processo penal brasileiro, e aquela admitida pela constituição, há que se declarar todos os dispositivos que possuam natureza inquisitorial como substancialmente inconstitucionais. Para Streck, “ sendo a Constituição o fundamento de validade de todo o sistema jurídico – e essa é a especificidade maior das ciências jurídicas -, de sua interpretação- aplicação (adequada ou não) é que exsurdirá a sua (in)efetividade”.³⁶⁰

³⁵⁶ ILLUMINATI, Giulio. El Sistema acusatório em Italia. *In*: WINTER, Lorena Bachmaier (Org.). **Proceso penal y sistemas acusatorios**. Madrid: Marcial Pons, 2008.

³⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chouker, Juarez Tavares e Luiz Flavio Gomes. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014,p.75.

³⁵⁸ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**.ed. 10. São Paulo: Saraiva, 2013.

³⁵⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais. **Revista jurídica dos cursos de direito da universidade Estácio de Sá**. Rio de Janeiro: Jurispoiesis ano 4, n. 5. P. 31-36, 2002,p.32

³⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002,p.181.

Analisando sob este prisma, no qual a Constituição serve de vetor ao ordenamento jurídico processual penal, percebe-se a inconstitucionalidade de diversos dispositivos ali contidos. Para Prado³⁶¹, a eleição ideológica do modelo acusatório é efeito da escolha do regime democrático, razão suficiente para se afastar a aplicabilidade de diversos artigos do código de processo penal.

Não restam dúvidas de que o código de processo penal possui base inquisitorial, inclusive reforçada pelas inúmeras reformas pontuais ocorridas no ano de 2008. A nova redação dada ao artigo 156 é exemplo claro do ativismo judicial, ao possibilitar a produção antecipada de provas mesmo antes do início da ação penal.

Estas reformas se assemelham ao que Binder denominou de manipulação arbitrária do processo penal, pois orientam aquelas normas em direção oposta à estabelecida pelo vetor constitucional. Estas modificações dilaceram as garantias processuais do acusado, frente ao jus puniendi estatal, as quais são ordenadas pela lei maior que ocupa o lugar mais alto na pirâmide Kelsiana³⁶².

Conclui-se que a opção pelo modelo acusatório é fruto da escolha de uma ordem democrática, e por isso, a legislação processual penal deve seguir os rumos da Carta Magna a fim de garantir os direitos fundamentais do cidadão, pois só assim terá validade.

4.3 *Nulla Accusatio Sine Probatione*: Princípio do Ônus da prova.

Conforme já sustentado na seção relacionada à prova no processo penal, estas são os materiais destinados a recompor um fato histórico, e cuja função é convencer o magistrado.³⁶³ Esta é a função persuasiva da prova, a qual destina-se à captura psíquica do juiz.³⁶⁴ Da mesma forma, Aragonese Alonso ensina que o conceito de prova tem relação com a atividade encaminhada a conseguir o convencimento psicológico do juiz.³⁶⁵

³⁶¹ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.34.

³⁶² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

³⁶³ TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Madrid: Editorial Totta, 2005.

³⁶⁴ CORDERO, Franco. **Procedimento penal**. Trad. Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 2000. v. 2.

³⁶⁵ ALONSO, Pedro Aragonese. **Instituciones de derecho procesal penal**. 5. ed. Madrid: Editorial Rubí Artes Gráficas, 1984.

Há ainda que se dizer, que por força do princípio constitucional do favor rei, paira sobre o acusado uma presunção de inocência que só é desconstruída a partir de uma sentença condenatória transitada em julgado.

Logo, por força do status de inocência do acusado, cabe à acusação demonstrar o contrário, ou seja, a culpabilidade do réu. Assim, somente ao autor há a obrigação/ônus de demonstrar a culpa do acusado e a materialidade delitiva. Nos dizeres de Aragonese Alonso³⁶⁶, “ la llamada carga de la prueba gravita exclusivamente sobre quien acusa (sujeto activo de la prueba)”. Motivo pelo qual é nula a acusação sem provas (*nulla accusatio sine probatione*).

Por outro lado, ao réu existe a manipulação de expectativas. A produção probatória exercida pelo acusado refere-se ao aproveitamento de chances de obter uma decisão favorável. Em outros termos, pode-se dizer que o acusado gerencia riscos ao aproveitar ou não uma chance de capturar a psique do magistrado.

Diferente do processo civil, no processo penal não há distribuição de cargas probatórias. Motivo pelo qual é um equívoco trazido pela suposta teoria geral do processo, a atribuição de ônus probatório ao acusado que alegue excludentes em sua defesa.³⁶⁷

A transferência da carga probatória ao réu, fruto da tentativa de transplante dos institutos do processo civil para o processo penal, acaba gerando verdadeiras aberrações e afrontas às garantias do acusado, por subverter a presunção de inocência. Sob este viés é que sustentamos a impossibilidade jurídica de uma teoria geral do processo, a qual somente tem serventia ao processo civil.

Outro grave equívoco já constatado no tópico anterior refere-se ao ativismo judicial na gestão probatório em face de dúvidas ocorridas no processo. O estado de dúvida do julgador foi previsto pela constituição ao determinar que em face do dever de se tratar o acusado como inocente, a dúvida há que ser resolvida em benefício do acusado.

Logo, é teratológica as alegações de que pode o magistrado se imiscuir na gestão probatória a fim de buscar subsídios para comprovar a inocência

³⁶⁶ALONSO, Pedro Aragonese. **Instituciones de derecho procesal penal**. 5. ed. Madrid: Editorial Rubí Artes Gráficas, 1984,p.276

³⁶⁷ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**.ed. 10. São Paulo: Saraiva, 2013.

do réu. Tais alegações não passam de afirmações levianas, pois qualquer atividade judicial na busca de provas é para condenar o acusado.

Se ao final do processo o magistrado constatar que a produção probatória das partes foi insuficiente para comprovar uma das teses, deve prevalecer o *status a quo*, que é a inocência do acusado. Isto por que o acusado não precisa convencer o magistrado daquilo que ele é, mas sim a acusação deve provar o que ele não é.³⁶⁸

Seguindo esta ótica, a dúvida deve ser regra na valoração probatória, motivo pelo qual Tonini afirma que “ a prova da culpabilidade, se é insuficiente ou contraditória, equivale à inexistência de prova”.³⁶⁹ Assim sendo, a sentença que absolve o acusado com base na dúvida deve declarar a inexistência de provas, e jamais a inexistência suficiente de provas para condenar.

Em sede de ato decisório condenatório, há que existir apenas dois graus de provas: aquele suficiente para corroborar um decreto condenatório, e o ausente que enseja a absolvição. A debilidade das provas acusatórias deve representar a inexistência daquelas no momento da decisão.

Carnelutti³⁷⁰ já enfrentava esta questão há muito tempo ao entender que a absolvição por insuficiência de prova deixa o acusado na mesma situação anterior ao processo, e o acusado continua a ser acusado por toda a vida.

Em que pese não ser objeto do presente trabalho, pois demandaria um estudo aprofundado sobre o tema, necessário refletir acerca das decisões emanadas pelo conselho de sentença nos Tribunais do júri. Se partirmos da ideia de que as decisões proferidas pelo conselho de sentença refletem a convicção da sociedade como órgão julgador sobre o cometimento de um delito, dever-se-á ter em mente que todas as decisões condenatórias que não sejam unânimes, terão a dúvida em seu meandro.

Logo, partindo da análise abordada acerca da dúvida, somente deveriam ser reconhecidas as condenações quando todos os votos dos jurados

³⁶⁸ URANI, Marcelo Fernandez Cardillo de Moraes. **Modos de convencimento do julgador**: análise dos sistemas processuais penais.2009.Dissertação (Mestrado em Direito),PUCRS, Rio Grande do Sul.

³⁶⁹ TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. Trad. Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

³⁷⁰ CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Trad. José Antonio Cardinalli. Campinas: Servanda, 1995.

caminhassem em direção à condenação, pois caso contrário significaria a existência de dúvida, a qual deve se resolver em prol do acusado.

Enfim, é no processo acusatório, no qual um sujeito propõe uma hipótese e o outro uma contra hipótese, enquanto um terceiro alheio e estranho decide com obediência às regras do jogo³⁷¹, que se garante um julgamento imparcial ao mesmo tempo que a dignidade do acusado.³⁷² É isto que um processo democrático exige.

4.4 *Nulla Probatio Sine Defensione*: Princípio do Contraditório

O contraditório pode ser considerado como método de confrontação ou constrangimento da prova, ritualizado por partes contrapostas. Partindo do ponto de vista do processo como procedimento em contraditório³⁷³, pode-se considerá-lo como integrante da própria estrutura dialética do processo.

Além de ser uma exigência política, o contraditório se confunde com a própria essência do processo³⁷⁴, pois este nada mais é do que uma sucessão de atos passados pelo crivo do contraditório.

O ato de contradizer é imprescindível para um mínimo de configuração acusatória do processo³⁷⁵, e é por isto que o princípio do contraditório é um dos elementos mais democráticos do processo. Somente um processo que conceda oportunidade de fala a todos pode ser caracterizado como democrático, pois uma decisão que não possua a participação de ambas as partes, jamais terá legitimidade.³⁷⁶

O direito a dizer e contradizer deve ser garantido pelo magistrado sob pena de parcialidade e quebra da paridade das armas. Neste sentido, W. Goldschmidt afirma que “ quien presta audiência a uma parte, igual favor debe a la outra”.³⁷⁷

³⁷¹ CORDERO, Franco. **Procedura penale**. 9. ed. Milano: Giuffrè, 2012.

³⁷² GOLDSCHMIDT, James. **Principios generales del proceso**. Buenos Aires: EJEA, 1961. v. 2.

³⁷³ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Trad. Elaine Nassif. 8. ed. Campinas: Bookseller, 2006.

³⁷⁴ DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 1990.

³⁷⁵ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. ed. 10. São Paulo: Saraiva, 2013.

³⁷⁶ FAZZALARI, *Op.cit.*, 2006.

³⁷⁷ GOLDSCHMIDT, Werner. La imparcialidad como principio básico del proceso. **Revista de Derecho Procesal**, n. 2, 1950.

Mister se faz salientar, que não basta uma mera oportunidade de contra manifestação, é preciso que as partes estejam “em pé de simétrica paridade em relação ao outro contraditor.”³⁷⁸ Sem o equilíbrio não há isonomia processual e por isso efetivo contraditório.

Conforme já dito em linhas passadas, o processo acusatório, e mais especificamente o elemento contraditório integrante daquele, é o instrumento mais eficaz na busca da descoberta dos fatos pretéritos relevantes ao processo, além de ser uma verdadeira exigência de justiça.³⁷⁹

Por este motivo, há que se reconhecer que as fases investigatórias nas quais não permeia o contraditório, devem servir única e exclusivamente para o exercício do direito/dever de ação por parte do Ministério Público ou querelante.³⁸⁰ Caso contrário, poderá contaminar o magistrado pré-determinando o caminho da fase processo-judicial.³⁸¹ Conforme explica Cordero³⁸², a adoção prematura de uma hipótese pelo juiz causa os quadros mentais paranoicos nos quais decide-se antes para depois comprovar.

Desta forma, há que se compreender que elementos colhidos durante as investigações não podem ser utilizados como prova por não terem passado pelo constrangimento. Recordando o quanto dito a respeito das reformas pontuais de 2008 ao código de processo penal brasileiro, a nova redação dada ao artigo 155 admite a condenação com base em elementos de investigação, os quais não foram constrangidos, restando apenas os efeitos alucinatórios que a evidência causa aos sentidos.

Mais uma vez cochilou o legislador ao erigir mais uma norma ao arrepio do modelo acusatório, que possibilita condenações baseadas em meros elementos investigativos. Cunha Martins³⁸³ explica que “de alguma maneira, a evidência instaura um desamor do contraditório,” pois o evidente dispensa a prova.

³⁷⁸ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Trad. Elaine Nassif. 8. ed. Campinas: Bookseller, 2006. p.123.

³⁷⁹ GUASP, Jaime. Administración de Justicia y Derechos de la Personalidad. *In*: ALONSO, Pedro Aragonese (Coord.). **Estudios Jurídicos**. Madrid: Civitas, 1996, p.100-150.

³⁸⁰ KHALED JR, Salah Hassan. **A ambição da verdade no processo penal**: Desconstrução do mito da verdade real. Salvador: Podivm, 2009.

³⁸¹ DALIA, Andrea Antonio; FERRAIOLI, Marzia. **Manuale di diritto processuale penale**. 4 ed. Milani: CEDAM, 2001.

³⁸² CORDERO, Franco. **Guida allá procedura penale**. Torino: UTET, 1986, p.47.

³⁸³ MARTIS, Rui Cunha. Estado de direito, evidência e processo: incompatibilidades electivas. *In*: BRANDÃO, Claudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício Leitão (Org.). **Princípio da legalidade da dogmática à teoria do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 539.

Seguindo esta linha de pensamento, o convencimento do magistrado deve se dar lentamente com o decurso do processo. A evidência corresponde a uma satisfação demasiado rápida perante indicadores de mera plausibilidade,³⁸⁴ e por isso não podem fazer parte do convencimento do magistrado.

Há que fazer referência sobre a íntima relação existente entre contraditório e direito de defesa. Para alguns autores, defesa e contraditório estão indissoluvelmente ligados pois é do contraditório que surge a defesa, logo esta garante o contraditório, ao mesmo tempo que este garante a defesa.³⁸⁵

Existe ainda a corrente que sustenta a distinção entre ambos, especialmente pelos reflexos causados no sistema das nulidades³⁸⁶. Entretanto, esta distinção é feita por uma linha tênue que na prática quase desaparece.

Percorridas todas as garantias tratadas no decorrer das seções deste capítulo, é importante lembrar a existência das garantias das garantias³⁸⁷: publicidade, oralidade, rito estabelecido em lei e motivação das decisões.

A primeira delas, publicidade, garante a transparência do processo, elemento democrático cuja necessidade é essencial. Permite que a sociedade tenha ciência de todo o processo, sem quaisquer segredos e obscuridades, salvo casos específicos de segredo de justiça.

É uma segurança psicológica da sociedade em ter acesso a qualquer arbitrariedade que possa ser causada dentro de um processo, além de possuir uma função de prevenção geral contra o cometimento de novos crimes, uma vez que demonstra a efetiva punição àquele que transgride as normas penais.

Necessário informar que esta publicidade não pode ultrapassar os limites colocados pelo direito à intimidade e privacidade do acusado, os quais vêm sendo devassados pela mídia sensacionalista. Estas garantias democráticas devem ser usadas como verdadeiros limites democráticos à abusiva exploração midiática.

Conforme explicado sobre as evidências, a mídia trabalha exatamente com base naquelas, que por alucinarem os sentidos³⁸⁸, acabam fazendo

³⁸⁴ FRAZÃO, Malê de Aragão; CAVALCANTI, Tatiana Carvalho de Oliveira. **Que presunções (não) tolera o direito penal?** Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ea119a40c1592979>>. Acesso em: 15 dez. 2013.

³⁸⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 6. Ed. São Paulo: RT, 1997.

³⁸⁶ LEONE, Giovanni. **Elementi di diritto e procedura penale**. 5. ed. Napoli: Jovene, 1981.

³⁸⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chouker, Juarez Tavares e Luiz Flavio Gomes. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

verdadeiras tragédias nas vidas de acusados e investigados, como no caso da escola base em São Paulo.

Outra garantia vital é a oralidade, que atende ao imperativo dialético do processo. Além de efetivar a autodefesa do réu, a oralidade traz um contato direto do magistrado com as provas, ficando latente a sua sensibilidade na apreciação daquelas. A isto damos o nome de imediatidade, a qual fora privilegiada com uma das reformas ao código de processo penal em 2008, que consagrou o princípio da identidade física do juiz.

Entretanto, é merecedora de críticas a atual encenação ocorrida no processo, quando os depoimentos escritos colhidos na fase investigativa são confirmados na segunda fase através do ritual judicial.

No que se refere ao rito legal, ou as regras do jogo, estas devem ser pré estabelecidas pela lei, atendendo às necessidades do sistema acusatório. No mesmo sentido segue a necessidade de o magistrado motivar suas decisões a fim de coibir o arbítrio judicial. Desta forma, possibilita-se o direito ao recurso do acusado além de transparência à sociedade sobre as escolhas feitas.

Todos os atos decisórios devem ser motivados sob pena de inviabilizar o duplo grau de jurisdição, tornando-se, portanto, meros atos arbitrários sem quaisquer parâmetros.

4.5 Adequação Constitucional do Ordenamento Jurídico: recursos de hermenêutica

De acordo com os axiomas apresentados até aqui, percebe-se que qualquer que seja a norma processual penal editada pelo legislativo, ela deve seguir os parâmetros indicado por aqueles princípios constitucionais.

Entretanto, como foi observado a respeito do artigo 156 do atual código de processo penal, pode ocorrer de que alguns dispositivos ultrapassem as barreiras impostas pelos citados axiomas, vindo a compor o conjunto de normas processuais penais.

Exatamente por isso, o direito constitucional prevê diversos instrumentos para coibir a aplicação destes dispositivos materialmente

³⁸⁸ MARTIS, Rui Cunha. Estado de direito, evidência e processo: incompatibilidades electivas. *In*: BRANDÃO, Claudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício Leitão (Org.). **Princípio da legalidade da dogmática à teoria do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 539.

inconstitucionais. A falta de validade de uma lei traz como consequência a nulidade ou anulabilidade do ato jurídico que se baseou naquela. Sendo o ato inconstitucional, aplica-se a sanção mais grave, qual seja, a nulidade.

Conforme já explicado outrora, a interpretação de todo o ordenamento infraconstitucional em acordo com a Lei Maior é providência primária para analisar a viabilidade de aplicação de qualquer instituto.

Partindo da ilustrativa pirâmide de Kelsen, percebe-se que a Constituição Federal assume o lugar mais alto daquela, dando sintonia e unidade a todo o plano jurídico inferior. Isto se deve ao fato de que a *Lex Maior* é fruto de um poder constituinte, enquanto que as demais legislações são fruto de um poder constituído, cuja limitação é estabelecida pela primeira.

Deve-se compreender que o ordenamento jurídico é uno e dirigido sob o comando constitucional. Motivo pelo qual Gilmar Mendes afirma que “ a Constituição só pode ser compreendida e interpretada corretamente se nós entendermos como unidade, do que resulta, por outro lado, que em nenhuma hipótese devemos separar uma norma do conjunto”.³⁸⁹

Desta maneira, o controle da constitucionalidade das normas infraconstitucionais deve operar através de dois sistemas: controle difuso e controle concentrado. O primeiro caracteriza-se pela possibilidade de aplicação por qualquer juiz ou tribunal diante de um caso concreto de incompatibilidade da norma à constituição.³⁹⁰ Por ter aplicabilidade sob o caso concreto, os efeitos desta decisão operam-se apenas entre as partes, isto é efeito inter partes e *ex tunc*.

Por outro lado, o controle concentrado é utilizado por meio de ações constitucionais. São elas a ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental. Há ainda que ressaltar a existência de dois mecanismos de controle por omissão. Tratam-se do mandado de Injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.³⁹¹

Nesta senda, surge uma outra forma de controle que é o instrumento hermenêutico de interpretação das leis conforme a constituição. Caso a norma

³⁸⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

³⁹⁰ MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Direito Processual Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

³⁹¹ MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008.

possua uma pluralidade de significados, espaço de decisão e possibilidade de interpretação que afronte a ordem constitucional, mister se faz afastar esta interpretação.³⁹²O afastamento se deve ao fato de que ao Poder Judiciário é vedado substituir o Poder Legislativo, sendo proibida a correção da norma jurídica.³⁹³

O descompasso existente entre a mutação do plano real e a do legal é abissal, motivo pelo qual requer a atualização das interpretações as quais são procedimentos lógicos realizados para obtenção do significado, conteúdo e alcance das normas jurídicas. Assim, Freitas³⁹⁴ conclui que “ o sistema constitucional pode, sem alterações legislativas, experimentar progressos ou retrocessos, em face da qualidade dos agentes que efetuam o controle difuso ou concentrado”.

Voltando a questão da interpretação conforme a constituição, Moraes divide-a em duas formas. A primeira feita através da redução do texto legal, declarando-se a inconstitucionalidade de parte da norma discutida. Já a interpretação sem redução do texto é aquela exclui uma forma interpretativa ou concebe outra em via diversa, de sorte que exclua a interpretação não conforme a constituição.

A lógica deste instituto esta na concepção de que as leis ordinárias são meros meios de aplicabilidade das normas constitucionais. Logo, carece de coerência uma interpretação legal contraria aos mandamentos constitucionais.³⁹⁵

Diante do quanto explicado até aqui, necessário se faz analisar alguns dispositivos contidos no hodierno código adjetivo repressor, e que com a clareza solar não possuem aderência constitucional.

No que se refere ao artigo 156 e seus incisos, redação dada pela lei 11.690/08, há que se observar a incompatibilidade com a Carta Magna. Já de início, mister se faz ressaltar a questão do ônus probatório em sede processual penal. “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer”, deve ser alvo de interpretação conforme a constituição a fim de coibir qualquer possibilidade de inversão do princípio da inocência, atribuindo, portanto a carga probatória ao réu.

No mesmo sentido, o final do artigo estabelece que “sendo, porém, facultado ao juiz de ofício ”atividades inquisitórias elencadas nos respectivos incisos.

³⁹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

³⁹³ MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008.

³⁹⁴ FREITAS, Juarez. A melhor interpretação constitucional versus a única resposta correta. *In*: SILVA, Virgílio Afonso da. (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 328.

³⁹⁵ SOUZA, Eduardo Francisco de. A abstração do Controle Difuso de Constitucionalidade. **Revista CEJ**. Brasília, n. 41, p. 74-84, abr./jun. 2008.

Aqui, exsurge a necessidade de interpretação conforme (sistema acusatório) com redução desta parte do texto.

Por outro lado, pode-se também pleitear a Ação direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, a fim de reconhecer a completa inconstitucionalidade da norma. Aliás, orientação já assumida pelo STF ao julgar parcialmente procedente a ação 1.570-2 impetrada pelo Procurador Geral da República, para declarar a inconstitucionalidade de parte do artigo 3º da lei 9.034/95.

Analisando o artigo 311 do mesmo diploma, percebe-se a possibilidade de atuação *ex officio* do juiz na decretação da prisão preventiva. Neste caso, é clássico a observância da interpretação conforme o sistema acusatório adotado pela Constituição Federal de 1988, a fim de suprimir a parte que trata da possibilidade da decretação da prisão de ofício pelo juiz.

Por outro lado, até antes da alteração redacional dada pela lei 12.403/11, poder-se-ia tratar o caso com a utilização do sistema difuso, através da revogação do dispositivo pela ausência de recepção pela nova ordem Constitucional instaurada em 2008.³⁹⁶ Outra alternativa seria o acionamento do controle concentrado no que tange a ação de descumprimento de preceito fundamental, já que face ao princípio da contemporaneidade, a ação direta de inconstitucionalidade não é meio idôneo para analisar a legitimidade constitucional de ato normativo editado antes da vigência da nova ordem constitucional.³⁹⁷

Entretanto, com a citada reforma, não mais será possível a alegação da ausência de recepção, podendo ser declarada sua inconstitucionalidade pela via direta (ação direta de inconstitucionalidade).

Conforme se pode observar dos exemplos dados, a hermenêutica interpretativa conforme a constituição não possui restrição pelo princípio da contemporaneidade, pois trata da questão da supremacia constitucional e não da sucessão de leis no tempo. Conforme explica Ferrajoli, há que dissociar validade de vigência:

Validade e vigência coincidem nos Estados absolutistas que têm como única norma acerca da produção o princípio de mera legalidade *quod principi placuit legis habet vigorem*; pelo contrário não coincidem nos modernos Estados de direito, que estão dotados de normas acerca da

³⁹⁶ SANTOS, Juliana Pinheiro Damasceno. **Limites constitucionais à iniciativa do juiz no processo penal democrático**. 1. ed. Rio de Janeiro: Câmara brasileira de jovens escritores, 2011.

³⁹⁷ RAMOS, Eival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução**. São Paulo: Saraiva, 2010.

produção normativa que vinculam a validade das leis ao respeito das condições também substanciais ou de conteúdo, destacando-se entre elas os direitos fundamentais.

Mister se faz explicar a crítica formulada pela doutrina a respeito da utilização da interpretação conforme a constituição. O medo existente consiste na quebra da segurança jurídica, no entanto, Rosa alerta que “a crítica dirigida a esta modalidade de controle de constitucionalidade, vindica a obtenção de uma maior segurança jurídica que, todavia, não se coaduna com a sociedade contemporânea.”³⁹⁸

Os operadores do direito devem ser exegetas constantes, fabricando pensamentos críticos no intuito de coadunar a legislação infraconstitucional à *Lex Suprema*. Neste sentido, Rosa³⁹⁹ evidencia a diferença existente entre o jurista de ofício e o jurista de bricolear. Enquanto o primeiro trabalha com conceitos pré-fabricados pelo senso comum teórico, aceitando a literalidade da lei, *dura lex sede lex*, o segundo rejeita os pré-moldados, passando a repugnar a lei de forma crítica, fruto da exegese.

Desta forma, com base no atual Estado Democrático de Direito vivido no Brasil, há que se conceber uma postura crítica de interpretação das normas infraconstitucionais, a qual deve ser realizada pela interpretação conforme, a fim de garantir a validade daquelas.

³⁹⁸ ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 115.

³⁹⁹ *Idem*. **Decisão penal: A bricolagem de significantes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CONCLUSÃO

Sem ter a pretensão de concluir o tema, mas apenas objetivando reunir os posicionamentos centrais aqui abordados, propõe-se breves considerações finais acerca da matéria.

Conforme já explicado no decorrer do trabalho, o processo é a forma mais democrática de resolução de conflitos, e no que tange à seara penal, a única legalmente corroborada pela ordem constitucional de 1988. Em que pese este já ser um entendimento pacífico, a escolha de um sistema que reja o processo penal é tema bastante divergente ainda hoje.

Apesar de já instaurada desde o ano de 1988 uma nova ordem constitucional pautada em um estado democrático de direito, persiste ainda hoje um código de processo penal de cunho nitidamente inquisitorial. Afirmar que tal posicionamento se da em virtude de ser um código cujo nascedouro remonta a década de 40, é no mínimo um argumento leviano, pois como ficaram aqui registrado, diversas alterações legais ocorridas nos últimos 10 anos mantiveram a mesma base inquisitorial.

Neste sentido, confrontando o hodierno código de processo penal com a atual carta política, evidencia-se o total descompasso existente entre o modelo acusatório determinado pelo segundo e o sistema inquisitorial adotado pelo primeiro, ficando patente o completo desrespeito aos direitos do imputado.

Sob este espectro fulcral surge a necessidade de uma mudança não só dogmática mas também cultural, a fim de reavaliar as funções do processo penal, deixando de lado a verdade como seu objetivo e compreendendo a captura psíquica do magistrado não ator. Ou seja, necessário entender que o processo penal de base acusatória já não mais busca a verdade como seu objetivo, até mesmo pela incapacidade de alcance daquela. A verdade em si é indiferente ao processo, pois o que se busca é o convencimento psicológico.

Frise-se que verdade é algo que somente se coaduna com o presente, e sendo o processo um procedimento para retratar um fato pretérito, jamais há que se falar em verdade dentro do processo. Esta é plenamente inalcançável.

O que se observa da história, é que a verdade enquanto fim do processo serve apenas de justificativa para o uso do desmedido poder, como é o caso da tortura vivenciada nos períodos ditatoriais.

Analisando o processo penal sob a lente constitucional, necessário compreender que aquele é um sistema de garantias feito para o imputado em contraposição ao poder de punir do estado. Portanto, o processo deve ser entendido como uma estrutura dialética de discursos, na qual as partes objetivam a captura psicológica do magistrado inerte à atividade probatória.

Todo e qualquer registro probatório aportado aos autos deve ser realizado única e exclusivamente pelas partes, pois uma vez realizado pelo juiz, certamente contamina sua psique, conduzindo o julgamento em direção a sua tese previamente escolhida. É o que se denominou primado da hipótese sobre os fatos.⁴⁰⁰

É exatamente a atividade probatória realizada no processo o divisor de águas entre os sistemas acusatório e inquisitório. Ai reside o núcleo fundante do sistema. Estando a cargo das partes, temos o sistema acusatório, se também oportunizada ao magistrado, teremos o sistema inquisitorial.

Neste sentido, adota-se a posição sobre a inviabilidade de um sistema misto, vez que o conceito de sistema reside exatamente na unicidade. Cada sistema possui apenas um núcleo, motivo pelo qual não há que se falar em sistema misto. Frise-se que meras características inquisitórias não desnaturam o sistema acusatório.

Mister se faz salientar, ainda que a atividade probatória seja direcionada à tese defensiva, esta não deve ser permitida. Tal posicionamento é adotado em função da existência do princípio de proteção ao débil (princípio da inocência), o qual determina que havendo dúvida, esta deve ser solucionada sempre em favor do réu. Portanto, jamais atividade probatória direcionada à defesa do réu será melhor do que a aplicação do princípio da inocência.

Nesta senda, tentando por termo a toda esta celeuma, surge o projeto de lei nº 156/09, deixando explícito em seu artigo 4º a adoção do sistema acusatório, vedando assim a iniciativa do magistrado na fase investigatória e a substituição probatória do órgão de acusação.

⁴⁰⁰ Expressão utilizada por Franco Cordero.

O objetivo do projeto é por termo às atividades inquisitoriais, tal como é o apego pela verdade real, a qual dá margem a diversas outras inquisitorialidades, afastando de vez a figura do juiz ator e inovando com a figura do juiz de garantias, soterrando pra sempre o primado das hipóteses sobre os fatos.

Enfim, como já dito antes, não basta a mudança legal a qual é proposta pelo citado projeto. É necessário que os operadores do direito mudem o costume obsoleto da prática inquisitorial, tal qual é o apego pela busca de uma verdade real, pois caso contrário toda esta mudança servirá apenas para “inglês ver”, assim como se portou a lei de combate à escravidão no período regencial do Brasil.

REFERÊNCIAS

- ACKEL FILHO, Diomar. Verdade Formal e Verdade real. **RJTJESP**, Lex n. 111, São Paulo, mar-abr.1988.
- ALENCAR, Claudio Demczuk de. Os períodos do processo penal romano e seus respectivos procedimentos. **Revista CEJ**. Brasília, a. XVI, n. 58, p. 65-69, set./dez., 2012.
- ALMEIDA JR., João Mende de. **O processo criminal brasileiro**. São Paulo: Freitas Bastos, 1959.
- PEDROSO, Fenando de Almeida. **Processo penal. O direito de defesa: repercussão, amplitude e limites**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- ALMEIDA, Joaquim Canuto de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: RT, 1973.
- ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. O princípio da verdade real. **Revista Faculdade de Direito da USP**. São Paulo: n. 52, p.152,1957.
- AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. **O processo acusatório e a vedação probatoria**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- ALONSO, Pedro Aragoneses. **Instituciones de derecho procesal penal**. 5. ed. Madrid: Editorial Rubí Artes Gráficas, 1984.
- ALONSO, Pedro Aragoneses. **Proceso y derecho procesal**. 2. ed. Madrid: Edersa, 1997.
- ALONSO, Pedro Aragoneses. **Curso de derecho procesal penal**. Madrid: Edersa, 1986.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- AROCA, Juan Montero. **Princípios del proceso penal: una explicación basada em la razón**. Valência: Tirantlo Blanch, 1997.
- ARRUDA, Marcos; CALDEIRA, Cesar. **Como Surgiram as Constituições Brasileiras**. Rio de Janeiro: FASE (Federação de Órgãos para Assistência Social e Educacional). Projeto Educação Popular para a Constituinte, 1986.
- BAPTISTA, Francisco das Neves. **O mito da verdade real na dogmática do processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BARREIROS, José António. **Processo penal**. Coimbra: Almedina, 1981.
- BARROS, Marco Antônio. **A busca da verdade no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BAUMER, Franklin. **O pensamento europeu moderno**. V.II. séculos XIX e XX. Lisboa: ed. 70,1990.

BÉLGICA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Caso contra Bélgica. Recorrente: Piersack Recorrido: Estado da Bélgica. Disponível em: <<http://new.pensamientopenal.com.ar/01082010/fallos38.pdf>> . Acesso 09 dez 2013.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. **La valoracion racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007.

BETTIOL, Giuseppe. **Instituições de direito e de processo penal**. Trad. Manuel da Costa Andrade. Coimbra: Coimbra Editora, 1974.

BIANCHINI, Alice. Verdade real e verossimilhança fática. **Bol. Ibccrim**, n 67, São Paulo, jun.1998.

BINDER, Alberto M. **O descumprimento das formas processuais**. Trad. Ângela Nogueira Pessoa e Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste dos Santos. 10.ed. Brasília: UNB, 1997.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. 7ª ed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BOBBIO, Norberto. Prefácio. *In*: FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chouker, Juarez Tavares e Luiz Flavio Gomes. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BOFF, Leonardo. Prefácio: Inquisição: um espírito que continua a existir. *In*: EYMERICH, Nicolau. **Manual dos inquisidores**. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993. p. 7-28.

BOSCH, Nikolaus. **Aspektedesnemo-tenetur-PrinzipsausverfassungsrechtlicherundstrafprozessualerSicht**. Berlin: DunckerundHumblot, 1998.

BRASIL. Projeto de lei do Senado Federal 156/2009. Brasília,DF: Senado, 2009.

BRUGGER, Walter. **Dicionário de filosofia**. Trad. António Pinto de Carvalho. São Paulo: Editora Herder, 1962.

BRIÃO, Roberta Fussieger. Os poderes instrutórios do juiz e a busca da verdade real no processo civil moderno. Academia Brasileira de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/PODERES%20INSTRUTORIOS%20DO%20JUIZ%20E%20A%20BUSCA%20DA%20VERDADE%20REAL%20-%20Roberta%20Fussieger%20Br%C3%A3o.pdf>> Acesso em: 25 dez 2013.

BRUM, Nilo de Barros. **Requisitos retóricos da sentença penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

CALAMANDREI, Piero. **Derecho procesal civil**. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJE, 1973. v. 3.

CALAMANDREI, Piero. **Direito processual civil**. Trad. Luiz Abenizia e Sandra Drina Fernandez. Campinas: Bookseller, 1999. v. 3.

CALAMANDREI, Piero. **Elogio dei giudici scritto da un avvocato**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Trad. A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPELLETTI, Mauro. **A ideologia no processo civil**. Trad. Athos Gusmao Carneiro. n. 23, ano VIII. Porto Alegre: Ajuris, 1981.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Trad. José Antonio Cardinali. Campinas: Servanda, 1995.

CARNELUTTI, Francesco. La cenicienta. *In: Cuestiones sobre el proceso penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Libería el Foro, 1960. p.15-21.

CARNELUTTI, Francesco. **Lições sobre o processo penal**. Trad. Francisco José Galvão Bruno; Campinas: Bookseller, 2004. v. 1.

CARNELUTTI, Francesco. Poner en su puesto al Ministerio Público. *In: Cuestiones sobre el proceso penal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, p.139.

CARNELUTTI, Francesco. **Principi del processo penale**. Napoli: Morano, 1960.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de derecho procesal civil**. Trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Utecha, 1944, v. 9.

CARNELUTTI, Francesco. Verità, dubbio e certezza. **Rivista di Diritto Processuale**. V. XX. 1965.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Garantismo penal aplicado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CARVALHO, Salo. **Penas e garantias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. **Proceso, autocomposición y autodefesa**. 2. ed. México: UNAM, 1970.

CHAUÍ, Marilena. **Convite a filosofia**. São Paulo: Ática, 2004.

CHIMETI, Francesco. **O processo penal e a verdade material**. Teoria da Prova. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do Processo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CORDERO, Franco. **Guida allá procedura penale**. Torino: UTET, 1986.

CORDERO, Franco. La reforma dell'istruzione penale. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**. Milano, fasc. 3.,p.717jul./set. 1963.

CORDERO, Franco. **Procedura penale**. 9. ed. Milano: Giuffrè, 2012.

CORDERO, Franco. **Procedimento penal**. Trad. Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 2000. v. 2.

CORRÊA, Cristiane da Rocha. O princípio do contraditório e as provas irrepetíveis no inquérito policial. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 60. maio-junho.p.224, 2006.

COSSIO, Carlos. **Teoria de la verdade jurídica**. Buenos Aires: Losada, 1954.

COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. Verdade material e processo penal. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 81, n. 678, p. 286-290, abr. 1992.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais. **Revista jurídica dos cursos de direito da universidade Estácio de Sá**. Rio de Janeiro: Jurispoiesis ano 4, n. 5. P. 31-36, 2002.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Nota Dez Editora, n. 1., p. 26-52, 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Novo Código de Processo Penal Pedre Nova Mentalidade**. Disponível em:< <http://www.conjur.com.br/2009-abr-06/revisao-codigo-processo-penal-demanda-sistema-acusatorio>>. Acesso em: 06 dez 2013.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.16.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Sistema acusatório: cada parte no seu lugar constitucionalmente demarcado**. Disponível em: <www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194935/000871254.pdf?sequence=3> . Acesso em: 08 dez. 2013.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Um devido processo legal (constitucional) é incompatível com o sistema do CPP, de todo inquisitorial. *In*: Prado, Geraldo; MALAN, Diego (Org.). **Processo penal e democracia**. Estudos em homenagem aos 20 anos de constituição da república de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008,p.253.

DALIA, Andrea Antonio; FERRAIOLI, Marzia. **Manuale di diritto processuale penale**. 4 ed. Milani: CEDAM, 2001.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Editora Coimbra, 1974. v1.

DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel Costa. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena**. Coimbra: Editora Coimbra, 2011.

DIDIER JR., Fredie. **Reconstruindo a teoria geral do processo**. Salvador: Podivm, 2012.

DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros,1990.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil.**, 4. ed. Rev. Atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2004,v1.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Trad. Elaine Nassif. 8. ed. Campinas: Bookseller, 2006.

FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di diritto processuale**. Padova: CEDAM, 1994.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho e Razón: Teoria del garantismo penal**. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez; Alfonso Ruiz Miguel; Juan Carlos Bayón Mohino; Juan Terradillos Basoco; Rocío Cantarero Bandrés. 2. ed. Madri: Trotta, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**. La ley del más débil. Trad. Perfecto Andrés Inbañez; Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chouker, Juarez Tavares e Luiz Flavio Gomes. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FOSCHINI, Gaetano. **Sistea del diritto processuale penale.** 2 ed. Milano: dott Giuffrè, 1965.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir.** ed. 20. Petrópolis: Vozes, 1999.

FRAZÃO, Malê de Aragão; CAVALCANTI, Tatiana Carvalho de Oliveira. **Que presunções (não) tolera o direito penal?** Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ea119a40c1592979>>. Acesso em: 15 dez. 2013.

FREITAS, Juarez. A melhor interpretação constitucional versus a única resposta correta. *In*: SILVA, Virgílio Afonso da. (Org.). **Interpretação constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2006, p. 328.

FREUD, Sigmundo Scholomo. **Obras completas.** Rio de Janeiro: Imago, 1976.

FREUD, Sigmund Scholomo. **Totem e tabu e outros trabalhos.** 2 ed. Trad. Órizon Carneiro Muniz. Rio de Janeiro: Imago, 1995. v.13.

GALLI, Maria Beatriz; DULITZKY, Ariel E. A comissão interamericana de direitos humanos e o seu papel central no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. *In*: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flavia (Coord.). **Sistema Interamericano de proteção aos direitos humanos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.59.

GAUER, Ruth M. Chittó. Conhecimento e aceleração (mito, verdade e tempo). *In*: GAUER, Ruth M. Chittó (Org.). **A qualidade do tempo para além das aparências históricas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.p.6

GIACOMOLLI, Neréu José. **Juizados especiais criminais lei 9099/95.** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

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

GIL, Fernando; MARTINS, Rui Cunha. Modos de verdade. **Revista de História das Idéias.** Coimbra: Instituto de Historia e Teoria das Ideais da Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, v. 13.p.130-150, 2002.

GISPERT, Carlos. **Diccionario de la literatura universal.** Madrid: Océano, 2006.

GOLDSCHMIDT, James. **Der prozessualrechtslage:** einekritik des prozessualendenkens. Berlim: J. Springer, 1925.

GOLDSCHMIDT, James. **Derecho procesal civil.** Trad. Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936.

GOLDSCHMIDT, James. **Princípios generales del processo.** Buenos Aires: EJE, 1961. v. 2.

GOLDSCHMIDT, James. **Princípios gerais do processo civil**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Lider, 2004.

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

GOLDSCHMIDT, Werner. La imparcialidad como principio básico del proceso. **Revista de Derecho Procesal**, n. 2, 1950.

GOMES, Luiz Flávio. **Devido processo administrativo "versus" devido processo criminal**. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20091130122325269&mode=print>. Acesso em: 26 nov. 2013.

GOMES, Luiz Flávio ; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O STF e a nova hierarquia do tratados de direitos humanos no Brasil: do status de lei ordinária ao nível supralegal**. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20070319115849842&mode=print>. Acesso em: 10 jan 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, vol. 347, p.6, jul-set.1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 6. Ed. São Paulo: RT, 1997.

GUARNIERI, JOSÉ. **Las partes em el proceso penal**. Trad. Constancio Bernaldo de Quirós. México: Jose M. Cajica, 1952.

GUASP, Jaime. Administración de Justicia y Derechos de la Personalidad. In: ALONSO, Pedro Aragoneses (Coord.). **Estudios Jurídicos**. Madrid: Civitas, 1996, p. 100-150.

GUASP, Jaime. **Derecho procesal civil**. Tomo I. 4. ed. Revisada e adaptada por Pedro Aragoneses Alonso. Madrid: Civitas, 1998.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. **Valoração das provas e sentença penal**. Tradução de Lédio Rosa de Andrade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ILLUMINATI, Giulio. El Sistema acusatorio em Italia. In: WINTER, Lorena Bachmaier (Org.). **Proceso penal y sistemas acusatorios**. Madrid: Marcial Pons, 2008.

Illuminati, La presunzione d'innocenzadell'imputato, Zanichelli, Bologna, 1984. Apud BATIA, Giovanna; PIZZO, Alessandro. A tutela dell'imputato. saggistorico – concettuale. Disponível em: <<http://www.diritto.it/archivio/1/20757.pdf>> Acesso em: 28/11/2013.

JARDIM, Afranio Silva. O princípio dispositivo e a intervenção do Ministério Público no processo civil moderno. **Justitia**, n. 139, São Paulo, p. 109-120, 1987.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Trad Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

KHALED JR, Salah Hassan. **A ambição da verdade no processo penal: Desconstrução do mito da verdade real**. Salvador: Podivm, 2009.

LEONE, Giovanni. **Elementi di diritto e procedura penale**. 5. ed. Napoli: Jovene, 1981.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. ed. 10. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JR. Aury, **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 1.

LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LOPES JR., Aury. **Sistema de investigação preliminar no processo penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LOPES, João Batista. O ônus da prova no processo penal. **Revista de Processo**. São Paulo, n.11-12, p.120-130, jul-dez. 1978.

LOPES, João Batista. Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, n. 35, p.26, jul-set. 1984.

MAGALHÃES FILHO, Antonio Gomes. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Rt, 1997.

MAIER, Julio B.J. **Derecho procesal penal: tomo I fundamentos**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial del Puerto, 2004.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Campinas: Servanda, 2013.

MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho procesal penal: Tomo I**. Trad. Santiago Sentis Melendo; Mariano Ayerra Redin. Buenos Aires: EJE, 1951.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 1980. v. 1.

MARTIS, Rui Cunha. Estado de direito, evidência e processo: incompatibilidades electivas. *In*: BRANDÃO, Claudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício Leitão (Org.). **Princípio da legalidade da dogmática à teoria do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 539.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Direito Processual Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. Tratado de la prueba em matéria criminal, ó **exposición comparada de los principios em materia criminal y de sus diversas aplicaciones en Alemania, Francia, Inglaterra, etc.** ed. Trad. 3. Madrid: Imprenta de la revista de legislación, 1877.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008.

NUNES, Pedro. **Dicionário de Tecnologia Jurídica**. ed. 13. Rio de Janeiro. 1999.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ORBANEJA, Emilio Gomes ; QUEMADA, Vicente Herce. **Derecho procesal penal**. Madrid: Artes Gráficas, 1981.

OST, François. **O tempo do direito**. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

OUVIÑA, Guillermo. **Estado Constitucional del Derecho Penal: Teorías Actuales en el Derecho Penal**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A sexualidade vista pelos Tribunais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

PIERANGELI, José Henrrique. **Códigos Penais do Brasil: evolução histórica**. Bauru: Javoli, 1980.

PIERANGELI, José Henrrique. **Evolução Histórica e fontes legislativas**. Bauru: Javoli, 1983.

PIOVESAN, Flávia. A incorporação, a hierarquia e o impacto dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro. *In*: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos**. São Paulo: Revista do Tribunais, 2000, p.25. 42

PIOVESAN, Flávia. Reforma do Judiciário e direitos humanos. *In*: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús (Coord.). **Reforma do judiciário: analisada e comentada**. São Paulo: Método, 2005.

PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RAMOS, Eival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil**: perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação criminal Nº nº 70002028041, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de do RS, Relator: Amilton Bueno de carvalho. Julgado em 25/12/2007. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em: 20 dez 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação criminal Nº nº 70003938974, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de do RS, Relator: Neréu Giacomolli. Julgado em 25/10/2007. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em: 20 dez 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação criminal Nº nº 70021109939, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de do RS, Relator: Neréu Giacomolli. Julgado em 25/10/2007. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em: 20 dez 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação criminal Nº nº 70022113773, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de do RS, Relator: Amilton Bueno de carvalho. Julgado em 19/12/2007. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em: 20 dez 2014.

ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão penal**: A bricolagem de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ROSA, Alexandre Morais da. **Rumo à praia dos Juizados Especiais Criminais**: sem garantias, nem pudor. Disponível em: <[http://www.gemcadvocacia.com/UserFiles/Publicacoes/1_-_2004_-_rumo_a_praia_dos_juizados_especiais_criminais\[20080722130205\].pdf](http://www.gemcadvocacia.com/UserFiles/Publicacoes/1_-_2004_-_rumo_a_praia_dos_juizados_especiais_criminais[20080722130205].pdf)> Acesso em: 09 dez. 2013.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento de prisão preventiva. *In*: SHECARIA, Sérgio Salomão (Org.). Estudos Criminais em

Homenagem a Evandro Lins e Silva (criminalista do século). São Paulo: Método, PP. 257-295, 2001; **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Nota dez: PUCRS: ITEC, ano 3, nº 10, PP. 113-120, 2003.

SANTOS, Andrés Oliva. **Jueces Imparciales, Fiscale Investigadores y Nueva Reforma para la Vieja Crisis de la Justicia Penal**. Barcelona: ppu, 1988.

SANTOS, Juliana Pinheiro Damasceno. **Limites constitucionais à iniciativa do juiz no processo penal democrático**. 1. ed. Rio de Janeiro: Câmara brasileira de jovens escritores, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2010.

SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 18. ed., São Paulo: Malheiros, 1995.

SILVA, Paulo Sergio. **A constituição brasileira de 10 de novembro de 1937**. São Paulo: Unesp, 2008.

SOUZA, Eduardo Francisco de. A abstração do Controle Difuso de Constitucionalidade. **Revista CEJ**. Brasília, n. 41, p. 74-84, abr./jun. 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002.

TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Madrid: Ediroial Totta, 2005.

TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. Trad. Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. Atualizado por Adalberto José Q.T. de Camargo Aranha. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1-2.

TUCCI, José Rogério Lauria. **Curso de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2.

TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do Direito processual penal**. São Paulo: RT, 2002.

UBERTIS, Giulio. **Il processo penal**. Bologna: Il Mulino, 2008.

UBERTIS, Giulio. **La prova penale – profiligiuridiceedepistemologici**. Torino: UTET Libreria, 1999.

UBERTIS, Giulio. **Neutralità metodologica del giudice e principio di acquisizione processuale. Rivista Italiana de Diritto e procedura penale.** (Nuova série. Anno L.) Milano, 2007.

URANI, Marcelo Fernandez Cardillo de Morais. **Modos de convencimento do julgador: análise dos sistemas processuais penais.** 2009. Dissertação (Mestrado em Direito), PUCRS, Rio Grande do Sul.

VELLOSO, Adolfo Alvarado. **Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio.** Valencia: Tirantlo Blanch, 2005.

VENEZUELA. Corte interamericana de direitos humanos. Caso Aptiz Barbera e outros Vs Venezuela. Disponível em: <
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf >. Acesso em: 18 maio 2009.

VON BULOW, Oskar. **La Teoria de las Excepciones Dilatórias y los Presupuestos Procesales.** Trad. Miguel Angel Rosas Lichtscchein. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa- America, 1964.

WINTER, Lorena Bachmaier. Acusatio versus inquisitivo. Reflexiones acerca del processo penal. *In*: WINTER, Lorena Bachmaier (Org.). **Procesal penal y sistemas acusatórios.** Madrid: Marcial Pons, 2008. p.21

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ZIMERMANN, David. A influência dos fatores psicológicos inconscientes na decisão jurisdicional – a crise do magistrado. *In*: ZIMERMANN, David; COLTRO, Antônio Mathias (Org.). **Aspecto Psicológicos na prática jurídica.** Campinas: Millenium, 2002. P.40-51