



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO**

**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU*  
PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS**

**BRUNO TORRES AMORIM**

**O ANACRÔNICO PAPEL INQUISIDOR DO JUIZ PENAL DISPOSTO  
NO ART. 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E A SUA (IN)  
COMPATIBILIDADE COM O SISTEMA CONSTITUCIONAL  
ACUSATÓRIO**

**SALVADOR/BA**

**Setembro/2017**

**BRUNO TORRES AMORIM**

**O ANACRÔNICO PAPEL INQUISIDOR DO JUIZ PENAL DISPOSTO  
NO ART. 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E A SUA (IN)  
COMPATIBILIDADE COM O SISTEMA CONSTITUCIONAL  
ACUSATÓRIO**

Monografia apresentada à Faculdade Baiana de  
Direito e Gestão como requisito parcial para a  
obtenção de grau de Especialista em Direito Penal.

Salvador/Ba

2017

“[...] O réu indiciado que não confessar durante o interrogatório, ou que não confessar, apesar da evidência dos fatos e de depoimentos idôneos; a pessoa sobre a qual não pesarem indícios suficientemente claros para que se possa exigir a abjuração, mas que vacila nas respostas, deve ir para a tortura. Igualmente, a pessoa contra quem houver indícios suficientes para se exigir a abjuração. O veredicto da tortura é assim:

‘Nós, inquisidor etc., considerando o processo que instauramos contra ti, considerando que vacilas nas respostas e que há contra ti indícios suficientes para levar-te à tortura; para que a verdade saia da tua própria boca e para que não ofendas muito os ouvidos dos juízes, declaramos, julgamos e decidimos que tal dia, a tal hora, será levado à tortura.’ [...]

Finalmente, quando se pode dizer que alguém foi ‘suficientemente torturado’? Quando parecer aos juízes e especialistas que o réu passou, sem confessar, por torturas de uma gravidade comparável à gravidade dos indícios. Entenderão, portanto, que expiou suficientemente os indícios através da tortura (*ut ergo intelligatur quando per torturam indicia sint purgata*).

Como o réu confirma a confissão efetuada sob tortura? O escrivão pergunta-lhe depois da tortura: ‘Lembras-te do que confessaste ontem ou anteontem sob tortura? Então, repete tudo agora com total liberdade’. E registra a resposta. Se o réu não confirmar, é por que não se lembrou e, então, é novamente submetido à tortura.”.

Trechos extraídos do **Manual dos Inquisidores** (Directorium Inquisitorum), Nicolau Eymerich, 1376, revisto por Francisco de La Peña, 1578.

## RESUMO

Por anos, mitos como verdades alcançáveis, seja com o feitiço real ou formal, inundaram a mente de juristas e alicerçaram mitos como a verdade formal ou, mais falaciosa, ainda, a verdade real, buscando um estado de apreensão inconcebível para nós humanos. Em busca dessa verdade real, acabaram fundando uma aberração jurídica, um conjunto de normas superiores que determina um sistema acusatório e uma legislação que busca instrumentalizar a gestão de provas por parte de sujeitos que deveriam ficar equidistantes das partes, fundando, assim, um sistema neoinquisitorial. Fundamental para isso é compreendermos o necessário afastamento do magistrado do protagonismo da produção probatória, elevando essa característica como fundante do sistema inquisitorial. Com vistas ao art. 156, o nosso ordenamento infraconstitucional, marca de maneira indelével, a opção neoinquisitória, em descompasso com a ordem estabelecida pela Lei Maior.

**Palavras-chave:** Verdade. Processo Penal. Poderes Instrutórios do Magistrado. Gestão Probatória. Sistemas Processuais Penais.

## SUMÁRIO

<b>I INTRODUÇÃO.....</b>	<b>08</b>
<b>II A BUSCA DA VERDADE PELO PROCESSO.....</b>	<b>14</b>
2.1.1 A certeza como critério da verdade – René Descartes.....	17
2.1.2 A ilusória verdade em Nietzsche.....	20
2.1.3 Teoria da relatividade e verdade.....	23
2.1.4 A verdade como expressão do poder.....	24
2.2 A BUSCA DA VERDADE PELO PROCESSO.....	27
2.2.1 A imprecisa verdade formal e a mitológica verdade real.....	31
2.2.2 O processo como reconstrução de um fato histórico.....	37
<b>III OS SISTEMAS INFORMADORES DO PROCESSO PENAL E A GESTÃO DA PROVA.....</b>	<b>41</b>
3.1 O PRINCÍPIO DA UNIDADE SISTÊMICA.....	43
3.2 OS GRANDES SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS.....	45
3.2.1 Sistema inquisitorial.....	46
3.2.2 Sistema misto – será que existe um sistema misto?.....	50
3.2.3 Sistema acusatório.....	55
3.3 A IDENTIFICAÇÃO DO PRINCÍPIO UNITÁRIO ACUSATÓRIO E INQUISITORIAL.....	59
3.5 QUAL O SISTEMA PROCESSUAL ADOTADO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO?.....	63

3.5.1 Sistema processual exposto no Código de Processo Penal Brasileiro.....	67
3.5.2 O sistema acusatório na Constituição Federal.....	69
3.5.2.1 Devido processo legal substancial.....	72
3.5.2.2 A eleição de um órgão incumbido da persecução penal em um sistema acusatório: o Ministério Público.....	73
3.5.2.3 Presunção de inocência.....	74

**IV REDISCUTINDO O PAPEL INSTRUTÓRIO DO JUIZ PRESSAGIADO NO ART. 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.....78**

4.1 PRINCÍPIOS DA JURISDIÇÃO PENAL CORROBORADORES DA ANTIJURICIDADE DA ATIVIDADE PROBATÓRIA POR PARTE DO MAGISTRADO.....	78
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

4.1.1 Princípio da imparcialidade.....	79
4.1.2 Princípio da inércia.....	81

4.2 O CONTRADITÓRIO COMO ELEMENTO ESSENCIAL NA DEFINIÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA DO PROCESSO PENAL.....	81
------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

4.3 O PROCESSO COMO GARANTIA DA CONSTITUCIONAL APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	84
-----------------------------------------------------------------------------------------	----

4.4 A PROVA NO PROCESSO PENAL.....	88
------------------------------------	----

4.4.1 Conceito de prova.....	88
------------------------------	----

4.4.2 Função persuasiva da prova.....	91
---------------------------------------	----

4.4.3 O ônus probatório.....	92
------------------------------	----

4.4.4 Distribuição do ônus probatório no processo penal.....	95
--------------------------------------------------------------	----

4.5 A INCONSTITUCIONALIDADE PRESENTE NO ART. 156 AO INSTITUIR PODERES INSTRUTÓRIOS AO JUIZ.....	97
-------------------------------------------------------------------------------------------------	----

V CONCLUSÃO.....	101
------------------	-----

## I INTRODUÇÃO

Quando o Estado, valendo-se de sua soberania interna<sup>1</sup>, elabora um tipo penal incriminador, pelo seu aspecto dualista<sup>2</sup>, abrolham duas espécies de normas penais, uma primária – valorativa e imperativa – e outra sancionadora – a qual cuida da consequência jurídica principal da norma jurídica penal – assentando, dessa forma, um poder-dever de punir em um plano ideal.

A partir do instante em que um indivíduo empreende um ilícito penal, esse *jus puniendi*, que até então só se configurava em um plano abstrato, submerge ao plano da concretude. Há, destarte, uma transmutação do *jus puniendi in abstracto* em um *jus puniendi in concreto*, apreendida esta como sendo a pretensão punitiva estatal de exigir de quem comete um delito a submissão à sanção jurídica penal.

Contudo, esta pretensão punitiva não deve ser espontaneamente assentada sem um devido processo legal, não devendo o Estado cominar diretamente a sanção penal, nem podendo o transgressor legal sujeitar-se irresistivelmente à pena. Em outras palavras, essa pretensão já nasce insatisfeita. Abrolha, por consentâneo, uma estreita aderência entre a história das penas e o nascimento do processo penal, já que este é um caminho necessário para a aplicação daquelas. Condicionando a aplicação de sanção penal ao estrito adimplemento das “regras do jogo”<sup>3</sup>, o que conformam um processo penal devido.

O sistema processual pelo qual o Estado satisfaz essa pretensão foi moldado na história. Assim, de maneira adequada para o momento tópico desse trabalho, em

---

1 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I–a soberania; [...] Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (CF/88).

2 Luiz Flávio Gomes, Alice Bianchini e Antonio Molina expõem acerca da concepção dualista da norma penal: “[...] à concepção dualista da norma penal, isto é, a norma pode ser primária (delimita o âmbito do proibido) ou secundária (cuida do castigo, do âmbito da sancionabilidade)”. BIANCHINI, Alice, MOLINA, Antonio García-Pablos de, GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal: Introdução e Princípios Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2009, vol. 1, p. 125.

3 CALAMANDREI, Piero. **O processo como jogo**. Tradução Roberto Del Claro. Revista Gênesis, Curitiba, n. 23, 2002, p. 191-290.

uma perspectiva histórica, o estudo do processo penal reclama uma análise evolutiva, que passa pelo sistema pretoriano acusatório romano (privado), atravessa pelo arcabouço inquisitorial, em que o juiz desempenhava a múltiplas funções dentro de um mesmo processo, havendo uma confusão entre a acusação, defesa, perquirição da prova e julgado, até a instalação dos preceitos do sistema acusatório público contemporâneo, fruto das ideias iluministas, que abrolham sobretudo entre os séculos XVII e XIX.

Essa evolução publicista, em itinerário a um processo de partes, com a cisão das atividades essenciais à justiça – acusar, defender e julgar–, com relevo para o estabelecimento de uma instituição autônoma e independente, o Ministério Público<sup>4</sup>, a quem foi confiada privativamente a função acusadora, alijando-se o juiz dessa atividade e, em corolário, preservando-se-lhe a imparcialidade, que constitui um princípio basilar do processo penal, ainda não foi plenamente apregoadada. No Direito, assim como na História, a superação de um modelo e a implementação de outro nunca se dá de forma integral e imediata, existe um longo e arrastado processo na reconfiguração de paradigmas. Ainda hoje, podemos encontrar circunscrições do sistema inquisitório na realidade processual penal brasileira, com a assunção pelo magistrado, em certos momentos processuais, de poderes instrutórios amplos, sob o dossel da tão preconizada “busca da verdade real”.

Tal adjetivação da verdade, a qual se busca alcançar com o processo, conquanto ainda majoritária entre os processualistas penais brasileiros, parece-nos<sup>5</sup> um contrassenso, seja pela inexequível reconstituição dos fatos, seja porque, em qualquer situação, o fundamento da decisão será mesmo ditado pelas provas do processo, produzidas sob o pálio do embate dialético das partes, com oportunidades

---

4 Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; CF/88.

5 Ensejo que, aquiescendo a uma das proposições de Salo de Carvalho, em seu livro “Como não se faz um trabalho de conclusão de curso”, não buscaremos afirmar nada sem antes fazer uma perquirição com maior profundidade. Partiremos sem preconceitos e/ou ideias absolutas, daí a necessidade de um aprofundamento teórico mais longínquo, sem prejuízo do embasamento dogmático jurídico, fazendo um esforço para empregar um juízo mínimo de deliberação. CARVALHO, Salo de. **Como não se faz um trabalho de conclusão de curso**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 52.

equânimes de apresentação de provas e contra-argumentação. Seria aquele um traço que deva ser ultrapassado?

Esse o grande dilema do processo acusatório moderno, cujas natureza e características essenciais nos autorizam definir, como se verá nos tópicos subsequentes, em mais do que uma maneira de descobrimento da verdade, mas sobretudo como uma ferramenta de garantia e resguardo dos direitos individuais, sem se constituir em um desserviço à função de defesa dos bens jurídicos essenciais à harmônica convivência e desenvolvimento dos indivíduos em sociedade.

Situação mais contenciosa ainda é a dos juízes “super-heróis”<sup>6</sup>, magistrados imbuídos de posturas ideológicas voltadas ao “combate à delinquência” que tomam para si funções que não lhe são próprias, comprometendo toda uma sistemática processual dialética de protagonismo das partes, agindo em busca de uma falaciosa “justiça”, contraditória até seus ulteriores termos, constituindo-se, na verdade, em grande desrespeito à Lei e baixo rigor metodológico da dogmática processual.

Com o especial relevo que adquire neste trabalho, a implementação substancial de um Estado Democrático de Direito e a adoção de um sistema processual penal acusatório não está imune a esse processo evolutivo histórico, apesar de já aceita e consagrada a ideia da separação de funções no processo (inclusive com robusta base epistemológica), no âmbito da doutrina nacional, encontramos alguns poucos doutrinadores que estudam e defendem a esterilização por completo dos anacrônicos poderes instrutórios do juiz penal brasileiro. Mas, não seria esta uma condição, esta, *sine quo non* para o atendimento satisfatório dos mandamentos constitucionais e implementação de um processo penal democrático,

---

6 Vale lembrar aqui da prisão temporária decretada de ofício pelo juiz Sérgio Moro no curso das investigações da famigerada operação lava-jato. Sem desconhecer (e diminuir) a importância histórica para o país presente na supracitada operação, melhor seria se houvesse, por parte dos atores processuais envolvidos, maior rigor constitucional no “tratar com o processo”. Tal atitude, ao contrário de denotar fraqueza ou/e impunidade, representaria a solidificação do Estado Democrático de Direito Brasileiro e o respeito das instituições nacionais para com os direitos e garantias fundamentais plasmados na Constituição Cidadã de 1988. Dessa forma, garantindo maior legitimidade das punições, evitando, por conseguinte, os dissabores das nulidades e contestações populares sobre o proceder das autoridades. Para melhor reportar o fatídico e supracitado episódio, colacionamos o seguinte trecho de matéria jornalística: “O magistrado responsável pela 13ª Vara Federal de Curitiba, decretou ex officio a prisão temporária da publicitária baiana Mônica Moura, mulher do marqueteiro João Santana, em fevereiro deste ano, sem que o Ministério Público Federal tivesse feito o pedido. O pedido do MP no caso era de prisão preventiva dos dois.”. Notícia disponível no seguinte hiperlink <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-16/moro-decretou-temporaria-pedido-mpf-ministro-stj>>.

pautado e guiado pelo sistema acusatório, o qual impõe o afastamento por completo do magistrado na gestão da prova, exigindo-lhe equidistância e imparcialidade?

Desta forma, como já pressagiado acima, é no exercício da função jurisdicional que mais encontramos posicionamentos paladinos do *jus accusatione* no desempenho da atividade de dizer o direito. A bem da verdade, esse viés é bem defendido tanto na jurisprudência<sup>7</sup> como na doutrina, o que colabora com a não evolução da qualidade das sentenças e do processo como um todo. Ademais, não é forçoso concluir que estariam também abarcados pelo art. 129, da Constituição da República, os atos decorrentes do exercício da função jurisdicional, ou seja, não será necessário a elaboração de um estatuto legal específico, elásticas teorias doutrinárias ou conclusões forçadas para que se impeça a produção probatória por parte do sujeito responsável pela função jurisdicional. Não precisamos inventar a roda.

Assim, coloca-se o problema dessa pesquisa: é necessária uma nova leitura dos instrumentos probatórios a dispor do magistrado elencados no art. 156 do Código de Processo Penal, para adequá-los ao sistema processual acusatório, erigido pela Constituição de 1988 para ser o modelo vigente, confrontando a teoria dominante e a expondo às suas inconsistências dogmáticas quando confrontados com os pressupostos do sistema acusatório e os valores trazidos pelo Estado Democrático de Direito e seus paradigmas?

Deve-se ter em mente que, o anacrônico Código de Processo Penal de 1941 necessita ser lido em conformidade com a Constituição Federal, fazendo uma adequação axiológica dos seus dispositivos em conformidade com os paradigmas trazidos pelo texto constitucional. Dessa forma, a nossa hipótese inicial é a de que a

---

7 Ementa: PROCESSUAL PENAL. EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO. "OPERAÇÃO LAVA-JATO". ATOS DO PROCESSO. DEVER DE FUNDAMENTAR. EXCESSO NÃO CONFIGURADO. IMPROCEDÊNCIA DA EXCEÇÃO CRIMINAL. ART. 252, III, CPP. 1. Não gera impedimento do magistrado, tampouco implica em antecipação do juízo de mérito, a externalização das razões de decidir a respeito de diligências, prisões e recebimento da denúncia, comuns à atividade jurisdicional e exigidas pelo dever de fundamentar estampado na Constituição Federal. 2. A determinação de diligências na fase investigativa, como quebras de sigilo telemáticos e prisões cautelares não implica antecipação de mérito, mas sim mero impulso processual relacionado ao poder instrutório. 3. A vedação ao magistrado de atuar em feito que tenha funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão (art. 252, III, CPP), busca evitar a sua participação em instância superior para revisão do seu próprio ato, o que não se aplica às diligências no curso da investigação. 4. Exceção de suspeição improvida. TRF-4 - EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO CRIMINAL (TURMA) EXSUSP 50032174120154047000 PR 5003217-41.2015.404.7000 (TRF-4) Data de publicação: 30/04/2015.

instituição de poderes probatórios aos magistrados – elencados, segundo doutrina majoritária, na segunda parte do art. 156, do Código de Processo Penal –, fere de morte o princípio constitucional acusatório, devendo ser lido em conformidade com a nossa bíblia política, sob a cominação sancionatória da inconstitucionalidade.

Como já pressagiado, o objetivo geral do presente trabalho é balizado pelas teorias dos sistemas processuais penais, suas características e seus pressupostos, aplicando-os no âmbito da produção probatória por parte dos órgãos integrantes do poder judiciário no exercício da jurisdição penal, tendo como plano de fundo o Estado Democrático de Direito, a supremacia constitucional e a eleição do processo acusatório democrático pela nossa bíblia política, buscando demonstrar como este poder resiste inconstitucionalmente à necessária adequação imposta pela hodiernidade, no tocante à gestão da prova, primordialmente, e a imperiosa separação de funções dentro do processo, viabilizando o aproveitamento do anacrônico instrumento de produção de prova pelo magistrado, disposto na legislação pátria na segunda parte do art. 156, do Código de Processo Penal, o que é absolutamente incompatível com a equidistante função jurisdicional.

O objetivo específico é demonstrar, com base na Constituição Federal, a inadequação dos instrumentos probatórios que colocam o magistrado na posição de protagonista processual (desde o seu intercurso na fase investigativa, que precede a judicial estrito *sensu* até o termo final do processo) e suas limitações quanto à produção da prova criminal, evitando lugares processuais que não lhe são próprios e o quanto tal inconformidade produz um estado de ânimo no magistrado que conduz à parcialidade, promovendo a não realização da justiça (em uma ótica constitucional democrática).

Desta forma, ressaltando-se a importância que tem neste trabalho, serão analisados quais os principais argumentos dispostos na Ciência do Direito Processual Penal para alicerçar a licitude do protagonismo e da produção probatória *ex officio* por parte dos magistrados no processo penal, uma vez que, contíguo já aludido, essa é a orientação jurisprudencial que tem dominado.

O método do trabalho, como já antevisto nas entrelinhas, será o dogmático jurídico, definido pela Epistemologia Jurídica contemporânea como sendo a

cientificidade do conhecimento jurídico. Nas palavras de Miguel Reale<sup>8</sup>, em seu livro lições preliminares “durante os cinco anos do curso não vão fazer praticamente outra coisa senão Dogmática Jurídica”. Alcança-se a dogmática, em aprazar a atividade e possibilitar uma hipótese válida, sempre calcada em premissas estabelecidas, pressupostos válidos, que seja cumpridora da lógica, da experiência e dos valores fundamentais do Direito. Assim, será aplicada basicamente a orientação bibliográfica, não nos propondo a realizar estudos empíricos.

A presente dissertação encontra-se meticulosamente dividida em quatro grandes partes. Na primeira, trabalharemos a busca da verdade pela via processual e analisaremos se é possível uma verdade real. Em uma segunda parte, buscaremos fundar um embasamento teórico acerca dos grandes sistemas processuais penais, tratando dos influxos desses grandes sistemas processuais penais e qual seria, dentre eles, o sistema adotado pelo nosso ordenamento jurídico. No terceiro, e derradeiro capítulo, vamos trazer reflexões acerca dos poderes instrutórios do juiz, tendo como base rememorativa, tudo o que foi versado ao lado da monografia.

Sem mais delongas, enfrentemos o tema, buscando vencer as barreiras do senso comum.

---

8 REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 326.

## II A BUSCA DA VERDADE PELO PROCESSO

### 2.1 O PROBLEMA EPISTEMOLÓGICO DO CONHECIMENTO DA VERDADE

Etimologicamente, a expressão verdade provém do latim *veritas*. Em grego, com efeito, verdade é traduzida como *alétheia*, significando a conformidade do que se diz com a realidade. A presença do vernáculo em línguas remotas, como o latim e o grego, demonstra que a indagação acerca do que é a verdade não é uma indagação recente, muito pelo contrário, essa problemática vem perseguindo o indivíduo há muito, implicando diversas consequências práticas da sua experiência terrena. Com efeito, o conhecimento do problema da verdade – e dos limites à sua consecução –, sempre foi o cerne de discursos acalorados acerca da correta compreensão do termo nos seus variados níveis, seja através da incongruência habitual entre o verdadeiro e o falso, seja em discussões acadêmicas ou em outros âmbitos da vida em sociedade.

Santo Agostinho deixa muito claro essa pretensão de busca pela verdade, em seu livro *Confissões*, definindo metafisicamente a verdade como Deus, na seguinte passagem:

“Ó verdade, verdade! Quão intimamente suspiravam por ti as fibras da minha alma, quando eles te faziam soar ao meu redor frequentemente e de muitos modos, embora apenas com as palavras e em seus muitos e volumosos livros. Estes eram as bandejas nas quais, estando eu faminto de ti, serviam-me em teu lugar o sol e a lua, formosas obras de tuas mãos, porém, obras tuas, e não a ti, nem sequer das principais. De fato, tuas obras espirituais são superiores a estas corporais, ainda que estas sejam brilhantes e celestes. Mas eu tinha sede e fome não daquelas primeiras, mas de ti mesmo, ó verdade, na qual não há mudança nem obscuridade momentânea!”<sup>9</sup>

Não obstante essa busca, é sabido que o termo “verdade” é plurissignificativo, admitindo uma grande variedade de sentidos. Dessa forma, a palavra verdade pode

---

9 SANTO AGOSTINHO, **Confissões**. p. 22. Disponível em: <[https://img.cancaonova.com/noticias/pdf/277537\\_SantoAgostinho-Confissoes.pdf](https://img.cancaonova.com/noticias/pdf/277537_SantoAgostinho-Confissoes.pdf)>.

denotar desde o que é real – ou possivelmente real dentro de um sistema de valores –, até a fidedigna correspondência com as origens ou/e a um padrão.

Dentro dessa perspectiva plurissignificativa, quando se inquirir o que seja a verdade, permanece tácita uma outra questão, isto é, seria, a verdade, passível de ser alcançada por nós? Ora, o que se consiste a verdade, origina em si as implicações de como se pode conhecer a verdade. O método de acesso à verdade já caracteriza, *ab initio*, o que seria a verdade. Portanto, somente se pode perguntar sobre uma definição de verdade quando se assume que a verdade possa ser definida e que seja algo passível de definição. Além disso, deve-se assumir que a verdade seja atingível por nós e que ela realmente exista.

Nesse contexto, Marilena Chauí<sup>10</sup> disciplina que “a busca da verdade está ligada a uma decepção, a uma desilusão, a uma dúvida, a uma insegurança ou, então, a um espanto e a uma admiração diante de algo novo ou insólito”.

Com relevo que se dá à questão nessa monografia, no Direito, especialmente no que concerne à efetividade da prestação jurisdicional, constitui-se questão central desse “acerto”, a correspondência entre os fatos juridicizados (decorrentes do universo fenomênico) e o produto da função jurisdicional do Estado, exercida de forma típica pelos juízes e tribunais que compõem o Poder Judiciário.

Nesse panorama, lembremos que as decisões judiciais, as quais são marcadas como atividade de dizer o direito<sup>11</sup> ao caso concreto, devem ter, como resultado final, a maior correspondência possível entre a solução dada *in abstracto* pela norma, sem menosprezar as vicissitudes intrínsecas aos fenômenos sociais. Acerca do assunto, é cogente o ensinamento de Marco Antônio de Barros<sup>12</sup>:

“Direito e verdade complementam-se na medida em que o primeiro estabelece as regras ou as formas legais de verificação da infração

---

10 CHAUÍ, Marilena. **Convite à Filosofia**. São Paulo: Ed. Ática. 2000, p.113.

11 Dá-se o nome de jurisdição (do latim *juris*, “direito”, e *dicere*, “dizer”) ao poder que detém o Estado para aplicar o direito ao caso concreto. A função jurisdicional compete ao Poder Judiciário. A jurisdição como função expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do devido processo legal. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 31.

12 BARROS, Marco Antonio. **A Busca da Verdade no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 23.

penal, entre as quais encontram-se aquelas que visam esclarecer a segunda. Assim sendo, pode-se dizer que a verdade é um elemento fundamental que o Direito persegue e visa atingir.”.

Portanto, congêneres as noções principiológicas que capitaneiam a função jurisdicional, o juiz, órgão estabelecido e incumbido da função judicante, deve servir-se dos elementos comboiados aos autos e, então, a partir destes apanhar aquela que seja a elocução mais adjacente à verdade, com o fito de laborar conforme as diretrizes do Direito.

Matéria central dessa monografia, no Direito Processual Penal, a questão da “verdade” adquire uma importância maior do que nos “demais direitos”. A peculiaridade é óbvia, pela natureza da sanção cominada ao fim da persecução penal exitosa à acusação: a possível retirada do *status libertatis* do cidadão. De outro lado, é sabido que nos encontramos em um pretense Estado Democrático de Direito, aonde as instituições e procedimentos devem acatar regras prévias e caras ao desenvolvimento e implementação desta espécie de Estado. Assim, é fulcral que se determine de forma clara e precisa, a delimitação dos poderes instrutórios do juiz, perquirindo-se em que extensão lhe seria admitido o cumprimento de atividades probatórias.

Buscaremos, neste capítulo, desmistificar o mito da verdade real, utilizado como baldrame teórico dos poderes persecutórios conferidos ao julgador criminal, já que a este não é dado o bastão de se valer de dados estranhos aos autos do processo para afeiçoar sua livre persuasão racional, não lhe sendo legítimo “fabricar” a prova, sob cominação de contrariar uma das partes estabelecidas na relação processual (acusação x defesa) revelando, assim, nítida parcialidade não admitida em um processo penal acusatório democrático.

Desta maneira, com o desígnio de fixar-se racionalidade ao discurso jurídico e, portanto, de encontrar parâmetros que estabeleçam a cientificidade desse tipo de conhecimento, busca-se excogitar em que conjectura se pode alcançar a verdade no exercício diário de dizer o direito. No entanto, primeiro trataremos das principais correntes do pensamento que buscaram definir o alcance, sentido e tangibilidade da verdade, demonstrando, no nosso ponto de vista, as principais teorias que desconstruíram, paulatinamente, a noção de verdade absoluta, encetada com Descartes, passando pela filosofia nietzschiana e culminando, derradeiramente, com

a noção de relativismo científico, que é abrolhada no ramo da física, mas que revolucionou, completamente, a teoria do conhecimento jurídico e das demais ciências humanas.

É claro que, por ser um trabalho jurídico, não faremos perquirições filosóficas exaustivas acerca do tema da verdade, nem das obras, pensamentos e vida dos teóricos citados, será uma espécie de “o que é necessário saber”, trazendo apenas o assaz para enriquecer esse trabalho, em uma proposta interdisciplinar, mas, principalmente, evitando as respostas prontas e acabadas do Direito. Queremos expor as inconsistências em dogmas que não possibilitam o avanço da ciência jurídica, como ciência, pois hoje esses brocados como “verdade real”, “verdade formal”, exaurimento da matéria fática, nos levam por um caminho perigoso, ainda mais em um ambiente violento e criminogênico como é o nosso país, onde vozes “do bem” por vezes parecem as mais serenas, mas são, na verdade, fidedignos engodos para regimes autoritários.

### 2.1.1 A certeza<sup>13</sup> como critério da verdade – René Descartes

A primeira metade do século XVII configura-se como sendo uma ocasião marcada pela carência da formulação de uma nova concepção filosófica, com o condão de responder às controvérsias estabelecidas pelas alterações históricas e pelos fenômenos culturais que distinguiram a passagem da chamada Idade Medieval à Modernidade.

Nesse enredo, ergueu-se a estampa de René Descartes, com seu majestoso método filosófico, em sua celebre produção “O Discurso do Método”, publicado

---

13 É justo afirmar que Descartes se impeliu em expor uma filosofia por meio de princípios axiomáticos. Com efeito, ao afastar completamente qualquer afeição de obscuridade que tivessem o condão de ferir as verdadeiras ideias, o filósofo ambicionou preservar a certeza das premissas de um pensamento. A obsessão com a verdade e o apetite pela ciência produtora do conhecimento fizeram com que, o desígnio de sua erudição, se voltasse à austeridade metodológica, com o escopo de alcançar, no âmago do processo rigorosamente conjurado, o fundamento absoluto da segurança científica que se quer perseguir. Com isso, a autenticidade inovadora do seu pensamento parte dessa preocupação inicial com a objetividade dos conhecimentos adquiridos. Daí, percebe-se como a certeza toma lugar central no pensamento de Descartes.

originalmente em 1637. Na obra, René Descartes aduz à famigerada proposição do *Cogito Ergo Sum*, onde a razão é anteposta em prejuízo dos traços sensoriais humanos, sendo esta o manancial de toda doutrina segura e que, por sua vez, tem o bastão de ser tida como a verdade absoluta.

Dentre as afirmações elencadas por Descartes, na obra retromencionada, a primordial delas é que “o bom senso é a coisa mais bem destruída do mundo”<sup>14</sup>, tal frase vai importar em diversas implicações para a perspectiva epistemológica de Descartes.

O autor alcança este raciocínio tendo em vista que até os indivíduos mais difíceis de se consentir, em qualquer conformação, não ambicionam desfrutar de menos bom senso do que já logram. Destarte, jazendo impresumível que todos indivíduos se ceguem a esse mister, seria, assim, uma amostra de que o poder de discernir de forma correta e conjecturar entre o autêntico e o fraudulento, que é justamente a designação de bom senso ou racionalidade, seria conforme em todos os homens.

Ao perseguir um novo lastro para o pensamento filosófico da modernidade, Descartes cinde com a secular tradição aristotélica e com o pensamento escolástico, que comandou a filosofia na era medieval. A cisão entre sujeito e objeto do conhecimento tornou-se basilar para a filosofia moderna.

Em relação à diversidade de estimativas acerca de uma questão idêntica, Descartes aponta a sua causa como sendo deformidades intrínsecas do próprio espírito, o qual preserva evidente abertura à multiplicidade de significações dos sentidos. Além disso, jazeria uma consequência da afirmação acima o fato de que a variação de alvires não se estabelece do fato de serem alguns indivíduos mais racionais que outros, mas apenas de dirigirmos nossos pensamentos por caminhos diferentes e não considerarmos as mesmas coisas.

Com efeito, o método cartesiano parte do princípio de que não existe uma desigualdade no campo abstrato, sendo este absoluto em todos indivíduos, lugares e espaços. Dessa forma, qualquer um que procure cingir a verdade, pode contar com a luz natural da própria razão. Por consequência, a variedade de opiniões não poderia

---

14 DESCARTES, René. **Discurso do Método**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 2000, p. 05.

se excogitar no raciocínio, nem nos objetos enxergados por ele, mas no método de conceber, sendo que este poderia ser ou não conforme a veracidade das coisas.

Dessa forma, advertimos, aqui, que o fundamental instrumento oferecido por Descartes para se alcançar a verdade era o princípio da dúvida, compreendida por um processo argumentativo muito bem confeccionado, rejeitando tudo o que tivesse a capacidade de acarretar alguma anfibologia, confeccionando o processo adversante na perseguição de uma verdade universal, que poderia, sim, ser passível de avaliação por qualquer indivíduo. Mesmo porque, tal consciência já havia sido antecipadamente testada até a derradeira instância expectável, disjungindo o verdadeiro do falso.

O racionalismo baseia-se nos princípios da busca da certeza e demonstração, galgados por conhecimentos elaborados pela razão. Assim, somente o conhecimento matemático é logicamente necessário e universalmente válido e só a razão pode explicar a realidade. Assim, o racionalismo confronta-se com o empirismo, justamente por verificar que o costume e o exemplo nos persuadem mais do que um conhecimento certo, devendo ser afastados.

Por isso, Descartes enceta a nova ciência da modernidade, com sua grande promessa de acalantar as inquietações de seu tempo, asseverando responder com certeza a todas as perguntas da humanidade.

Modelada em considerações matemáticas acerca de todas as perguntas que se possa imaginar, a tese de Descartes, propunha a racionalidade das ideias, principalmente quanto à demonstração destas, empregando-lhes força ao passo em que tivessem a autoridade de se cominar como valores referenciais por sua universalidade, o que, por sua vez, concediam segurança ao se buscar a verdade. Vejamos uma passagem do próprio Descartes<sup>15</sup>:

“E eu sempre tive um enorme desejo de aprender a diferenciar o verdadeiro do falso, para ver claramente minhas ações e caminhar com segurança nesta vida. [...] aprendi a não acreditar com demasiada convicção em nada do que me havia sido inculcado só pelo exemplo e hábito; e dessa maneira, pouco a pouco, librei-me de muitos enganos que ofuscam a nossa razão e nos tornar menos capazes de ouvir a razão.”.

---

15      DESCARTES, René. **Discurso do Método**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 2000, p. 42.

O rigor metodológico que a matemática forneceu como paradigma da ciência moderna, serviu para demonstrar o caminho que o pensamento, de uma forma geral, teria que conservar para edificar um conhecimento consistente e irrefragável. Abria-se, imediatamente, com a ciência moderna, a possibilidade de pensar uma filosofia tão objetiva quanto as ciências exatas.

Levando em consideração o argumento cético, Descartes formula a dúvida metódica, onde toda proposição deve ser rejeitada, caso haja o menor motivo para dúvida e, desta forma, examinar o conhecimento que não se sabe verdadeiramente confiável. Assim, decide justamente utilizar a dúvida como método de procura e justificação do conhecimento verdadeiro.

Em remate, a ideia de verdade para Descartes, preconiza que a máxima lançada, congênera o método, tem um conteúdo representativo axiomático, pois tal é consequência necessária das premissas concebidas pelo intelecto. O argumento verdadeiro é garantido pela certeza demonstrável.

### 2.1.2 A ilusória verdade em Nietzsche

A observação acerca do problema da verdade constitui-se tema corriqueiro, porém longe de trivial, na concepção da obra Nietzscheana. Da rejeição aos filósofos clássicos às críticas à metafísica da científica cartesiana, a problemática da verdade encontra-se no cerne do pensamento do filósofo.

Para Nietzsche, o entendimento dos seres humanos não tem o bastão de exorbitar as balizas da verdade que compreende a própria vida humana. O pensador admoesta que o intelecto labora como um ambiente de manutenção do indivíduo, estando fixado em desejos e percepções dissimuladas da realidade<sup>16</sup>.

---

16 NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **A Gaia Ciência**. Tradução Paulo César de Souza. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

Acerca da invenção do conhecimento, que conduziria a verdade, Nietzsche declara, com traço comum de ironia<sup>17</sup>:

“Em algum remoto rincão do universo cintilante que se derrama em um sem-número de sistemas solares, havia uma vez um astro em que animais inteligentes inventaram o conhecimento. Foi o minuto mais soberbo e mais mentiroso da ‘história universal’: mas também foi somente um minuto. Passados poucos fôlegos da natureza congelou-se o astro, e os animais inteligentes tiveram de morrer. – Assim poderia alguém inventar uma fábula e nem por isso teria ilustrado suficientemente quão lamentável, quão fantasmagórico e fugaz, quão sem finalidades e gratuito fica o intelecto humano dentro da natureza. Houve eternidades em que ele não estava; quando de novo ele tiver passado, nada terá acontecido. Pois não há para aquele intelecto nenhuma missão mais vasta, que conduzisse além da vida humana.”.

O filósofo inova no âmbito filosófico, quebrando uma velha tradição de busca pelo verdadeiro. Ao longo de extensa fração histórica da filosofia, afiançamos a existência da verdade. Não obstante, esta verdade, que constantemente se mostrou como inabalável, é afixada em contenda por Nietzsche, o qual nos dirige à condição de turbulência e de dissidência quanto à concepção de verdade. Em vez de corroborar que subsiste uma verdade ou que seria essencial continuamente a perseguição a esta, o filósofo alemão nos aguça a conjecturar sobre que parte de nós tende para a verdade<sup>18</sup>.

A estimacão incondicional dada à verdade é, pois, exposta por Nietzsche como uma convenção moral<sup>19</sup>, desempenhando o alicerce da moral platônica, que baseou a verdade como autoridade absoluta e conclamou a lógica racional e a consciência como os traços distintivos por excelência do homem.

A partir da averiguação da filosofia clássica de que jaz um inexequível acesso a qualquer espécie de objeto que exceda os limites da razão humana, a filosofia Nietzscheana, busca excogitar a intercorrência da causa em que reside tal condição. Assim, Nietzsche afirma que essa completude da racionalidade humana seria uma

---

17 NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Sobre Verdade e Mentira**. Tradução Fernando de Moraes Barros. São Paulo: Editora Hedra. 2007, p. 25.

18 NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Além do Bem e do Mal**. Tradução Márcio Pugliesi. Curitiba: Hemus Livraria, Distribuidora e Editora S.A. 2001, p 11.

19 MÜLLER-LAUTER, Wolfgang. **A Doutrina da Vontade de Poder em Nietzsche**. Tradução Oswaldo Giacoia Júnior. São Paulo: Annablume, 1997.

vontade metafísica que, em última análise, nada mais é do que uma “vontade de ilusão”.

Por conseguinte, podemos afirmar que a verdade, em Nietzsche, é uma ilusão, um engodo que admitimos como virtude de veracidade e que auxilia para assegurar que evitemos maiores reflexões acerca de uma problemática, já que ela é o componente que obstaculiza nossas ações, pautando nossos discernimentos.

Ainda de acordo com o filósofo, a concepção acerca de qualquer objeto é uma instituição humana, invenção deste animal. Através dos nossos impulsos instintivos, assimilamos contextos e estabelecemos modos de expressar pela linguagem e pelo conceito aquele contexto.

Tal circunstância compreende a aceitação de que a verdade em si surge apenas pela necessidade de comunicação imposta pelo meio social. Para Nietzsche, não temos a aptidão de asseverar que exista uma coisa em si, como, também, não temos a capacidade de corroborar que exista um “sentido em si”. Destarte, qualquer compensação interpretativa, necessariamente provisória, é consequência de uma configuração essencial da pluralidade operante das potencialidades conformadoras da realidade. Os subsídios linguísticos que o homem desfruta para dar forma e conteúdo ao seu pensamento são pré-constituídos por elementos culturais, históricos e sociais, de modo que estaríamos condenados a expressar nossos raciocínios sempre com palavras que se acham à disposição em nosso vocabulário.

Neste mister, pode-se assegurar que a verdade deriva da significação e não o inverso, já que é esta que, precedentemente, cria sentido e significação. Essencialmente, para fora de toda relação, como é exemplo a relação jurídica, não existe acepção autônoma alguma, como tampouco um valor em si. Diferentemente da verdade, inalcançável ao ser humano, o significado não solicita para si uma ininterrupção, nem reclama uma condição de fundamento absoluto, transcendendo, assim, as vicissitudes de sua constituição, sendo sempre esculpido perante a diversidade de perspectivas. Nesse sentido Nietzsche<sup>20</sup> afirma que:

“Uma ‘coisa em si’ é tão absurda quanto um ‘sentido em si’, um ‘significado em si’. Não há nenhum ‘fato em si’, mas antes um sentido

---

20 NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **A Vontade de Poder**. tradução Marcos Sinésio Pereira Fernandes e Francisco José Dias de Moraes. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008, p. 290.

há sempre de ser primeiramente intrometido para que um fato possa haver. O que ‘o que é isso?’ é um estabelecimento de sentido visto a partir de algo outro. A ‘essência’[Essenz], a ‘essencialidade’ [Wesenheit], é algo de perspectivo e já pressupõe uma multiplicidade”.

Desse modo, o conhecimento das coisas não possui uma origem em um universo extrínseco, superior, abstrato, mas é criado no vácuo. O ato de entender é, portanto, uma invenção histórica. Dizer que o conhecimento foi inventado é dizer que ele não tem origem, não possui um nascedouro. É positivar que ele não está incondicionalmente inscrito na natureza, mas condicionado pela linguística.

### 2.1.3 Teoria da relatividade e verdade

Com as lições no campo físico do alemão Albert Einstein e sua Teoria da Relatividade, efetua-se um rompimento completo da racionalidade humana em escala absoluta, ou seja, todas as ciências e campos do conhecimento adquirem um novo paradigma lógico a ser seguindo: tudo é relativo<sup>21</sup>. Essa mudança paradigmática se deu quando o tempo, que anteriormente era considerado como linear, absoluto e único, resta demonstrado como sendo relativo, variável e com desigual transcurso consentâneo à colocação e o deslocamento do observador (referencial)<sup>22</sup>.

Largando da composição do sistema de referências, anteriormente apresentada, percebe-se que a “verdade” presente em um fato vai ser uma ou outra, tudo tendo em vista o ponto de referência adotado. Soterrou-se, de vez, qualquer

---

21 LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016. p.73.

22 Em 5 de junho de 1905, o Universo como conhecemos mudou. Naquele referido ano, Albert Einstein divulgou o seu famigerado artigo científico intitulado “Sobre a Eletrodinâmica dos Corpos em Movimento”, no Consagrado Periódico *Annalen der Physik – Anais de Física*. Neste ensaio, o físico edificou a proposição de que a atividade de deslocamento de um corpo altera a compreensão do espaço e do tempo, mas que a velocidade da luz é constante, independentemente da velocidade à qual o objeto se desloque. Abroliava, dessa forma, a teoria relativa especial [...]. Einstein defendeu que a gravidade e a aceleração tinham semelhante primórdio, o qual seria a envergadura dos objetos com grande massa, como, por exemplo, planetas ou estrelas, de dobrarem o composto formado pelo espaço e o tempo, duas dimensões que desde Newton eram tidas como separadas e absolutas. LIMA, Melina Silva de. **Einstein e a Teoria da Relatividade Especial: uma abordagem histórica e introdutória**. Porto Alegre: UFRGS, Instituto de Física, 2013.

fragmento dos alvedrios de certeza ou/e verdades absolutas, porquanto tudo é relativo. Hawking<sup>23</sup> clarifica que Einstein demoliu os modelos científicos da época: o repouso absoluto, congênere os experimentos com o éter, bem como o tempo absoluto ou universal que todos relógios mediriam. Tudo era relativo, não jazendo, por consequência, uma fórmula a ser observada<sup>24</sup>.

Em conclusão, percebe-se claramente que a física quântica, por meio dos estudos de Einstein, corroborou que qualquer saber científico alçado em alicerces absolutos, tal qual a verdade real é para o processo, estaria obsoleto pela relatividade, pela dubiedade, vulnerabilizando os firmamentos da ciência de uma forma em geral.

#### 2.1.4 A verdade<sup>25</sup> como expressão do poder

Com lastro na filosofia Nietzscheana, baseado na ideia de que o conhecimento não possui uma origem fundamental, sendo, pois, um produto da racionalidade humana e, portanto, não natural, algo inventado, a verdade despe-se do seu caráter excelso, passando a ser compreendida como o produto destinado à dominação de uma ideologia sobre a outra.

Melhor explicando, consentâneo o filósofo francês Michel Foucault, existe uma intrínseca concatenação, na modernidade, entre o discurso, o conhecimento

---

23 HAWKING, Stephen. **O universo numa casca de noz**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001, p. 11.

24 LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 73.

25 “a [...] verdade tem cinco características historicamente importantes: a ‘verdade’ é centrada na forma do discurso científico e nas instituições que o produzem; está submetida a uma constante incitação econômica e política (necessidade de verdade tanto para a produção econômica, quanto para o poder político); é objeto, de várias formas, de uma imensa difusão e de um imenso consumo (circula nos aparelhos de educação ou de informação, cuja extensão no corpo social é relativamente grande); é produzida e transmitida sob o controle, não exclusivo, mas dominante, de alguns grandes aparelhos políticos ou econômicos (universidade, exército, escritura, meios de comunicação); enfim, é objeto de debate político e de confronto social (as lutas ‘ideológicas’)”. FOUCAULT, Michel. **Entrevista a Alexandre Fontana**. In: *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1979, p.12-13.

(denominado comumente na obra de Foucault como “saber”) e o poder, especialmente a relação existente entre estas duas categorias (conhecimento e poder)<sup>26</sup>.

Deve-se ressaltar que o discurso é o meio pelo qual o conhecimento se exprime:

“Suponho que em todas as sociedades a produção do discurso é ao mesmo tempo controlada, selecionada, organizada e redistribuída por certo número de procedimentos que têm por função conjurar seus poderes e perigos, dominar seu acontecimento aleatório, esquivar sua pesada e terrível materialidade.”.

Porém, é necessário que se consigne que não existe uma teoria do poder na obra de Foucault. O autor, tão somente, propõe que se faça uma análise do poder, já que uma teoria acerca do instituto demandaria uma análise contextualizada no tempo e no espaço. Por consequência, defende o filósofo a análise das relações de poder, constituídas no bojo das relações sociais, sofrendo os influxos históricos, sociais e políticos.

Segundo Foucault, o poder é algo que se desempenha, que se cumpre, que se exerce em uma teia e que, por consequência, deve ser determinado antecedentemente como uma manobra, um artifício. Senão vejamos:

“[...] o poder nela exercido não seja concebido como uma propriedade, mas como uma estratégia, que seus efeitos de dominação não sejam atribuídos a uma ‘apropriação’, mas a disposições, a manobras, a táticas, a técnicas, a funcionamentos; que se desvende nele antes uma rede de relações sempre tensas, sempre em atividade, que um privilégio que se pudesse deter; que se seja dado como modelo antes a batalha perpétua que o contrato que faz uma cessão ou uma conquista que se apodera de um domínio. Temos, em suma, de admitir que esse poder se exerce mais do que se possui, que não é ‘privilégio’ adquirido ou conservado da classe dominante, mas o efeito de conjunto de suas posições estratégicas – efeito manifestado e às vezes reconduzido pela posição dos que são dominados. Esse poder, por outro lado, não se aplica pura e simplesmente como uma obrigação ou uma proibição, aos que ‘não têm’; ele os investe, passa por eles e através deles; apoia-se neles, do mesmo modo que eles, em sua luta contra esse poder, apoiam-se por sua vez nos pontos em que ele os alcança.”.

---

26 “Nisto não há nada de espantoso, visto que o discurso – como a psicanálise nos mostrou – não é simplesmente aquilo que manifesta (ou oculta) o desejo; é, também, aquilo que é objeto do desejo; e visto que – isto a história não cessa de nos ensinar – o discurso não é simplesmente aquilo que traduz as lutas ou os sistemas de dominação, mas aquilo por que, pelo que se luta, o poder do qual nos queremos apoderar”. FOUCAULT, M. **A ordem do discurso**. São Paulo: Editora Loyola, 2010, p. 10.

É insigne consignar que, para o autor em estudo, a instituição do conhecimento é constituída pelo que este denomina de Genealogia do Poder<sup>27</sup>, onde se procura determinar que a verdade possui uma história, e que esta, por sua vez, desempenha papel fundamental na construção daquela, o que se dá por meio do poder<sup>28</sup>.

Em sua genealogia, Foucault não circunscreve suas averiguações a uma estima acerca dos discursos, mas coloca em relevo, também, a problemática acerca das relações de poder na natureza do conhecimento, no estabelecimento da verdade no campo das ciências e na institucionalização de práticas sociais.

Ao repudiar a elaboração de uma análise da verdade, a partir da história dos conhecimentos, o genealogista investiga o estabelecimento de conjuntos singulares de práticas, com o escopo de se estabelecer um conjunto semelhante<sup>29</sup>. Dito de outra forma, Foucault estabelece:

“Diremos, pois, que uma formação discursiva se define (pelo menos quanto a seus objetos) se se puder estabelecer um conjunto semelhante; se se puder mostrar como qualquer objeto do discurso em questão aí encontra seu lugar e sua lei de aparecimento; se se puder mostrar que ele pode dar origem, simultânea ou sucessivamente, a objetos que se excluem, sem que ele próprio tenha de se modificar.”.

É fundamental para o entendimento da verdade, perquirimos a origem e o contexto da produção deste conhecimento, é essencial refutarmos, como absoluto, o

---

27 Conquanto a arqueologia, a qual se apresenta em uma relação Saber-Ser, perquire o nascedouro e as alterações do conhecimento no campo das ciências humanas, a genealogia, que por sua vez se apresenta em uma relação Poder-Saber, busca esclarecer acerca do porquê dos saberes, explicando “o aparecimento de saberes a partir de condições de possibilidade externas aos próprios saberes, ou melhor, que imanente a eles pois não se trata de considerá-los como efeito ou resultante os situam como elementos de um dispositivo de natureza essencialmente estratégica”. Foucault, dessa forma, inova a epistemologia, trazendo uma vertente acerca das consequências do poder, alicerçado nos discursos de verdade. MACHADO, Roberto. **Ciência e Saber: a Trajetória da Arqueologia de Michel Foucault**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1982, p. 187.

28 BORDIN, Tamara Maria. **O saber e o poder: a contribuição de Michel Foucault**. Natal: Saberes, v. 1, n.10, nov. 2014, p. 226.

29 FOUCAULT, Michel. **A Arqueologia do Saber**. Tradução Luiz Felipe Baeta Neves. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p.50.

senso comum, estudando as relações com maior aprofundamento, já que a verdade pode estar impregnada com desejos do poder. Nesse sentido, Foucault aduz:<sup>30</sup>

“O importante, creio, é que a verdade não existe fora do poder ou sem poder (não é a recompensa dos espíritos livres, o filho das longas solidões, o privilégio daqueles que souberam se libertar). A verdade é deste mundo; ela é produzida nele graças a múltiplas coerções e nele produz efeitos regulamentados de poder. Cada sociedade tem seu regime de verdade, sua ‘política geral’ de verdade: isto é, os tipos de discurso que ela acolhe e faz funcionar como verdadeiros; os mecanismos e as instâncias que permitem distinguir os enunciados verdadeiros dos falsos, a maneira como se sanciona uns e outros; as técnicas e os procedimentos que são valorizados para a obtenção da verdade; o estatuto daqueles que têm o encargo de dizer o que funciona como verdadeiro.”.

Além disso, em acabamento à temática, a noção de conhecimento, em Foucault, permeia a desconstrução de uma verdade absoluta e perene, chegando ao pressuposto da delicadeza da ciência baseada em uma verdade, seja ela racionalizada ou empírica. Assim, em conclusão, podemos asseverar que em Foucault, o conhecimento é fruto das relações interpessoais, marcadas pela marca indelével das relações de poder, sendo, assim, a verdade, um produto histórico e contextualizado.

## 2.2 A BUSCA DA VERDADE PELO PROCESSO<sup>31</sup>

---

30 FOUCAULT, Michel. **Entrevista a Alexandre Fontana**. In: *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1979, p.12-13.

31 Consignamos desde já que não entendemos ser possível a existência de lide no processo penal, conquanto a resistência do acusado é condição necessária para o desenrolar do processo. Assim, ficaremos com a denominação proposta por Jacinto Miranda Coutinho “caso penal”, mais adequada e técnica. “Trata-se, entenda-se bem, de encontrar uma palavra, uma expressão, adequada ao fenômeno que se dá no processo e, dessa maneira, o melhor é deixar, na medida do possível, um menor espaço à indeterminação, por natureza sempre presente. Caso penal cumpre o requisito a contento. Com ele, estamos diante de uma situação de incerteza, de dúvida, quanto à aplicação da sanção penal ao agente que, com sua conduta, incide no tipo penal. Em não sendo autoexecutável a sanção, não há outro caminho que o processo para fazer o acerto do caso penal.”. COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá. 1989, p.135.

A vida em sociedade<sup>32</sup> acarreta irremissíveis conflitos de interesse. Na extensa maioria das vezes, essas contendas são dissolvidas pelas próprias partes, sem a necessidade de uma intervenção por parte de terceiros ou do Estado. Sabe-se que, em um Estado Democrático de Direito, é proibida a autotutela<sup>33</sup>. Destarte, permanecendo a oposição de uma das partes em concretizar a pretensão da outra, nasce a necessidade de que o Estado, através do processo, delibere este conflito, ambicionando restabelecer a paz social. Surge, daí, o poder-dever da jurisdição<sup>34</sup>.

De acordo com Sérgio Bermudes<sup>35</sup> “a jurisdição como tantas outras instituições jurídicas, é produto da experiência da Humanidade, forjada através dos tempos”. Com essa formulação, apreendemos que o modo de fornecer a prestação jurisdicional deve buscar na experiência histórica seu erros e acertos, aperfeiçoando-se constantemente e não permitindo, jamais, que erros históricos se repitam, não importando se remodelados ou disfarçados.

Tratando particularmente da jurisdição penal, a resolução de conflitos intersubjetivos se dá pela justa composição entre a pretensão condenatória estatal, desempenhada primordialmente e oficialmente pelo Ministério Público, bem como

---

32 Transcorridos mais de duzentos anos da sua primeira publicação, o livro “As Aventuras de Robinson Crusóé”, protagonista da narrativa do escritor inglês Daniel Defoe, tornou-se um clássico da literatura, arrebatando leitores indistintamente de qualquer peculiaridade. Arrazoando acerca das complexidades abrolhadas das relações intersubjetivas presentes nas construções sociais, o autor é bastante feliz ao narrar que, enquanto Robinson Crusóé estava isolado na ilha, não se notava o aparecimento do fenômeno jurídico (o direito). Todavia, com a aparição do índio “Sexta-Feira”, nasce a necessidade social de se estabelecer regras de conduta, as quais permitiriam o convívio pacífico entre eles.

33 Em que pese de se constituir em uma forma rudimentar de resolução de conflitos, a autotutela ainda se deparará presente no direito brasileiro, por exemplo, nas figuras jurídicas da greve e da legítima defesa. Todavia, cuidam-se de circunstâncias excepcionais e que são empregadas de forma restritiva.

34 Podemos visualizar a jurisdição em 3 (três) aspectos: poder; função e atividade. A primeira seria a capacidade de decidir imperativamente e impor decisões; a segunda constitui-se no complexo de atos do juiz no processo e a terceira seria a atividade dos órgãos jurisdicionais visando promover a pacificação dos conflitos. Com a palavra, os mestres: “Jurisdição é um poder, função e atividade: como poder, manifesta o poder estatal, como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões; como função, expressa o encargo de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo, através do processo; como atividade, é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função cometida pela lei”.

35 BERMUDES, Sérgio. **Introdução ao Processo Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p.29.

pela imperiosa resistência do réu à condenação<sup>36</sup>, buscando afastar a aplicação da pena.<sup>37</sup>

Aury Lopes Jr<sup>38</sup>. expõe esta íntima correspondência entre a história das penas e o nascedouro do processo penal, ao tratar do princípio da necessidade, asseverando que:

“Existe uma íntima relação e interação entre a história das penas e o nascimento do processo penal, na medida em que o processo penal é um caminho necessário para alcançar-se a pena e, principalmente, um caminho que condiciona o exercício do poder de penar (essência do poder punitivo) à estrita observância de uma série de regras que compõe o devido processo penal (ou, se preferirem, são as regras do jogo, se pensarmos no célebre trabalho (processo come giuoco de CALAMANDREI). Esse é o núcleo conceitual do ‘Princípio da Necessidade’”.

Destarte, o papel da prova liga-se ao aperfeiçoamento do convencimento do magistrado. De tal modo, influi-se que a atividade jurisdicional desempenhada pelo juiz no processo penal é eminentemente cognitiva, buscando entender como determinado evento se deu aproximadamente no mundo dos fatos. Esta é a razão pela qual é válido assegurar que o magistrado foi ontologicamente arquitetado, em um processo acusatório<sup>39</sup>, para ser um ignorante<sup>40</sup> no tocante à imputação contida na denúncia, porquanto ele desconhece os acontecimentos e as provas, carecendo dos meios de prova para lhe permitir uma cognição do fato.

---

36 Lembremos que, nos exatos termos da Súmula 523 do STF, “No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.”.

37 Como bem lembra Aury Lopes Jr. “O direito penal não tem realidade concreta fora do processo penal, ou seja, não se efetiva senão pela via processual. Quando alguém é vítima de um crime, a pena não se concretiza, não se efetiva imediatamente. Somente depois do processo penal teremos a possibilidade de aplicação da pena e realização plena do direito penal[...]. Existe uma íntima e imprescindível relação entre delito, pena e processo, de modo que são complementares. Não existe delito sem pena, nem pena sem delito e processo, nem processo penal senão para determinar o delito e impor uma pena.”. LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.34.

38 Idem. p. 33.

39 Tendo em vista que esse trabalho faz parte de um todo orgânico e complementável, não faremos nesse capítulo perquirições acerca do sistema acusatório, gestão da prova e das provas, matérias que serão analisadas nos tópicos subsequentes.

40 COUTINHO, Jacinto. **Glosas ao “Verdade, Dúvida e Certeza”**, de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito. In: Anuário Ibero-Americano de Direitos Humano. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002, p. 175 e ss.

Nota-se que, do íterim em que a inicial acusatória é lançada, até o momento da sentença, é imprescindível à resposta do estado uma instrução probatória que respalde a decisão do magistrado, sobretudo quando há uma condenação. É efetivamente essa “busca pela verdade”<sup>41</sup> no processo que comprovará a culpa (ou não) do acusado, aperfeiçoando o convencimento do juiz<sup>42</sup>.

Nessa atividade, clara está a preponderância que adquire o juiz na valoração da prova, além de inegável que este elege versões e até o significado dado à norma.<sup>43</sup>

Assim, é inerente ao processo penal a arguição em torno de fatos pretéritos, por meio de mecanismos probatórios, de investigações históricas elaboradas sob o campo do contraditório. Destarte, é inexecutável aos atores processuais, dentre eles o juiz, contemplar a verdade real de episódios passados, tendo em vista que, é marca indelével ao processo cognitivo e linguístico o reducionismo fenomenológico, dissipando-se uma vasta quantidade de elementos.

Portanto, nesta seara de reconstrução de uma realidade passada, revela-se salutar um processo dialético entre as partes, contemplando o exercício e desenvolvimento do direito de ação, desempenhado predominantemente pelo órgão ministerial, bem como o exercício de uma plena e eficiente defesa, oportunizando aos interessados a efetiva e igualitária envergadura de intervir no êxito do julgamento, utilizando-se dos instrumentos apropriados e produzindo as provas que julgarem necessárias.

O Código de Processo Penal, entretanto, não assinala quais seriam os limites ou meios de prova acolhidos na instrução probatória penal brasileira, disciplinando alguns institutos de forma isolada, não detalhando totalmente o seu conteúdo. Outrossim, aproveita-se subsidiariamente o Código de Processo Civil, o qual dispõe em seu art. 369, o seguinte:

---

41 Michel Foucault demonstra que, já na Antiga Grécia, a perseguição por uma verdade jurídica ocorria em meio a uma variedade de provas realizadas em jogos, capitaneando espécies lógicas de demonstração de fatos, persuadindo o interlocutor a entender determinado fato em uma determinada vertente, insinuar uma determinada forma de se entender o que se passou, alcançando, assim, a conquista da “verdade”. FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo de Jardim Morais. 2. ed. Rio de Janeiro: Nau, 2001, p. 32-54.

42 RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas. 2013, p. 453.

43 LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 358.

Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

Não obstante, em nosso país, este manejo procedimental de realização do direito abstrato ao direito concreto comboia uma série de cânones próprios que lhe dão validade e forma, condicionando a eficácia e validade das fases ulteriores à reverência das fases antecedentes, até o cume finalístico da prestação jurisdicional, com a divulgação da sentença pelo órgão jurisdicional. Outrossim, existem, graças a uma escala de valores hierárquicos normativos, imperativos constitucionais que se impõem face às regras ordinárias do processo penal, essas regras ordenam a existência de um processo constitucional penal.

Mas, afinal, qual seria essa espécie de verdade que se busca implementar através do processo penal?

### 2.2.1 A imprecisa verdade formal e a mitológica verdade real

Conforme a quase unanimidade da doutrina nacional, no processo penal se busca a verdade, seja ela adjetivada como verdade real ou verdade processual. Há, inclusive, um certo entendimento de que a verdade real é típica do processo penal, já que estariam em jogo valores indisponíveis, quanto ao processo civil existiria uma verdade processual, tendo em vista a disponibilidade dos interesses objeto da contenda. É bem verdade que essa divisão é cada vez menor, já existindo correntes fortes na doutrina que propõem a “troca das verdades”, processual para o penal e real para o civil.

Nos valem dos ensinamentos de Fernando Capez<sup>44</sup> acerca da matéria, tratando, respectivamente, o princípio da verdade formal e o princípio da verdade real:

“Regra de que o juiz depende, na instrução da causa, da iniciativa das partes quanto às provas e às alegações em que fundamentará sua decisão (*iudex secundum allegata et probata partium iudicare debet*).

---

44 CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p 68-69.

Segundo o princípio, pode o juiz dar-se por satisfeito, quanto à instrução do feito, com as provas produzidas pelas partes, rejeitando a demanda ou a defesa por falta de elementos de convicção. Este princípio é próprio do processo civil. Contudo, nota-se clara tendência publicista no processo, levando o juiz a assumir uma posição mais ativa, impulsionando o andamento da causa, determinando provas ex officio e reprimindo condutas abusivas ou irregulares [...] Característico do processo penal, dado o caráter público do direito material *sub judice*, excludente da autonomia privada. É dever do magistrado superar a desidiosa iniciativa das partes na colheita do material probatório, esgotando todas as possibilidades para alcançar a verdade real dos fatos, como fundamento da sentença. Por óbvio, é inegável que, mesmo nos sistemas em que vigora a livre investigação das provas, a verdade alcançada será sempre formal, porquanto ‘o que não está nos autos, não está no mundo’”.

Em que pese tal distinção, ambas encontram-se equivocadas.

A verdade formal ou verdade processual é a verdade perseguida em um processo de modelo formalista, baseando a sentença em um modelo garantista erigido por Ferrajoli, em uma verdade aproximada dos fatos, respeitando cânones acusatórios e pretendendo ser a verdade perseguida por um Estado Democrático de Direito, pelo qual é auto imposto uma arquitetura de respeito aos procedimentos definidos em lei. Nas palavras do próprio Ferrajoli<sup>45</sup>:

“Tudo isto vale com maior razão para a verdade processual, que também pode ser concebida como uma verdade aproximada a respeito do ideal iluminista da perfeita correspondência. Este ideal permanece apenas como um ideal. Mas nisto reside precisamente seu valor: é um princípio regulador (ou um modelo limite) na jurisdição, assim como a ideia de verdade objetiva é um princípio regulador (ou um modelo limite) na ciência. No plano semântico, com efeito, a verdade das teses judiciais não difere em princípio da verdade das teorias científicas.”.

Por ter essa aspiração científica, a verdade processual é controlada quanto ao método de obtenção dessa verdade, com um filtro axiológico do garantismo controlando a qualidade desta verdade, evitando a tendência dos juízes em acolherem verdades subjetivas e incontroladas<sup>46</sup>.

Segundo Aury Lopes Jr., essa limitação metodológica se manifesta em 4 (quatro) sentidos:

---

45 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 42.

46 Idem. p.50.

“I – a tese acusatória deve estar formulada segundo e conforme a norma;  
II – a acusação deve estar corroborada pela prova colhida através de técnicas normativamente preestabelecidas;  
III – deve ser sempre uma verdade passível de prova e oposição;  
IV – a dúvida, falta de acusação ou de provas ritualmente formadas impõem a prevalência da presunção de inocência e atribuição de falsidade formal ou processual às hipóteses acusatórias”.<sup>47</sup>

Apesar de se mostrar muito mais aceitável e lógica do que uma verdade material, a verdade formal ainda carece de um problema fundamental e muito bem tratado nessa monografia, o problema da verdade, pois, como já exaustivamente delineado, não existe verdade pura e abstrata atingível pelos homens. Carnelutti já demonstrou categoricamente ser infértil essa busca pela verdade. Outra não é a lição de Jacinto Miranda Coutinho:

“De qualquer sorte, Carnelutti mostrou, já em 1925, que é estéril a discussão a respeito de viger a verdade material ou a verdade formal, olhando à diferença que se insistia – e alguns ainda insistem – em fazer entre elas, no processo penal e civil”.<sup>48</sup>

O porquê desta esterilidade é que, Carnelutti, inspirado em Heidegger, entende ser a verdade inalcançável, entendendo que a verdade estaria no todo e não na parte. Ademais, não existiria verdade absolutas, já que a cientificidade da modernidade é pautada no paradigma do relativismo, tal qual apregoado por Einstein<sup>49</sup>.

Em outro giro, a verdade real, também denominada de verdade material ou verdade substancial, por sua vez, é ainda mais absurda, fruto de um mito, alvitre de uma crença de natureza dogmática<sup>50</sup> advinda do modelo inquisitorial, cujas bases são sustentadas por paradigmas científicos já superados, conforme explanado alhures<sup>51</sup>.

---

47 LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 389.

48 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Glosas ao “verdade, dúvida e certeza”**, de Francesco Carnelutti, para os operadores do direito. Empório do Direito. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/glosas-ao-verdade-duvida-e-certeza-de-francesco-carnelutti-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/>>.

49 LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 388.

50 Um dogma é uma proposição que é considerada como certa e inegável. Trata-se dos fundamentos e dos princípios básicos de qualquer ciência, religião, doutrina ou sistema.

51 KHALED JR., Salah Hassan. **O juiz e o historiador na encruzilhada da verossimilhança: ambição de verdade no processo penal**. Dissertação de mestrado. Porto Alegre, 2008, p. 12.

Com efeito, segundo o professor americano Harold J. Berman<sup>52</sup>, a origem remota deste princípio remonta aos procedimentos inquisitoriais da justiça canônica medieval. Nesse momento histórico da humanidade não se diferenciava as categorias de crime e religião – as quais hoje se constituem em categorias ontológicas diferentes –, assim, o princípio da verdade real se constituiu como forma procedimental de se verificar a ocorrência do pecado e punir o pecador.

Tendo em vista este quadro histórico, nota-se que a busca da verdade real no processo penal se instrumentaliza de acordo com o sistema ideológico presente em um período de vilipêndios sistêmicos aos direitos humanos. Assim, se o conteúdo da verdade é profundo e complexo para o estudo da Filosofia, para o Direito Canônico constituía-se em uma verdade que deveria ser arrancada a todo custo de um individual, que aqui não seria sujeito, mas, sim, mero objeto processual.

Por muito tempo se tem consolidado, equivocadamente, o juízo que vigora no Processo Penal Brasileiro, o princípio epigrafado “verdade real”<sup>53</sup>, que nada mais é do que um verdadeiro engodo, adjudicando dilatadas faculdades instrutórias aos magistrados – tendo estes o bastão de designar, inclusive, a produção de provas *ex officio* –. Busca-se sempre uma intangível verdade material, com firmamento nas provas que lhe são apresentadas e nas que o próprio julgador fabricou, descortinando,

---

52 BERMAN, Harold J. **La formación de la tradición jurídica de occidente**. Trad. Mónica Utrilla de Neira. México: Fondo de Cultura Económica, 1996, p.184.

53 Expondo o link do tópico com o tema central da monografia, vale lembrar que, a defesa que é feita para que se viabilize a aplicação do art. 156 do CPP, é de que o magistrado atuaria em prol do seu livre convencimento para que, assim, alcançasse a verdade real dos fatos. Trataremos mais percuientemente a questão no capítulo III desta monografia. Para que se visualize a aplicação deste princípio como legitimador da produção probatória por parte do magistrado, expomos a seguinte decisão:

STJ – AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL AgRg no REsp 1445776 RS 2014/0070304-6 (STJ) Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO. INQUIRIRÃO DE TESTEMUNHA EM AUDIÊNCIA NA QUAL O MINISTÉRIO PÚBLICO NÃO ESTEVE PRESENTE. POSSIBILIDADE. BUSCA DA VERDADE REAL. LIVRE CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO. RECURSO IMPROVIDO. 1. Conquanto o Ministério Público não estivesse presente na ocasião em que ouvida as testemunhas de acusação, o artigo 212 do Código de Processo Penal permite ao juiz participar das inquirições, sendo-lhe facultada, na busca da verdade real, a produção de provas necessárias à formação do seu livre convencimento, nos termos do artigo 156, inciso II, do mencionado diploma legal, afastando a alegação do prejuízo em tese suportado pelo acusado, já que a magistrada de piso não atuou como acusadora, mas dentro dos limites que lhe são conferidos pelo ordenamento jurídico vigente. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. Processo AgRg no REsp 1445776 RS 2014/0070304-6 Órgão Julgador – QUINTA TURMA Publicação DJe 24/06/2015 Julgamento 16 de Junho de 2015 Relator Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE).

outrossim, inteiramente, todas as circunstâncias advindas da prática de um fato criminoso (passado no tempo), e aduzindo toda essa “verdade” na forma da prestação jurisdicional.

Dito de outra forma, visando a maior clareza possível, o princípio da verdade real exprime a necessidade de que se mantenha ao julgador o ônus de colher provas, tão quão as partes, não se satisfazendo com o que lhe é apresentado pelas partes no processo. Neste caso, a atribuição do magistrado agir ativamente na produção de provas para sentenciar de “forma justa”, é evidente.

A crença que essa espécie de verdade era possível, tornou sua perseguição o fim precípua do processo penal.

Essa falsa ambição de circunspeção total da realidade tem legitimado a anomalia processual que é a busca de provas por parte do magistrado, em prol de uma verdade real. Infelizmente, essa falácia é comumente disseminada na doutrina processual penal e também permeia diversas decisões judiciais<sup>54</sup> em nosso país. Ilustrativamente, consignamos o pensamento de Nucci sobre o tema:

“A atuação de ofício do juiz, na colheita da prova, é uma decorrência natural dos princípios da verdade real e do impulso oficial. Em homenagem à *verdade real*, que necessita prevalecer no processo penal, deve o magistrado determinar a produção das provas que entender pertinentes e razoáveis para apurar o fato criminoso. Não deve ter a preocupação de beneficiar, com isso, a acusação ou a defesa, mas única e tão somente atingir a verdade”.

Nada mais absurdo!

---

54 Como exemplo trazemos a seguinte decisão do STJ, na qual, o tribunal corrobora que é aplicável ao ordenamento jurídico brasileiro o princípio da verdade real, reconhecendo a aplicação do princípio mencionado para legitimar a conduta do juiz que arrolou a vítima para ser ouvida, apesar de não ter sido arrolada pelas partes, senão vejamos:

PENAL PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CORRUPÇÃO DE TESTEMUNHA, ART. 343 DO CP. CONDIÇÃO DE TESTEMUNHA COMO ELEMENTAR DO TIPO. REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 07/STJ. ARROLAMENTO DO OFENDIDO PELAS PARTES. POSSIBILIDADE. DEVER DO MAGISTRADO PROCEDER A SUA INQUIRÇÃO DE OFÍCIO. OBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO DA VERDADE REAL. Existindo a necessidade de análise de questão fática ou de provas, não há como este Tribunal examiná-las em sede de recurso especial, pela incidência da Súmula 07/STJ. Apesar da parte ofendida não ser testemunha, ela pode ser arrolada pelas partes, não só porque o art. 201 do CPP expressamente menciona que será ouvida “sempre que possível”, mas também pelo fato de que na área penal vige o Princípio da Verdade Real, daí o dever do magistrado, caso as partes não a arrolem, de ofício determinar a sua inquirção. Agravo regimental não provido 343CPO77201CPP. (445172 DF 2002/0078826-0, Relator: ministro PAULO MEDINA, Data de Julgamento: 06/06/2005, T6 – Sexta Turma, Data de Publicação: DJ 01.08.2005 p. 578);

O princípio da verdade real, antes de ser uma deliberação inquisitorial, é um mito; a restrição e a imperfeição inatas à espécie humana – e do magistrado por consequência, já que este é invariavelmente humano –, impedem que se alcance, no processo, uma verdade real. Essa alegoria tenta dissimular a complexidade das causas e consequências de um fato, abreviando-o objetivamente, com o escopo de se adjudicar certeza à resposta estatal, porém produz muito mais dúvidas do que certezas, desequilibrando uma balança que já não é muito favorável ao réu.

Nas palavras de Aury Lopes Jr.<sup>55</sup>, a verdade real não passa de uma “artimanha engendrada nos meandros da inquisição para justificar o substancialismo penal e o decisionismo processual (utilitarismo), típicos do sistema inquisitório”

Com efeito, esse encaço por algo inacessível à racionalidade humana, que é a verdade absoluta por meio do processo, ilustrativamente exposta na verdade real, nos legou um processo que ainda conserva sua matriz inquisitorial, conforme veremos à frente quando tratarmos de gestão da prova. Interessante, acerca desse ponto, é a frase de Nietzsche, quando assevera “O amor pela verdade que nos conduzirá a muitas perigosas aventuras, essa famosíssima veracidade de que todos os filósofos sempre falaram respeitosamente — quantos problemas já nos colocou!<sup>56</sup>”

Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar<sup>57</sup> lecionam nesse mesmo sentido, senão vejamos:

“O princípio da verdade real (ou ‘substancial’, de acordo com terminologia adotada pelo art. 566, CPP) também é conhecido como princípio da livre investigação da prova no interior do pedido, princípio da imparcialidade do juiz na direção e apreciação da prova, princípio da investigação, princípio inquisitivo e princípio da investigação judicial da prova. Independentemente da denominação que se lhe dê, é de se observar que a verdade real, em termos absolutos, pode se revelar inatingível. Afinal, a revitalização no seio do processo, dentro do fórum, numa sala de audiência, daquilo que ocorreu muitas vezes anos atrás, é, em verdade, a materialização formal daquilo que se imagina ter acontecido.”

---

55 LOPES JR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.262.

56 NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Além do Bem e do Mal**. Tradução Márcio Pugliesi. Curitiba: Hemus Livraria, Distribuidora e Editora S.A. 2001, p 11.

57 TAVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11. ed. Salvador: JusPodivm, p. 55.

Contundente e extremamente técnico é o argumento do professor André Nicolitt<sup>58</sup>, quando afirma que o princípio da verdade real nem ao menos se faz presente no ordenamento jurídico nacional, não sendo, o magistrado, facultado a dispor de encargos probatórios. O professor Nicolitt chega a essa conclusão de forma bastante lógica: assevera ele que a Constituição Federal de 1988 não busca uma verdade real, prova dessa designação constitucional, é a proibição às provas ilícitas, compreendida na norma estruída no art. 5º, LVI, da nossa bíblia política. Este cânone democrático, de uma vez por todas, deixa evidente que o nosso ordenamento não está em busca de uma verdade real ou material, mas, acima de tudo, em busca de uma verdade ética, senão, legalizado estaria provas ilegítimas, ilícitas e, com efeito, até mesmo a tortura.

De acordo com a história, conforme corroborado empiricamente, no processo penal, sempre que procurou uma “verdade real” e com menos demarcações à atividade de produção dessa verdade, abrolhou, na verdade, um desumano e violento quadro de desacatamento sistemático a direitos fundamentais, com torturas, confissões fajutas e inocentes presos e queimados na fogueira da inquisição <sup>59</sup>.

### 2.2.3 O processo como reconstrução de um fato histórico

Após enfrentarmos algumas teorias acerca da “verdade” – a que reputamos essenciais para o entendimento do tema central, dentro de um limite espacial e temático inerentes ao trabalho – bem como entendermos que a verdade no direito se encontra dentro de um regular processo, passemos a entender, com um recorte mais agudo, como se reconstituiria a verdade, dentro do processo. Busca-se, aqui, demonstrar que o trabalho do juiz é essencialmente rememorativo, reconstrutivo, aproximando-se muito do labor de um historiador que, após reconstituir um fato histórico, apresenta sua versão acerca do episódio.

---

58 NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal**. 2.ed. Rio de Janeiro: Elsevier.2010, p.377.

59 LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 385.

Conforme leciona Aury Lopes Jr<sup>60</sup>, o ponto-chave para entendermos o processo como a reconstrução de um fato histórico, negando o atingimento da verdade processual ou a absurda verdade real, é a negação da função do processo como instrumento perquiridor da verdade, mas como sendo um instrumento de captura psíquica do magistrado<sup>61</sup>.

Com efeito, em seu labor, o julgador não larga da ocorrência abstrata do fato, mas, sim, dos materiais históricos produzidos sob o crivo do contraditório, das fontes históricas cambiadas aos autos, fonte em sentido lato do termo, com arrimo dos quais sistematiza o dispositivo de sua sentença. As provas nas quais o magistrado rememorou fatos históricos não são “um dado”, longe disso, são “um construído”. “A verdade é que os fenômenos do direito obedecem não só à regras lógicas, psicológicas, biológicas, físicas, econômicas, mas também e sobretudo, à regra ética.”<sup>62</sup>.

Dessa forma, o processo penal se constitui em um instrumento retrospectivo, onde, através do seu ritual, busca-se desenvolver uma atividade cognitiva aproximada de um fato histórico. Essa perseguição de capacitar o julgador acerca deste fato histórico, gira em torno da busca pelo convencimento do julgador, através dos meios de prova, os quais farão essa reconstrução do fato histórico. O tema probatório é sempre a afirmação de um fato passado<sup>63</sup>.

Gustavo Badaró<sup>64</sup> admoesta, entretanto, que as provas, por se reservarem à reconstrução histórica dos fatos, nunca terão o condão de consentir ao juiz a dominação de uma certeza absoluta, assim entendida aquela ocorrente no campo da lógica formal, mas tão-somente uma aproximação, maior ou menor, da certeza dos fatos.

Impõe advertir que a recongnição do fato histórico, que é o crime, operada na instrução processual, não há, evidentemente, de ser completa, nem tem essa

---

60 Idem. p. 389.

61 Acerca da função persuasiva da prova, trataremos do assunto em capítulo diverso.

62 CARNELUTTI, Francisco. **Metodologia do direito**. Campinas: Russel Editores, 2005, p. 28.

63 Idem. p. 355

64 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.30-31.

impossível pretensão, encontrando restrições tanto na dissipação rememorativa das fontes, como em limites éticos dados pelo Estado Democrático de Direito, limites estes que são traduzidos nos direitos e garantias fundamentais do acusado, característico à conformação do sistema acusatório. Nesse sentido, Jacinto Coutinho<sup>65</sup> delinea que

“Instrução e reconhecimento, por outro lado, cumprem, além da função jurídica, outra, de natureza política e vital, ou seja, de permitir que tudo seja feito conforme o devido processo legal (art. 5º, LV, CF), fator imprescindível à democratização. Instruir, então, pelo conhecimento do fato, tem um preço a ser pago pela democracia (não avançar nos direitos e garantias individuais), mas que há de ser pago a qualquer custo, sob pena de continuarmos, em alguns pontos, sob a égide da barbárie, em verdadeiro estado de natureza. [...] E aqui, como parece óbvio, o garante pode ser qualquer operador jurídico, mas ao juiz, em particular, está reservado um papel de destaque, de suma importância. Afinal, a instrução é basicamente para ele; e dele deve partir o limite que a sociedade estabelece à busca do conhecimento do fato.”.

É bastante rasa a ideia de uma “verdade processual” e mais perigoso, ainda, é falar-se na mitológica verdade real, da qual única verdade é a fundação de um sistema inquisitivo. No Estado Democrático de Direito e no sistema acusatório decorrente, não subsiste recinto para o desempenho de um arquetípico juiz Hércules, como arquitetou Dworkin<sup>66</sup>, sendo este um indivíduo de perícia, serenidade e astúcia para além da condição humana, devendo o julgador assumir o seu real papel de ser humano, como um falível, sabedor de sua inaptidão na consecução de certezas infalíveis, revelando uma expressão receptiva à dialética processual, arquitetada mediante o devido processo legal, com direito ao contraditório entre acusação e defesa e ampla defesa para o réu, deixando, assim, o julgador afastado da colheita probatória.

Em um processo com o escopo acusatório, não se persegue a autenticidade dos acontecimentos, ainda que isso fosse possível, de qualquer maneira, não é, a verdade, matéria-prima basilar de uma sentença justa. É claro que a busca por uma explicação aproximada da verdade é importante, mas não é o essencial.

---

65 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Glosas ao “verdade, dúvida e certeza”**, de Francesco Carnelutti, para os operadores do direito. Empório do Direito. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/glosas-ao-verdade-duvida-e-certeza-de-francesco-carnelutti-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/>>.

66 DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 165.

A autoridade conferida ao julgador não se legitima pela verdade e muito menos o legitima a sair em busca dessa verdade a qualquer custo, sua autoridade ganha guarida na Constituição, nas suas regras e princípios democráticos. Dessa forma, o comando condenatório da sentença deve ser corroborado pela acepção mais concludente para o magistrado acerca o fato.

Por consequência, o que está em voga é a convicção do julgado. Entretanto, não é uma convicção pura e simplesmente isolada em seu tempo e espaço, de maneira alguma. Com o escopo de circunscrever o âmbito de descomedimentos, arbitrariedades ou substancialismos exagerados e sem respaldo nos autos, a prova deve ingressar nos autos, respeitando as garantias e direitos constitucionais e legais, para que tenha sua legitimidade positivada, subsidiando as fontes históricas as quais o magistrado retirará seu juízo absolutório ou condenatório ao feito, de forma lícita e legítima.

Em conclusão, o processo, sendo conjecturado como uma máquina rememorativa, torna-se mais realizável e se coloca em uma posição democrática, contemplando o Estado Constitucional de Direito e seu imperativo sistema acusatório<sup>67</sup>, evidenciando-se o desalinho da louvação da verdade, seja ela formal ou processual, como escopo processual, condigno o seu descomedimento epistêmico. Assim, congênere primorosa lição de Carnelutti, o qual firmou seu pensamento na filosofia de Heidegger, “a verdade está no todo, não na parte; e o todo é demais para nós”<sup>68</sup>.

---

67 Acerca de sistemas processuais penais, falaremos no capítulo subsequente.

68 CARNELUTTI, Francesco. Verità, dubbio, certezza. Rivista di Diritto Processuale, 2ª série, n. 20, Padova, Cedam, 1965. p. 04 apud MARINONI, Luiz Guilherme., ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 36 e 37.

### III OS SISTEMAS INFORMADORES DO PROCESSO PENAL E A GESTÃO DA PROVA

Como bem pontua Paulo Rangel<sup>69</sup>, arrazoar acerca dos sistemas processuais sem, anteriormente, consignar o que seria um sistema, seria uma imprecisão metodológica, causando, sobremaneira, uma clara dificuldade no leitor, a quem esse trabalho se destina.

Com vistas a esclarecer tal instituto, devemos buscar primeiramente a raiz etimológica do termo. A palavra “sistema” deriva originariamente da palavra grega “*systēma*”, a qual foi integrada à língua latina com a mesma ortografia, resultando da junção das expressões “*sýn*” (“com ou junto”) e “*histánai*” (“colocar, pôr”)<sup>70</sup>.

Segundo Ludwig Von Bertalanffy<sup>71</sup>, a concepção de “sistema” profere uma ideia de agregação que tem a aptidão de conservar um certo grau de organização em face de variações intrínsecas ou extrínsecas, conectado por um conjunto de elementos, em interação, segundo determinadas leis, para alcançar um objetivo primordial.

Norberto Bobbio<sup>72</sup> traz as seguintes explicações:

“Entendemos por ‘sistema’ uma totalidade ordenada, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem. Para que se possa falar de uma ordem, é necessário que os entes que a constituem não estejam somente em relacionamento com o todo, mas também num relacionamento de coerência ente si. Quando nos perguntamos se um ordenamento jurídico constitui um sistema, nos perguntamos se as normas que o compõem estão num relacionamento de coerência entre si, e em que condições é possível essa relação.”.

Por evidente, a noção de sistema abarca grande importância metodológica nas diversas áreas do saber, guardando especial construção teórica e significativa importância na Sociologia, na Biologia, nas ciências linguísticas e na gramática e, mais contemporaneamente, no campo da informática. Não poderia ser diferente com o

---

69 RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 46.

70 FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 37.

71 BERTHANLANFFY, Ludwig Von. **Teoria Geral dos Sistemas: Fundamentos, Desenvolvimento e Aplicações**. Rio de Janeiro: Vozes, 2015.

72 BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: Ed. UNB, 1997, p.71.

Direito, onde a noção de sistema adquire grande importância para categorias dos sistemas processuais penais, de determinado país, em um determinado tempo e espaço.

Assim, fazendo um recorte mais sinóptico e temático (em relação à presente monografia)<sup>73</sup>, podemos dizer, alicerçados na doutrina de Paulo Rangel<sup>74</sup>, que um sistema processual penal constituir-se-ia em um conjunto de regras e princípios constitucionais, tendo em vista a conjuntura política de cada Estado, que assentaria as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto. Nesse diapasão, para Geraldo Prado<sup>75</sup>, sistema processual penal é o modelo político-jurídico de resolução dos conflitos de interesses na esfera penal.

Esse sistema vai se nortear pelas normas imperativas trazidas pela Constituição Federal, originando um verdadeiro “sistema constitucional processual penal”. Nesse ínterim, percebe-se que a função do processo penal é a realização garantista da pretensão persecutória penal do Estado, valendo-se, para esse mister, da conformação estrutural que as normas constitucionais lhe destinam.

Deste modo, os sistemas processuais identificam-se com um princípio básico, unificador, que revela os preceitos constitucionais acerca de qual o modelo deve ser seguido. Destarte, deve-se reconhecer o princípio informador de cada sistema, para imediatamente classificá-lo como inquisitório ou acusatório, pois essa classificação, feita a partir do seu âmago, se revela de extremo valor.<sup>76</sup>

Tal importância deflui do fato de que, o processo penal pode ser entendido como sendo o circunspeto das relações entre Estado e indivíduo, bem como da posição assumida por este dentro da comunidade social. Com muita propriedade,

---

73 A quem apeter informações mais percucientes acerca da teoria dos sistemas aplicada à Ciência do Direito, poderá beber da paradigmática obra do professor alemão **Claus-wilhelm Canaris**, denominada “**Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**”.

74 RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 46

75 Geraldo Prado anota ser factível apontar a estrutura processual como sendo um subsistema, já que está contida no sistema judiciário, que, por sua vez, é espécie do sistema constitucional, descendente do sistema político, implementando-se, deste modo, “um complexo de relações sistêmicas que metaforicamente pode ser desenhado como de círculos concêntricos, em que aquele de maior diâmetro envolve o menor [...], contaminando-o e dirigindo-o com os princípios adotados na Lei Maior”. PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 54-55.

76 LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 25.

Jorge de Figueiredo Dias, o pai do código penal português, sintetizou a questão, em sua sempre lembrada lição, preceituando que: “Diz-me como tratas o arguido, dir-te-ei o processo penal que tens e o Estado que o instituiu”.<sup>77</sup>

De igual modo que a ordem política estatal configura e conforma o sistema processual penal vigente, este também apresenta ingerência direta ao modelo de julgador que capitaneará o processo, porquanto os magistrados atuantes em Estados respeitadores dos direitos e garantias fundamentais devem, evidentemente, observar tais valores no curso da marcha procedimental.

Outrossim, a análise dos lineamentos históricos (sem perquirições exaustivas) e teóricos dos sistemas revela-se de extrema importância para a determinação dos limites da atuação instrutória do juiz criminal. Passado esse tópico conceitual, enfrentemos os grandes sistemas processuais penais em espécie, mas primeiro é imperioso que se trabalhe o “princípio da unidade sistemática”, também conhecido como princípio unificador, desenvolvido por Immanuel Kant, com base nos trabalhos de Christian Wolff.

### 3.1 O PRINCÍPIO DA UNIDADE SISTÊMICA

Congênere versado anteriormente, Immanuel Kant utiliza como fonte basal, em vasta parte, a sistematização do pensamento científico desenvolvida por Christian Wolff, acompanhando, conseqüentemente, a conformação estrutural do pensamento deste no que tange à máxima de sistema. Outrossim, Kant traz a erudição de que todo sistema deve se fundar em “princípio da unidade sistemática” ou “princípio unificador”,

---

<sup>77</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra Ed., 1974. v. I, p. 58-60.

à luz do que ele cognominou “arquitetônica”<sup>78</sup>, que consiste em concentrar o por meio de uma ideia<sup>79</sup>:

“Sob o domínio da razão não devem os nossos conhecimentos em geral formar uma rapsódia, mas um sistema, e somente deste modo podem apoiar e fomentar os fins essenciais da razão. Ora, por sistema, entendo a unidade de conhecimentos diversos sob uma ideia. Esta é o conceito racional da forma de um todo, na medida em que nele se determinam a priori, tanto o âmbito do diverso, como o lugar respectivo das partes. O conceito científico da razão contém assim o fim e a forma do todo que é correspondente a um tal fim. A unidade do fim a que se reportam todas as partes, ao mesmo tempo que se reportam umas às outras na ideia desse fim, faz com que cada parte não possa faltar no conhecimento das restantes e que não possa ter lugar nenhuma adição accidental, ou nenhuma grandeza indeterminada da perfeição, que não tenha os seus limites determinados a priori. O todo é, portanto, um sistema organizado (articulado) e não um conjunto desordenado (*coacervatio*); pode crescer internamente (*per intussusceptionem*), mas não externamente (*per oppositionem*), tal como o corpo de um animal, cujo crescimento não acrescenta nenhum membro, mas, sem alterar a proporção, torna cada um deles mais forte e mais apropriado aos seus fins.”.

Kant afirma ser impossível uma totalidade absoluta da experiência, contudo assevera a possibilidade de se identificar um núcleo central do pensamento, naquilo que o professor Jacinto Miranda Coutinho<sup>80</sup> denominou (igualmente Kant) princípio unificador, senão vejamos<sup>81</sup>:

“Sem a resolução desta questão, a razão jamais se satisfará a si mesma. O uso experimental, a que a razão confina o entendimento puro, não cumula toda a determinação própria da razão. Cada experiência particular é apenas uma parte da esfera inteira do seu domínio, mas a totalidade absoluta de toda a experiência possível não é em si mesma nenhuma experiência.”.

---

78 A filosofia transcendental é a ideia de uma ciência para a qual a crítica da razão pura deverá esboçar arquitetonicamente o plano total, isto é, a partir de princípios, com plena garantia da perfeição e solidez de todas as partes que constituem esse edifício. [E o sistema de todos os princípios da razão pura] (...) A razão humana é, por natureza, arquitetônica, isto é, considera todos os conhecimentos como pertencentes a um sistema possível, e, por conseguinte, só admite princípios que, pelo menos, não impeçam qualquer conhecimento dado de coexistir com outros num sistema. KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Tradução: MANUELA PINTO DOS SANTOS e ALEXANDRE FRADIQUE MORUJÃO. Lisboa: Edição da Fundação Calouste Gulbenkian. 5. ed., 2001, págs. 80 e 438.

79 Idem. p. 669.

80 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.

81 KANT, Immanuel. **Prolegômenos a Toda a Metafísica Futura que Queira se Apresentar como Ciência**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edição 70. 1988, p. 110.

Partindo dessa premissa conceitual clara, Kant avança e conclui que a ciência não pode surgir de forma acidental, apenas pautada pela experiência (“tecnicamente”), mas sim “arquiteticamente”, ou seja, deve ser fruto de uma ideia fundante inaugurada *a priori* e não *a posteriori*.

Sem aprofundar o pensamento kantiano mais do que necessariamente à presente monografia, concluímos que, de forma correta, o pensamento kantiano, a respeito de sistema, fundou a ideia de que todo sistema parte de uma ideia motriz e se orienta por princípios unificadores, sem o que o conjunto de regras é assistemático. Além disso, é necessário que o sistema seja construído *a priori*, a partir da referida ideia fundante e não *a posteriori* pela mera constatação empírica, ou pela reunião selecionada de fatos concretos.

Esse cânone balizador, como se verá adiante, jaz, ainda hoje, como inatacável.

### 3.2 OS GRANDES SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Assim, galgando as lições acima delineadas para o campo do processo penal, é permitido afiançar que sistemas processuais penais nada mais são do que, nas palavras de Marcos Alexandre Coelho Zilli<sup>82</sup> “campos criados a partir do agrupamento de unidades que se interligam em torno de uma premissa”, ou seja, materializam-se na agregação dos múltiplos dispositivos concernentes à persecução penal, que gravitam a partir de um princípio unitário definido anteriormente e que conforma seu núcleo fundante<sup>83</sup>.

Primeiro, precisamos fazer uma breve reflexão, pois a tradição do nosso tempo é marcada invariavelmente por uma característica: a concepção do ineditismo das coisas e das ideias. A influência das novas tecnologias e os avanços (para não dizer saltos) técnico-científicos aleitam essa visão do original. Tudo reclama sua condição

---

82 ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 34.

83 Expressão da lavra do prof. Aury Lopes Jr. retirada do seu livro **Direito Processual Penal**. LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

apriorística, mas dificilmente algo é, realmente, inédito, principalmente no campo das ideias.

Dito isso, queremos afirmar que, o que hoje chamamos de sistema acusatório não é apenas uma marca do nosso tempo, muito pelo contrário, encontra suas raízes históricas nos tempos mais longínquos da civilização humana, assim também é o sistema inquisitivo, que está longe de ser um modelo extinto, pois reconfigurou-se e ainda hoje é visto em diversos ordenamentos, sendo matriz de diversos institutos processuais.

Cumpramos afirmar que, a evolução dos sistemas processuais penais variou ao longo do tempo, tendo em vista sempre o predomínio ideológico de determinada vertente, se mais punitiva ou mais libertária<sup>84</sup>.

Buscando uma melhor estruturação metodológica da presente monografia, analisaremos estratificadamente as características dos grandes sistemas processuais em espécie, o que se faz a seguir.

### 3.2.1 Sistema inquisitorial

O sistema inquisitório tem suas raízes no antigo império Romano, sobretudo a partir do século V, período de sua decadência. Não obstante, apenas se apresenta da forma como estudamos hoje, no âmago da Igreja Católica, como uma resposta defensiva contra o desenvolvimento daquilo que se convencionou chamar de “doutrinas heréticas”, sendo adotado pelo Direito Canônico a partir do século XIII.

A título de contextualização histórica, cumpre afirmar que, essas doutrinas heréticas foram paulatinamente aperfeiçoadas, passando a ter uma natureza cogente e uniforme no papado de Inocêncio III. Anteriormente, a persecução penal eclesiástica era iniciada de três formas: acusação, denúncia ou inquisição, esta primeira caiu no ostracismo e a segunda, em sua modalidade anônima, era muito utilizada como

---

84 LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 40.

vingança contra inocentes<sup>85</sup>. Em consequência a esse quadro, o Pontífice supracitado decretou que todo processo de competência do clero fosse precedido da *inquisitio*, segundo regras ditadas no IV Concílio de Latrão, conclamado pela bula papal “*Vineam Domini Sabaoth*”, em 1216<sup>86</sup>.

A partir de então, a atividade de persecução penal tomou arranjo nunca visto: a Igreja resguardou amplamente a possibilidade da persecução de ofício, admitindo ao inquisidor, independente da existência de uma denúncia formal por parte da acusação, instaurar o procedimento, colher a prova (ouvir testemunhas) e pronunciar uma condenação.

Não obstante, o sistema inquisitorial só tome sua forma mais rígida no século XV, quando foi criado o famigerado Tribunal do Santo Ofício, ou Tribunal da Inquisição. A odiosa denúncia apócrifa volta a ser anuída como forma de abertura do processo penal – corrompendo-se, invariavelmente, em ferramenta de detração de inimizades –, a função acusatória é acoplada à função do julgador; a prova oral é extraída secretamente e *ex officio* pelo inquisidor eclesiástico; o juramento do *inquisitus* de dizer a verdade quando interrogado passa a ser obrigatório, desaparecendo por completo o direito ao silêncio. São extintos os debates orais, substituídos pelas formas escritas; legitima-se a tortura como meio de forçar a autoacusação. Em situações extremas, era impossibilitada a defesa, sob o dossel de ter a capacidade de prejudicar a obtenção da verdade real.

Segundo Jacinto Miranda Coutinho<sup>87</sup>:

“Trata-se, sem dúvida, do *maior engenho jurídico que o mundo conheceu*; e conhece. Sem embargo da sua fonte, a Igreja, é diabólico na sua estrutura (o que demonstra estar ela, por vezes e ironicamente, povoada por agentes do inferno!), persistindo por mais de 700 anos. Não seria assim em vão: veio com uma finalidade específica e, porque serve – e continuará servindo, se não acordarmos – mantém-se hígido.”.

---

85 BARROS, Marco Antonio de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 63.

86 BOLTON, Brenda. **A reforma na Idade Média**: Trad. de Maria da Luz Veloso. Lisboa: Edições 70, 1985, p. 126.

87 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. 18.

Convém mencionar que tal sistema, em sua pureza, é um modelo histórico<sup>88</sup>.

Para Paulo Rangel, o escopo da fundação do sistema inquisitivo seria retirar das mãos dos particulares a defesa social por meio da persecução penal. Dessa forma, o Estado chama para si o poder de reprimir a prática de delitos.<sup>89</sup>

O sistema inquisitorial se estabeleceu por toda a Europa medieval, sendo empregado não só no processo penal, mas também em âmbito civil. Em descrição sintética, ressaltando a importância que essa característica adquire para o presente trabalho, para o prof. Renato Brasileiro de Lima<sup>90</sup> a principal característica do sistema inquisitorial é a reunião, em uma única pessoa, das funções de acusar, defender e julgar, a qual é denominada Juiz Inquisidor.

Assim, no sistema inquisitorial não devemos, sequer, cogitar a existência de um *actus trium personarum*, como bem preconiza Jacinto Miranda Coutinho<sup>91</sup>, “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”.

Essa centralização de atribuições nas mãos do Juiz avaria, invariavelmente, sua imparcialidade. É axiomático que existe uma flagrante incompatibilidade nas funções de acusar, julgar e defender. Quando o juiz sai da sua posição equidistante das partes, vincula-se psicologicamente ao resultado da demanda (seja para condenação, seja para absolvição), liquidando a tão almejada objetividade e imparcialidade no julgamento.

Como corolário a essa convergência de poderes nas mãos do Inquisidor, não há que se falar em princípio do contraditório, o qual não seria, sequer, concebível, em virtude da falta de contraposição entre a acusação e a defesa. Era extremamente trivial também que o acusado permanecesse preso e incomunicável durante o processo, buscando, com isso, evitar fugas e estimular a confissão.

---

88 LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 25.

89 RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 46.

90 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 38.

91 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.

Sem querer esgotar a questão da gestão da prova, tópico próprio desta monografia, convém lembrar que, no processo inquisitório, o sistema da prova é a prova tarifada<sup>92</sup>, também chamada de sistema das regras legais e certeza moral do legislador, o escopo essencial desse sistema é a verdade absoluta dos fatos. Segundo as preleções de Paulo Rangel<sup>93</sup> significa dizer que todas as provas têm seu valor prefixado pela lei, não dando, ao magistrado, liberdade para decidir naquele caso concreto, se aquela prova era ou não comprovadora dos fatos, objeto do caso penal.

O escopo desta metodologia é limitar o julgador ao valor ou meio de prova que a lei comina a certo fato, não admitindo ao magistrado sopesar de acordo com seu convencimento.

O procedimento é escrito e sigiloso – não obstante, a escritura e o sigilo não lhes sejam formas fundamentais e também se encontrem em alguns modelos acusatórios, desde o direito romano, muitas vezes em benefício do acusado –, a deflagração da persecução penal pode ocorrer por meio de denúncias anônimas e secretas ou *ex officio* pelo inquisidor, ao qual é dada a possibilidade de colher provas com o objetivo de alcançar a condenação. A confissão era prova cabal, sendo esta qualificada como: “*rainha das provas*”. O acusado, mero coadjuvante do processo, não sendo considerado sujeito de direitos, mas, sim, tido como objeto da investigação preliminar.

Sintetizando o sistema inquisitório, Renato Brasileiro<sup>94</sup> define o sistema inquisitório como sendo

[...] um sistema rigoroso, secreto, que adota ilimitadamente a tortura como meio de atingir o esclarecimento dos fatos e de concretizar a finalidade do processo penal. Nele, não há falar em contraditório, pois as funções de acusar, defender e julgar estão reunidas nas mãos do juiz inquisidor, sendo o acusado considerado mero objeto do processo, e não sujeito de direitos. O magistrado, chamado de inquisidor, era a figura do acusador e do juiz ao mesmo tempo, possuindo amplos

---

92 Essa doutrina tem aparição bastante remota, já no direito hebraico, que obstruía a pena do acusado de todo crime ou pecado, com base em apenas um só testemunho. Não obstante, tais exigências só resultavam na maior severidade da investigação, pois a confissão, com o recurso inevitável à tortura, tornava-se verdadeira condição *sine qua non* para a obtenção do convencimento. GOMES FILHO. Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 24.

93 RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 508.

94 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único – 5. ed.rev., ampl. E atual.** - Salvador. ed. JusPodivm, 2017. p. 39.

poderes de investigação e de produção de provas, seja no curso da fase investigatória, seja durante a instrução processual.”.

Para o professor Nereu José Giacomolli<sup>95</sup>, nota-se um fenômeno de “donista” por parte dos magistrados no conduzir dos processos,

“verifica-se um 'donismo' processual sem precedentes, endo e extraprocessuais: o processo é meu, o promotor é meu, o estagiário é meu, o servidor é meu, o carro é meu, eu sou eu, eu e eu. Então, eu posso investigar, eu posso acusar, eu posso julgar, recorrer e executar a sanção. Nesse modelo, confundem-se as funções dos agentes do Estado-Julgador com os do Estado-Acusador e com os do Estado-Investigador”.

Impera o sistema inquisitório nos ordenamentos que apregoam a punição do réu (mero objeto do processo), ainda que com intervenção aos direitos fundamentais e a supressão de suas respectivas garantias. Eis a circunstância pela qual se diz que o processo inquisitivo não é, conceitualmente, um fidedigno processo.<sup>96</sup>

### 3.2.2 Sistema misto – será que existe um sistema misto?

O que hoje denominamos ser o sistema misto, também chamado de sistema francês possui origem remota na *Ordonnance Criminelle* de 1670, porém foi principiado pelo *Code d’Instruction Criminelle* – o Código de Instrução Criminal francês (Código de Napoleão)<sup>97</sup> –, de 1808, o qual entrou em vigor no ano de 1811, difundindo-se rapidamente pelas demais legislações da Europa continental em virtude

---

95 GIACOMOLLI, Nireu José. O Devido Processo Penal: Abordagem Conforme A CF e o Pacto de São José da Costa Rica. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 90.’

96 Interessante a conclusão de Hélio Tornaghi, para quem o sistema inquisitório “é, afinal, a afirmação de um procedimento administrativo em que o Estado se autodefende. Não se trata de atividade jurisdicional a não ser formalmente”. TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. 10 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

97 Após a Revolução Francesa, os ideais antropocentristas, consignados em todo pensamento do movimento iluminista da época, acabaram por repercutir em todas as áreas do pensamento científico, não poderia ser diferente, também, na esfera do processo penal. Assim, foi-se retirando, aos poucos, características do modelo canônico inquisitivo (teocentrismo), em prol da valorização que passou a ser dada ao homem (antropocentrismo). Daí a nomenclatura sistema francês.

da expansão napoleônica<sup>98</sup>. Inclinar-se a ser um interposto entre o sistema acusatório e o sistema inquisitório.

Depois de se expandir por toda a Europa a partir do século XIII, como visto acima, o sistema inquisitorial passa a sofrer influxos mais garantistas. O aperfeiçoamento intelectual que permeou o século XVIII, fruto do labor dos enciclopedistas, da revolução francesa e da máxima de centralidade do homem perante o mundo que lhe cerca, propagada pelo Iluminismo, capitaneou austeras críticas ao modelo processual penal inquisitorial, até então preponderante, especialmente em face da bestialidade dos meios empregados. É, até hoje, o sistema processual penal em vigor na França.

Todavia, a aspiração revolucionária chocou-se contra as tradições culturais inquisitórias fincadas há séculos, de forma que, com o passar do tempo, “os diplomas legais revolucionários foram sucedidos por outros que mantiveram características próprias do sistema inquisitório, mescladas com outras típicas do acusatório”<sup>99</sup>, originando-se, assim, o sistema misto.

É denominado de sistema misto visto que o processo se arqueia em duas fases diversas: a primeira etapa, a investigação preliminar, executada pela polícia judiciária, é tipicamente inquisitorial, com instrução escrita e secreta, sem acusação e, portanto, sem contraditório. Nesta, busca-se averiguar a materialidade e a autoria do fato delituoso. Na segunda fase, de caráter acusatório, o órgão acusador apresenta a acusação, o réu se defende e o juiz julga, vigorando, em regra, a publicidade e a oralidade<sup>100</sup>.

Paulo Rangel, sucintamente, define as características do sistema misto como sendo:

“a) a fase preliminar de investigação é levada a cabo, em regra, por um magistrado que, com o auxílio da polícia de atividade judiciária, pratica todos os atos inerentes à formação de um juízo prévio que autorize a acusação. Em alguns países, esta fase é chamada de

---

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

99 ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 37.

100 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único 5. ed.rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 41.

“juizado de instrução” (v.g. Espanha e França). Há nítida separação entre as funções de acusar e julgar, não havendo processo sem acusação (*nemo iudicio sine actore*);

b) na fase preliminar, o procedimento é secreto, escrito e o autor do fato é mero objeto de investigação, não havendo contraditório nem ampla defesa, face à influência do procedimento inquisitivo;

c) a fase judicial é inaugurada com acusação penal feita, em regra, pelo Ministério Público, onde haverá um debate oral, público e contraditório, estabelecendo plena igualdade de direitos entre a acusação e a defesa;

d) o acusado, na fase judicial, é sujeito de direitos e detentor de uma posição jurídica que lhe assegura o estado de inocência, devendo o órgão acusador demonstrar a sua culpa, através do devido processo legal, e destruir este estado. O ônus é todo e exclusivo do Ministério Público;

e) o procedimento na fase judicial é contraditório, assegurada ao acusado a ampla defesa, garantida a publicidade dos atos processuais e regido pelo princípio da concentração, em que todos os atos são praticados em audiência”.

Hélio Tornaghi<sup>101</sup>, posicionando-se favoravelmente ao sistema misto, aduz que:

“[...] o sistema que deveria prevalecer seria o misto, que reúne as vantagens e elimina os inconvenientes dos outros dois. Misto, porque nele o processo se desdobra em duas fases; a primeira é tipicamente inquisitória, a outra é acusatória. Naquela faz-se a instrução escrita e secreta, sem acusação, e, por isso mesmo, sem contraditório. Apura-se o fato em sua materialidade e a autoria, ou seja, a imputação física do fato ao agente. Nesta, o acusador apresenta a acusação, o réu se defende e o juiz julga. É pública e oral”.

O acusado acaba por ser estimado como sujeito de direitos, exercitando-os e com manejo de suas respectivas garantias na defesa contra o fato que lhe é atribuído. Desfruta, ainda, da presunção de inocência, competindo à acusação, e não mais ao magistrado, o ônus de provar os fatos que lhe são imputados. Os debates se desenrolam publicamente em audiência, com especial relevo ao princípio da oralidade. Aliás, em todos os tribunais, a fase de julgamento é sempre contraditória, oral e pública<sup>102</sup>.

---

101 TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. 10. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 17-18.

102 MATIAS, Flávio Pereira da Costa. **Revista Jus Navigandi**. Teresina, Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22659>>.

Ferrajoli<sup>103</sup> conjura severas críticas ao sistema misto, asseverando que:

“[...] ‘processo misto’, que será copiado por numerosas codificações posteriores, incluída a italiana: predominantemente inquisitivo na fase de instrução, predominantemente acusatório na fase de debate e dominado em ambas as fases pelo princípio da livre convicção do juiz-inquisidor. Compreende-se que tal ‘monstro, nascido do acoplamento do processo inquisitivo e do acusatório’, tenha somado os defeitos de um e de outro”.

Contudo, afigura-se o sistema misto como uma reforma do sistema inquisitório. Como reportado acima, para a definição de um sistema como algo diferente, deveríamos constatar um princípio nuclear<sup>104</sup> diferente, o que não ocorre, definitivamente, quando analisamos o sistema misto e o sistema inquisitório, ou seja, o princípio unificador de ambos é de raiz essencialmente inquisitória, não havendo diferença substancial entre ambos.

É de se ressaltar que, nesse ponto, temos a pesada companhia da erudição de Aury Lopes Jr.<sup>105</sup>, que aponta essa imprecisão doutrinária tão comum:

“É lugar-comum na doutrina processual penal a classificação de ‘sistema misto’, com a afirmação de que os sistemas puros seriam modelos históricos sem correspondência com os atuais. Ademais, a divisão do processo penal em duas fases (pré-processual e processual propriamente dita) possibilitaria o predomínio, em geral, da forma inquisitiva na fase preparatória e acusatória na fase processual, desenhando assim o caráter ‘misto’. Ademais, muitos ainda estão atrelados à reducionista concepção histórica de que bastaria a mera ‘separação inicial’ das ‘funções de acusar e julgar’ para caracterizar o processo acusatório”.

Um “sistema processual penal misto”, ao contrário do que apregoa o lugar-comum, não é a mera congregação dos elementos dos dois sistemas puros, os quais na prática nem são factíveis.

Outrossim, do ponto de vista epistemológico, não teria base preceitual alguma a somatória de dois gêneros distintos, a bem da verdade a própria noção de sistema não comporta a união de dois princípios unificadores.

---

103 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 134.

104 MIRANDA, Jacinto Miranda Coutinho. **Sistema acusatório cada parte no lugar constitucionalmente demarcado**. Disponível no sítio eletrônico: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194935/000871254.pdf?sequence=3>>.

105 LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 45.

Apontando a necessidade de revisão desse entendimento, Jacinto Miranda Coutinho<sup>106</sup> aponta os seus argumentos para negar a ideia da existência de um sistema misto, dos quais comungamos em todo:

“O problema é que é o fim do sistema – como referido –, que resignifica o princípio unificador e ele, como é elementar, ganha um colorido diferente nos dois sistemas conhecidos: o princípio unificador será inquisitivo se o sistema for inquisitório; e será dispositivo se o sistema for acusatório. Como ideia única, não comporta divisão e, deste modo, não se pode ter um princípio misto e, de consequência, um sistema misto. Ora, se todos os sistemas processuais penais da atualidade são mistos e, desde a noção de sistema não se pode ter um sistema misto, parece óbvio que se trata de um problema meramente conceitual, e não fático.”.

Portanto, concluímos, com as palavras do próprio Jacinto<sup>107</sup>,

“No fundo, não há diferença excepcional entre eles dado se tratar, sempre, de mecanismo inquisitorial (onde reside o problema): qualquer um que estiver naquele lugar – repita-se – tenderá a fazer o papel de inquisidor, exerça a função que exercer. Por sinal, o mister já esteve em mãos aos bispos e tudo deu no que deu, como se sabe. O diverso, sem dúvida, entre lá e cá, é que nos modelos europeus continentais, quase sempre variações do modelo primeiro do Code Napoleón, o Juizado de Instrução permitiu, quando do avanço democrático do século passado, adaptações tanto necessárias quanto interessantes, a ponto de se poder seguidamente colocar em causa o próprio sistema, como sucedeu na Itália do pós-guerra. Aqui, porém, isso não é possível (em função do status constitucional da investigação preliminar realizada pela Polícia Judiciária) e uma evolução deve ser pensada desde outra perspectiva.”.

Destarte, o que a doutrina comumente chama de sistema misto, nada mais é do que um sistema neoinquisitorial. Ora, como acima já exaustivamente corroborado, não há diferença substancial entre o “sistema misto” e o sistema inquisitorial, o princípio unitário de ambos é exatamente o mesmo. O acusado não adquire, em nenhum dos dois, verdadeira condição de sujeito de direitos, é tido como um objeto da instrução, a qual objetiva a “verdade real”. O magistrado, quando do momento da sua decisão, já sofreu inúmeros influxos comprometedores de sua neutralidade.

---

106 MIRANDA, Jacinto Miranda Coutinho. **Sistema acusatório**. Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194935/000871254.pdf?sequence=3>>.

107 Idem.

Por tudo, percebe-se, claramente, que a adjetivação mista – quase um eufemismo –, bem como suas diversas fases, não é o suficiente para desnaturar ontologicamente este sistema, verdadeiro sistema inquisitorial dos tempos modernos.

Em conclusão, nessa monografia trabalharemos apenas com os únicos dois sistemas existentes (até o presente momento histórico), quais sejam: sistema acusatório e sistema inquisitorial, singulares por apresentarem princípios unitários próprios de seus pressupostos. Respeitando os mestres que admitem a existência de um sistema misto, refutamos totalmente sua vivência, que não é lógica, pois não se mantém após inquirições mais percucientes, como acima exposto.

### 3.2.3 Sistema acusatório

O berço remoto deste gênero remonta à antiga civilização grega, em que, nos crimes consignados como “públicos”, era acessível ao agravado ou a qualquer cidadão do povo convocar um julgamento em um tribunal, a quem não cabia qualquer diligência ou aquisição de elementos de convicção, o que hoje seriam os elementos informativos, de sorte que cumpria exclusivamente às partes a revelação de suas alegações na audiência com o magistrado<sup>108</sup>.

Subsequentemente, o sistema acusatório desenvolveu-se em Roma, na sua fase republicana, sob a configuração da *accusatio*, cujo principal pressuposto, verdadeira pedra de torque, era a vedação de um processo sem acusação formal, formando a essência do famoso brocardo latim: *nemo in iudicium tradetur sine accusatione*.

Portanto, o sistema acusatório cinge-se à ideação de um processo de partes em que existe uma axiomática delimitação entre a figura do juiz e acusador, este último se contrapõe ao acusado em paridade de armas e igualdade de posições,

---

108 PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 73.

constituindo, assim, um fidedigno *actum trium personarum*<sup>109</sup>. Ao magistrado incumbe, exclusivamente, o cargo de julgador, e com o escopo de preservação desse lugar, não lhe é reconhecido qualquer poder de iniciativa na obtenção da prova, jazendo, ao oposto, dependente, na instrução da causa, de uma postura positiva das partes quanto às provas e alegações que alicerçarão o *decisum*, prevalecendo o exame direto das testemunhas e do acusado.

Atualmente, o grande traço desse modelo é, sem sombra de dúvidas, a gestão da prova<sup>110</sup>, pois devemos observar não apenas a conformação estrutural do processo (juiz – acusação – defesa), mas também a sua linguagem, procedimentos e, principalmente, o desígnio da posição processual concebida entre o Estado-juiz e o sujeito. Por isso, afirma Aury Lopes Jr.<sup>111</sup>, tendo como base a cátedra de Jacinto Miranda Coutinho, que o “processo tem por finalidade buscar a reconstituição de um fato histórico (o crime sempre é passado, logo, fato histórico), de modo que a gestão da prova é erigida à espinha dorsal do processo penal, estruturando e fundando o sistema.”.

Imediatamente, sob o aspecto probante, é altamente desejado uma posição de passividade do magistrado, visando a preservação da sua neutralidade. Assim, a gestão das provas é atividade de parte, cabendo ao magistrado um papel de garantidor das regras do jogo<sup>112, 113</sup>.

Valendo-se de um argumento bastante substancial para se legitimar este sistema, é que, ao menos em tese, ele é um dos responsáveis pela configuração democrática do direito processual penal em determinado país, tendo em vista que a

---

109 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.102-103.

110 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.

111 LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 22.

112 CALAMANDREI, Piero. **O processo como jogo**. Tradução Roberto Del Claro. Revista Gênesis, Curitiba, n. 23, 2002, p. 191-290.

113 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único – 5. ed.rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 39.

designação ideológica de tal estrutura dialética processual é uma natural consequência dos influxos do princípio democrático em conformidade ao processo.<sup>114</sup>

O professor Aury Lopes Jr<sup>115</sup> vai além e trata o sistema acusatório como um imperativo moderno processual, nas suas próprias palavras:

“O sistema acusatório é um imperativo do moderno processo penal, frente à atual estrutura social e política do Estado. Assegura a imparcialidade e tranquilidade psicológica do juiz que irá sentenciar, garantindo o trato digno e respeitoso com o acusado, que deixa de ser mero objeto para assumir sua posição de autêntica parte passiva do processo penal.”.

Deste modo, o Processo Penal Acusatório labora, em um Estado Democrático de Direito como se pretende o Brasil – art. 1, *caput*, da Constituição Federal –, como um interposto imprescindível e inafastável de salvaguarda dos direitos do réu. Não é, de tal modo, um singelo aparelhamento de concretização do Direito Penal – daí o desuso da locução direito adjetivo<sup>116</sup> –, mas, deveras, um instrumento de satisfação de direitos fundamentais e, especialmente, uma garantia adversa ao arbítrio estatal.

Deve-se ressaltar que, todo esse aparato do processo penal acusatório de garantias contra ingerências estatais indevidas, guarda íntima conexão com o princípio da presunção de inocência, sendo esta uma parte essencial e estrutural do sistema processual acusatório, a qual afiança um estado de inocência que unicamente poderá ser apartado defronte de uma prova plena da culpabilidade do acusado e dentro de um devido processo legal.

---

114 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.107.

115 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 59.

116 “Direito Penal substantivo corresponde ao direito material, que cria as figuras criminosas e contravencionais, enquanto o Direito Penal adjetivo, que seria o direito processual, trata das normas destinadas a instrumentalizar a atuação do Estado diante da ocorrência de um crime. [...] Atualmente, no entanto, a distinção não apresenta razão (ou qualquer interesse prático), ante o reconhecimento do Direito Processual Penal como ramo autônomo, dotado de regras e princípios próprios”. CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**. 5. ed. rev. atual. e ampliada. Salvador: JusPodivm, 2017, p 35.

Segundo Luigi Ferrajoli<sup>117</sup>, o sistema acusatório possui uma separação sólida entre o juiz e acusação, a igualdade de armas entre a defesa e a acusação, a publicidade do julgamento e a oralidade da instrução. Fazendo uma comparação com o sistema inquisitório, podemos assinalar as seguintes diferenças: no sistema inquisitório, a iniciativa do juiz em campo probatório é absoluta, a disparidade de poderes entre acusação e defesa é gritante, já que o próprio acusador vai decidir o destino da causa e, por último, o caráter escrito e secreto da instrução.

A “verdade” procurada por este sistema, é aquela compreendida como formal, a qual necessita ser alcançada, como toda decomposição empírica, por meio do procedimento por prova e erro, de forma que o abonamento essencial de sua obtenção é confiado à máxima demonstração das hipóteses, isto é, à livre dilatação da contenda entre as partes do processo.

Igualmente apregoa, o supracitado autor, quando estabelece que a verdade formal não tem anseio de ser a exatidão absoluta dos fatos, não sendo cingida mediante averiguações inquisitivas, distante do objeto processual, regulando-se a si mesma, pelo acatamento aos procedimentos e às garantias da defesa<sup>118</sup>.

Em suma, podemos dizer que o sistema acusatório é um arquétipo que privilegia o contraditório, buscando uma relação confrontante, no qual as partes, acusação e defesa, conferenciam teses e argumentos, produzindo provas que os corroborem, defronte de um julgador neutro, a quem cumpre julgar o mérito acusatório com base nas provas que lhe forem apresentadas, valendo-se do princípio da presunção de inocência como regra de desempate. Sua principal e fundamental particularidade é a gestão da prova, calcada, entre outras normas, na axiomática cisão entre as funções do Ministério Público, como órgão responsável pela investigação e pelo *jus perseguendi* e da Magistratura, como órgãos de julgamento.

Por consequência, membros do Ministério Público (e, obviamente, a Polícia) não devem desempenhar funções jurisdicionais de julgamento; e juízes não possuem legitimidade para executar atos de averiguação criminal e/ou de acusação. Nesse

---

117 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006 p. 518.

118 Idem. p. 488.

sistema, não se conserva lugares para os juízes de instrução ou atividades equivalentes a esta inquisitiva função.

Por tudo exposto, destacamos que o espaço do julgador é o marco fundante desse sistema processual, na lição de Jacinto Miranda Coutinho, seria o princípio unificador desse gênero, consolidando uma estrutura dialógica processual. Por óbvio, quando o sistema acusatório é aplicado, afiança-se às partes que o juiz permanecerá longe da iniciativa probatória (da busca *ex officio* da prova), alicerçando a estrutura democrática desse processo e, sobretudo, assegurando-se a neutralidade do juiz para o julgamento do mérito acusatório.

### 3.3 A IDENTIFICAÇÃO DO PRINCÍPIO UNITÁRIO ACUSATÓRIO E INQUISITORIAL

Em que pesem os princípios inerentes dos sistemas processuais penais estarem intensamente consentidos na ciência do direito, tanto em âmbito nacional quanto estrangeiro, não se tem o bastão de consignar a mesma conformidade na consubstanciação do núcleo fundante destes sistemas, quesito que se conduz em uma zona cinzenta, consentâneo a perene contenda em relação à demarcação de seu campo. Ou seja, qual seria o traço distintivo primordial na delimitação de um sistema, para que possamos defini-lo como inquisitorial ou acusatório? A discussão, longe de ser teoria, adquire relevância fundamental no papel probatório do magistrado, ou melhor dizendo, adquire papel fundamental na viabilidade de poderes instrutórios conferidos ao magistrado ou no seu completo afastamento deste momento processual.

Primordialmente, duas concepções, que longe de ser antagônicas – muito pelo contrário, são autocompletáveis –, disputam a atenção daqueles que buscam esse delineamento circunscricional. Uma primeira corrente, na qual encontramos doutrinadores de escol como Geraldo Prado, Gustavo Badaró<sup>119</sup> e Marcos Alexandre

---

119 Gustavo Badaró assevera que “a característica insuprimível do modelo acusatório, sua *conditio sine qua non*, é a nítida separação entre as funções de acusar, julgar e defender.”. BADARÓ, Gustavo

Coelho Zilli, na doutrina nacional, e Claus Roxin e James Goldshmidt, na doutrina estrangeira, defende que o traço característico entre o sistema inquisitorial e o sistema acusatório seria a separação de funções, ou seja, enquanto naquele sistema as funções seriam plasmadas de forma homogênea, sem uma separação rígida entre acusação, defesa e julgador, neste, respectivamente, haveria uma maior rigidez de partes, com funções bem delimitadas entre a acusação, a defesa e o julgador.

Igualmente, para essa vertente dogmática, no sistema inquisitorial, ademais da coalizão dos encargos acusatórios e jurisdicionais unicamente em um ente, jaz, também, consentido o ensejo da persecução criminal, a qual é realizada independentemente de qualquer provocação, fugindo ao traço distintivo da inércia jurisdicional.

Outra corrente, a bem da verdade, minoritária, mas no nosso pensar com a razão, a qual conta com a pesada adesão de Jacinto Miranda Coutinho e Aury Lopes Jr., defende que o princípio unitário seria a gestão probatória: no sistema inquisitorial, o magistrado gozaria de iniciativa *probandi*, alicerçado pela busca da verdade real, ao adversante, no sistema acusatório, o magistrado deveria ser aliado do processo de produção das provas, visando uma maior esterilidade de sua opinião prévia e resguardando a igualdade de partes, fugindo da pretensão impossível de se alcançar a concretude absoluta dos fatos, todavia, com fundamento em sua desejável isenção, o julgador tem que observar passivamente<sup>120</sup> a ação probatória das partes, porquanto acerca delas cabe o ônus processual de apurar os fatos históricos e acarear o material probatório aos autos, para que sirva de lastro de sua argumentação, demonstrando a narrativa peticional.

---

Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 108.

120 Perceba-se, o leitor, que passivamente não é sinônimo de inanimadamente. Neste sentido: “Tal cenário está muito longe de colocar o juiz como uma ‘samambaia’ na sala de audiência, como chegaram a afirmar alguns, no pós-reforma, demonstrando a virulência típica daqueles adeptos da cultura inquisitória e resistentes à mudança alinhada ao sistema constitucional acusatório. Nada disso. O juiz preside o ato, controlando a atuação das partes para que a prova seja produzida nos limites legais e do caso penal.”. LOPES JR., Aury e ROSA, Alexandre Morais da. **A dispensabilidade do Ministério Público diante do juiz-faz-tudo**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jun-19/limite-penal-dispensabilidade-ministerio-publico-diante-juiz-faz-tudo>>.

Conforme positiva Jacinto Miranda Coutinho<sup>121</sup>, o princípio unitário não pode habitar em rudimentos secundários do sistema (conforme acima exposto), elementos secundários estes que podem ser transmutados de um sistema para o outro. Jacinto cita como exemplo a *Ordonnance Criminelle* estabelecida no ano de 1670, pelo déspota Luis XIV, na França, que, não obstante ser conceituado como um exemplo de sistema processual inquisitório<sup>122</sup>, possuía formalmente a existência de partes distintas.

Como já dito, entendemos que tais posições, antes de serem contraditórias, são complementares. Se concebemos a separação de funções em uma dimensão substancial, não restam dúvidas que a gestão probatória é o seu traço distintivo, ou seja, de nada adianta separar formalmente o papel do defensor, do acusador e do magistrado e continuarmos permitindo a devida intromissão de um desses atores nas funções dos outros, o que feriria de morte a sua idealização ontológica, tornando-se figura híbrida, totalmente estranha ao processo acusatório.

Assim, não há como não reconhecer uma primordialidade na gestão da prova como traço distintivo dos sistemas processuais penais, engendrando, por conseguinte, uma separação de funções substancial e não meramente formal.

Como antevisto acima, ensina Jacinto Miranda Coutinho<sup>123</sup> que o processo tem por finalidade, entre outras, a reconstituição do crime enquanto fato histórico que é, a qual ocorre por meio da instrução probatória. É, assim, pois, a gestão da prova, o princípio unificador que identificará a natureza do sistema processual adotado pelo ordenamento.

Dessa forma, de pronto, estabelecemos a nossa posição, que tem como pensamento base (não seguido em sua totalidade) o referido trabalho do professor Jacinto Miranda Coutinho, afirmando ser a gestão da prova, tal qual o renomado processualista, o núcleo fundante do sistema processual penal, asseverando que “ora,

---

121 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos Princípios Gerais do Direito Processual Penal Brasileiro**. Revista de estudos criminais, p. 167.

122 Vale lembrar que, para a doutrina majoritária, trata-se de sistema processual penal misto, o que, conforme antevisto acima, trata-se de imprecisão dogmática, mais que isso, uma contradição à teoria geral dos sistemas.

123 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos Princípios Gerais do Direito Processual Penal Brasileiro**. Revista de estudos criminais, p. 28.

se o processo tem por finalidade, entre outras, a reconstituição de um fato pretérito, o crime, mormente através da instrução probatória, a gestão da prova, na forma pela qual ela é realizada, identifica o princípio unificador.”<sup>124</sup>.

É óbvio, que outras características lhe são caras, tais como a publicidade, a oralidade e a paridade de armas, não obstante o signo que o distingue do sistema inquisitório é a gestão da prova. De forma que se faz aqui alusão às supracitadas características do sistema acusatório tão-somente por preferência metodológica, pois, como traçamos desde a abertura do tópico, o que nos interessa é desvelar o seu núcleo fundante, seu verdadeiro e único elemento identificador.

Outra não é a lição de Alexandre Morais da Rosa<sup>125</sup>:

“[...] Isto porque a compreensão de sistema decorre da existência de um princípio unificador, capaz de derivar a cadeia de significantes dele decorrentes, não se podendo admitir a coexistência de princípios (no plural) na origem do sistema kantiano. Assim é que no Sistema Inquisitório o Princípio Inquisitivo marca a cadeia de significantes, enquanto no Acusatório é o Princípio Dispositivo que lhe informa. E o critério identificador é, por sua vez, o da gestão da prova. Sendo o Processo Penal atividade marcadamente recognitiva, de acerto de significantes, a fixação de quem exercerá a gestão da prova e com que poderes se mostra indispensável, no que já se denominou ‘bricolage de significantes’. No Inquisitório o juiz congrega, em relação à gestão da prova, poderes de iniciativa e de produção, enquanto no Acusatório essa responsabilidade é das partes, sem que possa promover sua produção. De outra face, no Inquisitório a liberdade do condutor do feito na sua produção é praticamente absoluta, no tempo em que no Acusatório a regulamentação é precisa, evitando que o juiz se arvore num papel que não é seu.”.

Ao referendar que o julgador participe ativamente, com desvio de sua posição ontológica, na confecção da prova, o sistema inquisitório chancela ao inquisidor a incumbência de diligências e ônus cabíveis à defesa e à acusação, vale assinalar, em um processo no qual este mesmo sujeito decidirá ao final a resolução do caso. Dessa forma, pressagia que o juiz formule previamente a eleição de uma tese, a qual este sujeito buscará comprovar, valendo-se de instrumentos que deveriam ser vedados ao julgador.

---

124 Idem. p.168.

125 ROSA, Alexandre Morais da. **Guia Compacto do Processo Penal** – conforme a Teoria dos Jogos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 40.

Nessa esteira, valemo-nos da lição de Jacinto Miranda Coutinho<sup>126</sup>:

“Neste ponto, o processo penal acerta as contas com o obscuro: a escolha inquisitorial é determinada pela imagem – quiçá a primeira –, tomada como possível, como real, como verdade: eis o quadro mental paranoico. Decide-se antes (o que é normal no humano, repita-se); e depois raciocina-se sobre a prova para testar a escolha.”.

Deixando a posição ainda mais robusta, consignamos a lição de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar<sup>127</sup>:

“Os princípios do contraditório, da ampla defesa e da publicidade regem todo o processo; o órgão julgador é dotado de imparcialidade; o sistema de apreciação das provas é o do livre convencimento motivado. Nota-se que o que efetivamente diferencia o sistema inquisitorial do acusatório é a posição dos sujeitos processuais e a gestão de prova, não sendo mais o juiz, por excelência, o seu gestor.”.

Em sentido mais corpóreo, temos que os sistemas acusatório e inquisitório são regidos, respectivamente, pelo princípio dispositivo e pelo princípio inquisitório, dessa forma, fundando a categoria de princípios unificadores de cada um daqueles sistemas. Dito de outra forma, no sistema inquisitivo fica axiomáticamente definido o princípio inquisitivo, tendo este sistema, como principal particularidade a extrema centralização de poderes nas mãos do juiz, o qual desempenha a gestão da prova.

Já o sistema acusatório, como bem delineado, será aquele em que permanecer efetivo o princípio dispositivo, existindo uma contenda entre as partes, e somente a elas é comissionada a descoberta de uma “verdade histórica”<sup>128</sup>.

### 3.5 QUAL O SISTEMA PROCESSUAL ADOTADO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO?

---

126 COUTINHO, Jacinto. Glosas ao “Verdade, Dúvida e Certeza”, de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito. In: **Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 186.

127 TAVORA, Nestor e Alencar, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11. ed. Salvador: JusPodivm, p. 25.

128 Expressão que toma como base a célebre lição de Jacinto Miranda Coutinho, ao afirmar que o processo visa delinear a reconstrução de um fato histórico.

Após a delimitação teórica geral dos sistemas processuais penais, passemos a enfrentar uma questão de suma importância para o tema professado nesse trabalho monográfico: torna-se fulcral que determinemos qual o sistema processual penal é abraçado pelo nosso ordenamento jurídico. Pois, a partir dessa fixação, uma série de desdobramentos – que tomam como base um sistema apriorístico –, que, longe de serem meramente teóricos, muito pelo contrário, assumem grande importância prática na consecução e realização diária do processo penal brasileiro, passam a ser revelados, seguindo, assim, regras e princípios predeterminados para sua efetiva configuração.

Indubitavelmente, a incumbência de revelar qual o sistema processual penal brasileiro é uma tarefa hercúlea diante da realidade jurídica brasileira, onde as normas do arcabouço jurídico que incorrem no processo penal designam itinerários diametralmente desconformes. Com isso, queremos consignar que há uma complexidade em harmonizar o Código de Processo de 1941 com a Constituição da República de 1988 e outras tantas normas esparsas que compõe o sistema punitivo.

Longe de ser lugar comum na academia, a questão acerca de qual é o sistema processual vigente no Brasil é bastante controversa no Brasil. Doutrina, temos de todas as posições (e/ou conveniências).

Por tudo, surge na doutrina a indagação de qual seria o sistema processual adotado pelo nosso ordenamento processual penal, principalmente tendo em vista antinomia aparente entre o Código de Processo Penal e a nossa Constituição Federal, como versado acima. Assim, vários doutrinadores apresentam posições disformes acerca do tema.

É assento preponderante de que o princípio unitário do Código de Processo Penal de 1941 é o misto (espécie de processo inquisitorial), já que o código prevê uma atuação de duas fases consecutivas e distintas – a primeira, visa a identificação das fontes de provas que, após documentadas, transmutam-se em elementos informativos, os quais darão subsídios à futura denúncia e/ou a decretação das diversas cautelares previstas no CPP e a segunda, mais adjacente ao princípio acusatório, encetada com o recebimento da inicial acusatória. Não obstante a esse escopo acusatório, muitos dos atos são ainda próprios da inquisição, como, por exemplo, a possibilidade do juiz ordenar diligências para apreciação do pedido,

cercando-as do sigilo; a possibilidade do juiz restringir a publicidade da audiência, da sessão ou do ato processual, quando esta puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem e, ainda, a possibilidade do juiz ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes.

Com fito de tornar exequível (porém o mais completo possível), trazemos à baila o pensamento de alguns deles.

O professor Guilherme de Souza Nucci<sup>129</sup> defende a existência de um código de processo norteado pelo sistema misto, senão vejamos:

O sistema adotado no Brasil é o misto. Na Constituição Federal de 1988, foram delineados vários princípios processuais penais, que apontam para um sistema acusatório; entretanto, como mencionado, *indicam* um sistema acusatório, mas não o impõem, pois quem cria, realmente, as regras processuais penais a seguir é o Código de Processo Penal.

No mesmo sentido é a lição de Denílson Feitoza<sup>130</sup>, afirma:

“No cotidiano forense, é comum se afirmar que o sistema brasileiro é acusatório, primeiro, pelo simples fato que o juiz ou tribunal não poder começar o processo penal de ofício, ou seja, o juiz ou tribunal depende de um pedido do acusador (propositura da ação penal ou oferecimento da denúncia ou queixa) para poder iniciar o procedimento que leva ao julgamento (sentença condenatória ou absolutória), que é a fase da persecução penal que, no Brasil, é denominada processo penal (propriamente dito); segundo, porque as partes debatem durante o processo, em contraditório, e se afirma a ampla defesa. [...] Entretanto, um ‘observador externo’ ao nosso sistema diria que nosso sistema não é acusatório, por ser marcadamente informado pelo princípio inquisitivo. Além disso, diria que se encontra numa espécie de ‘fase embrionária’ do sistema misto, ainda no século XIX.”

Precisamos fazer uma ressalva, congênera exposto acima, não aceitamos a ideia de um sistema misto. Destarte, quando esses autores falam que nosso sistema seria misto, leia-se, aqui, inquisitorial, sistema com princípio unitário totalmente diferente do sistema acusatório.

---

129 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 76.

130 PACHECO, Denílson Feitosa. **Direito Processual Penal – Teoria, Crítica e Práxis**. 4. ed. Niterói: Editora Impetus. 2006, p. 49

Por outro lado, a Constituição, pródiga na vanguarda de valores humanos, encadeou uma série de princípios garantidores de lédimos liberais, os quais consagram o réu como verdadeiro sujeito de direitos dentro da relação processual.

Outrossim, a maioria dos doutrinadores pátrios asseveram que a nossa Constituição Federal consignou, como sistema processual penal a capitanear o nosso processo penal, o sistema acusatório, pelo traço marcante e democrático da separação de funções dentro de um processo, por exemplo: o art. 102, I, positiva que compete ao STF o processamento e julgamento dos processos por ele originalmente julgados; o art. 105, I, nessa esteira, define o processamento e julgamento dos processos originariamente julgados pelo STJ; bem como outros como dispositivos que asseveram a autoridade dos órgãos do poder judiciário. Percebe-se nitidamente que quando a Constituição consigna os verbos processar e julgar, não há, nem que seja implicitamente, um comando de comportamento ativo por parte dos juízes, tais como peticionará, provocará, instruirá etc.

Como argumento mais forte, dentro de escopo constitucional de separação de funções dentro de um processo, a nossa Constituição Federal estabeleceu, em seu art. 129, I, a legitimidade do Ministério Público em promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.

Lado outro, não de ser analisados também postulados constitucionais intimamente ligados ao sistema processual acusatório. De forma ilustrativa, a Constituição traz as seguintes disposições: isonomia processual – I. homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; devido processo legal – LIV. ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; do contraditório e da ampla defesa – LV. aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; e, por fim, a presunção de inocência – LVII. ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

O professor Paulo Rangel<sup>131</sup> assevera que o sistema adotado pelo nosso país é o sistema acusatório, fazendo a ressalva de que não seria um sistema acusatório puro:

“O Brasil adota um sistema acusatório que, no nosso modo de ver, não é puro em sua essência, pois o inquérito policial regido pelo sigilo, pela inquisitorialidade, tratando o indiciado como objeto de investigação, integra os autos do processo, dando acesso ao juiz a informações que deveriam ser desconsideradas em juízo, mas que a prática tem demonstrado que são comumente levadas em consideração pelo magistrado. Assim, não podemos dizer, pelo menos assim pensamos, que o sistema acusatório adotado entre nós é puro. Há resquícios do sistema inquisitivo, porém já avançamos muito”.

Assim, a partir da promulgação da nossa Constituição de 1988, ulteriormente à edição do vigente Código de Processo Penal, certos mecanismos do aludido diploma processual apresentaram-se inconciliáveis com a nova ordem constitucional, até mesmo em razão do distinto contexto em que tais normas foram produzidas.

Dessa forma, faz-se necessário um fundamentado ensaio acerca de qual é o sistema adotado por nossa legislação pátria, longe de achismos e remendos teóricos “conformatórios”, ultrajadores da dogmática. Conferindo, destarte, uma desejável cientificidade do processo penal, trazendo consigo previsibilidade, segurança jurídica e logicidade. Sendo imprescindível, para a eficiência metodológica do presente trabalho, a análise da legislação ordinária existente acerca do tema e da Constituição Federal, seus princípios e regras, bem como seus cânones e métodos hermenêuticos, para fim de se definir precisamente qual é o sistema processual em vigor no nosso país.

### 3.5.1 Sistema processual exposto no Código de Processo Penal Brasileiro

No dia 3 de outubro de 1941, o então presidente (e ditador) do Brasil, Getúlio Dornelles Vargas, constituiu o Código de Processo Penal, fruto de trabalho liderado pelo jurista Francisco Campos, *codex* que vigora até os dias atuais. Como é de sapiência comezinha, a inspiração da legislação processual brasileira de 1941

---

131 RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas. 2013, p. 53

arvorou-se com inspiração nada liberal, muito pelo contrário, tendo como base paradigmática o Código de Processo Penal da Itália de 1930 – engendrado, no auge do regime fascista, por Vincenzo Manzini e por Alfredo Rocco, Ministro da Justiça do governo totalitário de Benito Mussolini. Tal fonte de aspiração, conjecturava a estampa inquisitorial do juiz acusador, possibilitando, ao juiz que julgava, a possibilidade de colheita de elementos de informação e provas, sendo que estas eram indistintamente fundamentos probantes à condenação.

À época, assim como hoje, estava em voga um discurso antigarantista, em prol da repressão da “criminalidade crescente” e em detrimento de direitos humanos e garantias caras à proteção destes, como se a chave da porta da segurança fosse a mesma da do cárcere. Desta maneira, o governo Vargas buscava, no afã de atualizar a república e o país, adequar o processo penal ao perfil socioideológico do Estado Novo, surgindo então o nosso Código de Processo Penal.

Como forma de corroborar o dito acima, trazemos as palavras do próprio Francisco Campos, na exposição de motivos:

“De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. 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. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código. No seu texto, não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal-avisado favorecimento legal aos criminosos. O processo penal é aliviado dos excessos de formalismo e joeirado de certos critérios normativos com que, sob o influxo de um mal compreendido individualismo ou de um sentimentalismo mais ou menos equívoco, se transige com a necessidade de uma rigorosa e expedita aplicação da justiça penal”.

Esse foi o estado de espírito presente na confecção do nosso código, direitos humanos caros e consagrados nos países democráticos, são chamados de pseudodireitos pelo idealizador do nosso código e, apesar da exposição de motivos não ser espécie de interpretação legislativa, não podemos desprezar que essa substância ainda baseia o nosso processo penal, caminho único e necessário para condenações em um estado democrático de direito.

Apesar de não se apresentar hoje de forma idêntica à que foi arquitetada, o Código de Processo Penal, ainda hoje, apresenta dispositivos da sua matriz inquisitorial. Vejamos: é exequível que o juiz decreta de ofício a colheita de provas, ainda na fase das investigações preliminares; também há a possibilidade de ser determinada de ofício pelo juiz a busca e apreensão de objetos ou pessoas; o acusado também pode ter sua incomunicabilidade decretada pelo magistrado quando “o interesse da sociedade ou a conveniência da investigação o exigir”; podendo, ainda, desequilibrar o processo, determinando diligências e produção de provas.

### 3.5.2 O sistema acusatório na Constituição Federal

A implementação de um sistema processual penal é, sem sombra de dúvidas, um dos mais incontestáveis testemunhos da alternativa política de um ordenamento jurídico em conformidade a distintos fatores de sua essência. Não é por outro fundamento que Goldschmidt<sup>132</sup> afirma que a estrutura do processo penal de uma nação não é senão o termômetro dos elementos autoritários ou democráticos de sua constituição.

A Constituição Federal de 1988 alicerça seus baldrames nos princípios conformadores de um Estado Social e Democrático de Direito, conforme o teor do seu art. 1, *caput*. Dentre seus objetivos fundamentais explícitos consistem, sem prejuízos

---

132 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 58.

de outros, na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, congênera o art. 3º, I, da Constituição Federal de 1988.

Ao contrário da Constituição Portuguesa<sup>133</sup>, a Constituição Brasileira não consigna de forma expressa qual será o sistema processual penal adotado pelo Brasil, de forma que a sua consagração fica a cargo de uma interpretação das normas (regras e princípios) dispostas em seu corpo.

O direito processual, como ramal do direito público que é, firma suas diretrizes invariavelmente nas regras e princípios estabelecidos no direito constitucional. No estabelecimento das bases fundamentais que orientam e dirigem a estrutura processual penal, nenhuma outra Constituição foi tão pródiga quanto a nossa Constituição de 1988. Um arquétipo fortemente expressivo do assentimento, pelo poder constituinte, dessa interação com o processo, elencando diversos caminhos processuais fundamentais, que restam favorecidos pela rigidez constitucional e pelo status hierárquico constitucional.

A grande maioria dessas regras, verdadeiras garantias do sujeito de direitos, são autoaplicáveis, porque figurativas de direitos fundamentais, dispensando de disciplina processual infraconstitucional para subsistirem implementadas.

Hoje, não resta a mínima anfibia que o sistema adotado pela nossa Constituição é o sistema acusatório<sup>134</sup>. Porém, como forma corroborativa dessa opção democrática, estabelecemos pontos explícitos dessa conformação acusatória nos tópicos a seguir.<sup>135</sup>

---

133 “Art. 32. Garantias de processo criminal [...] O processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os atos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório”. (Constituição Portuguesa de 1974).

134 Outrossim, é aberta a antinomia existente entre a Constituição Federal de 1988 e o Código de Processo Penal. Essa aparente contradição deve ser resolvida pelas regras de hierarquia, no caso, tendo em vista o status primordial da norma constitucional. Este pensamento também é consignado pelo prof. Fauzi Choukr, quando assevera: “Pode-se então afirmar que a situação brasileira é de marcante contradição. De um lado o texto constitucional (que adotou o modelo acusatório); por outro o Código de Processo Penal, com seus resquícios inquisitivos”. CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal à luz da Constituição**. Bauru: Edipro, 1999, p. 16.

135 Alguns pontos corroborativos do sistema constitucional acusatório serão tratados no capítulo seguinte.

### 3.5.2.1 Devido processo legal substancial

Para que possamos entender a opção constitucional pelo sistema acusatório, faz-se necessário tecer algumas linhas sobre o princípio do devido processo legal, previsto de forma primordial<sup>136</sup> pela nossa Constituição Federal de 1998, em seu art. 5., LIV, *in verbis*: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

O devido processo legal foi consagrado primeiramente, a nível mundial, na Magna Carta de João Sem-Terra<sup>137</sup>. Hoje, encontra-se positivado em documentos de mais alta relevância jurídica, como é o exemplo da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Consagrado, também, na Convenção de São José da Costa Rica, adquire, nesta, um significado especial, o de que a todos é assegurado a garantia de ser julgado por um juiz competente e imparcial.

A expressão devido processo legal pode ser definida, tomando-se empréstimo da teoria geral do processo, como o “conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram as partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, do outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição”<sup>138</sup>.

O devido processo legal se afixa no enredo principiológico<sup>139</sup> constitucional, subsistindo como um dos baldrames do Estado Democrático de Direito, o qual se

---

136 “Essa disposição, ausente nas constituições anteriores, trouxe o significante para o contexto brasileiro. Entretanto, longe de se buscar a vontade da norma ou a vontade do legislador (discussão para quem desconhece hermenêutica), cabe sublinhar que a história do significante é secular e já presente no art. XI, nº, da Declaração Universal dos Direitos do Homem”. ROSA, Alexandre Morais da. **Guia Compacto do Processo Penal** – conforme a Teoria dos Jogos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 42.

137 Em tal documento histórico, se fez explícito o famigerado cânone *law of the land*, ao teor do seu art. 39, limitando o poder arbitrário estatal. Assim, para que houvesse interferência na liberdade ou propriedade de um súdito inglês, deveria existir, expressamente, na lei um dispositivo que assim permitisse. SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo penal**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p 101.

138 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

139 “É preciso ter presente, desde já, que no contexto do Constitucionalismo Contemporâneo os princípios assumem uma dimensão normativa de base. Vale dizer: não podem ser tidos como meros instrumentos para solucionar um problema derivado de uma lacuna na lei ou do ordenamento jurídico. Na verdade, em nosso contexto atual, os princípios constitucionais apresentam-se como constituidores da normatividade que emerge na concretude dos casos que devem ser resolvidos pelo Judiciário”.

clama ao Estado, ao longo da persecução penal, o dever de observar os cânones estabelecidos pelo ordenamento, constituindo-se, assim, em verdadeira garantia do cidadão, impondo limites ao exercício do poder sancionatório estatal.

Dessa forma, o devido processo legal tece íntima e necessária conexão com o sistema acusatório e sua principiologia básica e, ainda, com o Estado Democrático de Direitos. Constituindo, assim, verdadeiro limite ao Direito de Punir Estatal, já que não se concebe mais um processo unicamente para o mero exercício do *jus puniendi*, muito pelo contrário, atualmente o processo dá forma à persecução, forma esta essencial e necessária, constituindo-se em verdadeira garantia ao acusado.

Outra não é a lição de Aury Lopes Jr., quando assevera:

“Por fim, o processo não pode mais ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (Direito Penal), senão que desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido. Há que se compreender que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade, e jamais se defendeu isso. O processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena. Daí por que somente se admite sua existência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo legal).”.

Dito tudo isso, cifra-se em afirmar que, para a prostração da autonomia ambulatorial de um indivíduo, é imperioso, como regra, em um Estado Democrático de Direito, a existência de um processo, mas não tão somente processo formal, todavia um devido processo legal substancial, ou material. Este é muito mais do que a forma pela qual é desenvolvida uma relação jurídica com um julgamento formal promovida pelo magistrado ao fim, quando defronte de um caso concreto, como nos leciona J.J Gomes Canotilho<sup>140</sup>: “a teoria substantiva está ligada à ideia de um processo legal justo e adequado, materialmente informado pelos princípios da justiça, com base nos quais os juízes podem e devem analisar os requisitos intrínsecos da lei.”.

---

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto: As Garantias Processuais Penais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 10-11.

140 CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. editora Coimbra Almedina, 2000, p. 482.

### 3.5.2.2 A eleição de um órgão incumbido da persecução penal em um sistema acusatório: o Ministério Público

A nossa Constituição Federal de 1988, prodigamente, elencou as atribuições do Ministério Público no seu art. 129, trazendo um extenso rol de atribuições que seriam incumbidas a este órgão fundamental no sistema de freios e contrapesos. Dentre as diversas missões constitucionais, a mais importante – *vide*, inclusive, sua primordial colocação na disposição topográfica da matéria, inciso I<sup>141</sup> –, seria a de promover a ação penal pública de forma privativa<sup>142</sup>.

É fato que hoje não podemos mais entender o Ministério público como um apêndice do Poder Executivo, nem de qualquer outro poder, longe disso, a melhor doutrina sobre a matéria<sup>143</sup> consigna que seria, este órgão, dotado de autonomia, participando do sistema de freios e contrapesos estabelecido pelo constituinte.

Segundo preceitua o art. 127 da nossa constituição, o Ministério Público “é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

A Constituição Federal de 1988 adjudicou, ao Ministério Público, a exclusiva titularidade da ação penal pública, congênere se depreende do art. 129, I, assentando, assim, uma pedra fundamental na eleição do sistema acusatório, desassociando o órgão acusador, responsável pela gestão da prova no processo penal, autônomo e independente, do órgão julgador ao qual cabe a função jurisdicional.

Não queremos falar com isso, conforme acima defendemos, que o princípio unitário do sistema acusatório seja a separação de funções – em que pese essa ser

---

141 São funções institucionais do Ministério Público: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.

142 Não desconsideramos a ação penal privada, porém esta vem perdendo, historicamente, importância, vale lembrar que no projeto do novo Código de Processo Penal esta não existirá mais, subsistindo apenas a ação penal privada subsidiária da pública.

143 CLÈVE. Clèmerson Merlin. Sobre o Ministério Público: considerações acerca do seu regime constitucional e seu poder de investigação em matéria criminal. In: **Temas Avançados do Ministério Público**. 2. ed. Salvador: JusPodivum. 2017, p.25.

uma característica e desdobramento necessário do sistema acusatório –, mas ao Ministério Público cabe, primordialmente, a função acusatória, sendo-lhe proporcionado, por consequência, todos os instrumentos legais para o deslinde satisfatório da demanda acusatória, como é a gestão da prova, buscando persuadir o julgador.

Daí, também, percebemos a deferência do Ministério Público para a efetivação prática do princípio constitucional do contraditório, já que a denúncia deve delimitar de forma precisa e clara os fatos reputados contra o réu, adstringindo a matéria que será controvertida pela parte contrária.

A importância do Ministério Público também é evidente na fase pré-processual, como titular da ação penal, o órgão ministerial velará pela legalidade do procedimento e pelos direitos fundamentais do acusado, devendo requerer as diligências que entender pertinentes, fazendo o controle do princípio da fragmentariedade<sup>144</sup> e alicerçando com justa causa a denúncia.

Destarte, para a necessária implementação do modelo acusatório, conforme determina a Constituição, ao eleger o Ministério Público como titular da ação penal, deve-se buscar um afastamento do órgão julgador da iniciativa da ação penal e do seu momento alicerçante, buscando, igualmente, afastar a atuação do Estado-juiz em relação à gestão das provas, em respeito ao padrão acusatório constitucional.

### 3.5.2.3 Presunção de inocência

---

144 “O Direito Penal só deve ser aplicado quando estritamente necessário [...] observando somente os casos de relevante lesão ou perigo de lesão ao bem juridicamente tutelado (caráter fragmentário) [...] Como desdobramento lógico da fragmentariedade, temos o princípio da insignificância. Ainda que o legislador crie tipos incriminadores em observância aos princípios gerais do Direito Penal, poderá ocorrer situação em que a ofensa concretamente perpetrada seja diminuta, isto é, incapaz de atingir materialmente e de forma relevante e intolerável o bem jurídico protegido. Nesses casos, estaremos diante do que se denomina infração bagatela ou crime de bagatela.”. CUNHA. Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2017, p 75-76.

O Marquês de Beccaria<sup>145</sup>, prodigamente, já admoestava, em sua célebre obra “Dos Delitos e das Penas”, que

“Um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública depois que ele se convenceu de ter violado as condições com as quais estivera de acordo. O direito da força só pode, pois, autorizar um juiz a infligir uma pena a um cidadão quando ainda se duvida se ele é inocente ou culpado.”.

O marco histórico legal primordial da arguição normativa ao princípio da presunção de inocência sobreveio no bojo da Revolução Francesa, cominando com a introdução da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que assentou em seu art. 9º que: “Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, caso seja considerado indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”.

Entre outros documentos que podemos encontrar o princípio, podemos destacar A Declaração Universal de Direitos Humanos, da ONU, de 1948, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a qual integra o ordenamento nacional com status supralegal, na forma do decreto 678/92, art. 8º, § 2º, que dispõe: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

A escolha por um padrão de legitimação da persecução penal alicerçado na liberdade, no princípio dispositivo acusatório, na democracia e com respeito ao devido processo legal denota essencialmente concluir, também, pelo modelo de presunção de inocência do imputado como princípio reitor de toda atividade sancionatória que recaia sobre aquele indivíduo, constituindo-se em verdadeiro princípio político de uma nação.

Assim, por se constituir, a presunção de inocência, em um princípio político nota-se, sem sombra de dúvidas, a opção social por um sistema garantista com arrimo na égide das liberdades individuais dos não condenados em caráter definitivo, inclusive com auxílio do custo da factível impunidade de um indivíduo culpado, em consubstanciação com o desígnio processual do esteio defensivo do imputado contra a arbitrariedade estatal cometida a pretexto de se punir o delito.

---

145 BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2015, p. 34.

Neste sentido, Antônio Magalhães Gomes Filho<sup>146</sup> assevera que:

“É justamente por isso que na leitura da expressão ‘presunção de inocência’ há de ser considerado prioritariamente o seu valor ideológico; trata-se, como afirmou Pisani, de uma presunção política, na medida em que exprime uma orientação de fundo do legislador, qual seja a de garantia da posição de liberdade do acusado diante do interesse coletivo à repressão penal”.

Parte da doutrina defende que, o princípio estampado na Constituição Federal do Brasil seria o princípio de não culpa, também denominado de não culpabilidade<sup>147</sup>. O primeiro garantiria uma presunção absoluta de inocência que só iria se desfazer com o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, Já o princípio de não culpabilidade impediria os efeitos deletérios de uma condenação, condicionando-os a uma sentença condenatória.

Segundo a doutrina<sup>148</sup> do princípio em tela, defluem duas regras fundamentais: uma regra probatória, também denominada como regra de juízo e, uma segunda, a regra de tratamento.

Segundo essa regra probatória, cumpre à acusação o ônus de apresentar a responsabilidade do acusado, não sendo exigido deste a prova de sua inocência de forma cogente<sup>149</sup>.

Além disso, a condenação do réu deve derivar da certeza do julgador, não podendo perdurar uma dúvida razoável na sua esfera de convicção. Na elocução de

---

146 GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991, pág. 37.

147 Não podemos deixar de relatar que o STF, contrariando posição anterior, firmada primordialmente no HC 84.078, da relatoria do Ministro Eros Grau, passou a viabilizar a execução da pena após o exaurimento das vias recursais de segunda instância, endossando verdadeiro efeito rescisório aos recursos extraordinários (recurso especial e recurso extraordinário). Vide HC 126.292 e ADC 43 e 44. Portanto, após um Tribunal considerar o indivíduo culpado, TJ's e TRF's, existe uma verdadeira inversão no status de inocente do indivíduo. A justificativa, para isso, estaria alicerçada no fato de que o exaurimento da matéria fática e probatória ocorria com o julgamento do acórdão de segundo grau e suas, eventuais, impugnações de mesmo grau, além de um discurso de busca da eficiência da tutela penal, pautado em excessos de recursos, igualdade entre réus de diversos níveis econômicos e descrédito da sociedade no sistema. Defendemos que essa mudança deveria ocorrer pela via legislativa, por meio de emenda constitucional, para não ferirmos dispositivo expresso da Constituição, abrolhando o fenômeno da constituição simbólica ou insinceridade legislativa.

148 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único. 5. ed.rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 44.

149 Acerca de ônus processual, vide tópico jazendo no capítulo III.

Gustavo Badaró<sup>150</sup>, trata-se de método do acerto penal, uma reclamação do *status libertatis*, conforme a qual, para a imposição de uma sentença condenatória, é preciso corroborar os elementos trazidos na inicial acusatória, extinguindo qualquer dúvida razoável.

Portanto, qualquer instituição de poderes instrutórios por parte de órgãos julgadores só tem o bastão, a bem da verdade, de amparar a acusação no seu mister de probatório. Desta sorte, elevando-se que, no sistema acusatório, vige o princípio acusatório, como acima visto, bem como o acusado é reputado como um sujeito de direitos, e não um mero objeto, faz *jus* à garantia da presunção de inocência, mostrando-se inconcebível admitir a iniciativa probatória judicial, sob a pena de haver indevida intromissão judicial na produção da prova, alterando o sistema para o inquisitório, devido essa atividade na gestão da prova.

---

150 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.285.

## **IV REDISCUTINDO O PAPEL INSTRUTÓRIO DO JUIZ PRESSAGIADO NO ART. 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**

Conforme expõe o art. 156 do Código de Processo Penal:

“A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)  
I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008);  
II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)”.

No dia 10 de julho de 2008, foi publicada a lei n. 11.690, a qual acarretou consideráveis modificações à estrutura processual penal vigente, aspirando remodelar, sobretudo, mecanismos relativos à prova, com o objetivo de se apurar a implementação do sistema acusatório no país. Em que pesem alguns avanços, a estrutura inquisitorial continua presente no processo penal pátrio, pois não foi eliminada a gestão de prova por parte do magistrado, elemento que se constitui o núcleo fundante do sistema inquisitorial, conforme acima versado.

Nesse capítulo, enfrentaremos de forma mais direta a temática geral disposta na monografia. Para tanto, não retomaremos os alicerces explanados acima, corroboradores do pensamento desenvolvido.

Vale rememorar que, tal qual um romance, um trabalho monográfico é para ser lido como um todo e não como tópicos estanques, como em um livro de doutrina. Por tal motivo, fizemos aqui uma cláusula rememorativa de tudo o que já foi explanado no presente trabalho.

### **4.1 PRINCÍPIOS DA JURISDIÇÃO PENAL CORROBORADORES DA ANTIJURICIDADE DA ATIVIDADE PROBATÓRIA POR PARTE DO MAGISTRADO**

Nesta altura do estudo, apresentaremos os princípios da jurisdição penal corroboradores da antijuridicidade da atividade probatória por parte do magistrado, elencados nos tópicos seguintes.

#### 4.1.1 Princípio da imparcialidade

Consoante doutrina o professor Aury Lopes Jr.<sup>151</sup>, baseado na cátedra de Pedro Aragonese Alonso, a imparcialidade do órgão jurisdicional é um “princípio supremo do processo”, constituindo-se em imprescindível elemento para a sua devida marcha e obtenção da justa prestação jurisdicional.

Este princípio supremo se constitui em um desígnio a ser abiscoitado pelo magistrado, no desempenho da função da jurisdição, circunstância pela qual são erigidos, pelo ordenamento jurídico, dispositivos aptos a assegurá-los. É capital a identificação da imparcialidade como sendo uma garantia, tanto para os magistrados, os quais desempenham as atividades jurisdicionais, como para os jurisdicionados, colocando o julgador em uma colocação suprapartes<sup>152</sup>.

Assim, o juiz não seria, por consequência, parte no processo, pois a sua imparcialidade lhe tira essa condição, e por ser, o processo, um meio de heterocomposição, o juiz adquire uma formatação de terceiro estranho e imparcial, imbuído de resolver a contenda penal.

Com o fito de corroborar a contrariedade existente entre a parcialidade e a imparcialidade, consignamos o pensamento de Aury Lopes Jr., quando assevera acerca da parcialidade<sup>153</sup>:

“[...] parcialidade significa um estado subjetivo, emocional, um estado anímico do julgador. A imparcialidade corresponde exatamente a essa posição de terceiro que o Estado ocupa no processo, por meio do juiz, atuando como órgão supraordenado às partes ativa e passiva. Mais

---

151 LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.62.

152 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro**. Revista de estudos criminais. p. 117.

153 LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.62.

do que isso, exige uma posição de *terzietà*, um estar alheio aos interesses das partes na causa, ou, na síntese de Jacinto Coutinho, não significa que ele está acima das partes, mas que está para além dos interesses delas.”.

O estabelecimento de parte autônoma, a qual foi delegada a missão constitucional de desempenhar a atividade acusatória, autoriza que o magistrado se abduza para uma posição suprapartes, acautelando sua imperiosa imparcialidade, a qual deve se conservar na conjuntura de produção e avaliação das provas. Outrossim, o juiz necessita assenhorear-se de uma atitude equilibrada no processo, velando pela igualdade processual entre as partes.

Decorrência do princípio da imparcialidade, e medida necessária para a sua implementação, é o acatamento ao princípio do juiz natural, sendo este entendido como a agregação sobre a justa reivindicação democrática da clara e prévia designação das regras do jogo, somada à imparcialidade do julgador.

É absolutamente cristalino que a imparcialidade do julgador conforma um dos semblantes da garantia constitucional do juiz natural, conforme positivado na norma estatuída ao teor do art. 5º, inciso XXXVII, a qual veda juízos e tribunais de exceção e pela antecipação do estabelecimento das competências, em matéria penal, de antemão, consignadas na Constituição Federal art. 5º, inciso LIII. É, ainda, consagrada nas regras infraconstitucionais, quando instituídos os casos a ensejarem as hipóteses de imparcialidade, estatuindo as regras atinentes à suspeição e impedimento, ambas, compreendidas no Código de Processo Penal.

Outra não é a lição de Aury Lopes Jr.<sup>154</sup>, quando demonstra que a imparcialidade é garantida no modelo acusatório e sacrificada no modelo inquisitorial, asseverando que “somente haverá condições de possibilidade da imparcialidade quando existir, além da separação inicial das funções de acusar e julgar, um afastamento do juiz da atividade investigatória/instrutória”.

Destarte, as partes precisam ser contempladas de forma isenta pelo juiz, condicionando, essa isenção à regularidade jurídica dos atos jurisdicionais, porquanto o devido processo legal, conforme acima versado, somente será assentado quando

---

154 LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.63.

ambas as teses, tanto a de acusação, quanto a defesa, puderem ser agenciadas em paridade de atributos de convencimento acerca do julgador<sup>155</sup>.

#### 4.1.2 Princípio da inércia

Segundo o brocardo latino *ne procedat iudex ex officio*, constitui-se a enunciação disposta para revelar o princípio da demanda ou inércia judicial.

O princípio em tela localiza o seu fundamento no fato de que, no Estado Democrático de Direito, o Estado-juiz só procede se for instigado pela parte interessada, ou seja, o magistrado não atua de ofício, por diligência própria.

Reflexo do sistema acusatório, a inércia do julgador significa que o poder somente poderá ser exercitado pelo juiz mediante prévia invocação. Vedando-se a atuação *ex officio* do magistrado, tanto na formação do processo, quanto na produção probatória<sup>156</sup>.

Desta maneira, a jurisdição é inerte, deve ser demandada para agir. O juiz qualifica e julga o que lhe é apresentado.

## 4.2 O CONTRADITÓRIO COMO ELEMENTO ESSENCIAL NA DEFINIÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA DO PROCESSO PENAL

Conforme disposto no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

---

155 PRADO, Geraldo. **Sistema** acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 111.

156 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 259.

A garantia do contraditório também está positivada na convenção Americana sobre os Direitos Humanos, chamada de Pacto de São José da Costa Rica, o qual foi aprovado pelo Congresso Nacional, por meio do decreto legislativo n. 27, de 26/05/1992, pressagiando, ao teor do seu art. 8º, que “toda pessoa tem direito a ser ouvida por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial [...] na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela [...]”

Da análise detida do dispositivo retrocitado, percebe-se que, em um Estado Democrático de Direito, a participação dialética das partes em contraditório é condição intrínseca à instrução probatória igualmente Democrática<sup>157</sup>.

A fundamentalidade do contraditório para o moderno processo penal é evidente, tanto é assim que, para parte da doutrina hodierna, quando conjetura acerca da natureza jurídica do processo penal, encetada com pensamento de James Goldschmidt – tratando o processo como uma relação jurídica, apontando falhas estruturais da teoria de Bulow –, passa a defender ser o processo um procedimento em contraditório, declarando, assim, sua natureza jurídica<sup>158</sup>.

Fundamental para isso foram os pensamentos de Elio Fazzalari, o qual distingue a preponderância estrutural da garantia do contraditório, no âmago do processo penal, definindo sua natureza conforme acima explanado, bem como estabelecendo a ideia de gênero e espécie existente entre procedimento e processo, respectivamente.

Consoante afirmava o processualista italiano, o prognóstico acerca do instituto não pode prescindir deste entendimento do processo como sendo um procedimento em contraditório, com condizente paridade entre acusação e defesa, a

---

157 “Hoje, a instrumentalidade técnica do processo requer mais do que a garantia de participação das partes. Requer que essa participação se dê em contraditório, com igualdade de oportunidades, e que dela resulte essa consequência cujo alcance necessita ser apreendido em toda sua extensão [...] Entre uma decisão ‘justa’, tomada autoritariamente, e uma decisão ‘justa’, construída democraticamente, não pode deixar de haver diferença, quando se crê que a dignidade humana se realiza através da liberdade.” GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: AIDE, 2001, p. 254.

158 Com efeito, ao alicerçar com precedência a concepção de que seria o processo um procedimento em contraditório, fazendo, assim, do contraditório a matéria-prima distintiva existente entre processo e procedimento, Fazzalari enxotou a tese de James Goldschmidt da relação jurídica processual, a qual ampara teoricamente o princípio da instrumentalidade do processo, desvirtuando o processo como garantia essencial à democracia.

prescrição derradeira deve ser arquitetada pela generalidade de pessoas prejudicadas em equilíbrio de participação e influência, mediante a égide do contraditório. Nas palavras do próprio Fazzalari<sup>159</sup>,

“É necessária alguma coisa a mais e diversa; uma coisa os arquétipos do processo nos permitem observar: a estrutura dialética do procedimento, isto é, justamente o contraditório. Tal estrutura consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade das suas posições; na mútua implicação das suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanação do provimento); de modo que cada contraditor possa exercitar um conjunto – conspícuo ou modesto, não importa – de escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e as reações dos outros, e que o autor do ato deva prestar contas dos resultados posições; na mútua implicação das suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanação do provimento); de modo que cada contraditor possa exercitar um conjunto – conspícuo ou modesto, não importa – de escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e as reações dos outros, e que o autor do ato deva prestar contas dos resultados.”.

Destarte, para Elio Fazzalari, o contraditório jazeria em um *plus* presente ao procedimento, formando o que se conceberia como processo. Acerca dessa especialidade do processo, preleciona Aroldo Plínio Gonçalves<sup>160</sup>:

“A diferença específica entre o procedimento em geral, que pode ou não se desenvolver como processo, e o procedimento que é processo, é a presença neste do elemento que o especifica: o contraditório. O processo é um procedimento, mas não qualquer procedimento; é o procedimento de que participam aqueles que são interessados no ato final, de caráter imperativo, por ele preparado, mas não apenas participam; participam de uma forma especial, em contraditório entre eles, porque seus interesses em relação ao ato final são opostos.”.

O doutrinador italiano, valendo-se em grande medida da teoria do discurso de Habermas, configura uma estrutura democrática do processo penal, afastando o julgador de qualquer ônus probatório, colocando-o em uma posição democrática de inércia, fundamental à neutralidade que se deseja dos julgadores em um sistema acusatório.

---

159 FAZZALARI, Elio, **Instituições de Direito Processual**. Campinas: Bookseller, 2006, p.118-119.

160 GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria Do Processo**. Rio de Janeiro: AIDE, 2001, p. 68.

Dessa forma, o âmago do princípio do contraditório se constitui na consubstanciação de harmônicas e simétricas chances aos sujeitos processuais que enfrentarão a aplicação das consequências da sentença. Seus alicerces, entretanto, são alinhados pelos materiais produzidos pela atividade processual propriamente dita, assim, o magistrado não

“participa ‘em contraditório com as partes’, entre ele e as partes não há interesse em disputa, ele não é um ‘interessado’, ou um ‘contra-interessado’ no provimento. O contraditório se passa entre as partes porque importa no jogo de seus interesses em direções contrárias, em divergência de pretensões sobre o futuro provimento que o iter procedimental prepara, em oposição. É essa oposição, essa contrariedade de interesses, de que o provimento seja favorável a uma e desfavorável à outra, que marca a presença das partes e que tem a garantia de igual tratamento no processo.”.<sup>161</sup>

Outro ponto de proeminência para a definição da natureza jurídica do processo como procedimento em contraditório, deve-se à captura metodológica de Merleau-Ponty<sup>162</sup>, este propugna pela ausência de um conteúdo imaculado numa averiguação científica, defendendo, entretanto, um mecanismo reconstrutivo do objeto, considerando a compreensão e as experiências do perquiridor.

Para se reconhecer, por consequência, o processo, torna-se orgânico a atuação ativa das partes, em um contraditório paritário. Deve-se ter em conta, que isso não denota a mera exortação dos sujeitos do processo. Ademais, não é, simplesmente, o afirmar e o negar, o contraditório passa a ser visto em duas dimensões, oportunizando ao acusado a oportunidade de conhecer e contradizer as asseverações feitas contra sua pessoa, pelo órgão ministerial. Nessa visão, com a primordialidade do contraditório, faz-se cogente a possibilidade de informação e reação.

#### 4.3 O PROCESSO COMO GARANTIA DA CONSTITUCIONAL APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

---

161 Idem. p. 121.

162 MERLEAU-PONTY, Maurice. **Fenomenologia da percepção**. Tradução Carlos Alberto Ribeiro de Moura. 3. ed. Martins Fontes: São Paulo, 2006, p.70.

Conforme acima visto, Fazzalari defendia que o processo é uma espécie de procedimento em contraditório. Todavia, consentâneo assessora Dierle Nunes<sup>163</sup> “quando da estruturação de sua teoria, Fazzalari não demonstrou maior preocupação com uma aplicação dinâmica de princípios constitucionais”. Isso é evidente, já que a sua doutrina “trabalha exclusivamente no campo da técnica processual”. Assim, a sua erudição estruturalista necessita de complementação pelas noções que engendradas pela moderna teoria neoconstitucionalista.

Tal conclusão é axiomática quando avaliamos a conjuntura histórica e ideológica da construção de tais teorias. Fazzalari cria sua teoria tendo com base as lições de Goldschmidt, sendo uma espécie de aperfeiçoador da teoria deste. Por mais que não tenha residido em um período longínquo dos dias atuais, Fazzalari germina e se modela intelectualmente em um mundo completamente diferente do mundo dos dias atuais. Graduou-se em Direito no ano de 1944, período em que o Nazifascismo estava começando seu declínio bélico e ideológico, não tendo sido apresentado a ideias como supremacia material da constituição, dignidade da pessoa humana, valoração axiológica normativa e os demais conceitos do Neoconstitucionalismo.

O mesmo raciocínio pode ser feito em relação aos demais autores processualistas antes dele.

Hodiernamente, mormente a conformidade com o aparecer de novos direitos e as conversões do modelo de Estado, perpassando por um Estado absoluto, para um Estado Liberal e Social de Direito, chegando, hoje, no Estado Democrático de Direito, resta consolidado com uma conformação muito forte a influência do direito constitucional sobre todas as “subdivisões do Direito”.

A bem da verdade, não é preciso digressionar acerca de subdivisões no Direito, mas, ao contrário, é mais técnico encarar a ordem jurídica como em fidedignos substratos de um todo, dispostos em uma lógica vertical e hierarquizada de normas, trazendo em seu ápice estrutural a Constituição. Importante frisar que não de uma forma isolada, sendo alcançada como o fundamento de validade de todo o regime

---

163 NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 205-206.

jurídico, particularidade, essa, produto dos princípios da unidade do ordenamento e da supremacia da Constituição, elevando-se a característica da sua força normativa (Die normative Kraft der Verfassung), conforme bem consignou Konrad Hesse<sup>164</sup>.

Com alicerce nesses pressupostos acima, como aperfeiçoamento da teoria procedimental de Fazzalari, abrange-se a teoria constitucionalista do processo, a qual não enxota a asserção de constituir-se o processo um procedimento em contraditório, tão somente acrescenta, por decorrência constitucional, que seria, o processo, outrossim uma caução ao emprego dos direitos fundamentais, o que concede a este uma necessária perspectiva constitucional.

Dessa forma, a Doutrina Fazzalariana se desigualava da Teoria do Processo Constitucional, ao compasso em que aquela procura a realização do processo alicerçado no contraditório e, nesse ínterim, esta ambiciona não só a materialização do princípio do contraditório, senão da integralidade dos princípios processuais assinalados na Constituição Federal.

Outra não é a lição de Brêtas<sup>165</sup>

“a teoria estruturalista de Fazzalari carece de alguma complementação pelos elementos que compõe a teoria constitucionalista, porque a inserção do contraditório no rol das garantias constitucionais decorre da exigência lógica e democrática da co-participação paritária das partes, no procedimento formativo da decisão jurisdicional que postulam no processo, razão pela qual conectada está à garantia também constitucional da fundamentação das decisões jurisdicionais centrada na reserva legal, condição de efetividade e legitimidade democrática da atividade jurisdicional constitucionalizada.”.

Para além da doutrina processualista, a doutrina constitucionalista, por sua vez, expôs uma íntima e indispensável conjugação entre Constituição e Processo, largando da conjectura de que os mandamentos fundamentais, pugnados no texto constitucional, aperfeiçoam as regras processuais, fazendo uma necessária imperiosidade da constituição, devotando, o processo, com regras e princípios supremos da sociedade, como baliza de seu exercício e adjeção, realizando um

---

164 HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

165 BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 91.

verdadeiro processo constitucional, capitaneado pelo poder estatal decorrente da soberania popular, constituindo-se em verdadeiro aparelho de defesa de liberdades fundamentais.

Em assim sendo, Humberto Theodoro Junior descortina dois movimentos essenciais para essa nova perspectiva processual da contemporaneidade <sup>166</sup>:

“Dupla foi a grande mudança de rumo do processo, na segunda metade do século XX: a) reduziu-se a separação exagerada que se notava no tratamento das figuras processuais em relação ao direito material, reforçando o papel instrumental do processo na realização e tutela dos direitos subjetivos substanciais, já então permeados de valores humanos e éticos, dando origem ao chamado processo justo; e b) formou-se e consolidou-se o fenômeno da constitucionalização do processo, cujos princípios ganharam assento na sede reguladora dos direitos fundamentais.”.

Essa erudição de processo constitucional como abonamento de efetivação e defesa dos direitos fundamentais pela via procedimental só foi possível a partir do ensejo em que a Constituição Brasileira de 1988 adotou o Estado Democrático de Direito como paradigma de modelo de Estado a aprazar e dirigir toda e qualquer erudição normativa. Denota avançar que, a Constituição de 1988 colocou-se como fundamento de validade de qualquer norma infraconstitucional do ordenamento jurídico, de modo que, hodiernamente, é inexecutável assimilar-se um Direito processual, ou qualquer outro Direito, que não seja constitucional<sup>167</sup>.

Por outro lado, para o processo constitucional democrático, já não é o suficiente à erudição de contraditório na configuração negativa ordinária, com as partes dizer e contradizer mutuamente. É imperioso a instrução como a forma de uma fiança democrática positiva, propensa a garantir que a argumentação desenvolvida pelas partes tenha o condão de influenciar concretamente no avanço no processo e na constituição da democrática resposta judicial<sup>168</sup>.

---

166 THEODORO JUNIOR, Humberto. **Constituição e Processo**: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-iii-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-a-consolidacao-das-instituicoes/poder-judiciario-e-acesso-a-justica-constituicao-e-processo-desafios-constitucionais-da-reforma-do-processo-civil-no-brasil>>

167 ARAÚJO, Marcelo Cunha. **O Novo Processo Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p.101.

168 STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica, Constituição e Processo ou de “como discricionariedade não combina com democracia”: o contraponto da resposta correta. In: **Constituição e Processo**: a

Dessa forma, há um concreto reforço para que o aspecto subjetivo do magistrado seja abrandecido, já que o alicerce do provimento deverá, imprescindivelmente, observar as reflexões aduzidas pelas partes na reconstrução histórica pela via argumentativo-normativa do evento criminoso, o que, por corolário, impede uma decisão que extrapole os fundamentos das questões levadas ao debate.

#### 4.4 A PROVA NO PROCESSO PENAL

Este tópico monográfico tem como principal escopo delinear o estudo do instituto da prova no processo penal, elevando sua influência para o ordenamento jurídico pátrio como missão reconstrutiva de um fato histórico (conforme exposto acima).

Faremos uma pesquisa acerca dos principais tópicos acerca da temática, alicerçando a tese geral da presente monografia, qual seja, a incompatibilidade do art. 156 do código de processo penal, quando aloca ao magistrado poderes instrutórios típicos do sistema inquisitorial, e a ordem constitucional vigente, estabelecadora de um processo penal acusatório.

Serão destacadas suas características essenciais, definições e divisões, o que irá nos oportunizar um entendimento alicerçado acerca do instituto da prova, com escopo de que se tenha subsídios para uma análise crítica sobre o tema.

##### 4.4.1 Conceito de prova

---

contribuição do Processo ao Constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 18.

O vocábulo “prova” tem sua origem etimológica na palavra latina *probatio*, a qual vem de *probus*<sup>169</sup>, significando a análise, averiguação, verificação, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Dele deriva o verbo “provar” – *probare* –, significando ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com algo, demonstrar, atestar a veracidade ou a autenticidade de algo<sup>170</sup>.

Nas lições do Professor Luiz Francisco Torquato<sup>171</sup>, a prova desempenha valioso e essencial papel no processo, constituindo-se como componente integralizador da livre persuasão do julgador, porém essa atividade deve ter como norte o Estado Democrático de Direito. Assim, para o doutrinador, deve-se ater, na iniciativa da colheita de provas, à liberdade probatória, sendo esta limitada, entretanto, pelo princípio da dignidade da pessoa humana, bem como na obediência aos seus princípios basilares. Em suas próprias palavras:

“A prova tem importância fundamental no processo, pois constitui o elemento integrador do convencimento do juiz com os fatos da causa. Hoje, a melhor opção se afigura a liberdade probatória, cujo limite está na dignidade da pessoa humana e no respeito aos seus valores fundamentais. Há necessidade, pois, de se interpor limites à utilização, no processo, dos meios de prova que atentem contra esse princípio. O direito à prova constitui um desdobramento do princípio do contraditório, não se reduzindo ao direito de propor ou ver produzidos os meios de prova, mas, efetivamente, na possibilidade de influir no convencimento do juiz. Embora seja de boa técnica a previsão em nível legislativo do direito à prova, como se faz no ordenamento italiano, não se pode excluir sua existência no direito brasileiro como desdobramento do contraditório.”

Conforme a sua importância para o deslinde do processo, a prova é alcunhada por alguns doutrinadores de “alma do processo”<sup>172</sup>.

---

169 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único**. 5. ed.rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 583.

170 HOUAISS, Antonio. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 2320.

171 AVOLIO, L. F. Torquato. **Provas Ilícitas: Interceptações Telefônicas, Ambientais e Gravações Clandestinas**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.160.

172 Não se sabe bem de quem seria a autoria da frase, mas ela é utilizada por inúmeros autores, dentre eles: KRIGER FILHO, Domingos Afonso. **Inversão do ônus da prova: regra de julgamento ou de procedimento?** Revista de Processo n. 138. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 278; CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 222; e PRADO, Leandro Cadenas. **Provas ilícitas: teoria e a interpretação dos tribunais superiores**. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p.03. A expressão também já foi utilizada em tribunais superiores no Brasil, vejamos: STM – APELAÇÃO(FO) Apelfo 48066 SP 1998.01.048066-8 (STM) Data de publicação: 20/05/1998. Ementa: LESÃO CORPORAL LEVE. INSUFICIÊNCIA DE PROVA. MANUTENÇÃO DA

Mas, o que significaria ser a “alma do processo”? Segundo Antônio Magalhães Gomes Filho<sup>173</sup>:

“Os mecanismos probatórios servem à formação do convencimento do juiz e, concomitantemente, cumprem função não menos relevante de justificar perante o corpo social a decisão adotada; assim considerar a prova a ‘alma do processo’ tanto pode significar a exaltação do seu valor interno – de instrumento pelo qual o juiz se esclarece sobre os fatos –, como a identificação de um elemento vivificador através do qual a atividade processual assimila valores e símbolos vigentes na sociedade, propiciando, em contrapartida, a adesão do grupo ao pronunciamento resultante. Em outras palavras, além de ser um procedimento cognitivo, a prova é também um fenômeno psicossocial; daí a extraordinária importância da natureza das provas e do modo como são elas obtidas e incorporadas no processo.”.

Porém, a bem da verdade, não há uma unanimidade na conceituação da prova, tanto é assim que o professor Edilson Mougenot Bonfim<sup>174</sup> assevera que o termo “prova” apresenta diversos sentidos, podendo ser entendido em 3 acepções:

- a) a atividade realizada, em regra, pelas partes, com o fim de demonstrar a veracidade de suas alegações (ex.: reconhecimento pessoal de ‘X’ pela testemunha, observando o disposto no art. 226 do CPP);
- b) os meios ou instrumentos utilizados para a demonstração da verdade de uma afirmação ou existência de um fato (ex.: o réu apresenta atestado médico — documento — comprovando que no dia Y, horário Z, foi submetido a exames);
- c) o resultado final da atividade probatória, ou seja, a certeza ou convicção que surge no espírito de seu destinatário”.

Conforme acima trabalhado, mantendo a coerência dogmática do presente trabalho, lembremos que o processo penal é um instrumento de retrospectiva de fatos pretéritos, proporcionando ao julgador a instrução de um evento passado por meio de reconstrução histórica.

Provar, por consequência, é evidenciar fatos ultrapassados no tempo, podendo ser alcançada, também, como a autenticidade histórica acerca do que é esmiuçado

---

ABSOLVIÇÃO. [...] Como é sabença geral, a prova constitui, em matéria penal, a própria alma do processo[...] Unânime.

173 GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à Prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.13.

174 BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 312.

no processo penal. É esta fonte histórica que permite a atividade rememorativa do juiz em relação a este fato histórico<sup>175</sup>.

#### 4.4.2 Função persuasiva da prova

Conforme acima versado, o processo se constitui em uma forma de reconstrução de um fato histórico, o qual é objeto do processo, no processo penal: o suposto fato criminoso. Nessa reconstrução histórica, a corroboração das teses encetadas nas versões da defesa e da acusação e consequente eleição de uma das teses pela acepção do magistrado, as provas se fazem essenciais para esse trabalho rememorativo. Nesse sentido leciona Aury Lopes Jr.<sup>176</sup>, quando assevera:

“Nessa atividade, a instrução (preliminar ou processual) e as provas nela colhidas são fundamentais para a seleção e eleição das hipóteses históricas aventadas. As provas são os materiais que permitem a reconstrução histórica e sobre os quais recai a tarefa de verificação das hipóteses, com a finalidade de convencer o juiz (função persuasiva) [...] É inafastável que o juiz ‘elege’ versões (entre os elementos fáticos apresentados) e até o significado (justo) da norma. Esse eleger também se expressa na valoração da prova (crença) e na própria axiologia, incluindo a carga ideológica, que faz da norma (penal ou processual penal) aplicável ao caso.”.

Nesse arquétipo recognitivo e persuasivo, a prova, inequivocamente, está circunscrita à argumentação. Tendo em vista que o processo é uma máquina reconstrutiva de um fato histórico e passado, essa reconstrução buscará a explicação histórica mais próxima possível da realidade. Assim, não é mais possível defender a visão tradicional, pois a prova, bem como qualquer outro instituto ou invenção humana, não é suficientemente habilitada de forma a compreender a verdade dos fatos, tampouco de fazer nascer, na percepção do julgador, a verdade real.

Portanto, em um processo dialético, onde as partes alicerçam suas versões históricas com base em provas, estas são essenciais para a captura psíquica do

---

175 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 380.

176 Idem. p. 357.

magistrado, já que permitirá uma reconstrução mental acerca dos argumentos acerca dos fatos comboiados aos autos, validando ou não sua versão.

Assim, por não podermos falar em verdades a serem alcançadas, como explanado no primeiro capítulo, mas, sim, na captura do convencimento do magistrado, percebemos o quão relevante é a produção probatória para o processo. É através dela que o magistrado fará sua opção pela versão que lhe parecer mais condizente para explicar o fato histórico, que é o crime. Isso faz com que, levando em conta esse escopo de verdade imbuído nas provas, a população do Estado, onde a decisão foi prolatada, tenha como certa aquela decisão, legitimando, assim, a função jurisdicional perante o seio social<sup>177</sup>.

#### 4.4.3 O ônus probatório

A asserção ônus provém do latim *onus, oneris*<sup>178</sup>, expressão que manifesta a ideia de encargo. Tendo em vista o aspecto processual, podemos consignar que ônus, visto de uma forma geral, é a atribuição que têm acusação e defesa de provar as alegações que fizeram visando a consequência jurídica desejada.

De acordo com Tourinho Filho<sup>179</sup>, o ônus deve ser entendido como “um imperativo que a lei estabelece em função do próprio interesse daquele a quem é imposto”.

Outra não é a lição de Gustavo Badaró<sup>180</sup>, definindo ônus da prova como sendo:

“a posição jurídica na qual o ordenamento jurídico estabelece determinada conduta para que o sujeito possa obter um resultado favorável. Em outros termos, para que o sujeito onerado obtenha o

---

177 TARUFFO, Michele. **La Prueba de los hechos**. Madrid, Trotta, 2002, p. 81 apud LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 358.

178 RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas. 2013, p. 493.

179 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal** – volume III, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 267.

180 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 173.

resultado favorável, deverá praticar o ato previsto no ordenamento jurídico, sendo que a não realização da conduta implica a exclusão de tal benefício, sem, contudo, configurar um ato ilícito”.

Assim, o *onus probandi* representa um imperativo do próprio interesse, estando situados no campo da liberdade, na precisa asseveração de Paulo Rangel, “uma obrigação para consigo mesmo”<sup>181</sup>. Dessa forma, mesmo que não ocorra sua efetivação, não haverá conduta ilícita, ensejadora de reparação judicial, pois o cumprimento do ônus interessa ao próprio sujeito onerado<sup>182</sup>, não abrolhando direitos subjetivos a outrem.

Portanto, ônus, obrigações ou deveres não são locuções sinônimas para a ciência do Direito. Para esclarecer melhor a distinção, trazemos a lição de Renato Brasileiro de Lima<sup>183</sup>:

“As obrigações devem ser compreendidas como imperativos do interesse do credor, gerando uma posição jurídica negativa para o devedor, em virtude da qual o credor. Titular do direito subjetivo, pode demandar-lhe o adimplemento da obrigação. O indivíduo que não cumpre uma obrigação pratica um ato ilícito, por isso é possível a imposição de uma sanção para o adimplemento da prestação não cumprida, sujeitando-o à execução forçada [...] Os deveres, por sua vez, funcionam como um imperativo perante uma coletividade ou perante toda a sociedade. Também se trata de uma posição jurídica passiva, que acarreta uma desvantagem para aquele em relação a quem foi instituído o dever. O dever pressupõe a existência de um sujeito ativo a quem interessa o seu cumprimento pelo sujeito passivo. O descumprimento de um dever gera uma sanção com natureza de coação moral ou de intimidação. A título de exemplo de sanção que deriva do descumprimento de um dever processual, diz o art. 219 do CPP que o juiz poderá aplicar à testemunha faltosa a multa prevista no art. 453, sem prejuízo do processo penal por crime de desobediência, e condená-la ao pagamento das custas da diligência. Em síntese, enquanto o inadimplemento de uma obrigação ou de um dever gera uma situação de ilicitude e traz como consequência a possibilidade de uma sanção, o descumprimento de um ônus configura um ato lícito e não é sancionado.”.

---

181 RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 493.

182 Utilizar-me-ei da ilustração de Paulo Rangel: “imagine que o réu tem em mãos uma carta que prova, de forma cabal, sua inocência. Porém, não apresenta em juízo. Na esteira do pensamento tradicional, somente o réu sofrerá com seu não fazer. Pois, o ônus, o encargo, o fardo de sofrer, possivelmente, uma condenação será sua. Idem.

183 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único. 5. ed.rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 606.

No mesmo sentido é o entendimento de Fernando Capez<sup>184</sup>:

“Registre-se, de início, que a prova não constitui uma obrigação processual e sim um ônus, ou seja, a posição jurídica cujo exercício conduz seu titular a uma condição mais favorável [...] Enquanto na obrigação a parte tem o dever de praticar o ato, sob pena de violar a lei, no ônus o adimplemento é facultativo, de modo que o seu não cumprimento não significa atuação contrária ao direito. Neste último caso, contudo, embora não tendo afrontado o ordenamento legal, a parte arcará com o prejuízo decorrente de sua inação ou deixará de obter a vantagem que adviria de sua atuação.”.

O nosso Código de Processo Penal, em que pese sua reforma no ano de 2008, não conforma a questão com o rigor dogmático necessário a um tema de tão elevada repercussão. A matéria pertinente ao ônus da prova é simplificada no, já citado, art. 156, ao dispor que a prova da alegação incumbirá a quem a fizer, elencando, também, uma série de faculdades probatórias destinadas ao Juiz. Aduzindo, novamente, o art. acima, vejamos:

“CPP – Decreto-Lei nº 3.689 de 03 de Outubro de 1941:  
Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)  
I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)  
II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)”.

Vale rememorar que, como já falado alhures, a prova penal é imanente ao princípio constitucional do devido processo penal, pois não se aquiesce que um indivíduo suporte limitações em seus direitos constitucionais sem que o Estado se assegure de que sua decisão encarceradora encontra conformação legitimadora perante a sociedade, tendo em vista os direitos e garantias consagrados na Constituição.

Mantendo como circunspecção o efeito que decorre do não cumprimento do ônus, a doutrina<sup>185</sup> o ramifica o *onus probandi* ônus absoluto ou relativo.

---

184 Capez, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p 409.

185 Cândido Rangel Dinamarco, em sua publicação “A Instrumentalidade do Processo”, diferencia os ônus absolutos (ou perfeitos) dos relativos (ou imperfeitos) DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, pp. 245-246.

O ônus é absoluto quando o prejuízo, consequência de seu desacatamento, ocorre necessária e inevitavelmente. O ônus é reputado como relativo quando o seu não cumprimento somente tornam improváveis as vantagens ou provável o prejuízo, mas existe a possibilidade de que a lesão não se complete, caso a conduta seja praticada por outra pessoa.

Após a avaliação do que seria ônus probatório e da diferença entre ônus, deveres e obrigações, cumpre, imediatamente, esclarecer sua distribuição no processo penal. Consignamos já que o assunto não é pacífico na doutrina, mas apresentaremos nossa visão, pautada em tudo o que já foi versado nesse trabalho.

#### 4.4.4 Distribuição do ônus probatório no processo penal

Tendo como parâmetro legal a primeira parte do art. 156 do Código de Processo Penal, “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”, discute-se intensamente, na doutrina brasileira, qual seria o ônus que competiria à defesa e qual competiria à acusação.

Renato Brasileiro de Lima<sup>186</sup> nos informa a existência de duas correntes acerca deste mister: uma primeira<sup>187</sup>, mais dominante, a qual afirma a existência de uma distribuição no ônus *probandi* entre acusação e defesa no processo penal; e uma segunda posição, mais acertada, a qual assevera que, em âmbito de processo penal, o ônus da prova é exclusivo da acusação.

---

186 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único. 5. ed.rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 608.

187 Conforme Pacelli, dissonante do processo civil, o qual aquiesce com uma presunção de veracidade alcançada pela carência de impugnação específica dos fatos descritos na denúncia, no processo penal não se permite tal presunção, nem que seja relativa, estipulando-se uma materialização da prova para a corroboração dos fatos e persuasão do magistrado. Por ser desta maneira é que se afirma que, mesmo que não impugnados os fatos atribuídos ao réu, com efeito, ainda que este confesse a prática do crime, cumpre à acusação produzir o arsenal probatório da existência do crime e da respectiva autoria delitiva. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 334.

Para a primeira corrente, incumbe à acusação provar a existência do fato típico, a autoria e a participação, a relação de causalidade e o elemento subjetivo<sup>188</sup> do criminoso (dolo e culpa). Percebe-se, assim, que não compete à acusação a prova dos demais substratos do crime, ilicitude e culpabilidade. Corroborada, por consequente, a existência, do fato típico, portanto, restaria estabelecida uma presunção de que o fato também seria ilícito e culpável.

Conforme adiantado acima, essa não é a melhor posição. Defronte do princípio democrático do *in dubio pro reo*, sendo este um cânone de julgamento que vige no campo processual penal em um Estado Democrático de Direito. Quando o Estado, valendo-se de seu aparato de segurança, pretende encarcerar algum dos seus cidadãos, nunca terá o bastão de cominar a obrigação de que esse corrobore algo acerca de um fato relevante para a sentença, não devendo ser molestado em seu *status libertatis*, sendo prejudicado por uma dúvida, já que esta lhe beneficia sempre, em âmbito processual penal. Conforme versado acima, a presunção de inocência confere ao réu uma posição privilegiada quanto ao ônus probatório, já que é a sua liberdade que está em jogo.

Caberia, por evidente, a acusação provar que a conduta do agente seria típica, ilícita e culpável, comprovando todos os substratos do crime.

Algumas vozes mais apressadas poderiam alegar que a prova da não existência de alguma hipótese de uma excludente de ilicitude seria um fato negativo, não competindo ser provados. Porém, cabe lembrar que, nesse mister, seria perfeitamente possível esta prova, já que o fato é determinado, sendo, por consequência, totalmente viável sua prova.

Cabe a ressalva feita por Renato Brasileiro, quando assevera que, essa atribuição de ônus exclusivo à acusação,

---

188 Ressalta-se que, em relação ao dolo, existe doutrina que sustenta que seria dolo presumido, circunstância pela qual à acusação cumpriria tão somente a prova à culpa. Seria esta a posição de Mirabete, por exemplo. Aqui utilizamos as palavras de Renato Brasileiro de Lima, quando aduz: “Com a devida vênia, com tal posição não podemos concordar. Em um Estado que consagra o princípio da presunção de inocência, não se pode admitir que o dolo seja presumido, sob pena de inequívoca violação à regra do *in dubio pro reo*. De modo algum estamos afirmando que está dispensada a prova do elemento subjetivo, sob pena de se permitir verdadeira espécie de responsabilidade penal objetiva. Na verdade, também recai sobre a acusação o ônus da prova quanto ao dolo, devendo sua comprovação ser feita a partir dos elementos objetivos do caso concreto”. LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único. 5. ed.rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 611.

“não significa dizer, no entanto, que a acusação sempre deverá comprovar a inocorrência de causas excludentes da ilicitude ou da culpabilidade. Caso não tenha sido alegada qualquer excludente pela defesa, não tendo surgido dúvida fundada sobre sua ocorrência, torna-se desnecessária a prova de que o fato não fora praticado sob o manto de uma causa excludente da ilicitude ou da culpabilidade.”.

Em relação às causas de extinção da punibilidade, temos que diferenciar aquelas que tão somente ocorrem anteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória, como por exemplo a prescrição da pretensão punitiva, a perempção, a decadência, daquelas que só se aperfeiçoam após o trânsito em julgado, como o indulto e a graça. Existem também aquelas que têm a possibilidade de advir antes ou após do trânsito em julgado, como a morte do agente, a anistia e a prescrição da pretensão executória. Segundo a melhor doutrina, o princípio do *in dubio pro reo* somente acontecerá enquanto ainda não ocorrer o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.<sup>189</sup>

#### 4.5 A INCONSTITUCIONALIDADE PRESENTE NO ART. 156 AO INSTITUIR PODERES INSTRUTÓRIOS AO JUIZ

Hodiernamente, pela disposição contida na segunda parte do art. 156, bem como nos seus incisos, o magistrado pode designar não tão somente a colheita da prova durante a instrução processual, adverta-se, na quadra judicial propriamente dita, mas terá o condão de determinar a colheita da “prova” antecipada na fase da investigação preliminar – o que se dá, em regra, pelo Inquérito Policial. Portanto, o objeto concernente aos poderes instrutórios do juiz precisa ser observado em dois íterins abalizados e estanques: um primeiro, anteriormente ao recebimento da inicial acusatória, conforme positivado no art. 156, inciso I, do Código de Processo Penal e, uma segunda, já na marcha do processo, corroborada no art. 156, inciso II, do Código de Processo Penal.

---

189 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único. 5. ed.rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 608.

Aclama-se, por consequência, nesse engenho inquisitório legal a envergadura do juízo inferir-se na gestão da probatória. Portanto, segundo funestas matizes processuais, consignadas no art. 156, o magistrado deve aprazar a colheita probatória sempre que aquilatar essencial, em uma circunstância de prejulgamento, tendo como base a necessidade, adequação e proporcionalidade e a dúvida, para dirimir questão sobre ponto relevante.

Deve-se ter em conta que, a imparcialidade do órgão julgador jaz axiomáticamente comprometida quando ficamos defronte um juiz-inquisidor, o qual sustenta amplos poderes instrutórios, congênere alicerçados pelo art. 156, do Código de Processo Penal, sendo um contraste estabelecido entre a posição ativa e atuante do instrutor, o que competiria às partes, com a posição inerte que caracteriza o julgador. Aquele é sinônimo de atividade, este seria sinônimo de inércia<sup>190</sup>.

Como versado acima, não basta uma mera separação formal de funções, dentro de um processo, para que se afirme o princípio acusatório, pois tal divisão é, ainda, deficiente para esta caracterização. De nada adianta uma separação inicial de funções, estabelecendo o órgão acusatório responsável pela iniciativa persecutória, se o processo posterior contemplará a possibilidade de que o julgador adote uma postura ativa na busca da prova, atuando de forma tipicamente inquisidora.<sup>191</sup>

Portanto, o art. 156 é o núcleo fundante, entre nós, do princípio inquisitório, representando uma quebra da necessária (para um sistema acusatório) estrutura dialética do processo, fulminando a imparcialidade e abrolhando um sistema inquisitorial.<sup>192</sup>

Incontinenti, ademais de incorrer em terrível erro admitindo o juiz que é parte, o inciso I torna ainda mais clara a figura do inquisidor moderno, ao permitir a busca, de ofício, do arsenal probatório, mesmo que não encetada a relação processual penal, com o fito de colher a produção antecipada de provas tidas como urgentes e relevantes, consignando, posteriormente, verdadeiro eufemismo, determinando a observação da necessidade, adequação e proporcionalidade da medida.

---

190 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 64.

191 Idem.

192 Idem.

Ora, por mais que tenha aptidão para o objetivo que se destina, tal medida não é necessária, muito menos proporcional em sentido estrito. Não é necessária, pois existe em nosso país um corpo de profissionais competentes, imbuídos da ação penal e que a Constituição determinou a responsabilidade pela ação penal e o seu sucesso. Não sendo, ainda, proporcional em sentido estrito, já que as desvantagens superam em muito as vantagens da medida, haja vista a quebra da imparcialidade do órgão julgador, a quebra do núcleo acusatório, a instituição de um processo inquisitório etc.

Nota-se que a inconstitucionalidade, do inciso I do artigo em análise, é flagrante, não se pode aquiescer com a postura positiva do juiz, na conjuntura da fase pré-processual, sem margem para anfibologias. Seria esvaziar o princípio da imparcialidade, posto que é atribuição privativa do titular da persecução penal esta agência probatória, corroborando a tese da inicial, dando-lhe justa causa e buscando a captura psíquica do magistrando. Destarte, por consequência inequívoca, colocar o magistrado como tutor do Ministério Público é violar não só sua imparcialidade, como também a sua titularidade penal. Por consequência o impulso do acautelamento de uma prova deve partir do Ministério Público que, com a cogente aptidão, tem o ônus de solicitar ao magistrado a colheita antecipada da prova.

Nesse sentido Pacelli<sup>193</sup>

“O juiz não tutela e nem deve tutelar a investigação. A rigor, a jurisdição criminal somente se inicia com a apreciação da peça acusatória (arts. 395 e 396, CPP). No curso do inquérito policial o de qualquer outra investigação a atuação da jurisdição não se justifica enquanto tutela dos respectivos procedimentos. O juiz, quando defere uma prisão cautelar, quando defere uma interceptação telefônica ou a quebra de uma inviolabilidade pessoal, não está, nem nesse momento, protegendo os interesses da investigação criminal. Na verdade, como garantidor que é das liberdades públicas, ele estará exercendo o controle de constitucional das restrições às inviolabilidades, nos limites da Constituição da República e do devido processo legal”.

No entanto, é comezinha a noção de que o magistrado não está obstruído de proceder na fase investigatória e nem assim seria desejável, pois a noção do Estado Democrático de Direito impõe a atuação e a inafastável tutela judicial, zelando, o magistrado, pela correta aplicação da lei e da Constituição. Contudo, esse exercício

---

193 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 336.

do magistrado na fase preliminar só se legitimaria por meio de antecipado estímulo postulatório das partes. Aclarando o que foi dito, caso exista a necessidade de mandado de busca e apreensão, por exemplo, é imperioso a representação ao magistrado, buscando a autorização para isso.

Fundamental é a lição de Paulo Rangel<sup>194</sup>, ao expor a contradição existente entre o art. 156 e o art. 155, ambos do Código de Processo Penal, senão vejamos:

“Há uma perfeita contradição lógica entre os arts. 155 e 156. No primeiro o juiz somente poderá condenar com base nas provas colhidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório, não sendo lícito fundamentar sua decisão com base em provas do inquérito. Contudo, no segundo (art. 156), poderá ele determinar, na fase de inquérito, diligências à produção de provas relevantes.

Ora, como imaginar um juiz isento que colhe a prova no inquérito, mas não a leva em consideração na hora de dar a sentença? A reforma pensa que o juiz é um ser não humano. Um extraterrestre que desce de seu planeta, colhe a prova, preside o processo, julga e volta à sua galáxia, totalmente imparcial. Inocência. Juiz é um ser humano como outro qualquer dotado de emoção, paixão, egoísmo, altruísmo, ódio, amor e, claro, ‘sentimento de justiça’”.

Como bem antevisto por Aury Lopes Jr., quando instituímos poderes instrutórios aos magistrados, confeccionamos um primado da convicção do magistrado sobre a produção probatória: primeiro ele decide, depois busca a corroboração de sua hipótese com a produção probatória.

Entrega na mão do magistrado a atividade oficiosa probatória e fere de morte, invariavelmente, o sistema acusatório definido na Constituição Federal. Este, conforme visto alhures, define, tendo em vista uma necessária visão sistemática<sup>195</sup>, a presunção de inocência, o devido processo legal, a imparcialidade e a inércia do juízo,

---

194 RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 500.

195 Conforme disciplina Canotilho, “O princípio da unidade da Constituição ganha relevo autônomo como princípio interpretativo quando com ele se quer significar que o Direito Constitucional deve ser interpretado de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas e, sobretudo, entre os princípios jurídicos-políticos constitucionalmente estruturantes. Como ‘ponto de orientação’, ‘guia de discussão’ e ‘factor hermenêutico de decisão’ o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a Constituição na sua globalidade e procurar harmonizar os espaços de tensão [...] existentes entre as normas constitucionais a concretizar. Daí que o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais, não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios”. CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Editora Coimbra Almedina, 2000, p 179.

prescrevendo a exigência de que se afaste o magistrado da gestão probatória para a definição de um Sistema Constitucional Processual Penal de matriz acusatória.

## **V CONCLUSÃO**

Como bem explanado pela nossa Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º, o Brasil é (ou, pelo menos, tem a intenção de ser) um Estado Democrático de Direito. Dessa forma, consagra os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos e positiva os valores e objetivos mais latentes do Estado, baseando sua estruturação e o funcionamento de suas instituições e órgãos, elegendo o perfil socioideológico da nação, impondo o acatamento da ordem constitucional vigente acima de todas as outras normas do ordenamento.

Com base nesse ideal democrático de Estado, no ideal de superioridade constitucional e no sistema acusatório, elegido pela nossa Constituição para reger nosso processo penal, desenvolvemos nossa pesquisa. Levantamos a problemática: é necessária uma nova leitura dos instrumentos probatórios a dispor do magistrado elencados no art. 156 do Código de Processo Penal, para adequá-los ao sistema processual acusatório, erigido pela Constituição de 1988 para ser o modelo vigente, confrontando a teoria dominante e a expondo às suas inconsistências dogmáticas quando confrontados com os pressupostos do sistema acusatório e os valores trazidos pelo Estado Democrático de Direito e seus paradigmas?

Para o enfrentamento da problemática, nosso maior desafio foi o desfazimento de mitos. Mitos que positivaram, e ainda positivam, o sistema inquisitorial, tais quais a busca da verdade, formal ou real, a busca de ofício da prova por parte do magistrado para buscar uma verdade incandescível, o processo como sendo uma mera relação jurídica, o tal propagado sistema misto, a noção de que a mera separação de funções seria o suficiente para configurarmos um sistema acusatório, enfim, árdua foi a tarefa.

Buscamos ao máximo não fazer da monografia um livro de doutrina, com ideias estanques e apenas a conceituação teórica, porém, para sustentar dogmaticamente as ideias içadas, fizemos uma remissão à teoria geral da verdade, passamos pela

noção de sistemas processuais penais, defendendo idêntico tratamento paritário entre os interessados na contenda, buscando afastar o magistrado da produção probatória, já que seria essa a característica do núcleo fundante do sistema inquisitorial.

Por outro lado, expomos a clara contradição existente entre o nosso Código de Processo Penal vigente, o qual conclama, no seu art. 156, o regimento do ônus da prova no processo penal, estabelecendo amplos poderes instrutórios para o magistrado, o que comprometerá, invariavelmente, sua imparcialidade e desnaturará o sistema constitucional acusatório, tornando-o um sistema de princípio unitário inquisitorial.

Resta estabelecer que foi necessário proceder a uma busca por outras ciências humanas, com o fito de alicerçar o trabalho em bases epistemológicas sólidas, não se convencendo com respostas prontas e acabadas, que só atrasam o desenvolvimento da Ciência Jurídica como uma verdadeira ciência.

Foi assinalado que o termo verdade constitui-se em vernáculo plurissignificativo, abrangendo uma grande variedade de sentidos e conforme demonstrado pelo avançar das ciências, a noção absoluta de verdade foi paulatinamente desconstruída, chegando-se em uma fase de negação da verdade como categoria atingível pelo homem. Dessa forma, não existiria uma verdade a ser buscada de forma desmedida.

O convencimento do juiz penal se dá, efetivamente, pelo processo e nele o papel da prova liga-se ao aperfeiçoamento deste convencimento. Portanto, a atividade jurisdicional desempenhada pelo juiz no processo penal é eminentemente cognitiva, buscando entender como determinado evento se deu aproximadamente no mundo dos fatos. Do ínterim em que a inicial acusatória é lançada, até o momento em que o julgador prolata a sentença, é imperiosa à devida resposta do estado uma instrução probatória que respalde esta decisão. É efetivamente essa busca pela rememoração dos fatos no processo que comprovará a culpa (ou não) do acusado, aperfeiçoando o convencimento do juiz.

Portanto, é imanente ao processo penal uma arguição em torno de fatos pretéritos, por meio de mecanismo probatórios de investigações históricas elaboradas sob o campo do contraditório. Nesta seara de reconstrução de uma realidade passada, revela-se salutar um processo dialético entre as partes, contemplando o exercício e

desenvolvimento do direito de ação, desempenhado predominantemente pelo órgão ministerial, bem como o exercício de uma plena e eficiente defesa, oportunizando aos interessados a efetiva e igualitária envergadura de intervir no êxito do julgamento, utilizando-se dos instrumentos apropriados e produzindo as provas que julgarem necessárias.

Assim, devemos entender o processo como um mecanismo de reconstrução de um fato histórico, negando o atingimento da verdade processual ou a absurda verdade real, bem como da função do processo como instrumento perquiridor da verdade, mas como sendo um instrumento de captura psíquica do magistrado. O julgador não larga da ocorrência abstrata do fato, mas, sim, dos materiais históricos produzidos sob o crivo do contraditório, das fontes históricas cambiadas aos autos, fonte em sentido lato do termo, com arrimo dos quais sistematiza o dispositivo de sua sentença.

A imprecisão da busca de qualquer verdade através do processo, sendo impossível qualquer forma de verdade, seja real ou processual. Com efeito, apesar de se mostrar muito mais aceitável e lógica do que uma verdade material, a verdade formal ainda carece de um problema fundamental e muito bem tratado nessa monografia, o problema da verdade, pois, como já exaustivamente delineado, não existe verdade pura e abstrata atingível pelos homens.

Mais grave do que a verdade formal se constitui a verdade material ou verdade substancial. Esta última, por sua vez, é ainda mais absurda, fruto de um mito, alvitre de uma crença de natureza dogmática advinda do modelo inquisitorial.

Devemos entender que a diferença fundamental existente entre o sistema acusatório e o sistema inquisitivo é a gestão das provas. Porquanto, no sistema inquisitorial, o magistrado lograria certa de iniciativa *probandi*, justificada pela busca da verdade real. Ao contrário, no sistema acusatório, o magistrado deve ser retirado do processo de produção das provas, com o fito de se alcançar uma maior esterilidade de sua opinião prévia e resguardando a igualdade de partes, evadindo-se da pretensão impraticável de se abranger a concretude absoluta dos fatos.

Assim, com alicerce na sua desejável isenção, o julgador tem que observar passivamente a ação probatória das partes, porquanto acerca delas cabe o ônus processual de apurar os fatos históricos e acarear o material probatório aos autos, para que sirva de lastro de sua argumentação, demonstrando a narrativa peticional.

O art. 156, portanto, é flagrantemente inconstitucional, já que a nossa Constituição Federal elegeu o sistema processual acusatório para reger o nosso processo penal, não tornando factível a ideia de buscas oficiosas pela verdade, por parte do órgão julgador, sob pena de afronta direta à norma constitucional, conforme explicado acima. De nada bastaria uma mera separação formal de funções, pois, dentro de um processo acusatório, tão somente esta divisão é, ainda, deficiente para assepsia da matriz inquisitorial.

Portanto, o art. 156 é o âmago do princípio inquisitório em nosso ordenamento jurídico, constituindo-se em inconstitucional desacatamento da opção constitucional acusatória e sua estrutura dialética do processo, composta por partes, aniquilando a imparcialidade e abrolhando um sistema inquisitorial no nosso Código de Processo Penal, o que não deve prevalecer, tendo em vista a superioridade hierárquica das normas constitucionais, quando contempladas com o restante do sistema.