

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE  
PRUDENTE**

**CURSO DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE**

**DA (IM)POSSIBILIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVAS *EX OFFICIO* PELO  
MAGISTRADO: UMA ANÁLISE ACERCA DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO  
ART. 156, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**

Nelson Mancini Brandoliz

Presidente Prudente/ SP

2016

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE  
PRUDENTE**

**CURSO DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE**

**DA (IM)POSSIBILIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVAS *EX OFFICIO* PELO  
MAGISTRADO: UMA ANÁLISE ACERCA DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO  
ART. 156, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**

Nelson Mancini Brandoliz

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de especialista em Direito Penal e Processo Penal, sob orientação do Prof.<sup>o</sup> Florestan Rodrigo do Prado.

Presidente Prudente/ SP

2016

**DA (IM)POSSIBILIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVAS *EX OFFICIO* PELO  
MAGISTRADO: UMA ANÁLISE ACERCA DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO  
ART. 156, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de especialista em Direito Penal e Processo Penal, sob orientação do Prof.<sup>o</sup> Florestan Rodrigo do Prado.

---

**Florestan Rodrigo do Prado**

Orientador

---

---

Presidente Prudente/ SP

2016

Mudar o mundo, meu amigo Sancho, não é loucura, não é utopia, é justiça.

Miguel de Cervantes.

Dedico este trabalho, assim como aquele que fizera na minha graduação, assim como qualquer todos os que sobrevenham, aos meus pais, fontes infinitas de amor e compreensão.

## **AGRADECIMENTOS**

À Deus, por tudo;

Ao meu pai, Nelson, meu ídolo, meu herói, por todas as vezes que me mostrou o lado crítico da vida; meu primeiro professor;

À minha mãe, Luciane, figura espetacular, sempre detentora das palavras certas, na hora certa; meu colo, meu aconchego.

Tenho sorte de tê-los como referência, minha vitória emana de vocês.

A meu orientador, Professor Florestan Rodrigo do Prado, pelos inúmeros conselhos e auxílio, desde a época da graduação.

À minha namorada, Paolla, companheira, amiga, confidente, meu amor. Obrigado por ser você na minha vida.

Aos meus amigos, sempre pacientes com minhas ausências.

Sou eternamente grato a todos vocês.

## RESUMO

O presente trabalho busca analisar se é dado ao magistrado mergulhar na atividade probatória do caso que lhe é dado, desta forma, objetiva diligenciar acerca da (in)constitucionalidade do art. 156, do Código de Processo Penal. Para tal conclusão, analisam-se os poderes instrutórios conferidos ao magistrado em determinadas civilizações, dentre elas, a brasileira; sem prejuízo, apresentam-se os sistemas processuais clássicos e o conceito de verdade processual. Compreende-se a influência da comunicação no conceito de prova, na medida em que, do direito de provar eclodem duas vertentes: o direito de falar e o direito de se fazer ouvir. Ainda, imprescindível analisar os princípios constitucionais que oxigenam a atividade probatória, como o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, a imparcialidade do juiz, o *in dubio pro reo* e a presunção de inocência. Vê-se, assim, que o ato de o juiz romper sua inércia fere tais princípios, notadamente, se considerar a incidência do sistema acusatório, com assento constitucional.

**Palavras-chave:** Poderes Instrutórios do Magistrado. Sistemas Processuais. Devido Processo Legal. Contraditório. Ampla Defesa. Imparcialidade. Presunção de Inocência. *In Dubio Pro Reo*. Verdade. Certeza. Prova. Comunicação. Dialeticidade.

## ABSTRACT

This study aims to examine whether it is given to the magistrate dive into the evidential activity of the case given to it in this way , search strive about the (un) constitutionality of art. 156 of the Criminal Procedure Code. For such a conclusion , it analyzes the instructive powers of the magistrate in certain civilizations, among them the Brazilian; moreover, we analyze the classic procedural systems and the concept of procedural truth. It is understood the communication influence on proof of concept, to the extent that the right to prove hatch two strands: the right to speak and the right to be heard. Essential to analyze the constitutional principles which oxygenate evidential activity, such as due process, the contradictory, the legal defense, the impartiality of the judge, *in dubio pro reo* and the presumption of innocence. It is understandable , therefore, that the act of the judge breaking its inertia hurt these principles , notably , to consider the impact of the adversarial system , with constitutional seat

**Keywords:** Instructive Magistrate powers. Procedural Systems. Due Process of Law. Contradictory. Wide Defense. Impartiality. Presumption of Innocence . *In Dubio Pro Reo*. True. Assurance. Proof. Communication. Dialectical.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	<b>10</b>
<b>2 ASPECTOS HISTÓRICOS ACERCA DO PODER INSTRUTÓRIO DO MAGISTRADO</b>	<b>12</b>
2.1 Considerações Históricas Relativas à Grécia	13
2.2 Aspectos Históricos em Roma	15
2.3 Análise histórica germânica	20
2.4 A Atividade Instrutória no Direito Canônico – O Modelo Inquisitivo	22
2.5 O Período (“Pré-Pós”)-Revolução Francesa	25
<b>3 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS</b>	<b>28</b>
3.1 Sistema Inquisitório	31
3.2 Sistema Acusatório	36
3.3 Sistema Misto	41
3.4 A Evolução do Sistema Penal Brasileiro	44
3.4.1 O Período das Ordenações	45
3.4.2 O Período Imperial	48
3.4.3 O período republicano e o pluralismo processual penal	51
3.4.4 O código de processo penal de 1941	52
<b>4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E PROCESSUAIS PENAIS ACERCA DA PROVA</b>	<b>57</b>
4.1 O Devido Processo Legal	58
4.2 Contraditório e Ampla Defesa	60
4.3 A Imparcialidade	63
4.4 A Presunção de Inocência e o In Dubio Pro Reo	65
4.5 O Princípio da Proporcionalidade	68
<b>5 DA ANÁLISE ACERCA DAS “VERDADES PROCESSUAIS”</b>	<b>70</b>
5.1 Verdade e Certeza	72
5.2 Verdade Formal e Material – Primeira Aproximação	76
5.2.1 Rompendo o paradigma das verdades formal e material	79
<b>6 DA PROVA</b>	<b>83</b>
6.1 Do(s) Conceito(s)	83
6.2 A Pré-Concepção Gadameriana e a Análise do Arcabouço Processual	87
6.3 Habermas e o Agir Comunicativo na Seara Probatória	92
6.2 A Pré-Concepção Gadameriana e a Análise do Arcabouço Processual	90
<b>7 O PROCESSO PENAL PÓS-CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988</b>	<b>95</b>
7.1 Da Necessária Revisitação ao Sistema Acusatório Sob o Contexto Democrático do Processo Penal	96
7.2 O art. 156, do Código de Processo Penal, Antes e Depois da Alteração Promovida Pela Lei 11.690/08	98
7.2.1 Análise do Artigo 156, do Código de Processo Penal Antes da Lei 11.690/08	98
7.2.2 A Alteração Apresentada pela Lei 11.690/08	100



<b>8 CONCLUSÃO</b>	<b>104</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b>	<b>107</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho teve como escopo máximo a análise acerca da norma inserida no art. 156, do Código de Processo Penal, em comparação com nova ordem jurídica, notadamente aquela oxigenada com o advento da Constituição Federal, de 1988.

Tal tema revelara-se de grande magnitude na seara jurídica, vez que, com assento no princípio da legalidade, revelar-se-ia ao magistrado a possibilidade de realizar provas de ofício. Não obstante, buscou-se confrontar tal paradigma com o cenário atual, donde eclode da Lei Maior, não somente o princípio acusatório, como, igualmente, princípios caros que deveriam ser observados no íterim processual.

A ponderação dos temas alhures conduziria a duas possíveis vertentes diametralmente opostas: inconstitucionalidade do artigo 156, do Código de Processo Penal ou, na constitucionalidade, desarmonia com a Lei Maior, que encerra o princípio acusatório, bem como, demais princípios fulcrais ao ordenamento. Outrossim, denotou-se o método dedutivo nesta seara.

Por assim, compreendeu-se necessário permear uma análise histórica do assunto em tela – se é conferido ao magistrado produzir, *ex officio*, provas. Na pesquisa histórica, diligenciou-se no sentido de trazer algumas dentre as mais importantes civilizações do mundo, como, Grécia, França, Roma e Alemanha. Sem prejuízo, complementou-se com uma explicitação sobre a evolução do tema no bojo do cenário brasileiro.

Sem laivo de dúvidas, o método histórico demonstrou-se satisfatório no desenvolvimento do presente trabalho, na medida em que, ínsito à Ciência Social, os movimentos e características históricas, por vezes servem de base para realidades contemporâneas. Ademais, pela análise comparativa dos povos, fora possível conduzir o trabalho devidamente.

Uma vez ratificada a análise histórico-comparativa, fora curial traçar um panorama acerca dos sistemas processuais penais clássicos, isto é, acusatório, inquisitivo e misto. Apreciou-se, por assim, seus elementos centrais a fim de compará-los, evitando, por assim, conclusões turvas. Compreendeu-se que o ponto de máxima na análise dos sistemas penais é a gestão da prova, a dizer, se restara unicamente às partes, ou se, diversamente, tocava também o julgador.

Voltou-se à questão principiológica, compreendendo-se na conceituação e confrontação dos princípios do contraditório, ampla defesa, devido processo legal, imparcialidade do magistrado, presunção de inocência e proporcionalidade com o tema posto à baila. Novamente, foram utilizados os métodos comparativos e dedutivos. Diligenciou-se que a plena compreensão destes princípios alcançaria, a reboque, a questão da inconstitucionalidade do art. 156, do Código de Processo Penal.

Destacou-se, ainda, a (antiga) divisão do conceito de verdade processual entre material e formal. Compreendeu-se, *data maxima venia*, que tal divisão restara superada, o que se pôde compreender mediante a conceituação e análise de “verdade” e “certeza” dentro do bojo processual penal.

Pela colação de todos os argumentos lançados até então, buscou-se consignar “prova”, conceito que encerra várias concepções. Outrossim, apresentaram-se conceitos desde os mais clássicos, até os mais contemporâneos, os quais se conferiram ainda mais relevo ao tema. Conferiu-se à concepção de prova a ideia de comunicação e dialeticidade, fugindo, assim, da ideia de prova como mero convencimento do magistrado acerca da verdade.

Todos os conceitos supra foram utilizados, por fim, na análise do período pós-Constituição de 1988, para, assim, compreender se o artigo 156, do Código de Processo Penal, notadamente após a alteração inerente à Lei 11.690/08, harmonizara-se ou não com o restante do ordenamento.

## 2 ASPECTOS HISTÓRICOS ACERCA DO PODER INSTRUTÓRIO DO MAGISTRADO

A tríade formada entre Estado-Juiz, autor da ação penal (seja o *parquet*, seja o querelante) e réu é, sem laivo de dúvidas, uma das relações processuais de maior relevo na seara constitucional. Sob a ótica penal – objeto do presente trabalho – tal fato não poderia ser diverso.

Nesta senda, buscar-se-á, ao decorrer do presente Capítulo, analisar a atividade do Magistrado (por claro, o enfoque presente será no Magistrado que atue na seara criminal) ao longo da História nas mais diversas civilizações – notadamente aquelas que são base para o ordenamento pátrio. Tal análise tem o escopo de refletir a atual (e não tão atual) maneira pela qual se desenvolve a atuação do Estado-Juiz.

Sabe-se da imprescindibilidade da atuação do Magistrado. Mais, curial sua afirmação perante a sociedade. Nítido que a figura do juiz, além de responsável jurídico, compreende uma figura social e política, vez que sua atividade volta-se sobremaneira à busca pela ordem e paz social.

Em verdade, o escopo histórico do presente trabalho tem função precípua, a confrontação dos sistemas apresentados com a realidade brasileira. Por assim, imprescindível à análise do comportamento estatal (detentor único do direito de punir).

Não é demais relembrar que a análise histórica do Direito não importa em mero “inventário”, nem na tentativa de, simplesmente, “erguer e resolver os antecedentes históricos das instituições ora vigentes”, como bem elucida Luiz Carlos de Azevedo (2009, p. 84). Em sentido diametralmente oposto, porém, consubstancia-se em via única para total compreensão da Ciência Jurídica, pois, conforme cediço, o Direito não é resultado de uma evolução linear, é, sim, fruto “do embate, das rupturas, dos avanços, recuos e retrocessos” (HESPANHA, 2005, p. 35).

Destas premissas, resta inerente ao presente trabalho a busca a determinados momentos históricos para análise e compreensão do desenvolver jurídico nelas existentes, para, posteriormente, buscar compreender a atual conjuntura brasileira.

## 2.1 Considerações Históricas Relativas à Grécia

Berço da democracia, a Grécia insculpia em seu processo à semelhança daquele talhado na política. Quer-se dizer, a figura da democracia, tão aclamada no âmago político, apresentava-se, em igual intensidade, na atividade jurisdicional grega. Por óbvio, a oxigenação da democracia implicava em traços bastante característicos do sistema acusatório<sup>1</sup> em que se emergia tal sociedade.

Assim sendo, a figura do povo mostrava-se bastante ativa no cenário jurídico grego. À guisa de exemplos, destacam-se os julgamentos realizados pela Assembleia do Povo, donde a coletividade assumia função participativa e deliberada por assuntos em geral (BARROS, 2002, p. 51).

Sobre relação ora analisada entre a democracia e a maior atuação do povo na seara jurídica grega, curial trazer à baila o posicionamento de Antonio Pedro Melchior e Rubens R. R. Carrara (2013, p. 351):

Vale lembrar que a eleição da democraticidade como princípio regente de determinado sistema político e processual, de plano, redundava numa restrição à atuação do poder. E a limitação ao poder do Estado é, em última análise, a restrição à atuação dos atores sociais que manejam este poder; do prisma processual. Se o processo é um jogo, na democracia processual, os protagonistas são as partes e o juiz atua como árbitro, imparcial, equidistante dos jogadores.

Tem-se como traço marcante, por assim, a participação incisiva do povo no processo grego. Princípios (caros) talhados na civilização pátria, oralidade e publicidade, pautavam o processo grego (VÉLEZ MARICONDE, 1956, p. 25).

Cabível colacionar a distinção procedimental existente a depender do bem jurídico supostamente agredido. É dizer, os delitos cujas ofensas causavam maior ofensa ao bem jurídico importavam em crimes públicos (*iudicium publico*), e clamavam pelo sistema da ação popular.

Noutro giro, delitos menos graves ficavam a cabo do interessado (vítima ou quem detivesse legitimidade), importando em algo parecido do que ocorre atualmente na ação privada (então denominada de *iudicium privatum*) (BARROS, 2002, p. 52).

Acerca da divisão em tela, tem-se o posicionamento de Aury Lopes Junior (2008, p. 56-57):

---

<sup>1</sup> O conceito de sistema acusatório será analisado pormenorizadamente em tópico futuro.

Participação direta do povo no exercício da acusação e como julgador. Vigorava o sistema de ação popular para os delitos graves (qualquer pessoa podia acusar) e acusação privada para os delitos menos graves, em harmonia com os princípios do Direito Civil.

Reflexo desta forte atuação do povo ao desenvolver da teia processual, precipuamente, da deflagração de um processo em face de outrem, era sua responsabilidade. Exigia-se daquele que fosse realizar a denúncia ao Arconte (Magistrado, para os gregos), além do juramento<sup>2</sup>, a prestação de caução. O Arconte, a seu turno, à luz da seriedade da acusação, a admitia, designava o Tribunal e seus membros atuantes (VÉLEZ MARICONDE, 1956, p. 28).

Neste íterim, segundo Julio B. J. Maier (2004, p. 273), era conferida ao acusador a possibilidade de se preparar, sem conhecimento do acusado, para realizar, por si só, a instrução do caso.

Por assim, a confluência entre o poder conferido às partes, oxigenado com o espírito democrata, desembocava em uma postura mais passiva do julgador, dando-lhe contornos de um árbitro, conforme elucida Alfredo Vélez Mariconde (1956, p. 29) “árbitros da luta justa e honrosa entre as partes”<sup>3</sup>. Às partes, a seu turno, conferia-se a tarefa de prova da autoria e materialidade (parte acusadora) e inocência – com a obrigação de prestar juramento, cujo valor conferia importância dividida<sup>4</sup> (BARROS, 2002, p. 52).

Desta feita, resta patente que, na Grécia, pela forte influência da democracia, os poderes instrutórios conferidos aos Magistrados eram pequenos; era, diametralmente oposta, a possibilidade de participação do povo, não somente na deflagração da denúncia, como, inclusive no que se refere à atividade instrutória.

---

<sup>2</sup> No momento em que realizava o juramento, o então acusador assumia a responsabilidade que lhe recairia em caso de improcedência do pleito, que seria analisada perante o Tribunal.

<sup>3</sup> Do original: “*árbitros de una lucha leal y honorable entre as partes*”.

<sup>4</sup> Acerca desta suposta disparidade entre democracia – com participação efetiva do povo nos julgamentos, e a necessidade premente de se prestar juramento, calha compreender que, na Grécia Antiga, os *Arcontes* eram tidos como sacerdotes. Nesta seara, utilizavam indumentos próprios (*verbi gratia*, coroas), os quais eram bastantes ligados à figura sacerdotal, e prestavam, constantemente, sacrifícios aos Deus. (COULANGES, 2007, p.)

## 2.2 Aspectos Históricos em Roma

Diversamente do constatado na experiência grega, donde desde logo fora muito clara a influência da democracia, sobretudo na participação do povo quando do início e instrução penal, em Roma, os poderes conferidos ao julgador apresentavam-se a maior ou a menor, a depender do momento histórico<sup>5</sup>.

Nesta toada, a análise romana compreende a análise de 12 (doze) séculos, iniciando-se em 753 a.C. (fundação), até a queda do Império Romano Ocidental, em 476 d.C.. Dentro desta divisão, compreendem o Período da Realeza (até 529 a.C.), o Período Republicano (até 27 a.C.), o Período Imperial (até 284 d.C.) e o Baixo Império, que tem seu término na morte do imperador Justiniano (em 565 d.C.) (MARTINS, in: WOLKMER, 2008, p. 91).

No Período da Realeza (Régio), poucos são os registros acerca das atividades inerentes aos magistrados (MAIER, 2004, p. 274). Inerente ao período monárquico, a concentração de poderes que emanava dos reis era imensa, ilimitada, outrossim, além das atividades administrativas e políticas que lhe eram inerente, cabia ao rei a atividade jurisdicional.

O magistrado/rei reunia *in totum* as atividades processuais; em linhas gerais, acusava e instruía de maneira livre (e de ofício), para, ao fim, julgar a demanda. Com clareza solar, a soma dessa tríade (acusação, instrução e julgamento) conferia ao réu (que permanecia inerte, como mero expectador), o status de mero objeto do processo (BARROS, 2002, p. 54).

Cabível trazer à colação a figura do *duumviri*, fruto da delegação do poder real àqueles que teriam função de magistrado. Tal personagem, existente apenas ao final do Período da Realeza, ou o próprio rei (quando não o nomeava), realizavam (frise-se, somente no final do Período da Realeza) a *cognitio* (cognição sumária), donde o julgador iniciava o procedimento e realizava a investigação correlata. Realizava, por assim, a *anquisitio* (ANDRADE, 2013, p. 16).

Marcante na transição do período em análise ao imediatamente posterior (a República) era a provocação à reunião da Assembleia do Povo

---

<sup>5</sup> Quanto à importância de registro da atuação romana, no presente trabalho, insta salientar que, em que pese a inegável contribuição romana ao desenvolvimento do Direito Civil, de grande valia fora sua contribuição no direito processual penal. Neste sentido, MAIER (2004, p. 273) "*extiende sus enseñanzas a esta rama de las ciencias jurídicas y, pese a que su luz ilumina preferentemente las instituciones del Derecho privado, no es menos cierto que logra también inmortalidad en el Derecho público, particularmente en el Derecho procesal.*"

(*provocatio ad populum*). Tal medida importava na exceção ao julgamento nos moldes supra, e se desenvolvia na medida em que os cidadãos oxigenavam seu direito de perdoar. Pela característica de “perdão do povo”, aliás, que tal ato – a *provocatio ad populum* – não ostentava natureza jurídica de recurso. (MAIER, 2004, p. 274-275).

Sobre o Período da República, dispõe Roberto Delmanto Junior (2004, p. 57):

No início da República, os magistrados supremos, que haviam herdado o poder de *imperium dos Regis da monarquia etrusca*, atuavam sem a observância de quaisquer formas. Desse modo, no procedimento da *inquisitio* inexistiam partes, no sentido técnico, só figurando o magistrado e o perseguido.

Referido instrumento em favor da população, conforme sedimenta BARROS (2004, p. 54) não retirava o caráter já vigente de inquisição, vez que, ainda, a atividade acusatória, instrutória e de julgamento reuniam-se em uma figura; por via oblíqua, tal instrumento não minou os poderes dos magistrados. Não obstante, conforme elucida Rogério Lauria Tucci (1976, p. 118/119) a *provocatio* consubstanciou, concomitantemente, na primeira garantia do cidadão romano em face ao poder do julgador e na formação do primeiro embrião de Direito Penal romano.

Ainda, o surgimento da *Lex Valeriae* oxigenou ainda mais a possibilidade de revisão mediante a *provocatio*, isto é, da revisão da matéria outrora julgada.

Montesquieu (2004, p. 198), sobre a *Lex Valeriae*, asseverou que esta “permitiu apelar para o Povo de todas as decisões dos Cônsules contra a vida do cidadão. Os Cônsules não puderam mais impor a pena capital a um cidadão romano, senão pela vontade do povo”.

Curial a compreensão, porém, de que o instrumento em voga era voltado, conforme já dito, aos “cidadãos romanos que fossem homens”. É dizer, aos bárbaros<sup>6</sup>, conforme bem elucida Aury Lopes Junior (2008, p. 57), não era cabível deflagrar a *provocatio*.

---

<sup>6</sup> Não é demais colacionar, com supedâneo nos ditames de COULANGES (2007, p. 213/219), que a religião e os costumes eram pedras de toque na sociedade romana. Por assim, havia uma gama de privilégios ao povo romano ausentes em relação aos estrangeiros. O povo romano via no povo estrangeiro verdadeira afronta aos deuses. Exemplificando, era proibida a participação dos bárbaros em cultos, e viam-se em nítida desvantagem



A já citada *Lex Valeriae* teve grande importância, ainda, pela instituição da jurisdição popular, de modo que fora, paulatinamente, transportado o poder de julgar, inerente dos juízes, aos tribunais populares (*comicios*). Nesta conjuntura, por óbvio, detinham os magistrados grande poder, contudo, a limitação era clara, notadamente pela possibilidade de anulação de sua decisão pelos *comicios* (MAIER, 2004, p. 276-277).

Outra mudança, ainda mais significativa, ocorrida no Período Republicano fora a transferência da faculdade de deflagrar uma demanda do magistrado ao cidadão. O *comicio* deu lugar ao procedimento penal público, donde todo cidadão romano detinha a capacidade de acusar, especialmente, do próprio ofendido (GRASSI, 1999, p. 229-230).

Seguindo a mesma lógica, o poder jurisdicional passou aos jurados (então presididos pelo magistrado), sendo consolidado, por assim, um sistema de acusação popular, de modo que o teor da decisão estava intrinsecamente ligado à perseguição e vontade da vítima – consolidava-se, por assim, o sistema acusatório (MAIER, 2004, p. 277-278).

Na esteira deste posicionamento, Delmanto Junior (2004, p. 82/83):

Limitando-se o magistrado, na *accusatio*, a exercer a função judicante, ou seja, a prolatar a sentença, a acusação, mesmo se tratando de *delicta publica*, cabia a um representante voluntário da coletividade e não àquele ou outro órgão estatal. A parte que se sentia lesada pela prática de um crime, portanto, não dependia da diligência de um magistrado para dar início à ação penal.

Luigi Ferrajoli (2001, p.565), na mesma toada:

É precisamente essa natureza privada ou polar – e em qualquer caso voluntária – da ação penal que deriva o processo romano ordinário, os personagens clássicos do sistema acusatório, a dizer a discricionariedade da ação, a carga acusatória da prova, a natureza do processo como controvérsia baseada na igualdade de partes, a atribuição a elas durante a atividade probatória e até mesmo a disponibilidade destas, a publicidade e oralidade do juízo, o papel de árbitro e espectador reservado ao juiz, face ao seu caráter popular.<sup>7</sup>

---

na *Lex Romana*. Desta feita, por se consubstanciarem em um povo diminuto (à luz do povo romano), não faziam jus à *provocatio*. No mesmo diapasão, as mulheres, figuras marginalizadas socialmente, não detinham todo o emaranhado de direito dos homens, e, por assim, não gozavam do instrumento em análise (COULANGES, 2007, p. 46-52)

<sup>7</sup> Do original: “Es precisamente de esta naturaleza privada o polar – y en cualquier caso voluntaria – de la acción penal donde derivan, en el proceso romano ordinario, los caracteres clasicos del sistema acusatorio, es decir la discricionariedad de la acción, la carga acusatoria de la prueba, la naturaleza del proceso como

Em breve explanação, Vélez Mariconde (p. 42) aduz que a *accusatio* possuía como característica própria a imprescindibilidade de um cidadão romano eclodir o processo (*postulatio*), assumindo, por assim, a qualidade de autor, e com ela, a responsabilidade em caso de a investida judicial demonstrar-se inexitosa. De hialina clareza que, por vezes, o cidadão, por simplesmente não querer tal (en)cargo, nada fazia. A impunidade, nestes casos, acabava por vencer.

Marco Antonio de Barros (2002, p. 56-57), acerca da *accusatio*, aduz:

Como a *accusatio* dependia da provocação de alguém que não fosse o magistrado, caso ninguém se dispusesse a assumi-la, premiava-se o criminoso com a impunidade. Além disso, a formulação da *accusatio*, destituída de prévia investigação do fato, passou a ser utilizada como falso expediente que servia para encobrir ações vingativas ou extorsivas. Mais a mais, a persecução penal foi se fragilizando por não contemplar adequadamente a parcela do povo menos favorecida, pois raramente o mais fraco utilizava-se da *accusatio* para cobrar a aplicação de penas ao seu senhorio.

No que toca às razões do presente trabalho, denota-se claramente que o magistrado, durante a República, deixa de reunir os direitos instrutórios do Período antecessor para concentrar-se nas atividades de presidência das sessões de julgamento e sentença.

Quanto ao acusado, de clareza solar sua maior intervenção no bojo processual. Nesta esteira, passara a participar da produção probatória, bem como, era-lhe dada possibilidade de fiscalizar demais atos processuais (BARROS, 2002, p. 55).

Interessante ressaltar que a doutrina acabou por concretizar uma advertência quanto a esse (novo) modelo, notadamente, quanto à possibilidade de qualquer cidadão ter atribuição para acusar. Nesta senda, a crítica apontava o receio do acusado em, caso o réu fosse absolvido, responder por delitos como calúnia, prevaricação ou tergiversação (BARROS, 2002, p. 55). Da mesma forma, a possibilidade de iniciar um processo conferia, em muitos casos, acusações infundadas, oxigenadas tão somente por vingança (MAIER, 2004, p. 286).

Em sentido diametralmente oposto, porém, a posição de acusador – quando logrado êxito nesta – conferia visibilidade àqueles que pleiteavam cargos

---

*controversia basada en la igualdad de las partes, la atribución a éstas de toda la actividad probatoria y hasta de la disponibilidad de las puebas, la publicidad y oralidad del juicio, el papel de árbitro y espectador reservado al juez, tanto más dado su carácter popular”.*

públicos, vez que tal função, indubitavelmente, abrihantava sua imagem perante os cidadãos e demais membros da assembleia julgadora (LOPES JR., 2008, p. 57).

A reunião das razões supra culminou, paulatina e vagarosamente, na alteração do modelo da *accusatio*, que dava lugar à *cognitio extra ordinem*. A coletividade compreendeu por bem deixar a cabo do imperador (e dos que dele recebiam poder, por delegação) as investidas jurisdicionais. Por assim, fora conferida a atividade jurisdicional aos agentes do Estado.

MAIER (2004, p. 282) bem assevera tal momento histórico, aduzindo que “cidadania deve necessariamente abandonar sua função de representante da comunidade nas mãos do imperador e seus delegados<sup>8</sup>”. Na mesma toada, Eugenio Raúl Zafaroni (1987, p. 337) destaca o papel da publicidade inerente ao procedimento extraordinário (*cognitio extra ordinem*):

Com o procedimento extraordinário, que era constituído por tribunais atuando por delegação do imperador, que realizava pessoalmente em casos importantes e cujo poder jurisdicional sobre a lei estava<sup>9</sup>.

Cabível a conclusão de que a *cognitio extra ordinem* importa em procedimento no qual os magistrados possuíam poder irrestrito sobre os processos que davam marcha. Por nítido, tal procedimento não era permitido a todo e qualquer caso; tinha, portanto, limitada sua área de atuação. Não obstante, reflexo da sede pelo poder somado à imagem destruída do sistema acusatório, a *cognitio extra ordinem*, e, por óbvio, o sistema inquisitório fora, gradativamente, substituindo aquele acusatório na exata medida em que o poder totalitarista expandia sua força.

Marco Antonio de Barros (2002, p. 57) bem dispõe:

Cuidava-se de um procedimento muito mais útil aos interesses dos governantes totalitários daquele período, pois, pelo sistema da *cognitio extra ordinem*, podiam os magistrados imperiais invadir a esfera de atuação do acusador particular, o que vai dar ensejo à criação do procedimento *ex officio*, aliás muito proveitoso para consumir as perseguições políticas da época. Daí a rápida ascendência desse novo procedimento e o conseqüente enfraquecimento das *quasetiones*, visto que, enquanto estas permaneciam submissas ao modelo acusatório, aquela obedecia aos ditames do procedimento inquisitório.

<sup>8</sup> Do original: “*la ciudadanía debió abandonar necesariamente su función representativa de la comunidad a manos del emperador y sus delegados*”.

<sup>9</sup> Do original: “*Con el procedimiento extraordinario, que era constituido por tribunales que actuaban por delegación del Emperador, el que lo hacía personalmente en casos importantes y cuyo poder jurisdiccional estaba por sobre la ley*”.

Pode-se dizer ser bastante lógico o fato de que, com a vinda de um Imperador, conferisse-se um instrumento que lhe aumentasse sua intervenção e, conseqüentemente, diminuísse o papel das partes. Inerente a tal período, a concentração de poder nas mãos de um só poderoso.

Pelo analisado no presente tópico, resta nítido o movimento pendular quanto aos poderes instrutórios do magistrado romano, conferindo-se, período a período, maior ou menor força, na inversa proporção, aliás, que se conferiam poderes aos cidadãos romanos.

### **2.3 Análise histórica germânica**

De partida, curial a compreensão da dificuldade de análise da história germânica, no que toca à atividade do julgador, procedimentos, e poderes que lhe eram definidos. Tal fato dá-se, precipuamente, pelo traço oral deste povo (Nilo Batista, 2002, p. 33).

John Gilissen (2003, p. 162-164), na mesma esteira assevera o caráter consuetudinário do direito germânico, marcado pela variedade de costumes, vivendo cada grupo (clã), à sua maneira, com suas próprias tradições. Não obstante, cediço a preocupação com a ruptura da paz e conseqüentes manobras visando à restauração da paz do clã.

Interessante era a ideia da reação à quebra da paz, na qual o infrator deixava de gozar da proteção jurídica da comunidade, restando à mercê da coletividade. Sobredita reação, calha aduzir, notadamente pela influência consuetudinária, findava-se não somente por um julgamento realizado por um magistrado, como, igualmente, por representantes do clero, da nobreza, bem como, dos nobres. (BARROS, 2002, p. 60)<sup>10</sup>.

Num primeiro momento de análise germânica, vigorava o procedimento acusatório privado. Neste, não se dividiam as searas penais e civis, de modo que o ponto fulcral de análise era a já citada quebra da paz. Pelo temor acarretado pela conduta do agente e perturbação que este criada, a pena imposta poderia chegar à morte, de cunho nitidamente vingativo.

---

<sup>10</sup> Insta frisar que, quantos aos nobres, estes tinham “competência” para o julgamento dos atos praticados por seus escravos contra outros, ou ainda, contra seu senhorio. (BARROS, 2002, p. 60).

Com o passar do tempo, paulatinamente, houve uma mudança no cenário asseverado alhures, donde as penas aplicadas adjetivavam-se de caráter vingativo e desproporcional. Passou-se a admitir a figura da compensação, que se consubstanciava em uma reparação de cunho econômico feito à vítima pelo agressor. Por claro, porém, tal possibilidade restringia-se a certos crimes – frise-se, não aqueles mais graves (MAIER, 2004, p. 264-266).

Neste momento, imprescindível trazer à colação, notadamente frente ao tema do presente trabalho, o fato de que a carga probatória conduzia-se em sentido diametralmente distinto do aceito pela maioria das civilizações ocidentais. É dizer, compelia ao réu – e não ao autor – demonstrar cabalmente sua inocência, sob pena de ver-se condenado, o que, no mais das vezes, ocorria pelo próprio juramento (VÉLEZ MARICONDE, 1956, pp. 51-55).

Na seara do julgamento, que era realizado por um tribunal presidido por um Magistrado (que guiava os debates), bem como, por pessoas capazes de guerrear, ocorria debates, novamente assentando o caráter oral do procedimento germânico, oxigenado pela publicidade e contraditório. Neste, em uma reunião de atos claramente ligados ao misticismo, impera trazer o escopo da prova, que representava verdadeira “guerra” entre as partes, pela qual, “por atos sacramentais, cada um deles dava maior força as suas afirmações sobre o direito que invocava”. (Augusto Jobim do Amaral, 2011, p. 35)

Compreendem-se, outrossim, por influência religiosa, que o juramento<sup>11 12</sup> e os conjugadores consubstanciavam nos primordiais meios de prova. O primeiro, a seu turno, conduzia à essência da doutrina germânica: a misericórdia divina (BARROS, 2002, p. 60); o segundo, importava no ato de testemunhas as quais deliberavam acerca do merecimento do ato, bem como, reputação das partes envolvidas (MAIER, 2004, p. 265).

Ainda com supedâneo na divindade que guiava o processo germânico, curial destacar a figura das ordálias (Juízos de Deus), as quais importavam em

---

<sup>11</sup> O juramento teve seu nascedouro na Índia e Grécia, sendo, *a posteriori*, incorporada pelos germânicos, conectando-se claramente à ideia da Justiça Divina, e, em consequência, de que o perjúrio seria drasticamente punido. Tinha ainda um caráter garantista – na medida em que conferia sustentabilidade a uma conduta futura –, além da característica ordinariamente conhecida, donde se aclara algo pretérito. (BATISTA, Nilo, 2002, p. 45-46)

<sup>12</sup> Cabível trazer à colação que, no direito pátrio, o juramento adjetivou-se como cerne da credibilidade acusatória, conforme se denota pela dicção do art. 78, do Código de Processo Criminal, de 1832: “as queixas e denúncias devem ser (...) juradas pelo queixoso e denunciante”.

métodos, ao mínimo desproporcionais, com fito da obtenção da “verdade”. Nestas, compelia-se o acusado a realizar atos de sacrifício, asseverando-se que, caso saíssem vivos, seriam inocentados, o que faziam sob a alegação de que Deus resguardaria o inocente, jamais permitindo seu prejuízo (BARROS, 2002, p. 60-62).

Malatesta (1996, p. 261), traz à baila alguns exemplos destas práticas:

Obrigava-se, por exemplo, o acusado a colocar sua mão em contato com um ferro incandescente ou mergulhá-la em água fervendo; aquela mão era, em seguida, colocada num pequeno saco e fechado. Se depois de três dias, descobrindo-se a mão, houvesse vestígios de queimadura, o acusado seria imediatamente declarado culpado; se a mão se achasse ileso, era declarado inocente; A inocência ou culpa era, assim, averiguada por meio do fogo ou da água fervente, provas indiretas *juris et de jure*.

Quanto aos poderes conferidos aos julgadores, cabível notar, desnecessário era sua concessão ilimitada, pois, se de um lado havia as ordálias, que guiavam presunções absolutas, doutro, havia a figura da confissão, a qual era igualmente indiscutível. Somado a tais figuras, o próprio sistema de distribuição do *onus probandi*, conforme já asseverado, no qual competia ao acusado provar sua inocência, bastava à acusação e ao julgador a inércia, de modo que ao acusado era dada a árdua tarefa de provas sua inocência.

A decisão proferida era ato inerente ao tribunal popular, que a propunha ao julgador, incumbindo-lhe a tarefa de aprová-la ou impugná-la, reabrindo, por assim, o contraditório. Com o passar dos anos, já no século VIII (período franco), traz consigo o papel real na condução do processo (seja pessoalmente, seja por meio de um conde). Não obstante, o tribunal permanecera composto por membros do povo.

#### **2.4 A Atividade Instrutória no Direito Canônico – O Modelo Inquisitivo**

Paulatina e lentamente, ainda no bojo do Império Romano, vê-se o aumento de importância da política no reino, o que ocorrera, em muito por conta do próprio cristianismo e na divisão entre poderes da Igreja e realeza (John Gilissen, 2003, p. 165-181). O ganho de terreno inerente ao crescimento do cristianismo, no futuro, aliás, causaria verdadeira ruptura com o sistema germânico outrora vigente, de nascedouro popular.

Drástica é a mudança de paradigma vinda com o cristianismo, donde se analisa o homem não pelo “simples” fato de sê-lo, mas sim, por ser produzido à semelhança de Deus. Desta feita, deixa o homem de ser visto como mero indivíduo, ganhando contornos de ser espiritual na Terra. Destarte, a doutrina do cristianismo valoriza sobremaneira a figura humana.

Na esteira deste entendimento, Marco Antonio de Barros (2002, p. 62) aduz que “a doutrina cristã funda-se na valorização do homem na medida em que o define como tendo sido criado à imagem e semelhança de Deus”. Tal razão, ainda, serve como supedâneo lógico para a busca ao rompimento com os métodos para busca da verdade (*verbi gratia*, ordálias), bem como, da aplicabilidade de penas temerárias, desproporcionais.

Vicente Greco Filho (1998, p. 26) vai além e confere como características da evolução do cristianismo, o acultramento da população e o fortalecimento da religião, notadamente pelos estudos teológicos, fatores os quais importaram o domínio dos princípios do processo penal medieval à Igreja. Nesta senda, aduzia-se que, se o poder deriva de Deus, os traços marcantes devem ser ditados pelo que estabelecido pela Igreja.

Por assim, era o processo guiado pela inquisição (não obstante a presença de um acusador); o processo era reflexo do texto bíblico e demais documentos encartados pela Igreja; a jurisdição, exercida por membros do clero. Via-se clara influência do Direito Romano no âmago do Canônico (bem como, o inverso), nesta esteira, documentos não eliminados pelos bárbaros serviram de base à Igreja, no momento da criação dos institutos (BARROS, 2002, p. 63).

Exemplo do modelo inquisitivo, impregnado pela Igreja Católica, a partir do século XIII, fora não somente a possibilidade de impulsão processual *ex officio* ou a condução deveras rasa realizada pelos magistrados, mas, precipuamente, a utilização da tortura<sup>13</sup> como meio de prova (BARROS, 2002, p. 63-64).

Como forma de frear tamanha discrepância existente neste sistema, no bojo do período em destaque, editara-se o modelo de jurisdição da Sicília, de Frederico II (posteriormente à Carta Magna). Nesta, criaram-se tribunais permanentes – vale frisar, não escolhidos pelas partes –, na mesma esteira,

---

<sup>13</sup> Curiosamente, segue o autor em análise, limitava a prática da tortura à impossibilidade de ocorrência de mutilações ou morte daquele que se via alvo desta prática. Argumentavam-se tais balizas na dignidade da pessoa humana. (BARROS, 2002, p. 63-64)

conferiu-se às partes igualdade de tratamento, fossem pessoas abastadas, fossem pessoas das mais baixas classes. Por nítido, tal implementação não fora simples, nem, ao menos, abrupta; diversamente, não atingira o resultado prático que buscava (GREGO FILHO, 1988, p. 29).

Aury Lopes Junior (2005, p. 266-267) destaca que o elemento catalisador da explosão do procedimento inquisitivo fora a busca pela “verdade real”<sup>14</sup>, sob o argumento de que esta, inerente ao processo penal, é mais robusta, forte, sólida. Dizia-se esta ser inerente ao processo penal, dado o direito material que este persegue, a dizer, a liberdade do indivíduo (enquanto que o processo civil labuta, em regra, por direitos passíveis de renúncia).

Aditara-se, em 1542, a *Licet ab initio*, formulando-se a Congregação do Santo Ofício, que se compunha de seis cardeais com plenos poderes para instruir e conclusão os processos de heresia, sendo o julgamento reservado aos membros do clero. *A posteriori*, porém, esta última tarefa fora dividida entre os Tribunais Eclesiásticos e os Tribunais Seculares (o que mostra com hialina clareza a força da Igreja).

Tal mudança fez com que as heresias fossem tidas como crimes “lesa-majestade”. Nesta senda, aduz NASPOLINI (2008, p. 235):

Em matéria penal, era de competência dos Tribunais Eclesiásticos processar e julgar todas as pessoas que praticassem alguma infração contra a religião (heresia, apostasia, simonia, sacrilégio, bruxaria, etc.), bem como o adultério e a usura. No apogeu da Inquisição os Tribunais Seculares da Europa ganharam jurisdição sobre tais crimes, suplementando os Tribunais Eclesiásticos como instrumentos judiciais da perseguição.

Denota-se, por assim, uma fusão entre os conceitos de pecado e crime. Tal fusão, aliás, consubstanciou-se como pedra de toque às “perseguições, ampliando o rol dos culpáveis, englobando em suas tipificações, além da criminalidade comum, qualquer oposição que criticasse o saber oficial” (CARVALHO, 2008, p. 253). De se notar que tal poder inadmitia qualquer outro que lhe fizesse frente, classificando-o como herético.

Acerca deste conglomerado então existente entre Estado e Igreja, Salo de Carvalho (2008, p. 254) explicita:

---

<sup>14</sup> As questões inerentes à verdade real serão tratadas no Capítulo 05 da presente obra.



Parece claro e incontroverso o imbricamento de Estado e Igreja neste momento histórico. Aliás, a própria conotação atual de crime se dá ao tipo de criminalidade da época pré-iluminista – crimes de lesa-majestade divina difundidos pela Escolástica – demonstra as fragilidades e suspeitas de um judiciário completamente vinculado ao poder e aos interesses da elite econômica e intelectual da época: a Igreja.

A Igreja que, *ab initio*, ventilou a ideia do ser humano como imagem e semelhança de Deus, o que fundamentara a impossibilidade de penas desproporcionais, dava marcha a atrocidades imensuráveis, notadamente na vigência do Tribunal do Santo Ofício. Barros (2002, p. 66), brevemente, aduz:

Causou repulsa a adoção desses métodos desumanos, que, durante várias centúrias, foram impingidos aos acusados em geral, sob o argumento de que era preciso tomar mais firme e positiva a repressão do Estado. Com efeito, o emprego de tais meios cruéis, sob o frágil argumento de que visavam facilitar a apuração da verdade no processo criminal, jamais encontrou esteio moral que o justificasse.

Via-se, portanto, verdadeira disparidade entre os mandamentos da Igreja, os quais, *in limine*, aduziam a premente necessidade de punição àqueles que, de alguma forma, infringiam as normas que, indiretamente, esculpam-se à luz dos dogmas de Deus, e em via de consequência, da própria Igreja; para, *a posteriori*, destituir o cidadão de qualquer arremedo de sua dignidade.

Tal dicotomia, frise-se, já fora percebida pelos ingleses, o que se comprova pela instituição dos Direitos do Homem, na Carta Magna de João Sem Terra, datada de 1.215 (GRECO FILHO, 1988, p. 27). Tal povo, de maneira perspicaz, considerou imprescindível a cisão entre o plano terreno e o espiritual, expondo que, em verdade, ambas coexistem, porém, não se confundem.

Desta sorte, tal cenário perdurou, na Europa, até, aproximadamente, entre os séculos XVIII e XIX<sup>15</sup>, quando, pela Revolução Francesa e os ideais iluministas que a oxigenavam, viu-se o enfraquecimento do modelo inquisitivo.

## 2.5 O Período (“Pré-Pós”)-Revolução Francesa

Em que pese o nascedouro da discussão dos poderes dos magistrados, no âmago do território francês, em praticamente nada se diferenciam

---

<sup>15</sup> Em verdade, como bem elucida Salo de Carvalho (2008, p. 254), já no final do século XV, iniciou-se um movimento de laicização, no qual se pensava no rompimento entre instituições religiosas e jurídico-políticas. Fenômeno este que se dá o nome de secularização.

do já tratado no presente trabalho, muito por conta da influência romana (dada sua invasão e conseqüente aculturação), sobretudo pela própria incidência/influência do cristianismo. Merece destaque o período que circundou a Revolução Francesa, de 1.789.

O que antes confluía com o restante da Europa cristã do século XIII, *verbi gratia*, o sistema inquisitivo, com banimento do ideal de acusação, de cunho secreto e sem participação defensiva do réu, passou, na França, a ser influenciado pelo período que antecederia à Revolução Francesa, ou seja, os ideais de liberdade. (BARROS, 2002, p. 73).

Em verdade, teses de Voltaire<sup>16</sup>, no período que antecera a Revolução Francesa, discutiam as questões penais da época, expondo suas fraquezas e, por assim, iniciando seu processo de queda (HÉLIE, M. Faustin, 1845, p. 387-296). Tinham como mote primordial a intolerância às costumeiras práticas sanguinárias (CARVALHO, 2003, p. 44-47).

Tais ideais, por certo, foram responsáveis por desencadear inúmeras revoltas na sociedade, atingindo seu ponto de máxima na própria Revolução Francesa. Esta fora, em verdade, ponto de partida para novos traços e delimitações processuais, notadamente quanto às garantias do acusado.

Outrora tido como fulcral elemento probatório, a tortura passou a ser condenada por vozes quase uníssonas. Beccaria (2003, p. 37-43) compreendia-a como elemento criador de injustiças, dando azo à impunidade daqueles que a resistissem e, de outra banda, configurando-se como pedra de toque daqueles não a suportassem e, ainda que inocentes, “confessassem”.

O autor em referência questionava a utilização da tortura como instrumento de pseudo-sensação de paz social, na medida em que, ao menos aparentemente, dava à sociedade uma resposta quanto ao culpado. Aduzia a sede por uma aparente descoberta, ainda que mediante tal prática, ao delito seguir sem solução<sup>17</sup>.

Por assim, indubitável é o auxílio do posicionamento científico e filosófico do período da Revolução Francesa, em sério conflito aos ideais (já questionados) impregnados pelo cristianismo (CARVALHO, 2008, p. 257).

---

<sup>16</sup> Voltaire realizara, no período entre 1762 a 1777, quatorze trabalhos acerca da estrutura penal da época.

<sup>17</sup> Insta salientar que a tortura teve incidência durante o período da Revolução Francesa. A mudança de ideias, forçoso concluir, fez com que, paulatinamente, fosse sendo cada vez menos utilizada. (MAIER, 2004, p. 297).

Elemento de extrema importância neste período fora a aplicação do tribunal do júri, utilizado em substituição às ordálias (e demais métodos que visavam à busca da verdade real). Neste esteio, em que pese o júri tenha seu nascedouro no direito anglo-saxão, cediço que sua aplicação dava-se, sobretudo por pressões populares. Outrossim, fora na França que tal instituto se desenvolveu e se consolidou de maneira escoreita (GRECO FILHO, 1998, p. 23).

Tourinho Filho (2011, p. 118) comenta as alterações inerentes ao período em destaque:

O processo penal que sucede à Revolução sofre modificação. Adota-se um sistema misto de inquisitivo e acusatório. Havia três fases no processo: a da Polícia Judiciária, a da instrução e a do julgamento (“*de la policie judiciaire, de l’instruction et du jugement*”).

Aury Lopes Junior (2005, p. 168-169) assevera a criação do Ministério Público, como ente responsável à tutela dos interesses sociais e do Estado. Em via oblíqua, cingiam-se as figuras de acusador e julgador, de modo que tais funções eram bem delineadas e distintas. Na mesma seara, ainda, conforme aduz Tourinho Filho (2011, p. 118), apresenta-se a tendência de retirar do ofendido o cunho de acusador. É dizer, àquele restava a atribuição de impulsionar a ação civil *ex delicto*, e, ao Ministério Público, diversamente, incumbia a promoção da ação penal.

### 3 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Vencida a etapa anterior, na qual se discutiram os poderes inerentes aos magistrados em algumas das sociedades de maior relevo na História, imprescindível é a análise dos sistemas processuais penais, para, no desenvolver do presente trabalho, compreender pela (im)possibilidade de movimentação do magistrado no íterim processual.

Nesta senda, analisar-se-ão os sistemas processuais penais clássicos, buscando, na medida do necessário, colacionar pontos específicos para reflexão do leitor.

*Ab initio*, não é demais, ainda que brevemente, traçar o conceito de “sistema”. Em verdade, uma análise do termo em voga é de extrema importância no estudo acerca dos poderes instrutórios inerentes ao magistrado, bem como, facilita na maior e melhor compreensão deste tema.

Etimologicamente, “sistema”, do grego, *synítemi*, importa em “estar junto de”; no latim, o termo deriva de *systema, sustematis*, que se compreende como reunião (ANDRADE, Mauro Fonseca 2008, p. 28). Nesta esteira, tem-se, ainda que embrionariamente, que o “sistema”, seja qual for, guiará de maneira harmônica determinado assunto ou fragmento de assunto, devidamente oxigenado de preceitos unidirecionados.

Jacinto Coutinho (2000, p. 03) aduz que sistema consubstancia-se em “um conjunto de temas colocados em relação por um princípio unificador, que forma um todo pretensamente orgânico, destinado a uma determinada finalidade”.

No mesmo sentido, Claus Roxin (2000, p. 03) compreendia na criação de sistemas um trunfo na melhor compreensão dos temas, em todos seus detalhes, dado o aprofundamento que este permite:

Deve ser e permanecer uma ciência definitivamente sistemática: pois só a organização dos conhecimentos num sistema garante um domínio claro e sempre manuseável de todos os detalhes, domínio sem o qual a aplicação jurídica nunca passará de diletantismo.

No tema em tela – sistemas processuais penais – notar-se-á que tal harmonia conceitual prevalecerá em todos os sistemas analisados, ainda que, dentre os sistemas, haja claras diferenciações.

Marcos Alexandre Coelho Zilli (2003, p. 34), na mesma toada, conceitua “sistemas processuais”:

(...) partindo de um exame quanto aos pontos de similaridade entre várias relações, podemos agrupá-las, de acordo com determinados critérios, em espécies de bolsões que nada mais serão do que os sistemas. Sistemas processuais penais são, pois, campos criados a partir do agrupamento de unidades que se interligam em torno de uma premissa. Funcionam como uma indicação abstrata de um modelo processual penal constituído de unidades que se relacionam e que lhe conferem forma e características próprias.

Inerente às estruturas jurídicas, o sistema possui certa carga de elementos variáveis, isto é, elementos os quais retiram do bojo do sistema o caráter de concretude, conferindo-lhe capacidade de se moldar na evolução da própria sociedade, sem, contudo, perder o caráter de sistema. Cediço que a sociedade se modifica, e, por derivação, pressiona o Direito à ela se moldar. Outrossim, a depender de um teor de mudança – a dizer, um menos acentuado – as mudanças ocorrem sem retirar características inerentes ao determinado sistema.

Não se nega, porém, que há elementos que compõem o “núcleo” do sistema, os quais, não se alterarão, sob pena de o próprio sistema se alterar, elementos sem os quais o próprio sistema não existiria. O que se pretende frisar é que há outros que, por não essenciais à estrutura sistêmica, ora estão em seu âmago, ora se veem ausentes, auxiliando sobremaneira em sua aplicação – dada sua maleabilidade – em determinado período.

Na esteira deste entendimento, Mauro Fonseca Andrade (2008, p. 465) aduz que sistemas processuais compreendem “subsistemas jurídicos a partir da reunião, ordenada e unificada, de elementos fixos e variáveis de natureza processual penal”.

De clareza solar, portanto, a conexão entre o sistema processual penal e o processo penal, é dizer, fulcral à compreensão daquele é a análise sobre a perspectiva que determinada sociedade tem do direito processual que lhe é inerente. Nestes termos, Alberto Binder (2000, p. 60), aduz:

Na verdade, todo o sistema processual em um todo gira ao redor da ideia e da organização do julgamento. Por assim, só será possível compreender plenamente um sistema penal se visto a partir da perspectiva do processo penal<sup>18</sup>.

Segue o autor em comentário (ANDRADE, 2008, p. 465) e esclarece a função do sistema penal para a sociedade que o adjetiva; delibera, por assim, pela premente função auxiliadora no que toca os ideais de política criminal, conferindo, pela sua natureza, o grau de interferência do magistrado no desenvolver processual:

(...) seja qual for o sistema adotado por um país, seu processo sempre exercerá a função de promover a paz social, cuja perturbação está intrinsecamente ligada ao que o poder dominante entenda justamente por paz social.

(...) não se pode confundir a função social exercida pelo processo penal com a função atribuída aos sistemas processuais penais. Enquanto ao processo cabe promover a paz social, os sistemas processuais atuam como um instrumento fundamental do auxílio ao legislador, à hora de estabelecer a política criminal, em âmbito processual, que vigorará em seu país.

(...) A função dos sistemas processuais penais é servir como um instrumento de auxílio do legislador, à hora de estabelecer a política criminal em âmbito processual. Eles são responsáveis por determinar o grau de eficiência da repressão criminal, o grau de imparcialidade do juiz e o grau de técnica da persecução penal.

De se compreender, por assim, o papel dos sistemas, auxiliando sobremaneira no próprio desenvolver do processo, na medida em que equaliza o grau de integração do magistrado no bojo do caso que lhe é apresentado. Justamente por este papel, Aury Lopes Junior (2013, p. 106-107) assevera a influência que o contexto histórico e social tem no desenvolver do sistema e dos elementos que o compõem; um período de maior violência clama, nitidamente, pela criação de instrumentos que objetivem diminuí-la.

Comunga do mesmo posicionamento James Goldschmidt (1935, p. 67): “os princípios da política processual de uma nação não são outra coisa que segmentos de sua política estatal em geral”<sup>19</sup>.

Dada às premissas acerca do conceito de “sistema”, bem como, de “sistema processual penal”, cabe analisar, no próximo momento, as espécies apresentadas pela doutrina clássica.

<sup>18</sup> Do original: “En realidad, todo el sistema procesal en su conjunto gira alrededor de la Idea, y la organización del juicio. Por otra parte, solo será posible comprender cabalmente un sistema penal si se lo mira desde la perspectiva del juicio penal”.

<sup>19</sup> Do original: “Los principios de la política procesual de una nación no son otra cosa que segmentos de su política estatal en general”.

### 3.1 Sistema Inquisitório

Conforme se analisou no Capítulo anterior, o sistema inquisitório (também conhecido como sistema inquisitivo) fora se fixando – após altos e baixos – durante a Idade Média, notadamente com a Inquisição Católica. Fora a antítese do sistema acusatório Greco-romano, o qual, sob o *standard* da democracia, conferia poderes às partes que, conforme se analisou, com o desenvolver dos tempos, tornaram-se inócuos.

Tal sistema, pioneiro na Inquisição da Igreja Católica, acabou por influenciar legislações de outros países europeus. Nesta senda, Geraldo Prado (2001, p. 108):

A jurisdição eclesiástica a princípio destinava-se ao julgamento dos membros da igreja, porém, conforme acentuou-se o poder temporal desta última, resvalou para a sua competência uma enorme gama de infrações penais contrárias, mesmo que distantemente, aos interesses da Igreja.

O fortalecimento do período absolutista, porém, no começo do século XV, freou e reduziu sobremaneira a jurisdição eclesiástica, sob a máxima *fórum delicti commissi*, segundo a qual, o “foro é o lugar em que o ilícito ocorreu”. Outrossim, tal poder julgador passou a ser inerente ao monarca, que tinha, ainda, poder para delegar tal função a terceiros de sua confiança (GONZAGA, João Bernardino, 1994, p. 60)

Desta forma, a partir do século XV, o sistema em voja enraizava-se por toda Europa Continental. Neste esteio, na Alemanha, a inquisição ganha sustentação por meio de dois diplomas, a dizer, *Constitutio Criminalis Bambergensis* (1507) e *Constitutio Criminalis Carolina* (1532). Assevera-se, no entanto, que mesmo com a vinda do sistema em tela, nas terras germânicas, algumas das práticas inerentes à inquisição não eram admitidas, como, por exemplo, a prática da tortura. (JESCHECK, 1993, p. 84).

Na França, tal início deu-se na Ordenação de 1254, oxigenada no Direito Romano-Canônico, tendo amparo, ainda, de outras legislações, como a Ordenação Prévia de 1535, e a Ordenação Criminal de 1670 (PRADO, Geraldo, 2001, p. 102).

Imprescindível colacionar o fato de que na Espanha a inquisição ganhou notado relevo, muito por conta das crueldades que lá ocorriam. Na esteira deste entendimento, fora na Península Ibérica que nasceu o Tribunal da Santa Inquisição, instrumento avaliado, por muitos, como o mais violento e cruel da época. (CORA, 2006, p. 187-200)

Ricardo Juan Cavallero (2003, p. 46), analisa o sistema inquisitivo espanhol:

A Inquisição espanhola é um tribunal especial criado pela monarquia, com legitimidade eclesiástica, para lidar com casos de heresia, um crime de alta traição, a mais grave das quais poderia ser comprometida, e que foi contra Deus, a mesma fonte poder, assim também o afetava Estado<sup>20</sup>.

Relembra Frederico Marques (1980, p. 56) as razões pelas quais o sistema acusatório ruiu, dentre as quais, a proteção excessiva do acusado na medida em que havia punições gravosas àqueles que realizavam denúncias caluniosas; o fato de uma pessoa (setor privado) dar início à acusação e, por consectário lógico, realizar o bojo probatório, fizeram com que o sistema acusatório, paulatinamente, desse espaço para o sistema objeto do presente tópico: o sistema inquisitório.

Pelas razões alhures, compreende-se no sistema inquisitório a reunião dos poderes de perseguir, acusar e decidir, naquele que se denomina “inquisidor” (ZILLI, Marcos, 2003, p. 38). Desta feita, simples notar o agigantamento da figura do Estado no âmago da perseguição penal, conferindo-lhe grandes poderes, em detrimento da restrição considerável de atividades do acusado.

Acerca deste sistema, Mauro Fonseca Andrade (2008, p. 466):

(...) é o sistema processual penal mais antigo entre os três conhecidos. Surgiu para salvaguardar os interesses persecutórios do poder central, ampliando o leque de opções para abertura do processo repressivo, prescindindo da iniciativa popular.

Foucault (2007, p. 32), elucida características do sistema inquisitivo, e assevera:

---

<sup>20</sup> Do original: “*La inquisición española constituye un tribunal de excepción creado por la Monarquía, con legitimación eclesiástica, para entender en los casos de herejía, un delito de lesa majestad, el más grave de los que se podían cometer, ya que atentaba contra Dios, fuente misma del poder, por lo que afectava también al Estado*”.



Todo processo criminal, até a sentença permanecia secreto: ou seja opaco não só para o público mas para o próprio acusado. O processo se desenrola sem ele, ou pelo menos sem que ele pudesse conhecer a acusação, as imputações, os depoimentos, as provas.

Com o escopo de obter a famigerada “verdade real”, voltava-se contra o acusado com todas as formas possíveis, de maneira que não lhe era dado ter acesso às peças processuais, às identidades daqueles que os denunciavam; impossível ter até mesmo um advogado (Foucault, 2007, p. 32).

Pela busca desenfreada pela verdade real, tem-se no acusado figura que se consubstancia em mero objeto, o que dá azo ao inquisidor realizar todo e qualquer ato com finalidade de retirá-la. Não por outra razão que a heresia era drasticamente punida, pois ela obstaculizava a obtenção da referida verdade.

Por assim, não há outra conclusão que não uma luta desigual entre o acusador e o acusado, sendo aquele sempre em situação de vantagem sobre este. Este ponto, aliás, é ressaltado por Lopes Junior (2008, p. 61), fazendo comparação com o sistema acusatório:

O que era um duelo leal e franco entre acusador e acusado, com igualdade de poderes e oportunidades, se transforma em uma disputa desigual entre o juiz-inquisidor e o acusado. O primeiro abandona sua posição de árbitro imparcial e assume a atividade de inquisidor, atuando desde o início também como acusador. Confundem-se as atividades do juiz e acusador, e o acusado perde a condição de sujeito processual e se converte em mero objeto da investigação.

Inerente ao quadro que se apresenta é o rompimento com as liberdades processuais, sobretudo o contraditório, o que faz com que se retire do processo toda garantia inerente ao acusado, que se afigura em posição inferior no bojo do processo.

Ao lado disso, conferia-se ao magistrado liberdade irrestrita para condução do processo. A produção probatória ocorria na medida em que o inquisidor compreendesse necessário, sem que ao acusado fosse sequer dada a oportunidade de se manifestar.

Importante delimitar as características dos sistemas, elementos que se configuram como seus núcleos, pois, em verdade, é da análise dos princípios formadores de cada sistema que se concluirá pela sua modalidade (a dizer, se acusatória, se inquisitória) (Lopes Junior, 2013, p. 111).

Em relação ao sistema ora analisado, tem-se seu princípio guiador, o inquisitivo, “já que a gestão da prova está, primordialmente, nas mãos do juiz”. (CHOUKR, 2011, p. 128)

O autor supracitado compreende, portanto, a análise da gestão das provas como ponto de máxima na interpretação do sistema. Assim, aduz:

A característica fundamental do sistema inquisitório, em verdade, está na gestão da prova, confiada essencialmente ao magistrado que, em geral, no modelo em análise, recolhe-se secretamente, sendo que a vantagem (aparente) de uma tal estrutura residiria em que o juiz poderia mais fácil e amplamente informar-se sobre a verdade dos factos – de todos os factos penalmente relevantes, mesmo que não contidos na acusação –, dado o seu domínio único e onipotente do processo em qualquer de suas fases. (CHOUKR, 2011, p. 128)

Importante destacar, quanto à gestão da prova, a preocupação (e certa dicotomia) existente na figura da confissão que é trazida à baila por Foucault (2007, p. 32). Tal dicotomia dá-se pela ciência de que muitos confessam algo que não cometeram, o que enseja a existência de indícios complementares, ao passo que, mesmo diante deste conhecimento, caso qualquer prova conflite com a confissão, esta prevalecerá em face daquelas.

Outrossim, conclui o autor em voga:

Essa dupla ambiguidade da confissão (elemento de prova e contrapartida da informação; efeito de coação e transação semivoluntária) explica os dois grandes meios que o direito criminal clássico utiliza para obtê-la: o juramento que se pede ao acusado antes do interrogatório (ameaça por conseguinte de ser perjuro diante da justiça dos homens e diante de Deus; e ao mesmo tempo, ritual de compromisso); tortura (violência física para arrancar uma verdade que, de qualquer maneira, para valer como prova, tem que ser em seguida repetida, diante dos juízes, a título de confissão “espontânea”) (FOUCAULT, Michel, 2007, p. 34-35)

Vicenzo Manzini (1951, p. 52) destaca como outra característica do sistema inquisitivo a existência de duas fases<sup>21</sup> bem delimitadas, as inquirições geral e especial. Neste norte, segundo o autor, a primeira consubstanciava-se em analisar a materialidade delitiva, bem como, autoria do crime. Era, por assim, verdadeira face antecedente e preparatória para a inquirição especial, a qual cumpria conferir a condenação e aplicação da pena.

---

<sup>21</sup> Tourinho Filho (2011, p. 123), diversamente, destaca a existência de três fases no processo inquisitorial: investigação preliminar, instrução e julgamento.

Reflexo da verdade real, mote do sistema inquisitivo, é a prisão processual como regra neste (PRADO, Geraldo, 2001, p. 99). Nesta senda, a reclusão do acusado compreendia-se necessária para que este não causasse embaraços à sua busca. Diligenciava-se no sentido de que, uma vez solto, em comunicação com o “mundo exterior”, o acusado reuniria melhores condições de desvirtuar os caminhos do processo.

Não obstante, o recolhimento do acusado dava sustentação à prática de instrumento feroz na busca da famigerada “verdade real”: a tortura, seguida por interrogatórios intermináveis. (EYMERICO, Nicolau. 2001, p. 15-16)

Pela reunião das características em voga, Juan Monteiro Aroca (1997, p. 28) conclui que “o denominado processo inquisitivo não foi e, obviamente, não pode ser um verdadeiro processo. Se este se identifica como *actum trium personarum*, em que ante um terceiro imparcial comparecem duas partes parciais”.

Em posição diametralmente oposta, porém, Paulo Rangel (2008, p. 49), assevera que o processo inquisitorial deve ser compreendido como processo, pois “utilizado pelo Estado como instrumento de solução para o caso penal, que adota o sistema da inquisição, onde as garantias constitucionais não são asseguradas ao acusado por confusão entre autor e julgador”.

Comunga do posicionamento de Rangel, Geraldo Prado (2001, p. 97), e aduz:

Embora hoje a Inquisição seja vista com todas as reservas, cumpre demarcar que na sua época representou a luz da racionalidade, confrontada com a irracionalidade das ordálias ou juízos de Deus, que substitui, enquanto sistema de perseguição da verdade, pela busca da reconstituição histórica, procurando, tanto quanto possível, reduzir os privilégios que frutificavam na justiça feudal, fundada quase exclusivamente na força e no poder de opressão dos senhores feudais sobre os demais que a rigor se sujeitavam a medidas punitivas discricionárias, impostas pelos mencionados senhores feudais.

Por assim, tem-se que o sistema inquisitivo desenvolveu-se, *data maxima venia*, posicionamentos opostos, por um processo, com características próprias, notadamente a concentração de atividades nas mãos do inquisidor, bem como, sigilosidade, ausência de garantias atualmente estampadas em nosso ordenamento, com o acusado sendo subjugado a mero objeto de investigação, com grande influência da verdade real, que importava em imensa discricionariedade do magistrado, tendo como prova maior a confissão do acusado.

### 3.2 Sistema Acusatório

Conforme analisado no Capítulo anterior, o sistema acusatório fundou-se à luz da democracia Grega. Em verdade, o mote inerente à época, qual seja, a democracia, fixou a necessidade de participação do povo para aforar uma demanda penal.

Asseverou-se, ainda, que, após a assunção do sistema inquisitivo, o sistema acusatório reassume papel preponderante no processo penal, o que se dá no final do século XVIII. Não obstante seu renascimento, este assume novas acepções, parâmetros, conceitos e adaptações. (Lopes Junior, 2008, p. 56-57)

Quanto à dicotomia entre os dois momentos Históricos em que se desenvolveu o sistema acusatório, Ambos e Lira (2009, p. 9), destacam o que pioneiro (período grego) consubstanciava-se no modelo “acusatório puro”, dado a imprescindível participação de pessoa do povo para dar início à ação penal. Sem embargos, já nesta primeira etapa, não se permitiam denúncias anônimas, nem ao menos provas ilícitas, punindo denúncias caluniosas, primando pelo contraditório e ampla defesa.

No período grego, conforme já asseverado, após a acusação de um popular à autoridade competente, havia verdadeira análise de sua admissibilidade; após, destacava-se uma data para audiência, bem como, conferia publicidade<sup>22</sup> à queixa. (AMBOS; LIRA, 2009, p. 10-11)

Quanto às características deste sistema, Lopes Junior (2008, p. 57) aponta:

a) a atuação dos juízes era passiva, no sentido de que ele se mantinha afastado da iniciativa e gestão da prova, atividade a cargo das partes; b) as atividades de acusar e julgar estão encarregadas a pessoas distintas; c) adoção do princípio *ne procedat iudex ex officio*, não se admitindo a denúncia anônima nem processo sem acusador legítimo e idôneo; d) estava apenado o delito de denúncia caluniosa, como forma de punir acusações falsas e não se podia proceder contra réu ausente (até porque as penas são corporais); e) acusação era por escrito e indicava as provas; f) havia contraditório e direito de defesa; g) o procedimento era oral; h) os julgamentos eram públicos, com os magistrados votando ao final sem deliberar.

---

<sup>22</sup> Uma vez pública a acusação, qualquer do povo poderia sustentá-la, bem como, atuar na defesa do acusado.

Vencida o primeiro momento Histórico cujo sistema processual delineou-se pelo acusatório, após sua paulatina queda, nos idos do século XII, este volta ao cenário processual penal, no fim do século XVIII.

*Ab initio*, antes de debruçar-se no sistema (novo) acusatório, imprescindível distingui-lo do princípio acusatório. Tal distinção é realizada por Geraldo Prado (2001, p. 125): “sistema acusatório compreendem-se normas e princípios fundamentais, ordenadamente dispostas e orientados a partir do princípio, tal seja, aquele qual herda o nome: acusatório”.

O princípio acusatório, viga mestra do sistema em tela, por sua vez, “se entende como o desdobramento das funções de perseguir e julgar em órgãos estatais diversos”<sup>23</sup> (BOVINO, Alberto, 2005, p. 37). Na mesma esteira, Claus Roxin (2001, p. 86) aduz que “somente este pode acontecer se o Estado assume tanto a tarefa de acusar como de julgar, separando essa função em duas diferentes autoridades estaduais - uma autoridade para a acusação e um tribunal”<sup>24</sup>.

Denota-se, por assim, o aumento no relevo da figura do acusado, outrora analisado como mero objeto de acusação; no sistema acusatório, é visto como elemento fulcral no desenvolvimento do processo (em conjunto com acusador e Estado-Juiz). Neste norte, compreende-se tal importância na premente necessidade de relacionamento interprocessual que se desenvolverá entre os atores principais do processo, no bojo de suas atribuições.

Em análise ao (novo) sistema acusatório, a dizer, aquele que voltou aos holofotes em XVIII, compreendem-se certos traços que o distingue do primeiro momento em que este sistema vigorou. De partida, denota-se que o processo não mais fora concebido como algo privado cuja iniciativa dependia da atuação de alguém do povo. As razões eram lógicas, o processo privado dava ensejo à vingança privada, ao premente interesse pessoal no bojo das ações penais, bem como, a ineficácia probatória. Ademais, conforme já se asseverou, as penas, caso o processo que não atingisse a condenação, importavam em punição ao acusador, o que, gradativamente, passou a desestimular a atividade privada.

Outrossim, a função acusatória, inerente ao cidadão, torna-se elemento do Estado, o que se dá, porém, fora do âmbito do julgador. Em verdade, tal distinção

---

<sup>23</sup> Do original: “*se entiende el desdoblamiento de las funciones de perseguir y de juzgar en dos órganos estatales diferentes*”.

<sup>24</sup> Do original: “*este sólo puede suceder si el Estado assume tanto a tarea del acusador com la del juez, separando esa función en dos autoridades estatales distintas – una autoridad de acusación y tribunal*”.

nítida entre as figuras de acusação e julgamento consubstancia-se como primordial elemento identificador do sistema acusatório. Na esteira deste entendimento, Thums (2006, p. 251) aduz que “a separação absoluta entre acusador e julgador é o principal elemento constitutivo do modelo teórico acusatório, devendo ser considerado o pressuposto estrutural e lógico do sistema”.

Denota-se, claramente, que o magistrado adota uma postura notadamente imparcial, neutra. Deixa, por assim, de reunir poderes instrutórios, o que faz com que as tarefas de acusação e defesa fiquem a cargo apenas e tão somente de quem acusa e defende, respectivamente.

Harmoniza-se com o ora colacionado, Marcos Alexandre Coelho Zilli (2003, p. 38):

(...) se de um lado, figura o acusador que, no exercício de um poder postulatório, aponta e persegue o provável autor ou partícipe da infração penal, do outro, figura o imputado, que exerce o direito de defesa, resistindo, processualmente, à acusação Intermediando ambos, posiciona-se, de forma imparcial, o juiz, detentor do poder decisório. Como decorrência lógica do equilíbrio e divisão de poderes processuais penais, não há coincidência subjetiva entre o órgão acusador e julgador, fator essencial para distingui-lo do sistema marcadamente inquisitório.

Pela divisão das funções, bem delimitadas no sistema acusatório que renascera, pelo próprio espírito acusatório, ao magistrado não é dado ter qualquer envolvimento com as teses e argumentos trazidos à colação. Compreende-se que inexistente a possibilidade de, reunindo funções de acusar e julgar, conseguir atingir um resultado processual minimamente justo. Nesta esteira, é dizer, aquele que julga não pode estar “psicologicamente envolvido com uma das versões em jogo”. (PRADO, Geraldo, 2001, p. 128)

Na visão de Geraldo Prado (2001, p. 128), o sistema acusatório:

(...) depende da imparcialidade do julgador (...), por admitir que a sua tarefa mais importante, decidir a causa, é fruto de uma consciente e meditada opção entre duas alternativas, em relação às quais manteve-se, durante todo o tempo, equidistante.

Malgrado os elementos caracterizados do sistema em comento, este sofre severas críticas por parcela da doutrina, que compreende incorreta a aniquilação de parcela da gama de poderes do magistrado como forma de manter sua imparcialidade. Compreendem que tal atividade importa em uma atuação fadada

à homologação do que lhe fora trazido, notadamente quando ineficiente a atividade de uma ou de ambas as partes. (Lopes Junior, 2008, p. 58-59).

Esta fração da doutrina compreende, por assim, que a instrução do magistrado não tem o escopo de retirar-lhe sua imparcialidade. Assevera-se, por assim, que a própria busca da verdade real fomenta tal atuação.

Nesta linha, dispõe Marcos Zilli (2003, p. 144):

[...] a iniciativa instrutória de que aqui se trata é informada pela necessidade de melhor acertamento possível do fato posto em julgamento em virtude do dever imposto ao juiz de aplicar, eficazmente, o direito penal. E nesses precisos termos, trata-se de situações excepcional, concretizável, apenas e tão somente, quando as partes processuais não tiverem sido suficientemente hábeis a ponto de esclarecer o fato, seus pontos e circunstâncias relevantes. [...] Deve aproximar-se, destarte, de uma atuação supletiva àquela a cargo dos sujeitos parciais.

Vê-se no posicionamento do autor acima que, mesmo para aqueles que defendem uma atuação mais pró-ativa do magistrado, esta deve se perfilar pelo campo da exceção, isto é, quando aqueles que tem o encargo de acusar/defender não atuem a contento. Tal permissão de atuação, no entanto, parece complexa de se identificar no caso concreto, dado todos os elementos processuais (ou não) que acompanham o desenvolvimento processual.

Malgrado o posicionamento que defende a citada atuação mais pró-ativa do Estado-Juiz, este trabalho defende a ideia de que, na seara penal, a atuação do magistrado deve-se pautar pela sua imparcialidade, na exata medida em que esta favorece sobremaneira a paridade de armas entre acusação e defesa.

Uma vez fixada a divisão de tarefas – ainda nas mãos do Estado – entre acusação e julgamento, destaca-se figura elementar para no modelo acusatório, que lhe confere notada sustentabilidade e harmonia: o Ministério Público<sup>25</sup>.

Contemporaneamente, a visão que se tem do órgão ministerial vai além do outrora concedido, qual seja, mero acusador. Tem, porém, papel de destaque como fiscal da lei, mormente quando evita o deslinde de uma demanda temerária. Nesta senda, “não pode o Ministério Público ser transformado em

---

<sup>25</sup> Joan Verger Grau (1994, p. 23) destaca que a origem do Ministério Pública remonta o século XIV, mais precisamente com os Procuradores do Rei, na França, pessoas que detinham plena confiança do monarca e que, por assim, restavam incumbidos nas atividades de acusação. Assevera, porém, que somente no século XVII surgira um órgão com semelhante nomenclatura.

acusador sistemático, desconhecendo todo complexo de direitos e garantias que formam modelo garantista nos Estados Democráticos de Direito” (THUMS, Gilberto, 2006, p. 254).

Curial a compreensão, em verdadeiro antagonismo com o sistema inquisitivo, da necessidade de uma verdadeira defesa. É dizer, imprescindível para o sistema acusatório que a defesa se concretize à luz do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal, vez que o princípio-mor da dignidade da pessoa humana, por nítido, ecoa igualmente para o acusado.

Confere sustentabilidade ao ora aduzido, o fato de que, no bojo da Lei Maior, em seus artigos 133 e 134, elevaram-se a elementos essenciais à Justiça, o advogado e o Defensor Público<sup>26</sup>. Mais, na mesma toada, a Súmula 523, do Pretório Excelso<sup>27</sup> compreende gerar nulidade absoluta a falta de patrono no processo.

Neste jaez, o que outrora era configurado como barreira ao desenvolvimento do processo, no sistema inquisitivo, no sistema acusatório se mostra imprescindível ao deslinde processual. De se concluir, portanto, que a consciência de que o acusado importa no elo mais fraco dentro do processo impõe a criação de uma gama de garantias. (CATENA, Víctor Moreno, 1982, p. 112).

Não menos importante é a predominância da oralidade e publicidade no sistema acusatório, em detrimento da sigilosidade inerente ao inquisitivo. Neste esteio, Geraldo Prado (2001, p. 171) conclui que oralidade compreende:

(i) a predominância da palavra falada; (ii) a imediatidade da relação do juiz com as partes e com os meios de prova; (iii) a identidade física do órgão judicante em todo decorrer do processo; (iv) a concentração da causa no tempo.

A publicidade, a seu turno, confere acessibilidade ao processo, situação desconhecida durante a Santa Inquisição, donde o sigilo reinava absoluto. De fato, a publicidade assume dupla função, dentro do processo (*interpartes*), fora

---

<sup>26</sup> Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

<sup>27</sup> Súmula 523, 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.



deste (perante a sociedade), vez que o julgamento de um crime não é algo que interessa apenas e tão somente ao acusado.

Por assim, compreende-se as especificações do sistema acusatório, alertando-se, desde já, para que este vem, em certos países – dentre os quais, debate-se sobre o Brasil – sofrendo mitigações por mecanismos de cunho nitidamente inquisitório. Tal análise, porém, será realizada em momento oportuno, no bojo do presente trabalho.

### **3.3 Sistema Misto**

Inerente à Ciência Jurídica, dada sua natureza social (não exata), no mais das vezes, ante a duas teorias diametralmente opostas, eclode uma terceira, fruto da equação destas. No caso em análise, parte significativa da doutrina compreende que, da reunião dos elementos extremos dos sistemas acusatório e inquisitivo, surge o sistema misto.

Historicamente, pode-se afirmar que o sistema em destaque – o misto – é fruto do fracasso do sistema inquisitivo; nasce, por assim, como meio de repúdio deste sistema, ainda que traga em seu âmago traços inerentes àquele sistema, aproximando-se, muito mais, porém, do sistema acusatório.

Inegável foram as influências do iluminismo e da observação do sistema adversarial inglês ao desenvolvimento do que se considera o sistema misto. Outrossim, em 1808, no Código de Napoleão, registrara-se inovadoramente tal sistema, que se guiava por um sistema bifásico (daí misto). Na esteira deste entendimento, Geraldo Prado (2001, p. 110-111):

O novo sistema, que principiou sua atuação na França, em seguida à Revolução, para com as guerras napoleônicas chegar a outros países, disciplinava o processo em duas fases. Na primeira delas, denominada de instrução, procedia-se secretamente, sob o comando de um juiz, designado juiz-instrutor, tendo por objetivo pesquisar a perpetração das infrações penais, com todas as circunstâncias que influem na sua qualificação jurídica, além dos aspectos atinentes à culpabilidade dos autores, de maneira a preparar o caminho para o exercício da ação penal; na segunda fase, chamada de juízo, todas as atuações realizavam-se publicamente, perante um tribunal colegiado ou o júri, com a controvérsia e o debate entre as partes, no maior nível possível de igualdade.

Desta feita, o processo seguia por duas fases distintas: a embrionária, de viés pré-processual, era sigilosa, escrita, sem contraditório – nos moldes

inquisitórios; a segunda, nitidamente processual, era oxigenada pelo contraditório, pública e oral e, por assim, lembrava os ditames do sistema acusatório. (TORNAGHI, Hélio, 1967, p. 577).

Para a fração doutrinária que sugere o modelo em comento, sua razão se encontra no fato de que os sistemas puro (acusatório e inquisitivo), dado seu viés histórico, não se harmonizam com a realidade jurídica contemporânea. Destarte, com supedâneo no sistema misto – para esta parte da doutrina – dar-se-ia maior eficácia ao sistema de penal e processual penal.

Asseveram, pois, que tal sistema daria obstaculizar a impunidade em face da insuficiência do arcabouço probatório inerente, e, concomitantemente, garantiria igualdade entre a tríade processual (autor, acusado e Estado-Juiz) (POZZER, Benedito Roberto Garcia. 2001, s.p.).

Noutra banda, há doutrina que assevera pela verdadeira impossibilidade do sistema misto; mais, diligencia neste sentido, pois sua criação é incompatível. É dizer, não é possível se conceber a existência um sistema que, concomitantemente, assevere ditames acusatórios e inquisitórios, o que se faz com supedâneo no modelo de gestão de prova.

Lopes Junior (2008, p. 68) analisa o sistema misto como:

[...] um monstro de duas cabeças; acabando por valer mais a prova secreta que a do contraditório, numa verdadeira fraude. Afinal, o que poderia restar de segurança é o livre convencimento, ou seja, a retórica e contra-ataques.

Para o autor em destaque, o sistema misto sequer pode ser analisado como um “sistema”, mas sim, como um feixe de regras dos sistemas acusatório e inquisitivo, carregando, porém, o fardo de não possuir um princípio informador (Lopes Junior, 2008, p. 68).

Aduz Lopes Junior (2008, p. 68) informa que:

[...] a fraude reside no fato de que a prova é colhida na inquirição do inquirido, sendo trazida integralmente para dentro do processo e, ao final, basta belo discurso do julgador para imunizar a decisão

Segue a linha em destaque, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2001, p. 69), compreendendo verdadeira heterogenia entre os sistemas acusatórios e inquisitivo. Conclui o referido autor que o sistema clama pelo respeito às garantias

acusatórias para alcançar seu escopo constitucional; estas, devem acompanhar todo o desenvolvimento (pré) processual.

Fora analisado, por assim, a premente necessidade de se fixar o modo de gestão da prova. Disse-se que no sistema acusatório, predomina o princípio dispositivo donde cabe às partes (acusação, acusado) produzirem as provas que diligenciarem necessárias. No inquisitivo, entretanto, face ao princípio inquisitivo que oxigena a gestão de prova, tal encargo resta ao inquisidor.

À luz destas premissas, portanto, assevera Coutinho (2000, p. 03): “não há – e nem pode haver – um princípio misto, o que, por evidente, desconfigura o dito sistema”.

Hodiernamente, fração da doutrina assevera o sistema vigente no direito pátrio seria o misto, tendo em vista uma análise global da persecução penal. Outrossim, analisando sobretudo o momento pré-processual, referida parcela doutrinária diligencia pelo nítido caráter inquisitivo. Neste sentido, Marco Antonio de Barros (2002, p. 62):

Portanto, a nosso ver, o sistema de persecução penal continua sendo misto. Inquisitivo na sua fase primária, depositando no inquérito policial seu principal instrumento de perquirição do fato ilícito, sendo o procedimento resguardado pelo sigilo das investigações, não afeito ao princípio do contraditório e cercado pela discricionariedade da autoridade policial que o presidir. Já na segunda fase, verifica-se o modelo acusatório que introduz o chamado “processo de partes”, atribuindo-se ao Ministério Público (ou ao querelante), ao advogado ou à Defensoria Pública o exercício de funções essenciais à Justiça.

Na mesma toada, Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 25) aponta:

O sistema processual adotado, no Brasil, é o misto, também denominado de inquisitivo-acusatório, inquisitivo garantista ou acusatório mitigado. Os princípios norteadores do sistema, advindos da Constituição Federal, possuem inspiração acusatória (ampla defesa, contraditório, publicidade, separação entre acusação e julgador, imparcialidade do juiz, presunção de inocência, etc). Porém, é patente que o corpo legislativo processual penal, estruturado pelo Código de Processo Penal e leis especiais, utilizado no dia-a-dia forense, instrumentos feitos e produzindo soluções às causas, possui institutos advindos tanto do sistema acusatório quanto do sistema inquisitivo. Não há qualquer pureza na mescla dessas regras, emergindo daí o sistema misto. [...] O advento de um sistema acusatório puro, afastando-se completamente resquícios de trato inquisitivo, depende da edição de lei, pois somente os princípios constitucionais não são suficientes para comandar a instrução do feito, desde a ocorrência do crime até o trânsito em julgado da decisão condenatória.

O senso da realidade nos impulsiona a admitir como misto o nosso sistema, apontando-se, entretanto, as suas várias falhas, de modo a serem corrigidas pelo legislador.

Resta, portanto, pertinente indagação no sentido de que, dada a dicção do art. 156, I e II, do Código de Processo Penal<sup>28</sup>, retiraria do ordenamento o viés acusatório, vez que permitira ao Magistrado ter poderes instrutórios, ou seja, tal fato consubstancia-se apenas em ponto acessório, sem retirar do ordenamento seu cunho acusatório.

A busca por tal resposta, sem embargo de posicionamentos contrários, dar-se-á no desenvolvimento do presente trabalho. De imediato, cabível ressaltar que o apontamento do sistema pátrio deve ser oxigenado, sem laivo de dúvidas, pela Lei Maior, de modo que eventuais disposições infraconstitucionais que com ela não se harmonizar importam em textos inconstitucionais.

### 3.4 A Evolução do Sistema Penal Brasileiro

Uma vez vencida a questão inerente aos sistemas penais clássicos, cabe dissertar acerca da evolução do sistema penal pátrio, bem como, sua harmonia com a Lei Maior, de 1988.

Cediço o cunho histórico inerente às Ciências Sociais. Em verdade, a legislação é reflexo (pouco tardio) da sociedade e das próprias legislações antecessoras. Nesta toada, assevera Geraldo Prado (2012, p. 30-31) pela dificuldade na ruptura drástica de determinado instituto jurídico.

Na esteira do presente, Jéssica Oníria Ferreira de Freitas (2014, p. 44): “Neste íterim, já que o presente logo vira passado, o direito hoje é resultado das estruturas pretéritas e parâmetro para as construções jurídicas vindouras, em um descaso, evidentemente, não linear e evolutivo”.

Outrossim, impende-se uma breve análise das legislações anteriores para, *a posteriori*, analisar a situação contemporânea do sistema processual penal

---

<sup>28</sup> 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).

pátrio, bem como, e, em momento oportuno, face ao período pós-Constituição de 1988.

### 3.4.1 O período das ordenações

Historicamente, no período da colonização brasileira, no início do século XVI, utilizaram-se as legislações processuais portuguesas<sup>29</sup>. Outrossim, os primeiros compêndios normativos a guiar nosso ordenamento foram as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e, em especial, as Filipinas.

Destaca-se, contudo, que as Ordenações Afonsinas, fruto da união entre elementos do Direito Romano de Justiniano e Direito Canônico, não vigoraram no Brasil, pois substituídas pelas Manuelinas, em 1521. (MARTINS JUNIOR, José Isidoro, 1979, p. 68).

De hialina clareza a grande tradição Católica no âmago de Portugal, diferente não seria, por claro, a influência do Direito Canônico no país. Neste sentir, tem-se como traços marcantes nas ordenações, o sistema inquisitivo, guiado pelos Tribunais da Inquisição, do período de XVI a XIX.

Tais características eram nítidas nas Ordenações Manuelinas, que se utilizavam das “querelas juradas”, “denúncias” ou “inquirições devassas” para dar início às ações penais.

No período das capitanias hereditárias, predominara o sistema senhorial, que fora paulatinamente sufragado pela grande influência das Ordenações Filipinas, utilizadas tanto no período colonial, quanto no Império. Destarte, as Ordenações em comento foram aplicadas no território brasileiro a partir de, aproximadamente, 1603, sendo, das ordenações, aquela que maior influência conferiu ao Brasil.

Cabe ressaltar que as Ordenações Filipinas consubstanciavam-se em aglutinação das Ordenações Manuelinas, bem como, as legislações que a sucederam. José Henrique Pierangeli (2004, p. 58) aduz que houve necessidade de sistematizar a legislação então vigente, que se via grandemente fragmentada. Nesta senda, D. Henrique determinara a Duarte Nunes Leão, que confeccionasse verdadeira coletânea de todas as legislações em vigor. Nunes Leão, em verdade, já

---

<sup>29</sup> Marco Antônio de Barros, (2002, p. 78), bem assevera que, desde o período colonial, até, aproximadamente, 1830, o Brasil utilizara, preponderantemente, as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas.

havia publicado algo similar, anos antes, que fora devidamente revisado e aprovado pelo Rei.

Dos cinco Livros que formavam as Ordenações Filipinas, para o presente trabalho, interessa tão somente a análise dos Livros I e V, que tratam, respectivamente, das estruturações do Estado e judiciária, e das matérias penais e processuais penais.

Quanto à estrutura judiciária, apenas a guisa de exemplos, a mais alta Corte era a Casa de Suplicação, responsável pelo julgamento das causas de maior importância, com previsão no Título I, do Livro I, das Ordenações Filipinas<sup>30</sup>. Imediatamente abaixo, havia o Desembargo do Paço, previsto no Título III, do Livro I, do mesmo Diploma Legal<sup>31</sup>.

Dentre a imensa gama de órgãos que compunham o Judiciário da época, cabível ressaltar a figura do Promotor de Justiça da Casa de Suplicação, previsto no Título XV, do Livro I. Este desempenhava nítida função acusatória em sede da Casa de Suplicação. Interessante destacar que o Promotor era um Magistrado destacado para atuar em determinados casos. É o que se denota dos trechos abaixo, retirados do Título XV, do Livro I, das Ordenações Filipinas:

Ao Desembargador da Casa da Supplicação, que servir de Promotor da Justiça, pertence requerer todas as cousas, que tocam à Justiça, com cuidado e diligência, em tal maneira que por sua culpa e negligência não pereça. E a seu Officio pertence formar libellos contra os seguros, ou presos, que por parte da Justiça hão de ser acusados na Casa da Supplicação per acordo da Revelação. E levará de cada libelo cem réis; e onde houver querela perfeita, ou quando o seguro confessar o malefício na Carta de seguro, em cada hum dos ditos casos o faça per mandado dos Corregedores das Cortes de feitos crimes ou de qualquer outro Desembargador, que do feito conhecer. O qual libelo fará no caso da querela o mais breve que poder, conforme a ella. Porém nos casos, onde não houver querela, nem confissão da parte, porá sua tenção na devassa, parecendo-lhe, que per ella se não deve proceder, para com ele dito Promotor se ver em Relação, se deve ser accusado, preso ou absoluto. E assí fará nos ditos feitos quaesquer outros artigos e diligencias que forem necessarias por bem da Justiça. (ALMEIRA, 1870, s.p.)

---

<sup>30</sup> “*Como a Casa da Suplicação seja o maior Tribunal da Justiça dos Nossos Reinos, e em que as causas de maior importância della ter as qualidades, que para o cargo de tanta confiança e autoridade se requerem*”. ALMEIDA, Cândido Mendes de, 1870, s.p.. Disponível em: <http://www.ci.uc.pt/ihiti/proj/filipinas> acessado em 29 de dezembro de 2015.

<sup>31</sup> “*Aos nossos Desembargadores do Paço pertence despachar as petições de graça, que for pedida em causa, que à Justiça possa tocar, assí como cartas de privilégios e liberdades às pessoas, a que per nossas Ordenações forem outorgadas, que não sejam, nem toquem a direitos, rendas e tributos nossos*” ALMEIDA, Cândido Mendes de, 1870, s.p.. Disponível em: <http://www.ci.uc.pt/ihiti/proj/filipinas> acessado em 29 de dezembro de 2015.

Outrossim, patente que, em que pese a similaridade na nomenclatura, incabível é a comparação com a atuação contemporânea do Ministério Público. Com supedâneo na passagem alhures, tem-se que o Promotor do período das Ordenações Filipinas era, em verdade, magistrado servindo como promotor com o fito de aforar a ação penal. Atualmente, o Ministério Público, conforme já asseverado no bojo do presente trabalho, possui função a maior do que a mera acusação, luta pela sociedade e zela pelo cumprimento de regras procedimentais, processuais e constitucionais, com a finalidade máxima de garantir sobremaneira a igualdade entre as partes, comando talhado no núcleo imutável da Lei Maior.

Ademais, cabe trazer à baila as figuras dos Juízes Ordinários e de Fora, ambos talhados no Título LVX, do Livro I, das Ordenações Filipinas. Os primeiros, com “mandato” de um ano, fruto de votação dos povos e câmaras, guiavam-se sobremaneira pelo Direito Consuetudinário, o que lhe conferia independência da própria realeza. Os segundos, a seu turno, imbuídos pela necessidade de administrar a justiça, eram encaminhados, pelo Rei, a outras cidades.

Leciona Pierangeli (2004, p. 72), que a diferenciação se dava, pois os Juízes Ordinários, uma vez eleitos, restavam alvo do sentimento (sobretudo de ódio) do povo que o elegera. Daí a premente necessidade dos Juízes de Fora, os quais, livres de quaisquer vícios da sociedade, detinham maiores condições de administrar a justiça.

Ambos os magistrados, calha dizer, possuíam grandes poderes no bojo da persecução penal, o que se dava com vistas à obtenção da verdade. Tal assertiva se faz com supedâneo no Título LXV, do Livro I. Assim, destacam-se as devassas e os tormentos.

As devassas, conforme aduz Pierangeli (2004, p. 72), consubstanciavam-se em inquirições realizadas pela autoridade judiciária às testemunhas com o fito de esclarecimento acerca de fato supostamente criminoso e dividiam-se em geral e especial. A primeira era realizada anualmente em face de delitos incertos; a segunda, seu turno, voltava-se ao agressor do delito já considerado.

Cabível ressaltar que a própria natureza da devassa geral acarretava sua utilização com cautela. Neste norte, já no bojo das Ordenações Manuelinas esta era utilizada somente em casos de Correição, isto é, para analisar a própria conduta

do magistrado. Destarte, as devassas gerais eram instrumentos utilizados pelo judiciário em face dele próprio, visando controlar seus atos. (MARTINS, Lucas Morais, 2003, s.p.)

Quanto aos tormentos, outro instrumento utilizado, conforme disposição no Título CXXXIII, do Livro V, era utilizado somente em matéria penal. Pierangeli (2004, p. 65) aduz que os tormentos eram questionamentos realizados pelos juízes aos réus de crimes considerados mais graves, com o fito de atingir a verdade pela tortura. Nota-se que, ainda que tal prática seja nitidamente extraordinária (utilizada somente ante a falta de confissão do réu), o tormento é prova cabal da desproporcionalidade e rigor da legislação da época.

Pelos traços ora narrados, notadamente, a corrente busca pela verdade real, bem como, pelo arcabouço instrumental que os juízes tinham em suas mãos, com a possibilidade de provas *ex officio*, inclusive valendo-se de instrumentos como tortura para atingir a sobredita verdade, pode-se afirmar que o sistema penal vigente à época era o inquisitorial.

### 3.4.2 O período imperial

Sem laivo de dúvidas, a declaração da independência, em 1822, fora a pedra de toque para o desenvolvimento do Constitucionalismo pátrio. Outrossim, em 25 de março de 1824, D. Pedro I outorgou a primeira Carta Política brasileira, oxigenada sobremaneira pelo iluminismo e, por conseguinte, deu azo às criações do Código Criminal, bem como, do Código de Processo Criminal imperiais.

Paulo Bonavides (2000, p. 156) aponta pela dicotomia existente entre o compêndio normativo que serviu de base à realização da Carta Constitucional pátria – isto é, o constitucionalismo francês, de 1789 – e a realidade então existente:

O nosso constitucionalismo, ao revés, levantou-se sobre as ruínas sociais do colonialismo, herdando-lhes os vícios e as taras, e ao mesmo tempo, em promiscuidade com a escravidão trazida dos sertões da África e com o absolutismo europeu, que tinha hibridez dos Braganças e das Cortes de Lisboa(...)

Por assim, compreende-se que os ditames da então nova legislação brasileira voltavam-se sobremaneira às classes dominantes; deste modo, forçoso concluir que tal Carta Política servira apenas para rompimento do elo com a Colônia,



mas não importava em “perfeita sintonia com a liberdade pessoal apregoada pelo universalismo liberal-revolucionário” (Barros, 2010, p. 92).

Calha ressaltar, ainda, a existência do Poder Moderador, ainda que em face da tripartição de poderes de Montesquieu. Cediço que referida tripartição de poderes tem o escopo primordial frear e equilibrar Executivo, Legislativo e Judiciário, no entanto, a Constituição de 1824 rompia sobremaneira com tal harmonização ao criar o quarto poder: o Poder Moderador.

Nesta esteira, curial trazer à baila o art. 10, da Constituição de 1824: *Art. 10. Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Imperio do Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial.*

Concentrava o Imperador imenso poder, considerado a “chave de toda organização Política” (art. 98, Constituição de 1824), podendo intervir nos demais poderes sem quaisquer embaraços; mais, não se sujeitava a responsabilidade alguma em seus atos. A guisa de exemplo, curial analisar os artigos 98 e 99 da Constituição de 1824:

*Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independencia, equilibrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos.*

*Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolavel, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma.*

Na linha talhada pela Lei Maior de 1824, o Código Criminal de 16 de dezembro de 1830 manteve em seu bojo a possibilidade de penas cruéis, como, por exemplo, a de morte, o que se fez como forma de atender aos interesses da classe burguesa.

Quanto ao Código de Processo do Império, de 1832<sup>32</sup>, seus dispositivos harmonizavam-se sobremaneira com os princípios iluministas e liberalistas, o que deu azo à sua aceitação no cenário nacional e internacional.

Estruturalmente, admitiam-se três modalidades de início do processo, isto é, particular, pública e popular. Duas eram as modalidades de procedimentos: ordinário e sumário, divididos de acordo com a gravidade do delito, de modo que o

---

<sup>32</sup> Código de Primeira Instância (Pierangeli, 2004, p. 88).

segundo era voltado aos crimes menos graves, com vieses orais e simplificados, de competência dos juízes de paz (art. 12, § 7º, Código Processual do Império).

Quanto ao procedimento ordinário, este tinha início mediante denúncia ou queixa, os quais, após a formação da culpa (realizada pela autoridade judiciária), encaminhava o processo ao júri de acusação. Assim sendo, caso este júri diligenciasse de acordo com a denúncia, o réu era pronunciado e encaminhado a um segundo júri: o de sentença (Danielle de Souza Andrade e Silva, 2003, p. 41).

Desta feita, tem-se clara a existência setorizada do sistema inquisitivo (na primeira etapa) e do sistema acusatório (na segunda), ainda que se denote, ante a falta de um órgão acusador mais bem estruturado, com incumbência de acusar, tal atividade, no mais das vezes, recaía ao magistrado, o que força a concluir que, em que pese o aparente sistema misto, o ordenamento vigente em 1832 calcava-se no sistema inquisitivo.

A guisa de exemplos, o art. 138 do Código Processual do Império traduz a possibilidade de atuação *ex officio*: “O Juiz procederá a auto de corpo de delicto a requerimento de parte, ou ex-officio nos crimes, em que tem lugar a denuncia”. Na mesma senda, o art. 141 aduz: “Nos casos de denuncia, ainda que não haja denunciante<sup>33</sup>, o Juiz procederá á inquirição de testemunhas na fôrma do artigo antecedente, fazendo autuar o auto de corpo de delicto, se o houver”.

Ainda, tal modalidade de atuação do magistrado era visível no art. 206, do mesmo Diploma Legal:

*Art. 206. Não havendo queixa, ou denuncia, mas constando ao Juiz de Paz que se tem infringido as posturas, lei policial, ou termo de segurança, e de bem viver, mandará formar auto circunstanciado do facto, com declaração das testemunhas, que nelle hão de jurar, e citar o delinquente na fôrma do artigo antecedente.*

Marco Antonio de Barros Carvalho (2002, p. 80-81) sedimenta que, mediante a edição da Lei 261, de 03 de dezembro de 1841, tal sistema fora alvo de algumas mudanças no bojo de sua estrutura judiciária, quais sejam, a eliminação do júri de acusação, permanecendo apenas o de sentença. Em consequência, oxigenou-se sobremaneira a possibilidade de ação penal *ex officio*, imbuindo o magistrado de maiores poderes instrutórios (como sempre) com vistas à verdade real. Destarte, o caráter inquisitivo se vislumbrava cada vez mais assentado.

<sup>33</sup> Cabível denotar a prescindibilidade desta figura.

Repisa-se, assim, que a influência iluminista, em que pese o aumento significativa na seara dos direitos e garantias fundamentais (ao menos, às classes dominantes), não fora capaz de retirar do ordenamento os ideais inquisitivos das legislações que lhe cederam passo.

### 3.4.3 O período republicano e o pluralismo processual penal

Inegável as benesses inerentes à Constituição Republicana, de 1891, notadamente quanto aos direitos do acusado – defesa plena; extinção da pena de morte e banimento, por exemplo – no entanto, tem-se como traço marcante da legislação em comento, a divisão por Estados quanto à atividade processual penal. Isto é, conferiu-se aos Estados-membros, de maneira implícita, a possibilidade de, *de per si*, editarem matéria processual penal.

Tal exegese se dá mediante simples interpretação *a contrario sensu*, do art. 34, § 23, da Constituição de 1891, que conferia competência exclusiva do Congresso Nacional “legislar sobre direito civil, comercial e criminal da República e o processual da justiça federal”. Ora, pela dicção do dispositivo em voga, de hialina clareza é a percepção de que aos Estados-membros era dado legislar sobre penal e processo penal, desde que não esbarrasse na competência da justiça federal.

Tal pluralidade, entretanto, não perdurou por muito tempo, vez que não assimilada pela cultura jurídica pátria, e, com a Constituição de 1934, em seu art. 5º, XIX, “a”, reunificou-se a possibilidade legislativa em matéria penal e processual penal.

Art 5º - Compete privativamente à União:

XIX - legislar sobre:

a) direito penal, comercial, civil, aéreo e processual, registros públicos e juntas comerciais;

Francisco Campos (1941, p. 357) aduz pela necessidade premente de reunificação legislativa das matérias penais e processuais penais, já na Exposição dos Motivos do Código de Processo Penal:

De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal no 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 evidência 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 sobre o 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 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 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.

Interessante é o destaque na atuação do magistrado, ainda na exposição de motivos do Diploma em análise. Nesta, tem-se que “o projeto atende ao princípio do *ne procedat iudex ex officio*”, o qual “reclama pela completa separação entre o juiz e o órgão da acusação, devendo caber exclusivamente a este a iniciativa da ação penal” (Francisco Campos, 1941, p. 357).

Por assim, neste momento é cabível apontar pela dicotomia existente entre as pretensões do legislador (que, conforme visto alhures, pareceu apontar pelo sistema acusatório, dada às figuras distintas do acusador e do julgador) e o que veio no bojo do Código de Processo Penal de 1941, que será analisado no tópico a seguir.

#### **3.4.4 O código de processo penal de 1941**

*Ab initio*, busca-se com o presente tópico uma análise da legislação do Código Processual Penal em seu nascedouro, iluminando-o, em alguns momentos, com as legislações que lhe deram sequência. Outrossim, afirma-se, desde já, que em Capítulo posterior será analisado o arcabouço processual à luz da Constituição Federal de 1988, e, precipuamente, dos princípios que a oxigenam.

Dito isso, debruça-se sobre o “atual” Código de Processo Penal, de 1941, ventilado pelo Decreto-lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941.

Referida legislação, conforme cediço, apresenta traços dotados de rigidez, buscando “maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem”<sup>34</sup>. Prova clara disso, ainda no bojo da Exposição de Motivos, tem-se:

---

<sup>34</sup> Exposição de Motivos do Código de Processo Penal.

As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade.

Em verdade, a legislação em comento fora inspirada no Código Rocco, legislação que em sua Exposição de Motivos fazia expressa referência ao fascismo, conforme asseveram Carrara e Melchior (2013, p. 235). Por conseguinte, nítida a existência de elementos inquisitivos no bojo deste Código.

Claro, porém, que houve avanços no Código de 1941, nesta toada, destaca-se a figura do Ministério Público como titular da demanda penal – salvo nos casos de ação penal privada – bem como, pela possibilidade deste requisitar inquéritos e diligências. Em sentido diametralmente oposto, porém, o *Codex* em tela trouxe a possibilidade de ação penal de ofício, nos casos de contravenção penal.

Neste esteio, clara era a dicção do art. 531, do Código Adjetivo Penal, em sua redação original: “O processo das contravenções terá forma sumária, iniciando-se pelo auto de prisão em flagrante ou mediante portaria expedida pela autoridade policial ou pelo juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público”.

Na mesma toada, apresentava-se o art. 26, do mesmo Diploma Legal: “A ação penal, nas contravenções, será iniciada com o auto de prisão em flagrante ou por meio de portaria expedida pela autoridade judiciária ou policial”.

Tal possibilidade legislativa, porém, fora aniquilada com supedâneo na jurisprudência do Pretório Excelso, notadamente por reflexo da própria Lei Maior (Andrade e Silva, 2003, p. 43).

Quanto às provas – ponto de máxima da presente obra – o teor do art. 156, que se manteve, em essência, irretocado, mesmo frente à alteração trazida com a Lei 11.690, de 09 de junho de 2008, detinha o seguinte comendo:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir a sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto importante”.

De hialina clareza é a dicção legal: é dado ao magistrado desbravar o caso, visando esclarecer ponto de destaque no caso, produzindo, por assim, quaisquer provas que julgar imprescindível. Ora, fere de morte o princípio *ne procedat iudex ex officio*, apresentado na própria Exposição de Motivos do CPP,

segundo o qual é imprescindível a dicotomia entre os órgãos de acusação e julgamento.

Referido artigo conferiu sustentação a outros, os quais, por sua vez, ditam os procedimentos das provas em espécie. Neste norte, destacam-se os artigos 176 e 177 <sup>35</sup>, do mesmo Diploma Legal, os quais admitem que o magistrado forneça quesitos no momento da prova pericial; sem dificuldades, outrossim, compreende-se a entrega ao magistrado do poder de, de modo efetivo, edificar a prova em tela. Na mesma esteira, ainda, tem-se a dicção do art. 181 <sup>36</sup>, do Código de Processo Penal, o qual aduz pela possibilidade de o magistrado requisitar seja o laudo esclarecido ou complementado, ou, ainda, refeito, se compreender necessário.

Não há como divergir da conclusão de que, somente pelos artigos supra, ao magistrado fora conferido poderes inerentes à acusação, ferindo de morte – repisa-se, ao princípio *ne procedat judex ex officio*.

Ainda quanto à produção de prova por perícia, dispunha o art. 184, do CPP, que “salvo o caso de exame de corpo de delito, o juiz ou a autoridade policial negará a perícia requerida pelas partes, quando não for necessária ao esclarecimento da verdade”. Note aqui que referida atividade probatória será somente admitida – salvo os casos de exame de corpo de delito – quando compreender necessária o magistrado, em face do esclarecimento da verdade. Frisa-se, porém, que a “verdade” em comento traduz-se pelos elementos probatórios já trazidos à colação, no bojo do processo, os quais, sem laivo de dúvidas, tem o condão de contaminar o magistrado no que diz respeito aos juízos que já realizada no ínterim processual.

Nasce, deste quadro, o que a doutrina apresenta como “quadro mental paranoico<sup>37</sup>”, o qual pode se definido como o pré-julgamento do magistrado que, uma vez completo, lhe impõe como meta a busca desenfreada por elementos os

---

<sup>35</sup> Art. 176. A autoridade e as partes poderão formular quesitos até o ato da diligência.

Art. 177. No exame por precatória, a nomeação dos peritos far-se-á no juízo deprecado. Havendo, porém, no caso de ação privada, acordo das partes, essa nomeação poderá ser feita pelo juiz deprecante.

Parágrafo único. Os quesitos do juiz e das partes serão transcritos na precatória.

<sup>36</sup> Art. 181. No caso de inobservância de formalidade ou no caso de omissões, obscuridades ou contradições, a autoridade policial ou judiciária mandará suprir a formalidade ou completar ou esclarecer o laudo.

<sup>37</sup> A doutrina especializada aduz acerca da paranoia: “se no discurso paranoico não há espaço para o amor além do amor pelo ‘eu’, então também não há lugar para o ‘outro’, enquanto tal. Resta aos ‘outros’ apenas a indiferença” ou o ‘ódio’ – dependendo da qualificação que o ‘eu’ lhe destina, classificando-os como desprezíveis ou contrários à necessidade de sua preservação. Logo, os ‘outros’ são ‘irrelevantes’ ou ‘inimigos’ do ‘dever-ser’ – de ‘sua’ vontade e permanência, e isto a qualquer custo”. (ROCHA JÚNIOR, F.A.R.M, CARDOSO, H.S., DIETER, M.S, 2009, p. 44).

quais confirmam sustentabilidade ao que *a priori* decidira. Destarte, este quadro mental paranoico, conforme sedimenta Franco Cordeiro, ocorre quando as hipóteses se sobrepõem aos fatos. Investe-se a ordem: de partida o juiz julga para, posteriormente, buscar elementos que lhe confirmem sustentabilidade (Franco Cordeiro, 1966, p. 51).

No mesmo sentido, Geraldo Prado (2001, p. 137):

Quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isso, em termos de Processo Penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgador.

Quanto ao interrogatório, o art. 186, do Código de Processo Penal, em sua dicção embrionária, trazia grave prejuízo ao direito ao silêncio. Dispunha que “antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa”. Desta feita, caso restasse inerte, seu silêncio poderia ser utilizado em seu prejuízo<sup>38</sup>.

Em sequência, o art. 187, do mesmo Diploma Legal diligencia pela impossibilidade de o advogado intervir no momento em que se realizavam perguntas, ou, ainda, no momento em que estas eram respondidas<sup>39</sup>.

Sem prejuízo, ao magistrado era permitido proceder novo interrogatório, conforme texto claro do art. 196<sup>40</sup>.

Cabível trazer à baila o teor do artigo 209, da legislação em comento, o qual permitia que o magistrado ouvissem testemunhas diversas das que as partes arrolassem, podendo, igualmente, realizar questões complementares.

Art. 209. O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes.

§ 1º. Se ao juiz parecer conveniente, serão ouvidas as pessoas a que as testemunhas se referirem.

§ 2º. Não será computada como testemunha a pessoa que nada souber que interesse à decisão da causa.

---

<sup>38</sup> No mesmo jaez, o art. 198, do CPP originário dispunha: Art. 198. O silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz.

<sup>39</sup> Art 187. O defensor do acusado não poderá intervir ou influir, de qualquer modo, nas perguntas e nas respostas.

<sup>40</sup> “Art. 196. A todo tempo, o juiz poderá proceder a novo interrogatório”.

Denota-se, por assim, a existência de uma gama de elementos os quais permitiam ao magistrado plena incursão na atividade probatória. Ainda nesta sede, havia a possibilidade de o magistrado indeferir perguntas (art. 212 <sup>41</sup>), determinar acareações, seja entre os acusados, seja entre estes e as testemunhas (art. 229 <sup>42</sup>), determinar a prisão preventiva *ex officio*, ainda antes de iniciada a ação penal (art. 311 <sup>43</sup>).

Resta reafirmada, frente à análise dos artigos em comento, a face autoritária do Código de Processo Penal, bem como, o sistema processual penal que o guiaria: o sistema inquisitivo.

---

<sup>41</sup> Art. 212. As perguntas das partes serão requeridas ao juiz, que as formulará à testemunha. O juiz não poderá recusar as perguntas da parte, salvo se não tiverem relação com o processo ou importarem repetição de outra já respondida.

<sup>42</sup> Art. 229. A acareação será admitida entre acusados, entre acusado e testemunha, entre testemunhas, entre acusado ou testemunha e a pessoa ofendida, e entre as pessoas ofendidas, sempre que divergirem, em suas declarações, sobre fatos ou circunstâncias relevantes.

Parágrafo único. Os acareados serão reperguntados, para que expliquem os pontos de divergências, reduzindo-se a termo o ato de acareação.

<sup>43</sup> Art. 311. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial, quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes da autoria



## 4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E PROCESSUAIS PENAIS ACERCA DA PROVA

Vencidas as etapas históricas e conceituais, imprescindíveis para o presente trabalho, cabe, no presente Capítulo, analisar os princípios que guiam a atividade probatória, dentro da seara processual penal brasileira.

O Capítulo presente, em verdade, servirá de elo entre os pretéritos – donde se sedimentou, não somente os intervalos históricos, como, primordialmente os sistemas processuais penais clássicos, com ênfase na história brasileira – com os Capítulos futuros, donde analisar-se-ão conceitos referentes à prova, às “verdades”<sup>44</sup> do processo, e o momento Pós-Constituição de 1988, o qual teve papel de destaque no que toca a análise dos sistemas processuais penais, no Brasil.

Ademais, cabível ressaltar o papel dos princípios no ordenamento jurídico. Estes, conforme aponta Silveira Bueno (1966, p. 528), referem-se ao “momento em que alguma coisa tem origem”; destarte, consubstanciam-se no nascedouro, a dizer, naquilo que confere as noções preliminares de algo.

No arcabouço jurídico, o princípio consubstancia-se em norma abstrata e genérica, podendo ou não estar expressos no ordenamento. São, portanto, diretrizes.

Paulo Bonavides (2001, p. 230-231) colacionou seis características primordiais acerca dos princípios:

Em primeiro lugar, o vocábulo ‘princípio’ se refere a normas (ou a disposições legislativas que exprimem normas) providas de um alto grau de generalidade. Em segundo lugar, os juristas usam o vocábulo ‘princípio’ para referir-se a normas (ou a disposições que exprimem normas) providas de um alto grau de indeterminação e que por isso requerem concretização por via interpretativa, sem a qual não seriam suscetíveis de aplicação a casos concretos. Em terceiro lugar, os juristas empregam a palavra ‘princípio’ para referir-se a normas (ou disposições normativas) de caráter ‘programático’. Em quarto lugar, o uso que os juristas às vezes fazendo termo ‘princípio’ é referir-se a normas (ou a dispositivos que exprimem normas) cuja posição na hierarquia das fontes Direito é muito elevada. Em quinto lugar, os juristas usam o vocábulo ‘princípio’ para designar normas (ou disposições normativas) que desempenham uma função ‘importante’ e ‘fundamental’ no sistema jurídico conjunto (o Direito Civil, o Direito do Trabalho, o Direito das Obrigações). Em sexto lugar, finalmente, os juristas

---

<sup>44</sup> O termo “verdades” aparece entre parênteses, dada à divisão doutrinária entre aquela formal e real. Tais termos serão explicitados mais detalhadamente em Capítulo futuro, em que pese já tenham sido apresentados e brevemente fundamentos nos que o antecederam.

se valem da expressão 'princípio' para designar normas (ou disposições que exprimem normas) dirigidas aos órgãos de aplicação, cuja específica função é fazer a escolha dos dispositivos ou das normas aplicáveis nos diversos casos.

Atualmente, os princípios são considerados, ao lado das regras, espécies do gênero "norma". Destarte, princípios e regras ostentam o mesmo valor no ordenamento (ainda que possuam, por nítidos, características diametralmente opostas).

Neste jaez, Ruy Samuel Espíndola (2002, p. 60) colaciona:

Hoje, no pensamento jurídico contemporâneo, existe unanimidade em se reconhecer aos princípios o status conceitual e positivo de norma de direito, de norma jurídica. Para este núcleo de pensamento, os princípios têm positividade, vinculatividade, são normas, obrigam, têm eficácia positiva e negativa sobre comportamentos públicos ou privados bem como sobre a interpretação e a aplicação de outras normas, como as regras e outros princípios derivados de princípios de generalizações mais abstratas

Por assim, cabível é a destinação do presente Capítulo à análise dos princípios que compõem a atividade probatória, dentro da seara penal.

#### **4.1 – O Devido Processo Legal**

"Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal", referido texto legal extrai-se, expressamente, do inciso LIV, do art. 5º, da Lei Maior, de 1988. Destarte, pioneiramente na legislação brasileira, consignou-se, de modo expreso, a clemente necessidade de obediência ao Princípio do Devido Processo Legal.

De partida, insta salientar que para grande parte da doutrina, a edificação da Ciência processual penal moderna deu-se no bojo do século XIII, mormente, a partir do ano de 1215 e todas as transformações que com ele vieram (Michele Taruffo, 2009, p. 03).

Outrossim, dentre as transformações, destaca-se a que ocorrera em Londres, Inglaterra, em 15 de julho de 1215, quando se vira proclamada a Magna Carta Libertatum, pelo Rei João Sem Terra. Nela, mais precisamente em seu art. 39, assevera-se:

Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país<sup>45</sup>.

É verdade, porém, que mesmo considerado a *Magna Carta Libertatum* o escopo de partida do que hoje se compreende como devido processo legal, não fora neste momento histórico que se preencheram sua constituição, seja dogmática, seja axiológica, o que ocorreria somente séculos mais tarde (Michele Taruffo, 2009, p. 07).

Cabe tecer que já no século XVII, o princípio em comento volta aos holofotes, com o fito de tutelar pelos direitos inerentes à vida, liberdade, propriedade, dentre outros (Edward Coke, 1648, p. 50).

Por assim, John Nowak (1983, p. 557) constata o claro vínculo entre o devido processo legal e a busca pelo procedimento justo. Em verdade, nítido é que o devido processo legal consagra em seu âmago uma série de outros princípios, todos imprescindíveis para o desenvolvimento do processo.

Acerca desta característica do devido processo legal de trazer em seu bojo uma colação de outros princípios, Tourinho Filho (2009, p. 26) aduz que o compõem: o duplo grau de jurisdição; o contraditório; a ampla defesa; a publicidade; o juiz natural; a presunção de inocência; a proibição da *reformatio in pejus*; o respeito à coisa julgada; a dignidade da pessoa humana.

Na mesma toada, Antônio Scarance Fernandes (2002, p. 42-44) considera o devido processo legal como o pleno respeito ao direito ao procedimento, à prova, à proporcionalidade, ao contraditório e ampla defesa.

Por mais árdua que seja a tarefa de conceituar tão caro princípio, dada seus caracteres de generalidade e abstração (inerentes aos princípios em geral, entretanto, face à cognição do princípio em tela, mostram-se ainda mais clarividentes), imprescindível voltar os olhos ao ponto de máxima do presente trabalho, isto é, a possibilidade de o magistrado auxiliar no desenvolvimento do arcabouço probatório.

Neste esteio, *data maxima venia* posicionamentos contrários, parece claro o fato de que se conceder ao magistrado tais poderes rompe com o devido

---

<sup>45</sup> Do original: "No freemen shall be taken or imprisoned or disseised or exiled or in any way destroyed, nor will we go upon him nor send upon him, except by the lawful judgment of his peers or by the law of the land".

processo legal, vez que este, que se configura pela interligação entre uma gama de outros princípios constitucionais, clama pela existência destes outros no íterim processual. É dizer, com supedâneo no princípio em tela, não se pode dizer que este é respeitado quando, *verba gratia*, há violação à imparcialidade do magistrado, ou à paridade de armas. Por assim, a aniquilação de quaisquer princípios que compõe o devido processo legal importe, em via oblíqua, na quebra do próprio princípio.

Coaduna com o ora explicitado, Alberto Silva Franco (2004, p. 251):

Assim, nessa correlação de interdependência entre os princípios, forma-se uma tessitura jurídico-sistêmica a compor um “filtro garantista” em cuja comunhão e efetividade concreta de todos os princípios que o formam repousa a eficácia do sistema garantista, ou seja, a realização de um devido processo legal. A falha, falta ou omissão em se cumprir na inteireza um único dos vários princípios que compõem esse filtro não implica um defeito apenas pontual no sistema, mas tal qual o filtro de impurezas que contém um único furo, essa falha vai implicar na completa ineficácia do sistema de garantias, assim como implicaria na ineficiência completa do “filtro de impurezas”.

Outrossim, compreende-se que eventual atividade do magistrado que não a de julgamento, isto é, atividades de cunho instrutório, tentem a violar sobremaneira o devido processo legal, ceifando o sistema acusatório em favor daquele inquisitivo. Curial a observação, outrossim, de preceitos (orientações) quando da atuação do Magistrado; é dizer, imprescindível respeito ao contraditório, à ampla defesa, à imparcialidade do juiz, à provas legitimamente colhidas no bojo do processo. Tal respeito favorece o pleno respeito ao devido processo legal, e, em via oblíqua, o próprio Estado Democrático de Direito.

## **4.2 Contraditório e Ampla Defesa**

Contraditório e ampla defesa compreendem-se dentre os princípios de maior relevância no cenário jurídico pátrio. Estando, ambos, consignados no art. 5º, LV, da Constituição de 1988, que aduz “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”.

Em que pese estejam colacionados no mesmo texto legal, nítido é o fato de que compreendem conceitos distintos, os quais, porém, se harmonizam.

Por ampla defesa, compreende-se a aglutinação dos conceitos de autodefesa, defesa técnica, à possibilidade de se manifestar sobre os atos que se desenvolverem no bojo processual, possibilidade de recurso, de acompanhar a confecção da prova, dentre outros (Greco Filho, 1989, p. 110).

Na Lei Maior italiana, a ampla defesa consubstancia-se em direito inviolável, conferindo-se a possibilidade, inclusive, de o acusado realizar seu próprio interrogatório; desta feita, tem-se a dicção do art. 111, do referido Diploma Legal:

Nos processos criminais a lei garantirá que a pessoa acusada de um delito: seja informada, o quanto antes e reservadamente, sobre a natureza e os motivos da acusação contra si existente; que disponha de tempo hábil e das condições necessárias para preparar sua defesa; que tenha a faculdade, ante o juiz, de interrogar ou de fazer interrogar aqueles que contra ela deporem; obter a convocação e o interrogatório de pessoas para deporem em sua defesa, nas mesmas condições que a acusação, bem como de utilizar qualquer outro meio de prova a seu favor; e ter a assistência de um intérprete caso não compreenda a língua ou fale a língua utilizada no processo<sup>46</sup>.

O contraditório, a seu turno, representa a pertinência dialética que se faz curial entre as partes, a qual confere sustentabilidade às provas que oxigenam a decisão judicial. É o que Canuto Mendes Almeida (1973, p. 82) assevera como a “ciência bilateral dos atos e termos processuais e a possibilidade de contrariá-los”.

Imprescindível é a noção da necessidade da dialética processual a ser estabelecida entre as partes. Ela confere ao acusado a possibilidade de resposta e defesa. Nesta linha, Tourinho Filho (2009, p. 72-73) assevera:

[O] princípio, segundo o qual o acusado, isto é, a pessoa em relação a quem se propõe a ação penal, goza do direito “primário e absoluto” da defesa. O réu deve conhecer a acusação que se lhe imputa para poder contrariá-la, evitando assim possa ser condenado sem ser ouvido.

Ainda com supedâneo na premente dialeticidade entre as partes, Távora e Alencar (2011, p. 56) analisam que o princípio em comento preenche duas facetas, a dizer, ciência da imputação e possibilidade de dela se manifestar, dando

---

<sup>46</sup> Do original: “[...]Nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico; disponga del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa; abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore; sia assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo”.

azo, a partir destas, à possibilidade de, efetivamente, influenciarem no convencimento do magistrado.

Destarte, imprescindível é a associação entre a contraditório e a dialética processual entre as partes e entre estas e o magistrado, conferindo-se, assim, possibilidade para que ambos influenciem, concomitantemente, o magistrado quando de sua decisão.

Na esteira deste entendimento, Nelson Nery Junior (2000, p. 131-132) aduz:

Por contraditório deve entender-se, de um lado, a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhe sejam desfavoráveis. Os contendores tem direito de deduzir suas pretensões e defesas, de realizar as provas que requereram para demonstrar a existência de seu direito, em suma, direito de serem ouvidos paritariamente no processo em todos os seus termos.

[...]

O princípio, para o processo penal, significa contraditório efetivo, real, substancial. Tanto que se exige defesa técnica substancial do réu, ainda que revel (art. 261, CPP), para que se tenha por obedecido o mandamento constitucional.

Outrossim, a possibilidade de resposta aos fatos talhados pela outra parte consubstancia-se como das partes – frise-se, de ambas as partes –, não é somente prerrogativa da defesa. Quer-se concluir, da mesma maneira que impedir o réu de falar prejudica no contraditório, assim também o é quando tal impedimento dá-se com vistas à acusação.

Deveras importante é a compreensão de que, entre ambos os princípios em comento, inexistente qualquer relação de hierarquia. Contraditório e ampla defesa compõem, em harmonia, elementos imprescindíveis no desenvolvimento do íterim processual, cada qual com suas especificidades. Neste viés, Antônio Scarance Fernandes (2002, p. 253) aduz:

Não se vislumbra, contudo, entre a defesa e o contraditório, relação de primazia ou de derivação. Defesa e contraditório estão intimamente relacionados e ambos são manifestações da garantia genérica do devido processo legal. O processo, pela sua própria natureza, exige partes em posições opostas, uma delas necessariamente em posição de defesa, e para que, no seu desenvolvimento, seja garantida a correta aplicação da justiça, impõe-se que cada um tenha o direito de se contrapor aos atos e termos da parte contrária. São, assim, a defesa e o contraditório, como também a ação, manifestações simultâneas, ligadas entre si pelo processo, sem que um instituto derive do outro.

Dá sustentação ao ora desenvolvido o fato de que, durante a fase do inquérito policial, inexistente contraditório, no entanto, garantem-se ao investigado mecanismos de defesa. Nesta seara, Alexandre de Moraes (2007, p. 97) assevera:

O contraditório nos procedimentos penais não se aplica aos inquéritos policiais, pois a fase investigatória é preparatória da acusação, inexistindo, ainda, acusado, constituindo, pois, mero procedimento administrativo, de caráter investigatório, destinado a subsidiar a atuação do titular da ação penal, o Ministério Público.

Desta feita, cabível refletir se os poderes instrutórios conferidos ao magistrado, sobretudo com supedâneo nos incisos I e II, do art. 156, do Código de Processo Penal, ferem o contraditório e a ampla defesa.

Por assim, considera-se (respeitando-se opiniões em contrário) que o prejuízo dos poderes instrutórios, analisando-se os princípios em tela, dá-se na exata medida em que retira-se do acusado a possibilidade não apenas de falar em juízo, mas, precipuamente, de lograr êxito em influenciar o magistrado em determinado ponto.

Frisa-se, porém, que a capacidade de influenciar asseverada alhures não é sinônimo de êxito em todas as empreitadas da defesa (o que, em via de consequência, configuraria absolvições em todos os casos), mas sim, a expectativa de, em demonstrando algo, fazer com que o magistrado leve o argumento, efetivamente, em consideração quando do *decisum*, ainda que diligencie pela condenação.

### **4.3 A Imparcialidade**

A imparcialidade no julgamento é fundamentalmente importante no que diz respeito a um processo justo, que preza pelas balizas dentre outros, do devido processo legal. Não há como se conceber, notadamente à luz do sistema acusatório (o qual é o vigente, para fração da doutrina).

Neste norte, Lopes Junior (2003, p. 10) assevera ser o princípio da imparcialidade o “princípio supremo do processo”, daí sua imprescindibilidade com o fito de se garantir sobremaneira um processo justo. No mesmo esteio, Afrânio Silva Jardim (2004, p. 40):

[...] os princípios mais importantes para o processo penal moderno são a imparcialidade do Juiz e o contraditório. Pode-se dizer que os demais princípios nada mais são do que conseqüências lógicas destes dois princípios reitores.

Em verdade, o princípio em tela consubstancia-se em uma vertente da garantia constitucional do juiz natural, traduzido, pela Lei Maior, na impossibilidade de Tribunais de Exceção, bem como, pela fixação de competência, talhados nos incisos XXXVII e LIII, do art. 5º, respectivamente.

Nítida é a relação do princípio em voga com o sistema acusatório, na medida em que o julgador, neste sistema, labuta pela atividade de julgamento, reservando a terceira pessoa a atividade de acusar. Daí decorre a pertinência do princípio da imparcialidade com o da inércia, pelo qual é tarefa da parte (querelante ou Ministério Público) dar início à persecução penal, e à atividade probatória.

Com supedâneo nas premissas supra, Goldschmidt (1959, p. 113) compreende a busca pela verdade deve-se pautar pelo princípio da inércia – premiando o sistema acusatório – no qual caberá às partes produzirem as provas que compreenderem necessárias. Ademais, tal fórmula permite que o julgador permaneça imparcial e capaz de confeccionar uma decisão a contento<sup>47</sup>.

Por assim, à luz do sistema acusatório, o magistrado julgará com as provas produzidas pelas partes (vez que a gestão das provas a elas cabe, conforme já aduzido no bojo do presente trabalho), o que garante sua imparcialidade. (COUTINHO, 2000, p. 28)

Do exposto, compreende-se, com supedâneo na dicção de Francesco Carnelutti (2006, p. 34-35), que a (im)parcialidade nada mais é do que do que um estado subjetivo, anímico e emocional daquele que julga. Em via de consequência, a imparcialidade<sup>48</sup> importa na posição que o sistema acusatório clama, isto é, de terceiro, inerente ao Estado-Juiz, que permanece alheio aos interesses das partes.

<sup>47</sup> Do original: *“El mejor medio para averiguar la verdad y verificar la justicia, es dejar la invocación del Juez y la recogida del material processal a aquellos que persiguen intereses opuestos y sostienen opiniones divergentes; pero descargando de esta tarea al que ha de fallar el asunto y garantizando de este modo su imparcialidad. Al mismo tiempo se manifiesta de esta manera el respeto de la dignidad del procesado como ciudadano”*.

<sup>48</sup> Prestigiando o princípio em comento, o art. 95, da Lei Maior apresenta garantias aos magistrados:

Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:

I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;



Curioso, porém, que tal busca pela imparcialidade do julgador compreende o ponto em que se ampara a crítica a este sistema. Neste esteio, aponta-se que tal condição de inércia impõe ao magistrado que coadune com eventual atividade inadequada das partes.

Tal questão é trazida por Marcelo Marcante Flores (2009, p. 54):

A maneira de se (tentar) garantir a imparcialidade do juiz é através da consagração do princípio acusatório. Todavia, é justamente neste aspecto o contraponto do sistema. A principal crítica a essa modelo é exatamente a posição de inércia do juiz (imposição da imparcialidade), que deve resignar-se com as consequências de uma atividade incompleta das partes.

No entanto, curial a compreensão de que, para respaldar o próprio sistema acusatório, pela imparcialidade deve-se pautar pela postura inerte do magistrado e consequente resignação com eventual atividade probatória aquém das partes. Destarte, não restará alternativa ao julgador que não a decisão de absolvição em caso de atividade probatória ineficiente da parte acusatória.

Nesta toada, Lopes Junior (2008, p. 125) compreende que:

[...] o juiz deve manter-se afastado da atividade probatória, para ter o alheamento necessário para valorar essa prova. A figura do juiz espectador em oposição à figura inquisitória do juiz ator é o preço a ser pago para termos um sistema acusatório.

Compreende-se, portanto, que cabe às partes evitar ao máximo tal inconveniente típico de uma atividade probatória incompleta. Para tanto, imprescindível que se construa o processo à luz da dialeticidade entre as partes, oxigenando Ministério Público e Defensoria Pública do aparelhamento necessário à busca das respostas do processo.

#### **4.4 A Presunção de Inocência e o *In Dubio Pro Reo***

Conforme já se analisou durante o presente trabalho, no momento em que o acusado perde o *status* de objeto na relação processual, ganhando contornos de cidadão, passa-se a compreendê-lo como sujeito, *a priori* (ao menos), inocente. É dizer, transmuta-se a característica de culpável para a de inocente.

---

II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII;

III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º,

Neste jaez, tem-se no princípio da presunção de inocência (ou princípio da não culpabilidade) a plena superação do modelo supratranscrito, no qual o sujeito deixa de ser considerado objeto da persecução, para ser parte no íterim processual; destarte, vence-se o quadro – já superado – que ocorrera em certos regimes já vistos, por todos, cita-se a Inquisição.

Em verdade, o princípio da presunção de inocência fora insculpido aprioristicamente pelo iluminismo e, posteriormente, fora instado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789<sup>49</sup>. Não obstante, ganhou relevo em outros Diplomas internacionais, tais como, a Convenção Europeia de Direitos Humanos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Com amparo no princípio em tela, Beccaria (2003, p. 69) aduzia que “um homem não pode ser chamado de culpado antes da sentença do juiz, e a sociedade só pode retirar-lhe a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi concedida”.

O princípio em comento exprime duas facetas, a primeira volta-se precipuamente ao acusado, que deve ser tratado, no íterim processual, como inocente, situação que se alterará somente com o trânsito em julgado da sentença condenatória. Marcos Alexandre Coelho Zilli (2003, p. 147) sedimenta que referido tratamento consubstancia vertente processual (obstaculizando qualquer efeito antes da sentença), bem como, social (na exata medida em que o sujeito acusado não pode se ver adjetivado como culpado, antes do curso processual e do conseqüente trânsito em julgado da sentença condenatória).

Sem prejuízo, ressaltam-se, ainda nesta primeira faceta, reflexos ao próprio julgador, que se vê impossibilitado de realizar qualquer ato conduza, antecipadamente, à tese acusatória.

Noutro turno, a presunção de inocência volta-se á produção probatória, mais precisamente, à fixação do ônus de provar, dirigido à acusação cuja tarefa básica é sobrelevar a acusação com requisitos que demonstrem satisfatoriamente a prática de uma infração penal. Forçoso asseverar, não é dado ao réu provar sua inocência.

---

<sup>49</sup> “Art. 9º. Todo homem é presumido inocente, se for considerado necessário para prendê-lo , qualquer rigor que não seria necessária para garantir a sua pessoa deve ser severamente reprimido pela lei”. Do original: “*Tout homme étant présumé innocent, s’il jugé indispensable de l’arrêter, tout rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s’assurer de sa personne doit être sévèrement reprimée par la loi*”

Desta vertente floresce a questão referente à sentença absolutória prolatada em face de dúvida do julgador. Ora, ao término do íterim processual, permanecendo dúvida ao julgador, a solução pertinente é a absolvição do acusado, em face da inocência que lhe é presumidamente outorgada. Neste esteio, assinala Marcos Zilli (2003, p. 148-149):

Cuida-se, assim, de aplicação da regra da presunção da inocência na máxima do *in dubio pro reo*, solução que, a bem da verdade, é informada, sobretudo, por critérios lógicos e não pelo simples descumprimento do ônus probatório.

Complementa, ainda, Alípio Silveira (1968, p. 323):

[...] se são tutelados, pela lei penal, dois interesses públicos (o da inocência e da liberdade do indivíduo, de um lado, e o da defesa da sociedade, do outro), se pela norma penal não é imposta absolutamente a prevalência de um desses interesses sobre o outro, deverá prevalecer, em caso de dúvida, a tutela relativa à liberdade individual.

Marcos Zilli (2003, p. 149-151), correlaciona o ônus de provar com a presunção de inocência, asseverando, portanto, que o primeiro decorre do segundo. No entanto, diligencia no sentido de que, por clamar pela melhor conclusão fática possível, é reconhecido do magistrado um poder-dever instrutório, o qual, segundo o autor, não é incompatível com o ônus de provar.

No mesmo esteio do autor em comento, Giulio Illuminati (1979, p. 103): “Há muito tempo desde que trouxe à luz, por outro lado, que a repartição de competências inquisidores para juiz não é, em si, incompatível com o ônus da prova”<sup>50</sup>.

Desta feita, o autor supra coaduna com a tese de que, diante de um “estado relativo de dúvida”<sup>51</sup> (ZILLI, 2003, p. 150), é conferido ao magistrado a possibilidade, desde que viável, de buscar novo arcabouço probatório. Destarte, traz à baila o referido autor a diferenciação entre os estados de dúvida relativo e inafastável, de maneira que apenas este último conduz à premissa do *in dubio pro reo*.

<sup>50</sup> Do original: *È stato da tempo posto in luce, per altro verso, che l'attribuzione di poteri inquisitori al giudice non é incompatibile di per sé com l'onere della prova.*

<sup>51</sup> “Estado de irresolução transitório” (2003, p. 150).

A sustentação desta fração doutrinária dá-se pela própria imparcialidade do magistrado: “Na verdade e, como consequência natural da imparcialidade, quando o juiz assim age, por óbvio, desconhece o possível resultado que possa advir” (ZILLI, 2003, p. 151), o que daria azo, conforme referida linha de pensamento, a que tal atuação do magistrado sirva de sustentação tanto para acusação como para a absolvição do réu.

Conforme já asseverado, notadamente no tópico em que se discutiu a imparcialidade do magistrado, atuações como a talhada no pensamento supra, *data maxima venia*, tem o condão de acarretar no julgador o que a doutrina denomina de “quadro mental paranoico”, o que, *de per si*, estremece a relação jurídica processual penal ora estabelecida, rompendo com a imparcialidade e, em via de consequência, com o próprio devido processo penal.

#### 4.5 O Princípio da Proporcionalidade

O estudo do princípio da proporcionalidade consubstancia-se de grande valia quando do choque entre princípios aparentemente dissonantes, analisando-se o caso concreto. Neste esteio, curial tal análise vez que para a tese ora lançada – (im)possibilidade de o magistrado produzir provas de ofício – surgem princípios cujas acepções aparentam ser dissonantes: legalidade, de um lado, e o devido processo legal (e os demais princípios que o formam) de outro.

*Ab initio*, Sylvia Marlene de Castro Figueiredo (2005, p. 173):

A palavra proporcionalidade está ligada ao “caráter do que é proporcional”, e proporcional, significa o que “está em proporção”. Proporção denota a ideia de “conveniência, harmonia, simetria, disposição regular, conjunto harmônico”. O termo “proporcionalidade”, portanto, faz referência à noção de proporção, adequação, medida justa e adequada à necessidade exigida pela hipótese concreta.

O princípio da legalidade, talhado na Lei Maior, no art. 5º, II, assevera que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Forçoso concluir, portanto, que é premente a existência prévia de uma lei para compelir o indivíduo a realizar (ou deixar de realizar) algo.

Desta feita, para Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p 99-100), o princípio da legalidade “é específico do Estado de Direito, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá identidade própria”.

Referido princípio sustenta, ainda, a atividade Administrativa, na qual se insere a atividade julgadora do Magistrado. Alexandre de Moraes (2007, p. 342), porém, alerta que a aplicabilidade do princípio da legalidade para a Administração dá-se de maneira notadamente mais rigorosa e especial: ao administrador – diversamente do que ao particular, que lhe é dado realizar tudo aquilo que a lei não lhe proíbe – só resta realizar o que a lei autoriza.

Estabelecida tal premissa, compreende-se que a exigência legal supratranscrita é existente no que toca à possibilidade de o magistrado produzir provas de ofício. É este justamente o texto da norma do art. 156, do Código de Processo Penal:

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).

Destarte, imprescindível analisar se a norma em comento é coesa com o restante do ordenamento. É dizer, não basta a existência da lei, curial que esta se harmonize com o restante do ordenamento. Nesta toada, Enrique Sayagués Laso (1974, p. 383): “a administração deve atuar ajustando-se às regras do direito. Se transgride as ditas regras, a atividade administrativa torna-se ilícita e eventualmente acarreta responsabilidade”<sup>52</sup>.

Cabe questionar, assim, se a norma em tela, ainda que subsidiada com a legalidade, harmoniza-se com o restante do ordenamento, sobretudo com o devido processo legal e os princípios que o adjetivam, tais como, o contraditório, a ampla defesa, a imparcialidade do magistrado, a presunção de inocência, dentre outros.

---

<sup>52</sup> Do original: “*La administración debe actuar ajustándose a las reglas de derecho. Si transgrede ditas reglas, La actividad administrativa se vuelve ilícita y eventualmente apareja responsabilidad*”.

## 5 DA ANÁLISE ACERCA DAS “VERDADES PROCESSUAIS”

Verdade e prova são elementos que, embora com conceitos distintos, caminham aproximadamente no desenvolver do processo. Por claro, com uma prova robusta, capaz de se fazer compreender, ao julgador será conferida a verdade talhada no caso em concreto.

O que se pretende, por hora, é analisar os graus de verdades que e pode atingir no âmago do processo, pelas provas produzidas pelas partes, para, assim, buscar refletir em face de conceitos clássicos apresentados pela doutrina.

De partida, curial a compreensão de que questões que envolvem provas deságuam para além do campo jurídico. Neste esteio, comumente se une a ideia de prova com a lógica, a psicologia e a epistemologia, o que torna o estudo tão complexo (Michele Taruffo, 1992, p. 02)<sup>53</sup>.

No âmago epistemológico, o ponto fulcral é compreender quando a prova é capaz de fornecer a verdade.

Na seara processual, a seu turno, a complexidade traduz a ideia do momento exato em que as provas produzidas terão o condão de convencer o magistrado acerca de determinado fato. Outrossim, tem-se a proximidade entre a verdade que se pretende e o ônus de provar, sendo este um sucessor daquele. “[...] Um caminho a ser seguido pelo juiz que, ao término do processo, encontra-e em estado de incerteza, por não ter sido possível atingir o conhecimento verdadeiro sobre os fatos” (Badaró, 2003, p. 20).

Na esteira deste entendimento, verdade e certeza traduzem-se em elementos negativos do *onus probandi*, na medida em que a ausência cada uma daquelas conduz à aplicação das regras acerca do ônus de provar.

Impera ressaltar a dicotomia existente entre o conceito de verdade analisado pelo escopo processual penal do processual civil, em que esta pode ser relativizada. A guisa de exemplos, caso o réu não conteste a demanda, os fatos que lhe forem alegados serão tidos como verdadeiros (art. 319, CPC).

Destarte, inexistente quaisquer das condições do art. 320, CPC<sup>54</sup>, ainda que o réu tenha elementos para demonstrar a verdade das alegações, uma

<sup>53</sup> Neste sentido, Antonio Magalhães Gomes Filho (1996, p. 41) aduz que “a noção de prova pertence, mais amplamente aos domínios da filosofia”.

<sup>54</sup> Art. 320. A revelia não induz, contudo, o efeito mencionado no artigo antecedente:

vez findo o prazo para tanto, nada poderá fazê-lo. Vale dizer, será bastante ao julgador a “verdade” constante nos autos, “verdade” esta que o demandado ser eclodir face à sua inércia.

Barros (2010, p. 28) assevera a existência de espécies de verdade, a de fato e a de direito, o que, contudo, não importa na conclusão de que a verdade possa dividida, pois una. Nesta linha, aduz o autor em comento que a verdade de fato conecta-se à compreensão do magistrado no momento em que aprecia todo o amalhado probatório que lhe é conferido; verdade de direito, a seu turno, é inerente quando da aplicação das normas previamente talhadas no ordenamento.

Ressalta Barros (2010, p. 30) que, pela carga subjetiva das informações cedidas pelas partes, é possível que exista mais de um entendimento sobre determinado fato. Ao magistrado é dado, por assim, analisar o que lhe fora dado – inclusive com suas cargas subjetivas respectivas – para, desta maneira, ter a “verdade jurisdicional”, a qual, ainda que não absoluta, tem de ser harmonizada com o ordenamento.

Nota-se que mesmo a verdade jurisdicional supraaduzida possui característica subjetiva – posto que o magistrado é um ser humano. No entanto, esta deve se pautar pelos procedimentos talhados na legislação. Este é o ponto de máxima da verdade jurisdicional: a vinculação da conclusão que obteve com os meios hábeis talhados no ordenamento que a permitiram.

Nesta esteira, Marcos Zilli (2003, p. 113) aduz que “não pode o juiz valer-se de todo e qualquer meio para acerto fático estando vinculado, na realidade, àquele procedimento sobre o qual a lei reconhecer eficácia probatória”.

Conforme asseverado alhures, o tema em debate – verdade – foge ao estudo puramente jurídico, o que importa na elevação da dificuldade em se concretizar conceitos. Nesta linha, há posições que negam a possibilidade de se atingir a verdade, outras, diversamente, asseveram que tal busca é, em verdade, irrelevante.

Para o primeiro grupo apontado, a verdade é algo inatingível, na medida em que é impossível reconstruir algo já ocorrido à sua exatidão. *Data maxima venia*, tal posicionamento deveras radical não é dotado de qualquer

---

I - se, havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação;

II - se o litígio versar sobre direitos indisponíveis;

III - se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público, que a lei considere indispensável à prova do ato.

utilidade no campo probatório. Em verdade, tal posicionamento é insustentável e acaba por anular a si próprio (Jacob Bazarian, 1994, p. 74).

Por esta primeira corrente, a conclusão lógica seria a utilização das regras de distribuição do ônus da prova em todos os casos que fossem levados ao Judiciário, na exata medida em que, por nunca ser capaz de traduzir a verdade.

José Carlos Barbosa Moreira (2001, p. 206), ironicamente, diligencia no sentido de que tal posição:

[...] conduz à total desvalorização da prova no processo e autoriza a conclusão de que, sendo inúteis quaisquer esforços para reconstruir os acontecimentos, é absurdo desperdiçar nessa vã empresa tempo, dinheiro e energias: mais vale decidir nos dados a sorte do pleito.

Diversamente, o segundo posicionamento não se pauta na impossibilidade de atingir a verdade, mas, simplesmente, na sua desnecessidade. Para esta corrente, em verdade, o fim maior do processo não é a verdade, mas sim, a solução de conflitos jurídicos. Gustavo Badaró (2003, p. 22), explicitando tal corrente, aduz:

Embora a verdade seja um bom critério – talvez o melhor – de resolução de conflitos, é possível que estes sejam satisfatoriamente eliminados, mesmo por meio de decisões baseadas em um acerto falso dos fatos. Em tal caso, a busca da verdade poderia até ser contraproducente, significando um aumento dos custos e do tempo necessário para a decisão, além de exigir uma maior e, por vezes, desnecessária atividade das partes e do juiz.

Denota-se que em matéria processual, o conceito de verdade deve ser insculpido a rigor da seara jurídica, na medida em que, em momento algum, esta será reflexo idêntico do que um dia ocorrera. Por assim, ainda que não absolutamente similar ao fato efetivamente ocorrido, o Direito Processual Penal o admite, desde que haja, no bojo probatório, elementos que conduzam para o mesmo lugar.

## **5.1 Verdade e Certeza**

Ainda que se aceite a impossibilidade de atingir a verdade absoluta de algo já ocorrido (notadamente analisando o caráter filosófico do vernáculo), não se pode perder de vista a imprescindibilidade de obter a verdade. Conforme dito, a



importância da verdade, no plexo processual, consubstancia-se em elevá-lo a algo além de mera resolução de conflito *interpartes*.

Entretantes, Eduardo Cambi (2001, p. 76-77) assevera que ainda que se reconheça a impossibilidade de atingir a verdade “absoluta”, impossível deixar de reconhecer seu papel processual, precipuamente com vistas à carga de pacificação social que a sentença tem que possuir:

Afirmar que a verdade absoluta não pode ser o fim do processo não implica a possibilidade de reconhecer no seu papel instrumental em relação ao ato de julgar. Assim, a descoberta da verdade, no processo, pode ser considerada um meio a serviço da justiça da decisão.

Na mesma esteira do colacionado, Barros (2002, p. 22) aduz que “não se pode falar em efetiva produção da justiça sem que se descortine a verdade. Esta é elemento essencial da justiça”.

Por assim, de extrema magnitude a compreensão de que a verdade consubstancia como ponte única que leva o magistrado a uma justa decisão. É dizer, cabe ao magistrado ter o conhecimento fático correto para, frente à certeza do que ocorrera (ou do que não ocorrera), confeccionar sua decisão com caráter de justiça.

Neste jaez, Michele Taruffo (1990, p. 430) relaciona a verdade com a prolação de uma sentença justa, que reproduza os acontecimentos devidos:

Se por um lado se exclui que a prova possa produzir uma verdade absoluta, por outro lado, admite-se que o processo pode, e deve, portanto, conduzir a uma decisão com base numa reconstrução fiável dos fatos.<sup>55</sup>

Complementa, Eduardo Cambi (2001, p. 477), aduzindo que “a ideia de verdade deve ser pressuposta no processo, sob pena de ele ficar sem sentido. A justiça seria, então, a expressão da verdade buscada e reconhecida no processo”.

Fixadas tais premissas, cabível, neste momento, talhar a diferenciação entre verdade e certeza, no âmago processual; conceitos os quais, embora pareçam, *a priori*, semelhantes, apresentam traços diferenciadores.

---

<sup>55</sup> Do original: *Se per un verso si esclude che la prova possa produrre verità assolute, per altro verso si ammette che il processo possa, e quindi debba, condurre ad una decisione fondata su una ricostruzione attendibile dei fatti.*

Verdade é o resultado na conexão realizada entre o convencimento do juiz com a realidade fática que lhe fora apresentada, harmonizando-se, por claro, com o arcabouço processual constante nos autos. Certeza, a seu turno, representa a confiança do magistrado para formular sua verdade, a qual, conforme já fora asseverado, conta com caráter subjetivo.

Malatesta (1997, p. 21) sedimenta tal diferenciação:

A verdade, em geral, é a conformidade da noção ideológica com a realidade; a crença na percepção desta conformidade é a certeza. Ela é, portanto, um estado subjetivo da alma, podendo não corresponder à verdade objetiva. Certeza e verdade nem sempre coincidem; por vezes, tem-se certeza do que é objetivamente falso; por vezes, duvida-se do que objetivamente é verdadeiro. E a mesma verdade que aparece certa a uns, a outros parece duvidosa, e, por vezes, até mesmo falsa a outros.

No mesmo esteio, Gustavo Baradó (2003, p. 25):

O conceito de verdade é um conceito de relação. Um conhecimento é verdadeiro, quando há concordância entre o objeto e sua “imagem” captada pelo sujeito. A verdade é um reflexo fiel do objeto na mente, é a adequação do pensamento com a coisa. Porém, não basta que um conhecimento seja verdadeiro, sendo necessário poder alcançar a certeza de que é verdadeiro. É a questão do critério da verdade. A certeza, portanto, constitui “manifestação subjetiva da verdade”, sendo um estado de ânimo seguro da verdade de uma proposição.

Denota-se que a certeza consubstancia-se como ponto de máxima de uma exegese realizada por alguém, partindo da total ignorância de um fato, e, gradativamente, passando à dúvida, para, talvez, atingi-la satisfatoriamente. Calha aduzir a distinção entre a certeza e a verdade absoluta, a primeira, subjetiva, é palpável, a segunda, por objetiva, é inatingível. Nesta toada, Malatesta (1985, p. 03) destaca:

Relativamente ao conhecimento de um dado fato, o espírito humano pode encontrar-se no estado de ignorância, de dúvida ou de certeza. A dúvida é um estado complexo. Existe dúvida em geral, sempre que uma asserção se apresenta com motivos afirmativos e motivos negativos: ora, pode haver prevalência dos motivos negativos sobre os afirmativos, e há o improvável; pode haver igualdade entre os motivos afirmativos e negativos, e há o crível no sentido específico; pode haver, finalmente, prevalência dos motivos afirmativos sobre os negativos, e se tem o provável.<sup>56</sup>

<sup>56</sup> Do original: “*Relativamente alla cognizione d’un dato fatto, lo spirito umano può trovarsi nello stato d’ignoranza, di dubbio, o di certezza. Il dubbio è uno stato complesso. V’è dubbio in genere semprechè un’asserzione si presenta con motivi affermativi e motivi negativi: ora, può aversi prevalenza dei motivi negativi sugli affermativi, e si há l’improbabile; può aversi egualianza tra i motivi affermativi e i negativi, e si há il*

Segue o autor em comento, no tocante à gradação entre a ignorância e a certeza, diferenciando-a da verdade objetiva:

O espírito humano chega ao conhecimento de um objeto por um caminho ascendente, iniciando do estado negativo de ignorância, e subindo gradualmente para os mais perfeitos estados do crível, do provável e do certo. (...) A verdade, em geral, é a conformidade da noção ideológica com a realidade; a crença na percepção desta conformidade é a certeza. A certeza é, portanto, um estado subjetivo do espírito, o qual pode não corresponder à verdade objetiva. (MALATESTA, 1985, p. 04)<sup>57</sup>

A conclusão que se dá mediante a fusão e aplicação dos conceitos supra, conforme já asseverado é que verdade do juiz importa na certeza que fora substrato – subjetivamente – daquilo que lhe fora posto à baila. Contudo, conforme já asseverado por Malatesta (1996, p. 21), nem sempre verdade e certeza caminham ao mesmo sentido.

De todo modo, a busca da verdade é o fator que confere sustentação à atividade jurisdicional<sup>58</sup>; em verdade, somente será justa a decisão que se conecte com a verdade fática posta ao debate. Badaró (2003, p. 26) assevera que somente uma análise verdadeira dos fatos logra êxito em, racionalmente, conferir justiça à decisão.

Completa, ainda, Michele Taruffo (1992, p. 65) asseverando desarrazoado trazer à análise e discussão princípios como da legalidade<sup>59</sup>, da correção e justiça da decisão se não se tem a verdade como condição para aplicação correta da norma.

---

*credibile in senso specifico; può aversi, in fine, prevalenza dei motivi affermativi sui negativi, e si ha il probabile”.*

<sup>57</sup> Do original: “Lo spirito umano giunge alla cognizione d’un oggetto per cammino ascendente, cominciando dallo stato negativo dell’ignoranza, e salendo su sus agli stati, gradualmente più perfetti, del credibile, del probabile e del certo. (...) La verità, in genere, è la conformità della nozione ideologica alla realtà; la creduta percezione di questa conformità è certezza. La certezza è, quindi, uno stato subbietivo dell’anima, il quale può non corrispondere allà verità obbietiva”.

<sup>58</sup> Daí porque, *data maxima venia*, não se coaduna com a corrente que nega a existência da verdade. Embora filosoficamente jamais se possa atingir uma verdade absoluta, é cediço que sempre há uma verdade alcançável, a qual basta para a solução da lide, desde que seja oxigenada por um arcabouço probatório coeso com provas produzidas no âmago do devido processo legal. Em que pese jamais se possa reconstruir algo pretérito, quer-se concluir que sempre existirá uma verdade palpável, e esta subsidiará a decisão.

<sup>59</sup> Cabível ressaltar que a legalidade consubstancia-se em escopo imprescindível na decisão judicial, ainda que, conforme asseverara Michele Taruffo (1992, p. 65), fulcral a existência da verdade para o julgamento. Neste sentido, Barros (2002, p. 19): “a verdade só é considerada válida no processo quando construída sobre uma base sólida de legalidade. Isso significa que a verdade deve ser moldada sob critérios de um juízo racional, previamente balizado pelo ordenamento jurídico”.

A doutrina costuma comparar a atividade do magistrado na busca da verdade (e, em via oblíqua, da certeza) como a atividade de um historiador, dado que ambos necessitam confeccionar uma reconstrução de um fato passado, que não irá se repetir e que, aprioristicamente, não é conhecido<sup>60</sup>. Em que pese a doutrina saliente diferenciações entre as atividades do magistrado e do historiador<sup>61</sup>, destacam-se que em ambos os casos a verdade absoluta nunca será atingida.

Tal conclusão se dá em face da natureza do conhecimento humano cuja natureza aduz a incompletude, o que impede a certeza em caráter absoluto. Neste esteio, curial concluir que o arcabouço probatório jamais será capaz de conduzir à verdade absoluta, mas somente a uma aproximação (quão maior a depender do arcabouço probatório) de certeza dos fatos.

Ausente o grau de certeza necessário para o julgamento, o magistrado, conforme já analisado, notadamente acerca do princípio *in dubio pro reo*, julgará absolvendo o réu, que se beneficiará com a dúvida em tela.

## 5.2 Verdade Formal e Material – Primeira Aproximação

Vencidas as etapas supra, curial trazer uma primeira aproximação com as conhecidas verdades formal e material, temas com frequência não apenas na seara criminal, mas, igualmente, na cível. Outrossim, cabível relatar, para fração doutrinária que defende tal divisão, que a diferenciação terminológica aponta para o *quantum* de cognição que existe em determinado fato.

Embrionariamente, a divisão em tela nascera no Sistema Inquisitorial, donde o comportamento do magistrado e das partes quanto à produção probatória conduziria à conclusão de que a verdade seria material ou formal. Aqui, cabível relembrar que referido sistema tinha como mote a “busca pela verdade real”, que fomentava a busca do magistrado a realizá-la de maneira ilimitada.

<sup>60</sup> Por todos, citam-se Gustavo Baradó (2003, p. 28-31) e Marcos Zilli (2003, p. 113-114).

<sup>61</sup> Marcos Zilli (2003, p. 113), acerca da diferenciação telada: De fato, muito embora os dados concretos sejam o objeto do trabalho do historiador e do juiz, o campo que este dispõe para o exercício de sua atividade e acerto fático é delimitado por barreiras que o primeiro desconhece. Assim é que o juiz não é livre para buscar a verdade, devendo concentrar as suas indagações sobre aqueles fatos que uma ou outra parte apontou como juridicamente relevante e diversamente do historiador, não pode o juiz valer-se de todo e qualquer meio para acerto fático estando vinculado, na realidade, àquele procedimento sobre o qual a lei reconhecer eficácia probatória. Finalmente, o historiador pode, após examinar e estudar os fatos, deixar de proferir uma conclusão justamente por não ter atingido uma opinião segura. Diversamente, o juiz tem sempre que atingir uma conclusão oficial.

De partida, fulcral a compreensão de que em países da *commow law* tal divisão é inexistente, ainda que apresentado na Itália (Ubertis, 1999, p. 04), Alemanha (Roxin, 1998, p. 95) e Espanha (Navarrete, 1998, p. 203), o que leva a crer que as raízes do direito romano-germânico, sobretudo a atuação dos tribunais eclesiásticos muito se conecte com tal diferenciação.

Historicamente, prevalecera entendimento no sentido de que o processo civil, dada a natureza do direito material lá envolvido – disponíveis – o princípio dispositivo vigorava e, desta feita, toda atividade probatória restava a cargo das partes, permanecendo o magistrado inerte, com atribuição exclusivamente decisória. No desenvolver do julgamento, caso restasse alguma dúvida ao magistrado, julgaria o magistrado de acordo com a verdade formal. Doutra banda, fosse o caso circundado de direitos indisponíveis (e somente neste caso) era-lhe conferida a possibilidade de produção probatória de ofício. Por assim, dizia-se que no processo civil vigorava a verdade formal (Lima, 2012, p. 47).

Nesta esteira, Guilherme Nucci, (1999, p. 64) apresenta tal conceito de verdade formal como aquela:

Que surge no processo de acordo com os argumentos e as provas trazidas pelas partes; trata-se de uma verdade que pode não corresponder à realidade, nem é imprescindível que assim seja, vale dizer, contenta-se o juiz, ao decidir a causa, com a verdade que as partes conseguiram demonstrar e não com o que efetivamente ocorreu.

Denota-se o cunho político na “modalidade” em comento, retirando do magistrado a obrigação de, ao menos na seara cível, percorrer o caminho das partes no que toca a produção probatória. É dizer, bastava-lhe uma postura inerte, distante da acusação e defesa, no aguardo da colheita do arcabouço probatório para, após, julgar.

Nesta esteira, Barros (2010, p. 39-40):

Cuida-se de uma opção de política criminal mediante a qual se acolhe o princípio da verdade formal como forma de favorecer o encerramento de litígios e abreviar o restabelecimento da paz social. [...] Por isso o magistrado não se dispõe a empreender toda a sua energia no sentido de apurar *ex officio* a veracidade do fato, sem retoques.

Logo, a verdade formal também é produto da inteligência humana, que podendo não ser totalmente coincidente com a realidade, produz os efeitos jurídicos essenciais da chamada “verdade judicial”. Isto não corrompe a decisão que encerra o processo, pois a providência jurisdicional assim

declarada, repousa num conjunto probatório do qual emerge a verdade formal.

Em sentido diametralmente oposto à verdade formal, apresentava-se a verdade real, inerente ao processo penal cujo escopo primário era a tutela por interesses eminentemente indisponíveis – direito de locomoção do acusado. Destarte, com supedâneo na verdade real, conferia-se ao magistrado amplos poderes para atingir a verdade tida como real (substancial). Vale dizer, ao magistrado era permitido agir *ex officio* para buscar a verdade real.

Daí a afirmação supra de que tal verdade era inerente ao sistema inquisitorial, cujo mote era a busca desenfreada pela verdade real. Fundamentava-se nesta verdade toda e qualquer atuação do Estado, fomentando seu *jus puniendi*, ainda que esta ceifasse direitos fundamentais do acusado.

Segundo Renato Brasileiro de Lima (2012, p. 47):

A crença de que a verdade podia ser alcançada pelo Estado tornou a sua perseguição o fim precípua do processo criminal. Diante disso, em nome da verdade, tudo era válido, restando justificados abusos e arbitrariedades por parte das autoridades responsáveis pela persecução penal.

Acerca desta verdade real, Guilherme Nucci (2007, p. 97) disserta:

O princípio da verdade real significa, pois, que o magistrado deve buscar provas, tanto quanto as partes, não se contentando com o que lhe é apresentado, simplesmente. [...]

Contrariamente à verdade foral, inspiradora do processo civil, onde o juiz não está obrigado a buscar provas, mormente em ações de conteúdo exclusivamente patrimoniais, que constitui interesse disponível, contentando-se com a trazida pelas partes e extraindo sua conclusão com o que se descortina nos autos, a verdade real vai além: quer que o magistrado seja co-autor na produção de provas

A verdade real, para Bazarian (1994, p. 136):

[...] consiste na conformidade do conteúdo do conhecimento com o seu objeto real, quando uma proposição é verdadeira se for demonstrada ou veriicada pela experiência sua correspondência com os fatos reais.

Reforça a ideia do grau de certeza na diferenciação entre as verdades formal e material o posicionamento firme de Malatesta (1996, p. 102):

Ao chamarmos objetiva essa verdade [real], com isso determinamos sua natureza: não se trata de uma verdade formal, que resulta do estado das provas, suficientes ou insuficientes que sejam, mas de uma verdade substancial, extra-subjetiva, da qual se chega à verificação por meio de provas suficientes, [...]; para nós, que partimos da premissa de não poder condenar sem a certeza de culpa, para nós, no crime, não é possível o equívoco.

Todavia, tal divisão, na doutrina contemporânea não tende a ganhar sobrevida. Constata-se, ainda, como já asseverado, que a verdade não pode ser simplesmente dividida – nem ao menos, como alguns fundamentam, para fins de estudo. O que se observa são os graus da verdade, é dizer, quão maior ou menor aquele fato se torna palpável ao caso telado. Outrossim, no tópico a seguir será analisada a questão trazida à baila, buscando, por assim, romper com o paradigma da divisão clássica existente entre verdade formal e verdade material.

### **5.2.1 Rompendo o paradigma das verdades formal e material**

Antes tido como algo incontestável, a dicotomia existente entre verdade formal e material deixa, paulatinamente, o cenário jurídico, seja quanto à divisão levando-se em consideração o processual inerente – se penal ou cível –; seja pela concretização da ideia de que nunca se atingirá a verdade absoluta.

Primeiramente, no que diz respeito à divisão entre verdades formal e material quanto ao processo civil ou penal, respectivamente, esta deixa de existir, na medida em que, a guisa de exemplos, confere-se ao magistrado cível a possibilidade de determinar produção de provas *ex officio*, caso compreenda necessárias, mesmo que diante de um direito disponível. Renato Brasileiro de Lima (2012, p. 47) assevera que “a busca de um processo justo passa, inevitavelmente, pela previsão de meios efetivos para que se atinja a maior aproximação possível da verdade”.

Quanto à seara criminal (argumento que e empresta à cível em relação aos direitos indisponíveis), compreende-se – pelas razões já colacionadas – que se torna impossível chegar a uma verdade absoluta. Cabível, porém, apenas, uma maior aproximação quanto à certeza dos fatos. Logo, o que se busca no processo penal não mais é a verdade real, mas sim, a verdade.

Vencida primeira etapa, curial retornar ao já asseverado quanto à verdade voltada à área jurídica, a qual deve se desprender brevemente dos

conceitos psicológicos e filosóficos do termo para se amoldar à realidade desta Ciência, obtendo-se, por assim, a verdade judicial.

Referida verdade, ainda que se preencha por uma série de normas – imprescindíveis – que limitam sua produção, o que a diferencia daquela aplicação em outros ramos, não retiram o vínculo de verdade que se apresenta fora da seara jurídica, em termos epistemológicos. É dizer, as regras que limitam a busca pela verdade na seara jurídica não são bastante para diferenciá-la da verdade buscada em outras Ciências. “O que existe são limites distintos para a obtenção da verdade, o que não quer dizer que, do ponto de vista da teoria do conhecimento, haja ‘verdades distintas’” (Badaró, 2003, p. 32).

Mais, nem a verdade produzida no âmago da instrução, nem aquela buscada em outros ramos da Ciência, são absolutas, o que, em verdade, acaba, para a Ciência Jurídica, não sendo imprescindível, pois, como aduz Maria Lucia Karan (2001, p. 43):

[...] o que se busca, em um processo, há de ser sim e tão-somente a maior exatidão possível naquela reconstituição dos fatos, de modo a obter não exatamente a verdade, mas uma aproximação da realidade, que idealmente tenda a refletir a verdade.

Desta feita, resta claro, uma vez inalcançável a verdade absoluta, outrora apresentada como real, tem-se disponíveis os graus de aproximação daquilo que se apresentara a juízo, com as regras e peculiaridade de produção, e que serão, em conjunto, analisadas pelo magistrado. Nesta toada, Achille Melchionda (1988, p. 652): “nem é humanamente concebível, nem é institucionalmente correto que o mecanismo processual esteja preparado para garantir (no sentido etimológico de certificar-se) a verdade”<sup>62</sup>.

Resta, por assim, compreendido o fato de que jamais a verdade talhado pelo magistrado será absoluta. Destarte, queda-se inerte a busca por tal divisão e conceituação entre verdades formal e material. Gustavo Badaró (2003, p. 34) completa:

Assim, as expressões verdade material e verdade formal serviriam, no máximo, para distinguir graus distintos de aproximação daquela “verdade absoluta” e inatingível. Porém, mesmo que a verdade absoluta seja

---

<sup>62</sup> Do original: “né è umanamente concepibile, né è istituzionalmente esatto che il meccanismo processuale sia predisposto per accertare (nel significato etimologico di rendere certo) la verità”.



intangível, ainda assim, o conceito de verdade – inclusive daquela verdade obtida por meio do processo – é uno, não comporta adjetivações. Aliás, um dos postulados da epistemologia moderna é que a verdade é uma só.

Deve-se, portanto, compreender qual verdade clama por ser atingida no ínterim processual, mormente porque, em uma primeira análise, poder-se-ia chegar a conclusão de que, sendo intangível a verdade real – dada à clarividente margem de incerteza proveniente dos próprios meios de sua obtenção – e existente o *in dubio pro reo*, somente haveria sentenças absolutórias.

Por nítido, tal conclusão não pode existir; em verdade, curial a compreensão de que há graus de conhecimento, que vão desde o não conhecimento até a verdade absoluta. Mais, entre tais extremos, há a verdade relativa (Taruffo, 1992, p. 155), esta sim deve ser atingida no processo, e surge mediante o arcabouço probatório existente nos autos.

À luz da doutrina de Eduardo Cambi (1999, p. 243-244), o conceito de verdade relativa como: “o juízo resultante do confronto da afirmação da ocorrência do fato, pelas partes, com a demonstração da sua ocorrência, pelo juiz, através das provas produzidas no processo”.

Desta feita, o que se busca é a verdade que seja resultado tão somente do esforço na busca das provas que adjetivem as teses acusatórias e defensivas. Esta verdade, nem absoluta, nem real, nem formal, é a relativa e fruto da reunião de argumentos e contra-argumentos, que conferirá ao magistrado sustentabilidade para prolatar sua decisão.

Assim, questiona-se se o magistrado, ao ingressar no campo probatório, produzindo *ex officio* as provas que compreender necessárias, não acabaria, ainda que involuntariamente, alterando a verdade relativa, subjetivando além do que lhe é permitido – sabendo, claro, que por humano, a verdade do magistrado sempre terá conotação subjetiva – concretizando o que a doutrina denomina de “quadro mental paranoico” e, por assim, influenciando na própria verdade do caso.

Salienta-se que há posicionamento, como já asseverado no bojo do presente trabalho, que sustenta que tal atuação do magistrado – com esta conduta ativa – não lhe retiraria a imparcialidade, e por assim, não “alteraria o teor da verdade relativa dos autos”, no entanto, *data maxima venia*, esta não é a posição defendida nesta obra, que diligencia que tal postura do julgador acaba,

invariavelmente, por causar no magistrado referido *status*, provocando impacto nítido na verdade inerente ao referido processo.

## 6 DA PROVA

Faz-se cabível, no presente momento, trazer questões inerentes ao estudo das provas, vez que elas são o substrato do presente trabalho, isto é, se é conferido ao magistrado, de ofício, produzi-las. Nesta toada, imprescindível colacionar o(s) conceito(s) de prova, trazendo questões correlacionadas a pensamentos distintos, de doutrinadores clássicos e contemporâneos.

### 6.1 Do(s) Conceito(s)

No presente tópico, conforme já aduzido alhures, analisar-se-ão conceitos de prova que se apresentaram ao longo do desenvolvimento da Ciência Jurídica. Concomitantemente, apontamentos serão lançados como forma de subsidiar a (im)possibilidade de utilização de alguns destes em face do atual cenário probatório.

O ato de conceituar algo, que a primeira vista parece simples, em matéria jurídica apresenta-se como deveras complexo, notadamente diante das nuances que são levadas em consideração por alguns autores, enquanto que para outros não. Ademais, trazendo as elucidações realizadas no Capítulo anterior quanto verdade e certeza, pode-se concluir, quanto à confecção do conceito de prova, que cada autor apresenta, em seu grau de subjetividade, sua verdade, sem que, contudo, retire a importância ou a concretude apresentada por outro doutrinador.

Voltando-se ao estudo conceitual do termo “prova”, tem-se na doutrina uma vasta gama distinta de acepções. Neste esteio, adverte Nilo Bairros de BRUM (1980, p. 56):

Mesmo entre os processualistas, a palavra [prova] aparece com várias acepções. Assim, há uma acepção que, tomando os litigantes como referência, atribui ao termo o significado de conjunto parcial de elementos probatórios. Nesse sentido, fala-se em “prova de acusação” e “prova de defesa”. Em uma acepção mais restrita, fala-se em prova com o significado de fato, objeto ou vestígio que serve para provar a existência de outro fato. Em um sentido mais amplo, o termo é usado para significar tudo aquilo que possa ser introduzido ou praticado no processo com a finalidade de tornar conhecido algum fato, pessoa ou coisa. Assim, são provas os objetos, os indícios, os laudos e relatórios periciais, a confissão, a acareação, a inspeção judicial, os depoimentos, os documentos etc. Fala-se, ainda, em prova com o significado subjetivo de resultado produzido na mente do juiz, ou seja, a convicção do julgador sobre a realidade ou verdade dos fatos.

Neste sentido, diz-se que “a defesa conseguiu provar a (produziu a prova da) inocência do acusado, obtendo a absolvição.

Feitas tais ressalvas, salutar iniciar com o conceito de Ricardo Levene (1953, p. 453): “todas as atividades que visam a obtenção do cerceamento judicial sobre os elementos indispensável para a decisão do litígio levado a julgamento”<sup>63</sup>.

Em que pese a importância do conceito em comento, analisando-o com o firme posicionamento contemporâneo, tem-se que este não mais cabe. Isso se afirma, *data maxima venia*, vez que o referido autor considera a prova possuindo como elemento fulcral o fornecimento, ao magistrado, de elementos para solucionar o litígio. Outrossim, conecta a seu conceito a existência da lide, o que conforme ressalva Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (1989, p. 149): “[...]é inaceitável no processo penal, isto é, para referir o conteúdo do processo penal, não serve a lide do processo civil e nem a lide penal”.

Outro conceito é apresentado por Vincenzo Manzini (1965, p. 144), o qual diligencia no sentido de que:

A prova penal é a atividade processual imediatamente direcionada ao escopo de obter a certeza judicial, segundo o critério da verdade real, acerca da imputação ou de outra afirmação ou negação que interesse a uma providência do juiz<sup>64</sup>.

Denota-se que tal conceito, pela realidade atual, mostra-se equivocado mormente pelo fato de que diligencia o pensador em comento que a prova é elemento fulcral à obtenção da verdade real, a qual, conforme estabelecido no Capítulo anterior, é intangível.

Cabível trazer à baila, ainda, o conceito de prova talhado por Frederico Marques (1961, p.272):

A prova, assim, é o elemento instrumental para que as partes influam na convicção do juiz, e o meio de que este se serve para averiguar sobre os fatos em que as partes fundamentam suas alegações. Com a prova o que se busca é a configuração real dos fatos sobre as questões a serem decididas no processo. Para a averiguação desses fatos, é da prova que se serve o juiz, formando, ao depois, sua convicção. Cumpre ao magistrado cingir-se às provas que se lhe deparam no processo, muito embora tenha

<sup>63</sup> Do original: “*el conjunto de actividades destinadas a obtener el cercioramiento judicial acerca de los elementos indispensables para la decisión del litigio sometido a proceso*”.

<sup>64</sup> Do original: “*La prova penale è l’attività processuale immediatamente diretta allo scopo di ottenere la certezza giudiziale, secondo il criterio della verità reale, circa l’imputazione o altra affermazione o negazione interessante la decisione del giudice*”

poderes e faculdades para determinar a produção dos meios probatórios que entenda úteis à descoberta da verdade.

Na mesma direção, leciona Fernando da Costa Tourinho Filho (2001, p.215) que compreende por prova “os elementos produzidos pelas partes ou pelo próprio Juiz, visando a estabelecer, dentro do processo, a existência de certos fatos”.

Em comparação, curial apresentar o conceito de prova de Francesco Carnelutti; interessante que este apresenta a vertente conceitual para a seara civil e para a seara criminal, os quais são, conforme se observará, bastante próximos. Destarte, em processo civil, Francesco Carnelutti (2000, p. 496) aduz que provar “significa uma atividade do espírito dirigida à verificação de um juízo. O que se prova é uma afirmação; quando se fala em provar um fato, ocorre assim pela costumeira mudança entre afirmação e o fato afirmado”.

Já para o sistema penal, assevera que as provas são:

[...] os objetos por meio do qual o juiz obtém as experiências que servem para julgar. Assim, não será ousado, compará-las [as provas] com chaves, pelo qual se tenta abrir as portas do desconhecido, que, como qualquer homem busca saber o que ele não sabe<sup>65</sup>.

Denota-se, por assim, que os conceitos supracolacionados de Tourinho Filho (2001, p. 215) e Frederico Marques (1961, p. 272) destoam do posicionamento defendido no presente trabalho. Uma, porque compreendem tais autores que, por meio do arcabouço probatório, chegar-se-á a uma verdade, de cunho real, substancial, o que se compreende infactível, seja pelo apresentado no Capítulo anterior, seja pela dicção do posicionamento de Carnelutti (2000, p. 496), também aduzido alhures.

Sem embargo, o outro motivo pelo qual se discorda dos posicionamento apresentados é pelo fato de que ambos posicionam-se pela possibilidade, além de as partes, o magistrado penal angariar provas que compreender necessárias à solução da demanda. Conforme asseverado em Capítulo anterior, a gestão da prova aproximar-se do magistrado é fato que compete

---

<sup>65</sup> Do original: “los objetos mediante los cuales el juez obtiene las experiencias que le sirven para juzgar. No será un atrevimiento, por eso, si las comparamos a llaves, mediante las cuales él trata de abrir las puertas de lo desconocido, de lo cual, como cualquiera outro hombre, se encuentra rodeado, para saber lo que no sabe”.

ao sistema inquisitivo, que destoa do posicionamento constitucional adotado, eminentemente acusatório.

Ademais, curial oxigenar o posicionamento talhado por Carnelutti, aduzido acima, com o de Fauzi Hassan Choukr (2011, p. 303), o qual enfatiza a necessidade de a prova ser produzida em meio lícito, banhado por princípios constitucionais, tais como, o contraditório. Outrossim, para o referido autor, prova:

[...] é todo produto obtido por um meio lícito, em contraditório, pelas partes legitimadas, perante o juiz natural da causa, tendente a certificar o conteúdo da imputação e o objeto do processo ou a descaracterizá-lo, devendo ser sopesado explicitamente pelo órgão julgador na fundamentação de seu provimento.

Destarte, cabível fundir os conceitos de Carnelutti e Choukr, para, brevemente, concluir que a prova se compreende como uma informação concretizada mediante um objeto<sup>66</sup>, direcionada ao respectivo juiz natural da causa, e que, oxigenada pelos princípios informadores do processo, a dizer, contraditório, ampla defesa, devido processo legal, conduzem o magistrado à convicção de algo.

Sem embargo do conceito formado acima, resultado dos esforços de Carnelutti e Choukr, cabível conferir posicionamento contemporâneo, sob o qual o termo “prova” vem inserido à filosofia, representando “comunicação”. Para tanto, salutar a compreensão de Elmir Duclerc (2004, p. 16), segundo o qual:

O conceito de prova pode ser tido como comunicação, como troca de mensagens entre emissores (partes, testemunhas, perito) e receptor (o juiz), que deve receber, processar, interpretar e valorar os dados que lhe são transmitidos, como etapa necessária do processo decisório

Compreende-se que por “comunicação” tem-se o elo que se forma entre as partes e o magistrado, sendo aqueles como emissores e este como receptor. Tal fato, *de per sí*, oxigena o sistema acusatório e a gestão da prova nas mãos das partes, restando ao magistrado uma postura mais quieta, resguardada,

---

<sup>66</sup> Denota-se que o termo “objeto” fora utilizado na conceituação de Carnelutti lançada acima. Por objeto, compreende-se que qualquer deste pode ser considerado prova. É dizer, não há limites ou restrições à utilização destes objetos de prova, nem ao menos, dos “meios de prova”. Acerca desta distinção, cabível colacionar o conceito de Paulo Rangel (2003, p. 381-382): “O objeto de prova é a coisa, o fato, o acontecimento, que deve ser conhecido pelo juiz, a fim de que possa emitir um juízo de valor. São os fatos sobre os quais versa o caso penal. Ou seja, é o *thema probandum* [...]. Meios de prova são todos aqueles que o juiz, direta ou indiretamente, utilize para conhecer da verdade dos fatos [...] é o caminho utilizado pelo magistrado para formar a sua convicção acerca dos fatos ou coisas que as partes alegam”.

diligenciando para exarar sua decisão acerca do que lhe fora apresentado e, por nítido, passar pelo crivo do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

Desta comunicação eclode um direito de via dupla, qual seja, o de falar e o de ser ouvido. Nesta esteira, Elmir Duclerc (2006, p. 242):

É preciso ter em mente, ainda, que, se a prova é a comunicação que as partes estabelecem com o juiz para convencê-lo de suas verdades, então é natural que um direito à prova seja necessariamente decomposto em duas faculdades mais gerais: o direito de falar de um lado, isto é, o direito de introduzir elementos de prova no universo probatório, e o direito de ser ouvido, isto é, o direito a que os elementos de prova sejam avaliados e interpretados corretamente pelo juiz.

Ressalta-se que a análise dos pensadores em tela em nada visa desprestigiar seus respectivos trabalhos. O que se compreende, porém, é analisar o ponto de partida, por eles talhados, buscando traçar os novos panoramas dos institutos. Sem laivo de dúvidas, tais pensadores, por meio dos conceitos ora apresentados, contribuíram sobremaneira para a compreensão do instituto em tal qual é visto contemporaneamente.

## **6.2 A Pré-Concepção Gadameriana e a Análise do Arcabouço Processual**

Não se pode imaginar o homem isolado do mundo que vive. Em verdade, o meio em que o homem se insere tem papel de extrema importância, no mais das vezes, em uma série de decisões que eventualmente tem de tomar. Quer-se afirmar, o mundo confere ao homem uma imensa carga de conceitos os quais, até mesmo involuntariamente, utilizada nas mais diversas questões da vida.

Na seara probatória, por claro, tal premissa mantém-se verdadeira. Nesta esteira, o sujeito responsável pela análise das provas produzidas carrega questões e preconceitos das mais diferentes áreas do cotidiano, profissionais ou pessoais, de cunho social, político, cultural, econômico e histórico.

Por assim, inarredável a conclusão de que o meio externo influencia sobremaneira na composição da subjetividade do ser humano. Este é o posicionamento de Boaventura de Sousa Santos (2001, p. 194), quando afirma que “a sucessão de tempos é também uma sucessão de espaços que percorremos e nos percorrem, deixando em nós as marcas que deixamos neles”.

O magistrado, por assim, quando da apreciação do arcabouço probatório que lhe é dado, transcende-o, analisando-o em plano harmonia (ainda que involuntariamente) com a subjetividade que compreende sua vivência global, com suas experiências e valores<sup>67</sup>. Gadamer (1997, p. 356-359) classifica tal fenômeno como pré-compreensão.

Nesta toada, Celso Luiz Ludwig (2005, p. 149) explicita o posicionamento gadameriano:

Gadamer afirma a condição pré-conceitual de toda compreensão. A historicidade de toda compreensão decorre da condição originária do homem como 'ser-no-mundo'. Esta condição de ser-no-mundo une o ser humano à tradição de forma irrefutável. A historicidade do homem é vista como condição de possibilidade de toda compreensão: o homem compreende a partir de pré-conceitos produzidos na história.

Imprescindível notar que a pré-concepção consubstancia-se na subjetividade que o ser humano leva consigo durante toda sua existência; por ele, forma-se o viés histórico a ser considerado quando da análise de algo. Neste esteio, para que coesa a compreensão, imperiosa é a pré-compreensão (que, como o vernáculo induz, é anterior à própria compreensão).

Comunga deste posicionamento Lenio Luiz Streck (2004, p. 205-206):

Toda compreensão tem uma inexorável e indissociável condição histórica, que faz a mediação entre o sujeito e a coisa a ser compreendida. (...) Vê-se, assim, a importância que Gadamer atribui à tradição, entendida como objeto de nossa (pré)compreensão.

Ainda, no mesmo bojo, Streck (2004, p. 210) reafirma: “a compreensão do texto está determinada permanentemente pelo movimento antecipatório da pré-compreensão”.

Gadamer (1997, p. 356-359), porém, ressalta a árdua tarefa de ligar com a pré-concepção, a qual, se desarrazoada, importará sempre em decisões descabidas. Justamente por isso, ainda que com referida pré-concepção, deve o magistrado, necessariamente, se ater ao arcabouço probatório que lhe fora conferido. Nesta linha:

---

<sup>67</sup> Justamente por isso em momento algum durante esta trabalho referiu-se à postura do julgador como “neutra”. Falou-se, porém, em imparcialidade.



Quem busca compreender está exposto a erros de opiniões prévias que não se confirmam nas próprias coisas. Elaborar os projetos corretos e adequados às coisas, que como projetos são antecipações que só podem ser confirmadas “nas coisas”, tal é a tarefa da compreensão. (...) A compreensão só alcança sua verdadeira possibilidade quando as opiniões prévias com as quais inicia não forem arbitrarias. (GADAMER, 1997, p. 356)

De hialina clareza, portanto, que o método interpretativo de Gadamer busca aniquilar a interpretação eivada pelo dogmatismo. É dizer, pelo conceito de prova como comunicação (conforme já aduzido anteriormente), curial que o magistrado, ainda que oxigenado pela pré-concepção que lhe é inerente, permita às partes, dialeticamente, falarem e se verem ouvidas. Somente assim, portanto, que se confere a natureza garantista ao processo, pois, desta maneira, respeitar-se-á todo o feixe de princípios que fomentam o acusado, *verbi gratia*, devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

Dito isso, cabe ressaltar a função do magistrado enquanto servidor da sociedade e, por claro, do cidadão. Neste esteio, imprescindível aduzir que, na seara da pré-concepção, é demais importante o julgador analisar aquele que está sendo acusado como um semelhante, e paradoxalmente, compreender que nele há uma série de diversidades que o acompanharam durante sua existência, o que, conforme ressalta Aury Lopes Junior (2005, p. 80), por vezes, é olvidado pelo magistrado:

Falta a esse juiz a consciência de sua própria sombra, a capacidade de ser, ao mesmo tempo julgador-julgado. É, também, um exercício de abstração ou mesmo altruísmo, de respeitar o outro na sua diversidade e assumir seu local de fala, absolutamente imprescindível para o exercício da magistratura, mas que infelizmente não tem sido devidamente exercitado.

Relação ainda mais se dá no momento da instrução processual, donde é premente a necessidade de que o julgador se mantenha longe da produção da prova, como forma de, *a posteriori*, analisar as provas – respeitando-se o devido processo legal – com base tão somente nas informações e, desta feita, elaborar sua convicção, proferindo a sentença.

Nesta toada, Geraldo Prado (2001, p. 141) compreende que:

O juiz é o destinatário da prova e, sem dúvida alguma, sujeito do conhecimento. Quando, porém, dedica-se a produzir provas de ofício se coloca como ativo sujeito do conhecimento a empreender tarefa que não é neutra, pois sempre deduzirá a hipótese que pela prova pretenderá ver confirmada.

Destarte, compreende-se que a pré-concepção simultaneamente vislumbra-se como algo preciso, na medida em que confere a necessária subjetividade ao magistrado; porém, deve ser pautada pelos princípios que oxigenam o devido processo legal, bem como, a ética, para que não se dê em excesso, o que, por claro, contaminará a decisão com um conceito pré-formulado.

Aury Lopes Junior (2013, p. 508-509) relaciona o presente defendido com a semântica da palavra “sentença”, corretamente trazer à baila o subjetivismo, a emoção que é inerente ao *decisum*:

Disso decorre outro termo que dela [prova] é inseparável: *sentire*. Como já explicamos em outra ocasião, o papel do sentimento do juiz é fundamental e isso fica evidenciado até pela etimologia da palavra sentença, que vem de *sententia*, que, por sua vez, vem de *sententiando*, gerúndio de verbo *sentire*, ensejando a ideia de que, por meio dela, o juiz experimente uma emoção, uma intuição emocional. Mais do que isso, ele sente e declara o que sente.

Desta feita, evidencia-se um caminho a ser trilhado pelo magistrado, partindo das provas que lhe foram dirigidas, para, em conjunto com a pré-concepção, realizar o ato de decidir. Destarte, cabe ao magistrado, pormenorizar não somente o arcabouço processual, como, igualmente, sua pré-concepção, para *in fine*, concretizar de maneira ética, seu julgamento. Tem, ainda, o julgador, a difícil tarefa de se proteger do arbítrio de suas próprias pré-convicções, procurando analisar o caso com a parcimônia que ele merece.

Tal íterim processual é elucidado por Gadamer (1997, p. 497): “O que ‘surgirá’ de uma conversação ninguém pode saber de antemão”. Ora, antes da conversação (do íterim processual), não pode o magistrado ter ciência do teor de sua decisão.

Justamente nesta toada, Lenio Streck (2004, p. 217-218):

Dada esta presença do pré-juízo em toda compreensão, trata-se de não se limitar a executar as antecipações da pré-compreensão, sendo, pelo contrário, consciente das mesmas e explicando-as, respondendo assim ao primeiro comando de toda interpretação: proteger-se contra o arbítrio das ideias e a estreiteza dos hábitos de pensar imperceptíveis e dirigir o olhar “para as coisas mesmas”.

Reforça a tese de Streck, o posicionamento de Alexandre Morais da Rosa (2006, p. 194):

Nesse diálogo dialético entre interlocutores, o ato de compreensão do outro e com o outro significa romper as barreiras unilaterais – pré-conceitos –, abrindo-se espaço para a alteridade, deixando de ser uma experiência isolada para ser coletiva, em comunidade, eis que o lugar privilegiado da experiência humana é a intersubjetividade.

Pela reunião de elementos aqui relacionados, resta claro que o magistrado deve-se manter imparcial à produção de provas, para que assim não antecipe o natural curso processual, que se extingue com a prolação da sentença. A imparcialidade, assim, exige que o magistrado permaneça em postura de terceiro no desenvolver da lide penal, aguardando a colação das provas que lhe forem apresentadas.

Desta maneira, sua postura passiva quanto à produção de provas garantirá, a um só turno, que a apreciação do conteúdo probatório não seja oxigenado por pré-conceitos, favorece o debate dialético, bem como, que o processo tenha seu curso devidamente obedecido, prestigiando, a reboque, o sistema acusatório, com assento constitucional.

Na esteira deste entendimento, Aury Lopes Junior (2005, p. 85-86):

A imparcialidade corresponde exatamente a essa posição de terceiro que o Estado ocupa no processo, por meio do juiz, atuando como órgão supra-ordenado às partes ativa e passiva. (...) tudo isso cai por terra quando se atribuem poderes instrutórios (ou investigatórios) ao juiz, pois a gestão ou iniciativa probatória é característica essencial do princípio inquisitivo, que leva, por consequência, a fundar um sistema inquisitório. A gestão/iniciativa probatória nas mãos do juiz conduz a figura do juiz ator (e não espectador), núcleo do sistema inquisitório. Logo, destrói-se a estrutura dialética do processo penal, o contraditório, a igualdade de tratamento e oportunidades e, por derradeiro, a imparcialidade – o princípio supremo do processo. (...) A imparcialidade do juiz fica evidentemente comprometida quando estamos diante de um juiz-instrutor (poderes investigatórios) ou quando lhe atribuímos poderes de gestão/iniciativa probatória.

Por assim, deve-se ter cautela o magistrado para que reúna, no momento da decisão, a pré-concepção inerente somente aos princípios que fomentam o processo constitucional, bem como, a ética que lhe é premente, lembrando-se, sobretudo, do *in dubio pro reo*.

### 6.3 Habermas e o Agir Comunicativo na Seara Probatória

Prosseguindo quanto ao conceito que imprime a comunicação no bojo do conceito de prova, imprescindível analisar a teoria de Jürgen Habermas, pela qual a linguagem consubstancia-se como pedra de torque para seu paradigma. Nesta toada, Celso Luiz Ludwig assevera:

Não significa a inclusão da linguagem na condição de mais um tema relevante para a reflexão filosófica. Trata-se de um giro da própria filosofia, uma virada no modo de se entender a filosofia. Nesse novo paradigma, a linguagem passa da condição de objeto da reflexão para a condição de fundamento de todo o pensar.

Referido movimento linguístico referendado na obra de Habermas busca a inter-relação entre os sujeitos processuais cujo escopo precípua é entendimento geral. Para tanto, imprescindível, segundo o autor em comento, que haja uma concretização da fala, de natureza ideal, com determinadas regras discursivas, as quais conduzem para o entendimento mútuo. FREITAG e ROUANET (1993, p. 13), referindo-se à teoria em comento, asseveram que, por ela, “os homens se relacionam entre si, por meio de normas linguisticamente articuladas, e cujo objetivo é o entendimento mútuo”. Trata-se, portanto, do agir comunicativo.

Nesta linha, Habermas (1989, p. 167-168):

Numa atitude orientada para o entendimento mútuo, o falante ergue com todo proferimento inteligível as seguintes pretensões:

- que o enunciado formulado é verdadeiro (ou, conforme o caso, que as pressuposições de existência de um conteúdo proposicional mencionado são acertadas);
- que o ato de fala é correto relativamente a um contexto normativo existente (ou, conforme o caso, que o contexto normativo que ele realiza, é ele próprio legítimo); e
- que a intenção manifesta do falante é visada do modo como é proferida.

Visando garantir a cientificidade da teoria em tela, Habermas talhou duas regras de argumentação, fulcrais para o desenvolvimento do agir comunicativo, quais sejam: igualdade entre todos participantes e ausência de ameaça quando do discurso. Acerca destas características, Ludwig (2006, p. 98):

Nisso está implicado o pressuposto que os falantes devem levar em conta determinadas regras de argumentação, inscritas na própria linguagem, como é o caso da aceitação de que todos os participantes do discurso são

iguais e que o discurso livre como tal não pode sofrer a ameaça de violência aberta ou oculta. Essas regras – inscritas na linguagem – passam a ser condições normativas da possibilidade da discussão (...). Em resumo, as duas regras inscritas na própria linguagem, chamadas de regras do discurso, são estas: 1º) todos os participantes do discurso em princípio são iguais (e, portanto, não devem ser excluídos quaisquer argumentos); e 2º) a obrigação de argumentar sem violência (...).

Clara a aproximação entre a teoria do agir comunicativo e o estudo probatório na seara penal, notadamente em face dos pressupostos acima relacionados, tem-se no agir comunicativo, em verdade, um instrumento *ad favorem* o processo. Ganha mais elucidação, ainda, pelo fato de que o debate processual tem seu desenvolvimento no âmago do contraditório e da ampla defesa, de maneira que as partes logram êxito em, pela comunicação e linguagem, alterar a verdade relativa que será estampada – futuramente – no bojo da sentença condenatória ou absolutória.

Ademais, tem-se pelo agir comunicativo a possibilidade de as partes argumentarem, com suas peculiaridades (notadamente face aos polos diametralmente opostos que ocupam na relação processual) com a mediação de um terceiro imparcial. Nesta toada, cabível trazer à colação o posicionamento de Luciana Drimel Dias (1999, p. 413):

O consenso pregado por Habermas e adaptado ao processo, vai advir da participação e mediação que o juiz fizer frente aos argumentos expostos, sendo que a decisão final de escolha do melhor argumento é sua, podendo até contribuir com sua argumentação discursiva para o consenso final.

Tal fato, por nítido, deve ser respaldado pelo princípio dispositivo que oxigena o processo constitucional, segundo o qual a gestão probatória concentra-se exclusivamente nas mãos das partes, permanecendo o magistrado inerte quanto a esta atividade. Sem prejuízo, não se pode olvidar do princípio que inspira o processo penal contemporâneo: o *in dubio pro reo*.

Pelo agir comunicativo, busca-se a “verdade” (compreendendo-a como aquela relativa, tratada anteriormente, reforçando a ideia de que inexiste verdade absoluta) pelo diálogo travado entre as partes – autor e réu – e somente por elas. Ao terceiro julgador resta apenas a atividade de mediação do debate talhado.

Luciana Drimel Dias (1999, p. 413) assim aduz:

Poderíamos, então neste ponto, ponderar criticamente dizendo que o juiz constrói a verdade do processo tendo, dessa forma, poderes absolutos nesta tarefa. Não. O procedimento para o conseguimento da verdade é inteiramente dialético, todos podem e devem argumentar, e além do mais é permeado pelas provas que auxiliam na escolha final do melhor argumento que se transformará em verdade.

Desta feita, compreende-se, novamente, pela impossibilidade de o magistrado deixar sua posição de terceiro imparcial e iniciar uma busca pela colheita probatória. Tal compreensão é substrato não somente de uma leitura pormenorizada da Constituição Federal, notadamente dos princípios que a compõem, como, para o tema em debate, desprestigia o debate, na medida em que retira das partes a possibilidade de, de maneira efetiva, dialogarem e argumentarem durante o processo.

## 7 O PROCESSO PENAL PÓS-CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

Inegável o ganho ao ordenamento que a Constituição Federal de 1988 fornecera. Consubstancia-se, em seu bojo – sobretudo no bojo do art. 5º (não exclusivamente, frise-se) –, uma gama imensa de garantias ao cidadão e à coletividade, conferindo ao processo (todo ele) um novo meio de analisar o meio em que se insere.

Nesta toada, já foram analisados, a guisa de exemplos, o arcabouço principiológico expresso na Lei Maior, bem como, aqueles que, ainda que tacitamente, dela florescem, com igual magnitude. Nítido, portanto, que estes tem papel fulcral no desenvolvimento do processo penal que adjetiva o direito material correlato. A este evento em que se oxigena a Lei Maior com elementos voltados ao processo penal, apresentando normas processuais de cunho constitucional, dá-se o nome de Processo Penal Constitucional (2002, p. 16-18).

Cristalina é, portanto, a conexão entre a Carta Constitucional de uma nação e sua respectiva legislação processual; nesta toada, aliás, Claus Roxin (2000, p. 10) assevera que “o Direito processual penal é o sismógrafo da Constituição do Estado!”<sup>68</sup>.

Nesta linha, Geraldo Prado (2001, p. 41) observa que, com a sobrevivência do Estado Democrático de Direito, a *Lex Mater* confiou ao processo penal a árdua tarefa, não apenas de garantia dos direitos fundamentais, como, a um só passo, compreender-se em instrumento político de participação.

Importa, outrossim, o processo penal em instrumento com fim precípua de consagrar, concretamente, o sonho democrático talhado na Constituição Republicana 1988. Corroborado com o ora exposto, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho (2012, p. 133), quando conclui que o processo penal ocupa espaço público com finalidade de: “fazer justiça, a estabelecer a paz social, a igualizar as pessoas, a concretizar as promessas da Constituição, especialmente os direitos fundamentais”.

Desta união com mútuas trocas, donde ambas as ramificações jurídicas se entrelaçam e se fomentam – Processo Penal Constitucional – notadamente o maior relevo e respaldo conferido aos princípios que norteiam a área

---

<sup>68</sup> Do original: “*el Derecho procesal penal es el sismógrafo de la Constitución del Estado!*”

penal, vê-se nítida a tendência pela adoção do sistema acusatório, por claro, com novas tendências e elementos qualificadores.

### **7.1 Da Necessária Revisitação ao Sistema Acusatório Sob o Contexto Democrático do Processo Penal**

Conforme se denotou anteriormente, o próprio sistema acusatório passou por duas faces com vieses bastante característicos, por assim, imprescindível analisá-lo diante da nova ordem jurídica trazida por meio da nova ordem constitucional, precipuamente, diante dos princípios que a oxigenam.

Não se pode compreender, por assim, ainda que se admita (o que ocorre neste trabalho) pela existência do sistema acusatório no bojo do ordenamento pátrio, que este se desenvolve tal que ocorrera em sua primeira constatação histórica. Rafael Baitz (2006, p. 40) realiza advertência nesta seara, donde o historiador, por vezes, crê que “as mesmas palavras designam objetos imutáveis em seu percurso histórico, como se houvesse uma essência nas coisas e nas palavras que as designa”.

Muito pelo contrário, porém, pois os institutos jurídicos cuja característica reflete sobremaneira a própria Ciência Social, influenciam e se deixam influenciar a todo instante pelo movimentos internos de uma sociedade. Ressalta Baitz (2006, p. 41) que é elementar “desconfiar da permanência e essência dos objetos”.

Tal reflexão é por deveras pertinente, sobretudo pelo fato de que o sistema acusatório, *de per se*, com suas características primárias, não é capaz de compreender as complexões e características do mundo jurídico contemporâneo, notadamente aqueles que surgiram (ou que ganharam mais relevo) com o advento da Carta Constitucional de 1988.

Conforme já repassado diversamente ao longo do presente trabalho, o traço principal do sistema acusatório é a gestão da prova alocada às partes, conferindo-se ao magistrado papel de terceiro imparcial, espectador das provas que lhe apresentam.

Tais requisitos, em verdade, compreendem em grande parte o espírito acusatório, porém, diante da realidade constitucional contemporânea, podem se mostrar insuficientes. Desta feita, estas clamam pelo auxílio dos princípios



constitucionais (já aqui trabalhados) e que norteiam e conferem sustentabilidade a todo processo justo, como, por exemplo, o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal, o juiz natural, a imparcialidade, a presunção de inocência, o *in dubio pro reo*, entre outros que são encontrados ao longo do texto constitucional. Tal reunião das características com os princípios em comento, por assim, conduzem a um processo de viés democrático.

Por assim, busca-se a compreensão de que, mais do que defender o caráter acusatório do sistema processual penal, é ter em mente sua função democrática, a qual se aperfeiçoa pelos princípios já analisados.

Nesta linha, Rui Cunha Martins (2012, p. 80) assevera:

Dizer democrático é dizer o contrário de inquisitivo, é dizer o contrário de misto e é dizer mais do que acusatório. Inquisitivo, o sistema não pode legalmente ser; misto também não se vê como (porque se é misto haverá uma parte, pelo menos, que fere a legalidade); acusatório, pode ser, porque se trata de um modelo abarcável pelo arco de legitimidade. Mas só o poderá ser à condição: a de que esse modelo acusatório se demonstre capaz de protagonizar essa adequação. Mais do que acusatório, o modelo tem que ser democrático. A opção por um modelo de tipo acusatório não é senão a via escolhida para assegurar algo de mais fundamental do que ele próprio: a sua bandeira é a da democracia e ele é o modo instrumental de a garantir. Pouca virtude existirá em preservar um modelo, ainda que dito acusatório e revestido, por isso, de uma prévia pressuposição de legalidade, se ele comportar elementos susceptíveis de ferir o vínculo geral do sistema (o tal princípio unificador: a democraticidade), ainda quando esses elementos podem até não ser suficientes para negar, em termos técnicos, o caráter acusatório desse modelo. Não é o modelo acusatório enquanto tal que o sistema processual democrático tem que salvar, é a democraticidade que o rege.

Referido autor, ainda, fecha seu raciocínio aduzindo fulcral a existência de uma “coordenação entre direito, processo e democracia, o que ocorre pela desejável via da Constituição” (MARTINS, Rui Cunha, 2012, p. 82).

Sem embargo, cabível ressaltar que o conceito de “democracia” além muito além do que o voltado apenas à política (como, por exemplo, direito ao voto); volta-se, porém, à concretização real do modelo democrático, que clama por uma “remoção de obstáculos e bloqueios que restrinjam a participação do povo para viabilizar o exercício de suas prerrogativas de soberania”.

Nesta mesma linha, Geraldo Prado (2006, p. 144) assevera que o sentimento democrático “é construído pela afirmação do respeito à dignidade humana e pela primazia do Direito como instrumento das políticas sociais, inclusive

a Política Criminal”, tanto é, que segue o autor e assevera ser fulcral compreender o “processo penal inspirado no princípio democrático” (PRADO, 2006, p. 144).

Assim, de se questionar se a possibilidade conferir ao magistrado poderes de produção de provas facilitaria ou prejudicaria o princípio democrático em tela. Ao que parece, tal atuação pró-ativa do magistrado fere de morte o princípio em comento, razão pela qual, novamente, pauta-se pela inconstitucionalidade do art. 156, do Código de Processo Penal, pois, além das razões já expostas e defendidas, prejudica o princípio democrático que é inerente ao constitucionalismo vivido desde 1988.

## **7.2 O art. 156, do Código de Processo Penal, Antes e Depois da Alteração Promovida Pela Lei 11.690/08**

Após todas as diligências realizadas ao longo do presente trabalho, imprescindível, *in fine*, analisar o bojo do artigo 156, do Código de Processo Penal, fazendo-o, agora, de acordo com as premissas talhadas na Lei Maior, bem como, à luz da compreensão do sistema acusatório (democrático) que banha o ordenamento jurídico. Imprescindível, ainda, compreendê-lo de acordo com a “verdade” inerente ao processo, trazendo à baila, por assim, os ensinamentos de Habermas e Gadamer, apresentados no Capítulo anterior, com vistas à concretização do conceito de prova como conceito de comunicação e dialeticidade.

### **7.2.1 Análise do artigo 156, do Código de Processo Penal antes da Lei 11.690/08**

Fulcral à compreensão do ora debatido, a análise da dicção legal do art. 156, do Código de Processo Penal antes da reforma conferida pela Lei 11.690/08. Desta feita, tem-se a dicção da lei já revogada:

**Art. 156** A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, mas **o Juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências** para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (g.n.)

Denota-se, pelo já analisado durante este trabalho, que referido artigo conferia ao magistrado a possibilidade de – ao longo da instrução, ou antes de

exarar sua decisão final – coletar elementos probatórios que compreendesse necessário ao deslinde do caso.

Resta claro, por assim, que referido artigo falhava – à luz do sistema acusatório que prepondera, não somente dos princípios constitucionais, mas, igualmente, dos atores processuais igualmente inseridos no texto constitucional (dos artigos 127 a 135), a dizer, Ministério Público, advogados privados e Defensoria Pública, e das funções que estes possuem – na medida em que alteravam substancialmente o sistema de gestão de provas característico do sistema acusatório.

Conforme já se compreendeu, retirar o magistrado de sua postura de terceiro imparcial, permitindo-o ingressar na atividade de busca probatória cria-lhe, no mais das vezes, um “quadro mental paranoico”, quadro este que retira sua imparcialidade, na medida em que prejudica na sua pré-concepção (conforme visto o posicionamento gadameriano) sobrelevando-a a algo a mais do que o permitido, qual seja, aquela que permita a análise em harmonia com os princípios constitucionais correlatos.

Sem prejuízo, fora visto o posicionamento habermariano, no qual, pelo agir comunicativo, nascem duas facetas de direito: o de falar, e o de se fazer ouvir. Por nítido que, o magistrado, por humano, ao invadir a seara probatória, impede, ou ao menos, prejudica, que a(s) parte(s) exerçam tais direitos de falar e de, mediante esta fala, poder influenciar na decisão judicial.

Acerca deste laço psicológico que envolve o magistrado ativo na busca da produção probatória, cabível trazer à baila o posicionamento do então Ministro Mauricio Corrêa, quando de seu voto na ADI 1570-2, analisando o art. 3º, da Lei 9.034/95 (antiga Lei dos Crimes Organizados). Antes de trazer a referida posição do Ministro, calha asseverar que o artigo em comento conferia ao magistrado, nas hipóteses do art. 2º, III, da mesma Lei, realizar a diligência pessoalmente<sup>69</sup>.

Desta feita, asseverou o então Ministro Mauricio Corrêa (2004, p. 46):  
 ““Ninguém pode negar que o magistrado, pelo simples fato de ser humano, após

---

<sup>69</sup> Lei 9.034/95 (Já revogada):

Art. 3º. **Nas hipóteses do inciso III do art. 2º desta lei, ocorrendo possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei, a diligência será realizada pessoalmente pelo juiz, adotado o mais rigoroso segredo de justiça.**

Art. 2º. Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas:

III - o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais.

realizar pessoalmente as diligências, fique envolvido psicologicamente com a causa, contaminando sua imparcialidade”.

Luiz Flávio Gomes (1999, p. 183), ao comentar os dispositivos 2º e 3º da Lei 9.034/95, trouxe à baila, também, seu posicionamento acerca da problematização quanto à modificação do sistema processual que se confecciona, mediante a abertura ao magistrado realizar provas de ofício:

O que o legislador responsável pela lei 9.034/95 quis foi, da noite para o dia, implantar (no nosso país) o sistema inquisitório de triste memória, isto é, nos albores do século XXI, seu desejo é o de que a praxe judicial seja a da Idade Média. Esse retrocesso constitui mais uma prova de que o poder político achava-se, às vezes, desenganadamente perdido frente ao fenômeno da criminalidade, principalmente organizada. Não sabe o que fazer e acaba por estabelecer em lei o que está no âmago mais recôndito da nossa herança primitivista-atávica (poderes inquisitivos). Em pleno Estado Constitucional e Democrático de Direito, tentar restabelecer uma praxe medieval denota o primitivismo com o qual, em algum momento, se lida com esse grave problema social e comunitário que se chama “crime”.

Ressalta-se, porém, a existência de posicionamento respeitável em contrário<sup>70</sup>, no entanto, pelas razões já expostas, denota-se o caráter inquisitivo conferido pela legislação em comento (a qual, conforme se verá, será ainda mais drástica após o surgimento da Lei 11.690/08), o que, à luz de uma interpretação constitucional do Processo Penal, não pode ser admitido.

### **7.2.2 A alteração apresentada pela Lei 11.690/08**

Para a corrente que compreende estar o ordenamento oxigenado pelo sistema acusatório (democrático), no qual não é dado ao magistrado realizar quaisquer tipos de atividades probatórias, sob o iminente risco de perder sua imparcialidade e, por assim, romper com o caro princípio do devido processo legal, as alterações apresentadas pela Lei 11.690/08 foram ainda mais devastadoras do que a própria legislação de outrora.

---

<sup>70</sup> Admitindo o posicionamento do art. 156, CPP, pode-se colacionar o posicionamento de Marques da Silva (2008, p. 64): “Não se pode confundir juiz inquisidor com juiz cumpridor de sua função. O inquisidor busca provas que lhe convém para ratificar um pré-julgamento já estabelecido em sua mente. O juiz cumpridor de sua função busca toda e qualquer prova não produzida pelas partes para robustecer sua decisão [...]”; ainda, Guilherme de Souza Nucci (2007, p.364): “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 a 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”.

Desta feita, tem-se a dicção do art. 156, alterado pela Lei 11.690/08:

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) (g.n.)

Nota-se, por assim, que o inciso I do art. 156, do Código de Processo Penal veio a elastecer ainda a possibilidade outrora conferida pela legislação anterior: confere ao magistrado a possibilidade de, antes mesmo de iniciada a ação penal, ordenar a produção de provas que compreender necessárias.

Fulcral a compreensão de que tudo que antes fora asseverado quanto ao quadro mental paranoico do magistrado que se insere na atividade probatória; quanto ao sistema acusatório que oxigena o ordenamento; quanto aos princípios constitucionais que banham o sistema; quanto à verdade como comunicação e dialeticidade e todo o prejuízo da legislação anterior, com vistas à nova redação legal, ganham muito mais relevância, tornam-se muito mais evidentes.

Debruçando-se sobre o inciso I, do artigo em comento, tem-se que este sofre imensa crítica de grande parte da doutrina pelo fato de, conforme já asseverado, conferir poderes instrutórios ao magistrado que vão além do processo, permitem, pois, que a atividade probatória, das provas consideradas urgentes e relevantes, sejam determinadas, *ex officio*, antes mesmo de iniciada a ação penal.

Em verdade, por toda análise trazida no bojo do presente trabalho, defende-se que tal disposição legal consubstancia-se em verdadeiro retrocesso, na medida em que se (re)aproxima com o sistema inquisitivo.

Nesta senda, Eugênio Pacceli de Oliveira (2011, p. 334):

Não se pode deixar de criticar e, mais do que isso, de rejeitar validade à novidade trazida com a Lei n. 11.690/08, que, alterando no mesmo art. 156 do Código de Processo Penal, permite ao juiz, do ofício, *ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção de provas consideradas urgentes e relevantes*. Ora, não cabe ao juiz tutelar a qualidade da investigação, sobretudo porque sobre ela, ressalvadas determinadas provas urgentes, não se exercerá jurisdição. O conhecimento judicial acerca do material probatório deve ser reservado à fase de prolação da sentença, quando se estará no exercício da função tipicamente jurisdicional. Antes, a coleta do material probatório, ou de convencimento, deve interessar àquele

responsável pelo ajuizamento ou não da ação penal, jamais àquele que a julgará. Violação patente – e recente – do sistema acusatório.

Na mesma toada, Marco Antônio de Barros (2010, p. 168):

A incoerência reside na possibilidade de o juiz poder ordenar, de ofício, mesmo antes de iniciada a ação penal \*ou seja, sem que o contraditório tenha sido assegurado à defesa), a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes. O termo “de ofício” nos parece impróprio e abusivo para essa fase, pois, descabe ao juiz assumir as funções que são próprias de investigador ou de acusador.

Para não abalar a estrutura legal que compõe o princípio do juiz natural, é melhor que este dispositivo se torne letra morta na prática forense, pois a intervenção do juiz, durante as investigações realizadas na fase inquisitiva, deve, invariavelmente, depender de representação da autoridade policial, ou de requerido do Ministério Público ou do investigado.

Quer-se concluir que tal permissivo legal rompe (ou ao menos enfraquece) o princípio da imparcialidade, que clama por uma postura reta do magistrado no sentido de não se fazer ativo na busca probatória, para que assim, não se “contamine” premeditadamente com qualquer lado (fato que elevaria sua pré-concepção para uma seara não aceita).

Referida imparcialidade é aclamada, inclusive, pelo Pacto de São José da Costa Rica, o qual, em seu art. 8º, institui:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Nesta toada, Aury Lopes Junior (2008, p. 10) relembra o entendimento do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, o qual asseverou que a atividade investigativa do magistrado não se harmoniza com sua função jurisdicional, na medida em que, se o julgador realizou qualquer atividade de cunho investigativo no íterim pré-processual, não pode, no bojo do processo, julgar.

Acerca desta figura criada pelo art. 156, em seu inciso I, Aury Lopes Junior (2008, p. 10) segue, com bastante veemência:

Imaginem tais poderes nas mãos de algum juiz-justiceiro, titular de uma vara “especializada (de combate a)”, para compreender-se o tamanho do problema e o grave retrocesso de tal disposição legal. Perde-se um juiz e se

ganha um inquisidor. Um bom negócio, sem dúvida... resta saber para quê e para quem.

Conforme se depreende, diligenciar pela constitucionalidade do artigo em comento, notadamente do inciso em voga, parece insustentável; ao magistrado, por assim, deve-se reservar a atividade jurisdicional, o julgamento, o qual sempre se pautará pela imparcialidade.

Andrey Borges de Mendonça (2008, p. 165) ratifica a inconstitucionalidade supraaduzida:

É impossível ao magistrado determinar de ofício a realização de prova antecipada antes do início do processo, sob pena de violação ao sistema acusatório e aos princípios da inércia e do devido processo legal, em virtude da mácula à imparcialidade do juiz. Em síntese, estamos diante de um retrocesso, verdadeiramente inconstitucional, por se tratar de um retorno ao juiz inquisitivo.

Quanto ao inciso II, do artigo 156, do Código Adjetivo Penal, malgrado haja posições que asseverem este garantir uma função publicista do processo, cujo fim precípua é a pacificação com justiça<sup>71</sup>, durante a elaboração do presente trabalho, foi-se possível compreender que, à luz de toda e qualquer “dúvida sobre ponto relevante” – conforme dicção do inciso em comento – labutará em favor do réu, pela presunção de inocência, que é oxigenada pelo *in dubio pro reo*.

---

<sup>71</sup> Neste sentido, GRINOVER, Ada Pellegrini (2005, p.24)

## 8 CONCLUSÃO

Durante a elaboração do presente trabalho, buscou-se compreender pormenorizadamente a tríade formada entre autor, réu e julgador, quadro notadamente complexo na realidade jurídica.

Mais precisamente, buscou-se compreender se a dicção do art. 156, do Código de Processo Penal coaduna com o restante do ordenamento jurídico, notadamente após o advento da Constituição Federal, que trouxe em seu âmago a incidência de princípios que guiam o devido processo legal.

Sem prejuízo, buscou-se conceituar de maneira aprofundada os conceitos de sistema inquisitivo, acusatório e misto, donde se denotou que o ponto de máxima de diferenciação destes é a gestão da prova. Isto é, fulcral à compreensão do sistema é compreender se a diligência probatória se esgota nas partes, ou se, diversamente, esvai ao magistrado.

Desta feita, compreendeu-se que o sistema acusatório consubstancia-se naquele em que a produção probatória é tarefa que incumbe, exclusivamente, às partes, seja pela incidência do princípio dispositivo, seja pelos demais que guiam o devido processo legal, em especial, a imparcialidade do magistrado.

Em sentido diametralmente oposto, apresenta-se o sistema inquisitivo como aquele em que se fundem em uma só figura as atividades de julgamento e produção de prova: ao juiz inquisidor. Sistema histórico, este se vislumbrou como o primeiro existente no mundo, atualmente – *data maxima venia* posicionamentos em contrário – não se mostra harmônico com o espírito constitucional que ecoa (deveria ecoar) pelo restante do ordenamento.

Quanto ao sistema misto, ainda que haja respeitável doutrina que o defenda, compreendeu-se pela sua verdadeira impossibilidade de existência, vez que não há como harmonizar dois sistemas totalmente opostos, vez que incompatíveis os princípios acusatório e inquisitivo.

Seguiu-se e foram analisadas as verdades processuais, buscando-se romper o paradigma entre a dicotomia entre verdade formal e material, compreendendo que, de fato, há apenas uma verdade para se atingir no processo, que se consubstancia na maior proximidade daquilo que se pretende provar com o fato que efetivamente ocorreu.



Imprescindível, ainda, fora a inserção nos temas: verdade e certeza, buscando compreendê-los como elementos de grande magnitude no desenvolvimento do íterim processual.

Noutra vertente, porém com a finalidade de compreender se o artigo 156, do Código de Processo Penal se compatibiliza ou não com o ordenamento constitucional, buscou-se diligenciar pelo conceito de provas. Para tanto, partiu-se de conceitos tradicionais para, com auxílio dos pensamentos de Gadamer e Habermas, compreender o caráter comunicativo de dialético da prova.

Desta feita, seja pelo agir comunicativo de Habermas, seja pela Pré-Concepção de Gadamer, fora possível denotar, pela imprescindível comunicação entre as partes com a observância do magistrado, na medida em que este sai de seu posto de terceiro imparcial para produzir provas, realizará desnecessária comunicação no processo, a qual prejudicará tal atividade pelas partes. É dizer, oxigena sobremaneira a pré-concepção (Gadamer) de maneira a romper com o caro princípio da imparcialidade, impedindo que as partes, após produzida a prova pelo magistrado, possam não somente falar no processo, como também, terem o direito de serem devidamente ouvidas.

Diligenciou-se, outrossim, que o fato de o magistrado realizar atividades no sentido de obter prova causa-se o que a doutrina denomina de “quadro mental paranoico” o que, a reboque, obstaculiza que as partes exerçam o direito de se comunicar processualmente, e, assim, buscar convencer o magistrado de algo.

Denota-se que o íterim processual deve seguir uma simples lógica que expõe a necessidade de, somente após de produzidas as provas, é dado ao magistrado julgar; subvertê-la prejudica o devido processo legal.

Ao final, analisou-se a influência dos princípios constitucionais na seara probatória, denotando sua sobrelevação na seara jurídica, após 1988, o que somente fortalece o sistema acusatório, o qual, conforme se sedimentou, deve ser oxigenado dos princípios constitucionais, o que se denominou de sistema acusatório democrático, donde não basta a gestão de provas para as partes, como, precipuamente, o respeito aos princípios informadores do processo penal constitucional. Tal união, a seu turno, aperfeiçoa o Estado Democrático de Direito.

Ademais, analisou-se a incidência da Lei 11.690/08, a qual elasteceu a possibilidade probatória do magistrado para o período pré-processual. O que, pela união dos argumentos e teses lançadas na presente obra, fere de morte o sistema

acusatório democrático, como, igualmente, o direito de as partes falarem no processo, bem como, de serem ouvidas.

Conferindo à prova um conceito de comunicação e dialeticidade, tal conclusão parece ainda mais nítida, na medida em que a atuação pró-ativa do magistrado na colheita de material probatório retira das partes a possibilidade de se comunicar de maneira correta no bojo processual. Cediço que este direito de se comunicar possui dupla faceta (a qual se mostra prejudicada pela atividade ativa do magistrado em comento): direito de falar e direito de se fazer ouvir.

Desta feita, após fixadas e analisadas todas as premissas inerentes ao presente trabalho, conclui-se pela inconstitucionalidade do art. 156, em seus incisos I e II, na medida em que a postura ativa do magistrado que estes incisos clamam não se harmoniza com os preceitos constitucionais principiológicos que oxigenam o ordenamento.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Cândido Mendes de. **Código philippino, ou, Ordenações e Leis do Reino de Portugal**. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomático, 1870 [online]. Disponível em: <<http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas>>. Acessado em 29 de dezembro de 2015.

ALMEIDA, Canuto Mendes. **Princípios Fundamentais do Processo Penal**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

ANDRADE, Roberta Lofrano. **Uma leitura constitucional do direito processual penal frente à política criminal expansionista: A necessária implementação de um (verdadeiro) sistema acusatório**. Universidade do Vale do Rio os Sinos. Unidade Acadêmica de Pesquisa e pós-graduação em Direito Nível Mestrado, São Leopoldo, 2013.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e Seus Princípios Reitores**. Porto Alegre: Juruá, 2008.

AMARAL, Augusto Jobim do. **Discurso Penal e Política Da Prova: Nos Limites Da Governabilidade Inquisitiva Do Processo Penal Brasileiro Contemporâneo**: Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, 2011.

AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. **O Processo Acusatório e a Vedação Probatória Perante as Realidades Alemã e Brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 9.

AROCA, Juan Montero. **Princípios del Proceso Penal**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1997.

AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Introdução à História do Direito**. 2ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da Prova no Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2003.

BAITZ, Rafael. **O Saber Histórico na Pesquisa Jurídica**. In BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu (coord.). **História e Método em Pesquisa Jurídica**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

BATISTA, Nilo. **Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro – I**. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2002.

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

\_\_\_\_\_. **A Busca da Verdade no Processo Penal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BAZARIAN, Jacob. **O Problema da Verdade: Teoria do Conhecimento**. 4ª ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1994.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Martin Claret. 2003.  
BINDER, Alberto. **Iniciación al Proceso Penal Acusatorio**. Ciudad de Buenos Aires: Campomantes Libros, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **A Evolução Constitucional do Brasil. Estudos Avançados**. São Paulo. v. 14, n. 40, dez. de 2000 [online]. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttex&pid=5013401420000003000&Ing=en&nr=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttex&pid=5013401420000003000&Ing=en&nr=iso)>. Acessado em 30 de dezembro de 2015.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional**. 11 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.

BOVINO, Alberto. **Principio Políticos Del Procedimiento Penal**. 1. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADIn n. 1570-2**. Relator: Maurício Corrêa. Julgado em 12 de fevereiro de 2004. DJ, 22/10/2004.

BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos Retóricos da Sentença Penal**, São Paulo, 1980.

BUENO, Silveira. **Minidicionário da Língua Portuguesa**. São Paulo: FTD S.A. 1996.

CAMBI, Eduardo. **Direito Constitucional à Prova no Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. **Verdade Processual Objetivável e Limitas da Razão Jurídica Iluminista**. Revista de processo 96/232-249, São Paulo: Revista dos Tribunais, out.-dez. 1999.

CAMPOS, Francisco. **Exposição de Motivos Decreto-Lei 3.689, de 3 de Outubro de 1941 – Código de Processo Penal**. In GOMES, Luiz Flávio [org]. Código Penal, Código de Processo Penal, Legislação Penal e Processual Penal, Constituição Federal/Brasil. 12ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. Sorocaba: Minelli, 2006.

\_\_\_\_\_. **Lecciones sobre el proceso penal**. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1950.

\_\_\_\_\_. **Sistema de direito processual civil**. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. 1. ed. São Paulo: Classic Book, 2000.

CARRARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. **Teoria do Processo Penal Brasileiro. Dogmática e Crítica: Conceitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Estado de Direito e Decisão Jurídica: as Dimensões Não-Jurídicas do Ato de Julgar**. In PRADO, Geraldo; MARTINS, Rui Cunha; CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho de. *Decisão Judicial – A cultura jurídica brasileira na transição para a democracia*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

CARVALHO, Salo de. **Da desconstrução do modelo jurídico inquisitorial**. In: WOLKER, Antonio Carlos (Org.) *Fundamentos de História do Direito*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008).

\_\_\_\_\_. **Pena e Garantias**. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CATENA, Victor Moreno. **La Defensa en el Proceso Penal**. Madri: Civitas, 1982.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal – Comentários Consolidados e Crítica Jurisprudencial**. 5º ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

COKE, Edward. **Institutes of the Laws of England**. London: 1648.

CORA, Enrique Álvarez. **El Derecho Penal Ilustrado Bajo La Censura del Santo Oficio**. In: *Inquisición y Censura El acoso a la Inteligencia en España*. Enrique Gacto Fernández (org.). Madri: Dykinson, 2006, p. 187-200.

CORDERO, Franco. **Guida Alla Procedura Penale**. Milano: Giufreè, 1966.

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. 2ªEd. São Paulo: Martin Claret, 2007.

COUTINHO, Jacinto. **A lide e o Conteúdo do Processo Penal**. Curitiba: Juruá Editora LTDA, 1989.

\_\_\_\_\_. **Introdução aos Princípios Gerais do Direito Processual Penal Brasileiro**. Separata da Revista Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais. Ano 2, n. 4, jan/fev/mar. Porto Alegre: ITEC, 2000.

DELMANTO JR, Roberto. **Inatividade no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

DIAS, Luciana Drimel. **A verdade e a prova judicial (uma análise filosófico-processual da verdade voltada à teoria geral da prova)**. Curitiba, 1999, 452 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

DUCLERC, Elmir. **Prova Penal e Garantismo: uma Investigação Crítica Sobre a Verdade Fática Construída Através do Processo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais: Elementos Teóricos Para uma Formulação Dogmática Constitucionalmente Adequada**. São Paulo: RT, 2002.

EYMERICO, Nicolau. Trad. A. C. Godoy. **Manual da Inquisição**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 15-16.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**, 3ª ed. revista, atualizada e ampliada, São Paulo: 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**. Teoria del garantismo penal. Traducción de Perfecto Andrés Ibañez (et. al). Madrid: Editorial Trotta, 2001.

FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. **A Interpretação Constitucional e o Princípio da Proporcionalidade**. São Paulo: RCS, 2005.

FLORES, Marcelo Marcante. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**, ano IX, n. 53, dez-jan, 2009.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: História da Violência nas Prisões**. Trad. Raquel Ramallete. 34. Ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

FRANCO, Alberto Silva [et al]. In. FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui [org]. **Código de Processo Penal e sua Interpretação Judicial. Doutrina e Jurisprudência**. Vol. I – Parte Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

FREDERICO MARQUES, José. **Elementos de Direito Processual Penal**. v. II. Forense: São Paulo, 1961.

FREITAG, Bárbara; ROUANET, Sérgio Paulo. **Habermas**. 3. ed. São Paulo: Ática, 1993.

FREITAS, Jéssica Oníria Ferreira de. **Na Contramão da Democraticidade: A Permanência do Juiz Inquisidor no Processo Penal Brasileiro**. Universidade Federal de Minas Gerais, 2014.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Tradução de Flavio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 1997.

GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L.M. Macaísta Malheiros. 4ª ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

GOLDSCHIMIDT, James. **Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1959.

GOMES, Luiz Flávio. **Estudos de Direito Penal e Processo Penal**. São Paulo: RT, 1999.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

GONZAGA, João Bernadino. **A inquisição em seu Mundo**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

GRASSI, Fiorindo David. **Direito Romano Hoje. Síntese da História e da Filosofia do Direito Romanista**. Frederico Westfalen: Editora da URI, 1999.

GRAU, Joan Verger. *La Defensa del Imputado y el Principio Acusatorio*. Barcelona: Bosch, 1994.

GRECO FILHO. **Tutela Constitucional das Liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989.

\_\_\_\_\_. Vicente. **Manual de Processo Penal**. 5ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HÉLIE, M. Faustin. **Traité de L'Instruction Criminelle, ou Théorie du Code D'Instruction Criminelle. Première Partie. Historie et Théorie de La Procédure Criminelle**. Paris: Charles Hingray, Libraire-Éditeur, 1845.

HESPANHA, Antônio Manuel. **Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um Milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

ILLUMINATI, Giulio. **La Presunzione d'Innocenza dell'Imputato**. Bologna: Galeati di Imola, 1979.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 10ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2004.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal**. Parte General. 4 ed. Granada: Comares, 1993.

KARAN, Maria Lucia. **Sobre o ônus da Prova na Ação Penal Condenatória**. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, jun.-set. 2001.

LASO, Enrique Sayagués. **Tratado de Derecho Administrativo**. Montevideú: Daniel H. Martins, 1974.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manuel de Processo Penal**. 2ª ed. rev., ampl. e atual., vol I. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

LOPES JUNIOR, Aury. **Bom Para Quê(m)?** Boletim Ibccrim. São Paulo: Ibccrim, ano 16, n. 188, jul./2008.

\_\_\_\_\_. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. **Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, v. 1.

\_\_\_\_\_. **Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista**, Rio de Janeiro, 2005.

\_\_\_\_\_. **Juízes Inquisidores? E Paranoicos. Uma crítica à Prevenção a Partir da Jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos**. Boletim IBCCrim, São Paulo, ano 11, n. 127, jun. 2003.

LUDWIG, Celso Luiz. **Gadamer: A Racionalidade Hermenêutica – Contraponto à Modernidade**. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Coord). *Crítica da Modernidade: diálogos com o direito*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

\_\_\_\_\_. **Para uma Filosofia Jurídica da Libertação: Paradigmas da Filosofia, Filosofia da Libertação e Direito Alternativo**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

MAIER, Julio B. J. **Derecho Procesal Penal I**. Tomo I: Fundamentos. 2ª Ed 3ª reimp. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004, p. 260.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A Lógica das Provas em Matéria Criminal**. Campinas: Bookseller, 1996.

\_\_\_\_\_. **La Logica Delle Prove in Materie Criminale**. v. I. Torino: Unione Tipografico Editrice, 1895.

MANZINI, Vincenzo. **Istituzioni di Diritto Processuale Penale**. Padova: CEDAM, 1965.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo I**. Trad. Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1951.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. **O Direito Romano e o seu Ressurgimento no Final da Idade Média**. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). *Fundamentos de História do Direito*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008.

MARTINS JUNIOR, Jose Isidoro. **História do Direito Nacional**. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

MARTINS, Lucas Morais. **Uma Genealogia das Devassas na História do Brasil**. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3245.pdf>. Acessado em 30 de dezembro de 2015.

MARTINS, Rui Cunha. **O Mapeamento Processual da Verdade**. In PRADO, Geraldo; MARTINS, Rui Cunha; CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho de. *Decisão*



Judicial – A cultura jurídica brasileira na transição para a democracia. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Processual Penal**. V. I. São Paulo: Saraiva, 1980.

MELCHIONDA, Achille. **Prova (Direito Processuale Penale)**. Enciclopedia Del Diritto. Milano: Giuffrè, 1988, vol. XXXVII.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova Reforma do Código de Processo Penal: Comentada Artigo por Artigo**. São Paulo: Método, 2008.

MONTESQUIEU, Charles Loius de Secondat, Barão de. **O Espírito das Leis: As Formas de Governo, a Federação e a Divisão dos Poderes** 8º Ed. red. São Paulo: Saraiva, 2004.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Processo Civil e Processo Penal: Mão e Contramão**. In: Temas de Direito Processual: Sétima Série. São Paulo: Saraiva, 2001.

NASPOLINI, Samyra Haidêe. **Aspectos Históricos, Políticos e Legais da Inquisição**. In: WOLKER, Antonio Carlos (Org.) Fundamentos de História do Direito. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008.

NAVARRETE, Antonio María Lorca. **Derecho Procesal Penal**. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1998.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NOWAK, John E. ET al. **Constitutional Law**, 2ª ed. Saint Paul Minn.: West Publishing Company, 1983, p. 557.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 3ª ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. **O Valor da Confissão Como meio de Prova no Processo Penal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. **Provas no Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Eugenio Pacceli. **Curso de Processo Penal**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PINTO, Felipe Martins. **Introdução Crítica ao Processo Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

POZZER, Benedito Roberto Garcia. **Correlação Entre Acusação e Sentença no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2001.

PIERANGELI, José Henrique. **Processo Penal – Evolução Histórica e Fontes Legislativas**. 2ª ed. São Paulo: IOB Thomson, 2004.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001;

\_\_\_\_\_. **Campo jurídico e capital científico: o acordo sobre a pena e o modelo acusatório no Brasil – A transformação de um conceito**. In PRADO, Geraldo; MARTINS, Rui Cunha; Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2012.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ROCHA JÚNIOR, F.A.R.M, CARDOSO, H.S., DIETER, M.S. O potencial crítico de uma análise transdisciplinar a partir de Freud: os discursos paranóicos da modernidade e a necessidade de um espaço para a ética da alteridade na ação política. *Revista de Direito e Psicanálise, Curitiba*, v.2, n.1, p.37-50, jan/jun.2009.

ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão penal: a bricolage de significantes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ROXIN, Claus. **Derecho Procesal Penal**. Bueno Aires: Ed. Del Puerto, 2001.

\_\_\_\_\_. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 3.

\_\_\_\_\_. **Strafverfahrensrecht**. 25ª aufl. München: C.H. Beck, 1998.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Crítica da Razão Indolente: Contra o Desperdício da Experiência**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

SILVA, Danielle Souza de Andrade e. **A Atuação do Juiz no Processo Penal Acusatório**. Faculdade de Direito de Recife, 2003.

SILVA, Ivan Luís Marques da. **Reforma Processual Penal de 2008**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SILVEIRA, Alípio. **In Dubio Pro Reo**. In: J. M. de Carvalho Santos (Org.). *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1968, vol. XXVI.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito**. 5. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992.

\_\_\_\_\_. **La semplice verità: Il giudice e la costruzione dei fatti**. Roma: Editori Laterza, 2009.

\_\_\_\_\_. **Modelo di Prova e di Procedimento probatório**. *Rivista di Diritto processuale*, Milano: Giuffrè, 1990.

TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues; **Curso de Direito Processual Penal**. 5ª ed rev., ampl., e atual., Salvador: JusPodvm, 2011.

THUMS, Gilberto. **Sistemas Processuais Penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TORNAGHI, Hélio. **Compêndio de Processo Penal**. Tomo II. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1967.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. v. 3, 23. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_. **Manual de Processo Penal**. 11. ed. re. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

UBERTIS, Giulio. **La Prova Penale – Profili Giuridice ed Epistemologici**. Torino: UTET Libreria, 1999.

VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. **Estudios de Derecho Procesal Penal I**. Córdoba: Imprenta de la Universidad Córdoba, 1956.

TUCCI, Rogério Lauria. **Lineamentos do Processo Penal Romano**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho Penal**. Parte General I, Buenos Aires: 1987.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.