

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
UNICURITIBA**

VINICIUS CUNNINGHAM GMYTERCO

**CRÍTICA AO PRINCÍPIO DA BUSCA DA VERDADE REAL COMO LEGITIMAÇÃO
AOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

**CURITIBA
2018**

VINICIUS CUNNINGHAM GMYTERCO

**CRÍTICA AO PRINCÍPIO DA BUSCA DA VERDADE REAL COMO LEGITIMAÇÃO
AOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

**Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito, do Centro
Universitário Curitiba.**

**Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Régner Chemim
Guimarães**

**CURITIBA
2018**

VINICIUS CUNNINGHAM GMYTERCO

**CRÍTICA AO PRINCÍPIO DA BUSCA DA VERDADE REAL COMO LEGITIMAÇÃO
AOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito da Faculdade de Direito de Curitiba, pela Banca Examinadora formada pelos professores:

Orientador: _____

Prof. Membro da Banca

Curitiba, de de 2018.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, gostaria de agradecer à minha família. Aos meus pais, por terem me proporcionado educação e dado conselhos que me tornaram um ser humano melhor e fizeram este trabalho possível. Aos meus irmãos, por estarem ao meu lado em todos os momentos e serem os exemplos de vida que sempre foram.

Aos meus amigos, que me auxiliaram na construção deste trabalho, fazendo apontamentos e críticas, bem como dividindo os momentos do que é criar e desenvolver um trabalho de conclusão de curso.

E por fim, agradeço aos professores do Centro Universitário Curitiba, razão do meu crescimento intelectual e pessoal. Em especial, agradeço ao meu orientador Rodrigo Régner Chemim Guimarães, que, por possuir vasto conhecimento do assunto, pôde me guiar com a indicação de obras e observações que me ajudaram a concluir este trabalho e a me interessar ainda mais pelo tema.

*Meu amigo, a verdade verdadeira é sempre
inverossímil, você sabia? Para tornar a verdade mais
verossímil, precisamos necessariamente adicionar-lhe
a mentira.*

Fíodor Dostoiévski

RESUMO

O presente trabalho trata da imparcialidade e da iniciativa probatória do juiz, do princípio da busca da verdade real e dos sistemas processuais penais. Primeiramente, busca-se analisar e sobretudo diferenciar os institutos da imparcialidade e da neutralidade, o que é imprescindível para uma melhor compreensão do papel do juiz no processo penal. Discute-se, principalmente, os argumentos comumente utilizados pela doutrina acerca da possibilidade ou não de o juiz produzir provas de ofício, com especial ênfase no princípio da busca da verdade real ou simplesmente princípio da verdade real. Para isso, pretende-se examinar os períodos em que havia uma busca incessante por uma verdade absoluta e os motivos pelos quais isso deve ser deixado de lado, como quando houve um uso ilimitado e legitimado da tortura. Assim, expõe-se o quanto o discurso da “verdade real” já representou em termos de violações a direitos fundamentais no âmbito processual penal. Além disso, ressalta-se os argumentos favoráveis e contrários acerca da iniciativa probatória do magistrado, com foco nos chamados “quadros mentais paranoicos”.

Palavras-chave: verdade real; juiz; iniciativa probatória; sistemas processuais; acusatório; inquisitório; quadros mentais paranoicos.

SUMÁRIO

RESUMO	5
1 INTRODUÇÃO	7
2 O JUIZ NO PROCESSO PENAL	9
2.1 JURISDIÇÃO E O DEVIDO PROCESSO PENAL.....	9
2.2 O JUIZ COMO SUJEITO DO PROCESSO.....	11
2.3 O PROCESSO PENAL E A NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE.....	13
2.3.1 Conceito e previsão legal.....	13
2.3.2 O mito da neutralidade do juiz.....	17
3 OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS E O PROBLEMA DA PRODUÇÃO DA VERDADE NO PROCESSO PENAL	21
3.1 OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS.....	23
3.1.1 O sistema inquisitório e a busca incessante por uma verdade absoluta.....	26
3.1.2 O sistema misto.....	34
3.1.3 O sistema acusatório.....	37
3.2 A DOCTRINA TRADICIONAL E A ADOÇÃO DO PRINCÍPIO DA VERDADE REAL.....	38
3.3 O USO DO PRINCÍPIO DA VERDADE REAL NA JURISPRUDÊNCIA.....	45
4. A INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ NO PROCESSO PENAL	47
4.1 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS ACERCA DO PRINCÍPIO DA VERDADE REAL COMO LEGITIMAÇÃO AOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ NO PROCESSO PENAL.....	47
4.2. ARGUMENTOS CONTRÁRIOS AO PRINCÍPIO DA VERDADE REAL COMO LEGITIMAÇÃO AOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ.....	52
4.3 OS QUADROS MENTAIS PARANOICOS DE FRANCO CORDERO E A TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA DE LEON FESTINGER.....	63
4.3 O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL SOBRE A INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ.....	69
5 CONCLUSÃO	73
REFERÊNCIAS	76

1 INTRODUÇÃO

O Código de Processo Penal nasceu no denominado “Estado Novo” de Getúlio Vargas, sendo publicado em 1941 e tendo como um de seus propósitos acabar com uma “ameaça comunista” no país, o que mais tarde representou uma violação de direitos fundamentais no âmbito processual penal. Especificamente na questão probatória, sabe-se que a busca por uma verdade absoluta ou por uma “verdade real” foi um dos principais motivos para a atribuição de poderes instrutórios ao juiz no processo penal pátrio, o que é possível ver na exposição de motivos assinada por Francisco Campos, ministro de Getúlio Vargas à época. Ademais, o CPP de 1941 foi fortemente influenciado pelo Código de processo penal da Itália fascista de Mussolini, o “*Codice Rocco*”.

Tendo em vista esse cenário político pelo qual o Brasil estava passando quando da elaboração do Código de Processo Penal, bem como o cenário político que o resto do mundo estava enfrentando (segunda guerra mundial), não é nenhuma surpresa que era admitido ao juiz ser o “senhor absoluto das provas”, podendo buscar quaisquer tipos de elementos para alcançar a verdade dos fatos.

Dessa forma, houve uma ampla atribuição de poderes instrutórios ao magistrado no nosso ordenamento, admitindo-se que ele – e somente ele – pudesse formular quesitos às testemunhas, enquanto às partes incumbia tão somente a formulação de quesitos ao juiz, o qual os reformulava antes de repassá-los às testemunhas.

No entanto, com as alterações feitas pela Lei 11.690 de 2008, deixou-se de lado a figura do juiz inquisidor, que agora não mais é o responsável por formular perguntas às testemunhas, função agora desenvolvida pelas partes através do sistema de “*cross examination*” (exame cruzado). A partir das alterações, ao juiz cabe exercer o poder de fiscalizar os questionamentos formulados pelas partes, podendo indeferir aqueles que não interessam a causa ou que são meramente protelatórias (artigo 400, §1º, CPP), bem como complementar a inquirição acerca de pontos que não foram esclarecidos (artigo 212, parágrafo único).

Ocorre, porém, que, não obstante tais alterações, alguns dispositivos do Código de Processo Penal continuaram tendo redações inadmissíveis por parte da doutrina,

como por exemplo o artigo 156, inciso I, do CPP, que faculta ao juiz de ofício ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, a adequação e proporcionalidade da medida.

Se de um lado há doutrinadores e estudiosos que rechaçam tal dispositivo, classificando-o como retrógrado ou inquisitório, de outro há aqueles que não veem problemas e acabam justificando que o processo penal, diferentemente do processo civil, envolve causas de interesse público e, portanto, deve ser guiado pelo que foi denominado de “princípio da busca da verdade real” ou simplesmente “princípio da verdade real” e, assim, continuam com o discurso presente quando da elaboração do Código em 1941.

Assim, considerando a divergência de opiniões que envolvem a iniciativa probatória do juiz, se faz necessário um estudo acerca de assuntos que possuem relação com a iniciativa probatória do juiz, como a delimitação do seu papel no processo penal e a diferença entre imparcialidade e neutralidade. Além disso, é relevante o estudo acerca da história dos sistemas do processo penal e sua relação com a questão da verdade, bem como um estudo aprofundado acerca das bases hermenêuticas que envolvem a verdade.

Ademais, sabendo que a função do juiz é primordial no processo penal, o estudo é importante para saber se há ou não a possibilidade do magistrado ter uma posição ativa na produção probatória, o que também diverge na doutrina, uma vez que a “doutrina tradicional” acredita que o juiz pode agir de ofício, como, por exemplo, produzindo provas, desde que sua ação esteja legitimada pela verdade, enquanto grande parte da “doutrina moderna” sustenta que o juiz deve permanecer inerte durante todo o processo com mínima ou até nenhuma instrução probatória, nem mesmo como forma de complementação no momento da audiência.

2 O JUIZ NO PROCESSO PENAL

2.1 JURISDIÇÃO E O DEVIDO PROCESSO PENAL

Como primeira etapa da pesquisa, faz-se necessária uma breve análise do que se entende por jurisdição, cujo atual conceito começou a se desenvolver com Montesquieu no decorrer do século XVIII com a ideia do Poder Judiciário como terceiro Poder do Estado, conforme expõe André Machado Maya em seu livro “Imparcialidade e Processo Penal: Da prevenção da Competência ao Juiz de Garantias”.¹

Para Montesquieu, o maior problema enfrentado pelos cidadãos era o despotismo, que somente poderia ser controlado por uma Constituição que instituisse a tripartição de poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), poderes esses que não poderiam assumir todo o comando do Estado pelo fato de cada um ter a possibilidade de restringir qualquer abuso de poder do outro, o que mais tarde ficou conhecido como sistema de pesos e contrapesos.²

Segundo o cientista político francês, a separação dos poderes era fundamental porque:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou o mesmo Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor. Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou de nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares.³

¹ MAYA, André Machado. **Imparcialidade e Processo Penal: Da Prevenção da Competência ao Juiz de Garantias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 8.

² KELLY, Paul. **O livro da política**. Tradução de Rafael Longo, 1. ed. São Paulo: Globo, 2013, p. 110 - 111.

³ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes**. Tradução e notas de Pedro Vieira Mota, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 169 - 170.

Como se sabe, a estruturação teorizada por Montesquieu inspirou diversos sistemas políticos do ocidente, inclusive o brasileiro, fazendo com que a Constituição Federal de 1988 dispusesse de diversos mecanismos de controle de um Poder sobre os demais, concretizando a Teoria da Separação dos Poderes em seu artigo 2^o e tornando-a intocável ao dar-lhe “status” de cláusula pétrea em seu artigo 60, § 4^o, III.⁵

Ademais, ao Poder Judiciário Montesquieu conferiu o Poder de Julgar⁶, que deveria ser exercido por pessoas tiradas do seio do Povo, em alguns períodos do ano, de maneira prescrita por lei, para formar um tribunal que duraria de acordo com a necessidade⁷. Sabidamente, o Poder Judiciário é necessário pelo fato da vida em sociedade gerar inúmeros conflitos, os quais, exceto nas hipóteses em que a autotutela é legalmente possível, devem ser solucionados pelo Poder Judiciário por meio de um terceiro imparcial, sob pena dos cidadãos agirem vingativamente com seus próprios sentidos de justiça. E é esse poder de resolução de conflitos que se dá o nome de jurisdição, quando o Estado usa de sua soberania, através da qual, substituindo-se à vontade das partes, coativamente age em prol da segurança jurídica e da ordem social.⁸

No âmbito específico do processo penal, como bem salienta Jacinto Coutinho, a jurisdição, em tempos de neoliberalismo e estado mínimo, além de ser um poder, é uma garantia constitucional do cidadão, da qual não se pode abrir mão.⁹

Do mesmo modo, Aury Lopes Jr.¹⁰ entende que a jurisdição deve ser tratada não apenas como um poder-dever do Estado, mas também como um direito fundamental, acrescentando que é primordial deixar de lado a visão do direito processual civil:

⁴ “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” Cf. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 03 abr. 2018.

⁵ “Art. 60. (...) § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: III – a separação dos poderes.” Cf. BRASIL, loc. cit.

⁶ Sobre a terminologia usada por Montesquieu, Pedro Vieira Mota, tradutor da obra, esclarece que o termo Poder de Julgar nada mais é do que a Jurisdição. Uma das manifestações da soberania do Estado. Cf. MONTESQUIEU, 2008, p. 58.

⁷ MONTESQUIEU, Ibid., p. 171.

⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: Volume Único**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 458.

⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro**. In: Revista da Faculdade de Direito da UFPR Nº 30, Curitiba: UFPR. 1998. p. 168

¹⁰ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 253-254.

Quando se pensa a jurisdição penal, normalmente conceituada como o “poder-dever de dizer o direito no caso concreto” (*juris dictio*), é preciso atentar para o fato de que a jurisdição ocupa uma posição e função distinta daquela concebida pelo processo civil. Aqui, a jurisdição é garantia e, sem negar o tradicional poder-dever, a ele é preciso acrescentar uma função ainda mais relevante: garantidor. O juiz é o garantidor da eficácia do sistema de garantias da Constituição.¹¹

Esclarecida a dupla função da jurisdição no processo penal, o referido autor explica que o Estado, munido da função jurisdicional, se utilizará do processo para a aplicação da pena, o que chama de “princípio da necessidade do processo penal em relação à pena”, que deve ser observado a partir do momento em que o Estado se desenvolve e assume o monopólio da justiça, proibindo os particulares de tomar a justiça por suas próprias mãos, aplicando o devido processo penal e, assim, evitando a fixação da pena sem processo anterior.¹²

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 prevê um significativo rol de direitos fundamentais que têm a finalidade de colocar o cidadão em situações de paridade perante os órgãos jurisdicionais quando do processo, consoante facilmente se percebe da leitura do artigo 5º.

2.2 O JUIZ COMO SUJEITO DO PROCESSO

O CPP brasileiro trata em seu Título VIII do que a doutrina costuma chamar de “Sujeitos do Processo”, dispondo de capítulos ao Juiz, ao Ministério Público, ao acusado e seu Defensor, aos assistentes, aos funcionários da justiça e, por fim, aos peritos e intérpretes.

Segundo Renato Marcão, o juiz é o competente para exercer a função jurisdicional, isto é, quem tem o poder-dever de dizer o direito aplicável no caso concreto diante de uma controvérsia concretamente manifestada, sendo necessário que se trate de um juiz legalmente investido no cargo (princípio da investidura), um

¹¹ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 141.

¹² *Ibid.*, p. 54.

juiz natural (princípio do juiz natural) e imprescindivelmente um juiz imparcial (princípio da imparcialidade).¹³

Igualmente, Nucci aduz que o magistrado, provido do poder jurisdicional, tem a função de aplicar o direito ao caso concreto, devendo ele atuar como um órgão imparcial, que, acima das partes, fará atuar a lei e comporá os interesses do acusador e do acusado.¹⁴

Ainda na mesma linha, Fernando Capez assevera que o sujeito processual não é o juiz, mas o Estado-Juiz, o qual, como sujeito imparcial que é, substitui a vontade das partes e aplica o direito cabível no caso concreto.¹⁵

Assim, é possível notar que a maioria dos doutrinadores processuais penais, ao tratarem do papel do magistrado no processo penal, normalmente abordam, tão somente, temas como imparcialidade e neutralidade, o que para Jacinto Coutinho deve ser reanalisado, pois:

[...] a visão tradicional não dá conta, coerentemente, da explicação do papel do juiz, o que pode ser constatado a partir da falta de referenciais semânticos adequados aos conceitos que oferta. Órgão estatal desinteressado; imparcialidade; neutralidade e outros elementos formam um pano de fundo que só faz surgir uma irreal versão ao seu efetivo papel.¹⁶

Isso porque, para o mencionado doutrinador a função do juiz deve ser analisada buscando-se elementos na epistemologia¹⁷, o que fará com que se exija uma “clara assunção de uma postura ideológica, isto é, que sejam retiradas as máscaras hipócritas dos discursos neutrais, o que começa pelo domínio da dogmática, apreendida e construída na base da transdisciplinaridade”.¹⁸

Nesse contexto, convém destacar as lições de Francesco Carnelutti, que ensina que o juiz, além de dever estudar direito, sociologia, antropologia e psicologia, deve também conhecer muitos homens, uma vez que um dos problemas penais é uma questão de fé no homem, asseverando que:

¹³ MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 597.

¹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 503.

¹⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 225.

¹⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O Papel do Novo Juiz no Processo Penal**. In: Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 14 - 15.

¹⁷ *Ibid.*, p. 42.

¹⁸ *Ibid.*, p. 48 - 49.

Mais que ler muitos livros eu queria que os juízes conhecessem muitos homens; se fosse possível, sobretudo santos e canalhas, aqueles que estão sobre o mais alto ou o mais baixo degrau da escada. Parecem imensamente distantes; mas sobre o terreno do espírito acontecem coisas estranhas. Aqui, assim pouco se quer para um canalha virar santo. Cristo, com o exemplo do ladrão crucificado, nos tem ensinado! Após tudo basta que o canalha se envergonhe de ser canalha; e pode também bastar que um santo se glorifique de ser santo para perder a santidade. Estas são realmente as coisas essenciais; mas não se encontram em nenhum manual de psicologia.¹⁹

No mais, independentemente da função do juiz ser analisada sob a ótica da doutrina tradicional ou da transdisciplinaridade, é essencial ter em vista que a posição do juiz é a de super-partes, sendo importante compreender que ele está para além dos interesses das partes e também de seus interesses individuais quando “encarna” o próprio Estado.²⁰

2.3. O PROCESSO PENAL E A NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE

2.3.1 Conceito e previsão legal

De acordo com Gustavo Badaró, a palavra juiz não poderia ser compreendida sem o qualificativo de imparcial, não sendo um exagero afirmar que um juiz parcial é uma contradição terminologicamente falando. Isso porque a ideia de imparcialidade está intimamente ligada à de jurisdição, na medida em que, sendo o processo um meio de heterocomposição de conflitos, é essencial que o juiz seja imparcial, isto é, não parte.²¹

Resumidamente, a imparcialidade pode ser entendida como alheabilidade, em que o magistrado deve ficar distante dos interesses apresentados pelas partes, não podendo ainda retirar proveito do processo. Conceitua-se juiz imparcial como aquele que não tem interesse próprio ou de pessoa que conhece no julgamento.²²

¹⁹ CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do Processo Penal**. Direção editorial de Benedito Cláudio de Oliveira. 3. ed. São Paulo: Edijur, 2015, p. 36 - 37.

²⁰ COUTINHO, 2001, p. 11.

²¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 254.

²² CASARA, Rubens R. R. **Mitologia Processual Penal**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 144.

Tendo isso em mente, o problema agora encontra-se nos passos pelos quais o juiz precisa passar para se tornar, de fato, imparcial. Nesse sentido, cabe trazer à baila as colocações de André Machado Maya:

[...] a imparcialidade pressupõe a exata compreensão do observador, ou do julgador, acerca da sua formação subjetiva, de seus conceitos, de sua função, para, com isso, adotar uma postura efetivamente distante (alheia) em relação aos interesses das partes envolvidas na controvérsia judicial, sem se deixar contaminar por eles.²³

Além disso, sabiamente nosso ordenamento jurídico, com a finalidade de tornar o magistrado imparcial, previu normas nesse sentido. Como lembram Fernando da Costa Tourinho Filho²⁴ e Aury Lopes Jr.²⁵, a imparcialidade exige, antes de qualquer coisa, independência, pois nenhum juiz seria imparcial caso não fosse livre de coações, influências, etc. Partindo dessa premissa, a Constituição de 1988 atribuiu garantias aos magistrados (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos) e ainda fez com que o ingresso na carreira da magistratura fosse através de concurso público, assegurando que o juiz exerça seu papel sem sofrer influências políticas, por exemplo.

Como se sabe, a garantia de julgamento por um juiz imparcial durante a história da humanidade mostrou-se de extrema relevância, fazendo com que ela fosse reconhecida na Declaração dos Direitos do Homem em seu artigo 10º, que prevê que “todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir seus direitos e deveres ou fundamento de qualquer acusação criminal contra ele”.²⁶

Ainda, o princípio da imparcialidade encontra-se previsto no artigo 8º, item I, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), do qual o Brasil participa, observe-se:

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 pela lei, na apuração de qualquer

²³ MAYA, 2014, p. 99.

²⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal. Volume 1**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 64.

²⁵ LOPES JR, 2015, p. 61.

²⁶ ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE FRANCESA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789**, 26 agosto 1789. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em: 22 ago. 2017.

acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza²⁷

Ainda no âmbito internacional da prestação jurisdicional, vale mencionar que o direito a julgamento por um terceiro imparcial está previsto no artigo 26.2 da Declaração Americana de Direitos Humanos²⁸, no artigo 10 da Declaração Universal de Direitos Humanos²⁹, no artigo 6.1 do Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais³⁰ e no artigo 14.1 do Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos³¹, como bem registra Nereu José Giacomolli.³²

No que se refere à legislação brasileira, muito embora a Constituição de 1988 não trate explicitamente do princípio da imparcialidade em seu texto, ele se encontra presente em razão do que consta no artigo 5º, § 2º³³, que adota os princípios decorrentes dos tratados internacionais de que o Brasil faz parte. No mais, há quem diga que o princípio da imparcialidade está presente em nossa Constituição Federal pelo fato do artigo 5º, em seus incisos XXXVII e LIII, dispor do princípio do juiz natural, no qual o conceito de imparcialidade estaria inserido³⁴, como leciona Alexandre de Moraes:

O referido princípio deve ser interpretado em sua plenitude, de forma a proibir-se, não só a criação de tribunais ou juízos de exceção, mas também de

²⁷ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. 22 novembro 1969. Disponível em:

<https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 22 ago. 2017.

²⁸ "Toda pessoa acusada de um delito tem direito de ser ouvida em uma forma imparcial e pública." Cf. GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal: Abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 270.

²⁹ "Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial." Cf. GIACOMOLLI, loc. cit.

³⁰ "Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada equitativa e publicamente, num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial." Cf. GIACOMOLLI, loc. cit.

³¹ "Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias, por um Tribunal competente, independente e imparcial" Cf. GIACOMOLLI, loc. cit.

³² GIACOMOLLI, loc. cit.

³³ "Art. 5º (...) § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte." Cf. BRASIL, 1988.

³⁴ Nesse sentido: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 481; MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33 ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 92; PACELLI, Eugenio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 511.

respeito absoluto às regras objetivas de determinação de competência, para que não seja afetada a independência e imparcialidade do órgão julgador.³⁵

Na legislação infraconstitucional, o legislador pátrio dispôs de um rol de hipóteses em que o juiz poderia estar com sua imparcialidade comprometida, como no caso dos artigos 252³⁶ e 254³⁷ do Código de Processo Penal, que tratam respectivamente das causas de impedimento e suspeição. Em suma, as causas de impedimento decorrem de elementos objetivos que colocam em risco a imparcialidade do julgador pelo fato de pessoas a ele ligadas já terem exercido ou estarem exercendo outras funções no processo³⁸; as causas de suspeição, por sua vez, são circunstâncias subjetivas relacionadas a fatos externos ao processo que poderiam prejudicar a imparcialidade do magistrado.³⁹

Além do mais, importante salientar que o rol previsto para as hipóteses de suspeição e de impedimento no Código de Processo Penal, para parte da doutrina⁴⁰, não é exaustivo, uma vez que a imparcialidade do magistrado é indispensável em toda a relação processual, sendo imprescindível para o contraditório e para o devido processo legal.⁴¹

Nessa perspectiva, Nereu José Giacomolli, em sua obra “O Devido Processo Penal” apresenta casos de Tribunais brasileiros em que a imparcialidade do juiz restou comprometida mesmo sem com a hipótese não constando no rol dos artigos 252 e 254 do Código de Processo Penal, como o juiz que atuou em processo anulado

³⁵ MORAES, 2017, p. 92.

³⁶ “Art. 252. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que: I – tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito; II – ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha; III – tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão; IV – ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito.” Cf. BRASIL, Código de Processo Penal (1941). Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 03 abr. 2018.

³⁷ “Art. 254. O juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes: I - se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles; II - se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia; III - se ele, seu cônjuge, ou parente, consanguíneo, ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes; IV - se tiver aconselhado qualquer das partes; V - se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes; VI - se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo.” Cf. BRASIL, loc. cit.

³⁸ BADARÓ, 2016, p. 130.

³⁹ LIMA, 2016, p. 1628.

⁴⁰ Nesse sentido: LOPES JR., 2015, p. 334.

⁴¹ CASARA, 2015, p. 147.

(Medida Cautelar número 18.569/RS, do STJ), ou que havia atuado no processo administrativo (Habeas Corpus números 86.963/2007 e 94.641/2009, ambos do STF).⁴²

Portanto, sendo a imparcialidade indispensável ao exercício da jurisdição, a suspeição e o impedimento, além de possuírem hipóteses fixadas em lei e serem admitidas em casos não previstos no ordenamento, podem ser reconhecidas de ofício pelo juiz, que deverá fundamentar sua decisão conforme determina o artigo 93, IX, da Constituição, bem como podem ser arguidas pelas partes⁴³, sendo importante lembrar que a suspeição não poderá ser suscitada quando a parte injuriar o juiz ou, de propósito, der motivo para criá-la somente para se beneficiar, consoante prevê o artigo 256⁴⁴ do Código de Processo Penal.

Por fim, vale salientar que mais alguns autores definem o princípio da imparcialidade como sendo o princípio supremo do processo, como André Maya, que tendo como base observações de Robert Alexy e de Aragonese Alonso explica:

Entendemos mais adequado conceituar imparcialidade como um princípio supremo do processo, consoante entendimento de Aragonese Alonso, pois dela decorre uma vinculação da conduta dos magistrados, que devem comportar-se na condução do processo como terceiros alheios aos interesses das partes. Esse o padrão a ser observado, o comportamento a ser adotado, o mandamento de otimização que se depreenda da compreensão do processo como uma estrutura heterônoma de reparto, como condição de legitimidade da atividade jurisdicional.⁴⁵

Tendo compreendido que a importância da imparcialidade no âmbito processual penal, resta diferenciá-la com a neutralidade, o que será exposto a seguir.

2.3.2 O mito da neutralidade do juiz

Embora seja importante delimitar o que se entende por imparcialidade e quais as maneiras para atingi-la, não se pode cometer o erro de equipará-la a neutralidade, ideal em que o juiz é visto como um mero produtor de conhecimento científico,

⁴² GIACOMOLLI, 2016, p. 293 - 294.

⁴³ LOPES JR., 2015, p. 329.

⁴⁴ “Art. 256. A suspeição não poderá ser declarada nem reconhecida, quando a parte injuriar o juiz ou de propósito der motivo para criá-la.” Cf. BRASIL, 1941.

⁴⁵ MAYA, 2014, p. 102 - 103.

devendo permanecer afastado da comunidade em que vive e de quaisquer obstáculos que obstem o uso de racionalidade em sua decisão.⁴⁶

De acordo com Rubens R. R. Casara, ser neutro equivale estar isento de valores. Logo, quando se reconhece a figura do juiz como homem e, assim, se abandona o mito do juiz “quase divino”, está se reconhecendo, também, que ele é formado por valores, que o incorporam na medida em que ele constrói sua história.⁴⁷

O mito em torno da neutralidade do órgão julgador ganhou força no período histórico em que se acreditava ser possível que o ser humano se tornasse nulo, deixando de lado suas concepções e ficando imune de qualquer imperfeição humana.⁴⁸ Para Jacinto Coutinho essa ideia de neutralidade do juiz é explicada com base em três motivos determinantes:

A busca desta neutralidade do sujeito tinha alguns motivos determinantes: 1º, a crença em uma razão que tivesse validade universal, servindo de paradigma para todos (crença esta que, de certa forma, seguiu todo o pensamento da história moderna no Ocidente, desde o discurso da Igreja – por influências platônicas –, passando pelo pensamento de Descartes, Bacon, Kant, até chegar em Augusto Comte); 2º a necessidade de legitimar o discurso do Estado moderno nascente, que vinha falar em nome de toda a nação, uma vez que os sujeitos da história passaram a ser “iguais” e não era mais possível sustentar os privilégios do clero e da nobreza: o Estado agora é de todos e, finalmente; 3º, a urgência em ocultar que os interesses do Estado, ao contrário do que se acreditava, eram de classes; e não do povo como um todo.⁴⁹

Como lembra Rodrigo Chemim, a origem da neutralidade judicial pode ser vista quando o ideal do “juiz-boca-da-lei” era pregada por Montesquieu, quando os juízes eram vistos como profissionais cuja função era, apenas, pronunciar as sentenças da lei, não podendo moderar sua força ou seu rigor.⁵⁰

Além do mais, como mencionado por diversos autores que abordam o tema, o ideal da neutralidade ainda ganhou força com Hans Kelsen em sua principal obra “Teoria pura do direito”, na qual se propôs a criação de uma teoria científica da ciência jurídica. Nessa linha de pensamento, Jacinto Coutinho adverte que “hoje, dogmas

⁴⁶ MAYA, 2014, p. 48.

⁴⁷ CASARA, 2015, p. 148.

⁴⁸ COUTINHO, 2001, p. 42.

⁴⁹ Ibid., p. 43.

⁵⁰ GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. **Atividade probatória complementar do juiz como ampliação da efetividade do contraditório e da ampla defesa no novo processo penal brasileiro**. 771f. Dissertação (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, 2015, p. 460.

como o isolamento kelsiano do direito são coisas do passado, a neutralidade dos juristas é quase arqueologia jurídica e sua imparcialidade só é imaginável com muito discurso que lhe dê conta”.⁵¹

Ademais, com Luigi Ferrajoli reconhece-se que o sistema penal sempre exige fatores que dependem da discricionariedade do intérprete. Logo, tendo em vista esses espaços de discricionariedade, o juiz jamais será neutro, a não ser que por neutralidade entenda-se somente sua honestidade intelectual e seu desinteresse pessoal em relação aos interesses da causa e não uma ausência de valorações ou apoliticidade das opções⁵². O autor pontua, ainda, que por mais que o juiz se esforce, ele “está sempre condicionado pelas circunstâncias ambientais nas quais atua, pelos seus sentimentos, suas inclinações, suas emoções, seus valores ético-políticos.”⁵³

Abordando o caráter político ligado às decisões judiciais, Eros Roberto Grau assevera:

[...] de todo modo, ainda que os princípios o vinculem, a neutralidade política do intérprete só existe nos livros. Na práxis do direito ela se dissolve, sempre. Lembre-se que todas as decisões jurídicas, porque são jurídicas, são políticas.⁵⁴

André Maya interpretando Heidegger explica que o ser humano se define e existe a partir do momento em que é inserido em um ambiente universal, em que se relaciona com si, bem como com outros homens, onde há uma contínua troca de valores e experiências, o que faz surgir o termo *ser-no-mundo*, empregado por Heidegger ao tratar da associação entre o homem e o meio em que ele vive.⁵⁵

Na mesma direção, Rodrigo Chemim explica o assunto exemplificando as seguintes situações:

O problema da falta de neutralidade pode ser exemplificado com a postura que possa ter o juiz (repita-se: o juiz ser-no-mundo), que vivenciou a experiência de ter alguém em sua família vítima de estupro. A tendência natural nesse caso é ser mais rigoroso com quem é acusado de estupro,

⁵¹ COUTINHO, Jacinto. **Glosas ao verdade, dúvida e certeza, de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito**. In: Anuário ibero-americano de direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 175 - 176.

⁵² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Juarez Tavares. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 139.

⁵³ Ibid., p. 46.

⁵⁴ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. São Paulo: Editora Malheiros, 2005, p. 51.

⁵⁵ MAYA, 2014, p. 51.

buscando provas que possam servir de base para a futura sentença. Ou ainda, com o fato de que o juiz que teve seu automóvel furtado pela manhã, terá, naturalmente, uma tendência maior de condenar quem seja acusado de furto de veículos e, assim, caso tenha que colher a prova de outro crime de furto à tarde do mesmo dia é normal – mas não aceitável – que se comporte de forma mais rigorosa.⁵⁶

Dessa forma, tendo como referência esse paradigma hermenêutico, não há lógica na afirmação de se alcançar um juízo neutro, liberto de influências, pois não é possível falar ou interpretar desde lugar nenhum. Assim, o juiz, ao interpretar e entender o caso que está a julgar, tem por base a sua própria existência, sua história de vida e suas tradições, fatos que não lhe possibilitam colocar-se diante das partes como um ser isolado em sua existência⁵⁷, o que faz com que a crença do juiz boca da lei, construída com Montesquieu, perca seu sentido, pois, quando da interpretação da lei, o julgador trará toda sua caminhada histórica percorrida até o momento, não se atendo, tão somente, a manifestar-se de acordo com o encontrado no texto legal.

Partindo dessa premissa, Edilson Bougenot Bonfim expõe que o método de interpretação gramatical ou literal, no qual, como entendia Montesquieu, as sentenças deveriam ser cópias exatas da lei e, para tanto, o intérprete precisaria apenas de olhos para ler, hoje normalmente é utilizada apenas como ponto inicial do processo interpretativo.⁵⁸

Relevante, ainda, pontuar que há autores que creem que tanto a neutralidade como a imparcialidade são inalcançáveis, como Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, que ao propor uma releitura do papel do juiz no Processo Penal expõe:

Desde logo, no entanto, é preciso que fique claro que não há imparcialidade, neutralidade e, de consequência, perfeição na figura do juiz, que é um homem normal e, como todos os outros, sujeito à história de sua sociedade e à sua própria história. Mas se isto é tão evidente, pela própria condição humana, parece lógico que a desconexão entre o dever ser e o ser só é possível e aceita em função de fatores externos (manutenção do status quo) e internos (manutenção, ainda que vã, do equilíbrio), em uma retroalimentação do sistema processual penal em vigor.⁵⁹

Apesar dessa flagrante impossibilidade da neutralidade do juiz ser-no-mundo, é possível encontrar confusão entre os institutos da imparcialidade e neutralidade,

⁵⁶ GUIMARÃES, 2015, p. 468.

⁵⁷ MAYA, 2014, p. 52 - 53.

⁵⁸ BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 133

⁵⁹ COUTINHO, 2001, p. 14 - 15.

como se vê, por exemplo, no famoso Manual de Processo Penal de Guilherme de Souza Nucci:

O interrogante deve ser neutro, absolutamente imparcial, equilibrado e sereno. Não pode o juiz gerar no réu medo, insegurança, nem tampouco revolta e rancor. O momento é de autodefesa, primordialmente. Em segundo plano, forma-se prova, contra o réu ou em seu benefício, caso deseje falar.⁶⁰

E ainda:

Por isso, se o objetivo maior é garantir a imparcialidade do magistrado, conforme preceito constitucional, é de ser aceita a possibilidade de arguição de exceção de suspeição, em caso de amizade íntima ou inimizade capital, entre juiz e promotor, bem como entre juiz e advogado. É o que resta sobejamente concretizado nas relações processuais existentes, não sendo possível ignorar o fato de o magistrado ser falível como todos não conseguindo manter a sua neutralidade caso, v.g., estimar por demasia o promotor ou o odiar com todas as forças.⁶¹

Logo, é fundamental não confundir imparcialidade com neutralidade, pois são institutos completamente distintos. Como se viu, o juiz é um ser humano e, como tal, tem sentimentos, emoções e experiências de vida, fatores que o proíbem de ser neutro. Por outro lado, a imparcialidade é a exigência do próprio exercício da jurisdição, sendo requisito de validade para a relação processual, em que o juiz assume um posicionamento alheio em relação aos interesses das partes.

3 OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS E O PROBLEMA DA PRODUÇÃO DA VERDADE NO PROCESSO PENAL

A busca pela verdade há muito tempo intriga a sociedade, a qual procura abordar o assunto e estudá-lo através de diversas áreas do conhecimento, principalmente através da filosofia com a hermenêutica. Sem o intuito de estender o tema e debatê-lo profundamente, mas somente com o propósito de demonstrar a dimensão que envolve a busca pela verdade, importante, antes de mais nada, expor

⁶⁰ NUCCI, 2016, p. 395.

⁶¹ Ibid., p. 508.

que essa discussão pode ser encontrada nos primórdios da Grécia antiga, período em que filósofos interpretavam o mundo por meio dos deuses e dos mitos, conforme expõe Rodrigo Chemim, que aborda a questão desde o período pré-socrático, onde havia uma separação entre o conhecimento real e a verdade certa, esta considerada alcançável apenas aos deuses.

Além do mais, a questão da verdade foi objeto de debate pelos sofistas, que relativizavam-na ao máximo, e ainda foi abordada por filósofos como Sócrates, Platão e Aristóteles.⁶² No mesmo sentido afirma Marilena Chauí, quem leciona que a noção atual de verdade teve como base três concepções, que vieram das línguas grega, latina e hebraica. Segundo a autora, a verdade é, num mesmo momento, frágil e poderosa, sendo frágil pelo fato de poder ser substituída ou até mesmo destruída por outras, e poderosa porque a verdade é o que dá sentido a existência humana.⁶³

Para Platão, por exemplo, a verdade é encontrada no mundo do “dever ser”, na própria mente dos seres humanos, enquanto para Aristóteles a verdade estava no mundo do “ser” e condizia entre o que as pessoas pensam e as coisas que são examinadas; ou seja, a verdade estava na essência das coisas.⁶⁴

Como será abordado mais tarde, o discurso envolvendo uma verdade absoluta (ou real) foi fortemente usado na época da Inquisição, porém também foi utilizado durante a filosofia cartesiana, quando foi ligada ao homem e à ciência.⁶⁵

Enfim, além da verdade ser estudada no âmbito da filosofia, Michel Foucault a liga com o mundo jurídico, como se nota abaixo:

As práticas judiciárias – a maneira pela qual, entre os homens, se arbitram os danos e as responsabilidades, o modo pelo qual, na história do Ocidente, se concebeu e se definiu a maneira como os homens podiam ser julgados em função dos erros que haviam cometido, a maneira como se impôs a determinados indivíduos a reparação de algumas de suas ações e a punição de outras, todas essas regras ou, se quiserem, todas essas práticas regulares, é claro, mas também modificadas sem cessar através da história - me parecem uma das formas pelas quais nossa sociedade definiu tipos de subjetividade, formas de saber e, por conseguinte, relações entre o homem e a verdade que merecem ser estudadas.⁶⁶

⁶² GUIMARÃES, 2015, p. 23 - 24.

⁶³ CHAUÍ, Marilena. **Convite à Filosofia**. São Paulo: Ática, 2000, p. 123.

⁶⁴ GUIMARÃES, op. cit., p. 31 - 36

⁶⁵ Ibid., p. 47 - 51.

⁶⁶ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau, 2005, p. 11.

Ademais, Foucault, em sua obra "A verdade e as formas jurídicas", ensina que se faz necessária uma análise histórica para compreender o sentido da verdade nas ciências jurídicas.⁶⁷

Assim, tendo em vista o lecionado por Foucault, Salah Khaled Jr.⁶⁸ esclarece ser imprescindível um estudo dos sistemas processuais penais, principalmente da história desses sistemas, o que possibilitará identificar os núcleos fundadores da produção da verdade, sendo este, portanto, o próximo ponto a ser discutido no trabalho.

3.1 OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Antes de mais nada, relevante delimitar o conceito e as principais características de um sistema jurídico, pois, com base nisso, será possível compreender a sua importância para as funções do juiz no processo penal, consoante ressalta Aury Lopes, para quem a posição do juiz no processo penal é fundante do sistema processual penal, visto que isso:

Significa compreender que o processo penal – enquanto um sistema de repartição de justiça por um terceiro imparcial (já que a Imparcialidade é o Princípio Supremo do Processo [Werner Goldschmidt]) – está estruturado a partir da posição ocupada pelo juiz. Nesta estrutura dialética (*actum trium personarum*, Bulgaro), a posição do juiz é crucial para o (des)equilíbrio de todo o sistema de administração da justiça (e do processo, por elementar).⁶⁹

A palavra sistema foi usada de maneira multidisciplinar e em diferentes discursos, quando, por exemplo, falamos em “sistema solar”, “sistema político”, “sistema eleitoral”, “sistema orgânico”, etc.⁷⁰

⁶⁷ FOUCAULT, 2005, p. 12.

⁶⁸ KHALED JR., Salah H. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 16.

⁶⁹ LOPES JR., 2016, p. 140.

⁷⁰ GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. **Ensaio em busca dos sistemas processuais penais**. p. 5-6. Disponível em: <<http://paginasdeprocessopenal.com.br/wp-content/uploads/2015/02/em-busca-dos-sistemas-processuais-penais.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2017.

De acordo com Jacinto Coutinho, a noção de sistema no âmbito jurídico pode ser interpretada “como um conjunto de temas jurídicos que, colocados em relação por um princípio unificador, formam um todo orgânico que se destina a um fim.”⁷¹

Em sentido similar, Mauro Fonseca Andrade interpreta o termo sistema jurídico por meio da língua grega, da palavra “systema, de synístemi”, que significa estar junto de algo. Assim, para este autor, sistema jurídico pode ser definido da seguinte forma:

[...] como a reunião, conscientemente ordenada, de entes, conceitos, enunciados jurídicos, princípios gerais, normas ou regras jurídicas, fazendo com que se estabeleça, entre os sistemas jurídicos e esses elementos, uma relação de continente e conteúdo, respectivamente.⁷²

Para Aury Lopes Jr., a estrutura processual penal alterou ao longo da história e tinha como base a ideologia vivenciada pelo povo, podendo ela ser punitiva ou libertária.⁷³ Nesse sentido, refere Jacinto Coutinho:

Os dois sistemas dos quais se fala (inquisitório e acusatório) vieram a lume, como se sabe, por razões políticas. Outras, de ordem teológica, econômica, filosófica e jurídica (entre tantas), foram altamente relevantes mas, decididamente, secundárias ou, pelo menos, sempre estiveram subordinadas àquelas políticas.⁷⁴

Gustavo Badaró, por seu turno, frisa que o sistema processual penal é produto da ligação entre o Estado e o indivíduo, ou melhor, entre a autoridade e a liberdade do cidadão.⁷⁵

Como se sabe, a doutrina processual penal brasileira ao tratar dos sistemas no processo penal classifica-os em sistema processual penal acusatório e sistema processual penal inquisitório e, às vezes, acrescenta um terceiro sistema, o sistema processual penal misto.

Ocorre, entretanto, que há posições contrárias acerca desse discurso dicotômico dos sistemas processuais penais. De acordo com o Rodrigo Chemim, não obstante a existência de diversos sistemas, a doutrina os classificou em dois completamente antagônicos entre si após uma influência da doutrina processual penal

⁷¹ COUTINHO, 2001, p.16.

⁷² ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 31

⁷³ LOPES JR., 2015, p. 41.

⁷⁴ COUTINHO, op. cit., p. 104.

⁷⁵ BADARÓ, 2016, p. 38.

do século XIX, a qual, por sua vez, foi fortemente sugestionada a partir de um positivismo naturalista, que tinha ambições científicas do processo penal.⁷⁶ Embora não pareça um grande problema num primeiro momento, esse discurso dicotômico fez com que os autores começassem a interpretar os sistemas processuais penais da maneira que mais lhe convém, ou seja, de acordo com seus interesses processuais ou ainda, de acordo com os interesses “de classe”, como exemplifica Chemim:

Ou seja, a dicotomia acabou criando em alguns intérpretes uma espécie de “significado emotivo”, como refere Ennio Amodio, isto é, alguns autores processuais penais passaram a interpretar a lei ao sabor de seus interesses processuais ou mesmo interesses “de classe”, como quem reduz a complexidade do processo ao seguinte raciocínio invertido na interpretação das regras: se não me serve tal regra ela é “inquisitória”, negativa e não deve ser empregada; se me serve é “acusatória”, é positiva e deve ser empregada. Nesta medida, considerar a dicotomia com pretensão de pureza caracteriza uma pré-compreensão inautêntica no intérprete a qual não lhe permite enxergar como se deve compreender essa dicotomia.⁷⁷

Em que pese o entendimento de Rodrigo Chemim, classificaremos os sistemas do processo penal em inquisitório e acusatório para fins didáticos, principalmente para compreender o que um discurso por uma verdade absoluta já representou historicamente, em especial na época da Inquisição.

Além disso, embora o discurso envolvendo esses dois sistemas seja de fácil manipulação como brevemente se referiu acima, ele serve de apoio para dar efetividade à ideia de que é necessária uma efetivação dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal.⁷⁸

Assim, considerando que a maior parte da doutrina processual penal brasileira divide os sistemas processuais penais em inquisitório e acusatório, os quais, segundo Jacinto Coutinho, são respectivamente sustentados pelos princípios inquisitivo e dispositivo⁷⁹, este será o próximo ponto a ser abordado. Ademais, também será objeto de estudo o denominado “sistema misto”, que seria a combinação dos sistemas acusatório e inquisitório e que, de acordo com alguns autores brasileiros, seria o sistema processual penal adotado pelo nosso país.

⁷⁶ GUIMARÃES, 2015, p. 673.

⁷⁷ Ibid., p. 674.

⁷⁸ Ibid., p. 675.

⁷⁹ COUTINHO, 2001, p. 16 - 17.

3.1.1 O sistema inquisitório e a busca incessante por uma verdade absoluta

Como é sabido, quando se fala em sistemas do processo penal, está se falando em métodos de resolução de conflitos de natureza penal, o que obviamente variou ao longo dos séculos em razão do modelo político escolhido por cada Estado. Em virtude disso, faz-se necessária uma breve análise histórica da época da Inquisição, para que se possa compreender o que essa busca por uma verdade absoluta já representou historicamente, uma vez que autorizava o Estado a praticar atos contra direitos fundamentais.

Como destacado por Jacinto Coutinho⁸⁰, embora a origem do sistema inquisitório seja encontrada na velha Roma⁸¹ e em outras legislações antigas, o sistema inquisitório estudado atualmente nasceu num período dominado pela Igreja Católica, a qual tinha por finalidade combater as doutrinas heréticas.

Com a decadência do Império Romano, causada principalmente pelas invasões bárbaras, a Europa passou a ser dominada pelo Direito Canônico, ou como denomina Geraldo Prado, pelo Direito Romano-Canônico, com a conseqüente introdução do sistema processual inquisitório.⁸²

Dessa forma:

Com o domínio dos bárbaros e o fenômeno da recepção do direito romano, o sistema processual penal, apesar das nuances, manteve-se estruturado nos chamados *Juízos de Deus*, basicamente nas fórmulas do juramento (em geral para os que mais possuíam), *do duelo* (de regra para os mais hábeis nas ações agonísticas) e *das ordálias*, para o povo em geral. Nada impedia que assim se mantivesse, até porque as fórmulas germânicas primitivas, por exemplo, embora nas raízes fossem fundadas em princípio de moral, logo

⁸⁰ COUTINHO, 2001, p. 18 - 19.

⁸¹ Como destaca Willian Lira de Souza: "*Historicamente, o sistema inquisitório surgiu no processo penal extraordinário do baixo império romano. Contudo, foi perante o direito canônico que emergiu. Precisamente, sua primeira fase iniciou-se com a regulamentação dos tribunais do Santo Ofício da Inquisição (1229), editada após o Concílio de Latrão. Ressalte-se, uma vez mais, que o direito canônico regeu a sociedade pré-medieval e medieval em razão do fraco domínio político dos Estados. A igreja católica dispunha de uma organização central muito mais apurada, culta e influente que a dos reis. Mesmo com a estruturação dos Estados Europeus, durante os séculos XVII e XVIII, e o surgimento do absolutismo, não houve rompimento com a igreja. Pelo contrário, os reis absolutistas encontraram no sistema inquisitório um modelo ideal de conformação social.*" Cf. SOUZA, W. L. **Sistemas Processuais Penais**. Revista de Ciência Jurídica e Sociologia da Unipar, v. 8, n. 1, p. 122, jan./jun. 2005. p. 122.

⁸² PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005, p. 16.

foram "domesticadas", para serem laboradas *em nome de Deus*, que deitaria luz para proteger os inocentes; e manter o sistema de poder.⁸³

Sabidamente, com a ascensão da Igreja Católica na Idade Média instaurou-se a relação crime-pecado, na qual a punição era entendida como um modo para a salvação da alma, razão pela qual ofensas estritamente religiosas foram consideradas puníveis pelo Direito Penal, causando uma ligação – e uma conseqüente mistura – entre direito, moral e religião.⁸⁴

Com a criação dos feudos, a função da justiça foi diminuindo e uma jurisdição eclesiástica ganhou força, de maneira que, a partir do momento em que a Igreja começa a investigar os crimes e os combater com um discurso de salvação para a alma, ela confirma sua autoridade e é colocada no Poder.⁸⁵ Com a Inquisição, a confissão foi considerada como sendo a rainha das provas, podendo ser obtida através de quaisquer meios possíveis. Neste período, portanto, houve uma humanização e legitimação da tortura.

Ademais, sabe-se que os estudos jurídicos nas universidades foram diminuindo e ocasionando uma piora na qualidade dos advogados, o que fez com que o próprio direito passasse a ser desrespeitado.⁸⁶ Sobre a falta de estudo nas universidades num geral, vale enfatizar que a instrução, que passou a ser secreta e escrita, dificultou ainda mais o controle para os atos da Igreja porque poucas pessoas sabiam ler.⁸⁷

No que se refere à uma diminuição de pessoas com formação acadêmica, Edward Peters em seu livro "História da Tortura", esclarece que a tortura foi utilizada em tribunais diversos por funcionários que nem mesmo possuíam formação jurídica, o que pode ser explicado pelo rigoroso sistema hierárquico de provas, no qual a confissão ocupava o lugar mais alto. No mais, o supramencionado autor expõe que os nomes e os depoimentos das testemunhas de acusação começaram a ser omitidos ao acusado, indivíduo que cada vez mais perde sua condição de sujeito do processo e se torna um mero objeto na relação processual.⁸⁸

Vale lembrar que apesar de diversos juristas referirem-se ao juiz atuar tanto como julgador quanto como acusador durante a Inquisição, portanto acumulando

⁸³ COUTINHO, 2001, p. 20.

⁸⁴ SOUZA, 2005, p. 122.

⁸⁵ PRADO, 2005, p. 137 - 138.

⁸⁶ PETERS, Edward. **História da Tortura**. Tradução de Pedro Silva Ramos. 1985, p. 57.

⁸⁷ SOUZA, op. cit., p. 118 - 119.

⁸⁸ PETERS, op. cit., p. 57.

funções incompatíveis, mais tarde houve o surgimento dos funcionários do tribunal, que desempenhariam a função acusatória, bem como a admissão da denúncia anônima nos processos eclesiásticos.⁸⁹

Nessa direção, Prado relata que a Inquisição teve início quando a denúncia, inclusive a anônima, foi admitida como meio de começar a investigação, que depois acaba se tornando prescindível, quando o juiz passa a ter a possibilidade de iniciar o processo de ofício com o mero surgimento de rumores públicos acerca de uma infração.⁹⁰

No mais, o autor, citando Franco Cordero, assevera que o juiz passa a ter uma posição de protagonista, deixando de ser um mero expectador impassível. Além disso, Prado ainda lembra que a prisão se tornou regra no curso do processo, mormente pelo fato do acusado ser considerado um obstáculo para a investigação da verdade.⁹¹

Na obra “O inimigo no Direito Penal”, Eugenio Raúl Zaffaroni leciona e demonstra a seletividade do poder punitivo. Para tanto, busca identificar as raízes da seletividade, chegando em determinado momento na visão inquisitorial e canônica, ocasião em que afirma que o poder punitivo foi desempenhado para assegurar e reconhecer a autoridade papal, o que fez com que a Inquisição se encarregasse dos hereges luteranos e, dessa forma, exercesse um poder punitivo exacerbado.⁹²

No que se refere às sanções nesse sistema, é notório que elas eram as mais duras possíveis, pois além do suspeito ser visto como um herege – o que era uma vergonha imensa na época –, ele ainda estava sujeito a penas extremas, podendo, por exemplo, ser levado à fogueira.⁹³ Todavia, o acusado poderia ser perdoado caso confessasse a autoria do crime, muito embora fosse submetido a inúmeras torturas até lá. Vale ressaltar, também, que em alguns casos as torturas eram mais graves do que a sanção a ser aplicada para o delito em questão.⁹⁴

O mais curioso está no fato da Inquisição violar todos esses direitos e buscar a verdade não em razão da criminalidade, mas sim pelo poder e pelo medo de um afastamento dos cidadãos quanto aos dogmas pregados e defendidos pela Igreja, consoante aponta Salah Khaled Jr.:

⁸⁹ PETERS, 1985, p. 57.

⁹⁰ PRADO, 2005, p. 142.

⁹¹ Ibid., p. 141.

⁹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007. 2 ed. p. 87 - 88.

⁹³ KHALED JR., 2013, p. 53.

⁹⁴ LOPES JR., 2016, p. 155.

A Inquisição em si mesma não tinha relação direta com a criminalidade – portanto com a defesa ou retribuição perante o dano ao patrimônio, ou à vida –, mas sim ao desvio em relação aos dogmas estabelecidos pela Igreja, ameaçados pela proliferação das novas crenças consideradas heréticas. No entanto, isso não impediu que os estados absolutistas europeus adotassem o processo inquisitório, que servia perfeitamente ao propósito de repressão do corpo social.⁹⁵

Entretanto, ocorre que, muito embora a Inquisição não tenha como objetivo primordial a diminuição da criminalidade, o processo inquisitório foi utilizado com esse propósito pelos mais diversos estados absolutistas. Nesse sentido, refere Salo de Carvalho:

Se politicamente o incremento da máquina inquisitorial ganha funcionalidade com a popularização de doutrinas pagãs e do calvinismo e luteranismo, maximizando a perseguição daqueles que contrariavam o modus vivendi católico, juridicamente o modelo inquisitorial estrutura uma nova economia de poder cujas manifestações são presentes até os dias atuais, sobretudo por ser um sistema fundado pela busca de uma 'verdade real'. A ausência de freios à investigação da verdade (real) gera uma verdadeira obsessão do inquisidor; daí ser natural, nessa perspectiva, a utilização do saber do próprio acusado como fonte de informação.⁹⁶

Interessante, ainda, os apontamentos de Rodrigo Chemim⁹⁷, autor que, depois de fazer uma indicação e análise de frases dos mais importantes filósofos dos primórdios do cristianismo, como Santo Agostinho⁹⁸ e São Tomas de Aquino⁹⁹, explica

⁹⁵ KHALED JR., 2013, p. 48.

⁹⁶ CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 12.

⁹⁷ GUIMARÃES, 2015, p. 36 - 40.

⁹⁸ A título de exemplo, vale registrar algumas passagens de Santo Agostinho em que é possível ver essa filosofia voltada a verdade divina, como: "*És tu, Senhor, quem me julga, porque ninguém conhece o que se passa no homem, a não ser o seu espírito que nele está; todavia há no homem coisas que até o espírito que nele habita ignora. Mas tu, Senhor, que o criaste, conheces todas as suas coisas*" e "*Confia à Verdade quanto da Verdade recebeste, e nada perderás; antes, tu podridão reflorescerá e serão curadas todas as tuas fraquezas, e serão reformadas e renovadas, estreitamente unidas a ti, tuas partes inconsistentes; e já não te arrastarão para a ladeira por onde descem, mas permanecerão contigo para sempre onde está Deus, eterno e imutável*" Cf. GUIMARÃES, 2015 apud AGOSTINHO, Santo. **Confissões**. Tradução de Alex Martins, São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 89 e p. 215.

⁹⁹ Do mesmo modo, cita-se as seguintes passagens de São Tomas de Aquino: "*A verdade é a adequação da coisa e do intelecto*"; *mas não pode haver uma única adequação ao intelecto de coisas especificamente diferentes; portanto, sendo as coisas verdadeiras especificamente diversas, não pode haver uma única verdade de todas as coisas verdadeiras*" e "*Fica claro do que foi dito que a verdade encontra-se propriamente no intelecto humano ou divino, como a saúde no animal; nas outras coisas, porém, a verdade encontra-se pela relação do intelecto, como também a saúde diz-se de algumas coisas enquanto são efetivas ou conservativas da saúde do animal. Portanto, a verdade está primeira e propriamente no intelecto divino; própria mas secundariamente no intelecto humano; nas coisas, todavia, imprópria e secundariamente, porquanto se encontra somente por relação a uma das duas verdades*" Cf. GUIMARÃES, 2015 apud AQUINO, Tomás de. **Verdade e Conhecimento: tradução,**

que a busca por uma “verdade absoluta” serviu de base e influenciou o modo de pensar e agir da humanidade ocidental, o que acabou legitimando a tortura como meio de prova no processo penal.

Outrossim, também relacionando o termo verdade real com o sistema inquisitório, Geraldo Prado esclarece que através da busca da “verdade real” surge o sofrimento causado por diversos meios de torturas, com os quais buscou-se extrair a versão dos fatos dos investigados, que não raras vezes confessavam o crime independentemente de serem ou não culpados.¹⁰⁰

Nessa acepção, Luigi Ferrajoli assevera que o modelo da verdade absoluta corresponde ao direito penal máximo, onde há um decisionismo essencialmente inquisitivo, com a verdade sendo buscada sem qualquer limite legal aos meios de aquisição das provas, enquanto o modelo da verdade relativa condiz ao direito penal mínimo, onde há observância às garantias processuais, como a presunção de não culpabilidade até prova em contrário, o ônus da prova por parte da acusação, o princípio *in dubio pro reo*, a publicidade do procedimento, o contraditório e a ampla defesa.¹⁰¹

Nessa linha, Aury Lopes expõe que a lógica do modelo inquisitorial se situa na verdade absoluta ou na verdade real, sendo a heresia o maior perigo da época, pois, com ela, o centro do sistema estaria atacado, o que autorizava o combate da heresia e do herege por quaisquer meios possíveis, como a tortura, que era empregada por cinco tipos progressivos e pelo período de 15 dias.¹⁰²

Sobre a tortura como meio de prova, salienta o jurista italiano Franco Cordero:

O instrumento inquisitório desenvolve um teorema óbvio: culpado ou não, o indiciado é detentor das verdades históricas; tenha cometido ou não o fato; nos dois casos, o acontecido constitui um dado indelével, com as respectivas memórias; se ele as deixasse transparecer, todas as questões seriam liquidadas com certeza; basta que o inquisidor entre na sua cabeça. Os juízos tornam-se psicoscopia.¹⁰³

estudos introdutórios e notas de Luiz Jean Launad e Mario Bruno Sproviero. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 179 e p. 189.

¹⁰⁰ PRADO, 2005, p. 142.

¹⁰¹ FERRAJOLI, 2002, p. 435 - 436.

¹⁰² LOPES JR., 2016, p. 151 - 155.

¹⁰³ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia.** 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2015 apud CORDERO, Franco. Guida alla Procedura Penale. Torino: Utet, 1986, p. 48.

Portanto, com o falacioso discurso da verdade real ou absoluta e a consequente prisão no decorrer do processo e a admissibilidade e legitimidade da tortura, visava-se a confissão do acusado, a qual, quando obtida, fazia com que o inquisidor não precisasse de outras provas, visto que a confissão era considerada a rainha das provas¹⁰⁴ e era suficiente para a condenação. Além disso, muito embora fosse possível o direito à defesa com um advogado, este tinha como atribuição fazer com que o réu prontamente confessasse e se arrependesse do seu erro, para, assim, ser possível a imediata aplicação e execução da pena.¹⁰⁵

Destarte, é possível perceber que havia uma íntima ligação entre o acusado e o funcionamento do processo inquisitório, dado que, com a confissão, a verdade era obtida e firmava o poder da Igreja, como refere Foucault:

A informação penal escrita, secreta, submetida, para construir suas provas, a regras rigorosas, é uma máquina que pode produzir a verdade na ausência do acusado. E por essa mesma razão, embora no estrito direito isso não seja necessário, esse procedimento vai necessariamente tender à confissão. Por duas razões: em primeiro lugar, porque esta constitui uma prova tão forte que não há nenhuma necessidade de acrescentar outras, nem de entrar na difícil e duvidosa combinação dos indícios; a confissão, desde que feita na forma correta, quase desobriga o acusador do cuidado de fornecer outras provas (em todo caso, as mais difíceis). Em seguida, a única maneira para que esse procedimento perca tudo o que tem de autoridade unívoca, e se tome efetivamente uma vitória conseguida sobre o acusado, a única maneira para que a verdade exerça todo o seu poder, é que o criminoso tome sobre si o próprio crime e ele mesmo assine o que foi sábia e obscuramente construído pela informação.¹⁰⁶

Enfim, resumindo o modo com que a Igreja ligou o Direito Canônico ao processo penal, frisa Jacinto Coutinho:

Trata-se, sem dúvida, do maior *engenho jurídico que o mundo conheceu*; e conhece. Sem embargo da sua fonte, a Igreja é diabólico na sua estrutura (o que demonstra estar ela por vezes e ironicamente, povoada por agentes do inferno!), persistindo por mais de 700 anos. Não seria assim em vão: veio

¹⁰⁴ Sobre o valor hierárquico que as provas possuíam no processo inquisitório, conveniente destacar as lições de Willian Lira de Souza: "*As provas tinham seu valor escalonado em um sistema de provas legal. A lei estipulava condições para que determinada prova fosse válida e, dentre as provas existentes, o grau de valoração de cada uma. Nesta perspectiva a confissão ganhava extrema relevância, em vista de seu alto valor, que sucumbia quaisquer outras provas produzidas pelo acusado em sentido contrário. A prova testemunhal, a título de exemplo, devia ser formada pelas palavras uníssonas de, pelo menos, duas pessoas.*" Cf. SOUZA, 2005, p. 123.

¹⁰⁵ LOPES JR., 2016, p. 154.

¹⁰⁶ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 64.

com uma finalidade específica e, porque serve – e continuará servindo, se não acordarmos – mantém-se hígido.¹⁰⁷

Logo, é possível notar que a essência dessa busca assídua por uma verdade absoluta pode ser encontrada no âmbito religioso. Todavia, sabe-se também que o modelo inquisitorial se expandiu e foi usado para combater diversos tipos de infrações, inclusive as que não tinham relação alguma com a religião, tanto que o fato da competência do tribunal da Santa Inquisição limitar-se a julgar assuntos associados à fé, principalmente a heresia, não impediu que o processo inquisitório fosse empregado para garantir e firmar o poder real e o absolutismo.¹⁰⁸

Os procedimentos inquisitivos começaram, pois, a legitimar o autoritarismo e o absolutismo, uma vez que, não obstante a estruturação dos Estados Europeus no decorrer dos séculos XVII e XVIII, não houve ruptura com a igreja ou com os modelos adotados por ela. Longe disso, os reis absolutistas utilizaram o mesmo sistema como modo de conformação social.¹⁰⁹

Ademais, apesar de a doutrina normalmente abordar este sistema explicando os erros cometidos durante a história, em especial durante a Inquisição, imprescindível mencionar que para diversos autores o processo inquisitorial ainda está em funcionamento, embora com sua intensidade reduzida. Para Khaled, por exemplo, o processo inquisitório continua sendo um meio pelo qual o poder se estabelece em busca dos fins, porque em que pese os defensores da verdade real não defendam as barbáries ocorridas durante a Inquisição, eles não debatem profundamente o tema e não enxergam – ou preferem não enxergar – que uma permanência no discurso que visa a verdade no processo penal desvirtua o sistema acusatório e o transforma num sistema neoinquisitório.¹¹⁰

Exatamente por isso é que Salo de Carvalho propõe deixar de lado essa dicotomia dos sistemas processuais penais em acusatório e inquisitório, dado que isso viabiliza, por exemplo:

[...] produzir, no plano discursivo e das práticas cotidianas, máscaras que ocultam e permitem a reprodução das violências, notadamente quando se realizam reversibilidades ao enunciar a compatibilidade de estruturas

¹⁰⁷ COUTINHO, 2001, p. 22.

¹⁰⁸ KHALED JR., 2013, p. 70.

¹⁰⁹ SOUZA, 2005, p. 122.

¹¹⁰ KHALED JR., op. cit., p. 47 - 69.

processuais nitidamente autoritárias com a Constituição. O resultado é vivificar, na operatividade das agências persecutórias, o inquisitorialismo.¹¹¹

Assim, o supramencionado autor apresenta como sugestão a identificação dos “graus de inquisitorialismo” existentes nos modelos processuais penais históricos e nas leis processuais penais num geral, o que propiciaria o reconhecimento dos problemas e a criação de formas para reduzir danos aos direitos fundamentais. Isso porque:

Se a biografia das práticas penais, apesar de sua sinuosidade, tem demonstrado que a regra do poder penal é o inquisitorialismo, imprescindível otimizar técnicas de blindagem dos direitos fundamentais como forma de densificar práticas garantistas. Do contrário, o discurso garantista representará variável insensata na estrutura das formas de poder, acidental cisão na história das violências, tornando o pensamento crítico herdeiro inocente, poesia diletante e romântica de projeto imaginado, mas nunca usufruído.¹¹²

De acordo com Jacinto Coutinho, o discurso envolvendo a verdade real está intimamente ligado ao fato da gestão da prova ser confiada ao magistrado, o qual, com isso, poderia ter a “vantagem” de facilmente se informar sobre a verdade dos fatos relevantes ao direito penal mesmo que eles não estivessem previstos nas teses da acusação.¹¹³ Durante a história da humanidade, a função de acusar e julgar na figura do juiz possibilitou uma acusação formal, visto que, com o discurso de interesse público e da verdade real, o inquisidor poderia alterar – modificando ou subtraindo – fatos a serem apurados e processados em qualquer momento.¹¹⁴

Em virtude disso e de outros erros históricos que já aconteceram na concentração das funções de acusação e de julgar, bem como por serem funções extremamente incompatíveis, Aury conclui que esse sistema falhou, incidindo num erro psicológico, o de confiar que fosse viável a concessão de funções tipicamente acusatórias para o juiz.¹¹⁵

¹¹¹ CARVALHO, 2015, p. 169.

¹¹² CARVALHO, 2015, p. 169.

¹¹³ COUTINHO, 2001, p. 24.

¹¹⁴ SOUZA, 2005, p. 122.

¹¹⁵ LOPES JR., 2016, p. 156.

3.1.2 O sistema misto

O denominado sistema misto teve início após a Revolução Francesa e com a promulgação do Código Napoleônico de 1808, Código que teve como base a divisão processual em duas etapas: a pré-processual e a processual, tendo a primeira cunho inquisitório e a segunda cunho acusatório.¹¹⁶

Ainda no que concerne à origem do sistema misto, Paulo Rangel, quem denomina o sistema misto de acusatório formal, ensina que esse sistema sofreu influências do sistema acusatório de Roma e também do sistema inquisitivo concebido no Direito Canônico e em Estados monárquicos. Para o citado autor, no sistema misto, embora a imparcialidade do julgador fosse respeitada, a acusação ficava a cargo do Estado-administração, ou seja, do Ministério Público.¹¹⁷

Na opinião de Nucci, o Brasil adotou o sistema misto, haja vista que, em que pese a Constituição Federal de 1988 tenha criado artigos que indiquem a adoção de um sistema acusatório, deve haver uma consideração do que consta no nosso Código de Processo Penal, pois, afinal, é ele quem de fato cria as regras processuais penais a serem seguidas. Ressalta Nucci que o CPP de 1941 nasceu com cunho inquisitivo e com a Constituição foi iluminado por princípios democráticos do sistema acusatório, bem como teve reformas que amenizaram o inquisitivismo, deixando-o com alguns elementos próprios do sistema acusatório.¹¹⁸

Ainda segundo o entendimento de Nucci, o CPP estabeleceu o sistema misto em virtude da apuração probatória iniciar-se com a presidência de um Delegado, o qual observará requisitos essencialmente inquisitórios quando da apuração do fato delitivo, como o sigilo¹¹⁹, a ausência de contraditório e de ampla defesa, o procedimento escrito¹²⁰, etc., sendo que somente com a ação penal as regras inerentes ao sistema acusatório, como a publicidade e a observância dos princípios da ampla defesa e do contraditório, serão seguidas.¹²¹

¹¹⁶ LOPES JR., 2015, p. 45.

¹¹⁷ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 25. ed. São Paulo: Atlas, p. 52.

¹¹⁸ NUCCI, 2016, p. 72.

¹¹⁹ “Art. 20, CPP. A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade.” Cf. BRASIL, 1941.

¹²⁰ “Art. 9º, CPP. Todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade.”. Cf. BRASIL, loc. cit.

¹²¹ NUCCI, op. cit., p. 73.

Com opinião divergente, no entanto admitindo a existência de um sistema misto¹²², Renato Marcão entende que o Código de Processo Penal e a Carta Magna adotaram o sistema acusatório, dado que os direitos e garantias fundamentais elencados na Constituição delimitam a ação Estatal, fazendo com o que não haja dúvidas quanto ao sistema eleito.¹²³

Divergindo dos autores retromencionados, uma parcela de autores desconhece a existência de um sistema denominado misto que possua características e peculiaridades próprias, já que o sistema acusatório puro, bem como o sistema inquisitório puro, são produtos da história, de maneira que, nos dias de hoje, todos os sistemas são mistos, como corretamente aduz Jacinto Coutinho:

No entanto, como é primário, não há mais sistema processual puro, razão pela qual tem-se, todos, como sistemas mistos. Não obstante, não é preciso um grande esforço para entender que não há – e nem pode haver – um princípio misto, o que, por evidente, desconfigura o dito sistema. Assim, para entendê-lo, faz-se mister observar o fato de que, ser misto significa ser, na essência, inquisitório ou acusatório, recebendo a referida adjetivação por conta dos elementos (todos secundários), que de um sistema são emprestados ao outro. É o caso, por exemplo, do processo comportar a existência de parte, o que para muitos, entre nós, faz o sistema tornar-se acusatório.¹²⁴

Com efeito, Jacinto se refere ao fato dos sistemas processuais penais serem analisados com base em seu princípio unificador, eis que o sistema misto, também chamado de formal, francês ou napoleônico, não possui um princípio unificador próprio, motivo pelo qual será regido pelo princípio inquisitivo, com a conseqüente formação do sistema inquisitório, ou pelo princípio dispositivo, com a formação de um sistema acusatório.

É a partir daqui, dos ensinamentos de Jacinto Coutinho e dos princípios unificadores dos sistemas do processo penal, que Aury Lopes se refere à criação de um sistema misto como um “reducionismo ilusório”, perceba-se:

Ora, afirmar que o “sistema é misto” é absolutamente insuficiente, é um reducionismo ilusório, até porque não existem mais sistemas puros (são tipos históricos), todos são mistos. A questão é, a partir do reconhecimento de que não existem mais sistemas puros, identificar o princípio informador de cada

¹²² Sobre o sistema misto, Marcão entende que: "em razão de sua parcela inquisitiva, esse modelo se mostra incompatível com os princípios democráticos explícita e implicitamente adotados na vigente Constituição Federal." Cf. MARCÃO, 2016, p. 87.

¹²³ Ibid., p. 87.

¹²⁴ COUTINHO, 1998, p. 167.

sistema, para então classificá-lo como inquisitório ou acusatório, pois essa classificação feita a partir do seu núcleo é de extrema relevância.¹²⁵

O tamanho da problemática em torno do sistema misto pode ser visto com Luigi Ferrajoli, o qual o retrata como um “monstro, nascido do acoplamento do processo inquisitivo e do acusatório”. Consoante o mencionado autor, o Código termidoriano de 1795 e o Código napoleônico de 1808, com a criação do sistema misto, fizeram com que esse sistema fosse copiado por inúmeras codificações posteriores, em que se tem uma fase inquisitória na instrução e uma acusatória ao final, no entanto em ambas com a predominância do juiz-inquisidor.¹²⁶

Como já mencionado, Jacinto Coutinho ensina – acertadamente – que todos os sistemas processuais conhecidos são mistos. Nessa acepção, o autor propõe a identificação de se compreender os sistemas através dos princípios unificadores (inquisitivo ou dispositivo):

Ora, se todos os sistemas processuais penais da atualidade são mistos e, desde a noção de sistema não se pode ter um sistema misto, parece óbvio que se trata de um problema meramente conceitual, e não fático. Desde uma visão mais adequada, os sistemas são mistos não por força da simples somatória dos elementos que os integram, mas, fundamentalmente, porque em sendo sistemas regidos pelo princípio inquisitivo, têm agregados a si elementos provenientes do sistema acusatório, como vai suceder com o sistema processual penal brasileiro em vigor e que tem por base o CPP de 1941; ou, em sendo regidos pelo princípio dispositivo, têm agregados a si elementos provenientes do sistema inquisitório, como vai suceder com o sistema processual penal norte-americano.¹²⁷

No mais, Jacinto explica que, embora não seja possível encontrar uma diferença concreta entre os sistemas mistos, essa diferença ocorre em razão de uma opção política, *in verbis*:

Neste passo, porém, ainda não se tem uma diferença concreta entre os sistemas mistos, como se pode perceber. E ela (a diferença) não se dá em razão do arcabouço filosófico colocado à disposição, muito menos pelas regras jurídicas que podem reger a matéria. Na realidade – e em com patibilidade com o que se pode ler dos fundamentos históricos dos dois sistemas – a opção, no caso, é política, seja por um ou por outro sistema. Ora, faz-se uma opção política quando se dá a função de fazer aportar as provas ao processo seja ao juiz (como no Sistema Inquisitório), seja às partes, como no Sistema Acusatório, por evidente que sem se excluir (eis por que todos os sistemas são mistos) as atividades secundárias de um e de outros,

¹²⁵ LOPES JR., 2016, p. 142.

¹²⁶ FERRAJOLI, 2002, p. 113.

¹²⁷ COUTINHO, 2010, p. 109.

tudo ao contrário do que se passava nos sistemas puros. Daí que a gestão da prova caracteriza, sobremaneira, o princípio unificador e, assim, o sistema adotado.¹²⁸

Entretanto, é possível notar que, não obstante a inexistência desse terceiro sistema processual penal com características próprias, ele é usado, ainda que de forma implícita, para a criação e justificativa de decisões judiciais e artigos de lei.

3.1.3 O sistema acusatório

Deixando de lado essa dicotomização com pretensões de pureza acerca dos sistemas do processo penal, vale ressaltar alguns traços do outro sistema processual penal normalmente abordado na doutrina processual penal: o sistema acusatório.

Assim, ressalte-se nove traços deste sistema processual penal, normalmente referido como sendo a melhor opção para o processo penal da atualidade:

a) clara distinção entre as atividades de acusar e julgar; b) a iniciativa probatória deve ser das partes (decorrência lógica da distinção entre as atividades); c) mantém-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à coleta da prova, tanto de imputação como de descargo; d) tratamento igualitário das partes (igualdade de oportunidades no processo); e) procedimento é em regra oral (ou predominantemente); f) plena publicidade de todo o procedimento (ou de sua maior parte); g) contraditório e possibilidade de resistência (defesa); h) ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional; i) instituição, atendendo a critérios de segurança jurídica (e social) da coisa julgada; j) possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição.¹²⁹

Outro fato relevante a ser aludido acerca do sistema acusatório é que a jurisprudência dos Tribunais Superiores afirmam que ele é o sistema processual penal vigente no Brasil, conforme se vê no Habeas Corpus 347.748/AP do STJ, cujo Ministro Relator foi Joel Ilan Paciornik, da 5ª Turma. No corpo do acórdão, o Ministro afirmou que:

¹²⁸ COUTINHO, 2010, p. 104.

¹²⁹ LOPES JR., 2016, p. 145.

Constitui alicerce do processo penal brasileiro o sistema acusatório, no qual, em oposição à modalidade inquisitorial, impõe-se uma clara divisão de atribuições entre os sujeitos processuais responsáveis por acusação, defesa e julgamento na persecução criminal. Tal sistema traz como corolários os princípios da inércia e da imparcialidade do órgão jurisdicional – inclusive, e especialmente, no tocante à impossibilidade de que o julgador substitua iniciativa que seja de atribuição exclusiva de parte.¹³⁰

Por fim, importante frisar que a discussão envolvendo os sistemas processuais também pode ser encontrada na (necessária) reforma do Código de Processo Penal. Segundo Rodrigo Chemim, o novo CPP deve não somente indicar que o processo penal terá diretrizes acusatórias, como também delimitar o que se entende por essas diretrizes. Para o autor, deve-se deixar de lado essa busca por uma verdade, por algo, por uma essência, e visar uma estruturação que leva em conta os campos da Hermenêutica Filosófica, da Psicanálise e da Psicologia Cognitiva.¹³¹

3.2 A DOUTRINA TRADICIONAL E A ADOÇÃO DO PRINCÍPIO DA VERDADE REAL

Numa visão simplificada e reducionista, não é errado dizer que o processo penal é composto por regras que, ao final, servem para descobrir se o acusado é inocente ou culpado. O que quer dizer, antes de mais nada, se o fato pelo qual a pessoa está sendo acusada existiu e, se existiu, se foi ela que o causou. Para tanto, Francesco Carnelutti indica que primeiramente devemos aprender o que é um fato, definido pelo jurista italiano da seguinte maneira:

Necessária saber o que é um fato, antes de tudo. São palavras que se usam pela intuição; que se compreendem aproximadamente; mas precisa refletir-se sobre. Um fato é um pedaço da história; e a história é a estrada que percorrem, do nascimento à morte, os homens e a humanidade. Um pedaço de estrada, portanto. Mas da estrada que se fez, não da estrada que se pode fazer. Saber se um fato aconteceu ou não, quer dizer, portanto, voltar atrás. Este voltar atrás é aquilo que se chama fazer a história.¹³²

¹³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 347748, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma. Julgado em 27 de setembro de 2016. **Lex**: jurisprudência do STJ. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/393298849/andamento-do-processo-n-2016-0019250-0-habeas-corpus-10-10-2016-do-stj?ref=topic_feed>. Acesso em: 12 nov. 2017.

¹³¹ GUIMARÃES, 2015, p. 675.

¹³² CARNELUTTI, 2015, p. 45.

Partindo dessa premissa, isto é, de que o fato é um pedaço da história, Carnelutti na sequência aduz que a função das provas no processo seria a de reconstrução da história, servindo, portanto, para reconstruir o que ocorreu. Com base nesse entendimento, o jurista italiano equipara a figura do juiz a do historiador, mas desde logo alerta que não basta a mera reconstrução dos fatos e a consequente apuração da autoria e materialidade, devendo o juiz também declarar os motivos da ação delitiva e a intenção do agente.¹³³

Com base no processo penal como reconstrução do passado, parte da doutrina, normalmente denominada de “tradicional”, interpreta – equivocadamente, diga-se desde logo – que o processo penal é regido pelo que denominam de princípio da busca da verdade real ou somente princípio da verdade real ou material. Afinal, como o processo tem por finalidade a restauração do que ocorreu, deve o magistrado buscar a conduta e as circunstâncias do caso como elas ocorreram, ou com a maior precisão possível. Ou seja, para os autores que tratam do tema dessa maneira, o julgador que conduz o processo penal deve, sempre, visar e buscar a verdade.

Nesse sentido, Fernando Capez assegura ser necessário que o juiz investigue os fatos como eles ocorreram na realidade, não podendo se contentar com a verdade formal que se encontra nos autos, razão pela qual, para este autor, é possível ao magistrado determinar diligências de ofício, como prescreve o Código de Processo Penal.¹³⁴

De maneira semelhante, no entanto reconhecendo que nunca se conseguirá extrair dos autos o que aconteceu no plano real, Guilherme de Souza Nucci continua tratando do assunto sob o termo “princípio da busca da verdade real”, através do qual deve-se chegar ao mais próximo possível da realidade, o que possibilita ao magistrado, por exemplo, encontrar provas para verificar o que se passou no caso em concreto que está a decidir.¹³⁵

De acordo com Vicente Greco Filho, o juiz, muito embora deva buscar pela verdade real, ou seja, pelo que aconteceu no mundo fático, sempre produzirá em sua sentença uma verdade formal, isto é, aquela que consta nos autos, pois a verdade real, a certeza objetiva, estará subordinada à interpretação individual e, se não foi

¹³³ CARNELUTTI, 2015, p. 46.

¹³⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 26.

¹³⁵ NUCCI, 2016, p. 56.

exposta e não está nos autos, não poderá ser usada, sob pena de violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa.¹³⁶

Cabe registrar, também, que há autores que abordam o tema sob outras nomenclaturas, utilizando os termos princípio da verdade material ou da verdade substancial, como Norberto Avena, que associa a matéria com o artigo 566 do Código de Processo Penal, o qual prevê que “não será declarada nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa.”¹³⁷

Sob outro aspecto, importante mencionar que alguns doutrinadores explicam o supracitado princípio diferenciando a verdade no processo penal da verdade no processo civil. Isso porque, para eles, no processo civil vigora o princípio da verdade formal, enquanto no processo penal vige o princípio da verdade real, conforme aduz Renato Marcão, que ainda cita que tal diferença se dá principalmente em razão do interesse público pelo qual o processo penal funciona:

Ao contrário do que ocorre no direito processual civil, em que vige o princípio da verdade formal e a revelia autoriza presumir verdadeiros os fatos alegados pelo autor, no processo penal prevalece o interesse público, e a prestação jurisdicional busca reconstruir a verdade real, empírica, e assim esclarecer, com a maior precisão possível, a maneira como os fatos imputados verdadeiramente se deram.¹³⁸

Além disso, Marcão assevera que, diferentemente do processo civil, a revelia no processo penal não faz com que se presumam verdadeiro os fatos alegados pelo titular da ação penal, fato que decorre do princípio da verdade real.¹³⁹

Essa diferença com o processo civil é explicada por Renato Brasileiro de Lima¹⁴⁰, autor que, diferentemente dos acima mencionados, não acredita que o processo penal é regido pela verdade real, pois nos dias de hoje essa dicotomia entre verdade formal e material deixou de existir, sendo que independentemente de tratar-se de direito disponível ou indisponível, o processo deve buscar um modo eficaz para a realização da justiça.

¹³⁶ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 237.

¹³⁷ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 17.

¹³⁸ MARCÃO, 2016, p. 77.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 461.

¹⁴⁰ LIMA, 2016, p. 107.

No entanto, por outro lado¹⁴¹, é possível encontrar manuais e cursos de processo penal discorrendo que a diferença da verdade no âmbito penal e no âmbito cível se dá pelo fato de, neste, ser possível a disposição da ação quando as partes bem entenderem, como se observa abaixo:

No processo civil vige o princípio da verdade formal, no qual o juiz se satisfaz com as alegações deduzidas pelas partes, máxime porque, em regra, elas, as partes, podem dispor da ação de acordo com seus interesses. O magistrado, portanto, deverá quedar-se inerte, por exemplo, diante da negligência de uma ou ambas as partes, julgando antecipadamente a lide. Ressalve-se, contudo, aquelas ações que cuidam de direitos indisponíveis, em que o tratamento a ser dispensado é bastante diverso.

Na Justiça Penal, ao reverso, o juiz não é mero espectador das provas produzidas pelas partes. Tem o dever de investigar a fundo a realidade do fato. Tão largo é o alcance desse princípio que até mesmo a confissão, no processo penal, tem valor relativo (art. 197) e deve ser valorada de acordo com as demais provas coligidas, enquanto, no processo civil, esse mesmo ato, quando não se cuidar de direitos indisponíveis, tem importância definitiva e absoluta (art. 351, CPC), autorizando, desde logo, o julgamento da lide.¹⁴²

Enfrentando essa dicotomia entre as verdades nesses diferentes ramos e afirmando que, ao longo de muito tempo, a verdade real foi defendida em razão do interesse social presente no processo penal, Luís Fernando de Moraes Manzano sustenta que muitas vezes os valores abordados no processo civil são tão valiosos, ou até mais, do que os tratados no processo penal, dado que a pena aplicada ao réu pode possuir natureza patrimonial, na medida em que, no processo civil, o objeto versado pode envolver direitos e interesses indisponíveis, como, por exemplo, nas causas de direito de família, infância e juventude e direitos do consumidor e do cidadão, que são mais importantes do que na adoção de penas alternativas à privativa de liberdade ou nas penas de multa.¹⁴³

Sobre o termo interesse público ou interesse social, utilizado por alguns autores no âmbito processual penal, como, por exemplo, na doutrina de Renato Marcão como se mostrou acima, Aury Lopes salienta que, não raras vezes, mencionado termo é

¹⁴¹ Por exemplo, Edilson Mougenot Bonfim afirma que: "*A distinção se justifica. No âmbito cível, a maioria das causas versa sobre interesses patrimoniais disponíveis, que em tese têm menor grau de relevância para a sociedade. Já no âmbito penal, tendo em vista a possibilidade concreta de aplicação de penas que restrinjam o direito fundamental da liberdade, bem como pelo elevado grau de interesse social com relação às condutas tuteladas no direito penal material, é muito mais relevante que a elucidação dos fatos que fundamentam as decisões seja feita da forma mais acurada possível.*" (BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 100).

¹⁴² DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de Processo Penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 15.

¹⁴³ MANZANO, Luís Fernando de Moraes. **Curso de Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 33 - 37.

usado como forma de sacrifício de direitos individuais, o que não deveria ocorrer, uma vez que essa expressão:

É uma manipulação discursiva que faz um maniqueísmo grosseiro (senão interesseiro) para legitimar e pretender justificar o abuso de poder. Inicialmente, há que se compreender que tal reducionismo (público – privado) está completamente superado pela complexidade das relações sociais, que não comportam mais essa dualidade cartesiana. Ademais, em matéria penal, todos os interesses em jogo – principalmente os do réu – superam muito a esfera do “privado”, situando-se na dimensão de direitos e garantias fundamentais (portanto, “público”, se preferirem). Na verdade, são verdadeiros direitos de todos e de cada um de nós, em relação ao (ab)uso de poder estatal.¹⁴⁴

Ademais, Aury Lopes explica que há interesse público tanto na perseguição e consequente punição das ações que violem os bens jurídicos tutelados pelo nosso ordenamento jurídico, como também na proteção de indivíduos que estão sendo acusados de maneira injusta.¹⁴⁵

No que tange à abrangência do princípio, Norberto Avena¹⁴⁶, embora lecionem que o processo deve buscar a verdade real, reconhece que a verdade não pode servir como legitimação a violação de direitos e garantias fundamentais estabelecidos na legislação, sendo, portanto, uma busca que se sujeita a limites. Nessa linha de pensamento, o mencionado autor coloca como exemplos de exceções à verdade real, a inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícitos¹⁴⁷, o descabimento da revisão criminal contra sentença absolutória transitada em julgado¹⁴⁸, a vedação ao testemunho de pessoas que tiverem conhecimento do fato em razão de sua profissão, função, ofício ou ministério¹⁴⁹ e a possibilidade de transação penal na hipótese de infração de menor potencial ofensivo com a aplicação ao autor do fato sanção não

¹⁴⁴ LOPES JR., 2016, p. 34.

¹⁴⁵ LOPES JR., Aury. **Investigação Preliminar no processo penal**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 101.

¹⁴⁶ AVENA, 2017, p. 18.

¹⁴⁷ “Art. 5º, inciso LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.” Cf. BRASIL, 1988.

¹⁴⁸ “Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:

I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;

II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;

III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.” Cf. BRASIL, 1941.

¹⁴⁹ “Art. 207. São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho.” Cf. BRASIL, loc. cit.

privativa de liberdade não obstante a apuração de sua efetiva responsabilidade criminal¹⁵⁰.

Também expondo a matéria como maneira de vantagem para o acusado, Vicente Greco Filho afirma que pelo princípio da verdade real é possível que o magistrado exerça uma espécie de controle de eficiência da defesa, fazendo com que o advogado inerte ou ineficiente seja destituído ou, ainda, que seja possível a determinação de provas para a descoberta da verdade mesmo sem o requerimento do réu.¹⁵¹

Há, no entanto, quem lecione ser praticamente impossível usar a verdade real como forma de limitação quanto à prova, como Luís Fernando de Moraes Manzano:

As limitações à prova podem ser maiores ou menores dependendo do sistema jurídico. Assim, num sistema que busca a “verdade real” a qualquer custo, praticamente não haverá limitações quanto à prova. Já num sistema em que se busca a verdade humana e eticamente possível, ou seja, num sistema que prestigia os direitos individuais, os direitos da personalidade (direito à intimidade, direito à vida privada etc.), em detrimento dos direitos do Estado policialesco, provavelmente as restrições à prova serão maiores.¹⁵²

Em sentido similar está a posição de Luigi Ferrajoli, para quem a verdade substancial ou material, isto é, a verdade absoluta, não observa limites e confins legais e será alcançada independente do meio, formando, assim, um processo penal autoritário e irracional.¹⁵³

Sob outro aspecto, vale ressaltar que é possível encontrar o princípio da verdade real como ensinamento em Cursos e Manuais de Processo Penal preparatórios para concursos, como no Direito Processual Penal Esquematizado de Alexandre Cebrían Araújo Reis e Victor Eduardo Rios Gonçalves, cuja coordenação é de Pedro Lenza:

¹⁵⁰ “Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade;” “Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.” Cf. BRASIL, 1941.

¹⁵¹ GRECO FILHO, 2015, p. 80.

¹⁵² MANZANO, Luís Fernando de Moraes. **Curso de Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 33-356.

¹⁵³ FERRAJOLI, 2002, p. 38.

O processo penal busca desvendar como os fatos efetivamente se passaram, não admitindo ficções e presunções processuais, diferentemente do que ocorre no processo civil. Em atenção ao princípio da verdade real, ainda que o réu seja revel, será necessário que a acusação faça prova cabal do fato imputado para que haja condenação. Também em razão desse princípio, ainda que se tenha adotado o sistema acusatório, pode o juiz determinar, de ofício, a produção de provas que entenda necessárias para dirimir dúvidas sobre ponto relevante (art. 156 do CPP). O princípio da verdade real encontra, todavia, algumas limitações, como, por exemplo, a vedação do uso de prova ilícita e da revisão criminal pro societate — se após a absolvição transitar em julgado surgirem provas fortíssimas contra o réu, a decisão, ainda assim, não poderá ser revista.¹⁵⁴

E também no Processo Penal para concurso da Polícia Federal, de Emerson Castelo Branco:

É o princípio segundo o qual o juiz não pode exercer a função de mero condutor da atividade probatória desenvolvida pelas partes, podendo em determinadas situações agir de ofício para complementar o conjunto probatório e dirimir dúvidas. Obviamente, em regra, a iniciativa da perquirição probatória cabe às partes. Contudo, em face da necessidade de se aproximar da verdade dos fatos, reconstruindo os acontecimentos, o juiz não estará obrigado a esperar a iniciativa das partes, como frequentemente procede no direito processual civil. No processo penal, o juiz faz a história do processo.¹⁵⁵

Aliás, não é para menos, considerando que é possível encontrar o referido princípio em diversas questões de concursos, como para Delegados de Polícia, Promotores de Justiça e Juízes de Direito, nas quais assertivas como “imperava no processo penal o princípio da verdade real e não da verdade formal, próprio do processo civil, em que, se o réu não se defender, presumem-se verdadeiros os fatos alegados pelo autor”¹⁵⁶ e “embora o Ministério Público seja o principal destinatário dos elementos de convicção reunidos no inquérito policial, o processo penal, como um todo, é orientado pelo princípio da verdade real, de modo que eventuais novas provas obtidas em sede inquisitorial, ainda que já iniciada a ação penal, podem e devem ser juntadas aos autos”¹⁵⁷ são consideradas corretas.

¹⁵⁴ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; REIS, Alexandre Cebrian Araújo. **Direito Processual Penal esquematizado**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 87

¹⁵⁵ BRANCO, Emerson Castelo. **Processo penal para concurso: polícia federal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 23.

¹⁵⁶ Disponível em: <<https://www.qconcursos.com/questoes-de-concursos/questao/01a9ad16-a8>>. Acesso em: 07 nov. 2017.

¹⁵⁷ Disponível em: <<https://www.qconcursos.com/questoes-de-concursos/questao/501ecc04-ed>>. Acesso em: 07 nov. 2017.

3.3 O USO DO PRINCÍPIO DA VERDADE REAL NA JURISPRUDÊNCIA

Muito embora o “princípio da verdade real” seja amplamente criticado – já há algum tempo – pela doutrina processual penal, é comum encontrá-lo em diversas decisões nos Tribunais Estaduais de segunda instância, bem como nos Tribunais superiores, onde ele é usado para justificar ou legitimar diversos atos realizadas por magistrados e demais profissionais que trabalham no sistema judiciário.

A título de exemplo, em sede de apelação criminal (Apelação Crime nº 1.574.050-8/TJPR, oriunda da 7ª Vara Criminal de Curitiba e publicada em 08 de fevereiro de 2018), em que se contestou a parcialidade do julgador *a quo* na condução do interrogatório dos réus, bem como na inquirição das testemunhas, o Tribunal de Justiça do Paraná, representado pelos desembargadores Marcus Vinícius de Lacerda Costa (relator), Maria José de Toledo Marcondes Teixeira e pelo Juiz de Direito Substituto em 2º Grau Ruy Alves Henriques Filho, se pronunciou duas vezes invocando o “princípio da verdade real”, em que aduziu que “ao contrário do que foi afirmado, o juiz não agiu parcialmente ao conduzir o processo, pois, diante o sistema processual vigente, o magistrado é o destinatário da prova e deve primar pela busca da verdade real.”

E ainda:

Destaque-se, outrossim, no que diz respeito à tese de que a pena dos interrogados seria maior se eles confessassem como o Juízo os estava induzindo, cumpre asseverar que não se pode esperar que o juiz explique detalhadamente o processo trifásico da dosimetria da pena, esperando-se da defesa que adote tal postura, visando melhor atender aos interesses de seu patrocinado. Outrossim, mais uma vez, destaque-se que o juiz agiu na busca da verdade real, confrontando a versão do apelante com a trazida pela vítima, não agindo em nenhum momento com parcialidade. No que diz respeito à inquirição das testemunhas, não se verificou qualquer parcialidade do magistrado, apenas a busca constante pela verdade, que é seu dever, porque, afinal de contas, é ele o destinatário da prova produzida, visando firmar seu convencimento sobre os fatos, não havendo qualquer comprovação de que tivesse interesse no processo.¹⁵⁸

¹⁵⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Crime 1574050-8, Rel. Marcus Vinícius de Lacerda Costa, Quinta Câmara Criminal, julgado em 08 de fevereiro de 2018. **Lex:** jurisprudência do TJPR. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12492738/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1574050-8>>. Acesso em 08 mar. 2018.

Ainda na jurisprudência do Tribunal de Justiça Paranaense (Correição Parcial nº 1.745.411-0/TJPR, oriunda da Vara Única da Comarca de Pontal do Paraná e publicada em 14 de dezembro de 2017), o Ministério Público propôs correição parcial contra decisão proferida pelo Juízo da Comarca de Pontal do Paraná que indeferiu o pedido para expedição de ofícios na tentativa de localizar o endereço de certa testemunha, verifica-se que o Juízo *ad quem* deferiu a correição e determinou a expedição dos ofícios solicitados pelo *parquet* sob a seguinte justificativa:

Assim, mormente quando constatado que incumbe ao Judiciário a busca da verdade real, bem como que os sistemas conveniados disponíveis à Promotoria de Justiça já haviam sido consultados (mov. 8, 15.2 e 15.3), não há qualquer óbice na expedição de ofícios pelo Poder Judiciário para localização da testemunha.¹⁵⁹

Além do mais, é possível localizar o aludido princípio como legitimação para incidir a qualificadora do rompimento de obstáculo no crime de furto (artigo 155, § 4º, inciso I, do Código Penal) mesmo quando não realizado o exame pericial, como se constata na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (REsp n.º 924.254 – 6ª Turma – DJU de 22.10.07), em que o Ministro Hamilton Carvalhido assim se pronunciou:

O exame pericial não se constitui o único meio probatório possível para a comprovação da qualificadora de rompimento de obstáculo no crime de furto, sendo lícito, na busca pela verdade real, a utilização de outras formas, tais como a prova testemunhal e a documental.¹⁶⁰

Portanto, nota-se que o princípio é usado corriqueiramente nas decisões dos Tribunais, tanto para justificar ações de magistrados, como para justificar outros atos processuais.

¹⁵⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Correição Parcial 1745511-0, Rel. Luiz Osório Moraes Panza, Quinta Câmara Criminal, julgado em 14 de dezembro de 2017. **Lex:** jurisprudência do TJPR. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12475922/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1745411-0>>. Acesso em: 08 mar. 2018.

¹⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 924.254, Rel. Min. Hamilton Carvalhido. Sexta Turma. Julgado em 27 de setembro de 2007. **Lex:** jurisprudência do STJ. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19212594/recurso-especial-resp-924254-rs-2007-0027015-1/inteiro-teor-19212595>>. Acesso em: 26 mar. 2018.

4. A INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ NO PROCESSO PENAL

4.1 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS ACERCA DO PRINCÍPIO DA VERDADE REAL COMO LEGITIMAÇÃO AOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ NO PROCESSO PENAL

Conforme mencionado, o nosso Código de Processo Penal dispõe, em seu artigo 156, inciso I, que é facultado ao juiz de ofício 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.

Para Guilherme de Souza Nucci, a atuação de ofício pelo juiz e o artigo 156, inciso I, do Código de Processo Penal, não somente encontram-se compatíveis com a Constituição de 1988 e com o sistema processual penal adotado pelo ordenamento brasileiro – para ele, o sistema misto –, como também se justificam por decorrerem de dois princípios, quais sejam, o princípio da verdade real e o princípio do impulso oficial:

[...] trata-se de decorrência natural dos princípios da verdade real e do impulso oficial. Em homenagem à *verdade real*, que necessita prevalecer no processo penal, deve o magistrado determinar a produção das provas que entender pertinentes e razoáveis para apurar o fato criminoso. Não deve ter a preocupação de beneficiar, com isso, a acusação ou a defesa, mas única e tão somente atingir a verdade. O impulso oficial também é princípio presente no processo, fazendo com que o juiz provoque o andamento do feito, até final decisão, queiram as partes ou não. O procedimento legal deve ser seguido à risca, designando-se as audiências previstas em lei e atingindo o momento culminante do processo, que é a prolação da sentença.¹⁶¹

De modo similar, no entanto fazendo uma ponderação entre o sistema acusatório e o princípio da verdade real, Norberto Avena entende que, apesar do ônus probatório competir às partes, é errado que o magistrado tenha uma postura inerte e de mero espectador frente aos elementos probatórios trazidos pelas partes. Assim, Avena conclui pela validade do artigo 156, inciso I, do CPP, porém, diferentemente do encontrado no escopo de Nucci, coloca alguns “limites” que devem ser observados quando da sua interpretação:

¹⁶¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 16. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 411.

Neste viés, pensamos que o art. 156, I, do CPP, pela abrangência de sua redação e pela amplitude da faculdade que confere ao magistrado, não admite interpretação literal, requerendo, isto sim, uma exegese que o torne compatível tanto com o sistema acusatório preconizado na Lei Maior quanto com a verdade real que constitui o objetivo do processo penal.

Seguindo essa linha de raciocínio, não se pode, efetivamente, vislumbrar no dispositivo um permissivo para que o juiz, em qualquer tempo e segundo seu arbítrio próprio, realize atos de investigação sob o rótulo de produção antecipada de provas, determinando, por exemplo, de ofício, uma interceptação telefônica a partir de simples notícia publicada na imprensa quanto ao envolvimento de certo indivíduo na prática de crimes contra a administração pública, pois estaria o magistrado, neste caso, abdicando da imparcialidade que lhe é imposta pela Constituição e exercendo funções próprias da polícia judiciária e do Ministério Público.¹⁶²

Outrossim, Ada Pellegrini Grinover argumenta que o julgador deve tentar descobrir a verdade, razão pela qual a atuação das partes não pode servir como objeção à iniciativa instrutória do juiz. Dessa forma, a jurista argumenta que, diante da omissão de qualquer das partes e entendendo que os elementos probatórios até então apresentados são insuficientes para o seu convencimento, deve o juiz determinar a produção de novas provas, como ouvindo testemunhas que deixaram de ser arroladas no momento adequado.¹⁶³

No mais, Grinover afirma que, assim como a atividade dos litigantes, a preclusão, destinada ao bom andamento do processo, não pode servir como óbice ao poder-dever do juiz, que sempre estará tentando esclarecer os fatos e se aproximar do maior grau de certeza possível, eis que tem como missão pacificar com a justiça.¹⁶⁴

Interpretando a atividade probante feita de ofício pelo juiz de maneira diferente, sem relacioná-la ao princípio da verdade real¹⁶⁵, porém ainda assim entendendo que ela não é incompatível com a imparcialidade do juiz, aduz Gustavo Badaró:

¹⁶² AVENA, 2017, p. 436.

¹⁶³ GRINOVER, Ada Pellegrini. A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal Acusatório. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, 1999, p. 18. Disponível em: <<http://www.ablj.org.br/revistas/revista15/revista15%20%20ADA%20PELLEGRINI%20GRINOVER%20%E2%80%93%20A%20Iniciativa%20instrutoria%20do%20Juiz%20no%20Processo%20Penal%20acusat%C3%B3rio.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2018.

¹⁶⁴ Ibid., p. 19.

¹⁶⁵ Acerca de uma verdade absoluta ou de uma diferenciação de verdade material e formal, Badaró assim se manifesta: “Assim, não há qualquer sentido em distinguir a denominada “verdade material” da “verdade formal”, como se uma fosse “mais verdade” que a outra. A verdade atingida pelo juiz jamais será uma verdade absoluta, independentemente do objeto de o processo ser um direito disponível ou indisponível. Basta atentar, pois, para a limitação da vedação da prova ilícita, que se aplica a qualquer tipo de processo. Mesmo a denominada “verdade material”, que seria característica do processo penal, e de processos civis versando sobre direitos indisponíveis, possui limites, razão pela qual não se pode justificar a ausência dos poderes probatórios do juiz, no processo civil “dispositivo”, com a limitação da busca da verdade, em decorrência da disponibilidade da relação material subjacente ao processo.” Cf.

Nem se objete que o juiz dotado de poderes para a produção da prova perde a sua imparcialidade. Não existe o tão temido risco da parcialidade. Os poderes instrutórios do juiz não são incompatíveis com a imparcialidade do julgador. Ao determinar a produção de uma prova, o juiz não sabe, de antemão, o que dela resultará e, em consequência, a qual parte vai beneficiar.¹⁶⁶

De igual modo, Ada Pellegrini Grinover pensa que o fato de o julgador não ter conhecimento do que sua busca por provas resultará, isto é, de qual parte será favorecida, faz com que a imparcialidade do juiz não seja afetada, tanto que:

Quando este determina que se produza uma prova não requerida pelas partes, ou quando entende oportuno voltar a inquirir uma testemunha ou solicitar esclarecimentos do perito, ainda não conhece o resultado que essa prova trará ao processo, nem sabe qual a parte que será favorecida por sua produção. Longe de afetar sua imparcialidade, a iniciativa oficial assegura o verdadeiro equilíbrio e proporciona uma apuração mais completa dos fatos. Ao juiz não importa que vença o autor ou o réu, mas interessa que saia vencedor aquele que tem razão.¹⁶⁷

Já Edilson Mougnot Bonfim, em seu Curso de Processo Penal, em um tópico denominado “a questão da constitucionalidade do art. 156, I” diverge da doutrina que sustenta ser inconstitucional a redação do artigo 156, inciso I, do CPP, alterada pela Lei n. 11.690/2008, e defende que o dispositivo encontra-se em harmonia com a Constituição Federal, haja vista que atendeu ao princípio da proporcionalidade, considerado para ele como um “superprincípio” ou “princípio dos princípios”. Para Bonfim, trata-se de medida excepcional e que, por si só, não é apta a desfigurar o sistema acusatório do processo penal, razão pela qual o juiz, em que pese não deva ser transformado em investigador ou acusador, também não pode ser transformado em “mero conviva de pedra, assistindo impávido à colossal injustiça, como espetáculo prenunciado de ineficiência do processo penal.”¹⁶⁸

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 82.

¹⁶⁶ Ibid., p. 83.

¹⁶⁷ GRINOVER, 1999, p. 18.

¹⁶⁸ BONFIM, 2017, p. 440.

Há, ainda, aqueles que defendem o artigo 156, inciso I, do CPP e a iniciativa probatória do juiz, desde que esta seja supletiva e subsidiária à das partes, sob pena de violação de sua imparcialidade.¹⁶⁹

Ademais, Nucci acrescenta que o magistrado não deve satisfazer-se com as provas apresentadas pelas partes ao processo, devendo buscar outras quando possível. Tentando trazer a situação para a prática, o autor propõe o seguinte exemplo:

Imagine-se que o réu narre, em seu interrogatório, ter viajado no dia do crime para o exterior. Ainda que a defesa, por esquecimento ou falha, não produza prova nesse sentido, é preciso que o magistrado, em busca da verdade real, requisite informação, por ofício, à companhia aérea a fim de verificar a veracidade do afirmado pelo acusado. A solução desse ponto poderá beneficiar tanto a defesa, quanto a acusação, confirmando ou desmontando o álibi oferecido. A adoção do princípio da verdade real no processo penal tem por fim fomentar no juiz um sentimento de busca, contrário à passividade, pois estão em jogo os direitos fundamentais da pessoa humana, de um lado, e a segurança da sociedade, de outro.¹⁷⁰

Além de Nucci, outros autores supõem exemplos como maneira de defender a iniciativa probatória:

[...] após denúncia de tráfico de drogas em determinado endereço, a polícia invade o imóvel. Ao se aperceber da ação policial, o traficante se evade pelos fundos, ficando no local sua namorada. Os milicianos apreendem droga, balança de precisão, plástico para embalagem, fita-crepe e outros petrechos atinentes à produção e mercancia da substância ilícita. Levada ao distrito policial, a jovem fornece a qualificação de “A”, o namorado fugitivo. Consultado o banco de dados, apura-se que “A” é pessoa com envolvimento anteriores. Oferecida a denúncia pelo crime de tráfico de drogas, “A” não é localizado, mas constitui defensor para cuidar de seus interesses, tornando-se revel. Na fase de instrução criminal, as provas se mostram conflitantes, de um lado, o policial dá os detalhes da denúncia anônima, ingresso, fuga do suspeito, encontro da droga e da jovem que se apresentou como namorada. Refere que ela negou ciência sobre a prática de tráfico e sobre a existência de droga no local, mas forneceu os dados de “A”. Em contrapartida, a jovem afirma em juízo ter imputado os fatos a um ex-namorado, que se mudara para a cidade de Vitória/ES, abandonando-a, e de quem desejava se vingar. O fugitivo seria terceira pessoa e enfatiza a inocência de “A”. Ultimada a fase de instrução, como se chegar à autoria delitiva? A jovem criou um álibi para proteger o namorado-réu?¹⁷¹

¹⁶⁹ CAMPOS, Walfredo Cunha. **Processo Penal (coleção preparatória para concursos jurídicos, v.13)**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 204.

¹⁷⁰ NUCCI, 2017, p. 410.

¹⁷¹ SILVA, Marco Antônio Marques da; FREITAS, Jayme Walmer de. **Código de Processo Penal comentado**. 1. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 272.

Defendendo veementemente seu ponto de vista sobre a possibilidade de o juiz produzir provas de ofício, Nucci tece críticas aos que são contrários ao poder instrutório atribuído ao juiz no processo criminal, a quem também chama de “adversários da busca da verdade real”:

Aliás, quem é contrário ao poder instrutório atribuído ao magistrado, no processo criminal, faz parte daqueles que tem aversão à verdade real, buscando inibir o órgão julgador de satisfazer o seu livre convencimento. Quanto mais atrelado estiver o juiz à absoluta inércia, maior dificuldade terá para formar a sua convicção. Por isso, em muitos casos, acabará sendo obrigado a decidir em favor do réu (*in dubio pro reo*). Esquecem-se os adversários da verdade real que o magistrado também busca a prova em prol do acusado. Não são poucas as vezes em que praticamente supre a deficiência da defesa, valendo-se de provas importantes, por ele mesmo coletadas, a fim de absolver o acusado.

Os adversários da busca da verdade real esquecem-se de que estão militando no Brasil, onde ainda há enorme carência de bons operadores do direito, especialmente defensores para a população pobre e desamparada. Suas teses não são minimamente práticas, mas somente teóricas, doa a quem doer.¹⁷²

Ressalte-se que Nucci ainda relaciona a iniciativa probatória do juiz no processo penal com uma espécie de prova adotada no processo civil, a inspeção judicial (artigo 481, CPC/2015¹⁷³), salientando que essa espécie de prova é cabível no âmbito processual penal por meio da analogia.¹⁷⁴

Portanto, percebe-se que a maioria de quem defende a possibilidade de o julgador produzir provas de ofício, o faz sob a justificativa de que o processo penal deve seguir o “princípio” da “busca da verdade real”, segundo o qual admite-se que o magistrado procure e tente recriar os fatos da maneira exata em que eles ocorreram. Para tanto, o juiz, dentre outros possíveis atos, poderá – ou, a depender do caso, deverá – produzir provas de ofício, introduzindo-as no processo quando lhe melhor convier, desde que... é claro... vise o bem maior: a verdade.

¹⁷² NUCCI, 2017, p. 354.

¹⁷³ BRASIL, Código de Processo Civil (2015). Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil Brasileiro**. Brasília, DF Art. 481. O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato que interesse à decisão da causa.

¹⁷⁴ NUCCI, op. cit., p. 416.

4.2. ARGUMENTOS CONTRÁRIOS AO PRINCÍPIO DA VERDADE REAL COMO LEGITIMAÇÃO AOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

Antes de mais nada, é importante conhecer o momento histórico pelo qual o Brasil passava quando da elaboração do Código de Processo Penal de 1941, vigente até os dias de hoje. O CPP de 1941 nasceu no denominado “Estado Novo” de Getúlio Vargas, criado para conter uma “ameaça comunista” no país e que ficou famoso por desrespeitar direitos fundamentais, a democracia, a dignidade da pessoa humana e o próprio Estado de Direito numa tentativa de controlar o sistema criminal.¹⁷⁵

Além da criação da famosa Constituição de 1937, conhecida como Constituição Polaca, inspirada por ideais presentes nas Constituições fascistas da Itália e da Polônia, sabe-se que o Código de Processo Penal de 1941 foi fortemente influenciado pelo *Codice Rocco*, código de processo penal da Itália fascista de Benito Mussolini, redigido por Vincenzo Manzini e pelo então Ministro da Justiça de Mussolini, Alfredo Rocco.¹⁷⁶

Nesse sentido, ressalta Jacinto Coutinho em entrevista acerca de uma necessária adequação do processo penal à Constituição:

Hoje, o sistema é inquisitorial, fundado no Código de 1941, cópia do Código Rocco, de 1930, que, por sua vez, é uma deformação do Código Napoleônico de 1808. O Código atual é a expressão do mecanismo utilizado na velha estrutura ordenatória, influenciada pelo processo canônico. Esta estrutura nasceu com a Igreja e se estende até hoje. É um sistema de processo propositadamente desigual. Ele favorece o desnivelamento dos órgãos. Privilegia um e reprime outro. A escolha do sistema é política: ou se permite ao juiz buscar o conhecimento ou faz com que as partes levem o conhecimento ao juiz.¹⁷⁷

Como explica Fauzi Hassan Choukr, o CPP de 1941, embora publicado anos após a criação do Estado Novo, momento em que já era possível ter ideia das violações decorrentes dele, não veio como um instrumento legal de contenção dessas

¹⁷⁵ GIACOMOLLI, 2016, p. 83.

¹⁷⁶ SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **A cultura inquisitória vigente e a origem autoritária do Código de Processo Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: EMERJ, 2015, p. 264. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista67/revista67_264.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2018.

¹⁷⁷ ITO, Marina. Não adianta punir os ricos para equilibrar a balança. In: **Consultor Jurídico – Conjur**. 10 de janeiro de 2010. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2010-jan-10/entrevista-jacinto-coutinho-especialista-processo-penal>>. Acesso em: 06 mar. 2018.

violações¹⁷⁸ e ajudou para criar – ou ampliar – o que denomina de uma “cultura inquisitória” no nosso ordenamento penal, que permanece até os dias de hoje.

Vale lembrar que a Constituição Polaca e o Código de Processo Penal foram redigidos por Francisco Campos, Ministro da Justiça de Vargas, também responsável pelo texto do Ato Institucional n.º 1 (AI-1), que tinha como objetivo legitimar o golpe militar de 1964.¹⁷⁹ Ao analisarmos a exposição de motivos do Código de Processo Penal, é possível notar, em especial no tópico referente às provas, que a busca por uma verdade absoluta foi um dos principais motivos para a atribuição de poderes instrutórios ao juiz no processo penal:

Por outro lado, o juiz deixará de ser um espectador inerte da produção de provas. Sua intervenção na atividade processual é permitida, não somente para dirigir a marcha da ação penal e julgar a final, mas também para ordenar, de ofício, as provas que lhe parecerem úteis ao esclarecimento da verdade. Para a indagação desta, não estará sujeito a preclusões. Enquanto não estiver averiguada a matéria da acusação ou da defesa, e houver uma fonte de prova ainda não explorada, o juiz não deverá pronunciar o in dubio pro reo ou o non liquet.¹⁸⁰

Em que pese o momento vivenciado pelo Brasil e pelo resto do mundo tenha mudado, os ideais totalitários que visavam criar cidadãos disciplinados, obedientes e não críticos funcionaram como um molde para a estrutura do CPP, para a doutrina, para a jurisprudência e ainda para a atuação dos juristas, razão pela qual grande parte dos autores entende que ainda há uma cultura e um estilo inquisitorial nas práticas judiciárias.¹⁸¹

Assim, a atuação do juiz *ex officio* é apontada como sendo um dos maiores “resquícios inquisitoriais” remanescentes em nosso ordenamento jurídico, estando presente, por exemplo, no fato de o juiz poder requisitar instauração de inquérito policial (artigo 5º, II, do CPP), determinar a produção de provas mesmo antes de iniciada a ação penal (artigo 156, I, do CPP), determinar novo interrogatório do réu de ofício a qualquer tempo (artigo 196, do CPP), decretar prisão preventiva no curso da ação penal (artigo 311, do CPP) e recorrer de ofício (artigos 574 e 746 do CPP).

¹⁷⁸ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1249.

¹⁷⁹ SILVEIRA, 2015, p. 266.

¹⁸⁰ BRASIL. **Exposição de motivos do Código de Processo Penal – Decreto-Lei 3.689/41**. Disponível em <http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf>. Acesso em 26 mar. 2018.

¹⁸¹ GIACOMOLLI, 2016, p. 83.

Ora, se a gestão da prova é o traço fundamental para a determinação do sistema processual penal e, se as características identificadas como sendo do sistema inquisitório são inviáveis num Estado Democrático de Direito, os autores que criticam essa possibilidade geralmente fundamentam que o Brasil deveria ter em mente o sistema acusatório, adotado pela nossa Constituição, mais especificamente em seu artigo 129, que institui as funções do Ministério Público, dentre elas a de “promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”.

Para Jacinto Coutinho, o fato da gestão da prova ser fundamental para identificar se o sistema processual penal tende ao inquisitório ou ao acusatório faz com que o sistema brasileiro seja considerado, na sua essência, como inquisitório, uma vez que a gestão da prova se encontra nas mãos do juiz, fator fundamental neste sistema, onde, em geral, o juiz recolhe a prova secretamente e obtêm “vantagem” pela possibilidade de informar-se acerca da verdade dos fatos mais facilmente.¹⁸²

Adepto da corrente de Coutinho, Aury Lopes afirma que a instrução e o conhecimento de ofício pelo juiz na busca da verdade material é o que funda o sistema inquisitório e, ademais, acrescenta que, no caso do sistema brasileiro, o núcleo inquisitivo (gestão da prova com o juiz) está acompanhado de características que normalmente compõem o sistema acusatório:

Em outras palavras, o fato de um determinado processo consagrar a separação (inicial) de atividades, oralidade, publicidade, coisa julgada, livre convencimento motivado etc., não lhe isenta de ser inquisitório. É o caso do sistema brasileiro, de núcleo inquisitório, ainda que com alguns “acessórios” que normalmente ajudam a vestir o sistema acusatório (mas que por si sós não o transformam em acusatório).¹⁸³

Além de ser legitimada pelo princípio da verdade real, a iniciativa probante do juiz ainda é justificada por outros “tipos” de verdade, apresentadas como verdade relativa ou verdade aproximada, o que para Salah Khaled não passa de uma simples maquiagem, em que o processo penal continuará revestido de uma natureza inquisitória e antidemocrática, capaz de comprometer a imparcialidade exigível ao juiz frente a um processo democrático, onde a gestão da prova deve pertencer unicamente às partes e onde “nenhuma ambição de verdade deve suplantar as garantias do réu,

¹⁸² COUTINHO, 2001, p. 24.

¹⁸³ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 166.

pois essa é a característica do processo penal e dos limites que devem ser impostos ao poder punitivo por ele”.¹⁸⁴

Resumindo bem o modo com que a verdade se relaciona com os poderes instrutórios do juiz, conclui Khaled:

Com efeito, é com base na busca da verdade que são fundamentados e legitimados os poderes do juiz que rompem com a estrutura democrática do sistema acusatório e permitem a permanência velada de uma epistemologia inquisitória dentro de um sistema que se pretende acusatório. Trata-se da crença na capacidade do juiz – enquanto sujeito do conhecimento – para extrair a essência das coisas, para perfurar o seu objeto através de um método bem definido e assim atingir a verdade, que é supostamente revelada narrativamente através da sentença, exteriorização textual da convicção do homem racional que decifra a realidade.¹⁸⁵

Em virtude disso, o autor leciona que a imparcialidade do magistrado deve ser resguardada por mecanismos e técnicas aptos a controlar o desicionismo e que impeçam o deslocamento da posição que lhe é devida, que é a de proteger pelo devido processo legal.¹⁸⁶

Verifica-se, dessa forma, que o papel do juiz é fundamental para a determinação do sistema processual penal, conforme também é possível deduzir das lições de Ferrajoli:

Enquanto ao sistema acusatório de fato convém um juiz espectador, dedicado acima de tudo à valoração objetiva e imparcial dos fatos e, portanto, mais prudente que sapiente, o rito inquisitório exige um juiz ator, representante do interesse punitivo e por isso leguleio, versado nos procedimentos e dotado de capacidade investigativa.¹⁸⁷

Por esta razão é que Aury Lopes define que o artigo 156 do Código de Processo Penal funda um sistema inquisitório, quebrando a igualdade, o contraditório e a estrutura do processo e ainda comprometendo a mais importante garantia da jurisdição: a imparcialidade do julgador.¹⁸⁸ Desse modo, para este autor, a mera separação nas atividades de acusar e julgar não tem o condão de, por si só, configurar um sistema acusatório, uma vez que estaremos diante de um sistema essencialmente

¹⁸⁴ KHALED JR., 2013, p. 155.

¹⁸⁵ Ibid., p. 167.

¹⁸⁶ KHALED JR., loc. cit.

¹⁸⁷ FERRAJOLI, 2002, p. 461.

¹⁸⁸ LOPES JR., 2017, p. 166.

inquisitório (ou neoinquisitório) a partir do momento em que a gestão da prova for confiada ao julgador.¹⁸⁹

Diante disso, conclui Aury Lopes:

É elementar que atribuir poderes investigatórios ao juiz é violar de morte a garantia da imparcialidade sobre a qual se estruturam o processo penal e o sistema acusatório, e ainda não existe qualquer possibilidade “de bom uso” de tais poderes, pois eles somente serão invocados pelos inquisidores de plantão, de quem da bondade sempre há que se duvidar.¹⁹⁰

E muito embora seja comum que os defensores da iniciativa probatória do juiz argumentem que tal atividade deva ser feita de maneira subsidiária, limitada e somente como complemento, Khaled frisa que, quando se aceita que o juiz produza provas de ofício – mesmo que limitadamente –, estará se ignorando e desconsiderando o princípio *in dubio pro reo*, haja vista que o juiz, na dúvida, em vez de absolver o acusado como determina o princípio, estará partindo em busca de provas.¹⁹¹

Ademais, os autores que relacionam a iniciativa probatória do juiz como uma forma de desconsideração do princípio *in dubio pro reo* argumentam que o magistrado, ao partir em busca de provas, estará conseqüentemente buscando a condenação, pois:

Se o juiz não absolve aplicando esse princípio é porque as diligências que ele vai determinar, conseqüentemente, são diligências destinadas a apurar a responsabilidade criminal do réu e não a sua inocência, como se ele (juiz) fosse um acusador, o que torna a sua atuação contrária ao princípio constitucional do processo acusatório. Ou seja, se o juiz está na dúvida e não absolve (como era de seu mister), e continua determinando diligências probatórias, é sinal de que essas diligências só podem ser mesmo aquelas que têm por finalidade apurar a responsabilidade criminal do acusado, pois a justificativa para absolver, que era exatamente a dúvida, o juiz já tinha em mãos.¹⁹²

Há, no entanto, quem discorde desse posicionamento, como Rodrigo Chemim, que afirma que há uma “tradição inautêntica de acreditar que o juiz em dúvida sempre absolverá em observância ao princípio *in dubio pro reo*”, visto que, com isso, estará

¹⁸⁹ LOPES JR., 2015, p. 47.

¹⁹⁰ Ibid., p. 360.

¹⁹¹ KHALED JR., 2013, p. 151.

¹⁹² MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de Processo Penal**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 476.

se confiando totalmente num princípio de origem mítica e cristã, bem como estará se ignorando a psique humana no processo decisório¹⁹³. Nas palavras do autor:

[...] não há como desconsiderar os alertas de Heidegger no sentido de que o juiz, como qualquer ser humano, é ser-no-mundo, com suas pré-compreensões compartilhadas, mas também constituído por pré-conceitos (no sentido negativo), circunscrito à sua faticidade e inserido numa finitude própria que lhe constitui. E esse quadro não permite apostar na invariável presença de um juízo absoluto no sentido de que, em dúvida, o magistrado sempre absolverá o acusado.¹⁹⁴

Outro ponto argumentado é a ideia de que o juiz não deve assumir a posição de acusador, requisitando provas e agindo como se membro do Ministério Público fosse, com a intenção de suprir eventuais deficiências ou negligências do membro do *Parquet*, casos em que deverá tão somente avisar acerca da deficiência ou da omissão para órgãos de administração do Ministério Público.¹⁹⁵

Se, mesmo assim, o juiz utilizar-se das suas faculdades para produzir provas de ofício, leciona-se que o instrumento processual penal adequado a ser utilizado seria a arguição da “exceção de suspeição”, em que se buscará demonstrar, a partir de um exame dos atos praticados, a quebra da imparcialidade.¹⁹⁶

Muito embora existam dúvidas acerca da classificação do sistema processual brasileiro, bem como acerca da validade ou não do discurso dicotômico envolvendo o sistema acusatório e inquisitório, o importante é lembrar que a conferição de poderes instrutórios ao juiz está intimamente ligada à busca de uma verdade absoluta, que serviu para que atos abusivos fossem praticados contra seres humanos no decorrer da história, em especial pela Igreja Católica durante a Idade Média, período em que a tortura era usada e admitida sem maiores limitações.

Assim, se de um lado os doutrinadores que defendem os poderes instrutórios do magistrado vinculam o tema com o “princípio” da “busca da verdade real” e com o interesse público que circunda as causas penais, de outro os que criticam o vinculam com o sistema inquisitório, explicando que o fato da legislação processual penal admitir que o juiz produza provas de ofício ou atue de ofício realizando outros atos

¹⁹³ GUIMARÃES, 2015, p. 681.

¹⁹⁴ Ibid., p. 682.

¹⁹⁵ MACHADO, 2014, p. 477.

¹⁹⁶ LOPES JR., 2017, p. 174.

processuais faz com que raízes inquisitórias permaneçam nas práticas judiciais e em nossa cultura.

O certo é que não há mais espaço para a ingenuidade de que o processo penal é guiado por uma verdade única, universal, certa e eterna.

Por óbvio, o processo penal – e não só o processo penal, mas também o direito como um todo – depende de uma reconstrução histórica para que possa ser efetivo. Esta reconstrução histórica, por sua vez, depende das atividades desenvolvidas por um conjunto de seres humanos, como pelo juiz, pelo promotor, pelo defensor, pelo perito, etc. Por depender da colaboração de seres humanos, se faz necessário o estudo da Filosofia da Linguagem, que trata, dentre outros temas, sobre o uso, a compreensão e a interpretação da linguagem, instrumento dos profissionais acima aludidos.

Em sua obra principal “Ser e Tempo”, o filósofo alemão Martin Heidegger (1889-1976) trata da questão do ser, que intriga a sociedade há muito tempo. Com o intuito de resolver a problemática do ser, Heidegger propôs o estudo do único ente capaz de questionar sobre o ser, ou seja, o ser humano. E, ao contrário dos outros filósofos, Heidegger apresentou que, para que fosse possível compreender o “ser” dos demais entes, a solução seria partir do homem, e não das coisas.¹⁹⁷

Para explicar o motivo de Heidegger partir do homem como solução para os problemas do “ser”, encontra-se a seguinte exemplificação:

O homem, ao contrário de uma faca, uma cadeira ou uma casa, não tem essência, no sentido de um conjunto pré-definido de propriedades e atributos que ele deve adquirir ou conservar para aí sim ser de fato um homem. O homem tem existência, no sentido de que está constantemente definindo que tipo de coisa ele é. O que ele é ele mesmo é que define. E essa definição é sempre projeção. Trata-se antes do que se quer ser e como chegar até lá. E não existe linha de chegada. Todo ponto final é ponto de partida de uma nova projeção. O homem está condenado a ser esse “espaço vazio” que pode conter e buscar qualquer projeção, mas jamais pode se deixar definir ou aprisionar inteiramente por ela.¹⁹⁸

No entanto, essas projeções que o ser humano busca estão sujeitas a três limitações, sendo que, dessas três, duas nos interessa: o homem como ser-no-mundo,

¹⁹⁷ COELHO, André. “Ser e tempo”, de Heidegger (I), 2008. Disponível em: <<http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com.br/2008/07/sobre-ser-e-tempo-de-heidegger-i.html>>. Acesso em: 26 mar. 2018.

¹⁹⁸ COELHO, André. “Ser e tempo”, de Heidegger (II): O Dasein (Ser-ai), 2012. Disponível em: <<http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com.br/2012/02/ser-e-tempo-de-heidegger-ii-o-dasein.html>>. Acesso em 26 mar. 2018.

e como um ser-para-a-morte. A primeira dessas limitações, o ser humano como ser-no-mundo, é a facticidade, ou seja, a possibilidade de o ser humano projetar determinadas coisas, mas não outras. O que quer dizer, em primeiro lugar, que Heidegger não considera o ser humano como um ser abstrato, mas sim como um ser inserido em uma situação específica, razão pela qual Heidegger afirma que as pessoas estão no mundo como um “projeto lançado”, como é possível observar abaixo:

E estar neste mundo como um “projeto lançado” (ou “jogado”), como refere Heidegger, é dar conta de toda essa tradição histórica precedente e de suas condições pessoais naquele momento. Uma vez que recebe essa carga toda, o ser humano olha ao redor e percebe os objetos como instrumentos para uma finalidade a ser buscada a partir do seu ser.¹⁹⁹

A segunda limitação é que o ser humano, ou ser-aí, como refere Heidegger, é um ser-para-a-morte, ou seja, a finitude, que pode ser compreendida como a consciência de que ele vai morrer um dia. Por ter certeza da sua morte – aqui, vale ressaltar que, por óbvio, não se trata de ter certeza sobre a data da sua morte –, o ser humano, embora situado em ambiente que o fazem esquecer da sua própria morte, lembrará de que não é eterno em algum momento, o que o faz através da angústia, relembando sua própria condição de ser.²⁰⁰

Tendo isso em vista, importante frisar a ligação do ser com a linguagem, através da qual o sujeito expõe seu ser, conforme explica Chemim:

Em outras palavras: o sujeito tem um determinado vocabulário, fruto de seu “projeto lançado” (ou “jogado”) no mundo, ou seja, das condições históricas nas quais está situado, num determinado tempo e espaço e é com este arcabouço linguístico que consegue pensar. Assim, é pela linguagem que ele se desvela, desvela o seu ser.²⁰¹

Além do sujeito utilizar a linguagem como instrumento de retórica, para se comunicar, vale lembrar que é através dela que é possível a compreensão do que se fala. Como referido acima, a filosofia da linguagem também visa estudar a compreensão da linguagem, razão pela qual Heidegger afirma que na comunicação

¹⁹⁹ GUIMARÃES, 2015, p. 136.

²⁰⁰ COELHO, André. “**Ser e tempo**”, de Heidegger (II): O Dasein (Ser-aí), 2012. Disponível em: <<http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com.br/2012/02/ser-e-tempo-de-heidegger-ii-o-dasein.html>>. Acesso em: 26 mar. 2018.

²⁰¹ GUIMARÃES, op. cit., p. 137.

de compreender é necessário que se ouça.²⁰² E é no ouvir que mora o problema. Trazendo a situação para a prática processual penal, Chemim expõe que há a possibilidade dos interlocutores que participam da reconstituição fática terem complicações no acesso à compreensão. Ilustrando o tema, afirma o autor:

Isso é fácil de visualizar quando se analisa a palavra dita pela testemunha. Não raras vezes, a testemunha, por limitações de formação pessoal, por dificuldade de conhecimento e domínio da língua, ou por qualquer outro fator (notadamente o inconsciente), não tem palavras suficientes em sua estrutura linguística para externar o que viu e, assim, não tem palavra para definir certa coisa. Assim, quando há uma carência de domínio da língua por baixa instrução pessoal e precário domínio do arcabouço linguístico, a testemunha sofre natural mal-estar, pois ela acaba compreendendo que é incapaz de falar sobre a coisa, é incapaz de falar sobre aquilo que apreendeu do que viu e presenciou. Mas deve falar sobre isso, sobretudo quando se trata de uma testemunha no processo penal. Assim, na ausência da palavra para nominar a coisa e como resultado do somatório da pressão de ter que dizer com a angústia de sua própria incapacidade de comunicação, o sujeito coloca no lugar outra palavra! Um mito! Uma crença! Se não se sabe o que é, porque não se tem palavras para definir, acredita-se. Vale repetir, para deixar marcado: se lhe falta a palavra o que o sujeito coloca no lugar é outra palavra! Vale-se de uma palavra que ele conheça, domine ou mesmo que lhe constitua, via inconsciente.²⁰³

Em razão de fatores como esse, isto é, envolvendo a dificuldade de compreensão que possa vir a surgir, é que Heidegger ensina que a verdade é circunstancial e o seu alcance poderá encontrar obstáculos, como bem pontua Rodrigo Chemim:

Portanto, quando alguém procura dizer da verdade das coisas o faz a partir do seu “projeto lançado” (ou “jogado”) e nessa “presença”, nos quais será necessário fazer uso da linguagem, mesmo que aí “abra significados” próprios do ser. É através da linguagem que o “ser-aí” se desvela.²⁰⁴
(...)

Enfim, o que Heidegger procura transmitir é que a verdade do ser é sempre uma verdade contingencial e temporal, de um ser-no-mundo que não consegue apreender o todo justamente porque, ao pensar sobre alguma coisa, algo não consegue ser pensado e este algo que não consegue ser pensado é justamente o que torna possível o pensamento.²⁰⁵

²⁰² GUIMARÃES, 2015, p. 138.

²⁰³ Ibid., p. 185.

²⁰⁴ Ibid., p. 137.

²⁰⁵ Ibid., p. 138.

Assim, sendo certo que o processo penal não deve ser guiado pela verdade real, o que resta de “verdade” a ser debatida no processo penal? Ou ainda, como refere Chemim:

Como fazer, então, para que a ausência de uma verdade absoluta não venha premiar os pré-juízos de valor e os pré-conceitos, fazendo com que eles acabem por vezes prevalecendo para além da pré-compreensão estruturante e que, nessa medida, possam deturpar fatos e análises probatórias?²⁰⁶

Para Khaled Jr., o processo penal deve parar de visar o presente como referência da verdade e visar rastros que possam indicar a verdade, que, no entanto, jamais equivalerão a ela. Nas palavras do autor:

O que é proposto com a verdade correspondente é, em suma, uma ontologia presenteísta que se sobrepõe ao passado e ao que resta dele, o rastro. Em suma, o que se propõe nesta perspectiva é a anulação da distância temporal, uma completa impossibilidade. O presente, em si mesmo, não pode ser o ponto culminante de referência da verdade, a não ser que conscientemente ocorra uma opção pela verdade violenta e tautológica; ele deve manter-se aberto às possibilidades que os rastros podem indicar, mas não efetivamente corresponder.²⁰⁷

Ademais, como acima referido, Khaled Jr. alerta que esses rastros, embora jamais possam corresponder ao passado – e, conseqüentemente, à verdade – em razão da dificuldade de reconstituição fática, eles devem sempre representar indícios dele:

Se, de um lado, o passado não pode ser um Mesmo, de outro lado também não pode ser um Outro, pura e simplesmente, caso esteja preservado na forma de rastros. Somente considerá-lo em função da distância acaba produzindo uma ontologia negadora do passado, na medida em que, mesmo tendo sido, ele persiste na forma de rastros e, portanto, de certa forma, ainda é. O conhecimento que se sustenta em provas não é, certamente, em absoluto, um Outro completo em relação ao tempo que escoou, desprovido de qualquer relação significativa com o que ocorreu no passado. Que isso fique claro: o conhecimento sobre o passado não pode ter o estatuto de uma verdade correspondente (no sentido de o Mesmo), mas ele também não é completamente um Outro em relação ao passado (o que implicaria falsidade pela diferença absoluta e reduziria o processo e sua dimensão de saber a pó, uma vez que ele não guardaria relação alguma com a verdade, o que certamente o afastaria por completo do ideal de justiça e o reduziria a mero jogo argumentativo marcado pelo decisionismo).²⁰⁸

²⁰⁶ GUIMARÃES, 2015, p. 188.

²⁰⁷ KHALED JR., 2013, p. 348.

²⁰⁸ Ibid., p. 349.

Dessa forma, sendo possível distinguir a imparcialidade da (impossível) neutralidade - como abordado no primeiro capítulo –, bem como compreender que o ser humano é um ser imperfeito e que se relaciona e interpreta as coisas a partir de sua facticidade e finitude, é possível concluir que não há mais espaço ao discurso de que o processo penal é guiado pelo princípio da busca da verdade real.

Consoante questiona Ruiz Ritter, “*como falar em real se o crime inegavelmente é a reconstituição de um fato passado (histórico) que depende da colaboração de seres humanos (imperfeitos) para se satisfazer?*” e ainda “*e será infalível essa reconstrução histórica? Ou ela depende de um narrador que invariavelmente colocará a sua impressão sobre o evento?*”.²⁰⁹

Na mesma linha de pesquisa, afirma Gustavo Badaró:

Por ser o conhecimento humano, por natureza e definição, incompleto, é impossível chegar à certeza absoluta do fato. A certeza absoluta, decorrente de um juízo lógico, como a certeza que se pode chegar no campo da lógica formal, jamais será atingida pelo juiz. Por ter que trabalhar como uma reconstrução histórica, o juiz – assim como o historiador – jamais terá absoluta certeza de que a alegação sobre um determinado fato é verdadeira ou falsa.²¹⁰

Badaró ainda acrescenta que o magistrado apenas terá a possibilidade de chegar ao desfecho de que o fato afirmado é, em maior ou menor grau, provável.²¹¹

Conforme conclui Rodrigo Chemim, com uma melhor compreensão da filosofia da linguagem, é possível constatar que a verdade real é inalcançável, “pois o alcance do todo do fato é demais ao ser-no-mundo constituído a partir de suas pré-compreensões e orientado por sua facticidade e finitude”, razão pela qual, em vez de tratar o tema buscando algum modo de verdade, se propõe a compreensão da complexa pretensão da “captura psíquica do juiz” quando da decisão.²¹² Portanto, assiste razão a Francesco Carnelutti quando, com base em Heidegger, afirmou que “a verdade está no todo, não na parte; e o todo é demais para nós.”²¹³

²⁰⁹ RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da Teoria da Dissonância Cognitiva**. 195f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) Porto Alegre, 2016, p. 73.

²¹⁰ BADARÓ, 2003, p. 30 - 31.

²¹¹ Ibid., p. 38 - 39.

²¹² GUIMARÃES, 2015, p. 672 - 673.

²¹³ COUTINHO, Jacinto. **Glosas ao “Verdade, dúvida e certeza”, de Francesco Carnelutti**. 19 de março de 2015. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/backup/glosas-ao-verdade-duvida-e-certeza-de-francesco-carnelutti-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/>>. Acesso em: 8 mar. 2018.

Embora completamente válida a crítica de que um “princípio” denominado de “busca da verdade real” é incapaz para legitimar algo tão complexo como a iniciativa probatória do juiz, seja por desconsiderar o subjetivismo que envolve a “verdade”, seja em razão dela ter servido para justificar inúmeros abusos no decorrer da história, em especial na Idade Média pela Igreja Católica, há que se ter um cuidado maior com a parcela da doutrina que rapidamente conclui que qualquer atividade probatória por parte do juiz seria inquisitória e inviável num processo penal acusatório, o que será analisado a seguir.

4.3 OS QUADROS MENTAIS PARANOICOS DE FRANCO CORDERO E A TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA DE LEON FESTINGER

Além do que já foi exposto, outro problema que envolve os poderes instrutórios do juiz está centrado no que o jurista italiano Franco Cordero denominou de primado da hipótese sobre os fatos, gerador de quadros mentais paranoicos.

Estudado por diversos autores brasileiros, Franco Cordero em sua obra “*Guida alla Procedura Penale*” estudou o comportamento de magistrados que atuavam sem observar o contraditório no decorrer do processo penal na época da Idade Média, chegando no termo que intitulou de quadros mentais paranoicos, que nada mais são do que a criação de hipóteses mentais sobre os fatos que preponderavam em relação a estes como produto da solidão desses juízes-inquisidores.²¹⁴

Representando bem a ideia difundida por Cordero, Jacinto Coutinho explica o que seriam os quadros mentais paranoicos:

O mais importante, contudo, ao sistema acusatório – é bom que se diga desde logo –, é que da maneira como foi estruturado não deixa muito espaço para que o juiz desenvolva aquilo que Cordero, com razão, chamou de “quadro mental paranoico”, em face de não ser, por excelência, o gestor da prova pois, quando o é, tem, quase que por definição, a possibilidade de decidir antes e, depois, sair em busca do material probatório suficiente para confirmar a “sua” versão, isto é, o sistema legitima a possibilidade da crença no imaginário, ao qual toma como verdadeiro.²¹⁵

²¹⁴ GUIMARÃES, 2015, p. 473.

²¹⁵ COUTINHO, 2001, p. 32.

Ocorre que, não raras vezes, os ensinamentos de Cordero são interpretados equivocadamente pela doutrina processual penal brasileira, que acaba muito rapidamente concluindo que qualquer interferência do juiz na produção probatória seria paranoica e inquisitória. Assim, esses doutrinadores propõem uma completa inércia por parte do juiz, que deveria ser proibido de participar ativamente da produção probatória.²¹⁶

Entretanto, alguns fatores acabam sendo ignorados por esta parte da doutrina, como o fato de o processo penal ter se desenvolvido e chegado num ponto em que o juiz não atua mais como o inquisidor da Idade Média, pois não é o responsável pela investigação preliminar ou pela acusação, papéis desempenhados pela Polícia e pelo Ministério Público. Outro fator ignorado pela doutrina moderna encontra-se no fato de que o processo penal atual respeita os princípios do contraditório e da ampla defesa quando da colheita das provas.²¹⁷ Aliás, ressalte-se novamente que Cordero, quando criou a expressão “quadros mentais paranoicos”, estava analisando o comportamento de juízes que trabalhavam isoladamente e ignorando o contraditório na época da Idade Média.

Nas palavras de Franco Cordero:

A solidão com que os inquisidores trabalham, nunca expostos ao contraditório, fora das grades dialéticas, talvez seja propício ao trabalho policialesco, mas desenvolve quadros mentais paranoicos. Vamos chama-los “primado das hipóteses sobre os fatos”; quem pergunta segue uma delas, às vezes a olhos fechados; nada a garante ser mais fundada em relação às alternativas possíveis, nem mesmo esse trabalho estimula cautela autocrítica; assim como as cartas do jogo estão em suas mãos é ele quem as põe na mesa, centra-se na “sua” hipótese.²¹⁸

Além de precipitadamente concluírem que qualquer atividade probatória por parte do juiz seria inquisitória, alguns doutrinadores também associam o termo criado pelo jurista italiano com a doença paranoia.²¹⁹ Todavia, como bem expõe Rodrigo

²¹⁶ GUIMARÃES, 2015, p. 475.

²¹⁷ GUIMARÃES, loc. cit.

²¹⁸ GUIMARÃES, 2015 apud CORDERO, Franco. **Guida alla Procedura Penale**. Torino: UTET, 1986, p. 51.

²¹⁹ De acordo com Alexandre Morais da Rosa: *Franco Cordero chamou isso de postura paranoica, ou seja, o primado das hipóteses sobre os fatos, como visto anteriormente, tão bem articulada no Brasil por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, via psicanálise. Essa ancoragem antecedente em imagens pode gerar a fixação do convencimento e as informações trazidas no decorrer da instrução processual servem para simples confirmação, seja de que qualidade for. Essa postura paranoica é sedutora. Em primeiro lugar, pensando do ponto de vista histórico, o julgador é colocado como portador da (imaginária) Verdade Real, potencializada pela teoria de processo (relação jurídica) pela qual os*

Chemim, Franco Cordero, ao se referir a expressão “quadros mentais paranoicos”, não estava afirmando que os juízes são de fato paranoicos, mas apenas que eles, por serem seres humanos passíveis de erros, podem eventualmente construírem recortes em suas mentes que representam hipóteses diferentes das que se encontram no caso penal.²²⁰

Além do mais, Chemim faz uma interessante ligação entre a terminologia erroneamente interpretada por parte da doutrina e o caso de um juiz de fato paranoico, o Caso Schreber, analisado por Sigmund Freud em 1911:

Enfim, não se pode ignorar o quanto de grave se insere nessa colocação, pois a paranoia é doença séria, conforme se vê em Freud e em sua análise do Caso Schreber, coincidentemente também ele um magistrado e ex-Presidente da Corte de Apelação da Saxônia que escreveu suas “Memórias de um doente dos nervos”, publicado em 1903, revelando ao mundo os delírios que teve em dois graves surtos paranoicos. Freud considerou, por exemplo, que “os paranoicos não podem ser impelidos a vencer suas resistências internas e, de toda forma, dizem apenas o que querem dizer”. E os paranoicos são movidos por delírios de perseguição, de erotomania, de ciúmes ou de grandeza, apresentando fases (fixação, repressão e a irrupção ou retorno do reprimido) que formam os sintomas, como anotou Freud. O paranoico, então, segundo Freud, destrói e reconstrói o mundo mediante seu delírio, ainda que não o faça sempre, nem o tempo todo.²²¹

E apesar de Cordero ter analisado a situação com ausência de contraditório e na época da Idade Média, sabe-se, com os avanços trazidos pela Psicologia Cognitiva e pela Psicanálise, que é possível a ocorrência de quadros mentais paranoicos, tendo em vista que o juiz, ser humano que é – logo, repleto de sentimentos, emoções e valores – pode buscar confirmar suas hipóteses mentais, fazendo com que elas preponderem sobre os fatos apresentados no processo.²²²

*jogadores dão os fatos e o juiz o direito. A manifestação paranoica se dá pela certeza do sujeito em possuir a verdade e não qualquer verdade, mas a Verdade Real. Portador da verdade é capaz de pontificar, apresentar a solução para todos os problemas, indicar as causas e as soluções, enfim, postar-se no lugar de Salvador. E a tentação de ocupar esse lugar é permanente, afinal, não seria maravilhoso poder reparar o mundo, reformar as coisas, ajudar as pessoas a andarem no caminho certo e do bem? A pergunta é a posta por Agostinho Ramalho Marques Neto: quem nos salva da bondade dos bons? Paranoicos, acrescento eu. A estrutura psíquica do sujeito é singular, pois vai depender da passagem pelo traumatismo de se perceber não mais o objeto de satisfação da mãe. Não complicarei mais, há referências para quem quiser entender. O mais interessante, todavia, é que o paranoico procurar ser parado, está à procura de um limite, de alguém ou algo que o possa deter (ROSA, Alexandre Morais da. **Variáveis Ocultas e Efeito Borboleta na Decisão Penal**. In: Consultor Jurídico. Edição de 22 de março de 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-mar22/diario-classe-variaveis-ocultas-efeito-borboleta-decisao-penal#_ftn2_2565>. Acesso em: 26 mar. 2018).*

²²⁰ GUIMARÃES, 2015, p. 476 - 477.

²²¹ Ibid., p. 477 – 478.

²²² Ibid., p. 474.

Ilustrando o assunto, Rodrigo Chemim cita a seguinte situação:

Para ilustrar basta recordar das entrevistas com Delegados de Polícia em casos de repercussão midiática, nos quais ainda não se tenha informações da autoria e da motivação do crime. Ao ser indagado a esse respeito os delegados costumam responder informando que “as linhas de investigação” são tais e tais e que não descartam a hipótese de ter acontecido isso ou aquilo. E, assim, saem fazendo verificações empíricas das hipóteses mentais que construíram inicialmente. E isso ocorre com qualquer ser humano que se proponha a investigar alguma coisa, incluso no plano científico.²²³

Compreendido a confusão feita pela doutrina e o real significado do que Cordero quis dizer com os quadros mentais paranoicos, vale ressaltar o ensinamento pelo psicólogo estadunidense Leon Festinger, que desenvolveu a Teoria da dissonância cognitiva. Em sua obra “*A theory of Cognitive Dissonance*”, Festinger apresentou uma teoria na qual indicou que os seres humanos têm uma necessidade interior para assegurar que seus conceitos, convicções e comportamentos sejam consistentes, uma vez que as crenças inconsistentes ou conflitantes causam desarmonia. Segundo Festinger, quando há uma divergência entre crenças, o ser humano encontra maneiras para substituí-las com o intuito de restabelecer a consonância, fazendo com que suas ações e comportamentos sejam influenciados. Ressalte-se, ademais, que muitas dessas ações e comportamentos ocorrem no plano do involuntário, pois é lá que a dissonância acaba reinando.²²⁴ Como reflexos da dissonância, quatro comportamentos podem aparecer: a) mudança de elementos cognitivos dissonantes; b) desvalorização de elementos cognitivos dissonantes; c) adição de novos elementos cognitivos consonantes com a cognição existente; e d) evitação ativa do aumento desses elementos dissonantes.²²⁵

Dentro do terceiro reflexo, “adição de novos elementos cognitivos consonantes com a cognição existente”, encontra-se o que o jurista alemão Bernd Schunemann, responsável por adaptar a Teoria ao mundo jurídico, denominou de “princípio da busca seletiva de informações”.²²⁶

Segundo Schunemann:

²²³ GUIMARÃES, 2015, p. 475.

²²⁴ CHERRY, Kendra. **O que é dissonância cognitiva? Teoria e exemplos**. 21 jun. 2016. Disponível em: <<http://psicoativo.com/2016/06/dissonancia-cognitiva-teoria-exemplos.html>>. Acesso em: 08 mar. 2018.

²²⁵ RITTER, 2016, p. 89 – 90.

²²⁶ *Ibid.*, p. 93.

Por outro lado, segundo o “princípio da busca seletiva de informações”, procuram-se, predominantemente, informações que confirmam a hipótese que, em algum momento prévio, fora aceita (“acolhida pelo ego”), tratam-se delas de informações consoantes, ou de informações dissonantes, desde que, contudo, sejam facilmente refutáveis, de modo que elas acabem tendo um efeito igualmente confirmador.²²⁷

Como se nota, a lógica do “princípio da busca seletiva de informações” de Schunemann assimila-se ao sustentado por Franco Cordero quanto aos quadros mentais paranoicos ou primado da hipótese sobre os fatos, em que “abre-se ao juiz a possibilidade de decidir antes e, depois, sair em busca do material probatório suficiente para confirmar a sua versão”.²²⁸

E é por esta razão que se defende que o juiz não deve iniciar a produção probatória, agindo antes das partes, ou agindo como protagonista, pois há uma maior possibilidade na criação dos “quadros mentais paranoicos”, que podem acabar preponderando sobre o fato ao final do processo. Isso porque, como já explicado, se o juiz age como protagonista ou investigador e inicia a produção probatória, como, por exemplo, ordenando abertura de Inquérito Policial ou a produção de provas antes mesmo de iniciada a ação penal – conforme respectivamente preveem os artigos 5, inciso II e artigo 156, inciso I do CPP –, há uma maior possibilidade de que ele esteja agindo de acordo com o que já decidiu ou, pelo menos, que esteja agindo sob fortes influências de seus pensamentos, convicções, sentimentos e emoções, desfigurando sua imparcialidade.

Nesse sentido:

Diante de tudo quanto acima referido, na compreensão do sistema acusatório também se deve levar em conta que se nenhum juiz é neutro (porque nenhum ser humano é neutro) permitir que ele seja o senhor absoluto da produção probatória pode premiar uma busca de provas orientada por possíveis “quadros mentais paranoicos” que possam ter se formatado na mente do julgador, como refere Franco Cordero.²²⁹

Não está se defendendo, contudo, que o juiz deva permanecer inerte durante todo o processo, com mínima – ou nenhuma – possibilidade de inquirição e produção

²²⁷ GUIMARÃES, 2015 apud SCHÜNEMANN, Bernd. O Juiz como um Terceiro Manipulado no Processo Penal? Uma Confirmação Empírica dos Efeitos Perseverança e Aliança In: **Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito**. Luís Greco (Coordenador e tradutor), Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 208.

²²⁸ COUTINHO, 2001, p. 32.

²²⁹ GUIMARÃES, op. cit., p. 682.

probatória, como defende a maior parte da doutrina moderna do processo penal. Primeiro por que a inércia do juiz não inibe a aparição de “quadros mentais paranoicos”. E segundo por que há fortes argumentos de que, sendo possível ao juiz externar o que vai à sua mente – principalmente no momento da audiência –, também será possível uma ampliação do contraditório e da ampla defesa, uma vez que as partes poderão notar as opiniões e os pré-conceitos de determinado juiz e, depois, saberão a melhor forma de agir.²³⁰

Embora não seja o objeto principal deste trabalho, vale ressaltar, de forma breve, as principais conclusões de Rodrigo Chemim em sua tese de doutorado, onde se defendeu a possibilidade do juiz em participar ativamente na instrução probatória, sem que ele, no entanto, atue como protagonista.

De acordo com o autor, as partes têm a possibilidade de perceber o que vai à cabeça do magistrado no momento da audiência, quando deve ser viabilizado ao juiz participar ativamente da instrução probatória. Logo, possibilitando-se ao magistrado a formulação de perguntas, de forma subsidiária e complementar, será capaz de antecipar não somente quais são suas preocupações probatórias e seus pré-conceitos e pré-juízos, mas também algum fato que foi interpretado erroneamente.²³¹

Nessa linha de pensamento, alerta Bernd Schunemann:

Um juiz, no entanto, que, como os jurados, vivencia a colheita de provas como ouvinte espectador mudo, permanece fora desse círculo de comunicação (entre partes, esclarece-se), de modo que sua compreensão passa a ser, cada vez mais, um incalculável fator do acaso.²³²

De maneira similar, acrescentando que a inércia do juiz pode prejudicar o acusado, arremata Eugênio Pacelli:

[...] juiz *inerte*, como é a regra no denominado *sistema de partes* do direito norte-americano, normalmente classificado pela doutrina como modelo acusatório *puro*, encontra fundamentação em premissas e postulados valorativos absolutamente incompatíveis, não só com nossa realidade atual, mas com a essência do processo penal. Em sistemas como este, do juiz *inerte*, há que se conviver, em maior ou menor grau, com a possibilidade

²³⁰ GUIMARÃES, 2015, p. 12.

²³¹ *Ibid.*, p. 700.

²³² PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017 apud SCHUNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. (Coord.) Luís Greco, São Paulo: Marcial Pons do Brasil, 2013, p. 229.

de condenação de alguém pela insuficiência defensiva, reputada, *a priori*, igual à atividade acusatória.²³³

Atuando ou não na produção probatória, certo é que, em razão da ausência de neutralidade do juiz-ser-no-mundo, que pode vir a apresentar “quadros mentais paranoicos” e agir de acordo com o que foi ensinado pela “Teoria da dissonância cognitiva”, propõe-se ao magistrado ficar atento às “armadilhas que a estrutura inquisitória lhe impõe” e assumir uma postura ideológica, livre de discursos envolvendo a (impossível) neutralidade, o que somente pode ser dominado com a construção de um discurso pautado na transdisciplinariedade.²³⁴

Além disso, o juiz deve estar ciente não somente das possíveis “armadilhas que a estrutura inquisitória lhe impõe”, como também das armadilhas que sua própria mente lhe impõe, mesmo nos casos em que está atuando de acordo com as diretrizes estabelecidas pelo processo penal acusatório, esteja ou não agindo de forma ativa na produção probatória.

4.3 O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL SOBRE A INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ

Tendo em vista que já há algum tempo a iniciativa probatória do juiz é comumente discutida na doutrina, sendo alvo de inúmeras críticas em teses de mestrado, doutorado e trabalhos acadêmicos em geral, tornou-se recorrente teses e alegações nos Tribunais acerca da possibilidade ou não de o juiz produzir prova de ofício.

Considerando que a uniformização da interpretação das leis federais é uma das funções do Superior Tribunal de Justiça (STJ), nesta Corte é comum a análise e julgamento de casos envolvendo os artigos que conferem iniciativa probatória ao juiz, como o artigo 156 do CPP.

Por exemplo, no Recurso Ordinário em Habeas Corpus 53.470/PA, o Ministro Relator Joel Ilan Paciornik utilizou-se da controvertida expressão “busca da verdade

²³³ PACELLI, 2017, p. 11.

²³⁴ COUTINHO, 2001, p. 48 - 49.

real” para justificar sua decisão. Destaca-se parte da ementa publicada, especialmente o apontamento do Ministro em referência à busca da verdade real:

Conquanto o Ministério Público não estivesse presente na ocasião em que ouvidas as testemunhas comuns da acusação e da defesa, o certo é que o próprio artigo 212 do Código de Processo Penal permite que o juiz participe das inquirições, sendo-lhe facultada, outrossim, na busca da verdade real, a produção de provas necessárias à formação do seu livre convencimento, nos termos do artigo 156, inciso II, do mencionado diploma legal, o que revela a inexistência do prejuízo suportado pelos acusados, sendo certo que o togado de origem não atuou como acusador, mas dentro dos limites que lhe são conferidos pelo ordenamento jurídico vigente.²³⁵

Também utilizando a verdade real como legitimação aos poderes instrutórios do juiz, cita-se trecho da decisão no Recurso Ordinário em Habeas Corpus 192.410/MS, julgado pela Quinta Turma do STJ:

Embora o juiz seja um órgão do Estado que deve atuar com imparcialidade, acima dos interesses das partes, o certo é que o próprio ordenamento jurídico vigente permite que, na busca da verdade real, ordene a produção de provas necessárias para a formação do seu livre convencimento, sem que tal procedimento implique qualquer ilegalidade. Nesse sentido é o inciso II do artigo 156 do Código de Processo Penal, que faculta ao magistrado, de ofício, "determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante."²³⁶

Ainda, vale ressaltar o trecho da ementa do Habeas Corpus nº 32.578/MG, em que a ministra Laurita Vaz afirmou:

Dessa forma, nada impede que o novo Juízo competente, caso assim entenda, proceda à oitiva das demais testemunhas faltantes, da defesa e acusação, a teor da possibilidade de iniciativa probatória do juiz, expressa no art. 156, do Código de Processo Penal, como forma de obtenção do alcance da verdade real, que sempre deve prevalecer no processo penal.²³⁷

²³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 347.748, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma. Julgado em 27 de setembro de 2016. **Lex:** jurisprudência do STJ. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/393298849/andamento-do-processo-n-2016-0019250-0-habeas-corpus-10-10-2016-do-stj?ref=topic_feed>. Acesso em 13 mar. 2018.

²³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 192410, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma. Julgado em 11 de setembro de 2012. **Lex:** jurisprudência do STJ. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22457090/habeas-corpus-hc-192410-ms-2010-0224497-1-stj/inteiro-teor-22457091?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

²³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 32578, Rel. Min. Laurita Vaz Quinta Turma. Julgado em 20 de junho de 2006. **Lex:** jurisprudência do STJ. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200302316832&dt_publicacao=01/08/2006>. Acesso em: 26 mar. 2018.

Em sentido oposto encontra-se a decisão proferida no Recurso Ordinário em Habeas Corpus 23.945/RJ, em que a Ministra Jane Silva decidiu que o juiz de primeiro grau agiu de maneira errada ao iniciar a realização do interrogatório de alguns réus. Nas palavras da Ministra, todos os atos do processo tornaram-se nulos pois:

O juiz não pode realizar as funções do órgão acusatório ou de Polícia Judiciária, fazendo a gestão da prova, pois seria retornar ao sistema inquisitivo. Assim, a Turma, por maioria, deu provimento ao recurso para declarar a nulidade de todo o processo, não apenas dos atos decisórios, bem como dos atos praticados pelo juiz durante a fase das investigações preliminares, determinando que os interrogatórios por ele realizados nesse período sejam desentranhados dos autos, de forma que não influenciem a *opinio delicti* do órgão acusatório na propositura da nova denúncia.²³⁸

Por vim, vale ressaltar um trecho da decisão do STF no HC 95.009-4/SP, em que o Ministro Eros Grau se manifestou acerca do comprometimento da imparcialidade do juiz quando ele atua ativamente na instrução probatória. Na decisão, o Ministro registrou que a iniciativa probatória do juiz o torna num verdadeiro inquisidor:

nos Estados de direito há, à disposição dos cidadãos, um Poder Judiciário independente, com a função de arbitrar esses conflitos, declarando ao indivíduo quais constrangimentos o ordenamento jurídico o obriga a suportar, quais os que se não lhe pode impor. Isso tem sido no entanto ignorado nos dias que correm, de sorte que alguns juízes se envolvem direta e pessoalmente com os agentes da Administração, participando do planejamento de investigações policiais que resultam em ações penais de cuja apreciação e julgamento eles mesmos serão incumbidos, superpondo os sistemas inquisitório e misto, a um tempo só recusando o sistema acusatório. Este, contemplado pelo nosso ordenamento jurídico, impõe sejam delimitadas as funções concernentes à persecução penal, cabendo à Polícia investigar, ao Ministério Público acusar e ao Juiz julgar, ao passo que no sistema inquisitório essas funções são acumuladas pelo Juiz. Basta tanto para desmontar as estruturas do Estado de direito, disso decorrendo a supressão da jurisdição. O acusado já então não se verá face a um Juiz independente e imparcial. Terá diante de si uma parte acusadora, um inquisidor a dizer-lhe algo como "já o investiguei, colhi todas as provas, já me convenci de sua culpa, não lhe dou crédito algum, mas estou a sua disposição para que me prove que estou errado!"²³⁹

²³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 23945*, Rel. Min. Jane Silva. Quinta Turma. Julgado em 05 de fevereiro de 2009. **Lex:** jurisprudência do STJ. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3996183/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-23945-rj-2008-0142326-4>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

²³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 95.009-4*, Rel. Min. Eros Grau. Julgado em. **Lex:** jurisprudência do STF. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiantociastf/anexo/hc95009eg.pdf>>. Acesso em 13 de mar. 2018.

Como é possível observar, há divergência sobre a possibilidade ou não de o juiz produzir provas *ex officio*, que normalmente acaba sendo justificada de duas maneiras. A primeira é que o juiz é guiado pelo “princípio da busca da verdade real”, podendo, portanto, produzir provas sem maiores interferências. E a segunda é que, possibilitando-se ao juiz iniciativa probatória, estará se voltando ao sistema inquisitório, com uma acumulação das funções de acusar e julgar para o magistrado. Obviamente, cada caso deve ser analisado separadamente, para que seja possível analisar o nível de interferência do juiz na instrução probatória e se houve ou não quebra da sua imparcialidade, o que, convém ressaltar novamente, será mais fácil através de um discurso pautado na multidisciplinariedade.

5 CONCLUSÃO

Passa-se a expor as conclusões decorrentes do que foi pesquisado no presente trabalho.

Primeira conclusão: Sabe-se que a Constituição Federal de 1988 adotou a tripartição de poderes em seu artigo 2º, instituindo o Poder Executivo, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, ao o que deu *status* de cláusula pétrea (artigo 60, § 4º). Ao Poder Judiciário incumbe a resolução dos conflitos gerados pela vida em sociedade por meio de um terceiro imparcial: o juiz.

A imparcialidade do julgador é tão necessária que fez com que a maioria das legislações mundiais a instituisse como uma regra que deve ser estritamente observada, o que também foi seguido por diversos Tratados de Direito Internacional.

Juiz imparcial é aquele que não possui interesse no processo que está a julgar. Ou seja, aquele que está alheio aos interesses introduzidos pelas partes durante o processo e, portanto, que deve agir sem tender a qualquer dos lados. Entretanto, não basta apenas indicar na legislação constitucional ou infraconstitucional que a imparcialidade é regra que deve ser rigorosamente seguida. Mais que isso, é necessário que o magistrado saiba como atingir a tão necessária imparcialidade. Para tanto, verificou-se que o mais correto seria trabalhar de forma multidisciplinar, visto que a imparcialidade envolve questões que fogem do âmbito jurídico e passam por outros campos do conhecimento, como pela Filosofia e pela Psicologia.

Não basta, portanto, que o juiz fique preso àquele entendimento adotado pela maioria da doutrina processual penal, o de que ele é um mero sujeito do processo que tem como função primordial o exercício da jurisdição. Destarte, o juiz deve estudar áreas como a sociologia, a filosofia, a antropologia e a psicologia.

Ademais, com a multidisciplinariedade é possível distinguir a imparcialidade da neutralidade, conceitos diferentes que não raras vezes são confundidos pela doutrina processual penal. Como se viu, o juiz é um ser humano e, como tal, possui sentimentos, emoções e experiências de vida, fatores que o proíbem ser neutro. Por outro lado, a imparcialidade é a exigência do próprio exercício da jurisdição, sendo requisito de validade para a relação processual, em que o juiz assume um posicionamento alheio aos interesses das partes e consegue julgar de maneira que não interfira no bom andamento do processo.

Além disso, o alcance da neutralidade se mostra impossível a partir do momento que se entende a Filosofia da Linguagem com Martin Heidegger. Com Heidegger, é possível compreender que o juiz – e não somente o juiz, mas todo ser humano – interpreta os fatos e o direito através de sua condição de ser-no-mundo, ou seja, de acordo com o que lhe é exibido a partir do momento em que é “jogado” no mundo. Assim, não é razoável exigir que o magistrado interprete e julgue os fatos a partir do nada, como se fosse um simples produtor de conhecimento científico.

Segunda conclusão: A busca pela verdade não somente esteve atrelada à filosofia, mas também ao Direito, onde foi utilizada como justificativa para diversos atos judiciais, em especial para atos decisórios. Especificamente no que se refere ao processo penal, verificou-se que houve um reforço pela busca de uma verdade absoluta no Direito Canônico, período que de acordo com a maioria da doutrina processual penal ficou conhecido como possuindo um sistema processual penal inquisitório.

O Direito Canônico influenciou e muito o modo em que se pensa o direito no ocidente, o que ajudou ainda mais com que essa busca por uma verdade absoluta permanecesse em nosso pensamento jurídico. O problema se encontra quando se compreende o quanto esse falacioso discurso envolvendo a busca da verdade real já representou historicamente, especificamente na época da Inquisição, período em que houve um uso ilimitado e legitimado da tortura e de outras barbaridades, como a presença de um juiz-inquisidor, que atuava como principal protagonista na produção probatória, desempenhando funções totalmente incompatíveis.

Além de ser inviável em razão do que já representou historicamente, o discurso de que a iniciativa probante do juiz seria legitimada em razão do “princípio” da “busca da verdade real” também é falho quando se entende a filosofia da linguagem de Heidegger, pois não há que se falar em “verdade real” se o fato objeto de julgamento ocorreu no passado e depende de seres humanos para a sua reconstituição, os quais, por sua vez, se comunicam e interpretam o ocorrido através de sua situação de ser-no-mundo, isto é, através da sua facticidade e sua finitude.

Terceira conclusão: Embora certo que não há legitimidade alguma no “princípio da verdade real” justificar a iniciativa probatória do juiz, não pode se admitir

a ideia de que o magistrado deve permanecer inerte durante todo o processo, com mínima – ou nenhuma – possibilidade de inquirição e produção probatória, como defende a doutrina moderna do processo penal.

Isso porque, uma vez compreendido o real significado do que Franco Cordero quis dizer com a expressão “quadros mentais paranoicos”, sabe-se que sendo possível ao juiz externar o que vai à sua mente no momento da audiência, principalmente através de questionamentos complementares às testemunhas ou em simples falas do que compreendeu do caso penal, será possível uma ampliação da efetividade no processo penal, pois as partes poderão notar as opiniões e os pré-conceitos de determinado juiz e, depois, saberão a melhor forma de agir. Ademais, além de uma possível antecipação acerca das preocupações probatórias do juiz, será possível antecipar algum fato que ele acabou interpretando erroneamente por algum motivo.

Se o juiz permanece como um “ouvinte espectador mudo” como refere Bernd Schunemann, ele fica fora desse meio de comunicação entre as partes, o que acaba aumentando o decisionismo e também a aparição dos quadros mentais paranoicos, uma vez que, independentemente de o juiz ter ou não atividade probatória, seus pré-conceitos estarão em sua mente. No entanto, permanecendo na inércia, esses pré-conceitos não serão externados e, conseqüentemente, percebidos pelas partes, o que fará com que eles somente sejam demonstrados na sentença, momento em que alguma das partes já poderá ter sido prejudicada e dependerá de alguma forma de recurso para reverter a decisão.

Logo, apesar de certo que o juiz não possa atuar como o “senhor absoluto das provas” sob pena de quebra da sua imparcialidade, deve-se deixá-lo complementar a inquirição acerca de pontos que não foram suficientemente esclarecidos ou ainda determinar a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante, conforme respectivamente dispõem os artigos 212, parágrafo único, e 156, inciso II do Código de Processo Penal.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE FRANCESA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789**, 26 agosto 1789. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRANCO, Emerson Castelo. **Processo penal para concurso: polícia federal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em

BRASIL. Código de Processo Civil (2015). Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil Brasileiro**. Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 03 abr. 2018.

BRASIL. Código de Processo Penal (1941). Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 03 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 23945*, Rel. Min. Jane Silva. Quinta Turma. Julgado em 05 de fevereiro de 2009. **Lex**: jurisprudência do STJ. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3996183/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-23945-rj-2008-0142326-4>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 95.009-4, Rel. Min. Eros Grau. Julgado em **Lex:** jurisprudência do STF. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/hc95009eg.pdf>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 347.748, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma. Julgado em 27 de setembro de 2016. **Lex:** jurisprudência do STJ. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/393298849/andamento-do-processo-n-2016-0019250-0-habeas-corpus-10-10-2016-do-stj?ref=topic_feed>. Acesso em: 13 mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 192410, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma. Julgado em 11 de setembro de 2012. **Lex:** jurisprudência do STJ. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22457090/habeas-corpus-hc-192410-ms-2010-0224497-1-stj/inteiro-teor-22457091?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 32578, Rel. Min. Laurita Vaz Quinta Turma. Julgado em 20 de junho de 2006. **Lex:** jurisprudência do STJ. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiro-teor/?num_registro=200302316832&dt_publicacao=01/08/2006>. Acesso em: 26 mar. 2018.

BRASIL. **Exposição de motivos do Código de Processo Penal – Decreto-Lei 3.689/41.** Disponível em <http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf>. Acesso em 26 mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 347748, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma. Julgado em 27 de setembro de 2016. **Lex:** jurisprudência do STJ. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/393298849/andamento-do-processo-n-2016-0019250-0-habeas-corpus-10-10-2016-do-stj?ref=topic_feed>. Acesso em: 12 nov. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Crime 1574050-8, Rel. Marcus Vinícius de Lacerda Costa, Quinta Câmara Criminal, julgado em 08 de fevereiro de 2018. **Lex:** jurisprudência do TJPR. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12492738/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1574050-8>>. Acesso em 08 mar. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Correição Parcial 1745511-0, Rel. Luiz Osório Moraes Panza, Quinta Câmara Criminal, julgado em 14 de dezembro de 2017. **Lex:** jurisprudência do TJPR. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12475922/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1745411-0>>. Acesso em: 08 mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 924.254, Rel. Min. Hamilton Carvalhido. Sexta Turma. Julgado em 27 de setembro de 2007. **Lex:** jurisprudência do STJ. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19212594/recurso-especial-resp-924254-rs-2007-0027015-1/inteiro-teor-19212595>>. Acesso em: 26 mar. 2018.

CAMPOS, Walfredo Cunha. **Processo Penal (coleção preparatória para concursos jurídicos, v.13)**. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CASARA, Rubens R. R. **Mitologia Processual Penal**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do Processo Penal**. Direção editorial de Benedito Cláudio de Oliveira. 3. ed. São Paulo: Edijur, 2015.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2015

_____. **Pena e Garantias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à Filosofia**. São Paulo: Ática, 2000.

CHERRY, Kendra. **O que é dissonância cognitiva? Teoria e exemplos**. 21 jun. 2016. Disponível em: <<http://psicoativo.com/2016/06/dissonancia-cognitiva-teoria-exemplos.html>>. Acesso em 02 abr. 2018.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

COELHO, André. **“Ser e tempo”, de Heidegger (I)**, 2008. Disponível em: <<http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com.br/2008/07/sobre-ser-e-tempo-de-heidegger-i.html>>. Acesso em 02 abr. 2018.

_____. **“Ser e tempo”, de Heidegger (II): O Dasein (Ser-aí)**, 2012. Disponível em: <<http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com.br/2012/02/ser-e-tempo-de-heidegger-ii-o-dasein.html>>. Acesso em 02 abr. 2018.

COUTINHO, Jacinto. **Glosas ao “Verdade, dúvida e certeza”, de Francesco Carnelutti**. 2015. Disponível em: <<http://emporiiodireito.com.br/backup/glosas-ao->

verdade-duvida-e-certeza-de-francesco-carnelutti-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/>. Acesso em 02 abr. 2018.

_____. **Glosas ao verdade, dúvida e certeza, de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito.** In: Anuário ibero-americano de direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 175 - 176.

_____. **Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro.** In: Revista da Faculdade de Direito da UFPR N° 30, Curitiba: UFPR. 1998.

_____. Sistema Acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: **O Novo Processo Penal à Luz da Constituição (Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal)**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **O Papel do Novo Juiz no Processo Penal.** In: Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de Processo Penal.** 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** Tradução de Juarez Tavares. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas.** Rio de Janeiro: Nau, 2005.

_____. **Vigiar e punir: nascimento da prisão.** Tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1987.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal: Abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito.** São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal.** 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal Acusatório. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, 1999. Disponível em: <<http://www.ablj.org.br/revistas/revista15/revista15%20%20ADA%20PELLEGRINI%20GRINOVER%20%E2%80%93%20A%20Iniciativa%20instrutoria%20do%20Juiz%20no%20Processo%20Penal%20acusat%C3%B3rio.pdf>>. Acesso em 02 abr. 2018.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; REIS, Alexandre Cebrian Araújo. **Direito Processual Penal esquematizado**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. **Atividade probatória complementar do juiz como ampliação da efetividade do contraditório e da ampla defesa no novo processo penal brasileiro**. 771f. Dissertação (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, 2015. Disponível em <<http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/41025/R%20-%20T%20-%20RODRIGO%20REGNIER%20CHEMIM%20GUIMARAES.pdf?sequence=2>>. Acesso em 02 abr. 2018.

_____. **Ensaio em busca dos sistemas processuais penais**. Disponível em <<http://paginasdeprocessopenal.com.br/wp-content/uploads/2015/02/em-busca-dos-sistemas-processuais-penais.pdf>>. Acesso em: 02 abr. 2018.

ITO, Marina. Não adianta punir os ricos para equilibrar a balança. In: **Consultor Jurídico – Conjur**. 10 de janeiro de 2010. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2010-jan-10/entrevista-jacinto-coutinho-especialista-processo-penal>>. Acesso em 02 abr. 2018.

KELLY, Paul. **O livro da política**. Tradução de Rafael Longo, 1. ed. São Paulo: Globo, 2013.

KHALED JR., Salah H. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: Volume Único**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Investigação Preliminar no processo penal**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de Processo Penal**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MANZANO, Luís Fernando de Moraes. **Curso de Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MAYA, André Machado. **Imparcialidade e Processo Penal: Da Prevenção da Competência ao Juiz de Garantias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes**. Tradução e notas de Pedro Vieira Mota, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 16. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. 22 novembro 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 22 ago. 2017.

PACELLI, Eugenio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

_____. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PETERS, Edward. **História da Tortura**. Tradução de Pedro Silva Ramos. 1985.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 25 ed. São Paulo: Atlas.

RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da Teoria da Dissonância Cognitiva**. 195f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) Porto Alegre, 2016.

ROSA, Alexandre Morais da. **Variáveis Ocultas e Efeito Borboleta na Decisão Penal**. In: Consultor Jurídico. Edição de 22 de março de 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-mar22/diario-classe-variaveis-ocultas-efeito-borboleta-decisao-penal#_ftn2_2565>. Acesso em 02 abr. 2018.

SILVA, Marco Antônio Marques da; FREITAS, Jayme Walmer de. **Código de Processo Penal comentado**. 1. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **A cultura inquisitória vigente e a origem autoritária do Código de Processo Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: EMERJ, 2015, p. 264. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista67/revista67_264.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2018.

SOUZA, W. L. **Sistemas Processuais Penais**. Revista de Ciência Jurídica e Sociologia da Unipar, v. 8, n. 1, p. 122, jan./jun. 2005.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal. Volume 1**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.