

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

**OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ NO
PROCESSO PENAL: uma análise a partir do modelo
constitucional de processo**

André Luiz Chaves Gaspar de Morais Faria

Belo Horizonte
2009

André Luiz Chaves Gaspar de Moraes Faria

**OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ NO
PROCESSO PENAL: uma análise a partir do modelo
constitucional de processo**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito Processual da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito Processual

Orientadora: Prof. Dr^a Flaviane de Magalhães Barros

Belo Horizonte

2009

André Luiz Chaves Gaspar de Morais Faria

Os poderes instrutórios do juiz no processo penal: uma análise a partir do modelo constitucional de processo.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito Processual, área de concentração: Direito Processual – O Processo na Construção do Estado Democrático de Direito, da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais como requisito para obtenção do título de Mestre.

Prof. Dr^a Flaviane de Magalhães Barros (Orientadora) - PUC Minas

Prof. Dr. Leonardo Augusto Marinho Marques - PUC Minas

Prof. Dr. Alexandre de Castro Coura - FDV

Belo Horizonte, 22 de junho de 2009.

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

F224p Faria, André Luiz Chaves Gaspar de Moraes
Os poderes instrutórios do juiz no processo penal: uma análise a partir do modelo constitucional de processo / André Luiz Chaves Gaspar de Moraes Faria. Belo Horizonte, 2009.
149f.

Orientadora: Flaviane de Magalhães Barros
Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Poder judiciário e questões políticas. 2. Juizes. 3. Poderes (Direito). 4. Processo penal. 5. Verdade. 6. Direito constitucional. 7. Reforma processual. I. Barros, Flaviane de Magalhães. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 342.56

***Ao meu filho, a continuidade da
vida aqui nesse plano***

Agradecimentos

Primeiramente gostaria de agradecer a minha orientadora, Professora Doutora Flaviane de Magalhães Barros, que fez despertar em mim a paixão pela carreira acadêmica e me incentivou, sempre, a trilhar o difícil, mas recompensador, caminho do magistério, e que, especialmente nessa fase, com paciência e dedicação, me ensinou em que consiste um trabalho acadêmico.

Aos colegas de mestrado, que durante os inúmeros encontros e debates, trouxeram assuntos instigantes sempre em nome do conhecimento.
Aos meus alunos, que durante as aulas, muitas vezes assumiram a cadeira de professores, me ensinando e fomentando a vontade de aprender.

À Deus, para quem nada é impossível e a meus pais, que sempre me incentivaram e acreditaram em mim, oferecendo, nos momentos de angústia, o auxílio necessário.
À Vanessa, minha querida companheira, que no transcorrer desse trabalho soube, com muito afeto, tolerar minha ausência.

Ao meu filho Pedro, amor incondicional e símbolo da esperança, que eu acredito, piamente, que irá viver e pautar-se nas diretrizes de um Estado Democrático de Direito.

“citação ou algo parecido”

RESUMO

A presente dissertação defende o fim dos poderes instrutórios do juiz, no processo penal, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. Busca-se analisar este questionamento a partir da adoção do modelo constitucional de processo, ou seja, da observância dos princípios da ampla argumentação, do contraditório, da fundamentação das decisões, do terceiro imparcial, da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*, de modo a compatibilizar a iniciativa probatória do juiz com a noção de processo como garantia. Para tanto, partiu-se da apresentação do conceito técnico de sistema e da análise histórica de cada sistema processual, com o intuito de precisar, tecnicamente, qual deles se encontra em vigor. Evidenciou-se que a Constituição e a legislação processual brasileira estão em desconformidade, de modo que a atividade probatória se encontra centrada na figura do juiz, que, amparado na busca da verdade real ou em outros critérios indeterminados, afetos ao paradigma do Estado Social, assume posição de destaque. Vislumbrou-se que, nesse patamar, a Escola Instrumentalista de processo e a Escola Relacionista encontraram terreno fértil para difundir seus ideais pautados na subserviência das partes em relação ao juiz e na noção de processo como instrumento a favor da jurisdição. Destacou-se que, com difusão da idéia de relativização de toda e qualquer proposição (inclusive a jurídica) e da adoção da noção Fazzalariana de processo, tornou-se necessário afastar dogmas como a verdade real e escopos metajurídicos. Evidenciou-se que a concepção de Estado Democrático de Direito, pautada na prevalência dos direitos fundamentais, na exigência de co-dependência entre autonomia pública e privada e na legitimidade de toda e qualquer decisão a partir da possibilidade efetiva de participação daqueles que forem por ela afetados, impõe a releitura da atividade instrutória do juiz. Analisou-se de forma específica os princípios do contraditório, da ampla argumentação, da fundamentação das decisões, da exigência de um terceiro imparcial e, ainda, da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*, buscando demonstrar que os poderes instrutórios do juiz encontram-se em descompasso com tais princípios, de modo que basta a inobservância de um deles para que todo o modelo constitucional de processo esteja comprometido. Procedeu-se ainda a releitura da iniciativa probatória do juiz, a partir da reforma processual ocorrida em 2008, mais especificamente da Lei 11690/08,

que alterou a redação do artigo 156 do Código de Processo Penal brasileiro, ampliando ainda mais os poderes instrutórios do juiz, em ofensa ao modelo constitucional de processo.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Poderes instrutórios do juiz. Sistemas processuais. Verdade. Modelo constitucional de processo. Reformas processuais.

ABSTRACT

The present dissertation defends the end of the investigation powers of the judge, on the penal process, under the paradigm of the Democratic State of Law. It searches to analyze this questioning from the adoption of the constitutional model of process, in other words, from the observance of the principles of the broad argumentation, of the contradictory, of the base of the decisions, of the impartial third, of the presumption of innocence, and of the *in dúbio pro reo*, in order to share the initiative probatory of the judge with the notion of process, as guarantee. For so much, it began from the presentation of the technical concept of system and from the historical analyze of each procedural system, with the purpose of indicate, technically, which from these meet in vigour. It showed up that the Constitution and the Brazilian procedural legislation are in nonconformity, by way that the activity probatory meets centered in the judge character, who, supported in the search of the real truth or, on another uncertain criteria, devote to the Social State paradigm, assumes position of highlight. It glimpses that, in this landing, the Instrumentalist School of process and the Relationship School meet fertile earthly for spread their ideals lined on the subservience of the parts in relation to the judge and, on the notion process as instrument in favour of the jurisdiction. It came off that, with the diffusion of the idea of lessening of all and any proposition (include the legal) and of the adoption of the Fazzalariana notion of process, it became necessary to move away dogmas as the real truth and meta-legal scopes. It showed up that the conception of Democratic State of Law, lined on the prevalence of the fundamental rights, in the demand of co-dependence between public and private autonomy and, in the legitimacy of all and any decision from the effective possibility of participation of these which were affected for it, impose the re-reading of the investigation activity of the judge. It analyzed, from specific way, the principles of the contradictory, of the broad argumentation, of the base of the decisions, of the demand of an impartial third and, still, of the presumption of innocence, and of the *in dúbio pro reo*, it searching to demonstrate that the investigation powers of judge meet in inconsistency with such principles, by way that it enough the non-observance of one of these for that all the constitutional model of process being involved. It proceeded, still, the re-reading of the initiative probatory of the judge, from the procedural reform occurred at 2008,

more specifically, of the Law 11690/08, which altered the writing of the article 156 of the Brazilian Penal Process Code, enlarging more the investigation powers of the judge, in insult to constitutional model of process.

Key-words: Judicial activism. Investigation powers of the judge. Procedural systems. Truth. Constitutional model of process. Procedural reforms.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS.....	16
2.1 Noção de sistema	17
2.2 O sistema acusatório na antiguidade	19
2.3 Sistema inquisitorial	25
2.4 Sistema acusatório	34
2.5 Sistema misto	37
2.6 O sistema processual constitucional	42
2.7 O sistema processual brasileiro: visão crítica	45
3 O MITO DA VERDADE REAL E SUA UTILIZAÇÃO PELA ESCOLA RELACIONISTA	48
3.1 As diversas concepções da verdade.....	51
3.2 Limitações na busca da verdade:	60
3.3 A distinção entre verdade real e verdade formal.....	64
3.4 O critério da verdade absoluta como instrumento de dominação.....	66
3.5 A “verdade possível” no Estado Democrático de Direito.....	76
4 DA ATIVIDADE INSTRUTÓRIA	78
4.1 Sistemas probatórios.....	78
4.1.1 Provas irracionais.....	80
4.1.2 O sistema tarifado	81
4.1.3 Sistema da livre convicção ou livre convencimento	86
4.1.4 Sistema da persuasão racional	89
4.2 A atividade probatória no Estado Democrático de Direito	92
4.2.1 O modelo constitucional de processo.....	92
4.2.2 A atividade probatória compatível com modelo constitucional de processo.....	94
5 O ATIVISMO JUDICIAL.....	99
5.1 A gestão da prova confiada ao juiz como principal fator indicativo da adoção de um sistema processual consubstanciado no ativismo judicial.....	100
5.2 Ativismo judicial - argumentos favoráveis.....	102
5.3 A inconsistência do ativismo judicial.....	105
5.3.1 A presunção de inocência e o in dúbio pro reo como princípios impeditivos do ativismo judicial	109
6 A REFORMA PROCESSUAL E O NOVO ARTIGO 156	115
6.1 O artigo 156.....	121

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....130

REFERÊNCIAS.....134

1 INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição da República em 1988, o Brasil firmou, indubitavelmente, posição entre os países que se filiaram a um regime democrático.

A partir daí, adotou-se o sistema processual penal acusatório, identificado pelas seguintes características: 1) distribuição das funções de defender, acusar e julgar entre órgãos distintos; 2) publicidade dos atos; 3) a observância do princípio do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e demais princípios daí derivados; 4) o tratamento dispensado ao acusado - encarado como sujeito de direitos; 5) o afastamento da gestão da prova das mãos do juiz, que constitui seu princípio unificador e o distingue dos demais sistemas processuais, já que os outros elementos, por serem secundários, podem estar presentes em mais de um sistema (COUTINHO, 2008, p.11).

Portanto, no plano processual penal, a mudança também se fez presente com a adoção inequívoca de um sistema processual acusatório (GOMES, CERVINI, 1997, p.199), em contraponto ao sistema anteriormente vigente que, pautado na eficiência repressiva a todo custo (GOMES, 1999, p.182), promovia a supressão ou restrição de direitos e garantias individuais do acusado/investigado, sob o fundamento de que a defesa da sociedade deveria ser alcançada a qualquer custo, fazendo valer a máxima inquisitorial de que os fins justificariam os meios.

Daí, surge uma situação paradoxal: de um lado, a Constituição, na qual o processo deve estar pautado em uma série de garantias do acusado; e, do outro, o diploma processual brasileiro de matriz inquisitorial (CHOUKR, 1995, p.26).

No que diz respeito à atividade probatória, a controvérsia também é patente, pois o Código Processual Brasileiro, embasado nos postulados da defesa social, autoriza o ativismo judicial, que deve ser exercido na busca de uma inesclarecida verdade real, ou em outros critérios indefinidos - somente atingíveis por alguém dotado de poderes especiais.

Nesses termos, o ativismo judicial, na sua mais perniciosa vertente - a gestão da prova confiada ao julgador - tornou-se regra, de modo que, na seara penal, ao contrário da cível, que se pauta em uma "verdade formal", deve-se, a todo custo, buscar a verdade real.

Nem mesmo as constantes críticas apresentadas à verdade real, sob o argumento de que ela seria algo indeterminado, portanto inatingível, foi suficiente para que se afastasse do processo penal este mito (THUMS, 2003, p.334); e ainda que se tenha evoluído no sentido de serem preconizadas inúmeras limitações balizadoras da atividade instrutória, não se abandonou a busca da verdade, que passou a receber as mais variadas classificações, revelando a falta de cientificidade com que o tema é tratado, pois se a verdade é intangível, como seria possível adjetivá-la?

Na realidade, a derrocada da verdade acabou significando tão somente uma mudança aparente, pois do mito da verdade real passou-se ao mito da “justiça” e de demais critérios indefinidos como: “bem comum”, “escopos metajurídicos”, “eficiência”, “celeridade”, “urgência”, “razoabilidade” e tantos outros (MADEIRA, 2008a, p.184), que continuam sendo invocados como fatores legitimadores da iniciativa instrutória do juiz.

Assim, a legislação processual penal brasileira, em descompasso com a noção de processo como garantia, aposta na noção de um processo centrado no ativismo judicial e, por conseguinte, na figura de um juiz que, além de julgar, deve ser capaz de curar todas as mazelas da sociedade. Para tanto, exige um juiz com poderes supremos e habilidades especiais - alguém que, acima das partes, sabe e pode decidir o que é certo ou errado, justo ou injusto, bom ou ruim.

Nessa linha de raciocínio, a Escola Instrumentalista do processo foi plenamente eficiente, pois a noção de processo como instrumento a favor da jurisdição (CINTRA; GRINOVER, DINAMARCO, 1997; DINAMARCO, 2005) serviu e continua servindo à perpetuação da utilização, em pleno Estado Democrático de Direito, de critérios indefinidos pelos quais se ilude o cidadão, verdadeiro detentor do poder; e se mantém vigente, ainda que disfarçadamente, uma estrutura inquisitorial de séculos atrás. Se o processo é que deve servir à Jurisdição, que se apresenta como eixo central do sistema, o juiz assume papel de destaque, encarnando o bem comum e representando a voz da sociedade, de modo que sua decisão será sempre legítima, pois é por seu intermédio que se alcança a pacificação social (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 1997, p.41).

Portanto, a partir do ativismo, invoca-se um processo nos moldes do Estado Social que, na seara processual penal, importa na idéia de um juiz inquisidor, que atua pesando de um lado a proteção e defesa da sociedade e, de outro, o respeito

aos direitos e garantias fundamentais, devendo, ao decidir, levar em conta os reflexos sociais, econômicos e políticos de sua decisão (BARROS, 2008, p.7). Nessas bases, a atividade probatória está centrada na figura do juiz garantidor, que na busca da verdade ou no afã de “fazer justiça”, ainda que conte com a colaboração das partes, deve assumir a iniciativa instrutória.

Mas, na perspectiva democrática estabelecida na Constituição, o processo não pode mais ser concebido como instrumento a favor da Jurisdição, devendo ser compreendido como fator determinante para a efetivação das garantias constitucionais (ANDOLINA, 1997, p.65). Sua concepção teleológica, com a previsão de escopos metajurídicos (DINAMARCO, 2005, p.186), implica no protagonismo judicial, que retrata uma perspectiva ultrapassada - característica do Estado Social.

A noção de Jurisdição não corresponde simplesmente à atividade dos juízes e não se restringe ao poder-dever de dizer o direito no caso concreto, devendo ser compreendida como dever do Estado, somente exercitado após provocação da parte interessada e prestado por órgãos cuja competência esteja previamente estabelecida na Constituição e desde que se observe a garantia do devido processo constitucional (BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, 2007, p.225).

Assim, desde Fazzalari (2006, p.118), o processo não pode ser encarado como mero instrumento a favor de uma jurisdição salvadora, mas, sim, como procedimento desenvolvido em contraditório pelas partes que, em simétrica paridade de armas, podem construir os provimentos que de alguma forma afetarem suas vidas (GONÇALVES, 2001, p.113-115).

No viés constitucional, o processo vai além da jurisdição: “não é apenas um direito instrumental, mas uma metodologia de garantia dos direitos fundamentais”(BARACHO, 2006, p. 47), devendo ser compreendido a partir de um “modelo constitucional de processo¹”, ou seja, de uma base de princípios processuais capaz de garantir a efetivação de direitos fundamentais.

Portanto, no Brasil, todo e qualquer processo é constitucional (CATTONI DE OLIVEIRA, 2002, p.123-124), pois está sedimentado em um esquema geral, formado pelos princípios do contraditório, da ampla argumentação, da fundamentação das decisões e da participação de um terceiro imparcial (BARROS, 2008, p.15).

¹ Cf. ANDOLINA, Ítalo e VIGNERA, Giuseppe. **Il modello costituzionale del processo civile italiano**. Torino: Giappichelli, 1990.

Também o microsistema processual penal se encontra amparado nessa base uníssona, mas, em razão de suas especificidades, ou seja, diante do direito fundamental que busca resguardar -a liberdade - deve ser informado ainda por outros princípios, como a presunção de inocência, o *in dubio pro reo* e a não-auto-incriminação (BARROS, 15-16).

Um procedimento somente será legítimo se for pautado na observância dessa base mínima e nos demais princípios específicos do microsistema penal, ou seja, se desenvolvido em consonância com o modelo constitucional de processo (BARROS, 2008, p. XVI).

Nesse aspecto, é imperioso verificar se os poderes instrutórios do juiz, no Estado Democrático de Direito, estão em consonância com o modelo constitucional de processo e com a noção de processo como garantia constitutiva de direitos fundamentais (BARROS, 2008, p.7).

Ademais, nesse caminhar, é também necessário analisar a reforma processual penal ocorrida em 2008, salientando que, em razão da delimitação do tema objeto deste trabalho, o que de fato será alvo de análise é a nova redação do artigo 156 do diploma processual pátrio, promovida pela lei 11690/08, que ampliou os poderes instrutórios do juiz, possibilitando a ele, até mesmo na fase de inquérito, e independentemente de provocação, determinar a realização de diligências investigatórias.

2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Para entender o sistema processual atual, embasado em contornos democráticos, e implantar, em sua plenitude, o processo penal como garantia, é necessário o estudo dos sistemas que lhe antecederam de modo que se possa colher elementos suficientes para efetivar a análise da atuação do juiz e das partes na fase probatória.

Conforme estabelece Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, é importante analisar as estruturas de cada sistema processual penal para, a partir daí, identificar qual a função atribuída a cada operador jurídico, mais precisamente aos juízes (COUTINHO, 2008b, p. 9).

Nesse desiderato, necessário revisitar os elementos que configuraram cada sistema processual e percorrer seus antecedentes históricos, tendo sempre em mente a idéia de que o caminho a ser percorrido foi traçado de forma lenta e gradativa.

Benedito Roberto Garcia Pozzer ensina que cada sistema processual reflete a postura do Estado, sua relação com o indivíduo, de maneira que o sistema processual adotado é revelado a partir da forma como o Estado acusa, julga e permite ao cidadão o exercício da defesa (POZZER, 2001, p. 27).

Como bem adverte Humberto Leandro Melo e Sousa, existe, portanto, “íntima relação entre o direito processual e a ideologia predominante em dado país, naquele determinado contexto.” (SOUSA, 2004, p.246)

Outro não é o magistério de Hélio Tornaghi:

O processo não é sempre e em toda a parte a mesma coisa. Varia com a organização do Estado, com a maior ou menor concentração do Poder, com a maneira de distribuir e exercer as funções soberanas e assim por diante. Por isso mesmo, ele teve no Direito Romano um aspecto e no germânico outro; na idade Média assumiu diferentes feições e, mesmo no Direito moderno, pode ser diverso em cada regime político. Por isso, não se deve dizer que ele é sempre de Direito Privado ou de Direito Público; que é, em si mesmo, um contrato, uma relação jurídica, um negócio jurídico etc. Tais afirmações somente podem ser feitas para determinada ordenação jurídica. Fora disso, o pesquisador cai no mais autêntico relativismo. Relativismo, aliás, legítimo, porque o campo da política varia segundo as conveniências, as oportunidades, as circunstâncias; é, de todo, contingente e mutável. (TORNAGHI, 1987, p.2)

Dhenis Cruz Madeira ressalta que o estudo dos sistemas processuais não contou com uma evolução linear, pois, durante os séculos, a humanidade conheceu avanços e retrocessos que refletiram nos referidos sistemas. Alternaram-se governos democráticos e autoritários, governos laicos e governos de índole religiosa, momentos de paz e de beligerância. O Direito, enquanto Ciência intimamente ligada ao homem, traçou o mesmo caminho da humanidade, experimentando variações (MADEIRA, 2008 a, p.48).

João Mendes de Almeida Júnior afirma que cada sistema processual varia de um país para o outro, de acordo com o regime adotado, de modo que as garantias de defesa são amplas e protetivas nos Estados livres e precárias e incertas nos países onde vigoram governos despóticos (ALMEIDA JÚNIOR, 1959, p.14).

A forma de Estado adotada; a concentração do poder nas mãos de poucos ou sua distribuição ao povo; a observância dos princípios constitucionais do processo ou a utilização do processo como instrumento de dominação; a forma como se pauta a iniciativa probatória; o modo como o direito se legitima; dentre outros, são fatores indicativos da adoção de um ou outro sistema processual.

Nessa perspectiva, José Cirilo de Vargas salienta que o “processo penal é um dos índices mais típicos do grau de civilização de um povo em sua caminhada histórica.” (VARGAS, 1992, p. 104)

Feitas essas breves considerações, torna-se patente a importância da análise dos sistemas processuais precedentes, tendo-se em vista que, para “a devida compreensão do Direito Processual Penal é fundamental o estudo dos sistemas processuais.” (COUTINHO, 1999, p.66)

Porém, antes da verificação de cada sistema processual propriamente dito, é necessário precisar a noção de sistema utilizada nesse trabalho.

2.1 Noção de sistema

Nicola Abbagnano apresenta três noções distintas de sistema: 1) um discurso organizado dedutivamente; 2) qualquer totalidade ou todo organizado; 3) qualquer teoria científica ou filosófica, especialmente quando se quer ressaltar seu caráter escassamente empírico (ABBAGNANO, 2003, p. 908-909).

Marcos Alexandre Coelho Zilli (2003), com base em Nicola Abbagnano (2003), aduz que a noção de sistema remete a idéia de qualquer totalidade ou todo organizado que possa ser utilizável nas várias relações desenvolvidas no plano real.

Sistemas processuais penais são, pois, campos criados a partir do agrupamento de unidades que se interligam em torno de uma premissa. Funcionam como uma indicação abstrata de um modelo processual penal constituído de unidades que se relacionam e que lhe conferem forma e características próprias. (ZILLI, 2003, p.34)

Por seu turno, André Lalande afirma que, por sistema, entende-se:

a) conjunto de elementos, materiais ou não, que dependem reciprocamente uns dos outros de maneira a formar um todo organizado; b) conjunto de idéias científicas ou filosóficas logicamente solidárias, mas enquanto são consideradas na sua coerência mais do que na sua verdade; c) classificação. (LALANDE, 1999, p.1034-1035)

Todavia, os conceitos acima apresentados são imprecisos porque devemos compreender, com base na noção apresentada por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, que um sistema é identificado por um princípio, chamado de princípio unificador, que reflete a idéia central desse modelo, seu núcleo.

Ainda que com uma visão sucinta, tenho a noção de *sistema* a partir da versão usual, calcada na versão etimológica grega (*systema* –atos), como um *conjunto de temas jurídicos que, colocados em relação por um princípio unificador, formam um todo orgânico que se destina a um fim*. É fundamental, como parece óbvio, ser o conjunto orquestrado pelo *princípio unificador* e voltado para o fim ao qual se destina. (COUTINHO 2008b, p.8)

Ademais, importante ressaltar que o termo sistema ainda é demasiadamente utilizado em uma concepção desprovida de cientificidade, como algo inalterável e impenetrável.

Sobre o tema, Marcelo Campos Galuppo adverte:

Para a teoria do direito tradicional, o conhecimento só é possível se propusermos uma lógica que harmonize todas as normas contidas em um ordenamento jurídico. Essa concepção é inerente aos paradigmas do Estado Liberal e do Estado Social, enquanto paradigmas avessos ao pluralismo. Neste sentido, o sistema é um conceito que elimina toda a possibilidade de se pensar o plural. (GALUPPO, 2001, p.56)

Conforme Michele Taruffo, ao se analisar sistemas, não mais se sustenta a idéia de que seja possível realizar tal tarefa de uma forma neutra, passiva. Na realidade, fatores externos influenciarão, serão determinantes no resultado da análise:

Ao contrário, hoje se reconhece unanimemente que só é possível proceder com utilidade à análise comparatística sobre a base de um “projeto cultural” pressuposto e empreendido por quem efetua a análise. Esta, portanto, jamais é passiva, neutra ou indiferente: longe disso, é condicionada e orientada seja pela cultura própria do comparatista, seja pelos fins em vista dos quais ele realiza seu próprio trabalho. (TARUFFO, 2003, p.141-142)

Tradicionalmente, classificam-se os sistemas processuais em três grupos: acusatório, inquisitório e misto e o “exame histórico das diferentes facetas assumidas pela persecução penal em vários ordenamentos jurídicos é, fundamentalmente, a base desta divisão.” (ZILLI, 2003, p.36).

Assim, conforme preconiza Fauzi Hassan Choukr, existe uma íntima relação entre o processo penal e o sistema político adotado (CHOUKR, 1995, p. 83), de forma que se faz necessário, no tópico seguinte, analisar os sistemas processuais existentes e o período histórico em que eles vigoraram.

2.2 O sistema acusatório na antiguidade

Michel Foucault ensina que o direito germânico que antecedeu o período das invasões bárbaras mantinha traços semelhantes ao direito grego e apresentava as seguintes características: não havia acusação pública; era necessário que alguém sofresse algum tipo de dano para que pudesse dar início à acusação; havia sempre uma espécie de duelo ou a possibilidade de vinganças recíprocas; os atos seguiam rituais; as partes poderiam chegar a um acordo firmando uma espécie de transação; não havia intervenção de nenhum representante da autoridade, pois somente figuravam dois personagens: aquele que acusa e o que se defende (FOUCAULT, 2005, p. 57).

Com as invasões bárbaras, que ocorreram de forma paulatina e se deram especialmente ao norte, resultou um confronto entre o sistema romano², dotado de maior racionalidade, e o germânico, desorganizado e irracional (MADEIRA, 2008a, p.82).

Importante frisar que o sistema Romano dessa época, em substituição ao procedimento *per formulas* (no qual o juiz editava as fórmulas de julgamento enquanto o pretor as aplicava), instaurou o procedimento da *cognitio extra ordinem*³, no qual a cognição passou a ser exercida pelo magistrado, resultando, com o passar do tempo, no fim da ingerência privada na jurisdição que assim tornou-se inteiramente pública (MADEIRA, 2008a, p.72). Na *cognitio extra ordinem*, o juiz estava vinculado as *leges* editadas pelo Imperador e os atos processuais passaram a ser escritos impossibilitando que fossem proferidas oralmente as sentenças. As partes recebiam uma cópia da decisão, possibilitando algum controle sobre ela, de sorte que passou a se admitir o erro por parte do juiz, justificando o surgimento do recurso. Portanto, pode-se afirmar que já se vislumbrava, ainda que timidamente, a idéia de fiscalização dos provimentos por parte de seus destinatários, já que o magistrado não era infalível (MADEIRA, 2008a, p.73-74). Era pelo *libellus conventionis*, similar à petição inicial, que a parte apresentava ao juiz sua pretensão, sendo que ele poderia rechaçá-la de pronto ou mandar, por intermédio da *interlocutio*, citar o demandado, que tinha o direito de contradizer (MADEIRA, 2008a,

² O período conhecido por Baixo Império inicia-se no século III d.C. e perdura até o século VI. Nessa época, Roma vivia uma crise política, econômica e religiosa, que resultou na necessidade de centralização e reestruturação que, realizada principalmente por Diocleciano (284-305) e Constantino (306-337) (GILISENN, 2001, p. 84), caracterizou-se pela atividade legislativa dos Imperadores, pela adoção do Cristianismo como religião oficial e pelo absolutismo Imperial (GILISENN, 2001, p. 81). O Direito, que no período clássico era fruto das obras dos jurisconsultos, passa a derivar dos Imperadores que constituem a sua principal fonte de modo que surgem as primeiras codificações (GILISENN, 2001, p. 91). Assim, mais precisamente entre os anos de 284 d.C a 565 d.C, ou seja, no período Pós-Clássico, o Estado Romano encontrava-se enfraquecido sendo necessário concentrar o direito nas mãos do Imperador, que por sua vez, atribuiu mais poder aos pretores. As normas, classificadas de *leges*, resultavam da compilação das regras de direito editadas pelo Imperador sem que isso tenha significado o abandono dos pareceres dos jurisconsultos (período clássico) que juntamente com as *leges* persistiu por um longo período, até que, paulatinamente, fora suplantado (MADEIRA, 2008a, p.71-72).

³ Até o século III d.C, embora a escolha do árbitro (juiz de fato) fosse realizada pelo pretor, ainda era cabível a arbitragem, ou seja, admitia-se a escolha do árbitro pelas partes não se tendo menção de uma vedação expressa. Contudo, com o enfraquecimento do império Romano surgiu a necessidade do Estado se impor face o particular buscando a centralização de modo que a fonte do direito passou a ser a vontade do príncipe. Nessa época, marcada por uma monarquia absoluta, ampliou-se os poderes dos pretores que decidiam a causa sem a utilização da arbitragem, que foi vedada, iniciando-se o período conhecida como *Cognitio extraordinem* no qual o sistema romano passa de um modelo de justiça privada para Justiça Pública (LEAL, 2005, p. 41-42).

p.75). Pelo exposto, pode-se afirmar que o referido sistema era mais racional, se comparado com os sistemas anteriores (MADEIRA, 2008a, p.78) e que se encontrava muito mais bem estruturado do que o sistema germânico.

Ainda sobre o sistema romano da *cognitio extra ordinem*, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco ensinam que:

Depois do período arcaico e do clássico (que reunidos formam a fase conhecida por *ordum judiciorum privatorum*), veio outro, que se caracterizou pela invasão de área que antes não pertencia ao pretor: contrariando a ordem estabelecida, passou este a conhecer ele próprio do mérito dos litígios entre os particulares, proferindo sentença inclusive, ao invés de nomear ou aceitar a nomeação de um árbitro que o fizesse. Essa nova fase, iniciada no III d.C, é, por isso mesmo, conhecida por período da *cognitio extra ordinem*. Com ela completou-se o chamado ciclo histórico da evolução da chamada justiça privada para a justiça pública: o Estado, já suficientemente fortalecido, impõe-se sobre os particulares e, prescindindo da voluntária submissão destes, impõe-lhes autoritativamente a sua solução para os conflitos de interesses. A atividade mediante a qual os juízes estatais examinam as pretensões e resolvem os conflitos dá-se o nome de *jurisdição*. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1997, p.23 grifo do autor)

Mas, conforme informa Geraldo Prado, com a intensificação das invasões, o direito Germânico passa, cada vez mais, a influenciar o direito Romano e vice-versa, surgindo uma série de conflitos, penetrações e interferências entre eles, ora preponderando um, ora outro, de modo que tanto os vencidos quanto os vencedores foram influenciados mutuamente (PRADO, 1999, p.85).

Não é por outro motivo que João Mendes de Almeida Júnior, ao descrever o período das invasões bárbaras, mais especificamente dos Visigodos, afirma que eles foram vencedores e vencidos ao mesmo tempo, pois “deixaram-se influenciar pela autoridade moral dos bispos e pela superioridade das leis romanas.”(ALMEIDA JÚNIOR, 1959, p. 53)

Foi justamente esse constante assédio dos povos germânicos, somados à constante divisão de governo em vários imperadores fracos (tetraquias e triunviratos), ao excessivo refinamento do povo e das tropas romanos (que, efeminados e entregues à música, ao teatro e à poesia foram dominados pelos bárbaros do norte), à corrupção, todo isso levou à segmentação do Império Romano, primeiro no Ocidente, com a divisão em inúmeros reinos bárbaros (ano 476), depois no Oriente, com a morte de Justiniano. (MADEIRA, 2008a, p. 80-81)

Quando sobre as ruínas do Império, apresentava-se o esboço de um ente mais bem organizado, o direito romano se revitalizava. Por outro lado, quando se

dissolviam os delineamentos de um Estado, o antigo direito Germânico sobrepuhase. Tomando por base a descentralização, característica do feudalismo, pode-se afirmar que o direito feudal foi essencialmente do tipo germânico, desconhecendo as formas de estabelecimento da verdade do Império Romano, valendo-se de antigas regras, como os duelos e os juízos de Deus (FOUCAULT, 2005, p. 58). Nesse contexto, vigorou o chamado sistema acusatório, antecessor histórico do sistema inquisitivo e que possuía contornos totalmente diferentes do modelo acusatório atual, não podendo, de forma alguma, ser confundido com este.

Consubstanciado nas lições de José Ribeiro Borges, afirma-se que no sistema acusatório, mais precisamente entre os séculos VI e XII, a acusação era tarefa destinada aos particulares, sendo incabível o início das investigações de ofício, pois cabia à vítima, sob juramento, dar início à acusação. (BORGES, 2004, p.61). Preponderava, no procedimento, a divisão de tarefas: de um lado o acusador, a exercitar a “ação”; de outro a defesa, resistindo à investida acusatória. O início do procedimento dependia da provocação da vítima, pois a acusação era exercida pela pessoa física e não pelo Estado; ao tribunal restava aguardar a “ação” do particular (POZZER, 2001, p. 29-30).

A atividade probatória era embasada em elementos metafísicos: métodos primitivos introduzidos pelas invasões bárbaras por intermédio dos quais a decisão era tomada com base em critérios sobrenaturais e encontrava-se sedimentada na busca de uma Justiça Divina (BORGES, 2004, p.61).

Como bem explicita Vinicius Lott Thibau, vigoravam os ordálios⁴, ou seja, os juízos divinos, em que a atividade probatória não encontrava respaldo em qualquer fonte normativa e a verdade era buscada com base em critérios não científicos, tais como a sorte, a virtuosidade, o acaso, o mítico, o sobrenatural (THIBAU, 2008, p. 320).

John Gilissen ensina que, no referido modelo, conhecido como sistema das provas irracionais (GILISSEN, 2001, p.715), prevaleciam as provas corporais, físicas, pelas quais a pessoa era submetida a um jogo de força, de luta com seu próprio corpo, para ao final ser declarada culpada ou inocente, ou seja, perdedora ou vencedora (FOUCAULT, 2005, p. 60).

⁴ No item 4.1 serão analisados de forma detalhada os sistemas probatórios: irracional, tarifado, livre convencimento e da persuasão racional.

Giuseppe e Rodolfo Bettiol, a respeito do sistema das provas irracionais, afirmam que tal rito, arquétipo do sistema acusatório, era desprovido de cientificidade e, portanto, fazia-se mister buscar um novo modelo que se afastasse dos critérios indefinidos em que se fundava a atividade probatória (BETTIOL; BETTIOL, 2008, p.166).

Conforme preconiza Mauro Cappelletti (CAPPELLETTI, 2001, p. 73) surge, assim, o sistema das provas legais ou tarifadas que, à época, representou avanço face ao método dos ordálios, ao prescrever regras pré-fixadas para apuração da verdade, que antes era pautada na sorte, na superstição, em critérios religiosos ou na força.

Na mesma linha, precisa a lição de Antônio Magalhães Gomes Filho:

Assim, em oposição àqueles métodos de revelação da verdade judicial, que hoje costumam ser irracionais, desenvolve-se uma nova racionalidade probatória, na qual a solução dos conflitos humanos deixa de ser confiada a Deus, para constituir-se tarefa dos próprios homens. (GOMES FILHO, 1997, p. 20)

A falta de cientificidade na atividade probatória, a fragmentação do direito, a desproporção das penas, as acusações infundadas e a ausência de acusadores privados (fato que gerava a impunidade) determinaram a derrocada do modelo acusatório (BORGES, 2004, p. 62).

Mas, como dependente do interesse do autor, a provocar a atuação do Estado, desponta, primeiro, a ação processual privada, com bom desempenho, quando se tratava de conflitos privados – conflitos que não transcendiam as partes envolvidas -, porque sua inércia a ninguém mais prejudicava. Caso contrário, se envolvia interesse da comunidade, como acontece com as questões penais, e o interessado-autor não reclamava a atuação estatal, causando a insatisfação e o surgimento da ação popular, que, pelos mesmos motivos-inércia do interessado (vítima) ou qualquer outro membro da comunidade legitimado a propô-la – também fracassou, levando o Estado, nos conflitos transcendentais, a encarregar-se da ação: surgindo então diversos modelos no seu exercício, para desencadeamento e sustentação da persecução penal. (POZZER, 2001, p.26-27)

A difícil tarefa de acusar, resultante da sociedade liberal e individualista romana, demonstrou a debilidade da persecução penal e, como salienta Afrânio Silva Jardim, “como toda evolução humana (e mesmo da natureza em geral) se faz através da oposição dos contrários, dialeticamente surgiu, posteriormente, o sistema inquisitório, sob forte influência do Direito Canônico.” (JARDIM, 2000, p. 42).

Nesse quadro, diante da insuficiência da atribuição da persecução penal aos particulares, a Igreja Católica e o Estado passaram a pleitear a iniciativa da investigação. No início, a atuação da Igreja foi tímida, restringindo-se, tão somente, à punição de determinados crimes: as heresias. Posteriormente, seu universo de incidência foi sensivelmente alargado, gerando sua ingerência em praticamente todos os delitos.

Pode-se afirmar que o formato inquisitivo fora introduzido no seio da Igreja Católica, mas, paulatinamente, as justiças leigas passaram também a utilizá-lo - de “regra comum das justiças eclesiásticas, não tardou este sistema a passar para as justiças seculares.”(ALMEIDA JÚNIOR, 1959, p.227)

Em razão da derrocada do feudalismo⁵, do fortalecimento das monarquias e da centralização do poder, as chamadas Justiças Senhoriais foram, pouco a pouco, sendo suprimidas pela Justiça Eclesiástica, que no início limitou-se a julgar somente os casos que envolvessem os membros da Igreja, mas que, posteriormente, ampliou para sua competência uma série de infrações penais consideradas, ainda que indiretamente, contrárias aos ensinamentos da Igreja (PRADO, 1999, p. 89-90).

Cumprir lembrar que, em se tratando de fenômenos históricos, as mudanças não ocorrem de forma brusca. Primeiramente, conviveram dois modelos diferentes, que exprimiam os valores da sociedade do século XII, ou seja, o aspecto feudal e o religioso (ALMEIDA JÚNIOR, 1959, p.90). Assim, algumas cidades italianas, apesar da predominância do modelo inquisitório a partir do século XIII, mesclaram os dois sistemas, permitindo a implementação do modelo inquisitório somente quando a acusação privada não fosse realizada. Paulatinamente, o modelo inquisitorial foi se impondo até significar a supressão total do modelo acusatório anterior (PRADO, 1999, p. 88).

Denílson Feitoza Pacheco salienta que, embora não se possa indicar uma data histórica, nem afirmar com precisão quando se inicia um sistema e começa o outro, o modelo acusatório dominou durante toda a Antiguidade (PACHECO, 2006, p. 43) e estabeleceu-se na Roma Republicana e na Idade Média até o século XIII,

⁵ “No feudalismo, o poder político era fragmentado. O pressuposto do poder era a propriedade de terras. Existia o rei, é verdade. Mas o poder, de fato e de direito, era exercido, ou pelo menos compartilhado, com os demais proprietários, os barões. Isso porque o rei não tinha exército, e, sim, os barões, que comandavam, cada qual, uma cavalaria. Assim, o barão, nos limites de seu feudo, dispunha dos habitantes de suas terras, ditando, em toda amplitude possível, o que era e o que não era direito. O barão era senhor, juiz e legislador”(NUNES, 2001, p. 207).

quando foi suplantado pelo modelo inquisitório, que se difundiu predominantemente, na Roma Imperial e na Europa Continental, com exceção da Inglaterra⁶ (ZILLI, 2003, p.37) onde vigorou o chamado sistema adversarial que, apresentando contornos bem distintos, principalmente no que diz respeito à atividade instrutória (ZILLI, 2003, p.94), caracterizou-se pela “predominância das partes na determinação da marcha do processo e na produção das provas.” (GRINOVER, 1999, p.72)

2.3 Sistema inquisitorial

Com o avanço das atividades mercantis e o surgimento dos entrepostos comerciais e, mais tarde, das cidades, houve uma modificação na mentalidade e tornou-se urgente encontrar uma ordem jurídica condizente com os novos tempos (ZILLI, 2003, p.77). Gradativamente, o fenômeno da centralização tornou-se cada

⁶ O renascimento do direito romano foi traço marcante em praticamente toda Europa, mas na Inglaterra não saiu do círculo acadêmico (DAVID, 1997, p. 2-3). O fator primordial para a ocorrência de tal fenômeno foi a conquista da Inglaterra pelos normandos que resultou em um processo de centralização de modo que as justiças locais, senhoriais, foram sendo substituídas pelas Cortes Reais. Assim, estas cortes, que inicialmente somente podiam decidir assuntos afetos ao interesse da Coroa, gradativamente, passaram a atuar nos mais variados casos, pois executavam suas decisões de forma mais eficiente e se embasavam em regras processuais mais modernas com o abandono dos métodos probatórios irracionais. A *common law* deixou de ser invocada apenas como direito público se tornando uma regra geral aplicável também nas hipóteses de direito privado.(DAVID, 1997, p.4-5). Vários fatores são apontados como responsáveis pela adoção do *adversarial system* destacando-se, dentre outros, a influências dos costumes germânicos, a invasão normanda e o processo de centralização ocorrida durante o reinado de Henrique II (ZILLI, 2003, p. 95). Se de um lado os costumes germânicos, entre eles o duelo travado entre as duas partes processuais contrárias e o jogo da prova, se fizeram presentes na Inglaterra (ZILLI, 2003, p. 95-96) por outro, Guilherme o Conquistador, por intermédio da conquista normanda ocorrida em 1066, determinou o fim das invasões dos povos de origem germânica instalando um processo de centralização (ZILLI, 2003, p. 97). Na seara jurídica, os meios de prova que eram irracionais e os litígios solucionados pelos costumes foram, paulatinamente, sendo substituídos por uma jurisdição centralizada, em contraponto aquelas de cunho local, de modo que os ofensores passaram a ser julgados perante o rei. Pode-se dizer que a forma de solução de litígios instituída por Henrique II era superior aquela realizada pelos senhores feudais ainda pautada em sistemas irracionais como as ordálias, os juízos de Deus e os duelos. (ZILLI, 2003, p. 98-99). Ademais, o julgamento passou a ser processado perante um júri sendo que no final do século XIV tais julgamentos eram mais comuns que aqueles realizados por intermédio das ordálias (ZILLI, 2003, p. 98-99). Nesse sentido: “Esse amadurecimento inglês, propiciado, sobretudo, pela precoce centralização política é, sem dúvida, um dos motivos pelos quais aquele sistema jurídico permaneceu alheio ao movimento de recepção do direito romano –canônico que se verificava na Europa continental.” (ZILLI, 2003, p. 100). Assim, este sistema jurídico estabeleceu-se de forma uniforme pela Inglaterra sobrepondo-se às justiças locais senhoriais, sendo denominado de direito comum ou *common law* que atualmente é entendido como um “corpo de princípios e regras não escritas cuja autoridade provém dos usos e costumes e das decisões judiciais que os reconheceram”. (ZILLI, 2003, p. 101).

vez mais presente (ALMEIDA JÚNIOR, 1959, p.90), podendo-se afirmar que, na realidade, o modelo inquisitorial substituiu o acusatório em razão das alterações estruturais ocorridas na sociedade da época (JARDIM, 2000, p. 42) e esteve associado a regimes políticos centralizadores, cujo maior expoente foram os Estados Absolutistas (ZILLI, 2003, p.39).

A estruturação do sistema probatório europeu-continental, cujos traços essenciais ainda influenciam os ordenamentos contemporâneos, está fundamentalmente ligada à crise da sociedade feudal, e à conseqüente expansão do poder político das primeiras monarquias ocidentais; interessadas na repressão dos delitos, como forma de fazer prevalecer sua autoridade sobre a dos senhores feudais, os reis não podiam empenhar-se pessoalmente, nem através de seus procuradores, nos mecanismos de provas até então utilizados - duelos, juramentos, ordálias, etc. - que herdados dos costumes judiciais germânicos, submetiam os contendores a uma espécie de jogo, através do qual se manifestava a interferência divina na solução dos conflitos. (GOMES FILHO, 1997, p. 19-20)

Elpídio Donizete Nunes assevera que, nesse contexto, as Universidades⁷ medievais floresceram e o Direito Romano voltou a ser estudado como resposta a uma ordem jurídica fragmentada, tendo sido “recepionado em diversos países europeus, como Alemanha, França e Espanha” (NUNES, 2001, p. 217).

Concomitantemente, percebe-se a expansão do poder da Igreja e, por via reflexa, do Direito Canônico, que passou a ser estudado como disciplina autônoma em algumas Universidades, resultando, posteriormente, na formação dos Tribunais de Inquisição.

Pode-se afirmar que a Igreja Católica foi decisiva para a disseminação do Direito Romano, mais precisamente dos ensinamentos da época da *cognito extra ordinem*, difundindo o sistema inquisitorial de modo a impo-lo a todos os povos (PRADO, 1999, p. 89).

No século XII, em face da necessidade de uma legislação que se pudesse fazer universal e obrigatória para atender à realidade de uma Europa cristã, operou-se uma verdadeira revolução no direito até então vigente com a

⁷ As Universidades surgiram com o intuito de sistematização do direito e o ponto de partida foi o direito Romano. “Com a criação das universidades, no século XI, especialmente a de Bolonha (Itália), que se constituiu, desde a sua fundação, num grande centro de estudos científicos sobre o direito, verifica-se na Europa o ressurgimento do Direito Romano, com todas as suas virtudes e vicissitudes, e, como não poderia deixar de ser, com a extraordinária concentração de poderes na pessoa do magistrado” (NUNES, 2001, p.217). No mesmo sentido José Ribeiro Borges ensina que “A Escola de Bolonha, que revigorou os estudos do Direito Romano, seguida das demais escolas dos glosadores e pós-glosadores, ganhou o respeito da Europa, cujos países, nos séculos seguintes incluíram em suas legislações o sistema inquisitivo e, com ele, adotaram o emprego da tortura.” (BORGES, 2004, p.64).

retomada do direito romano e sua adaptação aos novos tempos, com a instituição de escolas voltadas para o estudo específico do direito, o surgimento de uma profissão ligada ao estudo jurídico e com a adoção de novos procedimentos legais. (BORGES, 2004, p. 62)

O sistema inquisitorial, embora contivesse traços evidenciados no direito Egípcio⁸, originou-se na Roma Antiga, consolidando-se, posteriormente, da forma como o concebemos na atualidade, com sua utilização pela Igreja Católica⁹, tendo sido “definitivamente implantado com a criação dos Tribunais do Santo Ofício da Inquisição.” (BORGES, 2004, p. 68)

Leonardo Boff, ao prefaciá-lo Manual dos Inquisidores de Nicolau Eymerich, afirma que a Inquisição “surgiu quando em 1232 o imperador Frederico II, lançou editos de perseguição aos hereges em todo o Império pelo receio de divisões internas.”¹⁰ (BOFF, 1993, p. 13)

Tendo em vista seus antecedentes greco-romanos, não se pode afirmar que o modelo inquisitivo fora criado somente no século XI, mas, sem dúvida, desenvolveu-se e aperfeiçoou-se nessa época, no seio da Igreja Católica¹¹, com o intuito de coibir a heresia¹² e reprimir as condutas distorcidas do clero (GOMES FILHO, 1997, p. 21).

⁸ João Mendes de Almeida Júnior aponta o direito Egípcio como cerne do sistema inquisitivo e informa que, dentre outros princípios, ele fundava-se na instrução pública e escrita, no julgamento secreto e em uma decisão simbólica (ALMEIDA JÚNIOR, 1959, p.18). Nesse sentido verificar: GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades Públicas e Processo Penal**: as Interceptações telefônicas. 2. ed. São Paulo: RT, 1982.

⁹ “O método inquisitivo aperfeiçoa-se com as jurisdições eclesiásticas que tinham como fundamento o poder da Igreja, o que, conseqüentemente harmonizava-se com o domínio da monarquia sobre toda a sociedade.” (BASTONE, 2000, p.96).

¹⁰ Anita Waingort Novinsky adverte que não se pode precisar de forma inequívoca o momento em que surge a Inquisição que “foi produto de uma longa evolução durante a qual a Igreja e o Papado sentiam-se ameaçados em seu poder. Inocêncio III, eleito papa em 1198, vai pessoalmente ao Midi, na França, para ajudar os missionários a abater as heresias. Mas para que a caça aos hereges surtisse efeitos, era necessário o apoio do Estado, dos soberanos temporais, o que mostra a implicação política dessas perseguições, principalmente numa época em que o Estado e a Igreja estavam unidos. Apesar da Inquisição Medieval ter sido, essencialmente, uma instituição idealizada e dominada pelo papa, isto é, dirigida por uma autoridade supranacional, contava, em todos os países onde atuou, com o auxílio e a aprovação dos soberanos” (NOVINSKY, 1996, p.15-16).

¹¹ “A Igreja Católica comandava, então, o pensamento possível ao mundo ocidental, tanto que se expandiu de modo inimaginável. Para tanto, usando o pensamento platônico, povoou o mundo de “*diabos*” e *estruturas do mal* a fim de se contraporem ao “*discurso do bem*”, aquele que, por sua “boca”, pregava o que teria sido dito por Jesus ” (COUTINHO, 2008a, p. 8).

¹² “A palavra heresia origina-se do grego *haeresis* e do latim *haeresis* e significa doutrina contrária ao que foi definido pela Igreja em matéria de fé. Em grego, *hairetikis* significa “o que escolhe”. (NOVINSKY, 1996, p.10).

O sistema inquisitório tem raízes na velha Roma, mormente no período da decadência, e alguns traços em outras legislações antigas. Nasce, porém, na forma como estudamos hoje, no seio da Igreja Católica, como uma resposta defensiva contra o desenvolvimento daquilo que se convencionou chamar de “doutrinas heréticas.” Trata-se, sem dúvida, do maior engenho jurídico que o mundo conheceu; e conhece. Sem embargo da sua fonte, a Igreja, é diabólico na sua estrutura (o que demonstra estar ela, por vezes e ironicamente, povoada por agentes do inferno!), persistindo por mais de 700 anos. Não seria assim em vão: veio com uma finalidade específica e, porque serve - e continuará servindo, se não acordarmos - mantém-se hígido. (COUTINHO, 2008b, p. 10).

A atividade persecutória, tarefa anteriormente destinada aos particulares, com a implementação do sistema inquisitorial, passou ao encargo da Igreja e do Estado e, ainda que qualquer pessoa do povo pudesse provocar a atuação da autoridade, esta agia, na maioria das vezes, independentemente de provocação. Assim, a acusação passou a ser exercida por um órgão oficial, mas dispensou-se o impulso inicial do acusador, de forma que o juiz agia independentemente de provocação, apresentando a acusação e também proferindo a sentença (BORGES, 2004, p. 63).

Conforme preconizado por Nicolau Eimerich, existiam, na realidade, três modos diferentes de atuar, de modo que o procedimento poderia iniciar-se: pela acusação, que deveria ser embasada em um registro previamente realizado; pela denúncia, que deveria ser precedida de exortação; pela inquirição ou investigação (EIMERICH, 1993, p.105).

A acusação era a declaração privada do réu ao juiz, com a exposição do fato criminoso, o pedido da pena e a inscrição do nome do acusador. A denúncia era igualmente privada, isto é, a delação do réu, feita por qualquer indivíduo ao juiz competente, com a exposição do crime, porém sem o pedido de pena e com a inscrição do nome do denunciante, precedendo admoestação caritativa. A inquirição ou informação, era a investigação do crime, feita pelo próprio juiz em vista da notoriedade do crime ou de qualquer insinuação clamorosa. [...] Mais tarde, a inquirição foi praticada mesmo sem a *clamorosa insinuatio* e aplicada não só aos crimes de heresia. (ALMEIDA JÚNIOR, 1959, p.78)

A estrutura inquisitorial pautava-se na busca incansável pela verdade real que deveria ser alcançada a qualquer preço e, consubstanciado nos ensinamentos de Carlos José Antônio Mittermaier, “tornou-se princípio no processo da formação da culpa ser o juiz obrigado a indagar a verdade por todos os meios possíveis: o que era instituir o sistema da verdade material.”(MITTERMAIER, 1870, p. 35) A

confissão¹³, prova privilegiada (BETTIOL; BETTIOL, 2008, p. 166), era taxada como a prova de maior valia e, por seu intermédio, era possível revelar a verdade dos fatos. Para tanto, os fins justificavam os meios, sendo plenamente admissível a tortura¹⁴ que “ingressou oficialmente no Direito Canônico com a bula papal *Ad Extirpanda*, de Inocêncio IV, em 1252.” (BORGES, 2004, p.65)

O inquérito, palavra oriunda do latim *inquerire*, cujo sentido é buscar, procurar (CAPPELLETTI, 2001, p.53), representava uma maneira de saber, que surgiu na Grécia e ficou relegado, por muito tempo, após a queda do Império Romano (FOUCAULT, 2005, p. 63). Na inquisição, significou a procura incansável por uma verdade plena e, para tal desiderato, era comandado por uma autoridade que, baseado na escrituração mantinha o sigilo necessário (BORGES, 2004, p. 63).

Sob a alegação de que a verdade deveria ser encontrada a qualquer custo, justificou-se a reintrodução¹⁵ oficial da tortura no ordenamento jurídico, pois ninguém melhor do que o acusado para conhecer a verdade (BETTIOL; BETTIOL, 2008, p.166).

A partir do século XIV, os tormentos, ou seja, perguntas judiciais feitas ao réu de crimes graves, a fim de forçá-lo a dizer a verdade, por meio de tratos do corpo, expressão menos vulgar de se referir à tortura, voltaram a ser largamente utilizados (ALMEIDA JÚNIOR, 1959, p.136).

¹³ “Mas a Inquisição é inevitavelmente associada aos meios cruéis de tormento empregados. A Igreja, por óbvio, preferia a confissão justamente por servir como meio de expiação do pecado e também por implicar no reconhecimento e na afirmação de seu poder de autoridade. Se o acusado, entretanto, negasse os fatos, estavam os inquisidores autorizados a escolher dentre quatro possíveis meios de tormento - flagelação, cavalete, estrapada e as brasas. Como em todo procedimento, estes atos também eram solenes e o juiz inquisidor, antes de empregá-los, exortava o acusado a confessar, enquanto os auxiliares o despiam na presença dos instrumentos que lhes eram apresentados. À negação, sucedia-se o emprego dos meios menos dolorosos intermediados por pausas e novos interrogatórios novamente pelo juiz inquisidor.” (ZILLI, 2003, p.87).

¹⁴ Como bem acentua João Mendes de Almeida Júnior: “a esquisa ou inquérito e o processo secreto desenvolveram, pois o uso da tortura, em conseqüência dos preconceitos que levaram a jurisprudência a formular, como regra essencial, a necessidade de confissão do acusado. O juiz, habituado a fundar toda instrução nas contínuas perguntas ao réu, buscava todos os meios de extorquir essa confissão, ostentando uma habilidade sem escrúpulo, quer para a sugestão, quer para as ciladas, quer para o cansaço do interrogado; e, se assim nada conseguisse, recorria a ameaça e depois aos tormentos.”(ALMEIDA JÚNIOR, 1959, p. 138)

¹⁵ A tortura não surgiu no modelo inquisitorial. Foi “conhecida de todos os povos da antiguidade, à exceção dos hebreus que, por motivos religiosos, a abominaram. A lei mosaica repudiava o derramamento de sangue de inocentes e tal poderia ocorrer com a tortura infligida a um acusado eventualmente inocente (BORGES, 2004, p. 41). Na mesma linha, Luiz Flávio Gomes aduz que “a tortura acompanha a história do ser humano. Desde a Antiguidade dela se tem registro.” (GOMES, 1999, p. 118).

Francesco Carnelutti, tecendo críticas à tortura ¹⁶ salienta que:

A necessidade e o esforço para extrair das partes e das testemunhas a verdade determinaram, em tempos distantes, um costume que infelizmente ressuscitou-se nos tempos recentes, um instituto ao qual, antigamente e talvez hoje tampouco, falta a nobreza do fim e, em grande parte, a idoneidade do meio, e um rendimento que, além do mais é em todo caso inferior ao seu custo. (CARNELUTTI, 2001, p. 55)

Para se atingir o fim almejado, o rito¹⁷ tinha de ser secreto; justificava-se o segredo, já que era praticamente impossível existir outra verdade diferente daquela que o juiz inquisidor já havia apresentado (BETTIOL; BETTIOL, 2008, p. 166).

O procedimento volta a ser eminentemente escrito, porém cumpre salientar que, historicamente, a escrituração já havia existido, mas com as invasões bárbaras e com a fragmentação do direito, a forma escrita foi suplantada, tendo sido reativada somente no século XIII, sob a influência do Direito Canônico. Contudo, sua consagração somente ocorreu, definitivamente, no século XV, na legislação e na

¹⁶ Por mais paradoxal que possa soar, em pleno século XXI, sob a difusão mundial da adoção de modelos democráticos, a tortura ainda é prática rotineira no mundo. No Brasil o caso não é diferente. Nesse sentido: “Apesar dos avanços democráticos da humanidade, o certo é que a tortura ainda não acabou. Não só não se extinguiu como aparece às vezes institucionalizada, tal como admitiu, há pouco (15.11.1996), o Supremo Tribunal israelense, no que concerne aos palestinos.”(GOMES, 1999, p.118). Por seu turno, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2008), informa que a tortura persiste até hoje, sua forma de cometimento é que ganhou nova roupagem: “A questão maior, todavia, é que segue intacta, nos dias atuais, não mais tão-só da forma como praticada no âmbito do *sistema inquisitório puro* (hoje não mais existente), ou seja, diretamente sobre o corpo, em métodos conhecidos tanto quanto absurdos. Hoje, como se sabe, ela está presente, como nunca, na forma de *violação da privacidade e da intimidade*, mormente através de “interceptações telefônicas” legais e ilegais, mas sempre realizadas em nome de “*deuses*” menores, dentre os quais o “*interesse coletivo*”, quando não o “*interesse público*”. No fundo, segue em destaque a *derrota da razão* e a *incapacidade de se investigar corretamente*, o que chega a ser vergonhoso para quem defende tais práticas, na extragrande maioria da vezes, de todo inconstitucionais”(COUTINHO, 2008a, p. 9-10). Anita Waingort Novinsky, ao se referir a Inquisição, salienta que seu estudo é sempre atual pois: “ A implantação de regimes totalitários em diversos países do mundo, a tortura aplicada por numerosas nações, dissidentes políticos e sociais confinados em campos de concentração, o isolamento de milhares de criaturas humanas proibidas de conhecer a história de suas origens e de sua cultura, a miséria espiritual de homens condenados ao silêncio e à incomunicabilidade, o recrudescimento do racismo mascarado em novas ideologias, são realidades do mundo de hoje, e podemos buscar na Inquisição o seu mais perfeito modelo.” (NOVISNKY, 1996, p.7)

¹⁷O termo rito é utilizado, aqui, no sentido histórico, nos moldes explicitados por Francisco Bethencourt: “os elementos que compõem o rito têm, na maior parte dos casos, uma origem litúrgica - subjacente à organização das procissões, ao canto dos hinos, à declamação dos salmos, aos sermões, à concepção do espaço do palco, à degradação dos padres, à abjuração - e uma origem jurídica - visível na organização do processo penal e da sentença, na classificação e definição da tipologia dos crimes ou da tipologia das penas.”(BETHENCOURT, 2000, p. 274). Cumpre ressaltar, que nesse momento histórico, ainda não se cogitava da noção de procedimento nos moldes fazalarianos, adotada nesse trabalho. Porém, chamamos atenção para continuidade, nos dias atuais, da utilização, por grande parte dos operadores do direito, da expressão rito, como se estivéssemos em pleno período inquisitorial. É comum nos depararmos com obras escritas em pleno século XXI, que ainda se valem de expressões como “rito sumário”, “rito sumaríssimo”, etc.

prática de todos os povos (ALMEIDA JÚNIOR, 1959, p.47).

Carlos Antônio de Souza explica que, a partir do Concílio de Latrão, realizado em 1215, sob o pontificado do papa Inocêncio III, decretou-se a obrigatoriedade do processo escrito para o direito canônico que, posteriormente, ultrapassou os limites da jurisdição eclesiástica, difundindo-se pela Europa (SOUZA, 2001, p. 250).

A publicidade e os debates, traços característicos do sistema acusatório precedente, foram, no modelo inquisitorial, abolidos. A inércia fora substituída pela atuação *ex officio*, na qual bastava ao juiz eclesiástico ter notícia da prática de um delito que estivesse em sua competência para que pudesse, secretamente, iniciar a investigação (ALMEIDA JÚNIOR, 1959, p.80).

O sistema inquisitorial caracterizou-se também pela existência de um sistema de provas tarifadas ou legais, também chamado de certeza moral do legislador (BETTIOL; BETTIOL, 2008, p. 163), no qual as provas eram valoradas em critérios previamente estabelecidos aptos a reconhecer um determinado fato como suficiente para formar a convicção (ZILLI, 2003, p.40) e embora o referido sistema tenha significado avanço face às ordálias, não foi suficiente para coibir os abusos, pois o juiz já sabia o valor legal de cada prova e então, objetivando encontrá-las, recorria à tortura e expedientes místicos (JARDIM, 2000. p. 42).

As funções de acusar, julgar e defender estavam concentradas em uma mesma pessoa ou órgão e o acusado, que era considerado mero objeto do processo¹⁸, encontrava-se em uma situação totalmente desfavorável em relação ao

¹⁸“O acusado como objeto do processo. Depois de ter sido tratado no Direito Grego e no Romano como pessoa, sujeito de direitos, o acusado, por influência dos costumes bárbaros, passou a ser visto como simples coisa, mero objeto do processo. Arrancado do lar sem qualquer explicação, era levado a uma enxovia que, dali por diante, iria ser o esquife de suas aspirações e o túmulo de seus anseios. Sonhos que sonhara, projetos que concebera, desejos que acalentara, tudo ali encontrava o termo final. O aconchego familiar desaparecia. E se ele saía da masmorra em que definhava era para ser conduzido à presença de um juiz que lhe fazia perguntas vagas sobre fatos que nem sempre conhecia. Não alcançando o objetivo das indagações e a correlação entre elas, era levado a responder ao que sabia e ao que ignorava. Ainda quando dissesse a verdade, não se livrava da acusação de estar mentindo ou de haver caído em contradição. Se respondia com firmeza era tachado de audacioso e petulante; se tremia era tido como delinquente confesso. Essa interpretação de suas atitudes ainda mais contribuía para aumentar-lhe a confusão, perturbando-lhe a mente já cansada pelo número e pela diversidade das perguntas que se sucediam em atropelo. A partir daí, já não se lembrava nem do que havia dito nem do que realmente acontecera. E fraquejava, cedia ao pavor. Passava a negar a verdade, entrava pelo reino da fantasia e da imaginação. Ou emudecia. Uma só preocupação o dominava: dizer o que o juiz quisesse ouvir e livrar-se daquela tortura. Deslembrado do que já havia dito, temia expor-se ao perigo de contradizer-se. Percebia que à medida em que o interrogatório se prolongava, mais crescia a prevenção do julgador e aumentava o perigo de ser condenado. Ao fim da inquirição, que antes parecia um entrevero do que um ato processual, era mandado apodrecer no fundo de um calabouço escuro e sufocado. Só o tiravam dali para acareá-lo com pessoas que ele nem sempre tinha visto e cujos depoimentos não lhe eram mencionados. E não se havia manifestado o teor da acusação. Se o que os algozes desejavam era uma confissão, ele

acusador.

A toda evidência, caiu por terra todo e qualquer resquício da imparcialidade do Juiz, o qual partia de um convencimento formado *a priori* e que procurava demonstrar com a posterior prova, basicamente, a confissão. Ao invés de convencer-se através da prova carreada para os autos, inversamente a prova servia para demonstrar o acerto da acusação antes formulada pelo juiz inquisitor. (JARDIM, 2000, p. 42)

Apesar da dogmática, de forma praticamente unânime, informar que a característica marcante do sistema inquisitivo é a concentração das funções de julgar, acusar e, em alguns modelos, também a de defender, no mesmo órgão/pessoa, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, valendo-se de uma análise mais aguçada, foge do senso comum e indica que o traço marcante do sistema inquisitório é a concentração de poderes na figura do julgador, que detém a gestão da prova (COUTINHO, 1999, p. 66).

Jorge de Figueiredo Dias, no mesmo sentido, esclarece:

A característica fundamental do sistema inquisitório, em verdade, está na gestão da prova, confiada essencialmente ao magistrado que, em geral, no modelo em análise, recolhe-a secretamente, sendo que 'a vantagem (aparente) de uma tal estrutura residiria em que o juiz poderia mais fácil e amplamente informar-se sobre a verdade dos factos - de todos os factos penalmente relevantes, mesmo que não contidos na acusação -, dado o seu domínio único e onnipotente do processo em qualquer das suas fases. (DIAS, 1974, p. 247)

Sob outro prisma, Juan Montero Aroca afirma ser um lugar comum entres os doutrinadores a separação do processo penal em dois sistemas diferentes: o acusatório e o inquisitivo. O primeiro, típico dos gregos e da Roma Clássica; o segundo, oriundo do Império Romano, traço identificador do Direito Canônico. Todavia, divergindo de tal posicionamento majoritário, aduz que tal divisão, atualmente, não tem valia alguma, não se podendo falar em processo inquisitivo, pois tecnicamente ele não foi e não pode ser considerado processo (AROCA, 1997, p. 25-28).

Así las cosas creemos que se puede afirmar que los llamados sistemas procesales penales son conceptos del pasado, que hoy no tienen valor alguno, sirviendo únicamente para confundir o para enturbiar la claridad conceptual. Hay, por el contrario, que dejar muy claro que en determinadas épocas históricas el Derecho penal no lo aplicaban en exclusiva los

terminava por fazê-la, verdadeira ou falsa, contando que se libertasse daquele tormento e ainda que a admissão da culpa lhe pudesse trazer uma condenação à morte. Morte aliás redentora, que o liberava de um processo iníquo e de um juiz verdugo”(TORNAGHI, 1987, p.3).

tribunales y que en otras lo aplicaron los tribunales pero non por medio del processo, y hay que proclamar como conquista de la civilización la garantía jurisdiccional entendida correctamente, esto es, assunción del monopolio de la actuación del Derecho penal por los órganos jurisdiccionales y exclusividad procesal en su ejercicio. (AROCA, 1997, p.29-30)

Todavía, tal sorte de argumentação não justifica o abandono da análise histórica, pois, como bem acentua José Henrique Pierangelli, é imperiosa uma cuidadosa pesquisa história para que se tenha um melhor entendimento do direito na atualidade (PIERANGELLI, 1983, p.9), pois, “certamente, se não se sabe de onde vem, se se ignora o caminho percorrido, não é possível traçar o destino ou projetar o futuro. Tendo consciência dos erros do passado, torna-se mais fácil acertar no futuro” (MADEIRA, 2008a, p. 47).

Por derradeiro, necessário colacionar os ensinamentos de Jacinto Nelson de Miranda de Coutinho, dos quais se infere que o modelo inquisitorial persiste até os dias atuais.¹⁹

Um sistema com a referida estrutura, como parece elementar, tende a prevalecer no tempo, embora passível de *mudanças secundárias*. É assim que permanece, na essência, para nós, até hoje, e continuará prevalecendo - até porque sustenta o *status quo*, e portanto, *serve a quem detém o poder em qualquer regime* - enquanto as pessoas não se derem conta que a democracia processual só será alcançada (ou pelo menos estará mais próxima) quando for ele superado, avançando-se em direção da *efetivação plena do contraditório*, em um processo de partes, que cubra toda a *persecução penal* e, portanto, veja excluído, no nosso caso, o malfadado inquérito policial. (COUTINHO, 2008b, p. 16-17)

Assim, o modelo inquisitorial foi, e ainda é, plenamente eficiente para a conservação dos ideais não democráticos, sendo ainda utilizado, em pleno século XXI, com esses escopos. Nessa linha, conforme será demonstrado no corpo deste trabalho, o Código de Processo Penal Brasileiro, de inspiração fascista, possui vários dispositivos de cunho inquisitorial, dentre eles, o artigo 156, cuja recente alteração²⁰ concedeu ainda mais poderes investigatórios ao juiz, aproximando-o ainda mais dos contornos inquisitoriais e dos Juízos de Instrução.

¹⁹ “[...] com a demonstração vigorosa do equívoco da asserção, laborado por muitos e renomados processualistas, de que o processo penal brasileiro é de natureza acusatório. Exatamente como vimos pregando, também há mais de duas décadas, o Professor Pitombo e eu: a persecução penal, na sua totalidade, é essencialmente inquisitiva; assumindo a forma acusatória, pela própria estrutura dialética do processo, apenas na segunda fase, da instrução criminal.” (TUCCI, 2004, p. 104)

²⁰ O artigo 156 e sua recente alteração serão analisados, de forma mais atenta, no capítulo 6.

2.4 Sistema acusatório

Conforme já demonstrado, é um erro indicar que o sistema acusatório somente foi concebido a partir das idéias Iluministas e da Revolução Francesa. Na realidade, teve suas origens na Grécia e Roma Republicana, quando se apresentava como forma de acusação privada: ao particular competia a função acusatória; vigorava a fase denominada de vingança privada.²¹

Contudo, o referido sistema fora suplantado pelo sistema inquisitorial que transferiu a função acusatória da esfera privada para o Estado e que, embora tenha perdurado por pelo menos cinco séculos, fora, lentamente, abrindo espaço para a introdução de um novo modelo acusatorial, agora pautado em ideais iluministas e em critérios dotados de maior cientificidade.

Mittermaier, ao comparar o modelo acusatório da época das ordálias com o modelo resultante dos ideais liberais, afirmava que em ambos existiria uma espécie de combate entre defesa e acusação, mas que as técnicas desenvolvidas em um e outro são totalmente diferenciadas. Relata que, no tempo dos juízos de Deus e dos duelos, admitia-se a violência entre acusador e acusado, que eram colocados frente a frente. Já no sistema acusatório, ainda que se mantivesse a idéia de um combate, ele deveria pautar-se em procedimentos dotados de maior cientificidade, visto que vigorava “um combate que se trava, combate em qual são postas em jogo todas as potencias do espírito; no qual a palavra e a persuasão são as armas permitidas [...]” (MITTERMAIER, 1870, p.62)

Na realidade, vários fatores levaram ao fomento do novo modelo acusatorial, destacando-se: a brutalidade do aparelho repressivo das monarquias absolutas; a desumanidade das penas; a alta incidência da pena de morte; o uso constante da tortura e o aumento da criminalidade decorrente da crescente urbanização resultante da Revolução Industrial (GOMES FILHO, 1997, p.25), de modo que todos eles serviram de pano de fundo para a expansão do pensamento Liberal que consagrou

²¹ “A primeira fase da evolução do Direito Penal, denominada Vingança Privada, revela um “Direito Penal” praticado pelo próprio ofendido ou pelo que dele se apiedasse a quem ficava reservado o direito de voltar-se contra o ofensor, sem nenhuma limitação. Além de fazer a justiça pelas próprias mãos, as penas não guardavam a devida proporção com o delito que visavam responder. Verdadeira vingança de sangue, tratava-se da lei do mais forte, cujo interesse individual se colocava acima de tudo” (TELES, p.20, 2006).

o denominado século das luzes.²²

Nesse sentido, a lição de Luigi Ferrajoli.

A batalha cultural e política contra a irracionalidade e o arbítrio desse procedimento forma um dos motivos animadores de todo o Iluminismo penal reformador. De Thomasiaus a Montesquieu, de Beccaria a Voltaire, de Verri a Filangierri e a Pagano, todo o pensamento iluminista concordou com a denúncia da desumanidade da tortura e do caráter despótico da Inquisição, assim como com o redescobrimto dos valores garantistas da tradição acusatória, tal como foi transmitida do antigo processo romano ao ordenamento inglês. Foi, portanto, natural que a Revolução Francesa adotasse - na oportunidade imediatamente seguinte a 1789 - o sistema acusatório, baseado na ação popular, no júri, no contraditório, na publicidade e oralidade do juízo e no livre convencimento. (FERRAJOLI, 2002, p. 454)

Na mesma ordem de idéias:

Contra aquela ordem de coisas, que calcinava a convicção dos bons e rebaixava a dignidade dos maus, levantaram-se as vozes essencialmente paladinas e tenazmente operosas de Beccaria, Filangierri, Romagnosi e tantos outros que desencadearam um movimento grandioso, formaram uma dinastia intelectual e inauguraram uma época imorredoura. (TORNAGHI, 1987, p. 4)

Com a difusão dos ideais liberais, o sistema acusatório, fruto da revolta contra as técnicas inquisitoriais, se reestruturou, sob um novo modelo que buscou substituir a escrituração e o segredo pela oralidade e publicidade (PRADO, 1999, p. 100).

Carlos Henrique Haddad aponta como um dos destaques do sistema acusatório o tratamento dispensado ao acusado, que antes não passava de mero objeto de prova e agora passava a ocupar a posição de sujeito processual (HADDAD, 2005, p. 218).

Sob o ideal iluminista difundiu-se a idéia da liberdade individual, restringindo-se ao máximo a ingerência do Estado e do Juiz, na esfera individual. A humanidade viu surgir a noção Liberal de Estado (MADEIRA, 2008a, p.92).

²² “As características da legislação criminal na Europa em meados do século XVIII, - século das luzes, - vão justificar a reação de alguns pensadores agrupados em torno de um movimento de idéias que têm por fundamento a razão e a humanidade. As leis em vigor inspiravam-se em idéias e procedimentos de excessiva crueldade, prodigalizando os castigos corporais e a pena capital. O Direito era um instrumento gerador de privilégios, o que permitia aos juizes, dentro do mais desmedido arbítrio, julgar os homens de acordo com a sua condição social. Inclusive os criminalistas mais famosos da época defendiam em suas obras procedimentos e instituições que respondiam à

No Estado Liberal, o indivíduo aparece como centro da consideração estatal, agora dotado com seus direitos naturais originários e inalienáveis, destacando-se o processo penal como oposição de interesse (aqui constituída numa disputa ou controvérsia) entre o Estado que pretende punir e o indivíduo que nega qualquer medida privativa ou restritiva de sua liberdade. Neste momento o indivíduo não é abandonado ao poder estatal como outrora, antes surge como sujeito do processo, assegurado seu direito de defesa e garantias individuais. (SOUSA, 2004, p. 248)

Luiz Flávio Gomes indica que, nesse quadro, a acusação não poderia mais ser realizada de ofício, sendo retirada do juiz a função investigativa, já que os Iluministas atacaram, de forma veemente, o denominado juiz inquisidor (GOMES, 1997, p.31-32).

Ao se comparar o sistema inquisitivo e o acusatório, pode-se afirmar que o sistema acusatório afirma o fato que, enquanto não provado, gera a presunção de inocência; busca incutir na mente do juiz a convicção da criminalidade do réu; permite o debate oral e público; e que, por outro lado, o sistema inquisitivo, fundamenta-se nas informações secretas e em uma investigação prévia; supõe a probabilidade e possibilidade de ocorrência do fato, presume a culpa e para tanto busca encontrar provas e indícios que corroborem com as suposições; propõe-se a fornecer ao julgador elementos suficientes para que a presunção de culpa seja substituída pela certeza da condenação (ALMEIDA JÚNIOR, 1959, p. 228).

No estabelecimento de diferenças entre o sistema acusatório e inquisitório, valem-se alguns autores do exame da existência ou não de obediência ao contraditório, chegando alguns a reconhecer que, no último a sentença é fruto de um monólogo, enquanto no acusatório seria esta resultante de um diálogo entre as partes. (ZILLI, 2003, p.165)

Outra característica identificadora do sistema acusatório é a publicidade, tendo em vista que o segredo, na maioria das vezes, está relacionado com modelos autoritários e inquisitoriais. A sua observância, por um lado, decorre da necessidade da participação da sociedade na gestão das decisões judiciais e, por outro lado, possibilita ainda a fiscalização da atuação do Juiz e demais agentes responsáveis pela prestação da função jurisdicional (PRADO, 1999, p. 141).

Por sistema acusatório entende-se um sistema processual fundado sobre a igualdade entre causa e defesa caracterizado pela oralidade e pela publicidade do processo. Também o mesmo é conotado pela formação da prova no contraditório, de maneira particular no debate, e pela terceiridade

duresa de um rigoroso sistema repressivo." (BITENCOURT, 2008, p. 37).

do juiz. (BETTIOL; BETTIOL, 2008, p. 163)

O sistema acusatório deve ser entendido a partir de normas e princípios fundamentais, devidamente organizados em torno do princípio acusatório do qual se origina seu nome e que, por sua vez, encontra-se calcado na divisão de tarefas entre defesa, acusação e julgador, o que identifica um processo de partes (PRADO, 1999, p.114). Essa distribuição de tarefas entre pessoas e órgãos diferentes faz com que o juiz, antes taxado de investigador, se transmude em garantidor da legalidade das medidas investigatórias (CHOUKR, 1995, p. 35).

O princípio da oficialidade, que reclama a atribuição da acusação a um órgão oficial, surgiu no sistema inquisitorial quando a função acusatória foi transferida das mãos do particular para o juiz inquisidor. Contudo, no sistema acusatório, a oficialidade ganha outra roupagem, significando, ao lado do princípio da reserva legal, um controle sobre a atuação do órgão acusador (COUTINHO, 1999, p.76).

Por derradeiro, em razão do equilíbrio entre as partes e da separação de funções, no modelo acusatório não há coincidência subjetiva entre o órgão acusador e julgador, de modo que a gestão da prova deve, necessariamente, estar afastada deste (ZILLI, 2003, p.38).

Portanto, considera-se “acusatório o modelo que respeita a proibição do *ne procedat iudex ex officio*, isto é, não cabe nunca ao juiz-ideal-*imiscuir-se, sponte sua*, na atividade de colheita (principalmente preliminar) de provas ou na de acusar.” (GOMES, 1999, p.183)

2.5 Sistema misto

Aponta-se o *Code d’instruction criminelle* de 1808²³ como o marco do sistema processual penal adotado após o triunfo das idéias revolucionárias difundidas por toda Europa Continental (PACHECO, 2006, p 45).

²³ “Da reunião dos dois sistemas, Napoleão vai fazer surgir um processo misto, também conhecido como reformado ou napoleônico. Em 17 de novembro de 1808, nasce o *Code d’instruction criminelle*, em vigor desde 1º de janeiro de 1811.”(COUTINHO, 2008b, p. 20).

O referido sistema, denominado de misto, foi instaurado após a Revolução Francesa e refletiu “o caráter relativamente híbrido assumido por grande parte dos ordenamentos processuais penais após a expansão napoleônica.”(ZILLI, 2003, p.41)

O sistema misto, do rito próprio do modelo do Código Napoleônico exprime no fundo a mediação institucional do sistema político que se criou, ponto de mediação justamente entre as exigências da Revolução e as forças da Restauração. (BETTIOL; BETTIOL, 2008, p.164)

Embasado nos dois modelos anteriores²⁴, o sistema misto trouxe ínsito na sua formação características do sistema acusatório e do modelo inquisitivo difundido pelo direito canônico.

O sistema processual adotado pelo Code d’instruction criminelle, de 1808, e que ainda hoje serve de paradigma para os ordenamentos de civil law, pretendeu estabelecer uma solução de compromisso entre a técnica inquisitória, desenvolvida nos regimes absolutos para uma melhor repressão aos delitos, e o modelo inglês, argutamente percebido pelos iluministas como o mais apto a preservação dos direitos individuais. (GOMES FILHO, 1997, p. 142)

Percebe-se, portanto, a existência de duas fases distintas: a primeira, inquisitiva, embora presidida por um juiz, e a segunda pautada no contraditório (GOMES, 1999, p.190).

O novo sistema, que principiou sua atuação na França, em seguida à Revolução, para com a guerra napoleônica chegar a outros países, disciplinava o processo penal em duas fases. Na primeira delas, denominada instrução, procedia-se secretamente, sob o comando de um juiz, designado juiz instrutor, tendo por objetivo pesquisar a perpetração das infrações penais, com todas as circunstâncias que influem na sua qualificação jurídica, além dos aspectos atinentes à culpabilidade dos autores, de maneira a preparar o caminho para o exercício da ação penal; na segunda fase, chamada de juízo, todas as atuações realizavam-se publicamente, perante um tribunal colegiado ou o júri, com a controvérsia e o debate entre as partes, no maior nível possível de igualdade. (PRADO, 1999, p.100-101)

A ação penal, no modelo misto, era indisponível e poderia ser exercitada pelo ministério público, pela vítima ou por qualquer pessoa do povo, classificada, assim,

²⁴ Sistema Misto. Inaugurado com o Code d’Instruction Criminelle (Código de Processo Penal) francês, em 1808, constitui-se pela junção dos dois modelos anteriores, tornando-se, assim, eminentemente bifásico. Compõe-se de uma primeira fase, inquisitiva, de instrução ou investigação preliminar, sigilosa, escrita e não contraditória, e uma segunda fase, acusatória, informada pelos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa “(BONFIM, 2008, p.29).

de acordo com o ordenamento jurídico específico, em ação de iniciativa pública, privada ou popular. Tal fase era precedida de uma fase investigatória e somente tinha início após a apresentação, pelo juiz-instrutor, dos dados colhidos em suas investigações (PRADO, 1999, p.102).

Nessa época, surgiu o chamado Juizado de instrução, cuja origem remonta ao Código Napoleônico; e pode-se afirmar, com base em Luiz Flávio Gomes e Raul Cervini, que ressurgiu, assim, a figura do juiz inquisidor, que teve atuação na época da Inquisição, e que fora, ardorosamente, combatido pelos iluministas, mas que, por força do direito autoritário instituído com a expansão napoleônica, revigorou-se (GOMES, CERVINI, 1997, p. 199).

O sistema misto dividia-se em três fases: a) existia uma fase preliminar, de caráter investigativo, presidido pelo Ministério Público ou pelo Juiz de Instrução e que tinha como finalidade reunir elementos suficientes para a instauração do procedimento principal; b) uma fase intermediária que basicamente destinava-se a controlar a propositura da ação penal; c) o procedimento principal, ou seja, a fase processual propriamente dita, que culmina como uma decisão judicial que somente pode ser tomada com a observância de direitos e garantias (PACHECO, 2006, p. 45-46).

Daí podemos apontar suas principais características: 1) a persecução penal é pública, embora excepcionalmente possa ser iniciada pela vítima; 2) busca a verdade histórica, que servirá de base para a decisão que é recorrível; 3) as provas, geralmente, são valoradas de acordo com o sistema da livre convicção motivada, embora em alguns modelos possa haver adoção da íntima convicção quando o tribunal for composto por juízes não profissionais; 4) as funções de acusar, julgar e defender são atribuídas a pessoas ou órgãos distintos; 5) o acusado é sujeito de direitos que na fase preliminar e intermediária podem ser relativizados ou inexistem (PACHECO, 2006, P. 45-46).

João Mendes de Almeida Junior, ao se referir ao tema, tece elogios ao sistema misto, enaltecendo-o ao afirmar que o legislador reuniu o que havia de melhor nos outros dois sistemas, “acomodando os atos do processo da instrução às práticas do sistema inquisitório e os atos do processo do julgamento às práticas do processo acusatório”. (ALMEIDA JÚNIOR, 1959, p. 229)

Antônio Magalhães Gomes Filho, a partir de uma postura mais crítica, adota posicionamento divergente. Alega que o sistema misto, por um lado, pautava-se em

alguns ideais iluministas, como o da estrita legalidade, mas que, por outro, por mais paradoxal que possa soar, manteve, no que tange ao sistema probatório, o critério do livre convencimento, que passou a legitimar o arbítrio judicial. (GOMES FILHO, 1997, p. 31-32).

Sobre o tema, Mittermaier esclarece que:

Não seria injusta censura, que se fizesse aos legisladores modernos principalmente, de se deixarem seduzir pela novidade, de terem em vista concepções originaes, e de, querendo agradar a todos os partidos, irem pedir emprestado artigos de lei á todas as legislações possíveis; de esquecerem emfim, que estando elles ligados a um corpo, a um complexo de prescripções logicamente ordenadas arrancá-las dahi para as transportar para outro lugar, é querer crear um edifício sem harmonia. (MITTERMAIER, 1870, p. 73)

Todavia, o referido autor acredita ser possível adotar o critério misto, tendo em vista que ambos os modelos apresentam alguns pontos comuns e desde que se mantenha a coerência (MITTERMAIER, 1870, p. 74). Convém ressaltar, que a primeira edição de seu livro foi editada em 1834, ou seja, sob a influência do *Code d'instruction criminelle* de 1808.

Dierle José Coelho Nunes, a partir de uma análise mais aguçada, divergindo do posicionamento adotado por Mittermaier e Almeida Júnior, ressalta que, ainda que tenha surgido após a Revolução Francesa, o sistema misto não traduziu os ideais revolucionários de liberdade, igualdade e fraternidade; pelo contrário, representou “o abandono dos ideais humanitários e igualitários, consumidos pelo autoritarismo da reforma napoleônica.” (NUNES, 2008a, p.41)

Assim, embora tivesse incorporado elementos dos dois sistemas anteriores, na realidade, o sistema misto manteve o núcleo inquisitorial, ou seja, a atribuição da gestão da prova ao órgão julgador e, portanto, trata-se de um modelo inquisitorial disfarçado sob a roupagem acusatorial. Daí ser também chamado de inquisitório reformado (ZILLI, 2003, p.41).

Nessa estrutura denominada de mista, o que de fato ocorreu não foi a reunião das possíveis vantagens presentes nos modelos anteriores, mas sim, a somatória dos pontos negativos, tanto no campo da tutela dos direitos individuais quanto no que tange à repressão. O contraditório, por seu turno, restou comprometido, pois sofreu inúmeras restrições, como a possibilidade de introdução, na fase de julgamento público, de elementos colhidos na fase preliminar, como

provas (GOMES FILHO, 1997, p. 143).

Trata-se, na verdade, de um sistema inquisitório, em sua essência, e formalmente acusatório, porquanto o poder penal seguiu pertencendo ao Estado, dividido, todavia, em dois órgãos: um, o responsável pela função de requerer o reconhecimento da prática do injusto (acusar) e o outro, responsável pela função de afirmar ou não a sua existência (julgar). (ZILLI, 2003, p.94)

Portanto, a partir da análise crítica e com a profundidade que o estudo do tema exige, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho ensina que o sistema misto nunca existiu e que tal termo, por si só, é incoerente.

Como se sabe, todos os sistemas atuais são mistos, já que se não cogita de um sistema puro, mas não é preciso grande esforço para entender que não há e não pode haver um “princípio misto”, dado ser o princípio, no caso, uma idéia única e, portanto, indivisível. O modelo de sistema misto, do Code Napoléon, com a primeira fase inquisitória e a segunda fase, processual, amplamente contraditória (mas valendo nela a prova produzida naquela: eis o nó górdio da patifaria manipuladora!), foi a estrutura dual: investigação preliminar: processo, sendo adotada no Brasil na recente história de sua legislação processual penal, ainda piorada com a adoção do inquérito policial em 1870. (COUTINHO, 2008c, p. 12)

Na realidade, com a expansão napoleônica, disfarçado sob o manto do sistema misto, inúmeros traços inquisitoriais foram novamente adotados. Infelizmente, referida técnica, ou melhor, tática, ainda é utilizada nos dias atuais, pois muitas vezes os sistemas nos são apresentados como se a denominação, e não o conteúdo, fosse o bastante para acreditarmos tratar-se desse ou daquele sistema processual.

Resta claro que não existe um terceiro sistema resultante da fusão do modelo inquisitório e acusatório. Os sistemas processuais modernos, ainda que possuam elementos característicos dos dois modelos supracitados, na essência, serão de índole acusatória ou inquisitória.

2.6 O sistema processual constitucional

A Constituição Federal de 1988, chamada de constituição cidadã²⁵, “com clareza até então nunca vista em sede constitucional, fixou os parâmetros do processo (modelo) acusatório no Brasil” (GOMES, CERVINI, 1997, p. 199), ao atribuir, privativamente ao Ministério Público, em sede de crimes de iniciativa pública, a titularidade da ação penal.²⁶

Ressalta-se que em nenhuma passagem o texto constitucional atribuiu ao magistrado a função investigativa ou acusatória, o que reforça a idéia de que tenhamos adotado o sistema acusatório:

Quando da análise do estágio atual do pensamento instrumental penal, verificou-se a clara tendência da adoção do sistema acusatório, onde o juiz instrutor cede espaço ao *juiz garantidor* e o Ministério Público assume o papel de propulsor da ação, tendo a seu lado, para a coleta das informações necessárias, a Polícia Judiciária. A estrutura entre nós existente não discrepa por completo, do novo figurino da preparação da ação penal, cabendo ajusta-la e aperfeiçoá-la. (CHOUKR, 1995, p. 60)

Indiscutivelmente, a nossa legislação, atribuiu a cada sujeito processual, de forma exclusiva, e não somente precípua, as funções desenvolvidas para apuração de um fato delituoso e a decisão final. Dessa forma, garantiu ao acusado um procedimento pautado em critérios democráticos, assegurando-lhe o julgamento por um juiz imparcial (JARDIM, 2000, p.312).

Bastaria, então, a leitura do texto constitucional para verificarmos a essência democrática do modelo processual pátrio, que se baseia em inúmeros dispositivos garantidores expressamente previstos na Constituição Federal (CHOUKR, 1995, p. 71).

A ordem jurídica brasileira adotou o chamado processo acusatório, que não se pretende definir, mas emitir traços característicos: nele, as partes são iguais, e observam-se, também, outras regras inscritas na Constituição, como serem públicos os seus atos, ser contraditória a instrução e ser imparcial o juiz. (VARGAS, 1992, p. 106-107)

²⁵ “Em 05 de outubro de 1988, em discurso proferido no Congresso Nacional por ocasião da promulgação da Constituição Federal, o deputado Ulysses Guimarães, Presidente da Assembléia nacional Constituinte, assim qualificou a nova Constituição, buscando precisamente ressaltar o seu amplo sistema de direitos e garantias individuais e coletivas.”(CITTADINO, 2000, p.13)

²⁶ Cf. Art. 129, I, CR/88.

Sob essa perspectiva constitucional, não mais se admite a presença do Juiz Inquisidor, figura marcante no modelo inquisitório e que havia ressurgido com a expansão napoleônica. Sua atuação não é condizente com o direito brasileiro e viola, gritantemente, a atual ordem constitucional (GOMES, CERVINI, 1997, p. 199). Ao juiz não cabe interferir nas investigações e nem iniciar o procedimento penal, devendo atuar tão somente quando provocado. Vigora o princípio da inércia que determina que a Jurisdição é inerte e não pode ser exercida (no sentido do desencadeamento do processo) de ofício pelo juiz. Isso implica em dizer que para que se mova, precisa ser provocada: *nemo iudex sine actore; ne procedat iudex ex officio.*” (COUTINHO, 1999, p.74)

Montado dessa forma o sistema demonstra sua vocação democrática, pois além da divisão de papéis atrás apontada, o tratamento conferido ao suspeito faz com que se modifique seu status, passando naturalmente de objeto da investigação para alguém que possui direitos garantidos já nesta etapa, exercitados de acordo com a estrutura e finalidade da preparação da ação penal. (CHOUKR, 1995, p. 36)

Conforme já fora salientado, a classificação dos sistemas processuais está intimamente relacionada com o momento histórico²⁷ em que eles se desenvolveram, com o modo pelo qual as relações de poder e do saber estão disciplinadas, pois, indubitavelmente, o processo é fruto dos valores adotados por uma civilização (VARGAS, 1992, p. 104), produto da cultura do povo, conforme o tempo e o lugar (POZZER, 2001, p. 29).

Portanto, a adoção do sistema acusatório reflete a evolução e o amadurecimento de uma sociedade e evidencia sua tendência garantidora face ao autoritarismo inquisitorial, pautado na eficiência repressiva a todo custo (GOMES, 1999, p.182).

No sistema acusatório, por outro lado, o juiz tem, primordialmente a função de *garante das regras do jogo*, cabendo às partes apresentarem suas provas, *licitamente obtidas*, razão porque é imprescindível a paridade de armas. O acusado é, assim, *sujeito de direitos*, pois pode se defender *em posição de igualdade em relação à acusação* (logo, em liberdade: ganha expressão capital a *presunção de inocência*), buscando apresentar o que lhe couber de favorável. (COUTINHO, 2008c, p. 12)

²⁷ “O Estado, pela sua ótica, cria uma regulamentação processual penal a partir dos valores políticos dominantes. Pode-se dizer que o sistema instrumental penal é marcadamente dominado pelo conceito de segurança, que por certo não é algo hermeticamente fechado, mas sim fruto de um determinado processo histórico e que apresenta na outra ponta o confronto com o respeito às liberdades individuais, criando um quadro altamente conflituoso” (CHOUKR, 1995, p. 20).

A Constituição Federal, ao prescrever uma série de princípios e estatuir uma infinidade de garantias, buscou a necessária separação das funções a serem exercidas na seara criminal, alterando profundamente a estrutura de instituições relacionadas à questão de segurança pública, e assumindo, sem sombra de dúvida, postura acusatorial (CHOUKR, 1995, p. 72) que a distanciou, em muito, dos ideais autoritários que inspiraram o Código de Processo Penal Brasileiro, infelizmente, ainda vigente.

A partir da estrutura constitucional é que devemos analisar o processo penal, agora encarado sob os postulados do modelo constitucional de processo²⁸, com a estrita e rigorosa observância dos princípios constitucionais.

Mas, para que se efetive a real implementação de um modelo constitucional de processo²⁹ será necessário proceder a uma releitura do diploma processual pátrio e ainda contar com a mudança de mentalidade dos operadores do direito.

Nessa linha de raciocínio, Flaviane de Magalhães Barros adverte que:

Em especial, as reflexões devem ser feitas levando-se em consideração o modelo constitucional do processo, entendido como uma base principiológica uníssona, fundada nos princípios do contraditório, ampla argumentação, da fundamentação da decisão e do terceiro imparcial. E mais, pela observância das garantias de liberdades pessoais do acusado e nos princípios constitucionais do processo penal, como, por exemplo, pelo princípio da presunção de inocência, direito da não-auto-incriminação, do *in dubio pro reo*. (BARROS, 2008, p. XVI)

Porém, a dificuldade é harmonizar a Carta Magna que, conforme demonstrado, indubitavelmente adotou o sistema acusatório, com o Código de Processo Penal Pátrio de origem autoritária, que nada mais é do que “cópia malfeita do *Codice Rocco* de 30, da Itália, marcado pelo princípio inquisitivo nas duas fases da *persecutio criminis*, logo, um processo penal regido pelo Sistema Inquisitório” (COUTINHO, 2007, p.11)

Todavia a realidade do processo penal pátrio insiste em contrariar a Constituição e “nota-se ainda uma grande distância entre os textos constitucionais e internacionais e a praxe judicial brasileira, isto é, ainda é enorme o fosso que separa o “dever ser normativo” do “ser efetivo” (GOMES, 1997, p.34). Legisladores, promotores, advogados, juízes, estudantes e professores insistem em manter um

²⁸ANDOLINA, Ítalo, VIGNERA, Giuseppe. **Il modello costituzionale del processo civile italiano**. Torino: Giappichelli, 1990.

sistema processual consubstanciado em práticas comuns na Idade Média. Sob argumentos irracionais e critérios desprovidos de cientificidade, pugnam por um modelo repressivo, pautado na defesa social, que deve prevalecer a todo custo, ainda que signifique o afastamento de direitos e garantias individuais arduamente conquistados.

2.7 O sistema processual brasileiro: visão crítica

No Brasil, ao contrário do que se possa pensar, não vigora um sistema acusatório puro, já que nosso código processual penal, em dados momentos, mantém, de forma inequívoca, traços inquisitoriais.

Nessa linha é o magistério de Paulo Rangel:

O Brasil adota um sistema acusatório que, no nosso modo de ver, não é puro em sua essência, pois o inquérito policial regido pelo sigilo, pela inquisitorialidade, tratando o indiciado como objeto da investigação, integra os autos do processo, e o juiz, muitas vezes, pergunta, em audiência, se os fatos que constam do inquérito policial são verdadeiros. Inclusive, ao tomar depoimento de uma testemunha, primeiro lê seu depoimento prestado, sem o crivo do contraditório, durante a fase do inquérito, para saber se confirma ou não, e, depois, passa a fazer as perguntas que entende necessárias. Neste caso, observe o leitor que o procedimento meramente informativo, inquisitivo e sigiloso, dá o pontapé inicial na atividade jurisdicional à procura da verdade processual. Assim, não podemos dizer, pelo menos assim pensamos, que o sistema adotado entre nós é puro. Não é. Há resquícios do sistema inquisitivo, porém já avançamos muito. (RANGEL, 2007, p.51)

Na realidade, tem-se observado o constante desvirtuamento do princípio acusatório, notadamente com a possibilidade de atuação de ofício do juiz na produção de provas em geral, a ponto de se afirmar que, “culturalmente, o princípio inquisitivo domina claramente no Brasil.” (PACHECO, 2006, p. 47)

Assim sendo, o sistema processual brasileiro não é acusatório (puro ou impuro) se amoldando, sem sombra de dúvida, ao sistema inquisitório que mantém a gestão da prova nas mãos do julgador como seu eixo central (COUTINHO, 2008c, p.12).

²⁹ O modelo Constitucional de Processo será analisado no item 4.2.1

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, em texto apresentado durante o VIII Encontro Internacional de Direito da América do Sul, realizado em Florianópolis, em 1998, reafirma que nosso sistema é inquisitorial:

[...] é visível uma nítida *tendência de seguir o nosso processo penal sendo essencialmente inquisitório*. Por sinal, ele assim o é em função de a *gestão da prova* (Cordero) estar concentrada nas mãos do órgão detentor do poder. Não o salva nem mesmo a retórica afirmação de que temos um *sistema misto*. Este, em verdade, ontologicamente não existe pois, sabe-se bem, o que vai caracterizar um *sistema* é o *princípio unificador* que o rege, e, seguramente porque primário, *não há um princípio misto*. (COUTINHO, 1998, p. 79)

E o pior é que a situação deve persistir. Enquanto dominar a noção de processo como simples instrumento a serviço da jurisdição que, por sua vez, ressalta a idéia de um judiciário justiceiro, detentor de todo o saber, indubitavelmente, as alterações legislativas manterão o “status a quo” e as que ousarem divergir, serão consideradas letra morta.

Sobre o tema, Lênio Luiz Streck, ao prefaciar a obra de Flaviane de Magalhães Barros assevera que:

Se, de um lado, continuamos convivendo com um conjunto de códigos e leis substantivas anteriores a Constituição - entre os quais, talvez a maior vítima, a legislação penal e processual penal -, que não passaram por uma necessária filtragem constitucional, de outro, continuamos a apostar, no campo da legislação processual, nas mesmas teses que levaram Oscar Von Büllow a abrir o caminho para o protagonismo judicial no longínquo ano de 1868. (STRECK, 2008, p. XIX-XX)

Mantendo-se a referida estrutura, não há como implementarmos um modelo processual de contornos democráticos.

Desde este ponto de vista, percebe-se quanto difícil - e fraudulento - é querer uma estrutura democrática de processo quando regido pelo *sistema inquisitório*. Os direitos e garantias não seriam assegurados, como no *sistema acusatório*, pela *dialética processual*. A *garantia, por excelência, estaria na lei*, a qual viria respeitada indistintamente por todos, a começar pelos juízes. Algo do gênero, como visto, é impossível. Afinal, mais do que rápido a razão deforma a lógica e passa a vigor “*o primado das hipóteses sobre os fatos*”, criando “*quadros mentais paranóicos*”, isto é, quadros mentais onde o sujeito toma as imagens que tem na cabeça como reais e, portanto, possíveis. *O imaginário, para ele, passa a ser real*. Não foi por outro motivo que a Europa medieval esteve, no medievo, tão “*invadida*” por “*demônios*”, “*bruxas*” e tantos agentes do *inferno*. (COUTINHO, 2008a, p. 9-10).

No sistema processual brasileiro, mais nitidamente na fase de Inquérito, na qual o contraditório, ampla defesa e publicidade são restringidos, percebe-se a influência do arquétipo inquisitivo a tal ponto que alguns autores³⁰ consideram a sua existência um óbice para a configuração de um direito que se quer democrático, sugerindo, inclusive, sua extirpação do ordenamento jurídico pátrio.

A solução parece estar na superação da estrutura inquisitória e, para tanto, há se dar cabo do inquérito policial, não para se introduzir o chamado juizado de instrução (tão ruim quanto aquele), mas para, aproximando-se da matriz acusatória, permitir-se tão só uma única instrução, no crivo do contraditório. (COUTINHO, 2008, p. 12)

O que podemos afirmar é que a adoção de práticas inquisitoriais, pelo nosso Código de Processo Penal, não se restringe à fase do inquérito já que em outros inúmeros dispositivos elas estão presentes.

Nesse sentido, cuidaremos, mais precisamente, da iniciativa probatória conferida ao juiz, que pautada na busca de uma “suposta verdade real”, ofende os princípios do contraditório, da fundamentação das decisões, da ampla defesa e demais princípios informadores do modelo constitucional de processo.

É o que se depreende da leitura mais atenta do artigo 156 do referido diploma, cuja recente alteração legislativa ocorrida em 2008, por intermédio da lei 11690/08, se é que possível, tornou-o ainda pior.

Na realidade, a reforma processual, ao invés de retirar do sistema processual pátrio seus contornos inquisitoriais, identificados em função do inquérito ou da gestão da prova (BARROS, 2008, p.5), ampliou os poderes investigatórios do juiz, afastando ainda mais nosso sistema processual dos ditames constitucionais que preconizam um sistema de índole acusatória.

³⁰A questão não é pacífica e a favor da conservação do inquérito policial em nosso sistema processual, Edilson Mougenot Bonfim afirma que a manutenção, aliás, de nosso sistema, preservando a existência do inquérito policial como uma “instrução provisória”, atende por outro lado à própria garantia do acusado de se ver protegido contra juízos errôneos e precipitados que poderiam se constituir caso se adotasse uma ação penal sem a prévia investigação, ou seja, aquela em que houvesse uma “unidade de instrução” (inexistência de inquérito, vigendo o contraditório desde o início), a pretexto de celeridade ou respeito ao contraditório. Nesse sentido, o item IV, da Exposição de Motivos do Código de processo penal [...]” (BONFIM, 2008, p. 31). Em posicionamento diametralmente oposto, Luiz Fernando Camaros de Barros Vidal assevera: “Que autoridade policial? Quem acredita que flagrantes e outros atos de inquérito são efetivamente presididos pela autoridade policial? De fato, que troço é esse chamado de inquérito policial? O inquérito é o ato de mais puro arbítrio do braço forte do estado. Vai tudo aos trancos e barrancos, dum jeito que nem Deus acredita.” (VIDAL, 1999, p.3).

3 O MITO DA VERDADE REAL E SUA UTILIZAÇÃO PELA ESCOLA RELACIONISTA

Por muito tempo, de forma ingênua ou, propositadamente, o homem acreditou ser possível alcançar a verdade e, nessa busca, somente pessoas escolhidas, predestinadas, teriam o dom de encontrá-la.

Da mesma forma, no campo do Direito, imaginou-se possível, por intermédio do processo, revelar exatamente como os fatos ocorreram. Portanto, a decisão refletiria a verdade que não poderia ser revelada senão por pessoas dotadas de poderes especiais, quiçá sobre-humanos. Construiu-se o dogma³¹ da verdade real.

A busca pela verdade sempre foi alvo do Direito Processual Penal, um dos seus objetivos e, nesse desiderato, inúmeros sistemas probatórios foram desenvolvidos.

Não é por outra razão que Piero Calamandrei, já havia advertido que “a luta entre o advogado e a verdade é tão antiga como a disputa entre o diabo e a água benta [...]” (CALAMANDREI, 2003b, p. 57)

Historicamente, aponta-se o período inquisitorial³² como o período áureo da busca pela verdade real, que constituía a meta do processo e deveria ser alcançada a qualquer custo (PACHECO, 2006, p. 48). A confissão, que na maioria das vezes era obtida mediante a tortura, era taxada de “rainha das provas” e se constituía no

³¹ Tercio Sampaio Ferraz Júnior ensina que com o surgimento das Universidades, mais precisamente com a Universidade de Bolonha, nasceu na Europa a ciência do Direito que embora estivesse embasada nos ideais romanos introduziu na seara jurídica uma nova linha: a dogmaticidade: “[...] O pensamento dogmático, em sentido estrito, pode ser localizado, nas suas origens, neste período. Seu desenvolvimeto foi possível graças a uma resenha crítica dos digestos justinianeus, a *Littera Boloniensis*, os quais foram transformados em textos escolares do ensino na universidade.” (FERRAZ JÚNIOR, 1996, p. 63)

Tais textos foram aceitos como “base indiscutível do direito.” Pode-se dizer que “a teoria jurídica torna-se, então, uma disciplina universitária, na qual o ensino era dominado por livros que gozavam de autoridade. Os dogmas que produzem a Teologia influenciarão o pensamento jurídico que vai, então, assumir o caráter de pensamento dogmático. Tal pensamento nasce, pois, deste amálgama entre a idéia de autoridade romana e a idéia de verdade bíblica, transcendente.” (FERRAZ JÚNIOR, 1996, p. 63-64)

³² “O juiz-Acusador formula uma hipótese e procede a verificação. A verdade entendida como *adaequatio rei et intellectus* pode ser alcançada e deve ser alcançada. Esta verdade, verdade material, já existente como hipótese na mente do Juiz - Acusador, deve, porém, ser alcançada solipsisticamente (exageradamente). O contraditório perturba esta procura. A inquinação da prova daquela verdade já postulada é o máximo dos perigos. Daqui o segredo do processo, a falta de participação do imputado ou de seu defensor para aquisição daquela prova, poderá servir para fundar a sentença da condenação.” (BETTIOL; BETTIOL, 2008, 166)

meio mais eficaz para atingir a “verdade”.

Acreditava-se (ou pelo menos se utilizava esse argumento) que a atividade probatória poderia reproduzir no processo a verdade real, também denominada de substancial ou material (PACHECO, 2006, p.556).

Contudo, sob a ótica do processo como garantia, tal assertiva não mais prevalece. A atividade instrutória não tem o condão de fornecer a verdade e o que o procedimento pode nos fornecer é, “na melhor das hipóteses, uma porcentagem de verdade, uma espécie de verdade de baixa lei, quando não for, inclusive, ao invés da moeda de ouro, um papel moeda.” (CARNELUTTI, 2001, p. 125)

Daniel Silva Achutti e Roberto da Rocha Rodrigues informam que, desde Einstein, o espaço e o tempo assumiram caráter de relatividade, afastando-se a idéia de verdades imutáveis (ACHUTTI; RODRIGUES, 2005, p. 147).

Daí, Gustavo Noronha de Ávila, Dieter Mayrhofer e Luiz Alberto Brasil Simões Filho afirmarem que, na contemporaneidade conceituar verdade tem se demonstrado uma tarefa problemática (ÁVILA; GAULAND; PIRES FILHO, 2006, p.41).

Sobre o tema, Gilberto Thums ensina que:

Deve-se a Einstein a desmitificação do conceito sobre a verdade, na medida em que critérios científicos passaram a integrar a razão humana na busca do conhecimento. Foi a partir dele, com a teoria quântica, que a humanidade iniciou o progresso tecnológico. Através da teoria da relatividade, Einstein derrubou dois paradigmas da verdade da ciência do século XIX: o do repouso absoluto e do tempo absoluto ou universal. (THUMS, 2003, p. 321)

A Ciência, aqui incluída a Ciência do Direito³³, há de ser compreendida como algo mutável. A noção de certezas³⁴, indiscutíveis alterou-se, pois toda e qualquer

³³ “Por conseguinte, com o fim de procurar uma reflexão aprofundada, a Ciência é a atividade solicitada para estudar o Estado, o Direito, a Sociedade e o Processo, para não mais os visualizar como formas eternas, invariáveis e tradicionais, pois a identidade pós-convencional é resultado de um pluralismo sócio-econômico-cultural que transforma a modernidade em um “mundo encantado.” Daí a necessidade de se considerar a Ciência como atividade produtora de esclarecimento do conhecimento, a fim de recriar conceitos, desfeticizar o Direito, reduzindo-lhes obscuridades e legitimando-o em face a esse mundo a ser desencantado [...]”.(NEGRI, 2006, p. 18).

³⁴ “Se há um conceito problemático hoje em dia sem dúvida o de ciência disputa o de ator principal. De fonte de certeza e revelador da verdade, como foi concebido desde o século XVI com Galileu, e, sobretudo, no século XVII, com Newton, a única certeza que a ciência ainda pode legitimamente reivindicar é a de ser uma das formas de auto reprodução da vida nas sociedades modernas.” (SILVA FILHO, 2003, p. 15). “De qualquer modo, permanece no imaginário social a idéia de ciência com um saber certo, válido, confirmado. Vigora no consenso de parte dos estudiosos da ciência que ela tem servido ideologicamente para assegurar centros de mando, obter financiamentos, galgar prestígio,

proposição é passível de refutação e testabilidade³⁵.

Caso contrário, não existiria justificativa para buscar novos conhecimentos bastando repetir o aprendizado já solidificado. A idéia da relatividade, de verdades inacabadas, estimula novas pesquisas e se não é possível dizer o que é a verdade, impossível também definir o que se entende por real (THUMS, 2003, p. 320).

Sob essa ótica, a adoção de verdades absolutas, dogmas, foi paulatinamente suplantada pela idéia de relatividade; e o direito, acompanhando este posicionamento, entrou em constante transformação, não podendo mais ser concebido como um saber estático.

Pela clareza com que trata do assunto, necessário colacionar os ensinamentos de José Joaquim Calmon de Passos:

Podemos, portanto, como primeira conclusão, afirmar que nenhum saber é neutro, nenhum saber é definitivo, nenhum saber é absoluto, pelo que, em seu nome, nada pode ser imposto aos homens, que têm sempre o direito (no sentido de poder de resistir e exigir) de problematizá-lo, tendo em vista o que lhes for existencialmente mais ou menos valioso ou conveniente. O saber está a serviço do homem e não o homem a serviço do saber. (PASSOS, 2003, p.8)

Na mesma linha de raciocínio, as palavras de Aroldo Plínio Gonçalves:

É oportuno ressaltar, também a qualificação da atividade científica, e do próprio conhecimento que dela resulta, como um processo. A antiga concepção de ciência como saber definitivamente adquirido em caráter irretocável e imutável não se confirma historicamente e não é mais sustentável, e a pretensão pela universalidade necessária, requerida pela imobilidade da perfeição, tão explicável no pensamento grego, que acompanhou as antigas concepções de ciência, foi substituída pela objetividade que admite, e requer, processos de correções sobre todo conhecimento que não perdeu sua vitalidade pela mumificação seguida de decomposição. (GONÇALVES, 2001, p. 21)

impor subordinação aos “rebeldes” contra o saber estabelecido. Enfim, por trás da identificação da ciência a partir de seus conceitos esconde-se o jogo intransparente do poder social.” (SILVA FILHO, 2004, p. 16)

³⁵ “Popper aproxima seu método crítico do dedutivismo, mas diferencia-se dele por dar destaque à eliminação de erro. Não nega que os cientistas sejam capazes de formular hipóteses universais; assevera que as teorias só são efetivamente testadas através da busca de instâncias negativas. Assim, o critério de demarcação científica ou a racionalidade científica consiste no princípio universal da crítica. Em outras palavras, as teorias, para terem validade científica, têm que se oferecer incessantemente à crítica do mundo da realidade fenomênica, tensionador da mente individual e de suas retrocargas recíprocas. A irrefutabilidade de uma teoria lhe impede de aspirar ao status de científica. Não há como reputar científicas teorias impermeáveis a argumentos críticos.” (ALMEIDA, 2005, p. 25-26).

Mas, embora a quebra de verdades absolutas e a noção de falibilidade tenham sido difundidas e chegado até a seara do Direito, ainda hoje, no processo penal, persiste a idéia de verdade real (THUMS, 2003, p. 334).

O homem é arrogante, petulante, audacioso e ao mesmo tempo temerário, ao afirmar que busca a verdade real no processo penal. A afirmação dos manualistas e teóricos do direito processual penal no campo da verdade é uma posição ingênua ou mal intencionada. (THUMS, 2003, p. 323)

Conforme será demonstrado, a manutenção do princípio da verdade real, desserve a noção de processo como garantia e, por outro lado, justifica a concepção errônea de que o processo possui escopos meta-jurídicos. Persistir nesse caminho, no qual a decisão é reveladora da verdade, é insistir na idéia de que o juiz é um ser supremo dotado de poderes especiais.

Contudo, para se afastar o mito da verdade real, será necessário, primeiramente, analisar as diversas concepções de verdade que demonstram, de forma inequívoca, o caráter relativo desse termo.

3.1 As diversas concepções da verdade

Antes de tudo, cumpre advertir que esse trabalho não tem a pretensão de encontrar o sentido da verdade, mas, tão somente, demonstrar a fragilidade da idéia de verdade absoluta; e como a (má) utilização desse dogma pode servir de justificativa para práticas ainda calcadas na idéia de processo como instrumento hábil à realização de justiça e pacificação social, o que, por si só, afasta a concepção de processo aqui adotada, ou seja, processo como garantia. Busca-se, somente, desmitificar a idéia de verdade absoluta utilizada pela dogmática como referencial para a manutenção, em pleno século XXI, de práticas inquisitoriais.

Portanto, as diversas digressões filosóficas sobre a verdade fogem do foco do presente estudo, e definir verdade, se isto é possível³⁶, necessitaria da incursão não somente na seara filosófica, mas em vários ramos do saber o que, por si só, já seria o bastante para o desenvolvimento de outro trabalho acadêmico.

³⁶ Carlos Antônio de Souza, ao tratar do vocábulo verdade, afirma que “ninguém conseguiu dar uma

Jaime Luiz Vicari aponta a dificuldade de conceituar-se a verdade e afirma que o homem ainda engatinha nessa árdua tarefa, sendo que nem Jesus conseguiu responder a essa pergunta quando fora questionado por Pilatos (VICARI, 2004, p. 183)

Inúmeros autores, das mais diversas áreas do conhecimento, já se aventuraram na tarefa de conceituação da verdade e os resultados obtidos, como não poderia deixar de ser, variaram expressivamente.

O conhecimento da verdade pelo homem constitui questão própria da especulação filosófica, em cujos domínios inúmeras teorias se entrecrocaram há milênios: desde as posições céticas, que excluem qualquer possibilidade de um saber absoluto, passando pelas doutrinas subjetivistas, psicológicas ou epistemológicas, que encaram a verdade como um estado da mente ou uma crença, até as correntes objetivas, lógicas ou ontológicas, que afirmam ser possível a idéia de verdade como *correspondência com os fatos*, procuram-se respostas a esse problema fundamental e seguramente insolúvel. (GOMES FILHO, 1997, p.43)

Diante do quadro acima exposto e ciente da insuficiência da análise ora desenvolvida, mas com a intenção de oferecer maiores esclarecimentos, serão apresentadas algumas noções de verdade.

Segundo Nicola Abagnano, a verdade pode ser conceituada de cinco maneiras diversas: 1) verdade como correspondência; 2) verdade como revelação; 3) verdade como conformidade a uma regra; 4) como coerência e 5) como utilidade (ABAGNANO, 2003, p. 994).

Com base nessa conceituação, Jaime Luiz Vicari (VICARI, 2004, p. 179), explica cada uma dessas concepções da verdade:

A verdade como correspondência sustenta a existência de uma conformidade entre o intelecto e a coisa observada. (VICARI, 2004, p. 179).

No mesmo sentido, a lição de Alaor Caffé Alves:

Segundo a filosofia dos antigos, o pensamento gira em torno do objeto. **A prioridade cabe ao ontológico e não ao pensamento (ao lógico ou ao epistemológico). Parte-se do mundo, da realidade, para o pensamento, e não deste para aquele.** (ALVES, 2002, p.327, grifo do autor)

Já a verdade como revelação, que se manteve até o movimento iluminista (VICARI, 2004, p. 181), é aquela apresentada diretamente por Deus ou por ele

validada e reconhecida (VICARI, 2004, p. 179).

Por outro lado, a verdade consiste na adequação entre a mente e a lei superior de modo que somente é verdadeiro o conhecimento que se adaptar à norma/objeto (VICARI, 2004, p. 180).

A verdade como coerência parte da relação que deve haver entre a mente e o real e, por derradeiro, a verdade como utilidade apresenta-se sob o prisma de uma visão pragmática. (VICARI, 2004, p. 180). Nesse último aspecto, seu grau de validade seria atestado levando-se em consideração os benefícios gerados ao homem ou à sociedade (VICARI, 2004, p. 181).

Duarte Bernardo Gomes, em texto apresentado no Boletim do Instituto de Ciências Criminais, afirma que a verdade é a correlação entre o pensamento e a coisa e que “o conhecimento verdadeiro é o que reflete corretamente a realidade na mente.” (GOMES, 2005, p.6)

Na realidade, a verdade apresenta-se sob duplo aspecto: A) objetivo, que independe da consciência e da vontade humana; B) subjetivo, que importa na relação entre o sujeito cognoscente e o objeto e que pode “significar opinião ou impressão pessoal, parcial ou pré-concebida, etc., que não vale pela universalidade, galgando, só por si, a similitude com o relativo.”(GOMES, 2005, p.7)

Sob outro prisma, o autor classifica a verdade em: Material, Formal ou lógica e, por fim, axiomática ou convencional.

A verdade, sob o aspecto material é “comumente utilizada nas ciências naturais, que consideram a correlação do conteúdo do conhecimento com o objeto real, quando há a possibilidade de verificação ou demonstração pela experiência com os fatos ocorridos.” (GOMES, 2005, p.7)

Já a verdade formal ou lógica, “implica a ausência de contradição quando num raciocínio verdadeiro há a presença da coerência de um raciocínio próprio” (GOMES, 2005, p.7).

Por derradeiro, a verdade convencional “traduz-se nas convenções sociais, regras ou normas preparadas pelos homens para que possam viver em sociedade” (GOMES, 2005, p.7). São também conhecidas por verdades axiológicas e representam os valores éticos, jurídicos, religiosos e econômicos ajustados pela sociedade. É desse contexto que se extrai o princípio da verdade real (GOMES, 2005, p.7).

Para Eduardo Cambi, a noção de verdade, em grego, “é *alheteia* e significa tudo aquilo que está oculto, escondido ou dissimulado.” A verdade é uma qualidade das próprias coisas e resulta da adequação, por intermédio da razão, entre o intelecto e a coisa e vice-versa. (CAMBI, 1999, p. 235)

Já em latim, verdade é *veritas* e diz respeito ao rigor e à exatidão de um *relato*, no qual se narra o que aconteceu. A narrativa é verdadeira quando a linguagem enuncia fatos reais. Portanto, “os fatos ou as coisas são reais ou imaginários; os *relatos* é que são verdadeiros ou falsos” (CAMBI, 1999, p. 235). A questão da verdade se encontra no plano da linguagem, independentemente da adequação entre o intelecto e o objeto.

Com base nessa concepção, os racionalistas afirmavam que:

[...] para conhecer o verdadeiro, era preciso libertar a consciência dos preconceitos e dogmatismos da opinião e experiência cotidiana a fim de que as evidências pudessem ser alcançadas por indução, dedução ou intuição, formulando juízos verdadeiros aos quais a vontade deveria submeter-se; desta forma, o pensamento serviria como uma forma de controle da vontade, vez que esta vontade pode ser causa da falsidade e da mentira. (CAMBI, 1999, p. 236)

Por fim, em hebraico, verdade é *emunah*, entendida como confiança e tem a mesma origem da palavra “amém” significando “assim seja” (CAMBI, 1999, p. 235).

Nessa perspectiva:

Quando se toma a verdade como *emunah*, a verdade é dada pelo consenso, entre os agentes da comunicação, que requer argumentação, diálogo, mas também envolve a autoridade (intelectual e moral) de quem se comunica. (CAMBI, 1999, p. 237)

No plano da ação, ou seja, fora das concepções teóricas, aponta-se, ainda, um critério pragmático, com base no qual é considerado verdadeiro um conhecimento de acordo com seus resultados práticos. (CAMBI, 1999, p. 237)

Essa concepção pragmática da verdade é assimilada pelas ciências positivistas, que, sendo fundadas na razão iluminista, exige, como critério de veracidade das teorias abstratas, a *verificabilidade*, embora restrinja o processo de verificação aos cânones da razoabilidade. Esse pragmatismo, todavia, ainda que adequado para o modelo positivista da ciência, calcado na noção de verificabilidade, não dá conta da busca da verdade, quando se extrapolam os limites da razão iluminista. Logo, esse critério pragmático, fundado nesse modelo racional, adotado para as ciências positivistas, não pode ser tomado como universal e válido para todo o saber, pois não atende aos anseios de verdade, por exemplo, na psicanálise e na teologia,

vez que ambas procuram a verdade, sobretudo, além da razão: aquela no inconsciente e esta, na fé. (CAMBI, 1999, p. 238)

Levando-se em consideração a relação entre o intelecto e o objeto, Almor Alves Caffé afirma que o pensamento clássico apresenta a verdade sob três formas:

(1) a verdade lógica que consiste na conformidade de nossa inteligência como o que é; **(2) uma verdade ontológica ou metafísica**, que consiste na conformidade do que é (ser) com a inteligência divina, e, **(3) a verdade moral**, que consiste na conformidade da palavra ou sinal que manifesta o pensamento com a afirmação interna. (ALVES, 2002, p.327, grifo do autor)

O referido autor critica a concepção clássica de verdade, entendida como correspondência entre o juízo e a realidade (ALVES, 2002, p.79). Sob o ângulo da Lógica (Formal) não importa que as proposições sejam verdadeiras ou falsas, “visto que seu objeto diz respeito tão só à **forma proposicional**, isto é, à **estrutura proposicional** vazia, sem considerar a realidade empírica ou material que a preenche” (ALVES, 2002, p.80, grifo do autor).

[...] o problema da verdade consiste não em determinar que “coisa”, que “qualidade”, que “propriedade” é a verdade, mas sim em determinar quais são as condições em que determinada proposição é verdadeira ou falsa. A verdade ou falsidade de uma proposição não é sua qualidade ou propriedade, mas sim sua relação com determinadas condições; em outras palavras, a verdade ou falsidade de uma proposição é a forma de indagar-se sobre quais os modos ou circunstâncias como se validam. (ALVES, 2002, p.326, grifo do autor)

Para a Lógica não importa a verdade das premissas, mas sim a maneira como se demonstram as proposições, como estão estruturadas e quais as condições necessárias para corroborá-las (ALVES, 2002, p.81).

O que é mais significativo da argumentação lógica é que haja uma **relação formal correta entre as premissas para sustentar ou justificar uma conclusão** que se apresenta como consequência daquelas, **independentemente** de se saber se as premissas são **verdadeiras, falsas ou duvidosas**. (ALVES, 2002, p.113, grifo do autor)

Por fim, o autor adverte que, mesmo que se determinem os meios e procedimentos necessários para se chegar à verdade, não se pode esquecer a falibilidade humana. Nessa busca, o homem ignora muitos fatos e não raras vezes se engana, ou seja, toma o falso pelo verdadeiro. Diante disso, necessário estudar a natureza da verdade e do erro, sendo que tal tarefa é objeto da chamada lógica

crítica. (ALVES, 2002, p.326).

De forma diversa, Carlos José Antônio Mittermaier, ao apresentar algumas definições de verdade, define a verdade lógica em contraponto à verdade material, conceituando-a como aquela verdade obtida pelo raciocínio e que resulta da harmonia entre a idéia que temos das coisas e as leis conhecidas. Por fim, fala ainda em uma verdade transcendental³⁷ que, por ser metafísica, é objeto de estudo da filosofia. (MITTERMAIER, 1870, p.99-100).

Michel Foucault, na obra “A verdade e as formas jurídicas”, apresenta duas vertentes para a verdade. A primeira delas, chamada de verdade interna, se regula a partir de seus próprios princípios e corresponde à história das ciências. Na segunda, denominada de história exterior da verdade, predomina uma verdade formada nas sociedades, a partir de regras pré-concebidas das quais se originam formas de subjetividade, certas espécies de saber. (FOUCAULT, 2005, p. 11)

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. (FOUCAULT, 2005, p. 11)

Alguns autores, ao buscarem de forma mais aprofundada identificar o significado da verdade, distinguiram-na da dúvida, da certeza, da ignorância, o que demonstra os diversos estados psicológicos em que o juiz pode se encontrar na hora de decidir e reforça ainda mais a idéia de que a noção de verdade é intangível, variando de pessoa para pessoa.

³⁷ Gilberto Thums critica o conceito de verdade apresentado por Mittermaier afirma que “a concepção metafísica sobre a verdade está superada, porque não importa mais a essência do objeto do conhecimento, que o homem das ciências sociais não alcança. O que importa agora é o procedimento utilizado para se atingir esse objetivo [...]” (THUMS,2003, p. 329)

3.1.1 Verdade, certeza, dúvida, erro, ignorância e opinião

Nicola Fran Marino Dei Malatesta, na obra “A lógica das provas em matéria criminal”, ensina que, em relação ao conhecimento de um fato, o homem pode encontrar-se no estado de dúvida, ignorância ou certeza (DEI MALATESTA, 2005, p.23)

Existe dúvida quando, no espírito, encontram-se argumentos favoráveis e contrários, em relação ao que se quer conhecer. Já a ignorância significa a total ausência de conhecimento (DEI MALATESTA, 2005, p. 23-24).

Cabe ainda diferenciar a verdade da certeza:

A verdade, em geral, é a conformidade da noção ideológica com a realidade; a crença na percepção desta conformidade é a certeza. Ela é, portanto, um estado subjetivo da alma, podendo não corresponder à verdade objetiva. Certeza e verdade nem sempre coincidem: por vezes, tem-se certeza do que objetivamente é falso; por vezes, duvida-se do que objetivamente é verdadeiro. E a mesma verdade que aparece certa para uns, a outros parece duvidosa, e, por vezes, até mesmo falsa a outros. (DEI MALATESTA, 2005, p.25)

A certeza é um estado da alma e significa que o sujeito acredita estar de posse da verdade; é “a crença na conformidade entre a noção ideológica e a verdade ontológica.” Por isso, ou o sujeito acredita na correlação entre sua mente e o real, ou não tem certeza (DEI MALATESTA, 2005, p.26-40).

Contudo, como a certeza é algo subjetivo, pode variar e não corresponder à verdade é, portanto, natural que se busque classificá-la e quantificá-la (DEI MALATESTA, 2005, p.42).

Embora o autor apresente várias espécies de certeza³⁸, salienta que é um equívoco procurar quantificá-las e identificá-las³⁹, dentre elas, qual é a mais plausível, pois tal tarefa está fadada ao erro. Somente há dois caminhos a se trilhar: ou o sujeito está convencido e possui a certeza ou não a tem (DEI MALATESTA, 2005,

³⁸ Para uma visão mais aprofundada da noção de certeza ver Dei Malatesta (2005, p. 26 e ss) que apresenta várias outras derivações como : certeza inteligível por intuição, certeza inteligível por reflexão, certeza intuitiva física, certeza mista, certeza físico-lógica ou lógica por antonomásia, certeza físico-histórica, certeza físico-histórico-lógica, verdades sensíveis materiais, verdades sensíveis morais, verdades necessárias, verdades constantes, verdades eventuais

³⁹ Dei Malatesta afirma que a distinção entre certezas maiores e menores, levaria ao erro de considerar a certeza como algo mensurável e com base nessa corrente, no campo probatório, passou-se a distinguir as provas em plenas, semi-plenas etc. (DEI MALATESTA, 2005, p. 45)

p.41).

[...] resolvendo-se o convencimento judicial na certeza consentida e segura e, portanto, num ato simples e indivisível do espírito, tornando-o ingraduável, nem mais nem menos que a própria certeza. Não há um mais ou menos de convencimento, nem um mais e um menos de certeza, pois ou se está convencido ou não. (DEI MALATESTA, 2005, p.53)

Em razão da falibilidade humana, a verdade nem sempre é alcançada e nessa busca o espírito pode encontrar-se em um estado de ignorância, dúvida, opinião, certeza ou erro (ALVES, 2002, p.328).

Enquanto no estado de ignorância, estado negativo, o espírito está desprovido de conhecimentos; na dúvida, estado de equilíbrio, o espírito se encontra entre duas assertivas incompatíveis e o verdadeiro somente é pensado como algo possível (ALVES, 2002, p.329).

Já na opinião, o verdadeiro se apresenta como provável; o espírito se apresenta com temor de se enganar e embora se encontre mais propenso a uma proposição, há razões (embora mais frágeis) também em outra direção. A probabilidade é que gera no espírito o estado de opinião e pode ser valorada, admitindo graus e, embora possa se aproximar da certeza, não poderá atingi-la (ALVES, 2002, p.329-330).

A certeza resulta no estado de espírito onde a verdade é percebida em plena evidência, de forma clara e inequívoca, sem receio de erro e, portanto, não admite graduação (ALVES, 2002, p.330).

Posteriormente, o autor afirma que para o pensamento clássico existem três espécies de verdade e, por conseguinte, três ordens de certeza e evidência: certeza metafísica, certeza física e certeza moral (ALVES, 2002, p.331).

Por fim, distingue a ignorância do erro afirmando que na ignorância o espírito encontra-se despido de conhecimento enquanto no erro, o espírito demonstra a incapacidade de conformação entre o juízo e a realidade, caracterizando uma inteligência falível (ALVES, 2002, p.331).

A ignorância é a limitação da verdade, ao passo que o erro é sua negação formal. Quem ignora e quem erra não sabem; porém, quem ignora pensa saber, e engana-se a si próprio, o que equivale à dupla ignorância. (ALVES, 2002, p.332, grifo do autor)

Antônio Dellepiane afirma que a verdade, no espírito humano, é fruto da relação de subsunção entre o pensamento e o seu objeto; é a conformidade entre o que foi pensado no intelecto e as coisas (DELLEPIANE, 1942, p. 44).

Contudo, a verdade não pode ser confundida com a certeza que, por sua vez, resulta de um estado psicológico no qual não há dúvida e significa a crença em sua plenitude. Como a certeza depende do estado de ânimo do sujeito, em certos casos, embora ele possa estar plenamente convencido daquilo que se conhece, tal estado de espírito pode não refletir a realidade. Assim, pode haver certeza sem que isso signifique a verdade (DELLEPIANE, 1942, p. 44).

Por seu turno, Mittermaier assinala que a “verdade é a concordância entre um facto real, e a idéa delle representada em nosso espírito.” E a certeza, por ele chamada de convicção, é “o estado de espírito, que considera os factos como verdadeiros, apoiando-se em motivos plenamente sólidos.” (MITTERMAIER, 1870, p.99-105) Assim, atinge-se a certeza quando a convicção afasta todos os motivos contrários, não restando nada que a abale e somente este estado de espírito pode servir de base para a conclusão. Por outro lado, a dúvida ocorre quando ao mesmo tempo se apresentam razões a favor e contra a convicção (MITTERMAIER, 1870, p.106-107).

Na busca da verdade, de forma similar a uma balança, o homem deverá pesar os fatos, sendo influenciado pelas circunstâncias exteriores. (MITTERMAIER, 1870, p. 93) e, de acordo com o resultado, o espírito humano poderá se convencer da verdade, embora também possa permanecer na incerteza.

O fiel da balança de consciencia, servindo-nos ainda desta metáfora conhecida, vacilla antes de fixar-se, e os seus movimentos determinão a proporção entre as razões, que levão a dar credito aos factos em questão, e as que levão a recusar-lhes. Assim pois, quando as razões affirmativas predominão pelo numero e pelo peso, de tal sorte, que excluam a suposição da negativa, como possível, attingimos a convicção positiva, entretanto que só haverá duvida, quando houver equilíbrio.(MITTERMAIER, 1870, p. 96)

Pelo exposto, nota-se que o termo é polissêmico, o que, por si só, gera a controvérsia e a impossibilidade de defini-lo. Mas, ainda que se trabalhasse com alguma concepção de verdade, são tantas as limitações existentes na sua busca que ela se apresenta como algo intangível, de modo que não pode mais ser invocada.

3.2 Limitações na busca da verdade:

Se o processo fosse capaz de revelar alguma verdade, ela somente poderia ser relativa. Inúmeros fatores, das mais variadas ordens, interferem na mente das partes, do julgador e dos demais envolvidos no procedimento, que são influenciados por sensações e estímulos (POZZER, 2001, p.37).

Alice Bianchini informa que, desde a sensação até o proferimento da sentença, diversos acontecimentos interferem na percepção que se tem dos fatos, o que impede o alcance incondicional da Justiça e da verdade real (BIANCHINI, 1998, p.10).

Percebe-se, portanto, a dificuldade de descoberta da verdade, porque decorre da assimilação dos acontecimentos pelo intelecto do julgador. A inteligência, no apreender a realidade, não é estática; pelo contrário, dotada de dinâmica atividade criativa, é excitada pelas informações recebidas. A impressão causada na imaginação do julgador embaraça a descoberta da verdade absoluta [...] (POZZER, 2001, p. 36)

Cumprido destacar que, embora a reconstrução dos fatos seja uma tarefa realizada no procedimento, do modo mais coincidente possível com a realidade fática, a perfeita correspondência entre o fato delituoso e o que fora decidido é inalcançável. Há que se levar em conta, inicialmente, as limitações da mente humana, a fragilidade de nossos sentidos.

A verdade é como a luz ou como o silêncio, os quais compreendem todas as cores e todos os sons; mas a física tem demonstrado que nossa vista não vê e os nossos ouvidos não ouvem mais do que um breve segmento de gamas das cores e dos sons; estão além e aquém da nossa capacidade sensorial as infra e ultracores, assim como os infra e ultra-sons. (CARNELUTTI, 2007, p.41)

Cada ser humano é dotado de características próprias, individualidades, e carrega consigo uma carga de valores apreendidos no transcorrer da vida, de sorte que a verdade “pode aparecer sob formas diversas a quem a observe, conforme os diversos pontos de vista sob os quais a veja” (CALAMANDREI, 2003b, p. 57).

O conhecimento adquirido, o modo de vida e as particularidades do observador naquele dado momento influenciam no resultado do julgamento pessoal do que, naquela situação específica, para aquele espectador, é considerado

verdade.

Ponham dois pintores diante da mesma paisagem, um ao lado do outro, cada um com seu cavalete e, passada uma hora, vejam o que cada um desenhou na tela. Hão de notar duas paisagens completamente diferentes e tão diferentes que vos há de parecer impossível que o modelo tenha sido um só. Podeis dizer que um deles traiu a verdade? (CALAMANDREI, 2003b, p. 60)

Diversas outras questões, além das de ordem psicológica, interferem na apreensão dos fatos pela mente humana demonstrando suas fraquezas e limitações.

A luminosidade do local, a temperatura, o foco da análise, entre outros, implicam em percepções diferentes da realidade e, portanto, em “verdades” diferentes.

Esse é o magistério de Enrico Altavilla:

A esfera da actividade sensorial é determinada pela potencialidade dos nossos sentidos para perceber estímulos: isto significa que o mundo exterior chega ao nosso eu, tal como os órgãos dos sentidos no-lo apresentam, variando, por isso, não só de indivíduo para indivíduo, mas até no mesmo indivíduo em cada momento de sua existência. (ALTAVILLA, 1981, p. 20)

Uma série de elementos⁴⁰ influenciam na percepção dos fatos e, por conseguinte, na noção de verdade: a personalidade, que pode resultar na maior importância dada a um fato do que a outro; o lapso temporal, já que, com o passar do tempo as imagens e recordações vão se perdendo; os fatores climáticos, que são fatores fisiológicos e alteram nossa percepção sensorial; e os demais processos psíquicos pois o “nosso sistema nervoso é um sensívelíssimo barômetro, sobre o qual qualquer modificação atmosférica tem a sua repercussão”; as condições de luminosidade do local, já que o excesso ou ausência de luminosidade pode alterar a visibilidade e a percepção (ALTAVILLA, 1981, p.48-54); o estado físico do observador, já que a fadiga, a fome, o sono influenciam no modo de perceber os acontecimentos.

⁴⁰ Em relação ao tempo Altavilla (1981, p.45) ensina que “lentamente, os elementos secundários de uma percepção, que menos nos impressionaram, vão desaparecendo, deixando como que a ossatura de uma recordação, que se assemelha ao facto como uma fotografia, como uma árvore sem folhas e uma árvore frondosa. Ademais, a personalidade de cada um influi na formação de sua convicção podendo ocorrer o fenómeno da “personificação que é a adaptação de uma imagem evocada à nossa própria personalidade, adaptação pela qual, na evocação, a imagem se deforma

Assim, já seria inconcebível falar em verdade real tendo em vista que, qualquer ser humano, até aquele dotado de inteligência, pode ter a lembrança do que percebeu deformada (ALTAVILLA, 1981, p. 47).

A verdade judicial, como qualquer outra realidade, só pode, portanto, ter um valor muito relativo, no conhecimento do magistrado, ao qual chega através de depoimentos e interrogatórios suportando um longo trabalho de transformação, desde a sensação, momento inicial, até a exposição verbal ou escrita, que é o momento terminal. (ALTAVILLA, 1981, p. 20)

Outro fator que, no processo, impede que se encontre a verdade é a impossibilidade do juiz presenciar os fatos. Os fatos já ocorreram, já não mais podem ser observados diretamente, como ocorre nas ciências experimentais, nas quais o observador pode-ele mesmo- ter contato direto com o experimento e até repeti-lo em laboratório (GOMES FILHO, 1997, p.44).

Portanto, o fator tempo é de suma importância, pois quanto maior o lapso temporal entre a ocorrência do fato e a decisão, maiores são as chances de desvirtuamento da realidade, tendo em vista que a memória vai, cada vez mais, enfraquecendo-se e deixando de considerar certos fatos (ACHUTTI; RODRIGUES, 2005, p.148).

[...] pode-se observar que o homem é incapaz de reconstruir um fato histórico, porque o tempo encarregou-se de extingui-lo no exato instante em que tornou-se passado, ou seja, o instante que não é mais presente. Portanto, não pode existir uma verdade sobre um fato que está no passado, por mais que a doutrina insista em denominar a solução judicial sobre um caso de “ reconstrução da verdade”. Qualquer estudo sobre a verdade concluirá que ela não pode ser alcançada. (THUMS, 2003, p. 327)

Além disso, cada parte defende seu interesse, busca comprovar aquilo que possa favorecê-la e, na maioria das vezes, faz com que chegue ao juiz teses antagônicas (THUMS, 2003, p. 333).

Não é por outro motivo que, para Carnelutti, a dúvida demonstra a limitação da mente humana e a verdade é fragmentária, sendo que cada indivíduo é capaz de apreender apenas uma parcela da verdade, que está misturada com o erro que, para ser evitado, depende do diálogo (CARNELUTTI, 2001, p. 71-72).

Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho informam que, no processo penal, onde está em jogo a liberdade do

indivíduo, para se chegar a uma decisão legítima, há que se respeitar um procedimento instrutório previamente estabelecido (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2006, p. 146), de modo a se considerar também outros limites estabelecidos pelo Direito.

O próprio ordenamento previamente determina qual a validade do procedimento probatório, instituindo limites e determinando quais provas poderão ser invocadas como fundamento da decisão e quais os parâmetros utilizados para que se afirme que entre o fato e o direito existe nexó. Ademais, protege outros direitos que devem prevalecer sobre a busca da verdade real (GOMES FILHO, 1997, p.104), que não pode continuar justificando a supressão de direitos fundamentais, pois é necessário compatibilizar a atividade probatória com os direitos fundamentais, tais como a dignidade, intimidade etc. (GOMES, CERVINI, 1997, p. 125).

Daí, conforme preconiza Tércio Sampaio Ferraz Júnior, resulta que nem toda prova serve ao procedimento probatório, mas somente, aquelas admitidas em direito (FERRAZ JÚNIOR, 1996, p. 319-320).

No mesmo sentido, Eduardo Couture assevera que somente as provas colhidas de acordo com um procedimento condizente com a legalidade devem ser valoradas (COUTURE, 1946, p. 169).

Embora a Constituição Federal estabeleça o direito à prova, esse direito, como outro qualquer, não é absoluto, estando sujeito a limitações estabelecidas pelo próprio ordenamento. O direito à prova apresenta como correlato o direito à exclusão das provas que contrariem o ordenamento (GOMES FILHO, 1997, p.91-93).

Sobre o tema, Adalberto José Q.T. de Camargo Aranha informa:

Logo, prova proibida, conceito genérico, é toda aquela que é defesa, impedida mediante uma sanção, impedida que se faça pelo Direito. A que deve ser conservada à distância pelo ordenamento jurídico. Por se proibida, ofende, molesta, opõe-se ao Direito. (ARANHA, 1982, p.19)

Conforme Rosemiro Pereira Leal, é inquestionável que não se admita mais a utilização de provas que contrariem o ordenamento jurídico, embora elas possam refletir uma maior proximidade com a realidade fenomênica, ou seja, com a “verdade”, pois ainda que se tenha certeza da existência do elemento de prova, não se autoriza sua coleta contra a lei (LEAL, 2005, p. 193).

A coisa julgada também representa óbice na busca da verdade. A decisão que, após o trânsito em julgado, adquire o caráter de imutabilidade, ainda que não

reflita a verdade, somente poderá ser alterada via procedimento específico (revisão criminal) e desde que seja favorável ao réu. O princípio que veda a “reformatio in pejus” implica em mais uma barreira aplicável à atividade instrutória (ARANHA, 1994, p. 16).

As inúmeras limitações concernentes à atividade probatória, decorrentes da natureza humana ou impostas pela lei, resultam na impossibilidade de se invocar a verdade material ou qualquer outra classificação que se queira atribuir a ela.

Contudo, usualmente ainda se trabalha com a equivocada distinção entre verdade real e formal, de modo que tal classificação deve ser rechaçada.

3.3 A distinção entre verdade real e verdade formal

A maior parte dos operadores do Direito insiste em trabalhar com a idéia de “verdade real”, em contraponto à “verdade formal” (ÀVILA; GAULAND; PIRES FILHO, 2006, p.43), classificando-as de acordo com a espécie da matéria a ser discutida no processo, ou seja, de acordo com o bem material que esteja em disputa.

A prova penal é uma reconstrução histórica; é irrelevante que os fatos sejam incontroversos, e apesar da convergência das partes o juiz penal deve sempre pesquisar, com a finalidade de colher a prova que possa fazer-lhe conhecer os fatos reais e verdadeiros. Por isso se diz que no processo penal está em causa não a *verdade formal* e sim a *verdade material*. Mas em todos os setores do conhecimento a noção de verdade está constantemente condicionada àquela série de valores que se traduzem pelo método do qual se desenvolve sua busca. (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2006, p. 145)

Assim, enquanto na área cível basta a verdade formal, na esfera criminal a atividade probatória deve ter como meta a verdade real, substancial (DEI MALATESTA, 2005, p. 111).

A partir dessa distinção, conclui-se que o almejado na seara criminal é uma verdade objetiva ou substancial, que é atingida por meio de provas suficientes e que se forma por intermédio do contato do espírito do juiz com a prova, gerando nele uma certeza indubitável. Assim, a verdade formal, que depende da suficiência ou insuficiência das provas, não tem o condão de sustentar uma condenação que

somente pode estar embasada na verdade substancial (DEI MALATESTA, 2005, p.107).

No campo do processo civil, embora o juiz hoje não mais se limite a assistir inerte à produção de provas, pois em princípio pode e deve assumir a iniciativa destas (CPC, arts. 130, 341 etc.), na maioria dos casos (direitos disponíveis) pode satisfazer-se com a *verdade formal*, limitando-se a acolher o que as partes levam ao processo e eventualmente rejeitando a demanda ou a defesa por falta de elementos probatórios. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1997, p.65-66)

José Roberto dos Santos Bedaque, adepto do ativismo judicial, afirma que, se o bem que está em jogo é indisponível, o juiz deverá buscar pela verdade real; caso contrário, se contenta com a verdade formal. Dessa forma, no âmbito penal sempre se exige a busca pela verdade real, que somente seria almejada no processo civil, quando o interesse público prevalecesse sobre o privado (BEDAQUE, 1994, p. 91-92).

É clássica a distinção na doutrina processual sobre a verdade formal e material, aplicada ao direito processual civil e penal, respectivamente, como se a verdade de um sistema fosse diferente da do outro, ou seja, a dogmática convencionou atribuir conceitos distintos à verdade processual, conforme o objeto em julgamento. (THUMS, 2003, p. 327)

Consustanciada na classificação acima apresentada, a verdade material é aquela que retrata os fatos como ocorreram historicamente, enquanto a verdade formal, no sentido técnico-jurídico, é aquela que obedece a regras previamente estabelecidas (SOUZA, 2001, p. 256).

Mas, a distinção entre verdade real e formal não faz sentido e, nessa linha de raciocínio, Piero Calamandrei, divergindo do posicionamento majoritário, informa que:

La contraposición entre verdad real y verdad formal, mediante la cual algún procesalista ha creído expresar en fórmula sintética una diversidad esencial de objeto entre la instructoria penal y la instructoria civil (de suerte que, si tuviese fundamento tal contraposición, solamente sería verdadera historiografía la que se realiza en las aulas penales), no corresponde en modo alguno a la verdadera naturaleza de los procesos, los cuales, aun serviéndose de diferentes métodos de investigación, se dirigen al mismo y único fin, que es la busca de la verdad simple y una, sin anādidos y sin calificativos. (CALAMANDREI, 1945, p. 117)

Distanciando-se da classificação da verdade entre real e formal, Eugênio Pacelli de Oliveira trabalha com a idéia de verdade processual, como aquela verdade construída no processo (OLIVEIRA, 2001, p. 304), de modo que seria a única possível, face às inúmeras limitações impostas à atividade probatória (ZILLI, 2003, p. 114).

Assim, ainda que prévia e sabidamente imperfeita, o processo penal deve construir uma verdade judicial, sobre a qual, uma vez passada em julgado a decisão final, incidirão os efeitos da coisa julgada, com todas as suas consequências, legais e constitucionais. O processo, portanto, produzirá uma *certeza do tipo jurídica*, que pode ou não corresponder à verdade da realidade histórica (da qual, aliás, via de regra, jamais se saberá), mas cuja pretensão é a da estabilização das situações eventualmente conflituosas que vêm a ser o objeto da jurisdição penal. Para a consecução de tão gigantesca tarefa, são disponibilizados diversos meios ou métodos de prova, com os quais e mediante os quais se espera chegar o mais próximo possível da realidade dos fatos investigados, submetidos, porém, a um limite previamente definido na Constituição Federal: o respeito aos direitos e às garantias individuais do acusado e de terceiros, protegido pelo imenso manto da inadmissibilidade das provas obtidas ilícitamente. (OLIVEIRA, 2005, p. 278)

Conforme demonstrado, o fato de existir uma verdade para o processo civil e outra para o processo penal não mais se sustenta e a substituição por outras “verdades”, como a verdade processual ou judicial, também carece de cientificidade de modo que a utilização da verdade, seja ela qual for, serve, tão somente, para “legitimar” decisões pautadas no protagonismo judicial e na subjetividade do juiz.

3.4 O critério da verdade absoluta como instrumento de dominação

O pensamento jurídico, desde a Idade Média, fundou-se no poder centralizado, e o surgimento das Universidades, que tiveram como ponto de partida o estudo do direito romano do período da *cognitio extra-ordinem*, contribuiu ainda mais para esse fenômeno.

Nesse contexto, o mito da verdade absoluta esteve fortemente presente na época do poder centralizador, monopolizado pelos reis e pela Igreja Católica (FERRAZ JÚNIOR, 1996, p. 65) que, por sua vez, manipulou a verdade como um saber político, dominando o ocidente por mais de mil anos (THUMS, 2003, p. 325).

A busca da verdade real constituiu característica marcante do sistema inquisitorial e dos Estados Absolutistas e sempre engendrou finalidades políticas, extrajurídicas (GOMES FILHO, 1997, p. 34).

Seja como instrumento de manipulação religiosa, como ocorreu entre católico e não-católicos no início da Renascença na velha Inglaterra ou na França, seja como instrumento de imposição de determinada ordem nos sistemas processuais inquisitoriais, a exigência de compromisso de revelação da verdade sempre esteve a serviço de certos poderes públicos, em face dos quais o indivíduo jamais recebe o tratamento de sujeito de direitos. (OLIVEIRA, 2004, p.207)

Luiz Fernando Camargo de Barros Vidal adverte que o mito da verdade real, como fim maior da atividade probatória, “é apenas uma dissimulação para a construção de um saber individualizado e concreto, que permite o exercício do poder” (VIDAL, 2004, p. 12) e que tem sustentado a violação de garantias processuais penais.

Nessa perspectiva, se a decisão judicial estiver embasada na “verdade”, o povo acreditará que ela é correta e assim a respeitará. O mito da verdade serve então para legitimar a atividade jurisdicional encerrada em uma sentença (THUMS, 2003, p. 330).

Sob o argumento da busca da verdade real, vislumbrou-se o ativismo judicial, no qual o juiz não pode correr o risco de decidir somente com o que foi levado pelas partes e ter assim prejudicada sua missão de fazer justiça. Caberá a ele, embora com prudência e bom senso, ordenar tudo o que for necessário para se chegar à verdade (BEDAQUE, 1994, p. 59).

A verdade real legitima então o ativismo e o protagonismo judicial, atribuindo ao juiz, de forma solipsista, a árdua tarefa de encontrá-la - tarefa que somente poderá ser realizada por mentes superiores, dotadas de faculdades especiais.

Em toda a causa, em que se trata de decidir em fundo onde está a verdade, a convicção procede da individualidade do juiz. Sua missão obriga-o a examinar os pontos isolados, nos quaes a prova se funda, a liga-los uns aos outros, a deduzir as sua consequencias, e, depois de ter minuciosamente aferido uns pelos outros, com auxilio dos motivos pro e contra, a assentar uma conclusão definitiva sobre os resultados diversos de todas essas operações mentaes. (MITTERMAIER, 1870, p.102).

Pelo exposto, o mito da verdade real foi - e continua sendo- instrumento a favor da dominação, justificando a adoção de práticas judiciais dotadas de

subjetivismo, pois, ainda hoje, se trabalha com termos indeterminados, como “espírito”, “crença”, “verdade”, “certeza revelada pelos sentidos” e outras expressões que pela sua subjetividade, não podem ser explicadas, não se amoldando ao paradigma do Estado Democrático de Direito. (MADEIRA, 2008a, p.184)

[...] a busca de uma verdade *substancial*, ou, como historicamente tratada naquele foro, a *verdade real*, gerou a adoção de práticas judiciais sem quaisquer limitações racionais, terminado por desaguar em decisões fundadas unicamente no subjetivismo do juiz, deixando o cidadão a descoberto e afastado do princípio da legalidade. (OLIVEIRA, 2001, p. 303)

Natalie Ribeiro Plestsch ensina que o mito da verdade, com seus critérios imprecisos, amparados na discricionariedade, retrata a decisão judicial como fonte de dominação (PLETSCH, 2005, p. 232), de modo que somente pode servir a uma elite dominadora que há séculos mantém o poder.

O chamado discurso competente representa a mais poderosa ameaça a qualquer projeto humano de emancipação e chegou ao Direito, hoje um cipal indecifrável de algo cujo destinatário privilegiado deveria ser o homem. Fez-se inteligível o discurso jurídico para dissimular a dominação a que ele serve. (PASSOS, 2008, p. 358)

Dessa feita, o mito da verdade adequa-se à Escola Relacionista e aos adeptos da teoria instrumentalista de processo, cujos postulados serão analisadas no tópico seguinte.

3.4.1 A teoria da relação jurídica e a escola instrumentalista

A obra de Oscar Von Bülow, intitulada Teoria das Exceções Processuais e os Pressupostos Processuais, publicada na Alemanha em 1868, serviu de base para a Escola Relacionista que, posteriormente, recebeu apoio de autores como Chiovenda, Carnelutti, Liebman, Cândido Rangel Dinamarco, Ada Pellegrini, dentre outros.

A teoria da relação jurídica preconiza que o processo é um vínculo, liame, ligação, relação de subordinação, que se firma entre autor, juiz e réu, de modo que um possa exigir do outro uma determinada prestação.

E é desde Bulow (1868) que se compreende o processo como uma relação jurídica entre o juiz e as partes, entendida esta como o vínculo subjetivo que faz com que aquele que tem direitos (sujeito ativo) possa exigir daquele que tem dever (sujeito passivo) o cumprimento de uma determinada conduta. (BARROS, 2008, p.12)

Cumprido ressaltar que a teoria da relação jurídica não se confunde com o instrumentalismo. Na realidade, ela serviu de base aos instrumentalistas, que encontraram nela suporte necessário para desenvolver suas idéias.

Portanto, os instrumentalistas, tendo por base os ditames da Escola Relacionista, difundiram a noção de processo como instrumento a favor da jurisdição⁴¹, que para seus seguidores deve ser entendida como:

[...] uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve com justiça. Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentado em concreto para ser solucionado; e o Estado desempenha essa função sempre mediante o processo, seja expressando imperativamente o preceito, (através de uma sentença de mérito) seja realizando no mundo das coisas o que o preceito estabelece (através da execução forçada). (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 1997, p. 129)

Terezinha Ribeiro Chaves afirma que, por intermédio da Jurisdição, o Estado assume o poder soberano de solucionar os conflitos (CHAVES, 2003, p. 143) transferindo tal atividade exclusivamente aos juizes, que tem o poder-dever de solucionar as lides, dizendo, no caso concreto, qual a solução mais justa, capaz de proporcionar a pacificação dos conflitos.

“O Estado, para alcançar seu objetivo de manter a paz e a harmonia social, utiliza-se do seu poder, ou seja, para atingir a finalidade a que se propôs o Estado impõe sua vontade sobre as pessoas.” (BEDAQUE, 1994, p.17)

Portanto, por intermédio do processo, o juiz deve decidir com a justiça que, por sua vez, somente poderá ser alcançada se a verdade for encontrada, pois justa é a sentença que refletir a verdade (DELLEPIANE, 1942, p. 42).

Para os instrumentalistas, o processo é considerado instrumento a favor da Jurisdição e possui escopos metajurídicos dentre os quais destaca-se a finalidade de pacificação social dos conflitos.

⁴¹ “Em termos etimológicos, a jurisdição corresponde à junção do substantivo jus, com acepção de Direito, justiça, equidade, e do verbo dictio, ônis-com significação de ação de dizer, conversação, discurso.” (SILVA FILHO, 2003, p. 165)

Seja ao legislar ou ao realizar atos de jurisdição, o Estado exerce o seu **poder** (poder estatal). E, assim como a jurisdição desempenha uma função instrumental perante a ordem jurídica substancial (para que esta se imponha em casos concretos),-assim também toda atividade jurídica exercida pelo Estado (legislação e jurisdição consideradas globalmente) visa a um objetivo maior, que é a pacificação social. É antes de tudo para evitar ou eliminar conflitos entre pessoas, fazendo justiça, que o Estado legisla, julga e executa (o escopo social magno do processo e do direito como um todo). O processo é, nesse quadro, um instrumento a serviço da paz social. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1997, p. 41 grifo do autor)

O procedimento, por sua vez, é o aspecto formal do processo⁴², o meio extrínseco pelo qual ele se instaura, sua dimensão fenomenológica, significando tão somente um simples desencadear de atos (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1997, p. 279).

Para Cândido Rangel Dinamarco, a jurisdição reflete o poder estatal e é exercida pelos seus agentes, de modo que irá, necessariamente, definir seus objetivos, de acordo com os próprios objetivos do Estado. A teleologia processual está amparada em três vertentes: a social, a política e a jurídica que por sua vez, se relaciona instrumentalmente com as demais (DINAMARCO, 1988, p. 120).

O raciocínio teleológico, inerente ao pensamento instrumentalista, há de incluir então, necessariamente, a fixação dos escopos do processo, ou seja, dos *propósitos* norteadores de sua instituição e das condutas dos agentes estatais que o utilizam. A riqueza da tese instrumentalista e a própria legitimidade metodológica derivam mesmo da oportunidade, que proporcionam, do estabelecimento de verdadeiros *pólos de atração*, para que os valores sociais e políticos inerentes à cultura nacional pssam com isso ditar as linhas básicas do endereçamento de todo o sistema processual e das especulações a seu respeito. (DINAMARCO, 1988, p.116)

Sob essa base teórica, o processo possui inúmeras finalidades, ou seja, deve estar dotado de escopos meta-jurídicos.

Embora incompleto ainda o quadro dos escopos da jurisdição e carente de melhores definições, é inegável a tendência a abandonar a unidade teleológica tradicional. Agora, a visão social e política do fenômeno processual, amparada nessa tendência já definida, pode sugerir a válida abertura do leque dos objetivos, para que se chegue a visão integrada problemática posta e se possa, afinal, dar-lhe a necessária sistematização.

⁴² Cumpre ressaltar que, atualmente, alguns instrumentalistas estão revisando seu conceito de procedimento, como Scarance Fernandes no livro Teoria Geral do procedimento e procedimento no processo penal. Nesse sentido, o referido autor afirmar que: “a dificuldade em identificar o processo somente como relação jurídica fizeram ressurgir o procedimento como instituto de fundamental importância no direito processual, buscando por intermédio dele, melhor esclarecer e situar o fenômeno processual.” (FERNANDES, 2005, p.29-30)

E esta, como é intuitivo, para ser completa há de incluir o exame dos múltiplos escopos da jurisdição, seja no significado de cada um, seja na distribuição de todos entre os diversos planos propostos (social, político e jurídico), seja ainda na maneira como a consideração de cada uma das metas pré-fixadas pode repercutir em outros campos (é notória, v.g., a relatividade do próprio escopo jurídico da jurisdição, mercê das cambiantes opções políticas registradas pela história) e sobretudo na técnica processual. (DINAMARCO, 2005, p.186)

Bedaque, embora atribua ao processo a função de pacificação com justiça, informa que os escopos sociais e políticos já se encontram inseridos no escopo jurídico pelo qual a lei representa a vontade coletiva, afirmando a autoridade estatal. Por fim, o autor adverte que alocar a participação e educação como escopos políticos e sociais do processo pode resultar na sobreposição da Jurisdição face às funções legislativas e executiva (BEDAQUE, 1994, p.17).

De toda forma, cumpre ressaltar que tais idéias não podem mais ser aceitas sendo inadmissível que a teoria da relação jurídica originada na segunda metade do século XIX, ou seja, em outro contexto científico já suplantado pelo Estado Democrático de Direito, ainda hoje mantenha forte influência sobre a maioria dos processualistas brasileiros e, por conseguinte, reflita seus postulados nos diplomas legais pátrios. (CHAVES, 2003, p. 120)

Em que pese a infinita discussão a respeito da sua natureza jurídica e a adoção, pela CF/88, da posição de Elio Fazzalari (art. 5º, LV), ou seja, de que há processo quando houver procedimento com contraditório, continua firme na dogmática, por enquanto, a noção bülowiana de que é ele uma *relação jurídica processual*. (COUTINHO, 1999, p.79)

Aroldo Plínio Gonçalves aponta os perigos de se adotar a teoria da relação jurídica:

O problema que se coloca ao se considerar o processo como relação jurídica é o problema da própria relação jurídica. A se admitir o processo como relação jurídica, na acepção tradicional do termo, ter-se-ia que admitir, conseqüentemente, que ele é um vínculo constituído entre sujeitos em que um pode exigir do outro uma determinada prestação, ou seja, uma conduta determinada. Seria o mesmo que se conceber que há direito de um dos sujeitos processuais sobre a conduta do outro, que perante o primeiro é obrigado, na condição de sujeito passivo, a uma determinada prestação, ou que há direito das partes sobre a conduta do juiz, que, então, compareceria como sujeito passivo de prestações, ou ainda, que há direitos do juiz, que, então, compareceria como sujeito passivo de prestações, ou ainda, que há direitos do juiz sobre a conduta das partes, que, então, seriam os sujeitos passivos da prestação. (GONÇALVES, 2001, p. 97)

Ainda que a teoria relacionista tivesse tido o mérito de identificar a autonomia do direito processual em relação ao direito material⁴³, não conseguiu ultrapassar o privatismo formalista clássico, que tem como eixo central a idéia de subordinação de um sujeito face a outro (CHAVES, 2003, p. 121) e que privilegia a figura do juiz, colocando-o como uma “super-parte”, de modo que ele se encontre em uma posição de poder-dever, enquanto as partes se encontram em posição de sujeição (BARROS, 2008, p.12)

Nesse sentido, Antônio Rocha Goayatá afirma que não é mais possível falar em polo ativo e polo passivo na relação jurídica, porque, no Estado Democrático de Direito, ambas as partes têm legitimidade ativa (GOYATÁ, 2000, p. 178), têm direito, em contraditório e dentro de um modelo procedimental previamente estabelecido, de ver suas alegações analisadas e avaliadas por um terceiro imparcial.

O conceito dogmático de Jurisdição⁴⁴ constitui óbice à implantação dos direitos fundamentais e desserve ao Estado Democrático de Direito. Na concepção democrática, a Jurisdição consiste na aplicação do ordenamento jurídico com a estrita e inafastável obediência aos direitos e garantias fundamentais⁴⁵, balizadores

⁴³ “Em 1868, Bülow publica na Alemanha (em Giessen) a sua obra Teoria das Exceções Processuais e os Pressupostos Processuais, considerada por James Goldschmidt como o primeiro livro “que abriu o caminho para criar uma ciência construtiva do processo”. (ALVIM, 1995, p. 36)

⁴⁴ “Em capítulo extenso de sua clássica obra, Carrê de Malberg discorre longamente sobre a função jurisdicional do Estado, procurando defini-la segundo seu objeto. Assinala que, segundo o pensamento majoritário da doutrina, o objeto da função jurisdicional seria o de resolver os litígios que eclodem entre as pessoas, nas suas relações de ordem privada, e aqueles que também surgem entre o administrador e a autoridade administrativa, em relação aos atos por esta praticados. Assim, o exercício da jurisdição teria como pressuposto um litígio entre partes que sustentassem pretensões contrárias, de sorte a provocar a intervenção jurisdicional. A idéia geral, então, prossegue o autor, é a de que a função jurisdicional teria seu exercício postulado sempre que suscitado um litígio, cuja solução tornasse necessária à interpretação ou aplicação da lei. O litígio teria origem em um ponto de direito, divergindo as partes litigantes quanto ao sentido ou alcance de uma disposição legal, ou em um ponto de fato, que condicionasse a aplicação da lei, situação na qual não estaria em discussão o sentido da lei, mas o de saber se a lei incidiria sobre o fato que causou o litígio. Entretanto, para Carrê de Malberg, apesar de verdadeira em grande parte, a teoria de que a função jurisdicional teria por objeto solucionar as questões litigiosas ainda seria insuficiente, não se limitando a tal aspecto, o que justifica satisfatoriamente, ao lembrar a jurisdição exercida em matéria penal, que surge independente da existência de um litígio.” (BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, 2004, p. 81) Nesse sentido: “A jurisdição não é, meramente, instrumento de solução de conflitos, é, pelo contrário, condição de gestação da racionalidade do ordenamento. Em oposição à crença de Dworkin apresentada na obra O império do Direito, sobre a necessidade de um juiz Hércules, capaz de conhecer toda a história jurídica de uma comunidade para fundamentar as decisões jurídicas, o que se mostra aqui é a exigência da democratização do processo, com a garantia da parte apresentar todos os argumentos para justificar seu pedido, à luz da compreensão racional que tem do ordenamento. Este e somente este é o direito fundamental do cidadão, direito ao discurso, direito constitucionalizado com o devido processo legal e o contraditório, sob condições de tratamento isonômico.” (SILVA FILHO, 2003, p. 174)

⁴⁵ Enquanto os direitos têm natureza meramente declaratória as garantias buscam assegurar o

da atividade do magistrado, que não pode atuar ao seu bel prazer, ao seu livre arbítrio, com base em uma suposta clarividência ou embasado no seu subjetivo senso de justiça.

A respeito da Jurisdição, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias ensina que:

[...] a chamada função jurisdicional ou simplesmente jurisdição é atividade-dever do Estado, prestada pelos seus órgãos competentes, indicados no texto constitucional, somente possível de ser exercida sob petição da parte interessada (direito de ação) e mediante a indispensável garantia do devido processo constitucional. Em outras palavras, a jurisdição somente pode ser desenvolvida ou prestada por meio de processo instaurado e desenvolvido em forma obediente aos princípios e regras constitucionais, entre os quais avultam o juízo natural, a ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela (defesa) inerentes, o contraditório e a fundamentação dos pronunciamentos jurisdicionais com base no ordenamento jurídico vigente (princípio da legalidade ou da reserva legal), com o objetivo de realizar imperativa e imparcialmente o direito. É o que a doutrina italiana chama de *modelo constitucional de processo* [...] (BRÊTAS DE CARVALHO DIAS 2007, p.225)

Não se pode mais admitir a idéia de um processo dotado de escopos meta-jurídicos⁴⁶, conceitos indeterminados e obscuros, que dependem, para sua compreensão, da atividade solipsista do julgador (MADEIRA, 2008b, p. 136) único possuidor das qualidades superiores e especiais necessárias para tanto (CHAVES, 2003, p. 122).

No atual estágio da democarcia, não se pode mais acatar decisões fundadas em termos imprecisos, vagos, “em expressões inesclarecidas (e ideológicas) como “bem-estar social”, “justiça”, “paz social”, “equidade”, que, nas falsas democracias, mascaram o *autoritarismo* e a *violência*, convergindo para o atendimento dos *interesses pessoais da autoridade* ou do grupo a que pertence. (MADEIRA, 2008b, p. 137)

exercício desses direitos de sorte que os termos não podem ser confundidos (GRINOVER, 1985, p. 7). Assim, as garantias significam que não basta proclamar direitos, mas que é necessário instituir meios capazes de efetivamente implementá-los sob pena de se manter a “ idéia de mero complexo de princípios filosóficos e generosos, sem eficácia executória.” (VARGAS, 2002, p.45-46) Os direitos e garantias fundamentais são aplicáveis inclusive contra lei quando esta, em desconformidade com a Constituição, restringe sua aplicação. (HADDAD, 2005, p. 44).

⁴⁶ “Hodiernamente os seguidores de Bülow, escola instrumentalista de processo, concedem escopos meta-jurídicos (políticos, éticos, sociais) ao processo, como se este fosse instrumento a serviço da atividade jurisdicional nas mãos do juiz para se alcançar a justiça. Dando múltiplas finalidades ao processo, tal escola atribui amplos poderes ao juiz, como se ele pudesse, a partir de sua experiência pessoal e ideologia própria, determinar o que é justo. Proclamam utilizando um discurso tautológico, que o procedimento é forma imposta ao fenômeno processual ou meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve e termina o processo, que por sua vez é o método ou finalidade abstrata de obter o provimento”. (ALMEIDA, 2005, p.62-63)

Portanto, argumentos morais, sociais e políticos não podem servir de baliza para a fundamentação das decisões, pois, em sociedades complexas, pluralistas, diversificadas, é impossível estabelecer um consenso universal sobre um tema metajurídico, já que o que o justo para uns não o é para outros (MADEIRA, 2008b, p. 125).⁴⁷

Num Estado Democrático de Direito não há lugar para um Judiciário justiceiro. A justiça e a injustiça têm a sua sede no Parlamento. O máximo que pode ocorrer é o órgão judicial acertar ou errar na aplicação da lei. Ao órgão judicial é absolutamente defeso criar uma norma e aplicá-la. Nem mesmo aquelas situações de sucessão de leis penais no tempo, o juiz criminal não pode tirar parte da lei velha e parte da lei nova, juntá-las, criando uma terceira lei e aplicá-la, ainda mesmo *in bonam partem*: o juiz não pode arvorar-se em legislador. (VARGAS, 2002, p.39)

Querer que o juiz alcance justiça e a paz social exige dele poderes supremos, incondizentes com o discurso racional prevalecente na atualidade, de sorte que não tem mais lugar as afirmações de que um ótimo juiz é o que possui a intuição aguçada e de que o sentimento de justiça é uma qualidade inata, independente da técnica do direito, similar ao que ocorre na música onde a falta de ouvido não pode ser substituída pela inteligência (CALAMANDREI, 2003b, p. 87).

Evidenciado está que os ditames da Escola Relacionista e Instrumentalista embora sejam os mais difundidos, não mais se sustentam, pois afastam a efetiva participação das partes na construção das decisões, ao privilegiarem a atuação de um juiz supremo, dotado de qualidades inatas como o bom senso, o prudente arbítrio, e que, solipsisticamente, tem que encontrar a paz social.

⁴⁷ “Na atualidade, a idéia de uma sociedade monolítica desaba por completo, não sendo possível sustentá-la, nem mesmo, no período medieval. Na contemporaneidade, como em outros tempos, é impossível defender uma única noção de justo, injusto, certo, errado, bem ou mal. Aliás, historicamente, muitos tentaram assacar sua idéia de justo aos demais mediante o uso da violência ou mesmo do direito. Até hoje, é comum encontrar nos textos normativos uma tentativa de se criar um ethos universal, uma uníssona vontade popular ou mesmo uma única idéia de justiça e bem estar-social. Hoje, sabe-se que uma lei, em si, não é capaz de tornar idêntico algo que é, em sua essência, diferente.”(MADEIRA, 2008b, p. 124)

Desde Fazzalari⁴⁸ a noção de processo como instrumento a favor da jurisdição não pode mais ser aceita passando a vigorar a idéia de que:

[...]“processo” é um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar suas atividades (FAZZALARI, 2006, p. 118).

Sob essa base o processo é encarado como espécie do gênero procedimento⁴⁹, que apresenta como traço peculiar a participação dos interessados em contraditório de forma que àqueles que irão ser afetados pelo pronunciamento é dada a oportunidade, em simétrica paridade de armas, de participar de sua formação, atuando não somente como destinatários, mas também como seus co-autores (GONÇALVES, 2001, p.113-115). Inexiste, portanto, relação de subordinação entre as partes e o juiz, que não se encontra em uma posição privilegiada.

Portanto, se o processo não pode ser vislumbrado como instrumento a favor da jurisdição e a verdade é inatingível, não podendo servir de fundamento para justificar o ativismo judicial e legitimar decisões pautadas no subjetivismo, resta esclarecer qual a “verdade” possível no Estado Democrático de Direito.

⁴⁸ A partir de Fazzalari vislumbramos a noção de processo condizente como o Estado Democrático de Direito. Pode-se afirmar que a ruptura com a clássica noção relacionista e a moderna concepção democrática de processo ocorreu com o surgimento da Escola Estruturalista que tem como seu maior expoente o jurista italiano Elio Fazzalari (ALMEIDA, 2005, p. 63) “A partir dos estudos de Fazzalari (escola estruturalista de processo), em fins do século XX, renova-se a concepção e o objeto do direito processual”. No Brasil, a doutrina fazzalariana encontrou como seu maior defensor e divulgador o Aroldo Plínio Gonçalves. (GONÇALVES, 2001)

⁴⁹ Para o perfeito entendimento dessa corrente, importante frisar o conceito de procedimento que não se restringe a uma série de normas, não se configura simplesmente em um desenrolar de atos devendo ser entendido como: [...] uma série de “faculdades”, “poderes”, “deveres”, quantas e quais sejam as posições subjetivas passíveis de serem extraídas das normas em discurso e que resultam também elas necessariamente ligadas, de modo que, por exemplo, um poder dirigido a um sujeito depois que um dever tenha sido cumprido, por ele ou por outros, e por sua vez o exercício daquele poder constitui o pressuposto para insurgir-se de outro poder (ou faculdade ou dever).(FAZZALARI, 2006, p. 114)

3.5 A “verdade possível” no Estado Democrático de Direito

O Estado de Direito⁵⁰ embora estivesse sedimentado na idéia de controle do poder estatal por intermédio das disposições legais, não apresentava contornos democráticos, pois as decisões eram tomadas a mercê da vontade popular de modo que abusos e opressões eram positivados nas legislações.

Portanto, a noção de Estado de Direito é incompatível com a concepção atual de Estado Democrático de Direito, que não se limita a sujeição de todos ao império de uma legislação meramente declaratória de direitos, exigindo que existam meios para garantir sua efetividade (CHAVES, 2001, p.111).

Lutiana Nacur Lorentez, seguindo a mesma orientação, adverte que:

Um dos aspectos mais relevantes do Estado Democrático de Direito é que nele o cidadão não pode ser mais mero sujeito passivo, espectador dos serviços públicos, mas sim deva ser *um agente ativo*, aquele que formula decisões administrativas. (LORENTZ, 2003, p.50-51)

Nesse patamar, somente pode-se falar em Estado Democrático de Direito se os cidadãos, que são os verdadeiros detentores do poder, puderem, em simétrica paridade de armas, seja na esfera legislativa, jurisdicional ou administrativa, participarem discursivamente da construção das decisões que irão surtir efeitos sobre as suas vidas.

Além disso, como preconizado por Menelick de Cravalho Neto, o Estado Democrático de Direito deve estar consubstanciado em um “direito participativo, pluralista e aberto” (CARVALHO NETO, 2000, p.481), resultando na exigência de que os cidadãos sejam compreendidos como sujeitos e destinatários da norma (BARROS, 2006, p.231) que, por sua vez, deve refletir as diversas concepções existentes nas sociedades modernas marcadas pela diversidade.

⁵⁰ O Estado de Direito está pautado na obediência impessoal das regras jurídicas e nasceu em contraposição a governos que sedimentados na força do príncipe e na opressão do indivíduo (VARGAS, 2002, p.38) eram marcados pela concentração da soberania nas mãos do monarca, que também exercia a autoridade eclesiástica e que deveria, no plano teórico, promover o bem estar de seus súditos (BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, 2004, P.93-94). Estava estruturado nos seguintes postulados: a) rejeição à idéia do Estado como criação divina; b) limitação às tarefas e aos objetivos estatais; c) organização estrutural do Estado e regulamentação de suas atividades em parâmetros racionais; d) distribuição de competências entre os órgãos estatais, ou seja, tripartição de funções (BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, 2004, p.96).

Assim, o Estado Democrático de Direito configura-se no Estado constitucionalmente estruturado, cuja atuação está delimitada pela obediência ao ordenamento jurídico que, em sentido amplo, engloba as regras jurídicas (normas-disposição) e os princípios jurídicos (normas-princípio) (BRÊTAS de CARVALHO DIAS, 2004, p.86), e que exige, para sua legitimação, a participação dos afetados, inclusive das minorias.

No Estado Democrático de Direito não há que se falar em verdade, pois o que importa não é o grau de verdade, verossimilhança ou certeza constante na decisão, mas sim se ela foi construída dialogicamente, a partir de um viés participativo e plural, de modo que se permita aos afetados, discursivamente, participarem da sua construção, atuando como seus co-autores. Conforme salientam Carlos Henrique Soares e Gustavo Torres Soares, *“só pode ser o Estado Democrático de Direito o modelo teórico que, obviamente respeitando a legalidade, contenha a participação dos afetados pelo provimento na construção do mesmo”* (SOARES; SOARES, 2004, p. 155).

Portanto, é inconcebível falarmos não somente em verdade real, mas em qualquer espécie de verdade, pois se a verdade inexiste não temos como adjetivá-la.

Nesse sentido, a instrução criminal não se legitima na verdade ou em termos inesclarecidos, mas sim na busca da construção de uma decisão com a observância do modelo constitucional de processo⁵¹ de modo que àqueles que irão ser por ela afetados possam atuar como seus co-autores e não como meros destinatários.

⁵¹ O modelo constitucional de processo será analisado de forma mais pormenorizada no item 4.2.1

4 DA ATIVIDADE INSTRUTÓRIA

A questão da prova é matéria por demais complexa e envolve inúmeros assuntos das mais variadas áreas, estando, na busca da verdade, intimamente relacionada com a filosofia e a teoria científica (GOMES FILHO, 2005, p.303).

Sem desprezar a relevância das expressões que a questão probatória tem na seara processual penal (como a titularidade exclusiva da ação penal pública do Ministério Público e, portanto, a responsabilidade quanto às provas da culpa do imputado, a garantia da presunção de inocência que isenta o acusado de qualquer obrigação de cunho probatório e da imparcialidade do órgão julgador, que o afasta de qualquer atividade estranha à tutela dos direitos fundamentais e ao julgamento), há que se considerar que tal problema extrapola o âmbito do direito, porquanto comporta outras discussões fundamentais como a verdade, o mito, a neutralidade e a imparcialidade do julgador. (PLETSCH, 2005, p. 232)

De outro lado, a questão da prova varia de acordo com tempo e espaço, com o sistema processual vigente, constituindo “sobretudo um *fenômeno cultural* vinculado a concepções e paradigmas estreitamente relacionados às características de uma determinada sociedade.”(GOMES FILHO, 2005, p.303)

Portanto, nesse momento, cumpre analisar os sistemas probatórios existentes.

4.1 Sistemas probatórios

Conforme já salientado, a reconstrução dos fatos sempre foi alvo de processo penal que, dentre outras finalidades, busca “a reconstituição de um fato pretérito, o crime, mormente através da instrução probatória.”(COUTINHO,1999, p. 66)

Nesse desiderato, foram utilizados sistemas probatórios diferentes⁵², ora relacionados a critérios metafísicos, sobrenaturais, ora a métodos dotados de

⁵² No livro a verdade e as formas jurídicas, Michel Foucault revisita a tragédia Édipo e faz uma análise a partir dos sistemas probatórios. Nesse sentido: “podemos dizer, portanto, que toda a peça de Édipo é uma maneira de deslocar a enunciação da verdade de um discurso de tipo profético e prescritivo a um outro discurso, de ordem retrospectiva, não mais da ordem da profecia, mas do testemunho. É ainda uma certa maneira de deslocar o brilho ou a luz da verdade do brilho profético e divino para o olhar, de certa forma empírico e cotidiano, dos pastores.” (FOUCAULT, 2005, p. 40)

racionalidade e cientificidade (OLIVEIRA, 2005, p. 277).

Portanto, a história da prova reflete o momento histórico de cada sociedade e, por conseguinte, seu grau de civilidade (BASTONE, 2000, p.93).

Na visão de André Cordeiro Leal, cada um dos sistemas de apreciação das provas “refletem em maior ou menor grau, o papel e a concepção do Direito e das decisões judiciais das épocas em que respectivamente se elaboraram.”(LEAL André, 2002, p. 93)

Gilissen classifica os sistemas probatórios em três grandes grupos:1) sistema das provas irracionais, no qual uma força sobrenatural indica ao juiz quem tem razão; 2) sistema legal de prova, em que cada meio de prova tem valor preestabelecido; 3) sistema da prova livre, em que o julgador aprecia livremente, de acordo com sua consciência, o arcabouço probatório (GILISSEN, 2001, p. 714).

Importante, ainda, mencionar que cada sistema probatório esteve, em maior ou menor grau, relacionado com o sistema processual adotado.

No sistema acusatório que vigorou na Antiguidade, vigorava o modelo de provas irracionais, juízos dos Deuses: os ordálios.

Posteriormente, como bem assinala Moacir Amaral dos Santos, buscou-se dotar a atividade probatória de maior cientificidade e estabelecer critérios determinados para que o juiz apreciasse as provas de forma ordenada, sem arbitrariedade (SANTOS, 1952, p. 327).

Entre as sociedades conhecidas, podemos identificar três sistemas de apreciação das provas: sistema tarifado (prova legal); sistema da livre convicção; e, por fim, o sistema da convicção condicionada, também conhecido como persuasão racional (ARANHA, 1994, p. 55-56),

A cada um dos sistemas probatórios contemporâneos corresponde uma metodologia própria de acerto dos fatos, assim como um determinado critério de valoração de provas: ao método *inquisitório* ligaram-se as *provas legais*, ao passo que no sistema anglo-americano, de natureza *acusatória*, a apreciação sempre se fez pela *íntima convicção*; no denominado sistema *misto ou reformado* avaliação das provas obedece como regra geral, ao critério do *livre convencimento ou da persuasão racional*. (GOMES FILHO, 1997, p.161)

Embora se atribua a cada sociedade, em cada época diferente, a adoção de um ou outro sistema, cumpre ressaltar que nenhum dos sistemas elencados é adotado de forma exclusiva (SANTOS, 1952, p. 338).

4.1.1 Provas irracionais

Com as invasões bárbaras, o direito romano (do período da *cognitio extraordinem*) misturou-se com o direito germânico, gerando a influência recíproca de um sistema no outro.

Tal fato também foi sentido na seara probatória, de modo que, no período que antecedeu ao modelo inquisitório, o sistema probatório resultou da união do sistema romano -baseado na lógica- com o sistema germânico, no qual a prova era irracional, embasada em ritos desprovidos de cientificidade. Ao mesmo tempo vigoraram: a prova natural (investigação ou pesquisa); a prova de consciência (juramento); e as provas sobrenaturais (juízos ordálicos ou juízos de Deus) (MADEIRA, 2008a, p.83).

Contudo, os ordálios prevaleceram sobre as demais espécies de provas e essa fase foi conhecida como fase das provas irracionais. Nela, os meios de prova faziam referência aos deuses, que somente permitiam que alguém saísse vencedor na prova que lhe era atribuída, se fosse considerado inocente. Ao juiz restava verificar se o procedimento probatório obedeceu ao rito estabelecido, já que a decisão era embasada nos critérios já indicados pela divindade (GILISSEN, 2001, p. 259).

Nesse sistema, a lei, que era a própria religião, ditava as regras de conduta dos homens e das sociedades e tinha interferência preponderante nas decisões das contendas. O homem era incapaz de, por si só, descobrir a verdade e, por isso, pedia auxílio aos deuses (SANTOS, 1952, p.24). Para os germanos, a prova era desprovida de racionalidade e ao juiz, que agia em nome de Deus, cabia, tão somente com base nas indicações divinas, indicar quem era o vencedor (MADEIRA, 2008a, p.84).

A ordália, ou julgamento de Deus, consistia em submeter alguém a uma prova, na esperança de que Deus não o deixaria sair com vida, ou sem um sinal evidente, se não dissesse a verdade, ou fosse culpado. Prova de caráter eminentemente religioso, numa época em que tudo, o lar, a família, a cidade, o govêrno, a justiça era protegido ou mesmo presidido por um deus, ou por Deus, a tal aplicação se enquadrava exatamente ao sistema jurídico daqueles povos, conseqüência lógica da noção que tinham de direito e justiça. (SANTOS, 1952, p.23-24)

A verdade dos fatos era revelada pelos Deuses que, no momento do julgamento, indicariam, de acordo com os ritos, quem era culpado ou inocente (SOUSA, 2004, p. 246).

Em se tratando do ordálio, este podia ser unilateral ou bilateral. Os ordálios unilaterais abrangiam tanto as provas do ferro em brasa, em que o acusado deveria segurá-la nas mãos sem se queimar, como a prova da água fria, em que o indivíduo era mergulhado de pés e mãos amarradas e devia se salvar. Havia ainda a prova do cadáver, na qual o acusado deveria tocá-lo sem que ele sangrasse. Já nos ordálios bilaterais, as duas partes eram submetidas a uma espécie de teste e quem perdesse era considerado culpado. Pode-se mencionar, como exemplo, o julgamento da cruz, onde as duas partes - autor e réu - deveriam ficar de braços estendidos, e o primeiro que deixasse os braços cair sairia perdedor e, portanto, seria considerado culpado. O duelo judiciário, no qual as duas partes travavam uma disputa a pauladas ou espadadas, era a forma mais comum de ordálio bilateral, difundida pela Europa até os séculos XIV e XV. Por derradeiro, havia ainda o juramento purgatório, no qual o acusado jurava, sob diversas ameaças, principalmente religiosas, que estava falando a verdade e acreditava que, caso mentisse, Deus iria castigá-lo por ter prestado falso juramento (GILISSEN, 2001, p. 715).

Esse rito perdurou, nas sociedades arcaicas e feudais, até o início do século XIII, tendo sido suplantado pelo sistema legal. Contudo, importante ressaltar, que tal mudança não ocorreu de forma brusca e nem completa, sendo que algumas provas, como os duelos judiciários, foram mantidas até o século XV.

Porém, a ausência de limites, associada à falta de racionalidade, levou à derrocada dos ordálios, fazendo surgir um sistema probatório embasado em maior cientificidade, ou seja, o sistema tarifado, que passou a vigorar com maior ênfase a partir da Inquisição.

4.1.2 O sistema tarifado

A adoção do sistema tarifado, também chamado de sistema da verdade legal, prova legal, certeza moral do legislador (PACHECO, 2006, p. 567) ou sistema das

provas positivas (SANTOS, 1952, p. 328), embora nos dias atuais seja inaceitável, à época representou avanço, pois além de ser pautado em critérios mais racionais, buscou diminuir as arbitrariedades e privilégios da justiça senhorial, que era embasada nos poderes discricionários dos senhores feudais (PRADO, 1999, p. 89).

Os juízes, ainda que como meros delegados, estavam a serviço de um poder centralizado e poderiam dar início à acusação, inclusive aplicando tormentos aos acusados, possuindo, portanto, um poder que precisava ser delimitado. O sistema tarifado buscou, então, controlar a atividade dos juízes, criando parâmetros para sua atuação, por intermédio de um tabelamento legal do material probatório (PRADO, 1999, p. 91).

Mas o movimento histórico gradualmente ascendente da humanidade conduz, em matéria probatória, à preponderância da substância da prova, com critérios fixos, por parte da lei, determinando em que condições probatórias se estará certo e em quais outras não; teríamos, assim, as *provas legais*. E falamos das provas legais como de um progresso histórico, porque substituíram as ordálias e os duelos judiciais, sistema probatório barbaramente taumatúrgico, atingido pelos anátemas do quarto Concílio Lateranense. (DEI MALATESTA, 2005, p.47)

Nesse sistema, o juiz agia “bitolado pela eficácia normativa” (ARANHA, 1994, p.56), pois o legislador, de forma autoritária, é que estipulava qual a eficácia de cada prova, buscando, antecipadamente, determinar qual caminho o juiz deveria tomar, retirando-lhe qualquer esforço intelectual (COUTURE, 1946, p. 189).

Cada prova tem um valor certo, constante e inalterado, preestabelecido pela norma, de tal sorte que ao juiz só é permitida a apreciação dentro da eficácia que a lei lhe atribui. O juiz torna-se um órgão passivo, pois, diante do valor tabelado, a ele cabe apenas verificar o valor atribuído pela lei, reconhecendo-o na sentença, sem que possa fazer sua apreciação diante da própria convicção. (ARANHA, 1994, p. 56)

Ao juiz, no que tange à atividade probatória, restaria uma postura passiva, consubstanciada na averiguação e contabilização da prova, que possuía valor abstratamente previsto (THIBAU, 2008, 319).

Preferia-se que se chegasse ao juiz somente o eco atenuado e impessoal dos escritos, redigidos no momento do exame das testemunhas, assim como o da inspeção de lugares etc. Mas a mesma desconfiança predominava também na *valoração* das provas. Tendia-se evitar todo o subjetivismo, qualquer “arbitrariedade”, e por isso toda possibilidade para o juiz de *valorar livremente*, de “pensar”, em suma, as provas. Elaborou-se, portanto, um sistema no qual as provas nem tanto deviam ser pesadas,

quanto mais *contadas* pelo juiz; um sistema de "valoração numérica" ou "aritmética" e, portanto, absolutamente "mecânico" das provas.(CAPPELLETTI, 2001, p.70)

Portanto, criou-se um método de valoração das provas com base em critérios pré-fixados, cabendo ao juiz, tão-somente, realizar uma operação matemática quando fosse julgar (MADEIRA, 2008a, p. 160).

Assim como todos os outros magistrados, devem os juizes seguir as instruções fixadas pelo legislador, e pois que o processo não é mais uma espécie de duelo judiciário, porquanto não se trata simplesmente de decidir quem tem razão, se o acusador, se o acusado, era necessario que a lei, dedicando-se exclusivamente à investigação da verdade material, estabelecesse certas bases de prova, que a experiência a longo tempo verificou serem as fontes mais seguras da certeza; e determinado, que somente sobre ellas se baseasse o julgamento, deixando a menor latitude possível ao arbítrio do juiz, era necessario que confeccionasse um systema inteiro da prova dominado por um espírito científico , ao mesmo tempo que os interesses da verdade e da innocencia ali achassem garantias as mais desejaveis. (MITTERMAIER, 1870, p. 67)

A prova era formal e a contra-prova era inadmissível (BASTONE, 2000, p. 94). A busca pela verdade era limitada, pois o juiz, para alcançá-la, deveria agir com base naqueles critérios previamente demarcados na lei. (DELLEPIANE, 1942, p. 46)

Conforme esse critério, o juiz tem de manifestar a verdade que decorrer apenas do alegado e provado-*secundum allegata et probata judicare debet*, - no sentido de que não lhe é permitido julgar senão na conformidade daquilo que foi alegado pelas partes e provado nos autos, muito embora outra seja a verdade, bem como deverá cingir-se escrupulosamente às regras legais, quanto à eficácia da prova. (SANTOS, 1952, p. 329)

Face às provas irracionais, o sistema tarifado significou avanço, mas é importante ressaltar que o termo legal tinha outra concepção, diferente da acepção atual.

Na realidade, a base legal sobre a qual se firmava esse sistema ainda era de cunho religioso e autoritário, só que agora amparado nos postulados da Igreja Católica e da Inquisição. (BASTONE, 2000, p. 94). Somente ocorreu a transposição do arbítrio dos juizes para o arbítrio legal (DEI MALATESTA, 2005, p.98) mantendo um critério de dominação. O juiz que, no sistema das ordálias, era porta-voz das divindades, foi substituído pelo legislador, porta-voz da "Justiça".

Esse *systema* foi a base do *processo inquisitório*, em que o arbítrio, pela voz dos predestinados a governarem e conduzirem os povos, era o único

comando de *revelação de justiça* e ratificação das intenções divinas.” (LEAL, 2005, p. 190)

Embora as provas tivessem valor tabelado, o que inicialmente pode sugerir um rigoroso controle sobre a atuação dos juízes, na realidade significou um dos períodos históricos de maior atrocidade. A confissão era taxada de prova de maior valia mas, para alcançá-la, qualquer método era admitido e, portanto, a tortura voltou a ser largamente utilizada. Pela confissão, buscava-se eleger um culpado o que comprovaria a eficiência das investigações (HADDAD, 2005, p. 63).

À primeira vista, pode parecer que diante de tais regras estivesse favorecida a posição do acusado, pela extrema dificuldade de se obter uma demonstração plena da culpabilidade: no entanto, bem ao contrário, tais exigências só resultavam na maior severidade da investigação, pois a confissão, com recurso inevitável à tortura, tornava-se verdadeira condição *sine qua non*, para obtenção do convencimento, sempre que os meios ordinários não propiciassem a certeza necessária para a condenação. (GOMES FILHO, 1997, p. 24)

O sistema tarifado atinge seu ápice no final do século XIII, mas, em seguida, passa a ser criticado, principalmente pelos filósofos, e começa lentamente a ruir⁵³: na seara criminal, seu maior opoente foi a instituição do júri e, na área comercial, a adoção do princípio da liberdade da prova (DELLEPIANE, 1942, p. 46).

Porém, a crítica não devia tardar. Mas esta crítica, mais do que na obra de juristas, pode ser encontrada nos escritos dos não juristas, ou seja, nos escritos dos homens que queriam pensar na luz da razão e de bom senso mais do que com base nos antigos esquemas de uma lógica apriorística e formal. (CAPPELLETTI, 2001, p. 77)

Buscando-se ampliar os poderes judiciais e afastá-lo de uma postura passiva, invocou-se a verdade real, pois se ao julgador cabia encontrá-la, não poderia ficar adstrito às regras previamente estabelecidas. Obrigá-lo a acatar uma certeza legal, amparada em critérios predeterminados, significaria o desvirtuamento do conceito lógico de verdade (SANTOS, 1952, p. 342).

⁵³ Nos países chamados socialistas, a abolição do sistema legal deu-se de forma mais completa. Tal fato ocorreu, pois no direito socialista a função do processo não se limita a tutela dos direitos e interesses dos indivíduos, mas primordialmente busca a defesa do Estado e do regime social instaurado com a revolução operária. O juiz não deve limitar-se a compor o litígio, mas principalmente a lutar pela defesa social. Para tanto era incompatível a existência de um sistema que lhe impusesse limites, valores pré-determinados. Buscava-se uma verdade objetiva (CAPPELLETTI, 2001, p. 91).

É loucura, diz-se, querer comprimir por normas fixas o vôo da faculdade, innata em todos os homens, de investigar e descobrir a verdade das cousas, faculdade que auxilia o homem nas occurencias quotidianas da vida privada; encadear assim o juiz prudente e experimentado, não será encerra-lo em um circulo que não póde transpor? Não será crear para o juiz ainda novo e inhabil uma tuttela sem efficacia, que jamais lhe dará a prudência que lhe falta? A sciencia póde, sem duvida, formular certas regras úteis para a investigação da verdade, mas estas regras são por sua natureza conselhos e não ordens, são avisos geraes que para serem applicados ao caso particular, basta que em relação a elles a prudência os aconselhe; mas a *lei* deve fugir de estabelecer taes regras, porque tornar-se-hião absolutas e imperativas, e seria tão pouco rasoavel prescrever a cada individuo um modo de pensar, como um modo de convicção. (MITTERMAIER, 1870, p. 113)

Ademais, os fatos são variáveis; o crime apresenta-se sob as mais diversas formas e, portanto, torna-se inaceitável um sistema probatório com regras tabeladas, pois “ninguém pode prever todas as hipóteses e conjecturas inerentes a cada caso.” (DEI MALATESTA, 2005, p.50). Para tanto, seria necessário redigir um código com milhares de artigos, o que seria inconcebível, pois uma lei é incapaz de prever todas as hipóteses de casos a serem decididos e suas inúmeras variáveis⁵⁴ (MITTERMAIER, 1870, p. 114).

A convicção é o resultado de muitos motivos não pré-determinados e funda-se em uma série indefinida e imprevisível de pequenas circunstâncias. Mesmo quando o legislador, com um longo e paciente trabalho de análise, quisesse por de lado todas as variedades possíveis na contingência das provas, depois de ter produzido em código com milhares de artigos, encontrar-se-ia necessariamente na imprevisão de não ter tudo previsto. Só teria, certamente, multiplicado por milhões os vínculos impostos à consciência do juiz, para cada qual cada um desses artigos poderia, em determinadas circunstâncias, não ser senão uma porta fechada face à verdade. (DEI MALATESTA, 2005, p.98)

Importante lembrar que o sistema tarifado, embora alvo de inúmeras críticas, perdurou até meados do século XVIII. As grandes modificações ocorreram a partir daí e estenderam-se até o início do século XIX, apontando-se como principais acontecimentos: a substituição, em matéria criminal, das provas legais pelo sistema da livre convicção; a equiparação do julgamento pelo juiz singular ao julgamento

⁵⁴ Em outros momentos Mittermaier continua tecendo suas críticas ao sistema tarifado: “O legislador engana-se, se considera a convicção do juiz como resultado das provas organisadas conforme o seu systema; pelo contrario ella deriva da lei natural, resulta do concurso de uma multidão infinita de motivos, apóia-se em uma interminável serie de pequenas circumstancias; e de tudo isso o juiz não poderia apresentar uma exposição motivada: “Querendo o legislador prescrever um modo de prova obrigatória , para o juiz, subjugua ipso-facto a consciência deste, e arrisca-se a causar injustiças.” (MITTERMAIER, 1870, p. 115). “Accresce que o juiz, a despeito de todas as regras que lhe forão traçadas, de modo algum se deixa guiar por ellas, e decide as mais graves questões sómente pelos dados da sua própria consciência.” (MITTERMAIER, 1870, p. 116)

efetuado pelo júri, ou seja, baseado na íntima convicção; a admissão de todos os meios de prova que, salvo raras exceções, teriam valor predeterminado (GILISSEN, 2001, p. 719-720).

4.1.3 Sistema da livre convicção ou livre convencimento

O sistema da livre convicção surge principalmente do nascimento de uma nova mentalidade que passa a determinar o afastamento do Estado da esfera privada, na qual os cidadãos, livres e iguais, deveriam eles próprios cuidarem de seus interesses (SOUSA, 2004, p. 249). Cumpre destacar que as revoluções burguesas e as severas críticas ao absolutismo contribuíram por maneira para a introdução desse sistema (SOUSA, 2004, p. 248).

Por sua vez, o Iluminismo traduz um novo pensamento a respeito do Homem e do Estado, no qual a razão passa a ser o instrumento hábil à investigação das coisas (LEAL, André, 2002, p.95), possibilitando ao juiz abandonar a passividade e assumir um papel ativo na investigação e apreciação das provas (BASTONE, 2000, p. 95).

La legislación de la revolución francesa, y sobre todo el Code d'instruction criminelle de 1808, partía de la soberanía del Jurado, de que éste no podía estar vinculado por regla alguna para determinar los hechos que estimaba probados. La íntima convicción se resolvía así en dos postulados: 1) La valoración de la prueba no consiste en ejercicio de la razón, sino en una declaración de voluntad, y 2) Esa declaración no debe ser motivada. (AROCA, 1997, p. 162).

Com a decadência do sistema tarifado, buscou-se dotar o juiz de maiores poderes instrutórios, capazes de revelar a verdade. Surge, assim, o sistema da livre convicção, também chamado de sistema da prova livre, íntima convicção, certeza moral do juiz ou livre apreciação, no qual o juiz podia decidir, sem necessidade de apresentar as razões de sua convicção, podendo deixar de lado as provas apresentadas pelas partes e se valer até de seu conhecimento particular. (PACHECO, 2006, p.566).

O sistema da íntima convicção, característico dos sistemas da *common law*, está sedimentado em juízos de equidade e conveniência, no qual o julgador,

discricionariamente, segundo sua consciência, escolhe o melhor caminho, para decidir (LEAL, 2005, p. 190-191).

[...] esse sistema vem sendo usualmente apontado como o sistema de apreciação da prova que se apresentou como reação imediata ao sistema da prova legal, pela permuta das normas prefixadoras dos critérios e dos valores relativos aos meios de prova, até então vinculativos para o julgador, em sua atividade de apreciação probatória, por uma inabalável crença na sua irrepreensível convicção íntima. (THIBAU, 2008, 324)

Ao juiz cabia, então, encontrar a verdade e, nessa tarefa, lhe era dado plenos poderes. O juiz, que decidia com base na prova dos autos, fora dela e até contra ela (COUTURE, 1946, p. 195) era soberano, atuando de forma livre, de acordo com o que sua consciência lhe indicava, com base em seus conhecimentos e convicções pessoais, podendo deixar até de proferir a decisão se não se mostrasse convencido (ARANHA, 1994, p. 57).

No sistema da livre convicção, também chamado de íntima convicção, o juiz é soberanamente livre quanto à indagação da verdade e à apreciação das provas. A verdade jurídica é a formada na consciência do juiz, que não é, para isso, vinculado a qualquer regra legal, quer no tocante à espécie de provas, quer no tocante à sua avaliação. A convicção decorre não das provas, ou melhor, não só das provas colhidas, mas também do seu conhecimento pessoal, das suas impressões pessoais, e à vista destas lhe é lícito repelir qualquer ou tôdas as demais provas. Além do que não está obrigado a dar os motivos em que funda sua convicção, nem os que o levaram a condenar ou absolver. (SANTOS, 1952, p. 331)

A lei, que no sistema tarifado era de suma importância, agora tinha função supletiva, pois o direito era proveniente das sentenças judiciais (MADEIRA, 2008a, p. 161).

Comparando o sistema tarifado com o da íntima convicção, destaca-se como fator diferenciador a demarcação do caminho mental traçado pelo juiz, ao decidir. No primeiro sistema, o juiz atua dentro dos parâmetros legais anteriormente estabelecidos, efetivando a mera constatação da existência das provas; no segundo, o juiz atua com ampla liberdade, podendo partir de um posicionamento pessoal quanto aos fatos, efetivando o julgamento tão-somente embasado em critérios ditados pela lógica e por regras de experiência comum. (GOMES FILHO, 1997, p. 161).

Com o intuito de desvincular o juiz das amarras do sistema tarifado, foram-lhe atribuídos poderes ilimitados, permitindo-lhe decidir, *secunda conscientia* (SOUSA,

2004, p. 249), consubstanciado, tão somente, em critérios desprovidos de logicidade e na sua “pretensamente-sensata, talentosa e privilegiada mente.”(THIBAU, 2008, 324)

Ao se permitir que as provas fossem apreciadas de acordo com os valores pessoais do julgador, ou seja, com base na sua concepção de justiça (LEAL André, 2002, p.95), lhe foi atribuído um poder discricionário e ilimitado, possibilitando-se que as decisões fossem fundadas no seu mero arbítrio (SANTOS, 1952, p. 341), o que resultou na maior possibilidade de erro.

A livre consciência, do homem mais aperfeiçoado, sempre está a mercê de erros e ilusões. Disposições especiais ou particulares do espírito do juiz, bem como influências externas, qual delas mais perigosa, seu temperamento, fôrça de seus hábitos, inclinações, prevenções, perturbam-lhe a serenidade, de conseguinte, conduzem-no, mesmo sinceramente, ao erro mais grosseiro. (SANTOS, 1952, p. 17)

Dada a liberdade que lhe fora atribuída, principalmente com a dispensa da motivação, o juiz, ao decidir, não precisava traçar um raciocínio lógico, pois ele não poderia ser posteriormente controlado (COUTURE, 1946, p. 195-196), o que gerou o abuso e demonstrou a falta de cientificidade de tal sistema.

A desnecessidade da motivação decisória impõe-se como conseqüência da vedação de controle, pelas partes, do método utilizado pelo julgador para alcançar a cognominada verdade real, substancial, histórica ou material. (THIBAU, 2008, 324).

Embasado nesses critérios, o sistema da íntima convicção, da mesma forma que o sistema tarifado que o antecedeu, serviu como fonte legitimadora de dominação do povo pelo Estado (MADEIRA, 2008a, p. 162).

[...] o livre convencimento pode dar azo a toda espécie de arbítrio. Demasiado humano e fácil é confiar nas próprias intuições, na realidade dos próprios fantasmas e das próprias idiossincrasias. Também é fácil entender quanta possibilidade haja também de um consciente abuso para fins declaradamente políticos. (BETTIOL, BETTIOL, 2008, p. 170).

A liberdade irrestrita atribuída aos juízes e a desnecessidade de motivação de suas decisões somente serviram para legitimar Estados autoritários, como fonte de dominação e imposição do poder (BASTONE, 2000, p. 97-8).

No processo inquisitório é a Igreja, juntamente com a monarquia, que prescreve as normas legais. Já o processo dispositivo, que abandona o sistema ortodoxo das provas legais e confere total e absoluta liberdade aos juizes, faz que haja uma produção judiciária do direito, ou seja, uma produção do direito pelo próprio Estado, e não pelo povo, através de seus representantes do Poder Legislativo. Ambos sistemas probatórios (certeza legal e livre convencimento) e respectivos processos (inquisitivo e dispositivo) afirmam um Estado despótico, sem qualquer respeito aos princípios e garantias individuais. (BASTONE, 2000, p. 99)

A arbitrariedade oriunda de tal sistema tomou tal proporção que foi necessário instituir limites à atuação do julgador. Dentre essas barreiras podemos citar a previsão do recurso da apelação, o que permitiria o reexame das decisões; a aplicação da parêmia *quod non est in actis non est in hoc mundo*, isto é, o que não está escrito no processo não pertence ao mundo; e por fim, a admissão de certas provas legais (ARANHA, 1994, p. 57-58).

Foi então necessário estabelecer um sistema probatório que se afastasse das amarras do sistema tarifado, mas também da arbitrariedade do sistema da íntima convicção; era preciso encontrar um meio termo, dotado de racionalidade, mas que permitisse ao magistrado, por derradeiro, formar sua própria convicção (DELLEPIANE, 1942, p. 47)

4.1.4 Sistema da persuasão racional

O sistema da persuasão racional afastou-se do sistema legal por não traçar valores tabelados para as provas, e distanciou-se do sistema da íntima convicção por delimitar a atividade do juiz, ao apreciar as provas (THIBAU, 2008, p. 326).

Nesse sistema, também conhecido por convicção condicionada ou convicção racional (SANTOS, 1952, p. 332), a avaliação da prova ainda é tarefa do juiz que, porém, não pode mais atuar de forma livre e ilimitada, devendo pautar-se em critérios racionais.

É chamado ainda de sistema do livre convencimento motivado no sentido de que o juiz é livre para apreciar a prova escolhendo umas e descartando outras (SANTOS, 1952, p. 334), mas que, por outro lado, sua convicção está condicionada, pois está obrigado a motivar suas escolhas, apresentando as razões que o levaram

a tomar este ou aquele posicionamento (SANTOS, 1952, p. 337).

Assim, embora o juiz, no momento de apreciação do material probatório, tenha liberdade para formar sua convicção, encontra-se condicionado às regras jurídicas, lógicas e experimentais já existentes (ARANHA, 1994, p. 58), somente admitindo-se a valoração e utilização das provas permitidas em Direito e desde que fundamente sua decisão.

A obrigação de fundamentação permite que se tenha o conhecimento do caminho lógico por ele traçado e possibilita a verificação do acerto ou do erro de sua apreciação, vedando que ele efetue o julgamento com base em dados pessoais, não constantes dos autos ou contrários ao ordenamento (ARANHA, 1994, p. 58-59), pois o convencimento do juiz está vinculado às provas constantes dos autos (LEAL, André, 2002, p.98).

O que importa na atividade probatória é determinar quais procedimentos devem ser observados para que a prova possa ser considerada válida (COUTURE, 1946, p. 169).

Já não se trata aqui de saber o que é a prova em si mesma, nem a quem compete, nem sobre o que deve recair, nem por quem ou como deve ser produzida. Trata-se de determinar, com a máxima exatidão possível, como gravitam, e que influência exercem os diferentes meios de prova, sobre a decisão que o magistrado têm de proferir. (COUTURE, 1946, p. 178).

Embora o sistema da persuasão racional, dentre os que foram apresentados, seja o mais aceitável, da forma como está estruturado significa a adoção de critérios não condizentes com o Estado Democrático de Direito.

O primeiro problema que se apresenta é a falta de determinação do que se entenda por critérios racionais, de maneira que, até hoje, é comum encontrarmos, conforme preconiza Camilo José de Avila Couto, a idéia de prova atrelada a termos imprecisos, desprovidos de cientificidade como: “farol”, “espírito da verdade”, “espécie de simpatia”, “motivos produtores de certeza”, “esforços feitos pelas partes”, “espírito do juiz”, “motivos poderosos”, “luz provinda da verdade”, “irradiação da verdade” (COUTO, 2004, p. 213).

É mítica a assertiva de que a prova revela a verdade, como se fora um instrumento mágico de transposição do concreto em abstrato ou vice-versa. Afigura-se, paradoxo incontornável falar em livre convencimento do juiz na

apreciação da prova e persuasão racional como critério de convicção, porque a ratio nas democracias não é dos leitores da prova, mas das categorias lógicas do discurso legal popular. A fonte da razão já está no povo real e não mais nos iluminados circuitos cerebrais do decisor. (LEAL, 2005, p.195)

Não basta exigir a fundamentação racional de uma decisão se não se esclarecer o que se deve entender por racional e, pior ainda, sem preocupar-se com a participação dos afetados.

A questão de fundo é deslembada pela afirmativa de que o juiz é livre para decidir, *bastando* que motive "racionalmente" sua decisão, é exatamente a da própria "racionalidade" decisória no Estado Democrático de Direito, porque o juiz, mediante *mera* indicação de textos legais e de fórmulas de que se utilizara para aplicação das normas ao caso posto extirparia das partes o direito fundamental de construir discursivamente a própria racionalidade decisória. (LEAL, André, 2002, p.104-105)

Além da exigência de critérios racionais, a liberdade na apreciação da prova não pode possibilitar a formação da convicção em fatos e circunstâncias não alegados pelas partes, mas percebidos, solitariamente pelo juiz.

[...] no paradigma jurídico-constitucional eleito pelo povo brasileiro, no entanto, a racionalidade decisória desloca-se da pessoa do julgador para se acoplar a procedimentos que, processualizados, garantam os direitos de participação e fiscalização permanentes atribuídos àqueles que sofrerão os efeitos da decisão judicial. (THIBAU, 2008, p. 327)

Com a adoção do modelo constitucional de processo e a insustentabilidade científica do mito da verdade real, não se pode entender o sistema da persuasão racional como um sistema que possibilite a iniciativa probatória do juiz.

A dogmática jurídica nos aponta a prova legal, a livre convicção e a persuasão racional como sistemas da apreciação da prova, os quais se distinguem em face das bases de atuação do julgador na avaliação do resultado probatório. Como se verá, a passividade do julgador na apreciação desse é gradualmente substituída por um, atualmente, festejado ativismo judicial que se firma em poderes instrutórios pretensamente garantidores de uma racionalidade decisória ainda vinculada à teleologia afeta a paradigmas jurídico-constitucionais não mais sustentáveis. (THIBAU, 2008, 319).

Assim, no Estado Democrático de Direito é preciso desatar as amarras ainda presas a arcaicas teorias como o instrumentalismo, e analisar a prova a partir do modelo constitucional de processo, mas, para tanto, é necessário precisar tecnicamente em que consiste esta expressão.

4.2 A atividade probatória no Estado Democrático de Direito

4.2.1 O modelo constitucional de processo

Ítalo Andolina ensina que, no Estado Democrático de Direito, o processo, “coloca-se ao centro de toda a estrutura de atuação das garantias constitucionais” (ANDOLINA, 1997, p.65), é constitutivo de direitos fundamentais, devendo ser compreendido para além da jurisdição e não como seu mero instrumento (BARROS, 2008, p.13) transformando-se em:

[...] garantia constitutiva de direitos fundamentais, base de um Estado Democrático de Direito, que encontra, no modelo constitucional de processo, o esquema de seu referencial interpretativo, e que, no processo penal, de modo específico, deve-se levar a sério o direito fundamental de liberdade do cidadão. (BARROS, 2008, p. 22)

Para o referido autor, “a Constituição traçou um verdadeiro modelo de processo jurisdicional, elevando o nível de garantias constitucionais em alguns pontos essenciais” como a independência do juiz, a estrutura participativa do iter de formação da decisão com a observância do contraditório pautado na paridade de armas; a transparência e a legalidade da sentença que se dá principalmente por meio da exigência da fundamentação das decisões; a efetividade da tutela jurisdicional (ANDOLINA, 1997, p.64-65).

Partindo dessas considerações, mas levando-se em conta que essa visão limita-se ao plano jurisdicional, estendeu-se seus postulados da seara jurisdicional para as demais áreas de modo a conceber uma teoria geral do processo compreendida a partir de um modelo constitucional de processo, ou seja, da “possibilidade de se definir uma base principiológica uníssona para a compreensão do processo, seja ele jurisdicional, administrativo, legislativo, arbitral, ou , em outras palavras, para o processo constitucional.”(BARROS, 2008, p.10)

Assim, o modelo constitucional de processo é compreendido como uma base uníssona, sedimentada nos princípios do contraditório, da ampla argumentação, da fundamentação das decisões e do terceiro imparcial, e ainda nos princípios específicos do processo penal, como a presunção de inocência, o *in dubio pro reo* e

a não auto incriminação, devendo zelar, sempre, pela observância das garantias de liberdades pessoais do acusado (BARROS, 2008, p.22).

Logo, o microsistema do processo penal tem especificidades diante dos direitos fundamentais a que visa garantir. Desse modo, a base principiológica uníssona, consolidada pelo contraditório, ampla argumentação, fundamentação das decisões e o terceiro imparcial, precisa ser interpretada sem desconsiderar o princípio constitucional da presunção de inocência e a garantia das liberdades individuais dos sujeitos, justamente em virtude das características do próprio modelo que são expansividade, a variabilidade e a perfectibilidade. (BARROS, 2008, p.15-16)

Em razão dos direitos fundamentais a serem protegidos ou em função do provimento buscado, apontam-se especificidades para cada processo que, a partir de um esquema geral mínimo passa para um microsistema, com suas peculiaridades e princípios próprios, o que demonstra que o modelo é único, mas que as tipologias são variáveis (BARROS, 2008, p.15-22)

[...] o processo penal leva em consideração o modelo constitucional de processo, mas que possui especificidades que o fazem um microsistema, com garantias constitucionais específicas e tratamento diverso do processo civil, justamente em razão dos direitos fundamentais que visa garantir, notadamente a liberdade dos cidadãos. (BARROS, 2008, p.11)

Embora os princípios sobre os quais se estruture o modelo constitucional de processo tenham conteúdo próprio, existe entre eles uma relação de co-dependência que implica que o desrespeito a um afete os demais, de sorte que a base uníssona é indissociável (BARROS, 2008, p.16-17).

Assim, pode-se trabalhar ainda com a idéia de uma teoria geral de processo já que todo processo (jurisdicional, legislativo, administrativo, etc.) tem como suporte mínimo uma base principiológica uníssona informada pelos princípios da ampla argumentação, do contraditório, da fundamentação das decisões e do terceiro imparcial (BARROS, 2006, p.236).

Cumprе ressaltar que o modelo constitucional de processo trabalha com a noção fazzalariana de proceso, mas a supera, pois além de se sustentar em uma base principiológica, e não somente no contraditório, procede sua releitura, de modo que ele “deixa de ser mero *atributo* do processo e passa à condição de princípio (norma) determinativo de sua própria inserção na estruturação de *todos* os procedimentos preparatórios dos atos jurisdicionais.” (LEAL , André, 2002, p.88)

[...]a estruturação de um processo necessita da implementação de um conjunto de garantias processuais, constitucionais dinâmicas, modelo constitucional de processo, onde o contraditório constitui uma importante, mas não a única, garantia.” (NUNES, 2008b, p. 146)

Tendo sido apresentada a noção de modelo constitucional de processo, cumpre analisar em que bases científicas a atividade probatória deve estar pautada e, por conseguinte, qual a função da prova nessa estrutura.

4.2.2 A atividade probatória compatível com modelo constitucional de processo

Primeiramente, cumpre ressaltar que meio, elemento e instrumento de prova são termos que não podem ser confundidos, de modo que a prova “se expressa por um *meio* legal (documental, pericial ou oral), tendo por finalidade apreender ou examinar um *elemento*, cujo resultado será formalizado procedimentalmente por um *instrumento*.” (MADEIRA, 2008a p.154).

Provar é representar e demonstrar os *elementos* da realidade objetiva pelos meios intelectivos autorizados em lei. Os *meios* de prova são lógico-jurídicos, porque indicados na lei para que se possa, valendo-se de conhecimentos, dos sentidos e da técnica de demonstração, por via do intelecto, verbal ou expressamente, transportar os elementos de prova encontrados na realidade objetiva para o bojo dos autos do procedimento. Os *meios* (métodos) de prova são, portanto, argumentos e arguições lógico-jurídicos aptos à demonstração lícita da existência de *elementos* suscetíveis de sensibilização ou compreensão concernetes a *ato, fato, coisa, pessoa* (LEAL, 2005, p. 188-189).

No Estado Democrático de Direito, fala-se em um direito constitucional à prova, que se estende a todas as fases do procedimento e que, para sua efetivação, necessita da plena observância dos princípios do contraditório, da ampla argumentação, da fundamentação da decisão e do terceiro imparcial, que formam a base compacta do modelo constitucional do processo.

Sob o prisma do contraditório, a atividade probatória, embora tenha como finalidade reconstruir os fatos, está limitada aos fatos alegados pelas partes⁵⁵ e

⁵⁵ O processamento da prova nada mais é do que uma manifestação particular do contraditório. Como não se concebe o processo sem debate, tampouco poderia se conceber que uma parte produzisse uma prova sem um rigoroso controle por parte do seu adversário. (COUTURE, 1946, p. 174)

nesse sentido, João Batista Lopes salienta que é vedado ao juiz decidir, embasado em suas convicções pessoais ou em algum fator extra-autos (LOPES, 1995, p. 41-42), de modo que só se pode considerar como prova os fatos demonstrados no procedimento sob o manto do contraditório⁵⁶ (JARDIM, 2000, p. 203) compreendido como o “espaço procedimentalizado para garantia da participação dos afetados na construção do provimento.” (BARROS, 2008, p.18)

Nesse aspecto o contraditório não se resume na bilateralidade da audiência (NUNES, 2008b, p. 146) ou direito de ser ouvido pelo juiz que se baseia unicamente no dizer e contradizer resultando em uma participação fictícia que “somente pode atender a uma estrutura procedimental monologicamente dirigida pela perspectiva unilateral de formação do provimento pelo juiz.”(NUNES, 2008b, p. 152)

Essa visão estática do contraditório não encontra respaldo no modelo constitucional de processo, no qual deve ser analisado sob uma perspectiva dinâmica que “impõe uma efetiva comparticipação dos sujeitos processuais em todo o *iter* formativo das decisões.”(NUNES, 2008b, p. 152-163). O contraditório, sob o prisma do princípio da não-surpresa, significa que as partes não podem ser surpreendidas por decisões fundadas em provas e argumentos não disponibilizados para o debate (MADEIRA, 2008b, p. 131).

Numa visão mais ampla, o contraditório é caracterizado pelo princípio da influência, que significa que as partes tem o direito de influir, no desenvolvimento e na conclusão do procedimento de modo a garantir a observância do princípio da não- surpresa (BARROS, 2008, p.18).

Ademais, a observância do contraditório nos termos acima expostos, torna-se “hábil, por um lado, a garantir imparcialidade e, por outro, a balizar a própria racionalidade das decisões.” (LEAL, André, 2002, p.108)

Portanto, a afirmativa de que as provas têm por objetivo fixar os fatos no processo, não mais pode ser aceita, pois o que é fixado no procedimento não são os

⁵⁶ O contraditório consolida a proposta de garantia de participação em simétrica paridade dos afetados pelo provimento, no sentido de uma garantia de construção participada da decisão, que estarão compreendidos no processo tanto como autores, como destinatários das normas jurídicas. (BARROS, 2008, p.13) Nessa linha de raciocínio: “O contraditório não é o dizer e o contradizer sobre matéria controvertida, não é a discussão que se trava no processo sobre a relação de direito material, não é polêmica que se desenvolve em torno dos interesses divergentes sobre o conteúdo possível. O contraditório é a igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei. É essa igualdade de oportunidade que compõe a essência do contraditório enquanto garantia de simétrica paridade de participação no processo.” (GONÇALVES, 2001, p. 127).

fatos, mas sim as alegações das partes (MADEIRA, 2008a, p.174), de modo que o juiz não poderá extrair dos autos, fatos ou circunstâncias que não tiverem sido apresentados e debatidos em contraditório pelas partes (LEAL, André, 2002, P.106)

Necessário ainda proceder à análise da correlação existente entre o contraditório e a fundamentação das decisões⁵⁷, de modo que a decisão somente estará fundamentada se analisar os argumentos apresentados pelas partes durante todo o procedimento, sob pena de não ser considerada sequer pronunciamento jurisdicional (LEAL, André, 2002, p.105).

Desse modo, toda e qualquer decisão sobre uma prova, ainda que tiver sido para rechaçá-la, além de ter sido submetida ao contraditório, deve passar por todas as argumentações das partes, para que seja considerada legítima.

Mais do que garantia de participação das partes em simétrica paridade, portanto, o contraditório deve efetivamente ser entrelaçado com o princípio (requisito) da fundamentação das decisões de forma a gerar bases argumentativas acerca dos fatos e do direito debatido para a motivação e das decisões. (LEAL, André, 2002, p.105)

Portanto, somente uma decisão fundamentada, na qual o juiz perpassa por todos os argumentos levantados pelas partes, garantindo um contraditório dinâmico, impede que o provimento seja um ato solitário do juiz, de modo que entre a fundamentação das decisões e o contraditório existe um liame indissociável (BARROS, 2008, p.18).

[...] a fundamentação da decisão é indissociável do contraditório, visto que a participação dos afetados na construção do provimento, base da compreensão do contraditório, só será plenamente garantida se a referida decisão apresentar em sua fundamentação a argumentação dos respectivos afetados, que podem, justamente pela fundamentação, fiscalizar o respeito ao contraditório e garantir a aceitabilidade racional da decisão. (BARROS, 2008, p.19)

Da relação entre contraditório e fundamentação das decisões implica ainda a necessidade de garantir a ampla argumentação que, vislumbrada como uma releitura do princípio da ampla defesa, compreende: (BARROS, 2008, p.19)

[...] a necessidade de se garantir o tempo do processo para que o esforço reconstrutivo dos argumentos os discurso dialético das partes possa ser

⁵⁷ É pela motivação que se pode verificar qual o trabalho intelectual realizado pelo juiz ao apreciar a prova (SANTOS, 1952, p. 338).

apropriado, de modo que todas as possibilidades de argumentação sejam perquiridas. (BARROS, 2008, p.20)

Assim, se “na concepção fazzalariana, o direito de ação é de todos os afetados, por isso é entendido como legitimação ao provimento ou direito ao processo constitucionalmente garantido” (BARROS, 2008, p.20) a atividade probatória, no Estado Democrático de Direito, deve permitir às partes apresentarem todos os seus argumentos que, submetidos ao crivo do contraditório, deverão, necessariamente, ser analisados pelo juiz.

Não basta, pois, que às partes sejam dadas iguais oportunidades de pronunciamentos, mas que esses pronunciamentos sejam efetivamente considerados quando da prolatação das decisões, porque se assim não ocorrer, haverá negativa de vigência aos princípios do processo [...] (LEAL, André, 2002, p.104)

Portanto, o direito à prova, entendido como “fator de visibilidade da argumentação jurídica” (LEAL, 2005, p.198) implica na necessária análise judicial de todos os argumentos probatórios apresentados pelas partes durante o iter procedimental.

Não basta valorar os elementos de prova, dizer que eles existem na estrutura procedimental, é imperioso que sejam valorizados (comparados em grau de importância jurídica) pelos *pontos* legalmente preferenciais. A *valoração* é o ato de apreensão intelectual do elemento de prova e a *valorização* é o ato de entendimento legal dos conteúdos dos elementos de prova. O que mais lamenta, na prática, é o julgador escusar-se de valorar a prova, isto é, sequer dizer que viu a prova nos autos, motivando interposição de embargos declaratórios que, muitas vezes, também não são lidos pelo julgador ou são interpretados como procrastinatórios, mesmo se sabendo que a parte precisa *pré-questionar* aspectos dúbios do procedimento para lhe ensejar a devolutividade recursal das questões ao conhecimento dos níveis superiores de jurisdição. (LEAL, 2005, p. 199-200)

Por fim, a atividade probatória, dentro do modelo constitucional de processo, deve ainda estar pautada na imparcialidade do juiz, que não se confunde com neutralidade, e que se “garante pela exigência do esforço argumentativo das partes, que será a base para se construir a decisão presente na fundamentação.” (BARROS, 2008, p.20)

Além disso, para que o terceiro atue imparcialmente, exige-se, necessariamente, a observância dos demais princípios que, conjuntamente, formam a base mínima do modelo constitucional de processo.

Por isso que quando uma decisão judicial permite uma abertura para a discricionariedade e para o subjetivismo do juiz se afeta não só o contraditório, a fundamentação da decisão, mas a imparcialidade do juiz (BARROS, 2008, p.21)

Parece inequívoco que, no Estado Democrático de Direito, a atividade probatória no processo penal, deve ser realizada pelas partes com a rigorosa observância da base principiológica uníssona que informa o modelo constitucional de processo e também dos princípios específicos inerentes ao microssistema do processo penal não podendo mais estar pautada na busca da verdade, da justiça, dispensando-se a existência de um juiz dotado de virtudes pessoais⁵⁸ e o ativismo judicial que nesses termos, não mais pode ser invocado.

⁵⁸[...] na contemporaneidade democrática, o julgador assume a função de garantidor de que o devido processo constitucional irá reger todo o iter procedimental, e não a função de buscador de imaginárias verdades que embasariam sua atividade privilegiada de apreciação probatória: é hoje um retrocesso inaceitável, em face dos estudos já desenvolvidos acerca da teoria da prova e da teoria da democracia.” (THIBAU, 2008, p. 328)

5 O ATIVISMO JUDICIAL

Com base na lição de José Carlos Barbosa Moreira, infere-se que o Estado Social caracterizou-se pelo aumento da ingerência dos órgãos políticos na sociedade e, na seara do direito⁵⁹, resultou no incremento da atividade do juiz que não mais poderia permanecer como mero espectador da luta entre as partes (BARBOSA MOREIRA, 1984, p.51).

No Brasil, tal fenômeno também foi claramente perceptível e refletiu na elaboração de nossos diplomas processuais que “tem forte influência da superação do processo liberal de luta das partes, para um processo de modelo de Estado Social construído a partir do ativismo judicial” (BARROS, 2008, p. 7), que atribui ao juiz a “missão não só de julgar o caso concreto, mas de solucionar os problemas de (in)justiça social, de controle social para a proteção da sociedade.” (BARROS, 2008, p. 7)

Também no processo penal, essa linha de pensamento se volta para um juiz atuante, conformador, que se equilibra entre a atuação da proteção da sociedade e o respeito aos direitos e garantias fundamentais; que julga analisando os reflexos sociais, políticos e econômicos de sua decisão; e que se espelha na atuação do juiz instrutor e inquisidor, presente, também, na herança inquisitiva do CPP. (BARROS, 2008, p.7)

Por conseguinte, no campo probatório, o ativismo também se fez presente, a ponto do Código de Processo Penal, em várias passagens, investir o juiz de poderes instrutórios, permitindo-lhe, ativamente, participar da colheita da prova.

É nesse aspecto que a situação mais se afasta dos postulados de um modelo constitucional de processo, pois a partir do momento em que se admite a postura

⁵⁹ O Estado de Direito, onde vigorava a divisão de poderes, declaração dos direitos e a lei como fonte legitimadora dos atos, foi conquista da burguesia no século XVIII, mas fora marcado pelo individualismo. Dessa constatação, surge o Estado Social que buscava o bem comum mas que não se sustentou pois, dentre outros fatores, o conceito de bem comum, bem estar social era algo ambíguo. A função jurisdicional, por seu turno, variou de acordo com o modelo de Estado vigente em cada época (CHAVES, 2001, p. 110). “O conceito de Estado de Direito, como é sabido, foi cunhado pela filosofia liberal de oposição ao regime absolutista.” “Em sua estruturação típica, o Estado de Direito caracteriza-se pelo reconhecimento de que o poder é limitado por um direito natural, superior, imutável e universal. [...]” “Embora tivesse representado um notável avanço no respeito às liberdades individuais e na imposição de limites aos arbítrios estatais, foi insuficiente para fazer valer os discursos revolucionários de igualdade que acabaram ficando restritos ao plano formal. “Diante dessas falhas é que surgiu o Estado Social de Direito. Nesse sentido: Essa inaptidão do Estado em corrigir injustiças sociais implicou, especialmente no século XX, na concretização de uma nova postura estatal[...]” (ZILLI, 2003, p.125-127)

ativa do juiz na atividade probatória, como gestor da prova, procede-se a uma volta ao passado - infelizmente ainda tão presente – com o ressurgimento da figura do juiz inquisidor incompatível com os princípios do contraditório, da ampla argumetação, da fundamentação das decisões, do terceiro imparcial, da presunção de inocência e do *in dubio pro réo*.

5.1 A gestão da prova confiada ao juiz como principal fator indicativo da adoção de um sistema processual consubstanciado no ativismo judicial

Não mais se distingue um sistema processual do outro, com base, simplesmente, no modo como as funções de acusar e julgar são distribuídas entre os sujeitos processuais (THUMS, 2003, p. 319). É a gestão da prova que indica, com precisão, qual sistema processual foi adotado já que os outros elementos, por serem secundários, podem estar presentes em mais de um sistema (COUTINHO, 2008c, p. 11).

Não menos delicado é o problema da gestão da prova confiada ao juiz pelo Código de Processo Penal brasileiro e endossado pela jurisprudência e doutrina nacional. Ora, produzir pressupõe atuar e, neste caso, movimento. Ao determinar produção de provas, ainda que, em tese, desconhecendo o resultado final, o julgador está abdicando da posição de espectador e inclinando-se (movimentando-se) em direção à defesa ou acusação. Favorecendo uma das partes processuais, o magistrado abandona a posição de equidistante e, conseqüentemente, rompe com a garantia da imparcialidade. Em que pese tal violação, a iniciativa probatória do julgador está arraigada na crença de que, sendo gestor da prova, poderá atingir a verdade. (PLETSCH, 2005, p. 230)

Mas o processo penal, no Estado Democrático de Direito, está regido por regras que estabelecem previamente as funções a serem desenvolvidas pelo acusador, acusado e pelo juiz, incumbindo à acusação o dever de provar suas alegações, já que ela inicia o procedimento que, por sua vez, está regido pelo princípio da presunção de inocência⁶⁰ (PLETSCH, 2005, p. 230).

Desse modo, o juiz deve estar afastado do contato prévio com a prova evitando-se que ele se contamine e se sinta inclinado a decidir com base em

⁶⁰ A presunção de inocência será abordada, de forma mais detalhada, no item 5.3.1

impressões pessoais já anteriormente formadas.

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 paranóico*", 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. (COUTINHO, 2008b, p. 37)

Porém, se a gestão da prova é conferida ao órgão julgador, ofende-se o sistema acusatório previsto na Constituição fazendo ressurgir um procedimento de contornos inquisitoriais.

Em nenhum Estado de Direito pode-se admitir que o mesmo órgão que julga possa promover a acusação. Sob este aspecto o sistema inquisitório estaria extinto na atualidade, todavia não é isto que ocorre na maioria dos países dito democráticos, que ainda se utilizam do modelo inquisitório. (THUMS, 2003, p. 319.)

Na realidade, ao se permitir ao juiz a iniciativa probatória, conferindo-lhe a gestão da prova, fomenta-se, ainda que disfarçadamente, toda uma engrenagem direcionada à manutenção de uma relação de poder que há tempos vem sendo sustentada pelas elites brasileiras.

O ponto nodal: *a gestão da prova*. Parece evidente que a gestão da prova se constitui no *locus* privilegiado da permanência de uma simbiose entre o elemento fundante do sujeito da modernidade (o solipsismo) e a vontade do poder (a *Wille zur Macht*), compreendida esta como o último princípio épocal da modernidade. Em outras palavras: enfraquecendo as partes e delegando essa relação de poder a um *tercius genus* detentor da condução plenipotenciária do procedimento, mais facilmente o direito poderia vir a ser "instrumentalizado", no sentido mais profundo da palavra. E foi o que ocorreu. (STRECK, 2008, p. XX)

Portanto, o ativismo judicial, na sua mais perniciosa vertente - a gestão da prova nas mãos do juiz - conforme será demonstrado, está em desacordo com o sistema acusatório e com o modelo constitucional de processo, servindo de óbice à implementação de um direito que se quer democrático.

No intuito de se afastar essa corrente, cumpre primeiramente apontar os argumentos favoráveis ao ativismo judicial para que, em seguida, após uma análise crítica e de forma pormenorizada eles possam ser rechaçados.

5.2 Ativismo judicial - argumentos favoráveis

No Processo Penal, o ativismo judicial e, por conseguinte, a gestão da prova, foram inicialmente sustentados com base no princípio da verdade real que, no entendimento de Rogério Sanches e Ronaldo Batista Pinto, impediria o juiz de se ater, tão somente, à verdade formal (aparente) que lhe é apresentada pelas partes (SANCHES; PINTO, 2008,p.11).

Para tanto, necessária a atuação do juiz que somente poderia encontrar a verdade quando seu espírito a percebesse, criando nele um estado de certeza (DEI MALATESTA, 2005, p.26).

Com o passar do tempo, embora tenham sido impostas certas limitações à atividade probatória, a verdade, como meta do Processo Penal continuou sustentando o ativismo judicial.⁶¹

Portanto, ainda hoje, se afirma que o juiz não pode ficar inerte, não pode permanecer como mero espectador, como mero “convidado de pedra”, devendo agir ativamente na direção e instrução do processo (LOPES, 1995, p. 41).

[...] a posição de inércia, mais freqüente no processo civil, no qual vigora a máxima *ne procedat ex officio*, não se admite no âmbito criminal, isso porque, ao lidar com um dos mais caros direitos da pessoa – o direito à liberdade - deve o Magistrado procurar adequar sua decisão não somente à prova apresentada pelas partes, mas, além disso, suprimindo eventual omissão dos interessados, pesquisar os fatos, aproximando-os, o mais possível, da verdade real. Tudo isso, é evidente, com o cuidado de não perder de vista a imparcialidade, agindo de maneira supletiva e jamais assumindo a posição de parte, acusando ou defendendo. (SANCHES; PINTO, 2008, p.11)

José Luiz Vicente de Azevedo Franceschini salienta que o juiz pode tomar a iniciativa de tudo o que for necessário para alcançar a verdade real, desde que zele pela observância das normas fixadas para o embate entre as partes e fique atento para que isso não resulte num “frenesi investigatório” (FRANCESCHINI, 1969, p. XVI).

De tal sorte os modernos legisladores do mundo ocidental, como regra, podem confiar nos órgãos jurisdicionais de seus países, que não se

⁶¹ “A doutrina que crê na possibilidade de conhecer a verdade absoluta juridicamente falando de modo direto e imediato, por meios empíricos, racionais ou supra-racionais é conhecida por dogmatismo gnosiológico.” (GOMES, 2005, p.9)

arreceiam em deferir às suas magistraturas, a par de encargos de fiscalização e de repressão de atividades menos escorreitas dos litigantes, amplos poderes, tanto de ordem administrativa como de promoção no campo probatório. (FRANCESCHINI, 1969, p. XVII)

Nessa linha de pensamento, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo adverte que o juiz deve, independentemente de provocação, buscar a verdade material, bastando que garanta a existência de um contraditório efetivo (PITOMBO, 1993, p.75).

Mostra-se em atuação oficial, ou de ofício, do magistrado – posto independentemente de provocação - e supletiva da inércia das partes, ou do requerente, em favor da verdade material. Consiste, então, em poder-dever inquisitivo do juiz. Observe-se, entretanto, que o poder-dever inquisitivo jamais aflora ilimitado. O objeto controlado já o demarca e, ainda, não há como acossar, sem constrangimento ilegal, a verdade material, se esgotados, conforme a razão, os meios lícitos de seu apuramento. (PITOMBO, 1993, p.75)

Marcos Alexandre Coelho Zilli, embora seja adepto do ativismo, assevera que a iniciativa instrutória do juiz deve estar pautada em procedimentos previamente estabelecidos para que não signifique o retorno a sistemas processuais já abandonados (ZILLI, 2003, p.133). Deve ser possibilitado às partes condições de atuar ao lado do juiz, de modo que todo material que possa por ele ser utilizado no julgamento tenha sido submetido ao crivo do contraditório (ZILLI, 2003, p.167).

Bedaque, embora reconheça que, no atual estágio das civilizações, não se possa mais conceber a existência de Estados autoritários, assevera que, para se manter a convivência social, é necessário um Estado forte, com capacidade de impor sua vontade e, portanto, dotado de alguma autoridade. Há que se encontrar uma situação intermediária, em que a autoridade do Estado e os direitos do cidadão possam se equilibrar, e para tanto, no processo, basta garantir o contraditório, de sorte que se ele for respeitado não haveria problema algum em atribuir poderes ao juiz (BEDAQUE, 1994, p.60).

Nessa linha, dotar o juiz de poderes instrutórios não ofende a imparcialidade que é garantida no momento em que ele analisa as provas e alegações produzidas pelas partes em contraditório (GRINOVER, 1985, p. 14). Além disso, quando o juiz ordena a realização de uma prova, não tem como antecipar seu resultado (BEDAQUE, 1994, p.80), não podendo determinar quem sairá favorecido (ZILLI, 2003, p.144).

Aliás, a nova prova obtida poderá revelar tanto a absoluta impertinência da acusação como a demonstração, por exemplo, de não ter sido o réu autor da infração penal, como indicar a sua responsabilidade penal, podendo, ainda, transmutar a hesitação em um verdadeiro estado de dúvida. (ZILLI, 2003, p.144)

Por outro lado justifica-se o ativismo judicial como meio capaz de garantir a igualdade entre as partes que, por intermédio da postura ativa do juiz, podem ser colocadas no mesmo nível. “Eis o novo significado social do princípio da igualdade processual, atuado mediante adequados institutos e por força do reconhecimento de poderes de iniciativa judicial [...]” (GRINOVER, 1985, p. 18)

Dessa forma, busca-se garantir um contraditório efetivo, pois pode ocorrer de uma parte encontrar-se, econômica ou socialmente, em posição desfavorável em relação à outra e, portanto, independentemente do bem em disputa ou da natureza da relação jurídica, deve o juiz ativamente participar da instrução para restabelecer o equilíbrio e garantir um contraditório real (BEDAQUE, 1994, p.79).

Outro argumento a favor do ativismo judicial nos é apresentado por Paulo Roberto Soares Mendonça e encontra-se intimamente atrelado à corrente instrumentalista. Segundo ele, se o processo é encarado como instrumento de pacificação social, o ordenamento não pode exigir um juiz passivo, “criando um universo particular, estanque, completamente divorciado da realidade social e da tarefa primordial de proporcionar uma decisão justa, para aqueles que recorrem ao judiciário.” (MENDONÇA, 2007, p.23)

Justamente por estar mais próximo do caso concreto, o juiz é capaz de, partindo da lei positiva, criar uma norma “viva”, aplicável a determinado caso concreto. Através de mecanismos de interpretação e integração normativa e principalmente por sua razoabilidade, o juiz torna os códigos socialmente relevantes. O magistrado não constitui um mero serviçal do legislador, sendo este último quem fornece a matriz (lei) a partir da qual, o juiz forma a regra aplicável ao caso concreto. O apego desmedido à doutrina da Separação de Poderes não pode servir de fundamento para uma postura omissiva por parte do poder Judiciário, em face de seus compromissos sociais e do pleno cumprimento de sua função constitucionalmente estabelecida. Não podem os tribunais se eximir de suas tarefas, sob o argumento de que a função legislativa é monopólio do respectivo Poder (MENDONÇA, 2007, p.14)

Com base nesses argumentos, os adeptos do ativismo judicial rechaçam a afirmativa de que o poder instrutório do juiz está associado ao sistema inquisitivo, pois o que se ajustou chamar de processo acusatório, nos quais os poderes de iniciativa são exclusivos do acusador, no fundo não passa de um individualismo

político e filosófico distante da realidade atual do Estado que deve estar voltada para o social (BEDAQUE, 1994, p.75).

Por derradeiro, o ativismo judicial não significará a tomada de posição de uma das partes da relação processual, pois a atuação do juiz será pautada no bom senso e na prudência, devendo ser cabível somente quando ele estiver na dúvida, (ARANHA, 1994, p.16).

Tendo sido apresentados alguns argumentos a favor do ativismo judicial e, por conseguinte, da iniciativa probatória do juiz, cumpre demonstrar que tais idéias encontram-se em descompasso com o modelo constitucional de processo e com a exigência de um procedimento instrutório racional.

5.3 A inconsistência do ativismo judicial

A Constituição atribuiu, com exclusividade, ao Ministério Público, a função institucional de promover a ação penal pública e consubstanciados nos dizeres de Álvaro Mayrinck da Costa, podemos afirmar que “com isso, nos encontramos, de início, afastados do modelo inquisitorial e, em sendo assim, dissipamos também a questão da busca da verdade real.”(MAIA; COSTA; CRUZ, 2005, p. 136).

[...] permitir que o juiz tome a iniciativa da investigação é assumir o risco de uma inquisição judiciária (em razão do estrondoso poder que detém) ou de um justicialismo populístico e publicitário. O juiz, desenhado para ser “terceiro” que interpreta o litígio e aplica o ordenamento jurídico, de repente vê-se na situação de interessado, de investigador, o que lhe demanda não a tradicional legitimação democrática indireta (presente na aplicação da lei aprovada pelo legislativo), senão o consenso popular difuso. Altera-se sua fonte de legitimação. (GOMES, 1999, p. 200).

Mas não basta estabelecer garantias na estrutura da persecução penal se não se assegurar que elas sejam exercidas no momento certo e pelas pessoas previamente indicadas (CHOUKR, 1995, p.57).

Si la regla de que quien instruye no puede juzgar parece razonable, aquella otra según la cual no se puede ser parte y juez al mismo tiempo es obvia, atendido sobre todo que se corresponde con la misma esencia del proceso, en el que han de existir dos partes parciales y un tercero imparcial, de modo que el juez no puede ser ao mesmo tiempo acusador. (AROCA, 1997, p.95)

Contudo, mesmo se afastando a noção de verdade absoluta, a partir da concepção instrumentalista de processo, manteve-se a atividade probatória sobre bases inesclarecidas como “justiça” e “paz social”. “Afim, é desde a transformação do processo em mero instrumento da jurisdição – ocorrida ainda no século XIX – que apostamos na figura do juiz como o encarregado do “justo processo” (STRECK, 2008, p. XX)

Tal postura implicou na atribuição ao juiz de uma nova função: a de “administrador de uma complexa realidade social” pela qual lhe incumbe ser o defensor da sociedade, do Estado, transformando a jurisdição em política de segurança social e fazendo desaparecer a imparcialidade (GOMES, 1999, p. 200).

É inconcebível que em pleno Estado Democrático de Direito sustente-se a iniciativa probatória do juiz na busca da verdade ou em qualquer outro termo indeterminado como justiça, pacificação social, bem comum, que estão afetos a paradigmas já ultrapassados como o do Estado Social.

Nesse aspecto, o ativismo judicial está intimamente relacionado com a idéia de positivismo jurídico⁶² na qual se permite o exercício de uma discricionariedade interpretativa pelos juízes. A discricionariedade torna-se uma aptidão própria dos juízes que atuando como mensageiros do sentimento jurídico da sociedade poderiam, em certos casos, decidir *contra-legem*. Portanto, há uma íntima relação entre a visão positivista e o protagonismo judicial que seria necessário quando os juizes se deparassem com os chamados *hard cases* (STRECK, 2008, p. XXI).

Mas não se pode mais invocar decisões pautadas nas chamadas máximas de experiência⁶³ que são entendidas como normas que possuem valor geral e decorrem

⁶² “Esclarecendo melhor, o positivismo pode ser traduzido pelos seguintes aspectos (suas teses centrais): a) que a existência (vigência e validade) do direito em uma dada sociedade depende das práticas dos membros dessa sociedade; são, pois, as fontes sociais do direito; b) que a validade de uma norma independe de sua “validade” moral; trata-se, pois, da separação entre direito e moral (secularização); c) que as normas jurídicas de um ordenamento não “cobrem” todas as hipóteses de aplicação; isto quer dizer que haverá “casos difíceis” que não serão solucionáveis pelas normas jurídicas existentes; daí o recurso à discricionariedade (que, obviamente, não se confunde com o conceito de discricionariedade administrativa), que nada mais é do que esse poder “delegado” aos juízes. É neste ponto - permito-me insistir - que o positivismo se liga umbilicalmente ao sujeito solipsista (*Selbstsüchtiger*) da modernidade.” (STRECK, 2008, p. XXI-XXII)

⁶³ “Tais regras são representadas por conhecimentos aceitos hegemonicamente em um grupo social e que, em função disso, não demandam a observação de casos concretos para sua formação. De certo modo, pode-se considerar as regras de experiência como uma forma de manifestação do senso comum.” (MENDONÇA, 2007, p. 44). “A noção de regra de experiência adquire grande importância, quando se estabelece uma correlação entre ela e os mecanismos de interpretação da norma. A decisão judicial surge exatamente da junção do processo interpretativo adotado com as regras de experiência socialmente dominantes.” (MENDONÇA, 2007, p. 44).

do que comumente ocorre em inúmeros casos semelhantes, de modo que seriam aplicáveis a todos eles (COUTURE, 1946, p. 149-159). A idéia de senso comum é incompatível com a noção de uma sociedade aberta e pluralista e a utilização dessas máximas de experiência é incondizente com o progresso científico, pois não mais se pode trabalhar com a menção a fatos evidentes, que não admitiriam prova em contrário (COUTURE, 1946, p. 150-151).

Portanto, não se admite a existência de uma só voz capaz de determinar, com base em critérios indefinidos, o que é melhor para a sociedade. O pluralismo exige que todos os argumentos e todos os valores característicos de uma sociedade multicultural sejam analisados.

Exatamente por causa da pretensão inerente aos vários grupos de se tornarem hegemônicos, uma sociedade pluralista só pode subsistir, enquanto sociedade *pluralista*, se for, também, uma sociedade tolerante. Pois somente em uma sociedade tolerante é possível a coexistência de projetos distintos sobre como realizar a vida boa e, mais que isto, somente em uma tal sociedade é possível que tais projetos se atualizem na maior medida possível. O pluralismo não é de fato, uma mera coexistência de concepções divergentes, mas uma *convivência* desses projetos, realizados e atualizados da melhor forma exequível. (GALUPPO, 2001, p.53)

De maneira geral, os poderes investigatórios do juiz não podem ser aceitos, pois dessa forma ele estaria ocupando papel reservado à acusação o que significaria, em tese, ofensa aos princípios da igualdade, do contraditório, da paridade de armas, ampla defesa e imparcialidade, pois esses poderes investigatórios, após a Constituição de 1988, não pertencem ao juiz, não sendo possível sustentar a idéia de verdade real e conseqüentemente de ativismo judicial (GOMES, 2005, p.8).

Na realidade, o ativismo judicial demonstra estar em total descompasso com o modelo constitucional de processo ofendendo os princípios do contraditório, terceiro imparcial, presunção de inocência e *in dúbio pro reo* cumprindo ressaltar que basta a ofensa a um destes princípios para que todo o modelo esteja comprometido.

No que diz respeito ao princípio do contraditório, ao se permitir que o juiz atue na busca de provas quebra-se a simétrica paridade de armas em que o procedimento deve estar pautado já que a função de cada sujeito processual já foi previamente estabelecida e a sua inobservância pode levar a uma situação de desequilíbrio (CHOUKR, 1995, p. 33).

Sobre o tema, Carla Domenico adverte que a iniciativa probatória do juiz, auxiliando a acusação e assumindo um papel inquisidor, desvirtua a paridade de armas (DOMENICO, 2008, p. 12).

Por outro lado, o juiz que assume a iniciativa probatória deixa de ser um terceiro imparcial, pois desde Beccaria já se tem demonstrado que o juiz que investiga fica mentalmente comprometido com a causa (GOMES, 1999, p. 199), de modo que “o clássico princípio *ne procedat iudex ex officio* visa exatamente resguardar o magistrado de qualquer comprometimento psicológico prévio com a prova.”(GOMES, 1999, p. 191)

Já em 1857, José Antônio Pimenta Bueno advertia:

É essencial combinar o que a ordem publica reclama com as garantias das liberdades individuaes. Que faz o juiz quando procede ex-officio? Constitui-se simultaneamente julgador e parte adversa do delinqüente; dá a denuncia a si próprio, escolhe as testemunhas e inquire-as perguntando o que julga conveniente, e por fim avalia as provas que ele creou, e pronuncia, ou não, como entende! Ha n'isto garantia alguma? (BUENO, 1857, p. 113)

Nesse sentido, a afirmação de que a iniciativa instrutória do juiz não fere a imparcialidade é inaceitável, pois se o terceiro, que deve conter desvios probatórios e se manter equidistante, puder, ele mesmo, buscar a prova, poderemos nos deparar com uma decisão de cunho político imprevisível e desprovida de isenção (GOMES, 1999, p.201). A partir do momento em que o legislador atribui iniciativa probatória ao juiz, passa a confundi-lo com um investigador policial, pois o juiz começa, prematuramente, a ter contato com certos elementos que irão influenciá-lo, comprometendo psicologicamente sua imparcialidade (GOMES; CERVINI, 1997, p. 205).

Pero esta pasividad del juez, al cual ordena la ley no ser curioso y no dirigir miradas indiscretas más allá de los *petita partium*, es también la garantía suprema de su imparcialidad: de una imparcialidad desapasionada y desligada, que el verdadero historiador no podría nunca alcanzar, porque en la elección del tema está ya la confesión de una preferencia, y en la formulación del problema se encuentra ya implícito el criterio de la solución. Sólo prohibiendo al juez todo poder de iniciativa se puede obtener de él la “objetividad” ajena a toda manifestación de simpatía, que podría censurarse en el historiador como indicadora de criterio estrecho u obtuso, pero que se considera, en cambio, como virtud suprema del magistrado. Esta inercia necesaria del juzgador no podría ser turbada sin mengua de la justicia. No se puede olvidar que el proceso penal llamado “inquisitorio”, en el que el oficio de persona, se ha hecho tristemente famoso en la historia como instrumento típico de arbitrio policíaco; cuando se confunden las funciones, psicologicamente incompatibles, el investigador y del juez en el acto de

acusación está ya *in nuce* la condena, y la conciencia del juez se halla extravasada por el amor propio del acusador, que se considera obligado, más que a hacer justicia al imputado, a justificar (lo mismo que el historiador a demostrar una tesis suya) el fundamento de la imputación. (CALAMANDREI, 1945, p. 112)

Ademais, qualquer um que deseje ver uma prova analisada, antes de solicitar sua introdução aos autos, considera mentalmente quais resultados que dela podem surgir, de maneira que, a cada prova que se pesquisa, “corresponde um prognóstico, mais ou menos seguro, da real existência do *thema probandum*, e, sem dúvida, também das conseqüências jurídicas que podem advir da positivação da questão fática” (PRADO, 1999, p. 12).

Quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isso, em termos de processo penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgador. Desconfiado da culpa do acusado, investe o juiz na direção da introdução de meios de prova que sequer foram considerados pelo órgão da acusação ao qual, nestas circunstâncias, acaba por substituir. Mais do que isso, o mesmo tipo de comprometimento psicológico, objeto das reservas quanto ao poder do juiz de iniciar o processo, aqui igualmente se verificará, na medida em que o juiz se fundamentará, normalmente, nos elementos de prova que ele mesmo incorporou ao feito, por considerar importantes para o deslinde da questão, o que o afastará da desejável posição de seguro distanciamento das partes e de seus interesses contrapostos, posição esta apta a permitir a melhor ponderação e conclusão. (PRADO, 1999, p. 129)

Não bastasse isso, ao se permitir que o juiz assuma a iniciativa probatória, atribuindo-lhe poderes investigatórios, ofende-se os princípios da Presunção de inocência e *in dubio pro reo* que, por serem específicos do microssistema processual penal, serão analisados de forma mais detalhada no próximo item.

5.3.1 A presunção de inocência e o *in dubio pro reo* como princípios impeditivos do ativismo judicial

O modelo constitucional de processo está sedimentado em uma série de princípios que formam sua base uníssona, mas também possui outros, específicos, inerentes ao microssistema que está sendo analisado, pois a partir da Constituição, de onde são extraídos os princípios formadores dessa base comum, ele “se expande, aperfeiçoa e especializa, exigindo do intérprete compreendê-lo tanto a a

partir dos princípios base, como também, de acordo com as características próprias daquele processo.” (BARROS, 2008, p.15)

Nesse aspecto, o Processo Penal está regido, dentre outros princípios, pela presunção de inocência e pelo *in dúbio pro reo* de modo que a ofensa a qualquer um deles compromete todo o modelo constitucional de processo, pois os princípios que o integram são co-dependentes (BARROS, 2008, p.17)

Mas nem sempre o processo penal foi pautado na presunção de inocência. Inicialmente vigorava a presunção de culpa na qual ao acusado era atribuída a incumbência de provar sua inocência (GOMES FILHO, 1991, p. 10). Somente a partir do século XIII⁶⁴, passou, progressivamente, a vigorar o princípio *actori incumbit probat* (GILISSEN, 2001, p. 713-714), que alcançou o auge com as mudanças operadas pela revolução liberal ocorrida no século XVIII, de modo que a presunção de inocência firmou-se entre os postulados do processo penal (GOMES FILHO, 1991, p. 9).

No Brasil, somente a partir da Constituição Federal de 1988⁶⁵, abandonou-se a idéia de defesa social e repressão da delinqüência, adotando-se como foco a liberdade individual, que tem como um dos vetores principais a presunção de inocência (GOMES,1999, p.107).

Portanto, a presunção de inocência decorre do próprio texto constitucional que não traduz nenhuma presunção⁶⁶, mas sim uma efetiva situação jurídica

⁶⁴ Nesse período, embora o ônus da prova tivesse sido transferido aos tribunais e, posteriormente, aos acusadores, na prática manteve-se uma estrutura pautada na presunção de culpa, pois aquele que era levado a julgamento, sofria todo tipo de pressão, inclusive física, para confessar o crime.

⁶⁵ Aponta-se a constituição italiana de 1948 como a fonte de inspiração de nossa legislação para o acatamento do princípio da presunção de inocência, mas pode-se afirmar que o Brasil ao prescrever que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, foi mais abrangente, pois assegurou tal garantia a qualquer pessoa, em qualquer fase da persecução penal, e não somente ao acusado (GOMES FILHO, 1991, p. 32-33).

⁶⁶ Importante frisar ainda que a noção técnica do termo presunção remete à idéia de consequência que a lei retira de um fato conhecido para outro desconhecido, mas na locução “presunção de inocência”, o sentido é outro, significando a adoção de um sistema que repudia o sistema repressor antecedente no qual o acusado é que deveria comprovar sua inocência (GOMES FILHO, 1991, p. 35-36). Portanto, o termo presunção está sendo utilizado de forma tecnicamente errada: “En estricto sentido jurídico en toda presunción existe: 1) Un hecho base o indicio, que ha de ser afirmado por una parte y probado después por ella. Hecho que no integra el supuesto fáctico de la norma cuya aplicación pide la parte; 2) Un hecho presumido, que ha de ser afirmado también por la parte. Y que es el supuesto fáctico de la norma cuya aplicación se pide por ella, y 3) Un nexo lógico entre los dos hechos, que es precisamente la presunción, operación mental en virtud de la cual partiendo de la existencia del indicio (que ha de ser probado) se llega a dar por existente el hecho presumido. Entendida así la presunción no hace falta insistir en que la presunción de inocencia es una manera muy incorrecta de decir que el acusado es inocente mientras no se pruebe lo contrario.” (AROCA,

(OLIVEIRA, 2001, p.320) que além de impor ao Estado o dever de tratar o acusado como inocente até sentença definitiva, atribui à acusação o ônus da prova.

Assim, a presunção de inocência encontra-se calcada em dois pilares: 1) estabelece uma regra de tratamento que impede que o indivíduo seja tratado como culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória, impondo que qualquer medida coercitiva a ser tomada preliminarmente somente possa ser aplicada quando for de extrema necessidade, estiver embasada em fatos concretos (GOMES, 1999, p.115); e desde que amparada legalmente⁶⁷; 2) determina uma regra de cunho probatório que impõe à acusação o ônus de comprovar a ocorrência técnica do crime com todos os seus elementos estruturadores.

É nesse segundo aspecto que a presunção de inocência apresenta-se intimamente relacionada com o ativismo judicial, pois se o ônus da prova recai sobre a acusação, cabe a ela comprovar a ocorrência do delito e sua inércia não autoriza que se transfira tal função ao juiz.

Cumprido esclarecer que o ônus da prova não se confunde com obrigação ou dever, de modo que aquele a quem ele é atribuído não está obrigado a agir, mas deve assumir as consequências de sua inação que poderá lhe ocasionar um prejuízo, “uma desvantagem procesual” (BARROS, 2006, p.235), pois quem tem o ônus e não o atende não pode sofrer sanção alguma embora deixe de auferir a vantagem que obteria se tivesse atuado (ARANHA, 1994, p.8).

[...] quando se coloca do ponto de vista do conteúdo dos atos se constata que, na ausência do exercício de uma faculdade ou de um poder, a lei processual conecta consequências prejudiciais par o titular daquela faculdade ou daquele poder – no sentido que regula uma sucessiva atividade de modo que ela realize um a situação desfavorável para aquele titular: por exemplo, impõe ao juiz considerar inexistente o fato em relação ao qual a parte interessada não tenha exercitado a faculdade de fornecer provas suficientes -; quando isso se verifique, poderá indicar se a faculdade ou poder como “ônus” : como ato que o sujeito pode cumprir ou mesmo não, mas cuja ausência se resolve em seu prejuízo. (FAZZALARI, 2006, p.499-500)

Assim, embora a acusação não esteja obrigada a comprovar o fato delituoso, se não o fizer arcará com as consequências de sua inércia o que implicará

1997, p. 151-152)

⁶⁷ Daí resulta ser incabível: a exigência de recolhimento do acusado à prisão para apelar; prisões cautelares fora das hipóteses legais; o uso de algemas quando desnecessário; a exposição abusiva pela mídia de nomes e fatos de pessoas acusadas pela prática de crimes (GOMES, 1999, p.114).

necessariamente na absolvição do acusado, pois o juiz, ao contrário do historiador⁶⁸, não pode eximir-se de decidir⁶⁹, devendo, em caso de dúvida proclamar oficialmente a inocência do réu (CALAMANDREI, 1945, p. 116).

Se o ônus da prova incumbe à acusação, a dúvida gerada pelo insucesso na comprovação de suas alegações revela que ela não conseguiu demonstrar a ocorrência técnica do crime e, portanto, não superou a presunção de inocência, restando ao juiz somente um caminho: absolver o acusado (JARDIM, 2000, p.213).

Ademais, a decisão que é proferida em favor do acusado não pode ser interpretada como contrária aos interesses da sociedade, mas sim como uma decisão protetiva no sentido de que não permite a condenação de um indivíduo que não foi indubitavelmente condenado. A absolvição é de ordem pública primária (DEI MALATESTA, 2005, p. 110), pois é melhor absolver um culpado do que condenar um inocente, de modo que a dúvida se resolve em favor daquele que sofreria maior prejuízo (CARNELUTTI, 2001, p. 56).

[...] assim como ao Estado não interessa a absolvição de um culpado, também não lhe interessa a condenação de um inocente. Aliás, é de suma importância ter presente que estas duas últimas assertivas, pela diversidade de valores que as inspiram, não podem ser colocadas em pé de igualdade. Vale dizer, menos ruim absolver um culpado do que condenar um inocente, até porque uma moderna concepção crítica do Direito penal vem demonstrando que a sanção supressiva da liberdade não pode mais ser reputada como um meio eficaz de controle social. Agora, ninguém põe em dúvida os malefícios de uma condenação injusta. Assim, os riscos destes possíveis erros devem merecer dimensões diferentes. (JARDIM, 2000, p.201)

Na realidade, o juiz não absolve na dúvida, pois isso seria o mesmo que acatar a indecisão judicial. Ao decidir, pauta-se na certeza de que a acusação não atendeu satisfatoriamente ao ônus que lhe foi atribuído. O juiz, portanto, está certo de que as provas não bastaram para condenar, não lhe restando dúvida alguma,

⁶⁸ A respeito das similitudes e diferenças entre a atividade do Juiz e do historiador verificar CALAMANDREI, Piero. **Estudios sobre el proceso civil**. Trad. de Santiago Santos Melendo. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1945.

⁶⁹ “Pero el juez no podría, sin faltar a su deber permanecer em suspenso entre el si y el no, y emitir una decisión al solo objeto de declarar que no sabe decidirse.El juez, aun en aquellos casos en que el historiador permanecería en la incertidumbre, debe a toda costa llegar a una certeza oficial; y a tal objeto la ley le proporciona, para ayudarlo a salir del piélagos de dudas, ciertos recursos un poço ordinários, pero expeditivos, que sirven para transformar la perplejidad psicológica en certeza jurídica: tales son,[...]” “[...] en el processo penal, el principio *in dubio pro reo*, en virtud del cual el juez estará obligado a proclamar oficialmente inocente a aquel respecto de quien , como historiador , se limitaría a decir que, entre su inocencia y su culpabilidad, no podía decidirse a tomar partido.”

mas sim a certeza de que as provas carreadas pela acusação foram insuficientes. (POZZER, 2001, p. 42-43).

Portanto, se da presunção de inocência decorre a regra que atribui à acusação o ônus da prova, não cabe ao juiz, no caso de insucesso da acusação, assumir o seu papel, mas sim absolver o acusado.

Cumpra ainda ressaltar que a partir da noção de processo como garantia, o ônus probatório deve ser obedecido em todas as fases do procedimento e não mais pode vigorar a idéia de que à acusação incumbe, tão somente, a comprovação dos fatos constitutivos do direito, ou seja, da autoria e da tipicidade (ARANHA, 1994, p.10) e que, por outro lado, à defesa cabe o ônus de provar os fatos extintivos, modificativos ou impeditivos (ARANHA, 1994, p.13).

Ao se adotar esse posicionamento nega-se o princípio da presunção de inocência, pois quando se remete à defesa a obrigação de comprovar a existência das causas que afastam a ilicitude ou culpabilidade, a dúvida somente pode ser invocada pelo réu se estiver relacionada com a tipicidade. Ocorreria o desvirtuamento do princípio do *in dubio pro réo*, pois haveria casos em que ele valeria para a acusação e outros em que serviria à defesa (JARDIM, 2000, p.206).

Cabe então à acusação a comprovação da ocorrência de um fato típico, ilícito e culpável, ou seja, de todos os elementos estruturantes do delito, pois quando um crime é cometido são incindíveis seus elementos que somente são separados para efeito de análise metodológica (VARGAS, 1992, p. 169-170) de modo que o benefício da dúvida deve prevalecer em todas as etapas (JARDIM, 2000, p.207).

[...] deverá também o juiz absolver mesmo que houver fundada dúvida sobre a existência de uma das causas de exclusão da ilicitude ou culpabilidade. Pense em uma hipótese de exclusão de ilicitude em uma legítima defesa putativa, mesmo se houver alguma dúvida sobre a ocorrência de todos os elementos da legítima defesa, deve o juiz absolver. Portanto, o órgão da acusação deve, de forma cabal e conclusiva, provar que o acusado não cometeu crime amparado em uma excludente de ilicitude e não o acusado provar que a causa excludente ocorreu. Essa é a interpretação mais adequada ao modelo constitucional de processo que leva em consideração a especificidade do processo penal. (BARROS, 2008, p. 30)

Portanto, o modelo constitucional de processo, mais especificamente no que tange ao princípio da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*, atribui á acusação, e somente a ela, o ônus de comprovar, tecnicamente, a ocorrência do fato

delituoso restando ao juiz, em caso de inércia ou insuficiência da atividade probatória, absolver ao acusado e não assumir a posição de um órgão acusador suplente.

Contudo, insiste-se na manutenção de um Código de Processo Penal de feições autoritárias e antidemocráticas e o que é pior, a reforma processual e as alterações por ela promovidas, mais especificamente no que tange a iniciativa probatória, corroboraram ainda mais com essa situação ao ampliarem os poderes instrutórios do juiz.

6 A REFORMA PROCESSUAL E O NOVO ARTIGO 156

A reforma processual, ambígua e fragmentária, se apresenta em duas vertentes antagônicas: de um lado, busca dar maior atenção às garantias individuais; e, do outro, face ao aumento cada vez maior da criminalidade e da insegurança da sociedade, alcançar maior eficiência repressiva (GOMES FILHO; FERNANDES, 1990. p. 40). Porém, o que prevalece é um “tortuoso raciocínio que equipara a “eficiência” da repressão criminal com a supressão das garantias individuais e o desrespeito ao cidadão.” (CHOUKR, 1995, p. 86)

Algumas alterações, sob o pano de fundo da celeridade processual exigida pela atual emergência social, acabam por relativizar algumas das promessas do Estado Democrático de Direito, atualizando algumas das práticas pré-constitucionais da ordem autocrática anterior à carta política de 1988. (BARROS, 2008, p. XVI)

Outro ponto crucial da reforma é a preocupação com a questão da morosidade jurisdicional que há tempos já fora evidenciado, a ponto da Constituição, por intermédio da Emenda Constitucional 45, estabelecer no art. 5º, inciso LXXVIII, o princípio da duração razoável do processo⁷⁰, que impõe ao Estado a obrigação de prestar o serviço jurisdicional dentro de um prazo razoável⁷¹, ou seja, sem dilações indevidas⁷², sob pena de ser responsabilizado juridicamente pela demora (BRÊTAS

⁷⁰ Para Fernando Horta Tavares o princípio da duração razoável do processo possui natureza de “direito-garantia fundamental” sendo, portanto, auto-aplicável (TAVARES, 2006, p. 218).

⁷¹ Com base nos critérios estabelecidos na jurisprudência firmada pela Corte Européia dos Direitos do Homem, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias apresenta os critérios esclarecedores da expressão duração razoável do processo. Portanto, para verificarmos se um processo tramitou sem dilações indevidas necessário a análise de três circunstâncias: A) a complexidade das questões de fato e de direito; B) o atuar das partes e de seus procuradores C) a atuação dos órgãos jurisdicionais. (BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, 2006, p. 660)

⁷² Entende-se por dilações indevidas “todas as situações puras e simples de inércia absoluta dos órgãos jurisdicionais, ineficientes em impulsionar os atos do processo nas suas diferentes fases, além dos atrasos e delongas causados aos processos pelos próprios órgãos jurisdicionais, não cumprindo os prazos prescritos nos Códigos processuais, gerando os injustificáveis prolongamentos das chamadas etapas mortas do processo, que separa a realização de um ato processual por outro imediatamente seguinte, sem subordinação a um lapso de tempo prévia e legalmente fixado. Não se leva em conta o número excessivo de processos existentes nos órgãos jurisdicionais, gerando sobrecarga de trabalho, para se justificar dilação processual, ou o demorado estado de vacância dos cargos de juízes por remoção ou aposentadoria, pois incumbe ao Estado o dever de prover adequadamente a estrutura física, técnica e pessoal de seus órgãos jurisdicionais.” (BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, 2006, p. 662). Por seu turno, Fernando Horta Tavares compreende a expressão “duração razoável” como o tempo necessário para a pratica de certo ato processual de modo que se

DE CARVALHO DIAS, 2006, p. 655-656).

Mas, embora no processo penal a questão temporal possa ser analisada sob duas dimensões: de um lado impedindo que o acusado seja submetido a uma acusação por tempo excessivo, e, por outro, visando unicamente melhorar a imagem do Judiciário, na medida em que a confiança toma por base a rapidez (CHOUKR, 1995, p.131), é no segundo aspecto que as reformas têm preponderado de modo que se tem preocupado muito mais em imprimir celeridade aos feitos do que amoldá-los ao sistema acusatório e ao modelo constitucional de processo.

Importante frisar que o lema da eficiência e celeridade⁷³ não se presta a admitir a aceleração do procedimento, mediante a supressão de garantias processuais constitucionais (BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, 2006, p.656), que uma vez restringidas ou ignoradas, ferem a democracia, pois resultam na ampliação do poder dos governantes em prejuízo dos cidadãos (PASSOS, 2003, p.70).

Uma decisão, para ser legitimada, precisa estar de acordo com um procedimento previamente estabelecido, o que demanda tempo, não podendo ser resolvida por intermédio de uma “jurisdição relâmpago”, pois sempre haverá alguma demora necessária para que as relações de direito e de fato sejam acertadas entre os indivíduos por “meio da moderna e inafastável estrutura normativa (devido processo legal) e dialética (em contraditório) do processo, e não há outro modo racional e democrático de fazê-lo.”(BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, 2007, p. 219)

Assim, não basta que a decisão seja proferida em tempo hábil, pois ela somente será legítima se tomada por um terceiro imparcial, que fundamentadamente analise todos os argumentos apresentados em contraditório pelas partes, devendo ainda observar os princípios da presunção de inocência, *in dubio pro reo* e não-autoincriminação, específicos da seara processual penal.

permita o pleno exercício da ampla defesa e ao se referir sobre os fatores que impedem a prestação jurisdicional dentro desses parâmetros indica a dissídia estatal. O próprio Estado desobedece os prazos que lhes são impostos sob o argumento de que são “prazos impróprios” o que resulta no desvirtuamento do princípio da Isonomia (TAVARES, 2006, p. 219)

⁷³ “Daí, certamente, falar-se tanto em reformas em prol da “celeridade”, como se a *questão do tempo*, aqui, fosse equivalente, por exemplo, ao “*perecimento de um bem*”. Assim, se tem diferenças estruturais, há que se optar, sem meias palavras, por um processo penal *de defesa social*, típico dos regimes autoritários, ou por um processo penal constitucionalizado, *garantidor* dos direitos do acusado, *limitador* da violência do Estado; e este último, como é evidente, é incompatível com anseios de “celeridade” no sentido de *se condenar mais rápido* ou *se “acalmar a sociedade”*, exatamente porque seu escopo é garantir que só se puna por meio de um *processo legal devido*, com a *observação do contraditório e dos direitos da defesa*. E para tanto, *não cabe a pressa*.” (COUTINHO, 2008, p. 13)

Outro problema notado nas reformas é a falta de interesse e de capacidade técnica dos próprios operadores do direito, que na maior parte das vezes, ao invés de se dedicarem a um estudo aprofundado da questão problemática, apenas tecem críticas (in)fundadas ou apresentam soluções emergenciais que prejudicam a elaboração de uma legislação coerente e de cunho democrático.

Nada sabemos a respeito. O brasileiro não é amigo de verificações objetivas, todos nós preferimos enunciar opiniões, impressões, com frases que geralmente começam com: “eu acho...” e que revelam, em quem as profere, uma prerrogativa invejável – a de achar sem ter tido necessidade de procurar. (MOREIRA, 2000, p. 110)

Nesse contexto, as alterações pugnam pela falta de cientificidade e sistematização e nos fazem crer que o processo legislativo é completamente falho, ou propositadamente tendencioso, porque “há sempre coisas não ditas acompanhando o que se diz e podem ser elas as mais significativas caso se queira compreender, de fato, o que está por traz dos discursos fáceis que dominam o centro das reformas[...]” (COUTINHO, 2008, p. 11)

Sobre o tema, Marco Antônio Ribeiro Lopes afirma que:

Há mais de cem anos Otto Von Bismarck, sem jamais ter perdido uma única tarde de sua vida apreciando o processo legislativo no Congresso Nacional, sentenciou que sobre as leis e as salsichas seria mais seguro que jamais se desse conhecimento ao povo de como eram feitas na Alemanha daqueles tempos. Desde então, o processo de fabricação de salsichas evoluiu, higienizou-se para atender os novos padrões exigidos pelo consumidor. Já as leis, estas pobres, ao menos por aqui continuam merecendo a mesma recomendação de Bismarck. (RIBEIRO LOPES, 1997, p. 3)

Cumpramos ressaltar que, tomando por base a noção de processo como garantia, é possível trabalhar com uma teoria geral do processo que analisada a partir do modelo constitucional de processo, define uma base uníssona para o processo constitucional alcançando assim a esfera jurisdicional, legislativa, administrativa e arbitral (BARROS, 2008, p.10).

Nesses termos, é necessário ter em mente que o modelo constitucional de processo engloba também o processo legislativo que impõe ao legislador atuar de acordo com seus postulados devendo, em razão da co-dependência entre autonomia pública e privada, respeitar os direitos fundamentais (BARROS, 2006, p. 231).

[...] a técnica normativa de construção do procedimento obriga o legislador a fazê-lo conforme as diretrizes do modelo constitucional de processo. Se o legislador assim não o fez, por inépcia ou obtusidade, incumbe ao intérprete fazer a integração da norma posta em vigor, valendo-se da técnica da interpretação conforme o devido processo constitucional. (BRÉTAS DE CARVALHO DIAS, 2007, p. 248)

Assim, qualquer alteração legislativa há de ser feita com a estrita observância do devido processo legislativo⁷⁴, de modo a possibilitar que os cidadãos⁷⁵ possam participar da construção das decisões que posteriormente irão reger suas condutas. Os sistemas jurídicos pós-metafísicos não se sustentam em procedimentos que abandonam ou minimizam o princípio da soberania popular e os direitos fundamentais, devendo estar pautados em critérios racionais que, efetivamente, possibilitem que os destinatários das normas possam, ao mesmo tempo, serem co-autores de seus direitos⁷⁶(CHAVES, 2003, p. 113).

⁷⁴ “[...] o processo legislativo, enquanto processo de justificação democrática do Direito, pode ser caracterizado como uma seqüência de diversos atos jurídicos que, formando uma cadeia procedimental, assumem seu modo específico de interconexão, estruturado em última análise por normas-jurídico constitucionais, e, realizados discursiva ou ao menos em termos negocialmente equânimes ou em contraditório entre agentes legitimados no contexto de uma *sociedade aberta de intérpretes da Constituição*, visam à formação e emissão de ato público-estatal do tipo pronúncia-declaração, nesse caso, de provimentos normativos legislativos que, sendo o ato final daquela cadeia procedimental, dá-lhe finalidade jurídica específica.”(CATTONI DE OLIVEIRA, 2000, p.109). “É importante salientar que o processo legislativo vincula-se aos discursos de justificação normativa, que não se prendem ao contexto histórico das decisões, como ocorre com os discursos de aplicação no processo jurisdicional, que têm por finalidade reconstruir o Direito à luz de casos concretos. O processo legislativo situa-se em um nível discursivo em que argumentos de grande generalidade e abertura são acolhidos, e, na verdade, funcionam como pontos de partida para a construção do discurso jurídico, inclusive do doutrinário, do jurisprudencial e do administrativo. Assim, a “participação em simétrica paridade”, dos possíveis afetados pelo provimento legislativo, no procedimento que o prepara, garantida pelo princípio constitucional do contraditório, é possibilidade de participação na discussão política, mediada processualmente e não necessariamente atual e concreta.” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2000, p.110). Nesse sentido: “*Enunciar o Direito democraticamente reclama o prévio de sua produção mediante um processo (legislativo) democraticamente estruturado, o que exige organização política (democraticamente) adequada. Aplicar o direito, por seu turno, impõe não só a organização política (democrática) adequada da função jurisdicional, mas igualmente o processo jurisdicional (democrático) adequado*, entendendo-se como tal todo aquele que satisfaz as exigências de um Estado de Direito Democrático.” (PASSOS, 2003, p.71)

⁷⁵ No Estado democrático de direito o cidadão abandona a passividade passando participar ativamente das decisões que porventura afetarem sua vida deixando de lado a postura de mero cliente do Estado (SOUSA, 2004, p.254). Não é o direito ao voto e nem as mobilizações sociais que serão capazes de executar importantes modificações políticas. A cidadania somente será efetiva se propiciar ao indivíduo atuar como condutor das decisões que irão afetá-lo participando ativamente da construção e reconstrução do ordenamento jurídico e isso somente é possível mediante o devido processo constitucional (LEAL Rosemiro, 2002, p.151).

⁷⁶ “De fato, num Estado Democrático de Direito a legitimidade das leis e decisões de toda ordem, implicariam processo de validação discursivos, ou seja, assegurados no interior de processo argumentativos, acessíveis a todos os afetados/interessados por aquela decisão.” (SOUSA, 2004, p. 252)

É importante salientar que o processo legislativo vincula-se aos discursos de justificação normativa, que não se prendem ao contexto histórico das decisões, como ocorre com os discursos de aplicação no processo jurisdicional, que têm por finalidade reconstruir o Direito à luz de casos concretos. O processo legislativo situa-se em um nível discursivo em que argumentos de grande generalidade e abertura são acolhidos, e, na verdade, funcionam como pontos de partida para a construção do discurso jurídico, inclusive do doutrinário, do jurisprudencial e do administrativo. Assim, a “participação em simétrica paridade”, dos possíveis afetados pelo provimento legislativo, no procedimento que o prepara, garantida pelo princípio constitucional do contraditório, é possibilidade de participação na discussão política, mediada processualmente e não necessariamente atual e concreta. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2000, p.110).

Portanto, uma decisão, seja em que esfera for tomada, somente será legítima se os afetados puderem dela ter participado como seus co-autores⁷⁷ possibilitando, inclusive às minorias, iguais chances de participação no exercício de sua autonomia política (BARROS, 2006, p. 231).

[...] a formação da vontade política deve ser mediada pelo direito e definida a partir de um processo legislativo de justificação das normas jurídicas, mas que exige a compreensão de que, no Estado Democrático de Direito, os cidadãos são compreendidos como sujeitos e destinatários da norma. Assim, no processo de justificação legislativa da norma jurídica, pelo exercício da autonomia pública do cidadão, não se pode afetar a autonomia privada dos demais cidadãos, em virtude da co-originalidade entre essas esferas de autonomia. (BARROS, 2006, p. 231)

Por fim, cumpre salientar que tão somente alterações legislativas não são suficientes para que se efetive um processo de feições garantidoras sendo necessário uma modificação na mentalidade dos operadores do direito, de modo que os direitos e garantias fundamentais já previstos na nossa Constituição sejam efetivados (STRECK, 2001, p.250).

⁷⁷ “[...] a necessidade de uma base procedimental para garantir igual participação nos espaços democráticos de tomada de decisão exige que ela seja compreendida como um processo, nos moldes definidos por Fazzalari (1993). Isto implica uma atividade preparatória do provimento com a participação dos afetados em simétrica paridade, permitindo assim que todos, inclusive a minoria, tenham seus argumentos levados em consideração e seus direitos fundamentais respeitados. Isso porque o processo legislativo tem na sua base principiológica o princípio do contraditório, que garante a participação tanto da maioria quanto da minoria parlamentar e, dessa feita, impede que o processo legislativo suporte a exclusão de direitos e garantias fundamentais instituído para todos. No caso específico da minoria afetada pela lei ou outro tipo de decisão, o cidadão, participando de forma argumentativa no processo legislativo, deve ter garantida sua “ampla argumentação”. “Além da co-originalidade ou interdependência entre direitos fundamentais e direitos de participação, que inclui, no caso da sociedade pós-moderna, multicultural e plural, a compreensão da autonomia cidadão a partir da participação dos atingidos, é importante compreender que direitos fundamentais não se exercem sem que estejam garantidos pelo devido processo legal, e que as garantias constitucionais e os direitos fundamentais são co-dependentes.” (BARROS, 2006, p. 231-234)

Contudo, o que de fato se constatou é uma reforma parcial, assistemática, atécnica, de cunho repressor e emergencialista na qual o legislador brasileiro, por despreparo ou propositadamente, se afastou ainda mais do modelo constitucional de processo, gerando a possibilidade de perda de conquistas já havidas (CHOUKR, 1995, p. 83).

[...]é preciso manter o foco *no que há de ser reformado*, fugindo-se às questões intra-sistemáticas para se reconhecer que o problema *está no próprio sistema*, o que se não atinge com reformas parciais e, desde este ponto de vista, meros *remendos*. Se é assim, *qualquer reforma deve ser global e incidente sobre todo ele*, bastando recordar a origem fascista do Código de Processo Penal brasileiro (Decreto-Lei 3689, de 3 de outubro de 1941), e seu absoluto descompasso para com a atual Constituição das República, democraticamente promulgada em 5 de outubro de 1988. (COUTINHO, 2008, p. 11).

A reforma não partiu de uma análise global limitando-se a realizar alterações pontuais que resultaram em um código de processo penal repleto de remendos⁷⁸, mantendo uma estrutura inquisitorial e repressora.

Infelizmente, no entanto, é, no fundo, o *anseio punitivo* que pauta e motiva as *reformas parciais*, em que pese o espírito democrático (sincero) de muitos dos autores das idéias reformistas; e é por isso que o país continua assim: porque se reforma e se reforma para não mudar nada, seguindo na crença que se melhora com mais pena, mais prisão, mais punição. Faz-se reforma pelas mudanças que, de fato, só se darão quando mudar a base epistêmica. Contudo, quantos sabem, de fato, os juristas, de epistemologia? Se é preciso, efetivamente, mudar o sistema, nota-se que não é algo simples nem fácil: é inquisitório, foi inquisitório, e se tudo se reduzir à aprovação destas reformas parciais, continuará inquisitório. (COUTINHO, 2008, p. 13)

Nesse contexto, será analisada a nova redação do artigo 156, mas primeiramente é necessário verificar sua redação original para demonstrar que a reforma conseguiu piorá-la ainda mais.

⁷⁸ Jorge de Figueiredo Dias, ao se manifestar sobre a reforma do Código de Processo Penal Português, mencionou que qualquer reforma não obteria êxito se não fosse efetivada dentro de uma amplo contexto de política criminal (DIAS, 1987, p. 8).

6.1 O artigo 156

Antes da alteração legislativa promovida pela lei 11690/08 o artigo 156 do Código de Processo Penal estabelecia que: “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvidas sobre ponto relevante” (GOMES, 2008, p. 373)

Cumpra lembrar que a redação acima mencionada foi inspirada em um sistema político centralizador e autoritário⁷⁹ (ZILLI, 2003, p. 173), que elaborado sob a égide do Estado Novo seguiu as diretrizes da política instalada em 1937.⁸⁰ Sob essas bases difundiu-se uma cultura jurídica que, amparada na superioridade do poder estatal⁸¹, atribuiu excessivo poder ao juiz que nada mais era do que a encarnação do poder estatal na esfera jurisdicional, fazendo surgir a figura do juiz autoritário, de modo que a autoridade do Estado prolongou-se na autoridade do juiz (SANTOS, 1952, p. 113-118).

Nessa perspectiva, o artigo 156 somente poderia ser interpretado como regra permissiva da iniciativa probatória do juiz que, no combate à criminalidade, deveria atuar para encontrar a verdade ou alcançar a pacificação social.

Contudo, o sistema acusatório adotado pela Constituição é completamente distinto daquele surgido sob a égide fascista (CHOUKR, 1995, p. 72), de sorte que

⁷⁹ O momento histórico e cultural não podia ser pior quando foi editado o Código de Processo Penal. O país estava em plena ditadura do Estado Novo, havendo, lado a lado, duas realidades: a truculência de um Estado-policial, encarnado pela pessoa de Filinto Muller, e a demagogia do próprio caudilho. No confronto entre a necessidade de segurança e o respeito aos direitos e garantias individuais, a primeira saiu na frente, prevalecendo as idéias de severidade e punição a todo custo, com um interesse um pouco menos que nada pela pessoa do delinqüente. O interesse, pelo Estado, no controle social, e, conseqüentemente, político do País, renegou escancaradamente vários princípios reitores do sistema de direitos e garantias, como se deu com o princípio da igualdade das partes no processo penal.(VARGAS, 2002, p.117)

⁸⁰ O legislador brasileiro, para se tornar coerente com as diretrizes traçadas pela Carta de 1937, precisando a elas adaptar o processo, não podia senão acomodá-lo ao sistema autoritário, vigente na Hungria, na Áustria, aprovado pelos juristas alemães e pelos discípulos de Chiovenda na Itália. Razões de ordem política impunham essa consequência. (SANTOS, 1952, p. 118)

⁸¹ É inegável que a gênese do nosso sistema processual penal vigente nos prende à tradição eclesiástica/ibérica, onde o processo se desenvolveu, historicamente, como um instrumento a serviço do Estado, para manter a ordem social estruturada hierarquicamente. A infração penal era vista por esse sistema como uma ofensa à ordem social, de modo que deveria ser apurada e levada aos tribunais para punição e manutenção daquela ordem. (GOMES, *et al*, 2008)

nos encontramos, ainda hoje, com uma situação paradoxal na qual se trabalha com um diploma legal de inspiração autoritária, pautado na superioridade estatal, e de outro deparamos com um texto constitucional garantidor dos direitos fundamentais (CHOUKR, 1995, p. 26). Dessa incompatibilidade surgiu a necessidade de se proceder a releitura do art. 156 que passou a ser interpretado com outra roupagem na qual somente se admitia a iniciativa instrutória do juiz para dirimir dúvida sobre ponto relevante de prova já existente, lhe sendo vedado atuar quando a prova não tivesse sido requerida ou produzida, já que não poderia agir como substituto da acusação que carrega sobre si o ônus da prova (OLIVEIRA, 2004, p.170).

Isso significa inequivocamente que as provas já foram produzidas pelas partes e o que remanesce é “dúvida sobre ponto relevante”, extraído do conjunto probatório colhido legalmente. Como se percebe, o art. 156 não confere uma “carta branca” ao Juiz para a arregimentação da prova. A prova da alegação incumbe a quem a faz. O Juiz conta somente com uma atividade “supletiva” e só para dirimir eventual dúvida nascida exatamente no momento de valoração da prova já fixada em juízo. Em suma, enquanto “atividades complementares”, tais diligências não quebram o processo tipo acusatório. Totalmente outra será a conclusão se for o Juiz quem demonstra o inequívoco interesse em comprovar o crime ou sua autoria. (GOMES; CERVINI, 1997, p. 208)

Mas, distanciando-se de noção de processo como garantia, 7 anos após o projeto inicial (PL. 4205/01), foi editada a Lei 11690 de 9 de junho de 2008 que, dentre outros dispositivos, alterou o artigo 156 que passou a vigorar com a seguinte redação: “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I- ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação, e proporcionalidade da medida; II- determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (LEI Direto, 2008).

Percebe-se, nitidamente, que ao invés de se aproximar do sistema acusatório, a alteração enfatizou o ativismo judicial e, por conseguinte, o aumento dos poderes do juiz como medida capaz de curar todas as mazelas da sociedade (NUNES, 2008b, p. 156) e de legitimar a atuação de um juiz inquisidor, (DOMENICO, 2008, p. 11).

Ora, a “alteração” mantém a perspectiva inquisitorial no Código de Processo Penal. Mas, mais do que isso, é na imbricação entre o instrumentalismo do processo e a aposta na discricionariedade que se encontra o problema fundamental. Nesse sentido, a obra de Flaviane deixa claro o *vício filosófico*

de origem do novo dispositivo (e do restante da reforma). Indubitavelmente, a aposta da produção de prova de ofício *representa simbolicamente* a não-superação do paradigma representacional e a permanência da filiação do Código de Processo Penal a perspectivas mais obscuras daquilo que a Constituição deveria superar: o positivismo jurídico. (STRECK, 2008, p. XXIV-XXV)

A nova redação ao invés de adaptar o artigo 156 às diretrizes constitucionais, reforçou ainda mais a postura inquisitorial da legislação brasileira, ampliando os poderes investigatórios do juiz, permitindo que ele atue, de ofício, até mesmo na fase preliminar. Evidenciou-se, assim, que o Código de Processo Penal brasileiro se perpetua no tempo, pois sobreviveu a constituição de 1946, serviu à ditadura militar e ainda consegue se sustentar mesmo após mais de 20 anos da promulgação da constituição democrática de 1988, revelando um conservadorismo que procura manter os padrões sociais e a dominação presentes há mais de 50 anos (VARGAS, 2002, p.118).

O juiz passa a exercer, cada vez mais, papel de destaque, fazendo, por mais absurdo que possa soar, reviver as afirmações de Carnelutti de que o juiz deve ser mais que um simples homem, devendo se aproximar de Deus⁸² (CARNELUTTI, 2001, p.34).

Na realidade, a reforma manteve a gestão da prova nas mãos do juiz que pode decidir como bem entender, tomando as provas do fato como premissa menor e a lei como premissa maior (COUTINHO, 2008a, p.8), o que nos faz acreditar que “são mudanças para tudo permanecer como sempre esteve” (COUTINHO, 2008c, p. 11) já que mantém no Código de Processo Penal brasileiro sua estrutura de contornos inquisitoriais (BARROS, 2008, p.4-5).

O que se há de reafirmar, enfim, é que *reformas parciais* não mudam o sistema porque não vão ao núcleo do problema, ou seja, no *princípio inquisitivo*, que permanece intacto o que se pode perceber com as recentes *reformas*, mormente àquela referente à prova e nela, no que diz com a chamada *teoria geral da prova*. Basta que se veja, neste sentido, a nova redação do art. 156, do CPP, dada pela Lei 11690, publicada em 10.06.08, que faculta ao juiz, de ofício, determinar a produção de provas e a realização de diligências que julgar necessárias para “dirimir suas dúvidas. (COUTINHO, 2008c, p.12)

⁸² “A função judicial, que é mais elevada das funções do Estado, a mais alta inclusive do que a função legislativa, deveria estar cercada por uma aura de veneração, como está o sacerdócio. Infelizmente a multidão não venera mais o sacerdócio nem o juiz. De tal modo que a este lhe faltam o ambiente propício e aquela elevação espiritual, condições imprescindíveis para que ele possa superar as dificuldades extremas de seu ofício.” (CARNELUTTI, 2001, p. 124)

Mas, por um lado, pode-se dizer que o novo texto é mais “sincero”, transparente, pois ao permitir que o juiz, nas duas fases da persecução penal e independentemente de provocação, possa ordenar a produção de provas com base em critérios indeterminados como *necessidade, adequação, proporcionalidade* e “dúvida sobre ponto relevante” (COUTINHO, 2008c, p. 12) revela a base inquisitorial em que se encontra nosso sistema processual.

Os critérios de necessidade, proporcionalidade e adequação estabelecem uma abertura discricionária, maior que o próprio poder geral de cautela do processo civil, que se sustenta no *fumus boni iuris* e no *periculum in mora*. Principalmente porque não se levará em consideração a plausibilidade do direito alegado, seja quando decida a antecipação a pedido da acusação, mais ainda quando o juiz decidir de ofício. A antecipação de provas nos termos postos é o estabelecimento de um estado de polícia, em flagrante desrespeito ao Estado de Direito. (BARROS, 2008, p.32)

A ampliação dos poderes do juiz foi de tal monta⁸³ que a nova redação do art. 156 ao permitir que o juiz, de ofício, ainda na fase preliminar, determine diligências investigatórias, ofendeu gritantemente os princípios inerentes ao sistema penal acusatório e revelou uma postura legislativa que contempla regras em completa desconformidade com modelo constitucional de processo (DOMENICO, 2008, p. 11). Assim, deve ser taxado de inconstitucional porque, indubitavelmente, fere o devido processo legal revelando-se pior que o preceito derogado, que pelo menos dava a impressão de que o juiz não poderia, na fase preliminar, participar da colheita de matéria probatório(COUTINHO, 2008c, p. 12)

O juiz, não pode mais interferir na atividade acusatória, atribuída a outro órgão/pessoa e os princípios do contraditório, ampla defesa, fundamentação das decisões, imparcialidade, dentre outros, passam a ser de observância obrigatória. O julgamento imparcial deve ser obedecido e para tanto é vedado ao julgador proceder sem provocação pois a separação de funções, derivada da regra *nullum iudicium ine accusatione*, constitui uma das maiores garantias de julgamento imparcial. (POZZER, 2001, p. 31)

De forma mais específica, a nova redação fere o princípio da imparcialidade, que embora não mais se confunda com neutralidade, pois cada juiz tem sua maneira

⁸³ A questão é tão afrontosa que até mesmo autores que admitem a iniciativa probatória do juiz na fase processual, são contrários a essa postura na fase preliminar. Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover assevera que na fase de inquérito o juiz deve-se ater tão somente as medidas cautelares e que é necessário indicar outro juiz para atuar na fase processual propriamente dita, tendo em mente que a iniciativa instrutória oficial significa o retorno da figura do juiz-inquisidor (GRINOVER, 1999, p. 75).

particular de receber as sensações que vão variar de acordo com uma série de fatores,⁸⁴ acaba desrespeitado. Ao se permitir a iniciativa probatória, principalmente na fase do inquérito, possibilita-se ainda mais que as convicções pessoais do julgador influenciem nas tomadas de decisão, pois “na verdade, a experiência passada, que deixou as suas impressões em nossa memória, completa continuamente a experiência presente.” (ALTAVILLA, 1981, p. 28)

O juiz ao tomar a iniciativa probatória cria um elo com aquela prova, pois é natural que alguém que se interesse por algo torne-se tendencioso na busca daquele resultado, já que “um acontecimento chamará tanto mais fortemente a nossa atenção quanto maior for sua relação com a esfera de nossos interesses.” (ALTAVILLA, 1981, p. 34)

Nesse sentido, diversas decisões contrárias ao réu que podem ser tomadas pelo juiz antes da sentença de mérito podem influenciá-lo de modo a buscar a condenação e justificar suas anteriores ingerências na esfera da vida do acusado de modo que “esperar isenção do juiz, depois de proceder assim, seria pretender que ele fosse favorecido pelas virtudes sobre-humanas.” (VARGAS, 1992, p. 236)

O grande problema é que o primeiro posicionamento, a primeira impressão, pode seduzir o investigador de modo que ele, ainda que inconscientemente, não vislumbre outra possibilidade e conduza todo o procedimento de modo a validar aquela primeira tomada de posição. (BIANCHINI, 1998, p.10).

Portanto, quando o juiz, de ofício, determina a realização de certas diligências probatórias, fica psicologicamente comprometido com aquilo que estava buscando e, em certos casos, limitar-se-á somente a adequar o procedimento à decisão já tomada anteriormente, ofendendo o princípio do terceiro imparcial.

Aqui, o busílis da questão: prevalecendo o “primado das hipóteses sobre os fatos”, faz-se mesmo é um incentivo a que se decida primeiro e, depois, diante de tal decisão, parta-se à colheita do material probatório suficiente para a justificar. Neste caso, é sintomático terem os vínculos secundários (isto é, que não dizem diretamente com o *caso concreto em discussão*) um papel fundamental na conclusão final. (COUTINHO, 2008a, p.10).

⁸⁴ Enrico Altavilla bem retrata a influência de fatores externos na formação da convicção: “Tício avistou uma sombra nos campos e fugiu precipitadamente: se for interrogado logo a seguir, limitar-se-á a dizer que viu uma sombra e poderá, talvez, acrescentar qualquer observação ilustrativa da sua percepção. Mas se no dia seguinte ler que, naquele local, foi encontrado um homem assassinado, precisará, pouco a pouco, a sua recordação com minúcia, sem se dar conta de que está a completar sua percepção com factos que veio a saber posteriormente. E se os jornais publicarem os sinais do assassino, poderá deixar-se suggestionar, a ponto de pensar que distinguiu esses sinais, podendo vir a transformar-se numa terrível testemunha de acusação.” (ALTAVILLA, 1981, p.43)

Assim, a nova redação do artigo 156 compromete o princípio da imparcialidade, pois permite ao juiz formar um pré-julgamento do caso antes mesmo do início da fase processual propriamente dita. (BARROS, 2008, p.33)

Uma eventual pré-compreensão do julgador pode levá-lo a um exercício, mesmo que inconsciente, de busca somente daquelas provas que embasaram aquilo que já foi compreendido, ou seja, primeiro se decide e depois busca-se os elementos para fundamentar aquela decisão *prima facie* tomada. A mudança reforça ainda mais o caráter inquisitorial do juiz como gestor da prova, só que agora ele será o gestor da prova do inquérito. (BARROS, 2008, p. 33)

Nesse sentido, Guilherme Madeira Dezem salienta:

A atuação do magistrado, de ofício, no inquérito policial dá margem não só a que se reconheça violação do sistema acusatório, mas transforma este magistrado em um verdadeiro inquisidor, de forma que sua parcialidade pode ser questionada pela via de exceção de suspeição (DEZEM, 2008, p. 26).

Ademais, ofende-se o princípio do devido processo legal do qual decorre a exigência de que o órgão julgador não atue sem ser provocado, devendo respeitar o princípio da inércia e, por conseguinte, mantendo-se distante dos interesses das partes para não comprometer sua imparcialidade (COUTINHO, 1999, p.74).

Com efeito, quando se autoriza ao juiz a instauração *ex-officio* do processo, como era típico no sistema inquisitório puro, permite-se a formação daquilo que Cordero chamou de "*quadro mental paranóico*", ou seja, abre-se ao juiz a "*possibilidade de decidir antes e, depois, sair em busca do material probatório suficiente para confirmar a 'sua' versão, isto é, o sistema legítima a possibilidade da crença no imaginário, ao qual toma como verdadeiro.*" (COUTINHO, 1999,p.74)

Por outro lado, ao se permitir que o juiz assuma a iniciativa probatória, viola-se o princípio da presunção de inocência⁸⁵, pois o ônus da prova incumbe a acusação que deve arcar com a desvantagem processual resultante de sua inércia ou ineficiência, não sendo tarefa do juiz auxiliá-la nessa busca. Assim, em razão do *in dubio pro reo*, caso a acusação não consiga vencer a presunção de inocência que se opera em favor do indivíduo, só resta ao juiz uma única opção: a absolvição do acusado.

⁸⁵ Vide 5.3.1

Se o interesse e dever de provar a acusação é ônus da parte que acusa e esta não requereu diligências ou, mesmo no caso da realização de oitiva de testemunhas, esgotou seus questionamentos, é inadmissível que o magistrado num âmbito cognitivo absolutamente discricionário e sem qualquer provocação das partes produza provas. (DOMENICO, 2008, p. 11)

O princípio do contraditório, por sua vez, também fica diretamente comprometido, pois ao se permitir que o juiz assuma a iniciativa probatória, cria-se uma situação em que o acusado deve se defender das investidas da acusação e também do juiz, de modo que a simétrica paridade exigida no procedimento torna-se inalcançável.

Outro problema que ainda persiste é a manipulação da lei pelos operadores do direito que, por intermédio do princípio do livre convencimento, conseguem superar todo e qualquer expediente de controle jurídico, criando, via requisitos retóricos, uma espécie de escudo para a sentença que será válida, pois proferida em nome da verdade, da segurança jurídica e de demais termos inesclarecidos e inabaláveis, sobre os quais justifica-se uma decisão que só aparentemente se legitima (COUTINHO, 2008b, p. 2).

Mas existe uma lógica nessa estratégia: na base, continua-se a apostar nas velhas perspectivas que conformam a “verdade real”, que deverá ser “descoberta” a partir desse livre convencimento do juiz e dos mecanismos postos a sua disposição. No topo (nos tribunais, mormente nos superiores), institui-se um controle feito a partir de conceitualizações prévias, aplicáveis por amostragem (como se a prévia interpretação de um texto jurídico pudesse abarcar todas as futuras hipóteses de aplicação). Por certo, importantes juristas de *terrae brasilis* defenderão as reformas, sob o argumento de que “foi preservado o caso concreto”, que estará sob controle de um juiz...! O grande problema é saber - *nesse imenso butim processual* – o que, no final, restou para as partes.” (STRECK, 2008, p. XXVII)

Ademais, ao invés de se adaptar a legislação processual aos ditames constitucionais, procede-se a um procedimento inverso, no qual se adequa a Constituição às leis infraconstitucionais, de modo que “*continuamos a olhar o novo com os olhos do velho...A Constituição – e tudo o que representa o constitucionalismo contemporâneo – ainda não atingiu o seu devido lugar no campo jurídico brasileiro.*” (STRECK, 2001, p.252)

Ao se invocar reformas, como a do artigo. 156, assentadas em bases como a verdade real, celeridade, eficiência, combate à criminalidade e protagonismo judicial, esconde-se, sob o manto da certeza jurídica, um discurso de legitimação pautado

em bases autoritárias e excludentes, de modo que se mantém a dominação⁸⁶, em todos os sentidos e setores, e o pior, faz o cidadão – e inúmeros processualistas que se intitulam de constitucionalistas e democráticos - acreditarem que o juiz e o processo são hábeis a pacificar com justiça o conflito social.

O processo ideológico distorce a realidade e cria certezas construídas sobre fatos pontuais que possam explicar uma situação complexa. O elemento de dominação presente procura construir certezas na opinião pública, pois a afirmação vem acompanhada de um fato real que a pessoa pode constatar, e a televisão o faz ao trazer a imagem. Portanto, a partir de uma situação que efetivamente ocorre, mas que de longe não pode ser utilizada para explicar a complexidade do tema “ Estado de bem-estar social”, que detém a mídia constrói certezas, e as certezas são o caminho curto para o preconceito. Quanto mais certezas as pessoas tiverem, quanto mais preconceituosas forem as pessoas, mais facilmente elas serão manipuladas por quem detém o poder de criar essas “verdades”. A certeza é inimiga da liberdade de pensamento e da democracia como exercício permanente do diálogo. Quem detém o poder de construir os significados de palavras como liberdade, igualdade, democracia quem detém o poder de criar os preconceitos e de representar a realidade a seu modo tem a possibilidade de dominar e manter a dominação. (MAGALHÃES, 2006, p. 283)

Assim, a nova redação do artigo 156, ignora a impossibilidade de afastamento⁸⁷ dos princípios processuais que estão elencados entre os direitos fundamentais⁸⁸ insuprimíveis (MADEIRA, 2008b, p. 123), ofendendo o modelo

⁸⁶ Nessa ordem de idéias, se “as coisas consagradas aos deuses são subtraídas do uso comum, do uso livre das pessoas” (MAGALHÃES, 2006, p. 285) de modo que “consagrar significa retirar do domínio do direito humano, sendo sacrilégio violar a indisponibilidade da coisa sagrada” (MAGALHÃES, 2006, p. 285) podemos afirmar que a reforma insiste em sacralizar a iniciativa probatória e a decisão, mantendo mitos como o da verdade real e persistindo no protagonismo judicial.

⁸⁷ “[...] na teoria da democracia os direitos fundamentais são inafastáveis não porque já estejam impregnados na consciência dos indivíduos, mas porque são pressupostos jurídicos da instalação processual da movimentação do sistema democrático, sem os quais o Estado democrático de direito não se enuncia.” (LEAL, Rosemiro, 2002, p.31)

⁸⁸ [...] Em noção muito ampla, os termos direitos do homem (de maior tradição histórica) e direitos humanos procuram designar todos os direitos, inerentes à vida, à liberdade, à dignidade, à igualdade, à segurança, ao valor e à natureza do ser humano visto sobre o prisma corpóreo, espiritual e social. Já a expressão direitos fundamentais despontou na França (droits fondamentaux), por volta de 1770, em contexto cultural, social e político, que gerou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789. [...] Contudo, pesquisa na doutrina mais atual indica propensão em se chamar de direitos fundamentais os direitos humanos que tenham adquirido positividade no ordenamento jurídico-constitucional do Estado, atingindo, por conseguinte grau maior de certeza e efetiva possibilidade de serem garantidos.” (BRÊTAS DE CARVALHO, 2004, p. 109).

“Os direitos humanos são históricos e, logo, políticos. A naturalização dos Direitos Humanos sempre foi um perigo, pois coloca na boca do poder quem pode dizer o que é natural, o que é natureza humana. Se os direitos humanos não são históricos, mas são direitos naturais, que é capaz de dizer o que é natural humano em termos de direitos? Se afirmarmos direitos humanos como históricos, estamos reconhecendo que nós somos autores da história, e, logo, o conteúdo desses direitos é construído pelas lutas sociais, pelo diálogo aberto do qual todos possam fazer parte. Ao contrário, se

constitucional de processo (no âmbito jurisdicional e legislativo).

Ademais, basta ofensa a um dos princípios inerentes ao modelo constitucional de processo, para que todos os outros estejam comprometidos, pois existe um indissociável entrelaçamento entre eles.

Em outras palavras, tais princípios são vistos como co-dependentes no sentido que, apesar de cada um possuir seu espectro de atuação visto isoladamente, os referidos princípios formam uma base uníssona indissociável, na qual a observância a um princípio é condição para o respeito dos demais. (BARROS, 2008, p.17)

Portanto, a nova redação do art.156 do Código de Processo penal brasileiro, ofende os princípios basilares do modelo constitucional de processo e também as especificidades próprias do direito processual penal mantendo uma estrutura dominadora, que desde o período inquisitorial, ainda que disfarçadamente, vigora em nosso país.

afirmarmos esses direitos como naturais, fazemos o que fazem com a economia agora. Retiramos os direitos humanos do livre uso democrático e transferimos para um outro. Este outro irá dizer o que é natural. Quem diz o que é natural? Deus? Os sábios? Os filósofos? A natureza? (MAGALHÃES, 2006, p. 285)

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente dissertação buscou demonstrar a inconsistência da iniciativa probatória do juiz no processo penal que, fundada na perspectiva instrumentalista do processo e na eleição do ativismo judicial, significa retorno ao paradigma do Estado Social e afronta os postulados do Estado Democrático de Direito e do modelo constitucional de processo.

Demonstrou-se que, inicialmente, justificavam-se os poderes instrutórios do juiz no mito da verdade real, mas desde Eistein e a teoria da relativização, a idéia de verdades absolutas caiu em descrédito e, no campo do direito, tais questionamentos também ganharam força, de modo que a verdade absoluta passou a ser criticada, pois taxada de intangível.

Mas, por outro lado, bastou a derrocada de um mito para que outros fossem eleitos em seu lugar, de modo que a justiça, o bem comum, e outros termos inesclarecidos, passaram a justificar o ativismo judicial.

De todo modo, constatou-se que o ativismo judicial, e por conseguinte, a atividade probatória do juiz, encontram-se sedimentados em critérios desprovidos de racionalidade, que, por sua vez, encontram guarida em um modelo processual centrado na figura do juiz que, solipsisticamente, possui todas as qualidades necessárias para, em nome do bem comum, proferir uma decisão que retrate os anseios da sociedade. Essa perspectiva reflete a adoção do modelo de Estado Social, que amparado na existência de escopos metajurídicos do processo enfatiza o ativismo judicial e trabalha em bases indeterminadas que possibilitam a tomada de decisões em termos discricionários.

Nesse prisma, a atividade instrutória afasta-se da noção de processo como garantia, e trabalha com a concepção de um processo a serviço da jurisdição, que, por sua vez, está sedimentada no protagonismo judicial, evidenciando uma situação de subserviência das partes em relação ao juiz.

Porém, é inadmissível que em uma sociedade moderna - marcada pelo pluralismo - em que convivem inúmeras concepções de vida boa, o juiz esteja dotado de poderes bastantes para, em nome dessa sociedade, encontrar a paz social.

A noção de processo como garantia de efetivação de direitos fundamentais, deve possibilitar que as mais diferentes ideologias existentes em uma sociedade multicultural, possam ser ouvidas, de modo que tenham iguais oportunidades de influenciarem e participarem da construção das decisões que irão pautar a vida de seus membros. A democracia exige a participação de todos, inclusive das minorias, nas tomadas de decisão de modo que o que importa não é a verdade, o bom senso, o bem comum ou a justiça em que foi pautada a decisão, mas sim se ela foi construída racionalmente, ou seja, sob a base de um modelo constitucional de processo que permite que aqueles que sofrerão seus efeitos sejam também seus co-autores.

Sob o modelo constitucional de processo, a atividade probatória deve estar pautada na observância dos princípios da ampla argumentação, do contraditório, da fundamentação das decisões, do terceiro imparcial, e de outros princípios específicos do microssistema processual penal, como a presunção de inocência e o *in dubio pro reo*, pois a adoção do referido modelo exige a observância de todos os princípios formadores de sua estrutura mínima e também daqueles inerentes ao microssistema processual penal já que, em razão da co-dependência entre eles, basta a inobservância de um para que todos os outros estejam comprometidos.

Somente a partir da observância desses princípios formadores do esquema geral mínimo de processo constitucional é que se legitima a atividade probatória, que ao invés de estar enfocada no papel do juiz, deve estar enfatizada em um procedimento que, racionalmente e de forma participada, possibilite às partes, em simétrica paridade de armas, participar efetivamente da construção dos provimentos que irão interferir em suas vidas.

De forma específica, pode-se afirmar que o princípio do contraditório, cuja leitura impõe uma análise a partir de uma perspectiva dinâmica pela qual não se limita ao dizer e contradizer e exige que as partes tenham iguais oportunidades de, efetivamente, influenciarem nas tomadas de decisão que porventura afetá-las, impede a iniciativa instrutória do juiz que, ao auxiliar a acusação, desconfigura a simétrica paridade de armas na qual o procedimento deve estar pautado.

Por sua vez, a exigência de que a decisão seja proferida por um terceiro imparcial, impede que o juiz tenha um contato prévio com a prova, evitando assim sua contaminação e o comprometimento de sua imparcialidade. Embora, a imparcialidade não se confunda com a neutralidade, já que todo juiz tem suas

próprias convicções, o procedimento deve estar regido por normas que busquem impedir que essas disposições pessoais, reflitam e influenciem no momento da decisão.

Ademais, ao dotar o juiz de poderes instrutórios, corre-se o risco da ocorrência de uma inversão na ordem normal do procedimento decisório, de modo que o juiz que já tenha tido algum contato prematuro com a prova, por um caminho avesso, primeiramente profira sua decisão e, em seguida, adeque o procedimento ao que já fora anteriormente decidido com base nas suas convicções pessoais ou em pré-julgamentos. A simples determinação para a realização da prova, ainda que ela seja realizada com a observância do contraditório, pode fazer com que a fundamentação das decisões torne-se apenas um engenhoso mecanismo legitimador de pré-concepções.

Portanto, necessário que o juiz, ainda que seja para rechaçar uma determinada prova, analise todos os argumentos trazidos pelas partes, possibilitando a elas, em simétrica paridade, participar de todo o *íter* probatório.

Levando-se em consideração as especificidades do microsistema processual penal, pode-se afirmar que ao se atribuir poderes instrutórios ao juiz, se ofende, indiscutivelmente, o princípio da presunção de inocência, pois dele decorre uma regra de matriz probatória que impõe à acusação o ônus de comprovar, tecnicamente, a ocorrência do delito. Assim, a ineficiência ou inércia da acusação lhe acarretará uma desvantagem processual: a manutenção do estado de inocência do acusado não cabendo ao juiz investir-se na função que constitucionalmente não lhe fora confiada, pois é da acusação, e não do juiz, o ônus de comprovar a realização típica, ilícita e culpável, de um fato. Além disso, em razão do princípio do *in dubio pro reo*, se restar dúvida quanto a comprovação técnica do crime, ou seja, quanto a real ocorrência da tipicidade, ilicitude e culpabilidade, ao juiz somente resta uma opção: absolver o acusado, pois ficou comprovado que a acusação não conseguiu superar o princípio da presunção de inocência.

Se o responsável pela acusação não cumpre o ônus que lhe foi atribuído, nada justifica que o juiz o substitua, devendo ficar inerte e, em caso de dúvida, mantendo o *status* de inocente do acusado, tomar a única medida condizente com o Estado Democrático de Direito, ou seja, absolvê-lo.

Nesses termos, no Estado Democrático de Direito, ou seja, no modelo de Estado constitucionalmente estruturado cuja atuação esteja pautada na obediência

ao ordenamento jurídico em sentido amplo (normas-princípio e normas disposição) (BRÊTAS DE CARVALHOS DIAS, 2004, p.86) e ainda na necessidade de que os cidadãos sejam compreendidos como sujeitos e não somente como destinatários das normas (BARROS, 2006, p.231), a instrução probatória deve ser entendida como o momento em que as partes, discursivamente, dentro de uma estrutura normativa previamente estabelecida e com a estrita obediência aos direitos fundamentais, apresentem seus argumentos podendo efetivamente influenciar na construção da decisão que irá afetá-las.

Mas as reformas processuais ocorridas em 2008, ao invés de superar a dicotomia existente entre o sistema acusatório estabelecido pela Constituição e a base inquisitorial prevista no Código de Processo Penal, ajustando-os ao modelo constitucional de processo, pautaram-se em alterações parciais, assistemáticas, que partindo da construção de um processo focado no ativismo judicial, atribuiu ao juiz a função de resolver todos os problemas da sociedade, reforçando a idéia do ativismo judicial e mantendo a postura inquisitorial que há séculos informa nosso sistema processual.

A alteração promovida pela Lei 11690/08 no artigo 156 do Código de Processo Penal brasileiro, ao permitir que o juiz tome a iniciativa probatória até mesmo na fase preliminar, significou um enorme retrocesso, ampliando os poderes instrutórios do juiz e afastando-se, ainda mais, do modelo constitucional de processo.

O que se tornou nítido é que as reformas não adentraram no cerne do problema, ou seja, a gestão da prova permaneceu nas mãos do juiz, mantendo um sistema inquisitorial e nos fazendo acreditar que são mudanças que na realidade nada alteram. Alterou-se o invólucro, mas manteve-se o conteúdo, de sorte que se implementou o novo com a mentalidade do velho, ampliando, ainda mais, os poderes instrutórios do juiz e fazendo ressurgir (se é que um dia ela desapareceu) a figura do juiz inquisidor, tão presente no sistema inquisitório e no Código Napoleônico.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ACHUTTI, Daniel Silva; RODRIGUES, Roberto da Rocha. **Tempo, memória e Direito no século XXI**: o delírio da busca da verdade real no processo penal. Revista transdisciplinar de Ciências penitenciárias, v.4, n.1, p.1-199, jan./dez de 2005.

ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. **O processo criminal brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959 2v.

ALMEIDA, Andréa Alves de. **Processualidade jurídica e legitimidade normativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

ALTAVILLA, Enrico. **Psicologia judiciária**: o processo psicológico e a verdade judicial. Coimbra: Armênio Amado Editor. 1981. v.1.

ALVES, Alaor Caffé. **Lógica**: Pensamento Formal e Argumentação - elementos para o discurso jurídico. 2 ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2002.

ALVIM, Jose Eduardo Carreira. **Elementos de teoria geral do processo**. 4.ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

ANDOLINA, Ítalo. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional . **Revista de Processo**, São Paulo, v.87, p. 63-69, jul./set. 1997.

ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. **Il modello costituzionale del processo civile italiano**. Torino: Giappichelli, 1990.

ARANHA, Adalberto Jose Q. T. de Camargo. A prova proibida no âmbito penal. **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, v. 75, ano 16, 2 bime. mar./abr.1982.

ARANHA, Adalberto Jose Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 3 ed. Atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1994.

AROCA, Juan Montero. **Princípios Del Proceso Penal**: una explicación basada em la razón. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1997.

ÀVILA, Gustavo Noronha de; GAULAND, Dieter Mayrhofer; PIRES FILHO, Luiz Alberto Brasil Simões. A obsessão pela “verdade” e algumas de suas consequências para o processo penal. In: AZEVEDO, Rodrigo Ghirgheli de; CARVALHO, Salo de. (Org). **A crise do Processo Penal e as Novas Formas de Administração da Justiça Criminal**. São Leopoldo: Notadez, 2006.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional**: aspectos contemporâneos. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BARRETO, Helena Guimarães. Duração razoável do procedimento e celeridade processual: ma análise crítica do rito sumaríssimo na justiça do trabalho. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). **Constituição, Direito e Processo Princípios Constitucionais do processo**. Curitiba: Juruá, 2008.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re)forma do processo penal**: comentários críticos dos artigos modificados pelas leis n. 11.690/08 e n. 11.719/08. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BARROS, Flaviane de Magalhães. Ensaio de uma teoria geral do processo de bases principiológicas: sua aplicação no processo legislativo, administrativo e jurisdicional. In: GALLUPO, Marcelo (Org.). **O Brasil que queremos**: reflexões sobre o Estado Democrático. Belo Horizonte: Editora Puc Minas, 2006.

BASTONE, Juliana de Carvalho. Processo de Conhecimento e Teoria da Prova-Implicações lógicas. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). **Estudos Continuados de Teoria do Processo**. Porto Alegre: Síntese, 2000. v.2.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1983.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do juiz**. 2 ed.rev. e ampl.RT

BETHENCOURT, Francisco. **História das inquisições**: Portugal, Espanha e Itália-Séculos XV-XIX. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

BETTIOL, Giuseppe, BETTIOL, Rodolfo. **Instituições de Direito e Processo Penal**. Trad. Amilcare Carletti. São Paulo: Editora Pillares, 2008.

BIANCHINI, Alice. Verdade real e verossimilhança fática. **Boletim IBCCRIM**, n.67, jun. p. 10-11, 1998.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 13. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v.1.

BOFF, Leonard. In: EIMERIC, Nicolau. **Manual dos Inquisidores**. Tradução de Maria José Lopes da Silva. Brasília: Rosa dos Tempos, 1993.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 3. ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

BORGES, José Ribeiro. **Tortura: aspectos históricos e jurídicos: o crime de tortura na legislação brasileira- análise da lei 9455/97**. Campinas: Romana, 2004.

BRÊTAS DE CARVALHO DIAS. As reformas do Código de Processo Civil e o processo constitucional. In: DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho; NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coord.). **Processo civil reformado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

BRÊTAS DE CARVALHO DIAS. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BRÊTAS DE CARVALHO DIAS. Direito à Jurisdição eficiente e garantia da razoável duração do processo no Estado Democrático de Direito. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Org.). **O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2006.

BRUM, Nilo Bairros de. A dimensão retórica da sentença judicial. Ideologia e direito alternativo. **Fascículo de Ciências penais**, Ano 6, v. 6, n. 4, p. 47-58, out./Nov./dez. 1993.

BUENO, José Antônio Pimenta. **Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro**. 3 ed. correcta e argumentada. Rio de Janeiro: H.Garnieiro, Livreiro-editor, 1857

CALAMANDREI, Piero. **A crise da justiça**. Tradução de Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizontes: Líder, 2003a.

CALAMANDREI, Piero. **Eles os juizes vistos por nós os advogados**. Tradução de Leandro Farina. Campinas, SP: Minelli, 2003 b.

CALAMANDREI, Piero. **Estudios sobre el proceso civil**. Trad. de Santiago Santos Melendo. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina , 1945.

CAMBI, Eduardo. Verdade processual objetivável e limites da razão jurídica iluminista. **Revista de processo**, Ano, 24, n. 96, out./dez. 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. **O processo civil no direito comparado**. Belo Horizonte: Cultura Jurídica - Ed. Líder, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do Processo Penal**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel Editores, 2007.

CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. Belo Horizonte: Líder Cultura Jurídica, 2001.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Elementos da Teoria Geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Comparado**, Belo Horizonte, v.3, p.473-486, 2000.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Devido processo legislativo**: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito, Política e Filosofia**. Rio de Janeiro: LumenYuris, 2007.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CHAVES, Terezinha Ribeiro. A insuficiência discursiva das Autopoiesis na Fundamentação dos Provimentos. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). **Estudos Continuados de Teoria do Processo**. Porto Alegre: Síntese, 2003. v.3.

CHAVES, Terezinha Ribeiro. Provimento: Ato decisório ou resultante lógica da decisão. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). **Estudos Continuados de Teoria do Processo**. Porto Alegre: Síntese, 2001. v.2.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2000.

COURA, Alexandre de Castro. Limites e possibilidades da tutela jurisdicional no paradigma do Estado Democrático de Direito: para uma análise crítica da “jurisprudência de valores” In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o Princípio Inquisitivo. **Boletim IBCCRIM**, Ano 16, n.188, jul. 2008c.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Dogmática crítica e limites lingüísticos da lei. In: Diálogos Constitucionais**: Direito, Neoliberalismo e Desenvolvimento em Países Periférico Rio de Janeiro São Paulo Recife: Renovar, 2006. p225-232

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. Belo Horizonte, v.2, n 3 e 4 , p.65-88, 1 e 2 sem.,1999

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O núcleo do problema no sistema processual brasileiro. **Boletim do IBCCRIM**, v.175, n. 15, jun. p.11-13, 2007.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Papel do pensamento economicista no direito criminal de hoje. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 1, p. 71-81, 2º sem. 1998.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Sistema inquisitório e processo em “O mercador de Veneza”**. [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por: < andre.faria@funcesi.br> 12 de agosto de 2008a

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O novo papel do juiz no processo penal**. [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por: < andre.faria@funcesi.br> 12 de agosto de 2008b

COUTO, Camilo José de Ávila. Licitude dos meios na realização da prova. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). **Estudos Continuados de Teoria do Processo**. Porto Alegre: Síntese, 2001. v.4

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do direito processual civil**. Trad. Dr. Rubens Gomes de Souza. São Paulo: Saraiva e Cia livraria Acadêmica, 1946.

COUTURE, Eduardo J. **Introdução ao estudo do processo civil**: discursos, ensaios e conferências Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Art. 155 “Da prova.” In: GOMES, Luiz Flávio. (Org). **A prova no processo penal**: comentários à Lei 11690/08. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

DAVID, René. **O direito inglês**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

DEI MALATESTA, Nicola Framarino. **A lógica das provas em matéria criminal**. 6. ed. Campinas: Bookseller, 2005.

DELLEPIANE, Antônio. **Nova teoria da prova**. Trad. da 5 edição argentina por Erico Maciel. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1942.

DEZEM, Guilherme Madeira. Art. 156 “Produção de prova pelo magistrado.” In: GOMES, Luiz Flávio. (Org.). **A prova no processo penal**: comentários à Lei 11690/08. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Carrara e o paradigma penal actual. Uma leitura a partir da experiência portuguesa. Penal. **Separata da Revista de Direito e Economia**. Universidade de Coimbra. Lisboa, n. 14, 1988.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O novo Código de Processo Penal. **Separata do boletim do Ministério da Justiça**. Lisboa, n. 369,1987.

DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito processual Penal**. Coimbra: 1974.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Escopos políticos do processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel e WATANABE, Kazuo (Coord). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

DOMENICO, Carla. Juiz inquisidor e a reforma do código de processo penal: uma questão controvertida. **Boletim do IBCCRIM**, Ano 16, n.192, p.11-12, nov. 2008 p.11-12

EIMERIC, Nicolau. **Manual dos inquisidores**. 2. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos; Brasília: EDUNB, 1993.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Tradução: Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria geral dos Procedimentos e o procedimento no processo penal**. São Paulo: RT, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Trad. Ana Paula Zoner, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo, RT, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1996.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau, 2005. 3. ed.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. 35. ed.Petrópolis, RJ:Vozes, 2008-288p. Não sei se vou usar

FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo. Da atuação dos juizes penais de ambas as instâncias, na pesquisa da verdade real. In: **JULGADOS dos Tribunais de Alçada de São Paulo**. 2 trim., abr./maio/ jun. 1969. p. XIII- XXIV

GALUPPO, Marcelo Campos. Hermenêutica Constitucional e Pluralismo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. (Coord.). **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte, Del Rey, 2001.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito a prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Prova e sucedâneos de prova no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, Brasil , v.15, n.65 , p. 175-208, mar./abr. 2007.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: LYARSHELL, Flavio, MORAES, Maurício Z. de. (Org.) **Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005 p. 303-318

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

GOMES FILHO, Antônio; FERNANDES, Antônio Scarance. A reforma do Processo Penal Brasileiro. In: JUSTITIA São Paulo, Ano. 52, v. 150, 1990, abr./jun.p. 40-46)

GOMES, Luiz Flávio (Org.) **Código Penal, Código de Processo Penal, Legislação Penal e Processual Penal, Constituição Federal**. 10. ed ver., ampl. e atual.-São Paulo:RT,2008. (RT MiniCódigos).

GOMES, Abel Fernandes *et al.* Persecução Penal e Devido Processo Legal no Brasil e na Common Law Tradition: análise Histórica e comparativa à luz da aplicação dos princípios democráticos. **Revista da Seção judiciária do Rio de Janeiro**, n. 22, , jun. p. 17-33, 2008.

GOMES, Duarte Bernardo. O princípio da verdade real à luz da nova hermenêutica jurídica. **Instituto de Ciências Penais**, nov. 2005, p. 6-9.

GOMES, Luiz Flavio, CERVINI, Raul. **Interceptação telefônica: lei 9296 de 24.07.96.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997

GOMES, Luiz Flavio. **Estudos do direito penal e processual penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GOMES, Luiz Flávio. Sobre o conteúdo procesual tridimensional do principio da presunção de inocência. **Revista dos Tribunais.** São Paulo, Ano 85, v.729 p. 377-387, jul. 1996.

GOMES, Luiz Flavio. Interceptação telefônica de ofício: Inconstitucionalidade. **Revista Jurídica,** Rio de Janeiro, n. 242, p. 31-37, dez. 1997.

GOMES, Luiz Flávio. Interceptação telefônica e encontro fortuito de outros fatos. **Boletim do IBCCRIM.** São Paulo, n.51, p. 06, fev. 1997.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e Teoria do Processo.** Rio de Janeiro: Aide, 2001.

GOYATÁ, Marco Antônio Rocha. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). **Estudos Continuados de Teoria do Processo.** Porto Alegre: Síntese, 2000. v.1

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. **Revista Brasileira de Ciências Criminais,** v.7, n.27, p.71-79, jul./set. 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Defesa, contraditório, igualdade e par conditio na ótica do processo de estrutura cooperatória. In: O PROCESSO constitucional em marcha: contraditório e ampla defesa em cem julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo. São Paulo: Max Limonad, 1985. (Estudos Jurídicos ;2)

GRINOVER, Ada Pellegrini. FERNANDES, Antonio Scarance, GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no processo penal.** 9 ed. rev , ampl. e atual. São Paulo: RT,2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual .**Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990 .

GRINOVER, Ada Pellegrini. Que juiz inquisidor é esse. **Boletim do IBCCRIM**, 30 jun. 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades Públicas e Processo Penal: as Interceptações telefônicas*. 2. ed. São Paulo: RT, 1982.

HADDAD, Carlos Henrique. **Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação**. Campinas: Bookseller, 2005.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

LALANDE, André. **Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões jurisdicionais no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. A judicialização do processo nas últimas reformas do CPC Brasileiro. In: BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, Ronaldo; NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coord.). **Processo civil reformado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. 6. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.

LEANDRO, Humberto. Fundamentação, Contraditório e Polifonia: a sentença penal no Estado Democrático de Direito. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). *Estudos Continuados de Teoria do Processo*. Porto Alegre: Síntese, 2001. v. 4.

LEI Direto. **LEI 11690**. Disponível em: < <http://www.leidireto.com.br/lei-11690.html>> Acesso em: 10 set. 2008.

LOPES, João Batista. Iniciativas probatórias do juiz e os arts. 130 e 333 do CPC. **Revista dos Tribunais**, Ano 84, v. 716, jun., p 41-47, 1995.

LORENTZ, Lutiana Nacur. Paridade Normativa como Pressuposto Isonômico da Estrutura Procedimental na Democracia. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). **Estudos Continuados de Teoria do Processo**. Porto Alegre: Síntese, 2003. v.3.

MADEIRA, Dhenis Cruz. Da impossibilidade de supressão dos princípios institutivos do processo. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). **Constituição, Direito e Processo: princípios Constitucionais do processo**. Curitiba: Juruá, 2008 b.

MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de Conhecimento e Cognição: uma inserção no Estado Democrático de Direito**. Curitiba: Juruá, 2008a.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. O encobrimento do real: poder e ideologia na contemporaneidade. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Org.). **O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2006.

MAHON, Eduardo. Juizes perigosos. **Boletim do IBCCRIM**, ano 16, n. 192 nov. 2008 p.14-15.

MAIA, Carlos Estevam, COSTA, Álvaro Mayrink da, CRUZ, Rogério Schitti machado. Instrução criminal: princípios do impulso oficial e da verdade real. Concentração. In: CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (BRASIL); CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS (BRASIL). **Propostas para um novo modelo de persecução criminal: combate à impunidade**. Brasília: CJF, 2005. 205p. p. 132-150. (Cadernos do CEJ ;25)

MARINONI, Luiz Guilherme. A questão do convencimento judicial. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 503, 22 nov.2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5966>>. Acesso em: 07 nov. 2006.

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. A argumentação nas decisões judiciais- 3. ed. **Revista e atualizada de acordo com a EC 45/2004** (reforma do judiciário) Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MITTERMAIER, C. J. A. **Tratado da prova em matéria criminal**, ou Exposição comparada dos princípios da prova em matéria criminal, etc., de suas aplicações diversas na Alemanha, França, Inglaterra, etc.. Rio de Janeiro: J. R. dos Santos, [1870].

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. In: MOREIRA,

José Carlos Barbosa. **Temas de Direito processual**. São Paulo: Saraiva, 1984.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O juiz e a cultura da transgressão. **Revista da EMERJ- Escola da Magistratura do Rio de Janeiro**, v. 3, n. 9, p. 98-119. 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um processo socialmente efetivo. *Revista Síntese de Direito Civil e processual Civil*, v. 2, n. 11 maio-jun. 2001.

NEGRI, André Del. **Controle constitucionalidade no Processo Legislativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

NOVINSK, Anita Waingort. **A Inquisição**. 10 ed. São Paulo: Brasiliense, 1996.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 3. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NUNES, Dierle José Coelho. **Comparticipação e Policentrismo**: Horizontes para a democratização Processual Civil. 216f. 2008a Tese (Doutorado)- Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - Faculdade Mineira de Direito

NUNES, Dierle José Coelho. **Direito constitucional ao recurso**: Da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da participação nas decisões. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório: Uma garantia de influência e de não surpresa. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). **Constituição, Direito e Processo Princípios Constitucionais do processo**. Curitiba: Juruá, 2008b.

NUNES, Elpídio Donizetti. Jurisdição, Judicação e Tutela Legal na Teoria do Processo Contemporâneo. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). **Estudos Continuados de Teoria do Processo**. Porto Alegre: Síntese, 2001. v. 2.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. O Supremo e as garantias processuais. Verdades, mentiras e outras indagações. In Sampaio, José Adércio Leite; Souza Cruz, Álvaro Ricardo de (Org). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PACHECO, Denílson Feitoza. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 4 ed., rev., ampl. e atual. Niterói, Rio de Janeiro : Impetus, 2006.

PANDOLFO, Alexandre Costi; LAITANO, Gregori Elias; SCAPINI, Marco Antônio. A perspectiva trágica e o processo penal. **Revista transdisciplinar de Ciência Penitenciárias** (PUCRS), Pelotas, v. 5, n 1, p. 33-45, jan./dez 2006.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo-julgando os que nos julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 2003

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Reforma do poder Judiciário. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 71, mar./abr. 2008, p. 344-363.)

PIERANGELLI, Jose Henrique. **Processo Penal: evolução Histórica e fontes legislativas**. Bauru: Jallovi, 1983.

PITOMBO, Sergio Marcos de Moraes. O juiz penal e a pesquisa da verdade real. In: PORTO, Hermínio Alberto Marques; SILVA, Marco Antônio Marques da. **Processo penal e Constituição Federal**. São Paulo: Acadêmica, 1993.

PLETSCH, Natalie Ribeiro. A atuação dos sujeitos processuais na formação da prova: o magistrado e o alcance da verdade no processo penal. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre , v.5, n.18, p.229-234, abr./jun.2005.

POZZER, Benedito Roberto Garcia. **Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2001,

PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório. **A conformidade constitucional das leis processuais penais**. Rio de Janeiro: lumen juris, 1999.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

RIBEIRO LOPES, Marco Antônio. As crianças, a tortura, as leis e as salsichas. **Boletim IBCCRIM**, n. 54, maio 1997.

RIBEIRO LOPES, Marco Antônio; LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo.

Dançando no escuro com o processo penal. **Boletim IBCCRIM**, Ano 8, n. 98, jan. 2001.

SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SANTOS, Moacir Amaral dos. **Prova judiciária no cível e comercial**. 2 ed. rev e atual, São Paulo: Max Limonad, 1952. v.1.

SILVA FILHO, Alberico Alves da. Jurisdição Constitucional e Judicção na Teoria do Direito Democrático. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). **Estudos Continuos de Teoria do Processo**. São Paulo: Síntese, 2003. v.3.

SILVA FILHO, Alberico Alves da. O discurso Processual da Ciência Jurídica. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). **Estudos Continuos de Teoria do Processo**. São Paulo: Síntese, 2004. v.4.

SOARES, Carlos Henrique; SOARES, Gustavo Torres. O processo como pressuposto jurídico de legitimidade decisória. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). **Estudos Continuos de Teoria do Processo**. Porto Alegre: Síntese, 2004. v. 4.

SOUSA, Humberto Leandro de Melo e. Fundamentação, Contraditório e polifonia: a Sentença Penal no Estado Democrático de Direito. In: LEAL, Rosemiro Pereira. **Estudos continuados de teoria do processo**: volume 4 : origens históricas da processualidade democrática : a pesquisa jurídica no curso de mestrado em direito processual : ano 2004. Porto Alegre: Síntese, 2004.

SOUZA, Carlos Antônio. Autos como limites hermenêuticos de verdade formal e real no processo In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). **Estudos Continuos de Teoria do Processo**. Porto Alegre: Síntese, 2001. v.2.

STRECK, Lenio Luiz. Os meios e acesso do cidadão à Jurisdição Constitucional , a arguição de descumprimento de preceito fundamental e a crise da efetividade da constituição brasileira. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; Souza Cruz, Álvaro Ricardo de (Org). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. Prefácio. In: PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães Barros. **(Re)forma do processo penal**: comentários críticos dos artigos modificados pelas leis n. 11.690/08 e n. 11.719/08. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de civil law e de

comow law. **Revista de processo**, São Paulo, Ano 28, n. 110, p. 141-158, abr./jun. de 2003.

TAVARES, Fernando Horta. Tempo e Processo. In: GALLUPO, Marcelo (Org.). **O Brasil que queremos**: reflexões sobre o Estado Democrático. Belo Horizonte: Editora Puc Minas, 2006.

TELES, Ney Moura. **Direito penal** : volume 1 : parte geral : arts. 1º a 120. São Paulo: Atlas, 2006.

THIBAU, Vinicius Lott. O direito à prova no paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito- Considerações sobre a procedimentalidade brasileira. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). **Constituição, Direito e Processo Princípios Constitucionais do processo**. Curitiba: Juruá, 2008.

THUMS, Gilberto. O mito sobre a verdade e os sistemas processuais. In: THUMS, Gilberto. **Ensaio penais em homenagem ao professor Alberto Rufino Rodrigues de Souza**. Ney Fayet Jr. (Org.). Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2003.

TORNAGHI, Helio. **A relação processual** 2. ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 1987, p.2.

TUCCI, Rogério Lauria. Investigação criminal no projeto de reforma do Código de Processo Penal. **Revista do Advogado, publicação da associação dos advogados de São Paulo**, Ano XXIV, n. 78, set. 2004 p.103-110

VARALDA, Renato Barão. Visão ampliada do sistema de admissibilidade de Provas. **Boletim do IBCCRIM**, n. 66, maio, 1998.

VARGAS, Jose Cirilo de. **Direitos e garantias individuais no processo penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

VARGAS, Jose Cirilo de. **Processo Penal e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

VICARI, Jaime Luiz. A Justiça e a verdade. **Revista da ESMESC- Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina**, v. 11, n. 17, jan./dez.2004, p.171-184

VIDAL, Luís Fernando Camargo de Barros. Nós, os quelecentes. In: IBCCRIM.

Juízes para a Democracia São Paulo, v. 5 fasc. 18, ago./out. p. 3, 1999

VIDAL, Luís Fernando Camargo de Barros. Notas sobre o inquérito policial, o juiz e a verdade real. **Boletim do IBCCRIM**, Ano 12, n.139, jun. 2004

WOLFF, Francis. Nascimento da razão, Origem da Crise. In: NOVAIS, Adauto; CHAUI, Marilena; LEFORT, Claude (Org). **A Crise da Razão**. Trad. Paulo Neves. São Paulo: Companhia das Letras: 1996.p.67-82.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Poder Judiciário: **Crise, Acertos e Desacertos**. Tradução Juarez Tavares. São Paulo: RT, 1995.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003.