

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO

FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

**ANÁLISE SOBRE OS CONFLITANTES POSICIONAMENTOS ACERCA DO
CONCEITO DE VERDADE NO PROCESSO PENAL**

por

Arthur Rodrigues Vieitos

Rio de Janeiro, dezembro de 2016

Arthur Rodrigues Vieitos

ANÁLISE SOBRE OS CONFLITANTES POSICIONAMENTOS ACERCA DO CONCEITO DE
VERDADE NO PROCESSO PENAL

Projeto de Monografia apresentado à Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro como requisito parcial para obtenção do título de Bacharelado em Direito sob orientação do professor Antônio Eduardo Ramires Santoro.

RIO DE JANEIRO

2016

ARTHUR RODRIGUES VIEITOS

CIP - Catalogação na Publicação

V657a Vieitos, Arthur
ANÁLISE SOBRE OS CONFLITANTES POSICIONAMENTOS
ACERCA DO CONCEITO DE VERDADE NO PROCESSO PENAL /
Arthur Vieitos. -- Rio de Janeiro, 2016.
77 f.

Orientador: Antonio Eduardo Ramires Santoro.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2016.

1. Processo Penal. 2. Verdade Real. 3. Verdade
Formal. I. Ramires Santoro, Antonio Eduardo,
orient. II. Título.

CDD nº 341.43

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os
dados fornecidos pelo(a) autor(a).

ARTHUR RODRIGUES VIEITOS

O PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE E AS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito de graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **professor Dr. Antonio Eduardo Ramires Santoro.**

Data de aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

Prof. Antonio Eduardo Ramires Santoro

Membro da Banca

Membro da Banca

RIO DE JANEIRO
2016/ 2º Semestre

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar os conflitantes posicionamentos teóricos acerca do conceito de verdade na doutrina processual penal. Historicamente, ergueram-se duas propostas filosóficas que pretendem estabelecer parâmetros para a busca da verdade no processo penal. O conceito de *verdade real* postula a existência de uma verdade concreta e independente de interpretações particulares, que deve ser alcançada pelo juiz através de sua iniciativa de investigação. Alternativamente, a vertente que defende o conceito de *verdade formal* afirma que a única possibilidade de compreensão democrática da realidade advém da síntese racional das narrativas desenvolvidas pelas partes do processo em contraditório judicial. A tensão causada por este embate teórico afeta profundamente a estrutura do processo penal, em especial o procedimento de produção de prova. Formulados em épocas politicamente distintas, a Constituição Federal e o Código de Processo Penal apresentam incongruências quanto ao modelo a ser adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Através da análise jurisprudencial, pretende-se também compreender as interpretações do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça quanto ao tema abordado. Estenderemos a análise ao projeto de novo Código de Processo Penal, conhecido como PLS 156/2009, examinando sua contribuição à controvérsia em exame.

Palavras-chave: Direito Processual Penal; Verdade Real; Verdade Formal.

ABSTRACT

The present work has the objective of analyzing the conflicting theoretical positions about the concept of truth in the criminal procedural doctrine. Historically, two philosophical proposals have been raised that seek to establish parameters for the search for truth in criminal proceedings. The concept of real truth postulates the existence of a concrete truth independent of particular interpretations, which must be achieved by the judge through his research initiative. Alternatively, the line that defends the concept of formal truth states that the only possibility of democratic understanding of reality comes from the rational synthesis of the narratives developed by the parties in the judicial process contradictory. The tension caused by this theoretical conflict profoundly affects the structure of the criminal process, in particular the procedure of producing evidence. Formulated in politically distinct times, the Federal Constitution and the Criminal Procedure Code present inconsistencies regarding the model to be adopted by the Brazilian legal system. Through the jurisprudential analysis, it is also intended to understand the interpretations of the Federal Supreme Court and the Superior Court of Justice regarding the subject addressed. We will extend the analysis to the draft new Criminal Procedure Code, known as PLS 156/2009, examining its contribution to the controversy under examination.

Key words: Criminal procedural law; Real Truth; Formal Truth.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Ampl.	Ampliada por
Art.	Artigo
Cap.	Capítulo
CF	Constituição Federal
CIDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
EC	Emenda Constitucional
Ed.	Edição, editor
HC	<i>Habeas corpus</i>
In:	Em, no, contido em
Org.	Organizador ou organizada por
P.	Página
Prof.	Professor
Rel.	Relator
Rev.	Revisão de ou revisada por
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
Trad.	Tradução ou traduzida por
TEDH	Tribunal Europeu de Direitos Humanos
Vs.	<i>Versus</i>

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. O PAPEL DA VERDADE NO PROCESSO PENAL	12
2.1. O papel dos fatos na decisão penal	12
2.2. A função da prova na verificação dos fatos	14
2.3. Quanto ao conceito de verdade real	15
2.4. Quanto ao conceito de verdade formal	16
3. OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS E O CONCEITO DE VERDADE	21
3.1. Os sistemas processuais	21
3.2. O critério de identificação dos sistemas processuais	21
3.3. O sistema inquisitório e a verdade real	22
3.4. O sistema acusatório e a verdade formal	23
4. O DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO	25
4.1. A história de Roma	25
4.2. O feudalismo	27
4.3. O absolutismo	28
4.4. O processo de secularização e o Estado Liberal	29
4.5. O constitucionalismo	30
4.6. Uma conclusão histórica	31
5. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL	33
5.1. A eleição constitucional do sistema acusatório	33
5.2. O princípio do contraditório e ampla defesa	34
5.3. A presunção constitucional de inocência	36
5.4. Conclusão quanto ao posicionamento da Constituição Federal	37
6. O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL	39
6.1. O histórico da legislação	39
6.2. A investigação criminal	40
6.3. A gestão da prova	42
6.4. Conclusão quanto o posicionamento do CPP	45
7. O ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	48
7.1. O papel constitucional do Supremo Tribunal Federal	48
7.2. O <i>Habeas Corpus</i> 113.716/RJ	49
7.3. O <i>Habeas Corpus</i> 116.301/MG	50
7.4. O <i>Habeas Corpus</i> 121.689/DF	52
7.5. Conclusão sobre o posicionamento do STF	53

8. O ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	55
8.1. O papel constitucional do Superior Tribunal de Justiça	55
8.2. O informativo jurisprudencial n° 0577	56
8.3. O <i>Habeas Corpus</i> 373.836/SP	60
8.4. O <i>Habeas Corpus</i> 363.144/MG	62
8.5. Conclusão sobre o posicionamento do STJ	63
9. PROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL (PLS 156/09)	65
9.1. Motivos para a reforma do Código de Processo Penal	65
9.2. Os princípios adotados pelo projeto	66
9.3. A investigação criminal	67
9.4. A gestão da prova	69
9.5. Conclusão sobre o projeto PLS (156/09)	71
10. CONCLUSÃO	73
11. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	76

1. INTRODUÇÃO

A presente monografia incidirá sobre a área do direito processual penal, buscando fomentar um diálogo com as áreas propedêuticas do conhecimento jurídico, em especial, a filosofia do direito.

À luz dos debates doutrinários acerca do tema, este estudo pretende analisar criticamente as construções teóricas divergentes formuladas na dogmática jurídica sobre o conceito de verdade no processo penal. Tratar-se-á com mais ênfase o conflito entre as duas concepções mais relevantes na doutrina, o conflito entre os conceitos de *verdade real* e *verdade formal ou processual* e revelar as diferenças destes quanto à natureza e os limites da verdade e a capacidade do conhecimento humano de alcançá-la dentro do processo penal.

Definiremos então a natureza do próprio conflito: trata-se de duas propostas epistemológicas divergentes que buscam explicar a relação entre o processo penal e os elementos fáticos do caso penal.

Por *verdade real ou substancial*, entende-se a proposta epistemológica que afirma ser possível alcançar uma definição dos fatos de um caso penal que seja precisa e que não esteja submetida à interpretações pessoais, sendo a produção probatória a ponte que deverá superar qualquer obstáculo entre o estado de ignorância inicial do juiz até sua cognição absoluta sobre os elementos fáticos do caso.

A proposta epistemológica da *verdade formal ou processual*, por sua vez, não se pauta por uma busca à uma verdade concreta pré-existente, mas afirma que a verdade sobre os fatos é construída nos autos pela síntese racional das narrativas desenvolvidas exclusivamente pelas partes do processo durante a produção probatória.

Este conflito conceitual será abordado por diferentes âmbitos. Inicialmente, será analisado o arcabouço filosófico na qual estas duas propostas epistemológicas se erguem. Também será estudado o desenvolvimento deste conflito na história e suas interconexões com as estruturas políticas de cada época. A partir disto, observaremos as consequências jurídicas destas propostas na cadeia principiológica constitucional que rege o atual processo penal e a formulação do ordenamento jurídico brasileiro diante este embate. O estudo então procederá a analisar a

jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça sobre a questão do conceito de verdade no processo penal brasileiro. Por fim, a proposta de reforma do Código de Processo Penal PLS 156/09 será escrutinada, observando suas contribuições ao tema.

2. O PAPEL DA VERDADE NO PROCESSO PENAL

2.1. O papel dos fatos na decisão penal

Nas palavras do professor espanhol Enrique Gimbernat Ordeig, assim podemos definir o conteúdo do Direito Penal:

“o Direito Penal é um conjunto de proposições jurídicos-penais. E proposição jurídico-penal é toda aquela – e exclusivamente aquela – que ou bem define o pressuposto fático [do fato punível] ou bem determina a consequência jurídica (pena ou, em alguns casos, medida de segurança) a ser imposta quando se cumpra o pressuposto fático.”¹

A partir desta descrição, podemos extrair as duas particularidades fundamentais do Direito Penal: a prescrição de condutas como crime ou contravenção e a determinação da pena como consequência jurídica para aqueles que praticarem tais condutas.

Portanto, todo caso penal envolverá questões de fato e questões de direito, que se conectam mutuamente. A sentença, formulada após todo procedimento de cognição do processo penal, necessitará indicar quais normas jurídicas estão sendo aplicadas e sobre quais fatos estão sendo julgados. Também caberá a fundamentação judicial desenvolver racionalmente a relação entre a norma aplicável e o fato especificado, através do procedimento lógico de subsunção do conduta à norma jurídica.

Não se pode dizer que toda atividade processual pode ser resumida nesta metodologia. O controle de constitucionalidade das normas de direito penal material ou dos procedimentos realizados durante o processo penal exigem uma técnica argumentativa mais complexa, especialmente quando envolvem a colisão de princípios constitucionais. Ainda sim, a qualificação jurídica de um fato, parte integrante da decisão de mérito da ação penal, precisará atravessar esta operação de subsunção da conduta à norma jurídica.

O silogismo jurídico na seara penal funciona de acordo com a seguinte estrutura: a premissa maior, instituída por algum dispositivo jurídico, qualifica uma conduta geral e abstrata (o tipo penal) como crime e determina sua pena correspondente; a premissa menor, que afirma a ocorrência

1 GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Conceito e método da ciência do direito penal**. Trad. José Carlos Gobbis Pagliuca. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 23

de um caso particular concreto no qual a conduta descrita pela premissa maior tenha ocorrido; e a conclusão, que realiza a síntese lógica das duas premissas, aplicando a pena ao sujeito que tenha cometido tal conduta prescrita.

ex:

O Código Penal institui o homicídio (ato de matar alguém) como crime. (premissa maior)

Tício matou alguém durante uma festa. (premissa menor)

Tício cometeu um crime. (conclusão)

A validade lógica do silogismo depende de sua validade interna e externa. A validade interna do silogismo é dependente da correspondência entre as definições da conduta abstrata e geral descrita pela premissa maior e o acontecimento da conduta concreta descrita pela premissa menor.

Além disso, ambas premissas precisam estar validadas externamente. A validade externa das premissas refere-se a verificação do conteúdo da premissa na realidade concreta. Logo, os conteúdos de ambas premissas precisam ser verídicos para garantir a validade externa de todo silogismo.

Não adentraremos com profundidade na questão da validade externa da premissa maior, que afirma o comando de criminalização de uma conduta abstrata. Basta, neste estudo, afirmar que a verificação da premissa maior consiste em investigar se o comando de criminalização está presente em uma norma jurídica existente e válida e se esta norma está em harmonia com todo ordenamento jurídico em vigor. Sobre este tema se debruça com mais especificidade a ciência penal.

O ponto crucial desta monografia é a análise da verificação da validade externa da premissa menor, na qual é narrada uma conduta que tenha acontecido no mundo concreto. Durante sua argumentação jurídica na construção da sentença penal, o juiz deverá não apenas descrever o fato sobre o qual versa o caso penal em juízo, mas demonstrar sua existência. Nas palavras do professor Perfecto Ibáñez, “jurisdição implica processo como sequência de atividades normatizadas e, entre estas, em todos os casos, as que têm por fim demonstrar que um certo fato teve ou não existência real”².

2 ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. **Valoração da prova e sentença penal**. Trad. Lédio Rosa de Andrade. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p. 33

Afinal, como pode o juiz aferir a existência, dentro de um processo, a um fato ocorrido fora dele?

2.2. A função da prova na verificação dos fatos

A verificação dos fatos constitui um elemento de suma importância para o processo penal, porém esbarra em uma problemática lógica. Todo crime, no momento de seu julgamento, já se tornou um fato histórico, que não pode ser reproduzido diante do órgão julgador. Portanto, torna-se necessária uma atividade de reconstituição histórica que possibilite ao juiz apreciar o acontecimento dos fatos, dentro dos limites da própria condição temporal. Este artifício é a produção de provas.

“Opera-se, como pressuposto, com a evidência empírica de que – inclusive com as limitações aludidas, dadas em garantia de determinados valores ou direitos – o processo tal como hoje idealmente se o concebe, através da atividade probatória, permite alcançar a um grau aceitável de certeza prática sobre os fatos que servem de base à decisão judicial.”³

Portanto, é através do procedimento de produção de prova que o juiz é exposto a elementos que o permite à criar uma certeza prática quanto a veracidade dos fatos relevantes ao caso penal. Entretanto, é necessário por este termo – certeza prática – sob inspeção.

O conceito de verdade não é neutro ou unidimensional. Isto porque a definição do conteúdo da verdade é essencialmente vinculado à forma pela qual se procedeu à apreensão da realidade. E as diversas posições nas quais os observadores se encontram no mundo originam diversas formas de apreender a realidade.

Assim, ergue-se uma disputa filosófica entre como deve ser a forma pela qual o conhecimento deve ser obtido dentro da instrução processual para alcançar esta certeza prática (sempre contingente aos métodos empregados para sua concretização).

Durante a atividade probatória são transportados para os autos do processo os elementos de prova que servirão como base para o convencimento racional do juiz quanto a veracidade dos fatos narrados em juízo. Portanto a forma pela qual se conduz o procedimento de produção e gestão das provas está impregnado por esta disputa epistemológica. A lição do professor Aury Lopes Jr. esclarece:

“Quando se trata de prova no processo penal, culminamos por discutir também 'que

verdade' foi buscada no processo. Isso porque, como explicamos anteriormente, o processo penal é um 'modo de construção do convencimento do juiz', fazendo com que as limitações imanentes à prova, afetem a construção e os próprios limites desse convencimento.”⁴

Esta é a discussão que pretende ser travada neste estudo: qual verdade se busca no processo penal?

Historicamente, é possível constatar que duas concepções formuladas para resolver esta questão ganharam destaque. A doutrina contemporânea nomeia estas teorias quanto aos parâmetros da verdade no processo penal de *verdade real* e *verdade formal*.

2.3. Quanto ao conceito de verdade real

O conceito de *verdade real* postula que a busca pelo conhecimento dos fatos, em sua totalidade, deve ser o objetivo central do procedimento de cognição do processo penal. Por isso, o processo penal deve recorrer a todos instrumentos possíveis que garantam a colheita do maior número possível de elementos informativos, devendo a estrutura do processo se submeter a esta finalidade. Assim, as garantias de defesa e participação precisam ser cotejadas com a necessidade do máximo esclarecimento possível dos fatos. O juiz, enquanto presidente do processo, deve assegurar que o procedimento de cognição cumpra seu objetivo máximo, se apoiando em iniciativas probatórias próprias caso a produção das partes se mostre ineficaz.

Desenvolveremos alguns argumentos formulados em defesa do conceito de *verdade real*: a) a indisponibilidade da tutela penal não permite a leniência das partes na produção probatória, b) a deficiência do procedimento probatório é um obstáculo a condenação, logo é um estímulo à criminalidade, e c) a dúvida quanto aos fatos constitui um impedimento à correta prestação jurisdicional.

O conceito de *verdade real* tem perdido prestígio para a doutrina processual mais contemporânea. Entretanto, ainda há doutrinadores que defendem a existência de um princípio da verdade real no ordenamento jurídico. O professor Fernando Capez assim explica sua posição:

“3.4.10. Da verdade material ou da livre investigação das provas. Característico do processo penal, dado o caráter público do direito material *sub judice*, excludente da autonomia privada. É dever do magistrado superar a desidiosa iniciativa das partes na colheita do material probatório, esgotando todas as possibilidades para alcançar a verdade real dos fatos, como fundamento da sentença. Por óbvio, é inegável que, mesmo nos

4 LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Volume I. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 521.

sistemas em que vigora a livre investigação das provas, a verdade alcançada será sempre formal, porquanto 'o que não está nos autos, não está no mundo'.”⁵

Na esteira desta argumentação, o caráter público do processo penal do processo penal demanda ao juiz supere a eventual ineficiência da produção probatória das partes. Dentro desta lógica, o juiz deve esgotar todas as possibilidades de obtenção de novas provas, recorrendo a própria iniciativa, se necessário.

Também se apresenta o argumento do controle da criminalidade através de uma farta produção probatória, possibilitada pela busca pela verdade real.

“As transformações ocorrem ao longo do século XII e XIV, quando o sistema acusatório vai sendo, paulatinamente, substituído pelo inquisitório. Essa substituição foi fruto, basicamente, dos defeitos da inatividade das partes, levando à conclusão de que a persecução criminal não poderia ser deixada nas mãos dos particulares, pois isso comprometia seriamente a eficácia do combate à delinquência.”⁶

Entraremos com mais profundidade na análise histórica dos conceitos de verdade em capítulo posterior, mas cabe aqui afirmar que o principal motivo que levou a adoção do conceito de *verdade real* foi a incapacidade dos sujeitos que exerciam a acusação de reunir elementos de prova que sustentasse a condenação, devido a falta de recursos materiais para tal. A incapacidade da acusação de sustentar suas teses impedia a condenação, propiciando a impunidade dos criminosos. A correção deste defeito se deu através da possibilidade do juízo, amparado por uma capacidade maior de recursos, também produzir provas, buscando esclarecer os fatos do caso penal.

Por fim, também é argumentado que a permanência de dúvida quanto aos fatos do caso penal constitui um óbice a justa decisão penal. Se a sanção penal depende da justa retribuição à conduta delitiva, a imprecisão quanto aos fatos juridicamente relevantes se torna um empecilho a aplicação da lei penal. Portanto, quando o magistrado toma iniciativas para dirimir dúvidas quanto ao caso penal, trata-se de uma otimização da prestação judicial.

2.4. Quanto ao conceito de verdade formal

Pretende-se agora desenvolver o significado de *verdade formal* e elencar argumentos que esclareçam sua proposta filosófica. A valiosa descrição do professor Aury Lopes Junior sobre o conceito de *verdade formal* é bastante compreensível:

5 CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19ª Ed. São Paulo, Saraiva, 2012. p. 68.

6 LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Volume I. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 63.

“A verdade perseguida pelo modelo formalista como fundamento de uma condenação é, por sua vez, uma *verdade formal ou processual* e só pode ser alcançada mediante o respeito das regras precisas e relativas aos fatos e circunstâncias considerados como penalmente relevantes. Como explica Ferrajoli, a verdade processual não pretende ser *a verdade*. Não é obtida mediante indagações inquisitivas alheias ao objeto processual, mas sim condicionada em si mesmo pelo **respeito aos procedimentos e garantias da defesa**. A *verdade formal* é mais controlada quanto ao método de aquisição e menos reduzida quanto ao conteúdo informativo que qualquer hipotética *verdade substancial*. Essa limitação se manifesta em 4 sentidos:

- a tese acusatória deve estar formulada segundo e conforme a norma;
- a acusação deve estar corroborada pela prova colhida através de técnicas normativamente preestabelecidas;
- deve ser sempre uma verdade passível de prova e oposição;
- a dúvida, falta de acusação ou de provas ritualmente formadas impõem a prevalência da presunção de inocência e atribuição de *falsidade formal ou processual* às hipóteses acusatórias.”⁷

O ponto crucial para que a produção de provas esteja de acordo com a proposta epistemológica da verdade formal é o respeito com as regras de procedimento que concretizam a participação contraditória das partes. Portanto, o objetivo do processo inspirado por esta concepção não está interessado conteúdo na quantidade de informações colhidas, mas na qualidade democrática da forma pela qual se procedeu a instrução e investigação dos elementos informativos (por isso, verdade formal).

Serão formulados quatro argumentos que justificam a adoção do conceito de verdade formal:

- a) a possibilidade de fundações racionais para o conceito de verdade sem recorrer a noções absolutas, b) a verdade real enquanto artifício utilitarista para supressão de direitos processuais, c) a verdade real como simulacro que esconde as projeções subjetivas do juiz, d) a permanência de dúvidas em torno dos fatos não é sinal de defeito da atividade probatória, mas um resultado concreto.

A recusa à concepção absoluta da verdade não incorre na aceitação de um relativismo estéril, que afirma o grau de certeza que qualquer tese pode almejar equivale à efemeridade de uma opinião. De fato, se tal fosse a postura adotada, seria completamente inviabilizada a atividade jurisdicional, uma vez que é necessário a comparação crítica das teses das partes perante às provas para a formação do convencimento judicial. Os argumentos desenvolvidos em juízo precisam passar pelo crivo da verificabilidade de suas premissas externas e coerência lógica interna. Nesse ponto, a lição do professor Gustavo Badaró esclarece:

7 LOPES JR., Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001. p. 185

“Valemo-nos, nesse ponto, da explicação de Ferrer Beltrán, sobre como deve ser entendido o enunciado '*p* está provado'. Não significa nem que '*p* é verdadeiro', o que seria uma relação conceitual, nem que '*p* foi estabelecido pelo juiz'. Neste último caso, sem dúvida o convencimento psicológico do juiz é uma condição necessária, mas não suficiente, à qual deve acrescentar-se a aplicação, na formação do convencimento do juiz, de critérios de racionalidade e regras da lógica. Assim sendo, o enunciado '*p* está provado' deve ser entendido como sinônimo de 'há elementos de prova suficientes a favor de *p*'. Isso não quer dizer que a proposição, porque está provada, seja verdadeira. Uma hipótese fática pode resultar provada ainda que seja falsa. Assim sendo, afirmar que '*p* está provado' denota que este enunciado será verdadeiro quando se dispuser de elementos de prova suficientes a favor de *p*, e falso quando não se dispuser de elementos de prova a favor de *p* ou quando eles forem insuficientes. Todavia, isso não exclui que o enunciado possa ser considerado verdadeiro, porque confirmado por suficientes elementos de prova, embora não corresponda, efetivamente, à realidade dos fatos.”⁸

Assim, ainda rejeitando a sedutora ideia compreensão universal e infalível dos desdobramentos dos fatos, constrói-se fundações racionalmente estáveis para a interpretação da atividade probatória e de convencimento judicial.

Outro argumento apresentado lembra que a busca pela verdade real gera uma expectativa ao juiz quanto à possibilidade de alcançar a cognição absoluta acerca dos fatos pertinentes ao caso. Ao considerar esta cognição absoluta como finalidade do procedimento probatório, os institutos processuais se tornam instrumentos para a confirmação desta expectativa. Quando a busca pela concretização desta expectativa se confronta com direitos processuais, como a vedação do uso de provas ilícitas e o direito de ampla defesa, abre-se espaço para a admissão de argumentos consequencialistas, que aceitam o sacrifício imediato destes direitos, desde que o resultado da diligência probatória seja confirmado. Portanto, os defensores da verdade formal afirmam que a busca pela verdade real acaba por justificar o prevailecimento da persecução penal sobre qualquer garantia de defesa, criando ambiente propício para a violação hodierna dos direitos do réu. Assim se pronuncia o professor Aury Lopes Jr. sobre o tema:

“Noutra dimensão, devemos sublinhar – na esteira de Ferrajoli – que a *verdade substancial*, ao ser perseguida fora das regras e controles e, sobretudo, de uma exata predeterminação empírica das hipóteses de indagação, degenera o juízo de valor amplamente arbitrário de fato, assim como o cognoscitivismo ético sobre o qual se embasa o substancialismo penal, e resulta inevitavelmente solidário com uma concepção autoritária e irracionalista do processo penal.

Dessarte, há que *des-cobrir* a origem e a finalidade do mito da verdade real: nasce na inquisição e, a partir daí, é usada para justificar os atos abusivos do Estado, na mesma lógica de que 'os fins justificam os meios'.⁹

8 BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. 2a edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 266.

9 LOPES JR., Aury. op. cit., p. 522.

Portanto, não se pode recorrer a injusta aplicação do direito processual para assegurar a justa aplicação do direito material, sob pena de violação ao mesmo ordenamento jurídico que se pretende defender.

Outrossim, faz-se necessário destacar a verdade real como simulacro que obscurece as projeções subjetivas criadas pelo juiz durante sua própria iniciativa probatória. Ao empreender na atividade probatória para desvendar a verdade real, o magistrado julga a veracidade da hipótese formulada por ele mesmo, em um procedimento que não está aberto a influência externas. Neste procedimento solipsista, nas quais as opiniões do magistrado são referendadas por ele mesmo, abre-se largo espaço para a arbitrariedade judicial.

“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 de acusação, ao qual, nestas circunstâncias acaba por substituir. Mais do que isso, aqui igualmente se verificará o mesmo tipo de comprometimento psicológico objeto das reservas quanto ao poder do próprio juiz iniciar o processo, na medida em que o juiz se fundamentará, normalmente, nos elementos de prova que ele mesmo incorporou ao processo, por considerar importantes para o deslinde da questão. Isso acabará afastando o juiz da desejável posição de seguro distanciamento das partes e de seus interesses contrapostos, posição essa apta a permitir a melhor ponderação e conclusão.”¹⁰

Assim, a forma mais eficaz de combater esse processo epistemológico hermético, tão propício ao decisionismo judicial, é a preeminência da atividade das partes na demonstração de suas teses e na suas respectivas comprovações.

Também, a persistência de dúvidas quanto aos elementos fáticos do caso penal não deve ser compreendida pelo juiz como um obstáculo para a persecução penal e por isso empreender ele mesmo na atividade probatória, mas sim como incapacidade da tese acusativa de comprovar sua narrativa dentro do contraditório judicial, devendo o magistrado prestigiar a aplicação do princípio *in dubio pro reo*, aplicando o disposto no art. 386, VII do Código de Processo Penal. Assim Aury Lopes Jr. explica a posição de Giulio Illuminati sobre o tema: “o processo penal define uma situação jurídica em que o problema da carga probatória é, na realidade, uma regra para o juiz, proibindo-o de condenar alguém cuja culpabilidade não tenha sido completamente provada”¹¹.

10 PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Jumen Juris, 2005. p. 137.

11 LOPES JR., Aury. op. cit., p. 537

Por conseguinte, a única consequência possível para a deficiência da produção de provas acusativas, realizadas em justo procedimento judicial, deve ser a manutenção do *status quo*, qual seja, a preservação dos da presunção de inocência do acusado, não a contínua investigação em busca de reverter este quadro.

3. OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS E O CONCEITO DE VERDADE

3.1. Os sistemas processuais

Neste capítulo, busca-se argumentar que a disputa teórica entre os conceitos de *verdade real* e *verdade formal* e suas consequências práticas na estrutura do processo penal devem ser compreendidas como uma expressão do conflito entre os sistemas organizadores do processo penal, em específico, dos sistemas acusatório e inquisitório.

Antes, uma breve exposição sobre o conceito de sistema processual penal. Paulo Rangel define os sistemas processuais como “o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto”¹². Por sua vez, Jacinto Coutinho define sistema como “conjunto de temas, colocados em relação, por um princípio unificador, que formam um todo pretensamente orgânico, destinado a uma finalidade”¹³.

Assim, cabe distinguir este princípio unificador, as diferenças entre os sistemas e sua relação com a opção epistemológica.

3.2. O critério de identificação dos sistemas processuais

Adota-se nesse estudo a posição do professor Aury Lopes Jr. quanto ao critério de identificação e distinção dos sistemas processuais penais. A gestão da prova é o núcleo fundamental dos sistemas processuais, o arcabouço a partir do qual se erguerá a estrutura processual. Em sua valiosa lição, o professor assim escreve:

“Então, no que se refere aos sistemas, o ponto nevrálgico é a identificação de seu núcleo, ou seja, do princípio informador, pois ele é quem vai definir se o sistema é inquisitório ou acusatório, e não os elementos acessórios. (oralidade, publicidade, separação de atividades etc.)

Como afirmamos anteriormente, o processo tem como finalidade buscar a reconstituição de um fato histórico (o crime é sempre no passado, logo, fato histórico), de modo que a gestão da prova é erigida à espinha dorsal do processo penal, estruturando e fundando o sistema a partir de dois princípios informadores, conforme ensina Jacinto Coutinho:

- Princípio dispositivo: funda o sistema acusatório; a gestão da prova está nas mãos das partes (juiz espectador).
- Princípio inquisitivo: a gestão da prova está nas mãos do julgador (juiz ator [inquisidor]); por isso, ele funda um sistema inquisitório.”¹⁴

12 RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 49.

13 COUTINHO, Jacinto. **Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro**. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1892/1587> Acesso em: 24/10/2106. p. 3.

14 LOPES JR., Aury. op. cit., p. 70.

A partir deste aporte teórico, podemos compreender a distinção fundamental dos sistemas processuais. Em ambos os sistemas, a produção de provas serve para convencer o juiz da veracidade dos fatos. Entretanto, no sistema inquisitório, o juiz não é somente o destinatário da prova, mas também seu co-produtor. Neste sistema, a forma do procedimento probatório garante ao magistrado poder de iniciativa, em alguns casos, superior a das partes. Esta iniciativa se dá para conveniência da instrução criminal

Em oposição, o sistema acusatório determina que o juiz se mantenha afastado do procedimento de produção de provas, realizando tão somente o controle de legalidade dos atos das partes. O distanciamento do juiz com a produção de provas atende a requisitos democráticos de não contaminação do convencimento do juiz com as teses esposadas em juízo, o que inevitavelmente ocorre na colaboração da produção de provas que as sustentem.

3.3 O sistema inquisitório e a verdade real

Antes de adentrarmos na conexão entre o sistema inquisitório e o conceito de *verdade real*, é necessário expor o funcionamento do processo penal sob a guia deste sistema:

“Como nas linhas antecedentes ficou registrado, a função predominante do processo inquisitório consiste na realização do direito penal material. O poder de punir do Estado (ou de quem exerça o papel concretamente) é o dado central, o objetivo primordial. No sistema inquisitório, portanto, os atos atribuídos ao juiz devem ser compatíveis com o citado objetivo. Em linguagem contemporânea equivale dizer que o juiz cumpre a função de segurança pública no exercício do magistério penal.”¹⁵

A partir desta definição do objetivo principal do sistema inquisitório, ou seja, assegurar a aplicação da punição, podemos traçar sua filiação com o conceito de *verdade real*. As atribuições dos personagens processuais são moldadas por este objetivo processual, e o magistrado também fica incumbido de viabilizar o prosseguimento da pretensão punitiva.

A busca pela verdade real, que na prática deve ser entendida como a busca para comprovar a veracidade dos fatos narrados na denúncia, permite ao juiz contribuir com iniciativas probatórias que confirmem a tese da peça exordial. Trata-se de uma cooperação indireta com a acusação. Esta colaboração, que desequilibra fatalmente a relação entre acusado e acusador, é permitida para proporcionar uma maior musculatura probatória da tese acusativa. Confirmando este nexos, leciona o

15 PRADO, Geraldo. op. cit., p. 105.

professor Aury Lopes Jr.:

“O mito da verdade real está intimamente relacionado com a estrutura do sistema inquisitório; com o 'interesse público' (cláusula geral que serviu de argumento para as maiores atrocidades); com sistemas políticos autoritários; com a busca de uma 'verdade' a qualquer custo (chegando a legitimar a tortura em determinados momentos históricos); e com a figura do juiz-ator (inquisidor).”¹⁶

Sedimenta-se assim que o conceito de *verdade real* promove uma hipertrofia do poder de cognição da tese acusativa, em prejuízo dos princípios do contraditório, imparcialidade e presunção de inocência, conforme os objetivos do sistema inquisitório.

3.4. O sistema acusatório e a verdade formal

De maneira oposta ao modelo inquisitório, o sistema acusatório tem por finalidade instituir um processo penal no qual a pretensão punitiva da denúncia é filtrada sucessivamente por garantias de defesa e participação do réu. O processo de cognição, neste ambiente, é formulado em um paradigma distinto do inquisitório.

“O sistema acusatório será, de acordo com Streck e Tomaz de Oliveira, 'o modo pelo qual se garante que não existe um dono da prova', que o Estado aplica a lei de forma igualitária, e onde o poder de persecução estatal é exercido democraticamente, limitado e equalizado. E na mesma linha, o sistema acusatório é um modo de recepção do 'giro ontológico-linguístico', o qual proporciona a intersubjetividade (e não mais a atribuição de sentidos a partir da consciência do sujeito).”¹⁷

Com base nisto, pode-se afirmar que a característica central do sistema acusatório é a descentralização do poder de atribuir sentido aos elementos do processo, que se torna permeado pela composição intersubjetiva das partes (e exclusivamente das partes) na produção e significação dos elementos trazidos aos autos pela atividade probatória.

A adoção do sistema acusatório tem implicações profundas em todo o sistema acusatório, para além do procedimento de produção de provas. Afeta não só a relação dos personagens processuais entre si, mas também a relação dos personagens processuais com os elementos fáticos relevantes ao processo. Aury Lopes Jr. faz uma breve incursão nas consequências da adoção do sistema acusatório:

16 LOPES JR., Aury. op. cit., p. 556.

17 ANDRADE, Roberta Lofrano. **Processo Penal e Sistema Acusatório**: Evolução histórica, Expansão do Direito Penal, e Considerações Críticas sobre o Processo Penal Brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2015. p. 214.

“Na atualidade, a forma acusatória caracteriza-se pela:

- a) clara distinção entre as atividades de acusar e julgar;
- b) a iniciativa probatória deve ser das partes;
- c) mantém-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio ao labor de investigação e passivo no que se refere à coleta da prova, tanto de imputação como de descargo;
- d) tratamento igualitário das partes (igualdade de oportunidades no processo);
- e) procedimento é em regra oral (ou predominantemente);
- f) plena publicidade de todo o procedimento (ou em sua maior parte);
- g) contraditório e possibilidade de resistência (defesa);
- h) ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional;
- i) instituição, atendendo a critérios de segurança jurídica (e social) da coisa julgada;
- j) possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição.”¹⁸

Portanto, a *verdade formal* tem como condição de existência a participação dialética das partes adversárias no processo, formulando hipóteses, produzindo provas e interpretando os elementos informativos trazidos ao processo. Logo, a gestão da prova é realizada pelas partes do processo, filiando-se naturalmente ao princípio dispositivo que funda o sistema acusatório.

4. O DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO

18 LOPES JR., Aury. op.cit., p. 556.

Apoiado pelas pesquisas realizadas pela autora Roberta Lofrano Andrade, em sua valiosa obra *Processo Penal e Sistema Acusatório*, faremos uma breve exposição do desenvolvimento histórico do conflito entre sistema acusatório e sistema inquisitório, ressaltando especificamente o papel do conceito de verdade adotado pelos regimes políticos de cada época.

4.1. A história de Roma

Iniciaremos esta análise com a fundação de Roma, ainda que se registre formações jurídicas anteriores. A relevância do Direito Romano é incomensurável, pois ainda hoje é a base de diversos ordenamentos jurídicos nacionais pelo mundo, incluindo o Brasil. A história de Roma atravessa doze séculos e normalmente é dividida em três períodos: a monarquia, que se inicia com a fundação de Roma em 753 a.C., até a substituição do rei por dois côsules, em 529 a.C.; depois o período republicano, que durou até a sacração de Otávio Augusto como imperador em 27 a.C.; e, por fim, o período imperial, que se encerra com a morte do imperador bizantino Justiniano, em 565 d.C.

Não existem muitos documentos que registram o período monárquico de Roma, mas é possível compreender alguns de seus aspectos através de registros históricos.

“Naquele tempo, havia uma espécie de delegação do poder real aos magistrados denominados *duumviri*, os quais assumiam a administração da justiça quando o rei não exercia o seu poder diretamente. Nessas casos, antes da prolação da decisão, havia uma instrução sumária (*cognitio*), na qual o magistrado ou o rei reunia todas as funções processuais, iniciava o procedimento quando sabia de uma infração e realizava a investigação de acordo com sua vontade. Esse procedimento se chamava *anquisitio*.”¹⁹

Deste modo, pode-se afirmar o processo penal romano, pelo menos neste primeiro momento, tinha suas raízes no sistema inquisitório. Nesta fase de desenvolvimento social, o poder político nascente ainda não conhecia a distribuição de atribuições, portanto todo o processo penal era dirigido pela autoridade monárquica, que processava, investigava e julgava. Entretanto, profundas alterações aconteceram na transição para a República Romana.

“Posteriormente, na fase republicana, uma nova mudança, dessa vez mais significativa; a transferência do poder de decidir e de requerer das mãos do magistrado às do cidadão. [...] A vítima, munida das provas, fazia uma imputação perante ao povo, havendo posterior intervenção, diante o magistrado, da comunidade ou de seu representante e do acusado. O poder jurisdicional foi confiado ao jurados, os quais eram presididos por um magistrado. A acusação pública também foi transferida aos cidadãos, pois a legitimidade ativa do processo penal foi reservada ao ofendido. Era um sistema de acusação popular, sendo que o poder de

19 ANDRADE, Roberta Lofrano. **Processo Penal e Sistema Acusatório**: Evolução histórica, Expansão do Direito Penal, e Considerações Críticas sobre o Processo Penal Brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2015. p. 10.

decidir estava condicionado à persecução penal iniciada pela vítima. Consolidou-se, assim, um sistema acusatório.

Nessa perspectiva, o processo acusatório da República Romana ocorria da seguinte forma: iniciava-se com a *accusatio* do ofendido ou do seu representante. Nesse momento, o cidadão, que se apresentava como acusador oferecia o libelo (*postulatio, petitio*), o qual deveria conter a *delatio criminis*, que constava da indicação do crime e da lei violada. Depois disso, havia um procedimento de pesquisa da materialidade e autoria, realizado pelo acusador na presença do acusado. A legitimidade para tal era concedida por um magistrado através uma *Lex*, a qual dava poderes de buscar provas ao acusador. O acusado, por seu turno, poderia fiscalizar os atos do acusador. Ao magistrado cabia ouvir os acusados, proferindo a sentença só depois dos debates. A sentença poderia ser objeto de apelação. O processo penal, portanto, conforme Grassi, possuía a seguinte estruturação: 'instrução escrita; o acusado não podia ser julgado sem a sua presença, a apelação cabia em todas as causas, menos no homicídio, adultério ou envenenamento, com prova meridiana da confissão'. Na *accusatio* o Estado era, assim, um organismo que tinha poderes de 'mero' exercício da função jurisdicional, na deliberação e consequente pronúncia da sentença."²⁰

As inovações no processo penal formuladas no período republicano de Roma formam um capítulo significativo na história da dogmática processual penal. Neste momento, pode-se observar a construção de um processo penal que ampara o sistema acusatório em sua estrutura procedimental. O processo era impulsionado pela iniciativa das partes, desde a proposição da denúncia como a gestão das provas, sob a supervisão do magistrado que exercia apenas o controle de legalidade dos atos das partes.

O conceito de verdade formal, embora ainda não tivesse sido teoricamente concebido, parece reger a instrução probatória, na qual acusado e acusador realizavam os atos de prova, perante participação recíproca. Tal armação procedimental pode ser compreendida como uma aplicação do direito ao contraditório, ainda que consideravelmente rudimentar, pelas próprias limitações históricas. Com a queda da República e o início do Império, novas transformações ocorrem na sociedade romana, e consequentemente, na estrutura do processo penal.

“Ao depois disso, uma nova mudança no procedimento penal ocorreu, já na fase do Império. Isso se deveu à passagem da fonte e soberania: antes dos cidadãos, agora do Imperador, fazendo com que a cidadania abandonasse sua função representativa, passando-a ao imperador e seus delegados. Assim, modificou-se a composição dos tribunais e o exercício da persecução criminal passou às mãos dos funcionários estatais. Conforme Zaffaroni, com o advento do Império, vai se afirmar a publicidade do Direito Romano 'com el procedimiento extraordinario, que era constituido por tribunales que actuaban por delegación del Emperador, el que lo hacía pessoalmente en casos importantes y cuyo poder jurisdiccional estava por sobre la ley'.

Naquela época, surgiram os *delicta publica*, que eram os crimes de *lesae majestatis* de subversão e conjura, nos quais havia uma ofensa direta aos interesses do príncipe, sendo uma das partes da ação penal o próprio Estado. Nasceu desse modo, o sistema de acusação penal pública que mais tarde embasou a Inquisição, tendo-se em vista a aparição de funcionários (magistrados) encarregados de velar pela segurança pública, aos quais cabia

perseguir penalmente os fatos puníveis que chegavam ao seu conhecimento, por meio de uma instrução escrita e secreta.”²¹

No período imperial, o fortalecimento do Estado romano sob a égide de um governo centralizado favoreceu a concentração das atribuições processuais novamente. O magistrado converteu-se em uma autoridade de segurança pública, para garantir a eficiência da persecução criminal. Isto representa um abandono do sistema acusatório, em favorecimento da maior eficácia da perseguição de crimes cometidos contra o próprio Estado. Trata-se do início ascendente da hegemonia inquisitiva, na qual a busca pela verdade será um artifício manejado pelos órgãos jurisdicionais para combater os inimigos do Estado.

4.2. O feudalismo

Com a queda do Império Romano, a Europa dirigiu-se ao momento histórico conhecido como feudalismo. O território ocupado pelo Império Romano foi segmentado em diversos latifúndios autossuficientes, conhecidos como feudos. A divisão socioeconômica do modo de produção em feudos engendrava uma estrutura política fragmentária. Concomitantemente, a Igreja Católica expandiu seu controle cultural sobre os feudos da Europa, atribuindo a si mesma o monopólio da verdade em todos os aspectos do saber humano.

Progressivamente, o processo penal foi capturado como forma de difusão da doutrina divina através da repressão de hereges. A relação processual entre partes foi abolida completamente, sendo o processo agora um instrumento político unilateral que serve à sujeição dos indivíduos perante a autoridade da Igreja.

“Tudo isso era justificado porque a Igreja considerava que somente ela era capaz de revelar a verdade absoluta, e quem atentava contra essa verdade deveria ser exterminado. Reforça-se, assim, o mito da segurança, o qual é oriundo de uma verdade absoluta não construída, mas imposta pelos concílios, encíclicas e outros instrumentos nascidos sob a assistência divina. E a verdade absoluta será sempre intolerante, sob pena de perder o seu caráter absoluto. Para mantê-la, já que núcleo fundante do sistema, autorizava-se o combate a qualquer custo da heresia, com o que se tinha por legitimadas a tortura e a crueldade. A tortura era utilizada para se obter essa verdade absoluta, a qual advinha da confissão. E com a confissão, não se necessita de mais nada, pois a confissão era a 'rainha das provas'. Conforme Boff, a justificação da perseguição dos hereges estava em 'salvaguardar o bem absoluto – a salvação eterna, apropriada pela adesão irrestrita à verdade absoluta como vem proposta, explicada e difundida pela igreja. Fora da Igreja, não há salvação, porque fora dela não existe revelação divina e por isso verdade absoluta'. A partir disso houve uma transformação do papel do acusado, o qual passou de sujeito processual a objeto de investigação e meio de prova.”²²

21 Ibid., p. 14.

22 Ibid., p. 24.

Tratando a realidade em absolutos, sendo a doutrina divina absolutamente benigna e a heresia absolutamente maligna, o processo penal não deveria conhecer qualquer formato ou limite que reduza a eficácia do magistrado em sua tarefa de condenar os hereges. A participação do réu era considerada um obstáculo para a finalidade do processo, portanto precisava ser coibida enquanto o magistrado realizava a investigação dos fatos. Neste momento reinava integralmente a lógica da busca pela verdade real, cuja influência persistirá até os dias contemporâneos.

4.3. O absolutismo

Entretanto, cabe ressaltar que foi na Idade Moderna (séculos XVI, XVII e XVIII) que a Inquisição atingiu seu apogeu. Pelo desenvolvimento do comércio internacional, as comunidades segmentadas dos feudos foram lentamente se dissolvendo durante a formação dos modernos Estados nacionais. Inaugurava-se assim o período conhecido como absolutismo. A característica crucial deste período histórico é a máxima concentração do poder político nas mãos do monarca para a melhor administração, tributação e defesa destes recém formados Estados nacionais.

“Essa transformação ocorreu através da passagem das relações de poder das mãos do senhor feudal para um Estado centralizado. Nesse contexto, houve uma disputa entre os senhores feudais e os monarcas, vencendo os segundos, com o apoio da Igreja Católica. Todos os atributos de soberania (legislar, julgar e administrar) foram concentrados no poder central do monarca, que se confundia com o próprio Estado.”²³

O processo de legitimação social da monarquia ocorria pela relação entre a realeza e o clero católico. A Igreja difundia a ideia da eleição do monarca por Deus, que por sua vez, adotava a doutrina católica como política de Estado. A partir deste ponto, a lógica inquisitiva se mesclou com este aparato estatal centralizado, potencializando consideravelmente o poder punitivo.

A principal característica do processo penal desta época foi a ampliação da (ir)racionalidade inquisitiva para os crimes seculares, que eram agora regulados pelas mesmas medidas cruéis e injustas.

“Evidentemente, não se deve pensar ter havido uma perda de interesse da Igreja em punir as condutas heréticas, cedendo esse poder às instituições seculares. Em verdade, o que houve foi uma identificação do pecado com o delito, com o que a criminalidade de lesa-majestade divina passou a ser de jurisdição mista. Foi assim que o clero, juntamente com os Estados absolutistas em acensão, conforme Carvalho, 'fundamentou suas perseguições, ampliando o rol de culpáveis, englobando em suas tipificações, além da criminalidade comum, qualquer oposição que criticasse o saber oficial'. Esse poder onipresente não admitia a existência do outro, o qual, em sendo diferente, era classificado como herético. Ambos os tribunais adotavam o mesmo procedimento: aprisionamento dos suspeitos

23 Ibid., p. 26.

(muitas vezes a partir de meros boatos), interrogatório (utilizando-se da tortura para e chegar a confissão), e, por fim, condenação. A pena variava de acordo com a gravidade do crime: poderia ser execução pelo fogo, banimento, trabalho nas galerias dos navios e, sempre, o confisco de bens. Dessa forma, a caça aos hereges passou a ser uma operação judicial a partir do momento em que houve a união do Estado e da Igreja no combate aos seguidores de Satã, que ameaçava não somente o poder da Igreja, como também do soberano.”²⁴

Desta forma, o poder repressivo foi ampliado em níveis espantosos, que não conheciam qualquer limite para atuação, ora que regulado apenas pela vontade do monarca.

4.4. O processo de secularização e o Estado Liberal

Gradualmente, o domínio político-cultural exercido pela Igreja Católica começa a ser contestado. O avanço das descobertas científicas, em especial a refutação do modelo geocêntrico por Copérnico, comprometeram a hegemonia da doutrina católica nas diversas áreas do conhecimento humano. Ocorreu então um giro na concepção filosófica, se afastando do antigo modelo teocêntrico para uma nova etapa que posicionava a racionalidade humana no núcleo do processo de conhecimento da realidade. O mundo jurídico não ficou inerte a estas mudanças filosóficas.

“A cisão das concepções delito-pecado, ocorridas a partir da lei e da jurisprudência desencadeou teses humanistas (principalmente contrárias à utilização de tortura) que estruturam os direitos de primeira geração (direitos humanos e direitos e garantias fundamentais). Com base nessas teorias, conforme Carvalho, 'solidificar-se-ia uma estrutura principiológica em matéria penal e processual que, ao menos no aspecto teórico e doutrinário, garantiria a construção da cidadania tutelada de forma positiva por um poder autônomo, racional, independente e imparcial'. Alguns postulados serviram de base para os novos direitos surgidos na época iluminista: reserva legal, taxatividade e irretroatividade, tripartição independente de poderes, intervenção mínima, pessoalidade, individualização e proporcionalidade das penas, devido processo legal e igualdade perante a lei.”²⁵

Com o processo de secularização da sociedade, as condições históricas propiciaram a formulação de uma ciência jurídica, liberta dos dogmas religiosos. A magna obra do Marquês de Beccaria, *Dos Delitos e Das Penas*, tornou-se a pedra basilar da ciência jurídica penal, tecendo duras críticas à irracionalidade da aplicação do Direito Penal de sua época. A partir disto, identificando na arbitrariedade do poder punitivo estatal o cerne da violência despropositada gerada pelo Direito Penal, os juristas iniciaram a elaborar uma nova orientação para o estudo dos crimes e das penas, que fosse baseada na proteção do indivíduo. Introduz-se assim a ideia de limitação do poder punitivo às formas jurídicas, que é até hoje o eixo central da dogmática penal.

24 Ibid., p. 30.

25 Ibid., p. 36.

O reflexo deste desenvolvimento teórico na estrutura política dos Estados nacionais ocorre com a Revolução Francesa, quando a violência do Antigo Regime se torna insustentável e é derrubada à força. A partir deste marco, inicia-se a construção de um novo tipo de Estado, o Estado Liberal, cuja legitimidade se encontra na soberania exercida pelo povo através de sua Assembleia legislativa.

“A validade do Direito está, aqui, amparada no que, a partir de então, passou a ser um dos princípios basilares do nosso ordenamento jurídico, a legalidade. Percebe-se, assim, uma primazia da lei frente à Administração, à jurisdição e aos cidadãos, apresentando-se o Estado Liberal como um estado legislativo. Essa primazia da lei significava a derrota das tradições jurídicas do Absolutismo e do Antigo Regime. Nesse aspecto, considerou-se necessária a instituição de um sistema jurídico unitário e a formalização de normas positivadas, superando-se o antigo regime jurídico, no qual, segundo Feldens, 'as fontes não se concentravam na lei, senão que se enraizavam em instituições diversas de inserção social (v.g., Império e a Igreja)'. Por esse motivo, conforme Fioravanti, o primeiro aspecto substancial desse Estado de Direito pode ser resumido da seguinte forma: 'de la proclamación revolucionaria de las libertades a la tutela de los derechos en el derecho positivo estatal'. Além disso, conforme Bolzan de Moraes, 'o Direito, próprio a este Estado, terá como característica central e como metodologia eficaz a coerção das atitudes, tendo como mecanismo fundamental, a sanção.’”²⁶

Cabe salientar que não só o Direito Penal atravessou o filtro da legalidade, mas também o Direito Processual Penal. O processo penal e seus procedimentos agora são submetidos às formas legais, classificando e regulamentando a marcha dos atos das partes e do magistrado. Ainda que as novas legislações processuais não tenham constituído um rompimento completo com o sistema inquisitório, importantes reformas foram realizadas no sentido de se afastar desta situação, como na adoção da acusação perante júri em determinados casos, da publicidade e oralidade do juízo, e de garantias mínimas de contraditório judicial.

4.5. O constitucionalismo

A estrutura liberal do Estado entrou em forte convulsão no início do século XX. A comunidade internacional foi surpreendida pela subversão da legislação nacional operada pelo governo nazista para perseguir e exterminar oponentes e minorias sociais. Formou-se o consenso que a existência de garantias e direitos positivados em lei não eram suficientes para evitar o crescimento de regimes autoritários. Nesse sentido, as Constituições começaram a desempenhar um papel progressivamente mais preponderante na dinâmica social dos países ocidentais. A Constituição passa a ser entendida como a chave da interpenetração entre o Direito e a política, sendo ao mesmo tempo a norma máxima de um sistema jurídico, como também uma carta política de diretrizes democráticas.

²⁶ Ibid., p. 46.

“Dentro deste contexto, aponta-se a necessidade de surgimento de uma Constituição, a qual se entende como, de acordo com Canotilho, a 'ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político'. A partir disso, conforme o autor, pode-se estabelecer uma concepção ideal e Constituição, calcada em três aspectos: '(1) ordenação jurídico-política plasmada em um documento escrito; (2) declaração, nessa carta escrita, de um conjunto de direitos fundamentais e do respectivo modo de garantia; (3) organização do poder político segundo esquemas tendentes a torna-lo um 'poder limitado e moderado'. Desse modo, em resumo, a Constituição visava a limitar o poder político reconhecer direitos e garantias fundamentais”.²⁷

O momento histórico em que nos encontramos, o constitucionalismo, tem como característica primordial a primazia política e jurídica da Constituição no contexto social, estabelecendo direitos fundamentais para seus cidadãos como forma de coibir os abusos do poder político descontrolado. Desse modo, todas as atribuições do Estado e de seus agentes, juridicamente vinculados, se encontram circunscritas a esta carta jurídica.

O processo penal, conseqüentemente, também é afetado por esta nova orientação política. Inspirado pela doutrina inquisitória, o juiz anteriormente poderia tomar qualquer iniciativa que julgasse conveniente, até mesmo a tortura, para atingir o objetivo central do próprio processo, desvendar a verdade absoluta dos fatos. Agora, a função do juiz, assim como de todos agentes do Estado, deve ser garantir e aplicar estes direitos fundamentais plasmados na Constituição, balizando a validade dos procedimentos do processo penal à concretização dos princípios gerais e garantias de defesa do cidadão.

Esse deslocamento do propósito do processo penal também afeta o conceito de verdade que deve ser adotado. A busca pela verdade não pode ser conduzida em conflito com os direitos fundamentais do réu preconizados nas Constituições, mas através da concretização destes. Portanto, as formas prescritas pelos direitos fundamentais são a própria condição de validade do processo probatório.

4.6. Uma conclusão histórica

Ao finalizar esta análise, conclui-se que há uma relação histórica entre o conceito de verdade adotado pelo processo penal e o ambiente político local. Nos momentos de maior descontrol e hipertrofia do poder punitivo do órgão jurisdicional, observa-se a adoção da busca pela verdade real como justificativa para a intensa atividade probatória judicial em prejuízo do réu. Em oposição, o

²⁷ Ibid., p. 59.

conceito de verdade formal é uma construção teórica assumida por sociedades mais democráticas, visando restringir a arbitrariedade do poder punitivo e prestigiar o indivíduo como sujeito de direitos.

Esta tensão conceitual, ainda não resolvida, reverbera nos ordenamentos jurídicos atuais, especialmente no Brasil. Após o país ter passado por uma série períodos ditatoriais e intervalos democráticos, o ordenamento jurídico brasileiro é espaço onde as duas tradições coexistem em conflito e disputam hegemonia. Desta maneira, o reconhecimento da ligação histórica da busca pela verdade real com regimes autoritários deve servir como alerta para a reprodução desta mesma lógica pela legislação e jurisprudência nacional, em completa dissonância com a efetivação dos direitos democráticos da sociedade brasileira contemporânea. A história nos leciona que a concretização de uma sociedade mais democrática perpassa pelo abandono da busca pela verdade real no processo penal.

5. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

5.1. A eleição constitucional do sistema acusatório

A atual Constituição Federal, também conhecida como “Constituição Cidadã”, promulgada em 5 de outubro de 1988, foi um marco na história jurídica do Brasil. Promulgada durante a transição da ditadura civil-militar para o novo período democrático, a Carta Magna ergue as fundações jurídicas para o novo momento democrático da sociedade brasileira, inaugurando um catálogo de direitos fundamentais e garantias democráticas que visam proteger o cidadão da arbitrariedade punitiva, típica do período ditatorial ultrapassado, e celebrar a dignidade da pessoa humana.

Considerando que a Constituição traça normas jurídicas gerais, que procuram organizar e nortear a legislação ordinária, não existe uma referência manifesta no texto constitucional sobre qual modelo de verdade deve ser perseguido no processo penal. Entretanto, é possível assimilar a contribuição do texto constitucional ao tema em análise através de uma abordagem sistemática ao ordenamento jurídico.

Como já foi desenvolvido nesse estudo, existe uma conexão essencial entre o sistema processual penal (inquisitório ou acusatório) que orienta a legislação de um determinado país e o conceito de verdade que esta estrutura processual irá adotar. Através da identificação do sistema processual que mais se aproxima com os princípios constitucionais, é possível entender sua influência no procedimento de produção de prova e conseqüentemente qual proposta epistemológica adotada pela Carta Magna.

A questão que precisa ser esclarecida é: qual sistema processual penal foi eleito pelo texto constitucional? Para a doutrina mais moderna, ainda que não haja citação explícita ao sistema acusatório, a interpretação conjunta dos princípios indica seguramente esta escolha.

“Inicialmente, não prevê nossa Constituição – expressamente – a garantia de um processo penal orientado pelo sistema acusatório. Contudo, nenhuma dúvida temos de sua consagração, que não decorre da 'lei', mas da interpretação sistemática da Constituição. Para tanto, basta considerar que o projeto democrático constitucional impõe uma valorização do homem e da dignidade da pessoa humana, pressupostos básicos do sistema acusatório. Recorde-se que a transição de um sistema inquisitório para o acusatório é, antes de tudo, uma transição de um sistema político autoritário para o modelo democrático. Logo, democracia e sistema acusatório compartilham de uma mesma base epistemológica. Para

além disso, possui ainda nossa Constituição uma série de regras que desenham um modelo acusatório, como por exemplo:

- titularidade exclusiva da ação penal pública por parte do Ministério Público (art. 129, I);
- contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV);
- devido processo legal (art. 5º, LIV);
- presunção de inocência (art. 5º, LVII);
- exigência de publicidade e fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX).²⁸

A Constituição paira sobre o processo penal, celebrando uma série de princípios contra o abuso do poder punitivo. Esses princípios constitucionais possuem dois objetivos centrais: delimitar as atribuições e competências das figuras processuais geridas pelo Estado, Ministério Público e Poder Judiciário, para evitar a arbitrariedade do exercício do poder público; e garantir que o acusado seja tratado como um sujeito de direitos, com possibilidade de intervenção e defesa efetiva no processo. Pode-se assim afirmar que a Constituição, mesmo sem uma redação explícita, filia-se ao sistema acusatório.

A partir desta identificação, cabe neste momento fazer uma breve incursão à cadeia de princípios constitucionais que influenciam especificamente o conceito de verdade adotado no processo penal. Os princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, e da presunção de inocência são responsáveis pela organização e formatação do procedimento de produção de provas e por isso têm grande relevância epistemológica. O princípio da imparcialidade, ainda que não expressamente previsto na Constituição Federal, mas extraído da interpretação sistemática dos demais princípios, também tem influência.

5.2. O princípio do contraditório e ampla defesa

No art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, se inscreve: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Primeiramente, cabe elucidar a intrincada relação entre estes dois conceitos, contraditório e ampla defesa:

“Contudo, contraditório e direito de defesa são distintos, pelo menos no plano teórico. Pellegrini Grinover explica que 'defesa e contraditório estão indissolavelmente ligados, porquanto é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que brota o exercício da defesa, mas é esta – como poder correlato de ação – que garante o contraditório. A defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantida. Eis a íntima relação e interação da defesa e do contraditório'.

[...]

Destacamos que – na teoria – é facilmente apontável a distinção entre contraditório e direito de defesa. Sem embargo, ninguém pode omitir que o limite que separa ambos é tênue e, na prática, às vezes quase que imperceptível. Desse modo, entendemos que não constitui pecado mortal afirmar que em muitos momentos processuais o contraditório e o direito de

defesa se fundem, e a distinção teórica fica isolada diante da realidade do processo. Nessa linha, parte da doutrina não faz uma distinção clara entre ambos, e Manzini chega inclusive a afirmar que a defesa é um elemento do contraditório.”²⁹

A partir desta explanação sobre a conexão destes dois conceitos, cabe estudar sua influência na estrutura processual, em especial sobre o procedimento de produção de provas. Assim, o princípio do contraditório estabelece uma regra geral de co-participação do réu e do acusador nas diversas etapas da realização da prova, como requisito de validade do procedimento. De forma bem sucinta, assim Paulo Rangel descreve a magnitude deste princípio:

“Contudo, há que se ressaltar que o contraditório não é apenas 'dizer' e 'contradizer' sobre a matéria controvertida, não é apenas o debate que as partes realizam no processo sobre a relação de direito material, mas principal e exclusivamente, 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 a simétrica paridade de participação no processo, entre as partes.”³⁰

Assim, a intervenção do réu deve se dar na mesma medida da intervenção da acusação, buscando imunizar o processo da unilateralidade na produção probatória e garantido o contraditório em todas as fases da produção de provas. De forma detalhada, o professor Aury Lopes Jr. analisa seu impacto no procedimento de produção de provas:

“Especificamente, em matéria probatória, o contraditório deve ser rigorosamente observado nos quatro momentos da prova:
 1º – Postulação (denúncia ou resposta escrita): contraditório está na possibilidade de também postular a prova, em igualdade de oportunidades e condições.
 2º – Admissão (pelo juiz): contraditório e direito de defesa concretizam-se na possibilidade de impugnar a decisão que admite a prova.
 3º – Produção (instrução): o contraditório manifesta-se na possibilidade de as partes participarem e assistirem a produção da prova.
 4º – Valoração (na sentença): o contraditório se manifesta-se através do controle da racionalidade da decisão (externada pela fundamentação) que conduz à possibilidade de impugnação pela via recursal.”³¹

Outra dimensão do direito ao contraditório é a sua influência na imposição da imparcialidade ao magistrado. Como nos lembra o professor Geraldo Prado, “não há contraditório possível entre juiz e acusado no processo penal inspirado pelo princípio acusatório”³². Isto se deve porque, pela natureza de suas atribuições no processo penal, o juiz e o acusado jamais estarão em igualdade de participação no processo. Por isso, não pode haver confusão entre as atribuições do magistrado e da acusação, sob pena de desequilibrar a simetria de participação das partes, fundamental ao exercício efetivo do contraditório. A atuação do magistrado, face ao direito ao

29 LOPES JR., Aury. op. cit., p. 198.

30 RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 18.

31 LOPES JR., Aury. op. cit., p. 544.

32 PRADO, Geraldo. op. cit., p. 189.

contraditório, deve ser “respondendo adequadamente às petições e requerimentos das partes, fundamentando suas decisões (inclusive as interlocutórias), evitando atuações de ofício e as surpresas. Ao sentenciar, é crucial que observe a correlação acusação-defesa-sentença”³³.

Conclui-se assim que o contraditório é um princípio-chave no estabelecimento da verdade formal como paradigma da produção de provas, na esteira do sistema acusatório adotado pela Constituição. A primazia da forma dialética na intervenção probatória das partes, instituída por este princípio constitucional, é o eixo pelo qual se desenvolve a verificação dos fatos no processo penal. Desse modo, a iniciativa solitária e independente do juiz na produção de provas é a antítese do conteúdo deste princípio.

5.3. A presunção constitucional de inocência

A presunção de inocência é uma das garantias primordiais de um processo penal democrático. A Constituição celebra esta garantia em seu art. 5º, LVII, com a seguinte redação: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Ainda que a redação do inciso constitucional não trate especificamente de uma presunção de inocência, mas de uma presunção de não-culpabilidade, este princípio também precisa ser entendido em seu aspecto positivo. Comentando sobre o tema, o professor Aury Lopes Jr. afirma:

“Sob a perspectiva do julgador, a presunção de inocência deve(ria) ser um princípio da maior relevância, principalmente no tratamento processual que o juiz deve dar ao acusado. Isso obriga o juiz não só a manter uma posição 'negativa' (não o considerando como culpado), mas sim a ter uma postura positiva (tratando-o efetivamente como inocente). Podemos extrair da presunção de inocência que:

- a) Predetermina a adoção da verdade processual, relativa, mas dotada de um bom nível de certeza prática, eis que obtida segundo determinadas condições.
- b) Como consequência, a obtenção de tal verdade determina um tipo de processo, orientado pelo sistema acusatório, que impõe a estrutura dialética e mantém o juiz em estado de alheamento (rechaço à figura do juiz-inquisidor – com poderes investigatórios/instrutórios – e consagração do juiz de garantias ou garantidor).
- c) Dentro do processo, se traduz em regras para o julgamento, orientando a decisão judicial sobre os fatos (carga de prova)
- d) Traduz-se, por último, em regras de tratamento do acusado, posto que a intervenção do processo se dá sobre um inocente.”³⁴

Para a condenação do réu, e simultaneamente a superação da presunção de inocência, o magistrado precisa estar convencido que fora produzido no decorrer do processo penal elementos de

33 LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Volume I. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 197.

34 Ibid., p. 193.

prova que demonstrem cabalmente a existência do fato criminoso no caso concreto. Portanto, a presunção de inocência define um nível de convencimento que o juiz precisa atingir, através da produção de provas, quanto ao pedido condenatório da acusação. Qualquer dúvida ou omissão quanto aos fatos deve ser compreendida favoravelmente ao réu, refletindo a incapacidade de reunião de elementos de prova que justifiquem a superação da presunção de inocência.

Outro aspecto fundamental da presunção de inocência é seu impacto na atribuição do ônus probatório no processo penal. Como a presunção de inocência só pode ser superada com o trânsito em julgado da sentença condenatória, é correto afirmar que durante o procedimento de produção de provas o réu deve ser considerado como inocente. O réu não precisa provar sua inocência, ela é presumida por força constitucional. Portanto, o ônus da prova recai inteiramente sobre a acusação que precisa, através da reunião de elementos de prova, convencer o magistrado a afastar esta presunção no caso concreto.

Nisso decorre a necessidade da inércia do juiz durante a produção de provas como uma garantia de sua imparcialidade. Quando o juiz participa com iniciativas próprias na colheita de provas para buscar a verdade real, ele está indiretamente cooperando com a acusação, na sua tarefa de reunir elementos probatórios para superar a presunção de inocência do réu.

Nota-se, portanto, uma incompatibilidade crescente entre o conceito de verdade real e a presunção de inocência. Quando o processo se encontra diante uma dúvida relevante insanável quanto aos fatos, o princípio da presunção de inocência e o suposto princípio da busca pela verdade real emitem comandos excludentes: o primeiro exige a absolvição do réu por força do *in dubio pro reo*, o segundo orienta o magistrado a produzir provas para superar esta dúvida.

5.4. Conclusão quanto ao posicionamento da Constituição Federal

Para finalizar o cotejo entre o texto constitucional e os sistemas processuais penais, é proveitoso lembrar os ensinamentos do professor Geraldo Prado. Em seu livro *Sistema Acusatório*, que já se tornou uma obra clássica da doutrina processual penal brasileira, o professor dedica um capítulo para abordar a eleição constitucional do sistema acusatório e todas as controvérsias que cercam este tema. A conclusão formulada é digna de reprodução, pois resolve, com clareza, a complexa tarefa de compreender a posição da Constituição Federal entre os sistemas acusatório e inquisitório:

“De tudo o que foi visto é possível ratificar a advertência feita no começo deste item. Tal seja, de que no Brasil, certamente não é tarefa fácil assinalar com precisão, acima dos interesses que movem os juristas, motivados pelo sentido e função que atribuem ao Processo Penal e pela maneira como viveram a experiência política de seu tempo, que sistema processual vigora ou que sistema em outras épocas imperou.

Assim, se aceitarmos que a norma constitucional que assegura ao Ministério Público a privatividade do exercício da ação penal pública, na forma da lei, a que garante a todos os acusados o devido processo legal, com ampla defesa e contraditório, além de lhes deferir, até o trânsito em julgado da sentença condenatória, a presunção de inocência, e a que, aderindo a tudo, assegura o julgamento por juiz competente e imparcial, são elementares do princípio acusatório, chegaremos à conclusão de que, embora não o diga expressamente, a Constituição da República o adotou.

Verificando que a Carta Constitucional prevê, também, a oralidade no processo, pelo menos como regra para as infrações penais de menor potencial ofensivo, e a publicidade, concluiremos que se filiou, sem dizer, ao sistema acusatório.

Porém se notarmos o concreto estatuto jurídico dos sujeitos processuais e a dinâmica que entrelaça todos estes sujeitos, de acordo com as posições predominantes nos Tribunais (principalmente, mas não com exclusividade no Supremo Tribunal Federal), não nos restará alternativa salvo admitir, lamentavelmente, que prevalece, no Brasil, a *teoria da aparência acusatória*.

Muitos dos princípios opostos ao acusatório verdadeiramente são implementados todo dia. Tem razão o mestre Frederico Marques ao assinalar que a Constituição preconiza a adoção e efetivação do sistema acusatório. Também tem razão Hélio Tornaghi, ao acentuar que há formas inquisitórias vivendo em contrabando no processo penal brasileiro, o que melhor implica, em considerá-lo, na prática, misto. O princípio e o sistema acusatório são, por isso, pelo menos por enquanto, meras promessas, que um novo Código de Processo Penal e um novo fundo cultural, consentâneo com os princípios democráticos, devem tornar a realidade.”³⁵

Portanto, devemos considerar a concretização do modelo acusatório, tal como proposto pela Constituição Federal, uma tarefa democrática que se impõe a todos operadores do direito processual penal, sejam eles juízes, promotores, advogados ou acadêmicos.

Consequentemente, faz-se necessário concluir que a a proposta epistemológica que autenticamente coaduna com os princípios constitucionais é a proposta da *verdade formal*, ou seja, a verdade formada sob a égide do contraditório judicial, em consonância com as regras procedimentais que garantam a ampla defesa, presunção de inocência e imparcialidade judicial.

35 PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Jumen Juris, 2005. p. 195.

6. O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

6.1. O histórico da legislação

O atual Código de Processo Penal é alvo de diversas controvérsias na doutrina processual penal brasileira. Abertamente inspirado no Código Rocco, vigente na Itália fascista, o Código de Processo Penal, instituído pelo Decreto-lei nº 3.689 em 3 de outubro de 1941, tinha como objetivo endurecer a política de repressão à criminalidade através da flexibilização das garantias processuais. A Exposição de Motivos do Código de 1941 deixa bem nítida sua opção política:

“De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia a ação repressiva do Estado contra os que delinquem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código. No seu texto, não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal-avisado favorecimento legal aos criminosos. O processo penal é aliviado dos excessos de formalismo e joeirado de certos critérios normativos com que, sob o influxo de um mal-compreendido individualismo ou de um sentimentalismo mais ou menos equívoco, se transige com a necessidade de uma rigorosa e expedita aplicação da justiça penal.”³⁶

Trata-se de uma filiação expressamente inquisitiva, que busca ultrapassar a “defeituosa e retardatária” repressão a criminalidade imposta pelo catálogo de garantias processuais para facilitar a condenação dos acusados. Não é exposto nenhum tipo de preocupação quanto aos possíveis abusos de autoridade exercidos pela autoridade policial ou pelo órgão jurisdicional.

A eleição do sistema inquisitório pelo Código pode ser entendida através do ambiente político vivido pelo Brasil na época de sua publicação. O decreto-lei foi preparado durante a ditadura do governo Getúlio Vargas conhecido como Estado Novo. Para reforçar a perseguição política de dissidentes e a repressão contra camadas populares insatisfeitas, recorreu-se a flexibilização das garantias procedimentais, sob o mote do combate à criminalidade. Assim, o Código de Processo Penal se tornou um apêndice da política de segurança pública de um governo ditatorial.

36 Disponível em: http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf. Acesso em 22/10/2016

Consta lembrar que após a promulgação da Constituição de 1988, quando ocorreu um importante giro no paradigma processual penal, seu o texto legislativo foi alterado diversas vezes. Entretanto, poucas alterações trataram do espírito inquisitivo da lei.

Assim, passaremos a análise dos artigos do Código de Processo Penal, evidenciando sua lógica inquisitória. Iremos nos ater aos procedimentos de investigação preliminar e produção de provas, averiguando quais são os parâmetros jurídicos da verificação dos fatos relevantes ao caso penal e como se situa a disputa filosófica da *verdade real* e *verdade formal* nestes procedimentos.

6.2. A investigação criminal

A função primordial da investigação preliminar, sob uma ótica garantista, é reunir elementos informativos mínimos que justifiquem a proposição da ação penal, servindo assim como um filtro contra denúncias desarrazoadas. Entretanto, sob influência do sistema inquisitivo e da busca pela verdade real, a investigação é transformada em um instrumento de coleta de informações que subsidiarão o procedimento de produção de provas. Primeiramente, observaremos o art. 13:

Art. 13. Incumbirá ainda à autoridade policial:
I - fornecer às autoridades judiciárias as informações necessárias à instrução e julgamento dos processos;
II - realizar as diligências requisitadas pelo juiz ou pelo Ministério Público;
III - cumprir os mandados de prisão expedidos pelas autoridades judiciárias;
IV - representar acerca da prisão preventiva.

A atenção sobre este artigo recai em seu segundo inciso. O dispositivo atribui ao juiz, a lado do Ministério Público, legitimidade para requisitar diligências à autoridade policial durante o inquérito policial. A redação do inciso põe em pé de igualdade os órgãos de acusação e julgamento para a colheita de elementos informativos que justifiquem a propositura da ação penal. Trata-se de clara violação do princípio da imparcialidade, pois a atuação combinada destes dois órgãos na obtenção de elementos informativos será apreciada posteriormente pelo próprio juiz, no recebimento da denúncia.

Cumprir lembrar que ofendido e o indiciado também podem requisitar diligências à autoridade policial, por força do art. 14, mas os pedidos estarão submetidos ao juízo de conveniência da autoridade policial.

Outro artigo relevante refere-se ao pedido de arquivamento do inquérito policial.

Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

Neste artigo, a função constitucional de titularidade da ação penal pelo Ministério Público é mitigada pelo dispositivo legal que prevê supervisão judicial no momento do requerimento do arquivamento do inquérito policial. Ainda que o Ministério Público não esteja convencido da necessidade de abertura do processo penal, o magistrado pode insistir na interposição da denúncia, por julgar improcedente as razões levantadas pelo órgão da acusação. Caso a promotoria mude de posição e apresente a denúncia, não haverá imparcialidade do juiz ao receber esta peça, pois este havia colaborado diretamente para sua interposição.

Também é importante ressaltar o grau de convencimento do juiz, ainda na fase de investigação, quanto à existência do fato criminoso no caso penal, quando decide sobrepujar a interpretação do Ministério Público e persuadi-lo a continuar com a pretensão acusatória. Quando o juiz está mais convencido que a própria acusação quanto a existência do fato criminoso, dificilmente o réu irá conseguir dissuadi-lo, demonstrando o convencimento produzido durante a busca pela verdade real.

Entre as regras de competência, destaca-se a regra de competência por prevenção.

Art. 83. Verificar-se-á a competência por prevenção toda vez que, concorrendo dois ou mais juízes igualmente competentes ou com jurisdição cumulativa, um deles tiver antecedido aos outros na prática de algum ato do processo ou de medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa

O art. 83 cria uma regra de competência do juízo baseada na prevenção, ou seja, aquele juiz que tenha promovido algum ato decisório em relação ao caso penal, mesmo na fase de inquérito, como a homologação da prisão em flagrante ou quanto a requisição de diligências, estará vinculado ao julgamento da causa.

Tal regra de competência é bastante temerária. Na fase pré-processual, são coletados diversos elementos informativos pela autoridade policial. O juiz, durante a realização do controle de legalidade dos atos de investigação, toma contato com esses elementos, que inevitavelmente irão

modelar seu convencimento sobre o caso. Portanto, o convencimento do juiz sobre os fatos do caso começa a ser construído antes mesmo do início da ação penal, e conseqüentemente, fora do contraditório judicial. A existência desta regra de competência se baseia na ideia que o juiz que mais tiver contato com o caso terá maior conhecimento para julgá-lo. Entretanto, as regras procedimentais que possibilitam a intervenção do réu para persuadir o magistrado não são aplicáveis neste momento, reforçando a unilateralidade do processo de convencimento do juiz.

6.3. A gestão da prova

O Título VII do Código de Processo Penal reúne a regulamentação quanto ao procedimento de produção de provas. O Capítulo I deste Título, que versa sobre as disposições gerais acerca das provas, tem sua atual redação forjada pela lei 11.690/2008, que promoveu uma reforma pontual em alguns aspectos do Código. Entretanto, esta reforma apenas renovou os aspectos inquisitórios já presentes no texto original.

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

A redação deste artigo é extremamente problemática. Ainda que vincule a formação da convicção do juiz à produção de provas produzidas sobre o contraditório judicial, uma característica central do sistema acusatório, o dispositivo permite que os elementos informativos colhidos na investigação sejam usados para fundamentar a decisão judicial, desde que sejam utilizados em combinação com as provas produzidas em juízo. As conseqüências desta previsão são desastrosas, conforme a lição do professor Lopes Jr. explica:

“O artigo inicia bem, quando diz que a decisão deve ter por base a 'prova produzida em contraditório', o que nos remete para a correta definição de que 'prova' é aquilo produzido em juízo, na fase processual. O grande erro da reforma pontual (lei n 11.690/2008) foi ter inserido a palavra 'exclusivamente'. Perdeu-se uma grande oportunidade de acabar com as condenações disfarçadas, ou seja, as sentenças baseadas no inquérito policial, instrumento inquisitório e que não pode ser utilizado na sentença. Quando o art. 155 afirma que o juiz não pode fundamentar sua decisão 'exclusivamente' com base no inquérito policial, está mantendo aberta a possibilidade (absurda) de os juízes seguirem utilizando o inquérito policial, desde que, também invoquem algum elemento probatório do processo.

Manteve-se, assim, a autorização legal para os juízes e tribunais sigam utilizando a versão dissimulada, que anda muito em voga, de 'condenar com base na prova judicial cotejada com a do inquérito'. Na verdade, essa fórmula jurídica deve ser lida da seguinte forma: não existe prova no processo para sustentar a condenação, de modo que vou me socorrer do que está no inquérito.

Isso é violar a garantia da própria jurisdição e do contraditório.”³⁷

Cabe destacar a relevância da separação dos atos de investigação para os atos de prova. Os elementos informativos colhidos na investigação foram produzidos na fase pré-processual e buscam reunir elementos informativos mínimos que justifiquem a proposição da denúncia. Esta colheita se presta a realizar uma cognição sumária dos fatos e é promovida pela autoridade policial durante a realização do inquérito. Nesta fase, não se encontram com a mesma rigidez as garantias de defesa e participação do acusado, visto que a consequência mais prejudicial possível do inquérito ao acusado não é a condenação, mas o início do processo penal.

Alternativamente, os atos de instrução probatória ocorrem em juízo, atendendo a todos os requisitos de oralidade, publicidade, ampla defesa e contraditório necessários para a validade da prova. Os atos de prova almejam uma cognição exauriente dos fatos para fundamentar a sentença penal e, por isso, são produzidos com a máxima participação do réu. A apreciação dos atos de investigação na sentença penal significa uma fundamentação baseada em elementos colhidos fora do contraditório judicial. Logo, sob a redação do art. 155, a separação entre atos de investigação e atos de prova, tão cara para a efetivação do contraditório judicial, é praticamente nula. O artigo consecutivo continua:

Art. 156. 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.

Nenhum outro dispositivo no atual ordenamento jurídico ampara de forma tão nítida o sistema inquisitório quanto o art. 156 do CPP e seus incisos. A redação deste artigo transforma o art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, que prevê a ampla defesa e o contraditório nos processos judiciais, em letra morta, ao proporcionar a atividade instrutória nos moldes inquisitório. As duras palavras de Aury Lopes Jr. quanto à existência deste artigo são necessárias:

“Nesse contexto, dispositivos que atribuam ao juiz poderes instrutórios, como o famigerado art. 156, incisos I e II, do CPP, externam a adoção do princípio inquisitivo, que funda um sistema inquisitório, pois representam uma quebra da igualdade, do contraditório, da própria estrutura dialética do processo. Como decorrência, fulminam a principal garantia da jurisdição, que é a imparcialidade do julgador. Está desenhado um processo inquisitório.”³⁸

Tanto o caput do artigo como os dois incisos trazem grandes vicissitudes típicas do sistema inquisitório. Primeiramente, o caput do artigo pretende distribuir o ônus probatório do processo penal, cabendo a cada parte provar suas alegações. Esta medida já constitui um assalto direto ao princípio da presunção de inocência. Conforme assinalamos no estudo desta garantia constitucional, a alegação de inocência do réu não precisa ser provada, pois, por força constitucional, já é presumida. O réu adentra no processo penal na condição de inocente e assim permanece até o trânsito em julgado da sentença condenatória. Desta forma, a presunção de inocência “é um dever de tratamento imposto – primeiramente – ao juiz, determinando que a carga da prova seja inteiramente do acusador (pois, se o réu é inocente, não precisa provar nada)”³⁹. Isto não significa que o acusado não deva participar do processo de produção de provas, mas que a alegação de inocência do réu se sustenta mesmo sem provas neste sentido.

Além da incorreta atribuição do ônus probatório, o final da redação do caput do artigo permite a possibilidade de produção de provas de ofício pelo juiz nos casos previstos pelos dois incisos.

O art. 156, inciso I, afirma a possibilidade da produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes pelo juiz, mesmo antes de iniciada a ação penal. Mesmo considerando a necessidade de preservar fontes de prova que estejam em risco de perecimento, o pedido para a produção antecipada de provas deveria ser realizado pelo Ministério Público, na condição de titular da ação penal e responsável pela carga probatória do processo. A análise da necessidade, adequação e proporcionalidade da medida é realizado pelo próprio juiz que a requereu, o que não se qualifica como um controle independente da legalidade dos atos processuais. Comenta sobre este artigo Roberta Andrade:

“Determinar a produção antecipada de provas ou ordenar a realização de diligências para dirimir dúvida (como permite o art. 156) é atuar como parte, não sendo essa a atribuição do juiz, a quem cabe verificar a admissibilidade dos meios de prova e da metodologia probatória. Além disso, a prova antecipada será aquela produzida sem contraditório judicial. Caberia ao Ministério Público, titular da ação penal, verificar essa eventual necessidade e solicita-la se for o caso, e não o órgão que analisará esses elementos probatórios ao receber ou rejeitar a denúncia.”⁴⁰

Continuamente, o art. 156, inciso II, cria uma regra geral de permissão para atividade judicial de instrução, quando fundamentada para solucionar dúvidas quanto aos fatos do caso penal, que

39 LOPES JR., Aury. op. cit., p. 195.

40 ANDRADE, Roberta Lofrano. op. cit., p. 240.

pode ser observada em outros dispositivos do Código. Nesta esteira, o art. 209 do CPP permite ao juiz ouvir outras testemunhas além das indicadas pela parte, para dirimir dúvida quanto ao caso penal. O parágrafo único do art. 212 permite ao magistrado complementar a inquirição das testemunhas com questionamentos próprios. Alarga-se gradativamente mais os poderes de instrução do juiz para buscar a verdade para além da atividade das partes. Pronunciando-se sobre este tema, o professor Geraldo Prado leciona:

“Releva salientar, no tocante à disposição à disciplina das provas, que a autorização prevista na parte final do artigo 156 do Código de Processo Penal, assim como, por exemplo, a disposição contida no artigo 209 do mesmo diploma, conferindo ao juiz poderes processuais de produção de prova, representa, conforme assinalamos ao abordarmos as características do sistema acusatório, violência flagrante ao referido modelo, quer em razão de atribuir ao juiz o que é direito das partes, conexo ao de ação de defesa, e portanto, no primeiro caso, vinculado à acusação, quer por coloca-lo na difícil posição de investigador imparcial.”⁴¹

Importante ressaltar que a permissão da atividade instrutória do juiz em casos de dúvida está em completo desacordo com o princípio *in dubio pro reo*. A persistência de dúvida quanto aos fatos, insanável pela atividade das partes, significa a incapacidade da acusação em superar o ônus probatório que lhe cabe, ensejando no indeferimento do pedido condenatório. Em sentido oposto, o Código de Processo Penal sugere a contínua produção de provas pelo juiz, comprometendo fatalmente sua imparcialidade. Assim se comenta Roberta Lofrano Andrade:

“Além disso, a determinação de diligência para se dirimir dúvida não é dotada de qualquer sentido em uma sistemática acusatória, porque a dúvida deve conduzir à absolvição. *In dubio pro reo*. É simples assim. Admitir outra forma é aceitar um juiz inquisidor. Nesse mesmo sentido, nas palavras de Giacomolli, 'a dúvida do julgador induz a absolvição pelo princípio do *in dubio pro reo*, implicando, a determinação *ex officio* da prova, em resultado necessariamente contra o acusado, em favor da acusação, na medida em que o imputado já estaria absolvido pela dúvida.”⁴²

Adicionalmente, também é relevante mencionar o art. 157, que transporta ao Código a garantia constitucional da vedação da prova ilícita e derivadas, um decisivo limite a produção de provas.

6.4. Conclusão quanto o posicionamento do CPP

Por tudo analisado, pode-se afirmar que o Código de Processo Penal é a peça legislativa central que acolhe o sistema inquisitório no ordenamento jurídico brasileiro. A Exposição de Motivos do Código revela, sem rodeios, uma opção autoritária, que observa as garantias processuais

41 PRADO, Geraldo. op. cit., p. 188.

42 ANDRADE, Roberta Lofrano. op. cit., p. 240.

de defesa como subterfúgio de delinquentes e criminosos. Ainda que seja uma carta que trace apenas orientações políticas, percebe-se o incentivo ao tratamento do réu sob a luz da culpabilidade, em completa discordância com a presunção constitucional de inocência.

Durante a fase pré-processual de investigação, o juiz é autorizado a requisitar, junto a acusação, diligências reunir elementos informativos. Inicia-se assim a jornada judicial em busca da verdade, antes mesmo da concretização do processo. O juiz pode até rejeitar o requerimento de arquivamento do inquérito realizado pelo Ministério Público. Desta forma, o convencimento do magistrado quanto o prosseguimento do processo já está formado, sobrepondo-se até ao entendimento do titular da ação penal. Por fim, os atos de investigação podem ser livremente apreciados na fundamentação da sentença, desde que cotejados com ao menos uma prova judicial, o que constitui uma violação à fundamentação vinculada aos atos realizados sob contraditório, um atalho para condenação do réu quando as provas são insuficientes. Assim, não se pode dizer que a investigação preliminar no atual Código cumpre um papel garantista, de afastar denúncias descabidas, mas de reunir elementos informativos que subsidiarão os atos de prova, ainda que esta não devesse ser sua função em um sistema acusatório.

Quanto à gestão da prova, amplos poderes instrutórios são concedidos ao magistrado como instrumentos para a persecução da verdade de ofício. Em qualquer momento do processo (e até mesmo antes dele), o juiz é autorizado a ultrapassar a iniciativa das partes para empreender na colheita de provas. Ou seja, dentro deste arranjo legislativo, o juiz é simultaneamente o destinatário da prova e também seu produtor. A justificativa desta hipertrofia do papel do magistrado decorre da confiança desmedida atribuída a este para a busca da verdade real. As rígidas formas procedimentais, que corroboram com a efetivação dos princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa e imparcialidade, são compreendidas como obstáculos para a tarefa mitológica de desvendar a realidade perfeitamente.

As sucessivas alterações do CPP na última década não surtiram efeito algum em alinhar o processo penal brasileiro para o sistema acusatório, pelo contrário, apenas repisaram as mesmas medidas inquisitórias que permitem ao juiz tomar iniciativas para desvendar a verdade real. Ressalta-se que a grande parte das alterações ocorreu após a promulgação da Constituição de 1988, o que significa uma insistência do legislador ordinário em amparar o sistema inquisitório no ordenamento jurídico, a despeito da configuração constitucional sobre o tema.

A declaração de inconstitucionalidade dos art. 155 e 156 levaria ao colapso do procedimento de produção de prova em que se baseia o atual Código de Processo Penal. A prática forense se apoia amplamente nestes artigos para convalidar cotidianamente as violações de defesa e contraditório cometidas pela autoridade policial durante a investigação e pelos juízes-investigadores durante a instrução processual. Urge a criação de um novo Código de Processo Penal, reformulado desde seu alicerce principiológico até as regulamentações procedimentais, que atenda as demandas constitucionais de democracia no processo penal, pelo alinhamento com o sistema acusatório e abandono da busca pela verdade real como função do procedimento probatório.

7. O ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

7.1. O papel constitucional do Supremo Tribunal Federal

A arquitetura constitucional do Poder Judiciário reservou ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição Federal. Conforme a lição do professor Barroso, assim se organiza a relação entre a Corte e a Carta Magna:

“Por fim, cabe examinar o papel do Supremo Tribunal Federal, ao qual incumbe, *precipualemente*, nos termos constitucionais, a guarda da Constituição (art. 102). Órgão de cúpula do Poder Judiciário, exerce ele, de modo concentrado, a fiscalização em via principal da constitucionalidade de leis e atos normativos federais e estaduais, tendo como paradigma a Constituição Federal. Cabe-lhe, também, e privativamente, o controle abstrato de normas federais. Nada obstante essa primazia no controle mediante ação direta (isto é, principal, concentrado e, como regra, abstrato), o Supremo Tribunal Federal, a exemplo de todos os demais órgãos judiciais, também realiza o controle incidental e difuso de constitucionalidade. Poderá fazê-lo em processos de sua competência originária (art. 102, I) ou no julgamento de recursos ordinários (art. 102, II).”⁴³

A posição de protagonista no controle de constitucionalidade das normas jurídicas exercida pelo STF é da maior importância. Além do controle concentrado de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal, assim como todos os órgãos jurisdicionais brasileiros, também é responsável pelo controle difuso de constitucionalidade, afastando a aplicação, no caso concreto, da legislação que esteja em desacordo com Constituição Federal.

Portanto, observaremos a posição jurisprudencial que o Supremo Tribunal Federal adotará sobre o tema, analisando o controle de constitucionalidade material dos artigos que permitem a instrução probatória do juízo. Na nossa análise, concluímos a inconsistência dessas atribuições com a atual estrutura constitucional. Reforçando esta tese, o professor Aury Lopes Jr. comenta:

“Compreende-se assim que o modelo constitucional é acusatório, em contraste com o CPP, que é nitidamente inquisitório.
[...]
Nesse contexto, dispositivos que atribuam ao juiz poderes instrutórios (como o famigerado art. 156 do CPP) devem ser expurgados do ordenamento, ou, ao menos, objeto de leitura restritiva e cautelosa, pois é patente a quebra da igualdade, do contraditório e da própria

43 BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica a jurisprudência. 4a ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p. 101.

estrutura dialética do processo. Como decorrência, fulminada está a principal garantia da jurisdição: a imparcialidade do julgador. O sistema acusatório exige um juiz-espectador, e não um juiz-ator (típico do modelo inquisitório).

[...]

Logo, devem ser considerados substancialmente inconstitucionais todos os dispositivos do CPP, como os art. 5º, 127, 156, 209, 234, 311, 383, 385 etc., que violem as regras do sistema acusatório constitucional.”⁴⁴

Analisaremos com maior afinco os *habeas corpus* impetrados no Supremo Tribunal Federal, pois o *writ* constitucional é o principal meio pelo qual os réus desafiam os procedimentos inquisitivos realizados em juízo e as sentenças que nestes se baseiam.

7.2. O Habeas Corpus 113.716/RJ

O primeiro acórdão a ser examinado é o HC 113.716/RJ, que trata de um pedido de expedição de alvará de soltura realizado por réu preso preventivamente, para que possa aguardar em liberdade até o trânsito da sentença penal condenatória.

“HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de habeas corpus, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do habeas corpus.

HABEAS CORPUS – SUBSTITUTIVO DO RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL – LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO ATINGIDA NA VIA DIRETA – ADEQUAÇÃO. Sendo objeto do habeas corpus a preservação da liberdade de ir e vir atingida diretamente, porquanto expedido mandado de prisão ou porque, com maior razão, esta já ocorreu, mostra-se adequada a impetração, dando-se alcance maior à garantia versada no artigo 5º, inciso LXVIII, da Carta de 1988. Evolução em ótica linear assentada anteriormente.

PRISÃO PREVENTIVA – BUSCA DA VERDADE REAL E APLICAÇÃO DA LEI PENAL – ELEMENTOS NEUTROS. **A ótica segundo a qual se deve buscar a verdade real, preparando campo para a aplicação da lei penal, não respalda a prisão preventiva.**

PRISÃO PREVENTIVA – EXCESSO DE PRAZO. Uma vez configurado o excesso de prazo da custódia provisória, impõe-se o deferimento da ordem.⁴⁵”

Neste processo, pode-se observar que o argumento da busca pela verdade é trazido pelo juízo de origem para justificar até mesmo a prisão preventiva do réu. Ocorre então a inversão absoluta da lógica processual: prende-se preventivamente o acusado para facilitar a produção de provas contra o mesmo. Reforça-se a noção que a própria liberdade do réu é uma ameaça à produção de elementos informativos. Cumprindo a função de relator do habeas corpus, o ministro

44 LOPES JR., Aury. op. cit., p. 190.

45 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 113.716/RJ. Paciente: Jonathas Clevelares Zampiroli e Autoridade Coatora: Relator do HC 242.082 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Marco Aurélio de Mello. Data da publicação do acórdão: 07 de agosto de 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4286368>. Acesso em 24/11/2016

Marco Aurélio de Mello reforçou em seu voto:

“O quadro, no entanto, sugere o implemento de liminar de ofício ante razões diversas. O Juízo indeferiu o pedido de implemento da liberdade provisória tendo em conta a óptica segundo a qual poderia prejudicar a busca da verdade real e a aplicação da lei penal, mas nada apontou que pudesse respaldar essa conclusão, mencionando, de modo simplesmente formal, os artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal. Em síntese, o pronunciamento, excluída a referência aos nomes dos acusados, poderia servir a qualquer processo.”

Como o ministro pontua, o juízo de origem não explicitou sequer os motivos concretos que fundamentam a aplicação da prisão preventiva, infringindo assim também o princípio da fundamentação das decisões judiciais. Ao apenas citar formalmente os artigos 312 e 313, que regulam a prisão preventiva, o juízo de origem parece entender que a liberdade do réu, em abstrato, já constitui uma possível violação à conveniência da investigação penal. Sem a fundamentação apropriada, a prisão preventiva poderia ser aplicada em qualquer caso, normalizando uma medida que deveria ser tomada apenas em caráter excepcional.

Neste acórdão, o Supremo Tribunal Federal adota uma postura garantista, em defesa dos direitos do réu contra a banalização da prisão preventiva. O Supremo Tribunal Federal deixa a lição que a busca pela verdade real não respalda a prisão preventiva, podendo ser aplicada apenas quando exista um risco concreto à aplicação da lei penal, conforme interpretação restritiva da dispositivo processual.

7.3. O Habeas Corpus 116.301/MG

Trata-se de caso penal referente aos crimes de tráfico de drogas e falsa identidade, em concurso material. O réu, em primeira instância, foi condenado a pena de um ano e oito meses de reclusão. O Ministério Público apelou da decisão, ao qual o Tribunal de Justiça de Minas Gerais deu provimento para reconhecer a agravante da reincidência e suprimir a causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, redimensionando a pena para cinco anos e dez meses de reclusão, cuja adição foi embasada no fato hipotético da reincidência. A Defensoria Pública se insurgiu, em sede de *habeas corpus* ao STJ e posteriormente ao STF, quanto à aplicação da reincidência na dosimetria, afirmando que nenhum documento foi juntado ao processo atestando formalmente a existência de sentença condenatória transitada em julgado em desfavor do réu. A decisão do Supremo Tribunal Federal segue:

EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E IDENTIDADE FALSA – ARTS. 33, DA LEI N. 11.343/2006, E 307, DO CÓDIGO PENAL. REINCIDÊNCIA ATESTADA POR FICHA DE

ANTECEDENTES CRIMINAIS. **BUSCA DA VERDADE REAL. NÃO SUBORDINAÇÃO A FORMAS RÍGIDAS. DECISÃO MONOCRÁTICA NÃO RECORRIDA NO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.** 1. **A busca da verdade real não se subordina, aprioristicamente, a formas rígidas, por isso que a afirmação da reincidência independe de certidão na qual atestado cabalmente o trânsito em julgado de anterior condenação, sobretudo quando é possível provar, por outros meios, que o paciente está submetido a execução penal por crime praticado anteriormente à sentença condenatória que o teve por reincidente.** 2. In casu, a Ficha de Antecedentes Criminais do paciente revela anterior condenação penal transitada em julgado e em fase execução, emergindo daí o acerto do Tribunal de Justiça ao assentar a reincidência (art. 61, I, do CP), além do que restou cioso ao verificar o não transcurso do prazo de 5 (cinco) anos, previsto no art. 64 do CPP, entre a data do cumprimento da pena pelo crime do art. 10 da Lei n. 9.437/97 e da sentença que o condenou posteriormente por tráfico de entorpecentes e identidade falsa (arts. 33, da Lei n. 11.343/2006, e 307, do Código Penal), conforme se infere do acórdão dos embargos de declaração interpostos da apelação: “Conforme se vê da Folha de Antecedentes Criminais [...], houve uma condenação penal em desfavor do ora embargante, processo no 024.99.183350-0, referente ao delito previsto no art. 10 da Lei no 9.437/97, que transitou em julgado em 17/08/2002. **De fato, não há informação, no referido documento, se o trânsito em julgado se deu na data mencionada para ambas as partes, ou se ocorreu em datas distintas para o réu e para o representante do Parquet.** No entanto, tal dado se torna prescindível ante a informação, constante da própria FAC, de que a referida condenação estava em fase de execução, demonstrando que a decisão já havia transitado definitivamente em julgado, podendo ser considerada para fins de reincidência”. [...] Por fim, mister ressaltar que fora concedido ao embargante, em 08/03/2007, o benefício do livramento condicional, informação constante da FAC, f. 98, e verificada no site deste Egrégio Tribunal. Destarte, o quinquídio previsto no art. 64, I, do CP, não transcorreu, razão pela qual os efeitos daquela condenação devem prevalecer, para fins de reincidência”. 3. O ônus de infirmar os fundamentos que demonstraram a reincidência não acarreta a produção de prova por parte da defesa contra o réu. 4. A impugnação, per saltum, de decisão monocrática passível de recurso no Tribunal a quo traduz inadmissível supressão de instância. 5. Habeas corpus não conhecido.⁴⁶[grifei]

Mantendo a aplicação do agravante na dosimetria, o Tribunal argumenta que a inexistência de documento que prove cabalmente o trânsito em julgado da sentença condenatória é irrelevante, pois “é possível provar, por outros meios” este acontecimento. O Tribunal do Estado de Minas Gerais, que instituiu o agravante, referia-se a consulta pública ao site do próprio Tribunal. Para contornar a deficiência da produção de prova documental da acusação, o Supremo Tribunal Federal considerou consulta a um site virtual como fundamentação idônea para o preavalecimento da instituição do agravante e conseqüente aumento de pena. A argumentação do STF é extremamente deficiente, o que impossibilita entender se a consulta foi recebida como uma prova inominada ou como uma mera informação pública. Em ambos os casos, a recepção estaria eivada de ilicitude, pois no primeiro caso a prova inominada seria intempestiva, e no segundo caso não seria possível considerar a informação como fundamento de uma decisão penal, pela sua extra-processualidade.

46 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 116.301/MG. Paciente: Renato Teixeira Vieira e Autoridade Coatora: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Luiz Fux. Data da publicação do acórdão: 03 de dezembro de 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5253576>. Acesso em 24/11/2016.

A relevância deste julgado está na adoção explícita da busca da verdade real como motor do processo. A insubordinação da busca pela verdade real a formas rígidas, celebrada pelo Supremo Tribunal Federal neste acórdão, traduz-se na violação do devido processo legal. As formas rígidas são o fruto de um desenvolvimento histórico do processo penal, mais do que garantias de defesa, são o fundamento democrático do próprio processo penal contemporâneo. Este julgado marca negativamente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como exemplo de reprodução da lógica inquisitiva pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário.

7.4. O *Habeas Corpus* 121.689/DF

Trata-se de um caso penal referente ao crime de uso de documento falso, no qual a ré é acusada de usar documentos escolares falsos perante o Conselho Regional de Enfermagem. Ao término da instrução criminal em contraditório judicial, o magistrado converteu o julgamento para produção de prova pericial grafotécnica de ofício, que por sua vez, serviu como base para a sentença condenatória. Insurgindo-se contra a decisão e alegando a nulidade absoluta do ato praticado pelo magistrado de primeira instância, a paciente impetrou *habeas corpus* no Tribunal Federal da 1ª Região e posteriormente no Superior Tribunal, sendo denegado em ambas as instâncias, impetrando, por fim, o *habeas corpus* no STF. Segue a ementa do julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal.

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR HABEAS CORPUS: CF, ART. 102, I, “D” E “I”. ROL TAXATIVO. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA: PARADOXO. ORGANICIDADE DO DIREITO. USO DE DOCUMENTO FALSO (ART. 304 DO CP). EXAME GRAFOTÉCNICO. DILIGÊNCIA REQUERIDA DE OFÍCIO PELO JUIZ ANTES DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA. POSSIBILIDADE. ART. 156, II, DO CPP. HABEAS CORPUS EXTINTO POR INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. 1. O juiz pode determinar, de ofício, no curso da instrução criminal ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante (art. 156, II, do CPC). 2. As provas que o magistrado entender imprescindíveis à formação de sua convicção podem ser ordenadas, de ofício, em qualquer estágio do processo, desde que antes de proferida sentença. Precedente: AR 1.538-AgR-AgR, Relator o Ministro Maurício Corrêa, DJ de 08.02.02. 3. In casu, a paciente foi denunciada como incurso nas sanções do artigo 304 do Código Penal, por ter, em tese, apresentado documento público (histórico escolar) e documento particular (diploma de qualificação técnica) falsos perante o Conselho Regional de Enfermagem do Estado do Mato Grosso a fim de exercer, ilegalmente, a profissão de auxiliar de enfermagem. Concluída a instrução criminal, o juiz singular converteu o julgamento em diligência a fim de determinar a realização de exame grafotécnico para, após, sentenciar o feito. 4. A competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar *habeas corpus* está definida, taxativamente, no artigo 102, inciso I, alíneas “d” e “i”, da Constituição Federal, sendo certo que o paciente não está arrolada em nenhuma das hipóteses sujeitas à jurisdição desta Corte. 5. *Habeas corpus* extinto por inadequação da via eleita.”⁴⁷

47 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*. HC 121.689/DF. Paciente: Edilane Maria Nogueira e Autoridade Coatora: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Luiz Fux. Data da publicação do acórdão: 02 de

Neste acórdão, o Supremo Tribunal Federal chancela manifestamente a produção probatória do juiz de ofício, que no caso concreto foi fundamental para a condenação da ré. Argumentando que o procedimento seguiu o formato legal, não haveria qualquer tipo de vício a ser sanado.

Assim, o STF se absteve de entrar nas controvérsias entorno da constitucionalidade da produção de provas de ofício. No caso concreto, o magistrado considerou a necessidade da produção de mais elementos de prova, mesmo ao final da instrução criminal, significando que ele ainda tinha dúvidas quanto aos fatos do processo. Logo, a consequência deveria ser a absolvição, por força do princípio *in dubio pro reo* conjugado com o art. 386, inciso VII do Código de Processo Penal. A prova que justifica a condenação foi produzida para além da atividade das partes, o que também constituiria uma violação ao princípio do contraditório.

Ainda sim, o Supremo se manteve inerte a estas considerações, ratificando o procedimento inquisitório da produção de provas de ofício pelo magistrado. Mesmo sem uma referência específica à busca pela verdade real, pode-se inferir que esta tenha sido a justificativa do magistrado para ultrapassar a atividade das partes e realizar o ato de prova.

7.5. Conclusão sobre o posicionamento do STF

Nos acórdãos analisados, pode-se observar que o Supremo Tribunal Federal não se furta em aplicar a força normativa da Constituição para solucionar casos em que existam flagrantes violações ao direito de defesa. Entretanto, é necessário se manter uma postura crítica quanto à contribuição do STF para esta matéria. Ainda que o Tribunal assumia posições garantistas, em que aplica concretamente a Constituição, como na revogação prisões preventivas que se prestam exclusivamente à impedir a capacidade de defesa do réu (caso do HC 113.716/RJ), a questão central - qual deve ser o conceito de verdade adotado pelo processo penal brasileiro - permanece intocada.

Em casos de menor expressão, a Corte se apoia no velho argumento da busca pela verdade real (caso do HC 116.301/MG) para convalidar alguma medida restritiva de direito de defesa ou iniciativa judicial (caso do HC 121.689/DF). Desta forma, não há uma recusa frontal a “busca da verdade real”. A posição que o Supremo Tribunal Federal parece amparar é a confirmação que o objetivo da atividade probatória do processo penal é alcançar a verdade real, contanto que a perseguição dessa verdade seja modulada por garantias mínimas de defesa.

Esse posicionamento é insuficiente. Considerando a atual sistemática constitucional, não se pode insistir na adoção do processo inquisitório mitigado por garantias acusatórias, mas sim na efetivação de um processo verdadeiramente acusatório. A participação e defesa do réu não são elementos subsidiários na investigação e instrução penal, mas seu eixo de existência. A permanência do silêncio do Supremo Tribunal Federal quanto à incompatibilidade fundamental do arcabouço constitucional, em especial o princípio do contraditório, com a busca da verdade real abre espaço para a reprodução da lógica inquisitiva em tribunais inferiores.

8. O ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

8.1. O papel constitucional do Superior Tribunal de Justiça

Analisaremos também, através de sua prática forense, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça quanto ao assunto em tela.

A relevância do entendimento do Superior Tribunal possui uma dimensão especial para nosso estudo. A Constituição Federal, em seu art. 105, inciso III, alínea c, assinala entre as atribuições do STJ julgar, em recurso especial, as causas decididas em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais Estaduais, quando a decisão recorrida “*der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal*”.

Desta forma, a estrutura constitucional do Poder Judiciário atribui ao STJ o controle hermenêutico da legislação infraconstitucional, na uniformização das diversas interpretações criadas pelos Tribunais Regionais Federais e Estaduais.

Esta atribuição é especialmente relevante neste estudo. Como já abordado em capítulo anterior, há um desarranjo entre os princípios e direitos fundamentais que norteiam a Carta Magna de 1988 e a vigente legislação infraconstitucional. A incongruência entre as normas constitucionais e as regulações legais é reflexo do conflito entre as duas concepções de verdade no processo penal.

A Constituição Federal, promulgada após o término da ditadura militar no Brasil, possui um forte viés garantista, homenageando a defesa dos direitos do réu contra a arbitrariedade judicial e a consolidação do direito de ampla defesa e do contraditório, favorecendo a perspectiva da verdade formal no processo penal.

Por outro lado, a maior parte da legislação infraconstitucional, em especial o Código de Processo Penal, foi redigida antes da atual Constituição, em períodos autoritários da história brasileira. Essa lei ainda traz consigo a mentalidade inquisitiva de outrora, autorizando

produção de provas de ofício pelo juiz e a flexibilização de normas de garantia a fim de reforçar a persecução penal, características inequívocas da concepção da busca de verdade real no processo penal. Ainda com as recentes e sucessivas alterações no texto do Código de Processo Penal, tais discrepâncias persistem.

A mediação entre o texto constitucional e a legislação processual penal é, portanto, bastante complexa. O Superior Tribunal de Justiça, na sua atribuição constitucional de intérprete da legislação federal, fica incumbido não apenas da uniformização das interpretações, como também de garantir a harmonia entre a aplicação da legislação e a força normativa da Constituição. Quanto ao controle de constitucionalidade difuso exercido pelo STJ, o professor Luís Roberto Barroso leciona:

“O Superior Tribunal de Justiça, a exemplo de todos os demais órgãos judiciais do país, pode desempenhar o controle incidental de constitucionalidade, deixando de aplicar as leis e atos normativos que repute incompatíveis com a Constituição. É certo, contudo, que tal faculdade será, como regra, exercida nas causas de sua competência originária (CF, art. 105, I) ou naquelas que lhe caiba julgar mediante recurso ordinário (CF, art. 105, II). E dessas decisões, quando envolverem questão constitucional, caberá recurso extraordinário. No normal das circunstâncias, não haverá discussão de matéria constitucional em recurso especial, cujo objeto, como visto, cinge-se às questões infraconstitucionais. A menos que a questão constitucional tenha surgido posteriormente ao julgamento pelo tribunal de origem.”⁴⁸

A análise do entendimento do STJ sobre o conceito de verdade adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro será realizada pelo exame do informativo jurisprudencial nº 0577 e dos acórdãos do *Habeas Corpus* 373.836/SP e *Habeas Corpus* 363.144/MG, todos publicados no ano de 2016.

8.2. O informativo jurisprudencial nº 0577

Inicialmente trataremos sobre o informativo jurisprudencial nº 0577 do STJ. Os informativos jurisprudenciais são documentos jurídicos formulados em periodicidade pelo próprio STJ, no qual o Tribunal Superior divulga as principais teses jurisprudenciais consolidadas em juízo em seus mais recentes julgamentos. Estes documentos não tem força normativa, entretanto cumprem o papel de publicizar as teses consolidadas pelo Tribunal em decisões de processos particulares, ajudando assim a esclarecer o entendimento do STJ sobre o tema. Como o próprio periódico afirma, o informativo jurisprudencial “*destaca teses jurisprudenciais firmadas pelos órgãos julgadores do Tribunal nos acórdãos incluídos na Base de Jurisprudência do STJ no período acima indicado, não consistindo em repositório oficial de jurisprudência*”.

Será examinado aqui o Informativo jurisprudencial n° 0577, que divulga as teses consolidadas pelo STJ do período de 20 de fevereiro a 2 de março de 2016. No relatório dos recursos repetitivos da Sexta Turma, extrai-se esse trecho:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS PELO MAGISTRADO E AUSÊNCIA DO MP NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO.

Não gera nulidade do processo o fato de, em audiência de instrução, o magistrado, após o registro da ausência do representante do MP (que, mesmo intimado, não compareceu), complementar a inquirição das testemunhas realizada pela defesa, sem que o defensor tenha se insurgido no momento oportuno nem demonstrado efetivo prejuízo. Destaca-se, inicialmente, que a ausência do representante do Ministério Público ao ato, se prejuízo acarretasse, seria ao próprio órgão acusatório, jamais à defesa, e, portanto, não poderia ser por esta invocado, porquanto, segundo o que dispõe o art. 565 do CPP, “Nenhuma das partes poderá arguir nulidade [...] referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse”. De mais a mais, as modificações introduzidas pela Lei n. 11.690/2008 ao art. 212 do CPP não retiraram do juiz a possibilidade de formular perguntas às testemunhas, a fim de complementar a inquirição, **na medida em que a própria legislação adjetiva lhe incumbe do dever de se aproximar o máximo possível da realidade dos fatos (princípio da verdade real e do impulso oficial), o que afasta o argumento de violação ao sistema acusatório.** Na hipótese em análise, a oitiva das testemunhas pelo magistrado, de fato, obedeceu à exigência de complementaridade, nos termos do que determina o art. 212 do CPP, pois somente ocorreu após ter sido registrada a ausência do *Parquet* e dada a palavra à defesa para a realização de seus questionamentos. Vale ressaltar, ainda, que a jurisprudência do STJ se posiciona no sentido de que eventual inobservância ao disposto no art. 212 do CPP gera nulidade meramente relativa, sendo necessário, para seu reconhecimento, a alegação no momento oportuno e a comprovação do efetivo prejuízo (HC 186.397-SP, Quinta Turma, DJe 28/6/2011; e HC 268.858-RS, Quinta Turma, DJe 3/9/2013). Precedentes citados: AgRg no REsp 1.491.961-RS, Quinta Turma, DJe 14/9/2015; e HC 312.668-RS, Quinta Turma, DJe 7/5/2015. REsp 1.348.978-SC, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Rel. para acórdão Min. Nefi Cordeiro, julgado em 17/12/2015, DJe 17/2/2016. ⁴⁹ [grifado por mim]

Citando diversos precedentes do próprio STJ, em decisões de *habeas corpus*, agravo regimental e recurso especial, o informativo jurisprudencial consolida o entendimento do Tribunal em relação a duas teses: qualifica a ausência do Ministério Público na audiência penal como nulidade relativa e afirma a legalidade da inquirição de testemunhas pelo magistrado. A combinação destas duas teses justifica a inquirição das testemunhas pelo juiz mesmo na ausência no órgão acusatório na audiência.

Para convalidar a ausência do Ministério Público na audiência penal, o STJ argumenta que esta irregularidade tem natureza de nulidade relativa, por isso deveria ter a defesa se insurgido em tempo oportuno e demonstrado o efetivo prejuízo desta ausência. Entretanto, na continuidade de seu

49 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo jurisprudencial n° 0577**. Brasília, DF, 2016. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD='0577'>> pág. 17. Acesso em 03/10/2016.

raciocínio, a Corte alega que qualquer prejuízo da ausência do *Parquet* na audiência penal só afetaria ao próprio órgão, o que impossibilitaria a defesa de arguir a nulidade deste ato, conforme art. 565 do Código de Processo Penal.

Quanto à segunda tese, a Corte elenca três argumentos. Primeiramente, sustenta que mesmo as recentes alterações no Código de Processo Penal mantiveram a capacidade do magistrado de realizar perguntas para as testemunhas, para complementar a inquirição. A legalidade do procedimento está, portanto, resguardada, segundo o Tribunal.

A atuação judicial complementar na inquirição de testemunhas, conforme permitida na lei, é justificado pelo STJ com argumento explicitamente inquisitivo, afirmando que a legislação incumbe ao juiz o dever impulsionar o processo para se aproximar o máximo possível da realidade dos fatos. A Corte ainda afirma que o juiz de primeira instância atendeu à exigência de complementaridade na sua inquirição, porque apenas o fez para substituir a ausência do Ministério Público e esclarecer dúvidas que ainda persistiam mesmo com a inquirição da defesa.

Ainda argumenta que mesmo se houvesse violação ao art. 212, a jurisprudência do STJ considera a nulidade meramente relativa. Portanto, além do requisito de arguir a nulidade em tempo oportuno, caberia também a defesa provar o efetivo prejuízo causado pela atividade probatória complementar do juízo.

O Superior Tribunal de Justiça, neste informativo jurisprudencial, afirma categoricamente que a busca pela verdade real é um princípio norteador do processo penal, permitindo as iniciativas probatórias do juiz que resultaram nas condenações do réus nos casos concretos. Entretanto, os argumentos da Corte, tão próximos da lógica inquisitiva, não estão em sintonia com a mais moderna doutrina processual penal, em uma série de pontos.

O princípio constitucional do contraditório estabelece um processo penal entre partes. Para tal, as partes, tanto acusação como defesa, devem ter o protagonismo na impulsão do processo, especialmente no momento de produção de provas. A ausência do Ministério Público na audiência penal não gera prejuízos apenas ao próprio órgão, mas a própria estrutura do processo. A defesa tem interesse direto que os argumentos e as provas que justifiquem a tese acusativa sejam desenvolvidas exclusivamente pelo titular da ação penal, para que a paridade entre as partes seja preservada. O professor Tourinho leciona sobre a matéria:

“Sendo o órgão do Ministério Público o titular da ação penal pública, seu comparecimento em todos os seus termos é obrigatório. Acusador e defensor devem estar presentes em todos os atos do processo. O princípio do contraditório exige a presença de ambos. Realizado o ato sem a presença do Ministério Público, a nulidade é insanável. Se por acaso o Ministério Público não comparecer à realização do ato, cumprirá ao Juiz, a quem cabe prover à regularidade do processo, comunicar o fato ao seu substituto legal para que ele participe da audiência. Não logrando êxito, deverá re-designar a audiência, transmitindo o fato à própria Procuradoria-Geral de Justiça. A presença, pois, do Ministério Público, em todos os termos da ação por ele intentada, é de rigor, sob pena de nulidade.”⁵⁰

A Corte faz menção explícita ao princípio do impulso oficial no processo penal, para justificar a faculdade do magistrado na produção de prova. Este entendimento está em conflito direto com a mais moderna doutrina, que discorda da possibilidade de existência de tal princípio dentro de um sistema acusativo. Em sua lição, o professor Aury Lopes argumenta:

“Como decorrência do sistema acusatório anteriormente explicado e para garantia da imparcialidade (princípio supremo do processo), a inércia da jurisdição significa que o poder somente poderá ser exercido pelo juiz mediante prévia invocação. Vedada está a atuação *ex officio* do juiz (daí o significado do adágio *ne procedat iudex ex officio*). Com isso, a jurisdição somente se põe em marcha quando houver uma prévia invocação – declaração petitoria – feita por parte legítima.”⁵¹

No caso concreto em análise pelo informativo jurisprudencial, a inquirição das testemunhas pelo juiz não se trata de complementação da atividade das partes, mas de substituição do órgão acusatório ausente na audiência penal. Este é um flagrante desvio do princípio da imparcialidade, pois o magistrado, ao tentar suprir a produção de provas que sustente a tese acusativa, toma para si atribuição própria da acusação.

De toda forma, a inquirição do magistrado serve para superar dúvidas que não foram sanadas pela inquirição das partes. Ao tratar a dúvida como motivo para permitir a inquirição do juiz, a Corte ignora o princípio processual penal *in dubio pro reo*, em prejuízo da defesa. O art. 386, inciso VII do Código de Processo Penal dispõe que a insuficiência de provas da tese de acusação enseja na absolvição do réu, mas o STJ afirma neste informativo jurisprudencial que a insuficiência de provas pode ser sanada pela atividade complementar do juízo na produção de provas, para satisfazer a busca pela verdade real.

Por fim, ao analisar este informativo jurisprudencial, que consolida o entendimento do STJ favorável à inquirição de testemunhas pelo juiz na ausência do Ministério Público, concluímos que

50 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal comentado**. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 258.

51 LOPES JR., Aury. op. cit., p. 429.

o STJ encampou a tese da existência do princípio da verdade real,

Quando o STJ argumenta que “*a própria legislação adjetiva lhe incumbe do dever de se aproximar o máximo possível da realidade dos fatos (princípio da verdade real e do impulso oficial), o que afasta o argumento de violação ao sistema acusatório*”, opera-se uma inversão na hierarquia jurídica. Segundo a Corte, a permissão da legislação afastaria a violação ao sistema acusatório, quando na verdade se trata de violação legal ao sistema acusatório.

A inquirição de testemunhas pelo juiz é permitida pelo Código de Processo Penal, no parágrafo único do art. 212, para complementar pontos não esclarecidos. Entretanto, o STJ extrapolou a previsão legal ao defender a legalidade da inquirição do juiz na ausência do órgão de acusação, justificando o ato porque supostamente aproximou o juiz ao máximo da realidade dos fatos. Assim, a exceção legal é expandida até subverter a estrutura acusativa do processo.

Deve-se lembrar que o informativo jurisprudencial nº 0577 foi publicado em março de 2016, demonstrando que ainda hoje o Superior Tribunal de Justiça defende a existência do princípio da verdade real no processo penal. Ainda que não constitua repositório oficial de jurisprudência, o informativo revela a tese firmada pelo tribunal em acórdãos publicados recentemente.

8.3. O Habeas Corpus 373.836/SP

Também analisaremos um julgado recente do STJ, o Habeas Corpus 373.836/SP, impetrado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo em favor de Anderson Ribas de Oliveira, julgado no dia 25 de outubro de 2016:

“PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. NEGATIVA DE OITIVA DE TESTEMUNHAS. PEDIDO EXTEMPORÂNEO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA VALORADA NEGATIVAMENTE. PATAMAR DESPROPORCIONAL. ADEQUAÇÃO. REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). CONCURSO MATERIAL DE CRIMES. PENA SUPERIOR A 8 ANOS. ART. 111 DA LEP. CRITÉRIO IDÔNEO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. A decisão pela oitiva de qualquer testemunha é discricionária do julgador, devendo ser considerada a necessidade da prova para **a busca da verdade real**. Assim, se a instância

ordinária não constatou a necessidade de oitiva das testemunhas indicadas a destempo, para a formação de seu convencimento, não há que se falar em cerceamento de defesa. Outrossim, só se declara nulidade quando evidente, de modo objetivo, efetivo prejuízo para o acusado (art. 563 do CPP), o qual não restou evidenciado neste caso.

3. É facultado ao magistrado o indeferimento, de forma fundamentada, das providências que julgar protelatórias, irrelevantes ou impertinentes, devendo a sua imprescindibilidade ser devidamente justificada pela parte, o que não se verifica ter ocorrido na hipótese.

4. No termos do art. 42 da Lei n. 11.^{343/2006}, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as circunstâncias judiciais estabelecidas no art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no *quantum* aplicado.

5. Hipótese em que a Corte *a quo*, ao considerar como desfavoráveis apenas a quantidade e a natureza da droga apreendida (8 kg de *crack* e 4 kg de cocaína), exasperou a pena-base em $\frac{2}{3}$ (dois terços), fixando-a em 8 anos e 4 meses, o que se mostra desproporcional, haja vista que nenhuma outra circunstância judicial foi valorada negativamente, impondo-se o redimensionamento do aumento da pena inicial para $\frac{1}{3}$ (6 anos 8 meses de reclusão).

6. Reconhecido o concurso material de crimes, fica a pena definitiva do paciente em 10 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão, mais pagamento de 788 dias-multa, e 3 meses de detenção, como incurso nos arts. 33, *caput*, da Lei n. 11.^{343/2006}, e 333 e 307, ambos do Código Penal.

7. Resultando o somatório da pena num *quantum* superior a 8 anos de reclusão, o regime inicial fechado é o adequado para a prevenção e reparação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "a" do Código Penal, *c/c* o art. 111, *caput*, da LEP, inalterado o regime quanto ao delito de falsa identidade.

8. É inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, diante do *quantum* de pena aplicada, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

9. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena-base fixada e redimensionar a pena pelo delito de tráfico de drogas para 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão, mais pagamento de 777 dias-multa, ficando a reprimenda final em 10 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão, mais pagamento de 788 dias-multa, em regime fechado.”⁵²

Trata-se de um caso penal na qual a acusação denuncia o réu pelos crimes de tráfico de drogas, falsa identidade e corrupção ativa. Na sentença penal redigida pelo juízo de primeira instância, o réu foi condenado e teve a pena fixada 27 anos de reclusão e de 1 ano de detenção, em regime fechado, e ao pagamento de 1.560 dias-multa, pela prática dos delitos previstos nos arts. 33, *caput*, da Lei n. 11.^{343/2006}, 333 e 307, ambos do Código Penal, na forma do art. 69 do CP. Em segunda instância, o Tribunal Estadual de São Paulo deu provimento parcial ao apelo defensivo, para reduzir a pena do paciente para 12 anos e 20 dias de reclusão, em regime fechado, e para 3 meses de detenção, em regime semiaberto, mais pagamento de 982 dias-multa. A petição protocolada no STJ em favor do réu tinha como pedido a reforma da reprimenda, alegando desproporcionalidade do cálculo da pena, e, subsidiariamente, que fosse reconhecido o cerceamento de defesa pelo juízo de origem, ao indeferir injustificadamente a prova testemunhal requerida pela Defensoria.

52 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. HC 373.836/SP. Paciente: Anderson Ribas de Oliveira e Autoridade Coatora: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Ribeiro Dantas. Data da publicação do acórdão: 9 de novembro de 2016. Acesso em: 22/10/2016. Disponível: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1550473&num_registro=201301797402&data=20161109&formato=HTML

No acórdão, o STJ rejeitou o argumento de cerceamento de defesa e concedeu, parcialmente, a reforma do cálculo da pena. A seção mais pertinente deste caso penal para este estudo está nos argumentos formulados pelo Superior Tribunal de Justiça quanto a denegação do pedido de reconhecimento de cerceamento da defesa pelo indeferimento da testemunha. Ao se debruçar sobre este pedido nos itens 2 e 3 da ementa, o STJ condiciona o deferimento da oitiva das testemunhas arroladas pelo réu ao juízo discricionário do magistrado quanto à necessidade da prova para a formação de seu convencimento. O réu, por sua vez, caso se sinta prejudicado pela decisão interlocutória, precisa se insurgir contra a mesma em recurso, provando o prejuízo efetivo gerado pela decisão.

Quando o magistrado se julga ciente de todos os elementos fáticos do caso penal, antes mesmo de ouvir as testemunhas apresentadas pela defesa, classificando-as como desnecessárias ao processo, isso significa que seu processo de convencimento aconteceu para além do contraditório judicial. Sob o pretexto de já ter alcançado a verdade real, o magistrado alega que os atos de defesa do réu são meramente protelatórios, irrelevantes ou impertinentes. Além disso, a demonstração do prejuízo do indeferimento da oitiva das testemunhas se torna desnecessária, pois a própria condenação do réu já é uma consequência prejudicial do cerceamento de defesa. Novamente, observa-se a busca pela verdade real como justificativa para a restrição de direitos de defesa e participação do réu.

8.4. O Habeas Corpus 363.144/MG

Outro acórdão que servirá como base para a análise jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça será o HC 363.144/MG.

“HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. SÚMULA N. 691 DO STF. SUPERAÇÃO. PRISÃO PREVENTIVA. ART. 312 DO CPP. PERICULUM LIBERTATIS BASEADO EM ELEMENTOS CONCRETOS. INDICAÇÃO NECESSÁRIA. AUSÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. ORDEM CONCEDIDA. 1. A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que a determinação de segregar o réu, antes de transitada em julgado a condenação, deve efetivar-se apenas se indicada, em dados concretos dos autos, a necessidade da cautela (periculum libertatis), à luz do disposto no art. 312 do CPP. 2. O Magistrado de primeiro grau entendeu devida a prisão preventiva da paciente, em razão do 'risco d[e] a representada, em liberdade, atuar junto às testemunhas e corréus para interferir na busca da **verdade real** sobre os fatos narrados na peça acusatória' e também, 'devido à repercussão dos furtos no seio social, especialmente nas comunidades rurais, principais alvos, e a comoção junto a toda a sociedade Carmelitana'. 3. A decisão impugnada deixou de assinalar o que realmente é imprescindível destacar: a necessidade concreta da prisão cautelar, à luz de um prognóstico de periculosidade da liberdade da paciente,

baseado em elementos concretos constantes dos autos. 4. Ordem concedida para, confirmada a liminar que determinou a soltura da paciente, cassar a decisão que decretou a sua prisão preventiva, sem prejuízo de fixação de medida cautelar alternativa, nos termos do art. 319, c/c o art. 282 do Código de Processo Penal, mediante idônea fundamentação.”⁵³

A posição do STJ nesse julgado converge com a posição tomada pelo STF no HC 113.716/RJ, já abordado neste estudo. Em ambos os casos, os juízes de origem decretam a prisão preventiva por interesse da investigação criminal, sob o argumento que a investigação não pode ser importunada pela liberdade do réu.

Ainda que a redação do art. 282, inciso I do Código de Processo Penal permita a prisão cautelar para a necessidade da investigação e instrução criminal, toda decisão judicial precisa ser fundamentada de acordo com o caso concreto. O juiz ainda precisa demonstrar o prejuízo direto causado pelo réu às fontes de prova, não por mera conveniência. O STJ acerta em sua decisão, derrubando a decisão que decretou a prisão preventiva por vício de fundamentação.

Neste julgado, o STJ assume uma posição mais garantista, exigindo do juizado de origem limites para a persecução da verdade, como a fundamentação das decisões. Entretanto, não se trata de um realinhamento teórico no sentido de se afastar da concepção da verdade real, apenas de impor garantias mínimas de defesa frente à marcha da investigação.

8.5. Conclusão sobre o posicionamento do STJ

Ao término de nossa análise jurisprudencial sobre a posição do Superior Tribunal de Justiça quanto ao conceito de verdade adotado no processo penal, concluímos que o posicionamento do Tribunal da Cidadania ainda é dirigido pelo pensamento inquisitivo que inspirou a confecção do atual Código de Processo Penal. A Corte aceita, explicitamente, o argumento que a busca pela verdade real é um dos fundamentos do processo penal, e o juiz, justificado por essa investigação, pode tomar medidas como a inquirição de testemunhas na ausência do Ministério Público (caso do informativo nº 0577) ou recusar a oitiva de testemunhas de defesa por discricionariedade do juízo (caso do HC 373.836/SP). Ainda que o Superior Tribunal de Justiça celebre algumas garantias acusatórias, como a fundamentação das decisões judiciais (caso do HC 363.144/MG), o motor do processo permanece sendo a busca pela verdade real.

53 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. HC 363.144/MG. Paciente: Katia Aparecida Barbosa e Autoridade Coatora: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz. Data da publicação do acórdão: 3 de outubro de 2016. Acesso em: 22/10/2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/componente=ITA&sequencial=1535368&num_registro=201601872113&data=20161003&formato=PDF

A raiz desta tendência inquisitiva está na manutenção do atual panorama legislativo. A estrutura processual, conforme a arquitetura do Código de Processo Penal, ainda permite que o juiz seja o gestor do procedimento de produção de provas, para a conveniência da investigação da verdade real. Em momento algum a Corte adentra no tema da constitucionalidade desses artigos que prevêm medidas de natureza inquisitória, afirmando apenas que estes dispositivos permanecem na legislação nacional, e portanto, cobertos pelo princípio da legalidade.

Este posicionamento é bastante débil. O necessário cotejo entre a legislação ordinária e os princípios constitucionais deveria afastar a gestão da prova das mãos do juiz, entretanto se observa o oposto na prática: a preservação do comando de busca da verdade real em favor da eficácia da persecução penal e em detrimento das garantias processuais. A consequência da aplicação acrítica destes dispositivos é o encobrimento, com o manto da legalidade, das corrosões aos direitos de contraditório e defesa do réu no processo penal brasileiro.

9. PROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL (PLS 156/09)

9.1. Motivos para a reforma do Código de Processo Penal

Mesmo após sucessivas alterações na última década, o atual Código de Processo Penal ainda sofre diversas críticas da doutrina contemporânea. O decreto-lei 3.689 foi publicado no dia 3 de outubro de 1941, durante o governo ditatorial de Getúlio Vargas conhecido como Estado Novo. A atmosfera política da época ensejava uma legislação que fosse permissiva com os abusos de poder cometidos pelo aparato repressivo do Estado, seja para dissolver resistências políticas ao regime ou como forma de administração policial da pobreza. Frisa-se que esta peça legislativa não foi redigida por um parlamento, mas sim decretada pelo chefe do Poder Executivo de um regime autoritário, evidenciando suas características anti-democráticas até no seu procedimento legislativo. A dissonância entre os princípios que inspiraram a criação do Código e a atual configuração constitucional do processo penal se torna cada vez mais insustentável.

Dentro deste contexto, algumas iniciativas legislativas começaram a ser discutidas a fim de elaborar um novo Código de Processo Penal. Assim, do fruto do esforço conjunto do Senado Federal e dos melhores juristas na dogmática processual penal, confeccionou-se o Projeto de Lei do Senado 156/2009. Já aprovado no Senado, este projeto pretende reformular profundamente a legislação processual penal brasileira, da cadeia de princípios até a criação de novas figuras processuais, como o juiz de garantias. O projeto, ao ser recebido pela Câmara dos Deputados, foi renomeado Projeto de Lei n. 8045/2010 e ainda encontra-se sob deliberação desta Casa. Entretanto, analisaremos aqui o projeto tal como aprovado pelo Senado⁵⁴.

A principal intenção na formulação deste novo Código de Processo Penal é adequar a legislação ordinária com as garantias e direitos fundamentais celebrados pela Constituição Federal.

54 BRASIL. Redação final do Projeto de Lei do Senado 156/2009. Acesso em: 22 de novembro de 2016 Disponível: <http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=85509&tp=1>

Na exposição de motivos do anteprojeto, os elaboradores do texto legislativo afirmam:

“A incompatibilidade entre os modelos normativos do citado Decreto-lei no 3.689, de 1941 e da Constituição de 1988 é manifesta e inquestionável. E essencial. A configuração política do Brasil de 1940 apontava em direção totalmente oposta ao cenário das liberdades públicas abrigadas no atual texto constitucional. E isso, em processo penal, não só não é pouco, como também pode ser tudo. O Código de 1941, anunciava em sua Exposição de Motivos que *'...as nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade...'*. Ora, para além de qualquer debate acerca de suposta identidade de sentido entre garantias e favores, o que foi insinuado no texto que acabamos de transcrever, parece fora de dúvidas que a Constituição da República de 1988 também estabeleceu um seguro catálogo de garantias e direitos individuais (art. 5º).”⁵⁵

Considerando a intenção de compatibilizar a legislação processual penal com a Constituição Federal, será estudado qual proposta jurídico-filosófica em torno do conceito de verdade que este projeto pretende adotar. Isto se dará através da análise dos artigos mais relevantes em torno dos princípios adotados pelo novo código, do procedimento de investigação e da gestão probatória.

9.2. Os princípios adotados pelo projeto

Já no seu primeiro título, que trata dos princípios fundamentais do processo penal, o projeto homenageia a estrutura acusatória e baliza a atuação do juiz e a gestão da prova no processo:

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

A vedação da iniciativa judicial na fase de investigação e vedação da substituição da atuação probatória do órgão de acusação possuem especial relevância para o entendimento do conceito de verdade no processo penal que este projeto pretende adotar.

A limitação da iniciativa do juiz é uma limitação na sua capacidade de buscar a verdade por meios próprios, tornando-o assim depende da atividade probatória em juízo das partes. Ao proibir a atuação do juiz na fase de investigação, a estrutura processual favorece uma figura judicial mais inerte, que não tem como atribuição de cooperar na busca pelos fatos relevantes à investigação criminal, mas sim de garantir a legalidade dos atos praticados pela autoridade competente.

55 BRASIL. Exposição de Motivos do Anteprojeto do Projeto de Lei do Senado 156/2009. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/58503.pdf> . Acesso em: 22 de novembro de 2016.

A vedação da substituição da atuação probatória do órgão de acusação segue o mesmo raciocínio, ou seja, reduzir a iniciativa judicial em favor da iniciativa das partes. Ao definir a exclusividade da acusação para a produção de provas, pretende-se evitar qualquer tipo de contribuição externa que possa desequilibrar a paridade de armas entre acusação e defesa.

Portanto, este projeto de novo Código de Processo Penal adota em seus princípios uma postura inequivocamente acusatória, sincronizando os princípios constitucionais, em especial o direito ao contraditório, e os princípios celebrados no texto legislativo. A averiguação da verdade fica submetida às regras procedimentais que prestigiam a atuação probatória das partes, característica fundamental da investigação norteada pela composição da *verdade formal* no processo penal.

9.3. A investigação criminal

Em seu segundo título, o projeto se dedica a regulamentar a investigação criminal. Como tratamos previamente, os atos de investigação e os atos de prova são substancialmente distintos, mas ambos contribuem com a coleta de informações sobre a existência de fatos, e conseqüentemente, são atingidos pela disputa entre as propostas epistemológicas.

Art. 11. É garantido ao investigado e ao seu defensor acesso a todo material já produzido na investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento.
Parágrafo único. O acesso a que faz referência o caput deste artigo compreende consulta ampla, apontamentos e reprodução por fotocópia ou outros meios técnicos compatíveis com a natureza do material.

Ainda que o inquérito tenha natureza jurídica claramente distinta do processo penal, o investigado precisa ser protegido com garantias mínimas contra a arbitrariedade do aparato policial estatal. A ciência dos atos de investigação é o fundamento básico para que o acusado possa montar uma defesa adequada. Como alertam os professores Alexandre Morais da Rosa e Salah Hassan Khaled Jr. “muitos ainda são seduzidos pela ideia de que tudo deve transcorrer em absoluto segredo, como se o investigado/indiciado fosse um estorvo indesejado: um mero detalhe em sua própria perseguição penal”⁵⁶. Daí a relevância desta garantia democrática de forma tão nítida no texto da legislação.

56 DA ROSA, Alexandre Morais; KHALED JR., Salah Hassan. O oculto inquisitório e o inquérito policial como monumento. In: PRADO, Geraldo; CHOUKR, Ana Cláudia Ferigato; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (org.). **Processo Penal e Garantias**: Estudos em homenagem ao professor Fauzi Hassan Choukr. 2ª Edição ampliada e revisada. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 57.

Art. 12. É direito do investigado ser ouvido pela autoridade competente antes que a investigação criminal seja concluída.

Parágrafo único. A autoridade tomará as medidas necessárias para que seja facultado ao investigado o exercício do direito previsto no caput deste artigo, salvo impossibilidade devidamente justificada.

Este artigo consolida outra garantia típica do sistema acusatório. A oportunidade de ser ouvido pela autoridade competente dá ao investigado a possibilidade de contribuir com suas informações sobre o caso penal e influenciar os rumos da investigação. Desta forma, o réu sai da condição de mero objeto da investigação para participe, promovendo uma construção dialética dos elementos informativos da investigação pré-processual.

Art. 13. É facultado ao investigado, por meio de seu advogado, de defensor público ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas.

Ainda durante a investigação, o acusado pode começar a realizar diligências defensivas de iniciativa própria, identificando fontes de prova em favor de sua defesa e entrevistando pessoas. Isto significa um aprofundamento das capacidades de intervenção do réu na investigação, identificando fontes de prova úteis à defesa e entrevistando pessoas.

Do art. 14 ao art. 17, o projeto apresenta uma nova figura na investigação criminal, o juiz de garantias. Trata-se de uma figura processual presente nos ordenamentos jurídicos de outros países do mundo, como Itália, Chile e Paraguai. De forma concisa, a explanação dos professores André Machado Maya e Nereu José Giacomolli elucida quanto às atribuições e competências do juiz de garantias na estrutura processual do anteprojeto:

“Na sistemática proposta pelo Projeto de Lei 156/2009, o juiz de garantias será competente para decidir sobre a adoção ou não de qualquer medida restritiva de direitos do investigado, bem como pela homologação ou não do flagrante delito. Será o juiz de garantias, também, a competência de resolver quaisquer questões que versem sobre o *status libertatis* do investigado e sobre requerimentos de produção antecipada de provas. Em uma interpretação combinada com o disposto no artigo 4º do mesmo projeto, ao juiz de garantias é vedada a iniciativa e a substituição probatória do órgão de acusação, sendo-lhe, porém, permitida a iniciativa apenas para fazer cessar eventual medida restritiva de direitos e garantias do investigado, pois esse é justamente o mote da sua existência.

[...]

A adoção do juiz de garantias, sob essa perspectiva, ao estabelecer a competência para julgamento a magistrado distinto do que atuou na investigação, contribui à maximização da garantia de imparcialidade. Não se trata, no ponto, de limitar a formação do convencimento jurisdicional ao momento da sentença, mas, sim, de assegurar que seja ele formado pelas provas produzidas no espaço público do contraditório, que a instrução processual propriamente dita se inicie com as partes em condições efetivas de igualdade, e que o magistrado não inicie a instrução processual já com pré-juízos gerados pela sua atuação na fase pré-processual. Essa a principal contribuição do juiz de garantias à atual sistemática

brasileira.”⁵⁷

No caso dos atos de investigação, até mesmo o controle de legalidade que o juiz precisa exercer já resulta em um contato antecipado com elemento informativo que está sendo produzido. Assim, o convencimento do juiz quanto aos fatos do caso penal começa a ser formado fora do contraditório judicial. Esta é a principal crítica ao critério de competência do juiz pela prevenção instituído pela redação do vigente Código de Processo Penal. Por força do art. 83, o magistrado que houver praticado algum ato no curso da investigação, mesmo antes da propositura da ação penal, fica vinculado a julgar o mérito do processo. Ainda que ambos busquem colher elementos informativos acerca do caso penal, cabe ressaltar as diferenças entre o valor epistêmico dos atos de investigação e os atos de prova:

“Atendendo a sua natureza jurídica e estrutura, esses atos praticados e os elementos obtidos na fase pré-processual devem acompanhar a ação penal apenas para justificar o recebimento ou não da acusação. É patente a função endoprocedimental dos atos de investigação. Na sentença, só podem ser valorados os atos praticados no curso do processo penal, com plena observância de todas garantias.”⁵⁸

Esta distinção entre atos de investigação e atos de prova e suas dimensões epistemológicas justificam o repartimento da presidência do processo penal entre o juiz de garantias e o juiz de mérito. Caberá ao juiz das garantias, informado pelos atos de investigação, julgar as decisões interlocutórias na fase pré-processual, enquanto o juiz principal irá se debruçar sobre o mérito da ação penal, informado exclusivamente pelos atos de prova produzidos em contraditório judicial da fase processual.

9.4. A gestão da prova

Como já foi extensamente abordado nesse estudo, no procedimento de produção de prova que se encontra o cerne da disputa epistemológica entre os conceitos de *verdade real* e *verdade formal*. Analisaremos aqui os artigos que regulam as disposições gerais sobre o procedimento de produção de prova.

Art. 165. As provas serão propostas pelas partes.
Parágrafo único. Será facultado ao juiz, antes de proferir a sentença, determinar diligências para esclarecer dúvida sobre a prova produzida por qualquer das partes.

A redação do caput do artigo é bastante clara quanto ao protagonismo na produção de prova,

57 Ibid., p. 127.

58 LOPES JR., Aury. op. cit., p. 253.

celebrando assim uma estrutura procedimental da gestão da prova que esteja nas mãos das partes, na esteira do sistema acusatório no qual este anteprojeto se filia. Encerra-se assim a possibilidade presente no atual Código de Processo Penal do magistrado produzir provas de ofício, até mesmo antes do estabelecimento da relação processual.

Entretanto, o parágrafo único do mesmo artigo atribui ao juiz a faculdade de determinar diligências para esclarecer dúvida sobre uma prova já produzida por uma das partes. Com certeza, trata-se de uma mitigação no princípio de inércia do magistrado. Válido ressaltar que o juiz, sob hipótese alguma, pode produzir uma nova prova de ofício, para além daquelas produzidas pelas partes. Ainda sim, esta abertura providencia um canal para a atividade de instrução do magistrado, sob o velho argumento também presente no Código vigente, de complementação e elucidação de dúvidas.

Art. 168. O juiz formará livremente o seu convencimento com base nas provas submetidas ao contraditório judicial, indicando na fundamentação todos os elementos utilizados e os critérios adotados, resguardadas as provas cautelares, as não repetíveis e as antecipadas.
§ 1º A existência de um fato não pode ser inferida de indícios, salvo quando forem graves, precisos e concordantes.

Neste artigo, são celebrados e entrelaçados dois princípios constitucionais de suma importância para a produção de provas no processo penal, o princípio do contraditório e o da motivação das decisões judiciais. Pode-se afirmar que a exigência da fundamentação da sentença penal pelos elementos produzidos em contraditório judicial, conforme redação do caput do artigo, sugere a adoção da *verdade formal* como parâmetro epistemológico do processo, ainda que não escrito explicitamente.

A redação proposta pelo projeto aprofunda a separação dos atos de investigação e atos de prova, não permitindo que estes sirvam, sob qualquer hipótese, à fundamentação da sentença penal. Na redação do artigo correlato no atual Código de Processo Penal, o juiz poderia fundamentar sua decisão também nos atos de investigação, desde que não se fundamentasse exclusivamente nestes. Ao excluir os atos de investigação do processo de convencimento do juiz, o projeto reforça o contraditório judicial, e conseqüentemente, uma verdade que seja produzida pela forma dos atos das partes. O projeto mantém inalterada a previsão da utilização das provas cautelares, as não repetíveis e as antecipadas na fundamentação judicial, porém elas não podem ser requeridas de ofício e são apreciadas pelo juiz de garantias.

O parágrafo primeiro destoa da redação do caput, ao permitir que indícios sejam usados para provar fatos “graves, precisos e concordantes”. A imprecisão destes termos pode ensejar uma aplicação indevida do dispositivo, possibilitando uma crescente utilização do artigo para contornar o ônus da prova que cabe à acusação.

Também é válido destacar os demais artigos referentes as disposições gerais do procedimento de produção de prova. O art. 166 define que a admissão das provas será realizada pelo juiz, vedadas aquelas proibidas por lei e as manifestamente irrelevantes ou protelatórias. A vedação constitucional às provas ilícitas e delas derivadas é reproduzida no art. 167. Por fim, o art. 169 prevê a admissão de prova emprestada de processos judiciais ou administrativos, desde que tenha participado do contraditório aquele contra quem a prova é produzida. Entretanto, é possível encontrar um artigo relevante à produção de prova em outra parte do projeto:

Art. 394. Se a verificação de qualquer fato, reconhecida como essencial para o julgamento da causa, não puder ser realizada imediatamente, o juiz presidente dissolverá o Conselho de Sentença e ordenará a realização das diligências entendidas necessárias.

Parágrafo único. Se a diligência consistir na produção de prova pericial, o juiz presidente, desde logo, nomeará perito e formulará quesitos, facultando às partes também formulá-los e indicar assistentes técnicos, no prazo de 5 (cinco) dias.

Nas disposições sobre o funcionamento do júri, o art. 394 é bastante permissivo quanto a iniciativa judicial, possibilitando ao juiz ordenar a realização de diligências para verificar fatos considerados essenciais para o julgamento da causa. A redação do parágrafo único especifica que o juiz pode produzir prova pericial, nomeando perito e formulando quesitos. Ainda que este artigo esteja inserido no procedimento do Tribunal do Júri, esta atribuição probatória ao juiz coaduna com a busca pela verdade real, em contradição com o espírito do projeto.

9.5. Conclusão sobre o projeto PLS (156/09)

O esforço para a criação deste texto legislativo possui um objetivo significativo, a compatibilização da legislação ordinária e as normas constitucionais em matéria de processo penal. A dissonância entre atual Código de Processo Penal e a Constituição Federal é insustentável em uma sociedade democrática. Como o professor Geraldo Prado nos recorda, “não por acaso o Brasil resiste como um dos poucos Estados da América do Sul a ter ultrapassado a fase de transição democrática sem ter editado um novo Código de Processo Penal em seguida à sua Constituição”⁵⁹. Portanto, é bem recebida a proposta legislativa.

59 PRADO, Geraldo. op. cit. p. 141.

Destarte, o anteprojeto proporciona um giro paradigmático, ao adotar em seus princípios a filiação expressa com o sistema acusatório. Trata-se de um importante passo para a harmonização entre os princípios constitucionais e legais.

Dentre as novidades, o surgimento da figura do juiz de garantias é uma das mais benéficas. A fase de investigação pré-processual, onde os características inquisitórias são ainda mais predominantes, não pode ser supervisionada pelo juiz que proferirá a sentença penal. Neste momento, ao realizar o controle de legalidade dos atos de investigação, o juiz entra em contato com os elementos informativos do caso penal antes do processo penal estar instaurado. A rígida separação entre atos de investigação e atos de prova preserva a consciência do juiz para o convencimento em contraditório judicial.

Entretanto, quanto à gestão da prova, o anteprojeto merece alguns reparos. Ainda que seja sensível a evolução comparado ao Código vigente, em termos de aproximação com a estrutura constitucional, o projeto é hesitante quanto à proibição completa da atividade probatória do magistrado. Dispositivos como o parágrafo único do art. 165, ou o art. 394, reinserem no projeto de lei esta possibilidade, sob o pré-requisito da complementaridade. A prática forense mostra que este pré-requisito é facilmente corrompido em nome da busca pela verdade real. Tais previsões deveriam ser extintas, em nome da concretização efetiva do sistema acusatório.

Trata-se de uma oportunidade histórica para o processo penal brasileiro finalmente abandonar a busca pela verdade real como fundamento do processo e adotar a composição da verdade formal. Ainda que este projeto apresente algumas contradições internas, que precisam ser solucionadas, são dados passos largos em sentido da harmonização da Constituição Federal e da legislação ordinária, ambas regidas pelo sistema acusatório.

10. CONCLUSÃO

Todo caso penal envolve a qualificação jurídica de um fato concreto. A correção desta qualificação jurídica dependerá, portanto, da exata descrição dos elementos fáticos juridicamente relevantes. Por isso, uma parte essencial da jurisdição no processo penal é a definição da situação ocorrida e a confirmação de sua veracidade. Esta é a função da atividade probatória, que introduz no processo os elementos informativos que pretendem demonstrar a existência dos acontecimentos alegados pelas partes.

Entretanto, diversos questionamentos jurídicos e filosóficos precisam ser travados acerca da tarefa de reconstituir a verdade sobre os fatos nos autos do processo. Como deve ser a estrutura do procedimento de produção de prova? Qual deve ser o papel do juiz diante da investigação pela verdade? Como conciliar a eficiência da investigação com os direitos de defesa do acusado? Duas propostas antagônicas surgem para conceituar a verdade e delimitar os parâmetros de sua busca no processo penal, o conceito de *verdade real* e *verdade formal*. Este confronto sobre o conceito de verdade que atravessa a história do direito processual penal é reflexo do enfrentamento de dois sistemas processuais distintos, o sistema inquisitivo e o sistema acusativo.

O sistema inquisitivo celebra uma verdade real e independente de qualquer interpretação particular, passível de ser conquistada pelos esforços do juiz-inquisidor. Ao tornar a busca pela verdade o fim máximo do processo, o juiz fica incumbido de garantir que a veracidade dos fatos narrados pela denúncia seja descoberta. Para tal, suas atribuições e prerrogativas são expandidas para superar a morosidade ou incapacidade das partes na colheita dos elementos de prova. Entretanto, quando o juiz se dispõe a produzir provas que buscam comprovar a veracidade dos fatos narrados pela denúncia, ele se converte em um auxiliar da acusação. Naturalmente, o juiz pode se convencer que a tese acusativa está errada ou não pode ser provada, entretanto isso somente

acontecerá se sua tentativa de provar a tese acusativa não lograr êxito. Assim, a absolvição se torna o caminho contra-intuitivo no processo inquisitório.

Por outro lado, as ações defensivas do réu, que em regra contradizem a tese acusativa que se busca provar, são encaradas como subterfúgios que atrapalham a investigação da verdade e conseqüentemente o próprio andamento do processo inquisitivo. A partir disto, a estrutura do processo torna-se hostil às intervenções do réu. Uma notável exceção a esta regra é a confissão, ato do réu no qual ele abdica de sua defesa e confirma a tese acusativa, evidenciando que a posição do réu só é relevante quando ela coaduna com sua acusação.

Essa disparidade entre os atores processuais dentro do sistema inquisitivo, que sacrifica a imparcialidade do magistrado e a capacidade de intervenção do réu no processo, suprime qualquer possibilidade de uma defesa efetiva. Tais conseqüências da adoção da busca da verdade real como propósito do processo penal são diametralmente opostas com os princípios adotados pela Carta Magna brasileira, que em art. 5º, inciso LV, dispõe: “*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*”. Por mais que a busca pelo maior número de elementos de prova que auxiliem a solução do caso penal seja algo aparentemente positivo, esta busca é realizada em detrimento dos direitos fundamentais de ampla defesa e do contraditório, marcando negativamente a juridicidade dos procedimentos inquisitórios.

Além disso, não é possível garantir a confiabilidade do processo de investigação inquisitivo. Ao reunir as funções de inquisidor e juiz, o magistrado produz provas que serão usadas para convencer a si próprio, formando uma lógica cíclica, que o leva a buscar provas que confirmem suas crenças e rejeitar informações que contrastem com seu raciocínio. Os elementos de prova obtidos pelo juiz-inquisidor não são submetidos à nenhuma crítica ou contestação, apenas são produzidos, interpretados e apreciados de acordo com a conveniência do magistrado. Sob a estrutura inquisitiva, o processo é epistemologicamente desequilibrado em favor da acusação. Também é esta a conclusão do professor Aury Lopes, que expõe categoricamente as limitações do projeto inquisitivo: “Historicamente, está demonstrado empiricamente que o processo penal, sempre buscou uma 'verdade mais material e consistente' e com menos limitações na atividade de busca, produziu uma verdade de menor qualidade e com pior trato para o acusado.”⁶⁰

60 LOPES JR., Aury. op. cit., p. 521.

Logo, a incompatibilidade do atual ordenamento jurídico brasileiro com a proposta da busca pela verdade real é intransponível. A mitigação do contraditório, o enfraquecimento da ampla defesa, a flexibilização das regras procedimentais não podem ser harmonizadas com os princípios constitucionais que fundamentam o processo penal brasileiro. Politicamente, a busca pela verdade real fortalece a persecução criminal e enfraquece o processo penal enquanto instrumento de combate à arbitrariedade do poder punitivo do Estado. Até hoje, a proposta da busca pela verdade real possui ampla difusão na legislação ordinária e na jurisprudência, marcas persistentes dos períodos autoritários que o Brasil atravessou em sua história. A proposta da busca pela verdade real colabora com o fenômeno do encarceramento em massa, validando inúmeras e sistemáticas violações aos direitos dos réus em prol da cultura da punição.

Alternativamente, o conceito da verdade formal se erige com outro propósito. As garantias e direitos de defesa, aqui, não são aspectos subsidiários do processo penal, mas seu eixo de existência. A forma dialética de intervenção das partes no procedimento de produção de provas é o critério da verdade, no sistema acusativo. Esta forma deve ser organizada em regras procedimentais que garantam a máxima efetividade do direito ao contraditório. A posição do juiz, frente esta estrutura, deve ser de imparcialidade, participando apenas na apreciação e julgamento das teses, sem jamais colaborar para sua produção.

Por fim, concluímos que o conceito de *verdade formal* é superior ao conceito de *verdade real* nas dimensões filosófica, política e jurídica.

Na dimensão filosófica, o conceito de *verdade formal* não recorre a noções absolutas e perfeitas de apreensão da realidade, derivadas da metafísica cristã, como o conceito de *verdade real*. Em oposição, o conceito de *verdade formal* compreende que a capacidade individual de apreensão do mundo é irreal, e portanto apenas através de um processo intersubjetivo e crítico se pode formular bases racionais para o entendimento dos fatos.

Na dimensão política, o conceito de *verdade formal* participa ativamente na construção de um processo penal democrático, que atenda as necessidades contemporâneas de preservação da dignidade humana frente a violência do Estado. O conceito de *verdade real* ainda se encontra perdido no mito do Estado benevolente, que pode acumular todo poder punitivo sem risco de corrupção de seus agentes. Nada mais distante da realidade. O conceito de *verdade formal* institui o controle social das decisões judiciais.

Na dimensão jurídica, o conceito de *verdade formal* pode ser extraído da leitura sistemática da Constituição Federal, através da conjugação dos princípios do contraditório e ampla defesa, imparcialidade e presunção de inocência. O conceito de *verdade real* ainda sobrevive no ordenamento jurídico, a despeito da Carta Magna, por meio da legislação ordinária, em especial do Código de Processo Penal, ecoando o passado autoritário da história brasileira.

11. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Augusto Jobim do. **Política da prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo**. São Paulo: Almedina, 2014.

BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do Processo Penal**. 2ª Ed. São Paulo: Edijur, 2010.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal: Comentários Consolidados e Crítica Jurisprudencial**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Tradutores Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. **Valoração da Prova e Sentença Penal**. Tradutores Lédio Rosa de Andrade, Carmem Freitas e Wilson Demo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LIMA, Marcellus Polastri. **Manual de Processo Penal**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LOPES JR. Aury. **Direito processual penal**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão Penal: A bricolage de significantes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal**. 5a edição. São Paulo: RT, 2014.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 19a ed. São Paulo: Atlas, 2015.

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

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 20a ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SCARANCE FERNANDES, Antonio. **Processo penal constitucional**. 4a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Tradução Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 4 volumes. 35a ed. São Paulo: Saraiva, 2013.