

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E POLÍTICAS - CCJP
CURSO DE DIREITO**

VICTOR MOROZOWSKI GUIMARÃES SOUSA

**A BUSCA DA VERDADE REAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS NO
PROCESSO PENAL**

**RIO DE JANEIRO-RJ
2017**

VICTOR MOROZOWSKI GUIMARÃES SOUSA

**A BUSCA DA VERDADE REAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS NO
PROCESSO PENAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO) como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Simone Schreiber

**RIO DE JANEIRO-RJ
2017**

RESUMO

Nos dias atuais, o Brasil enfrenta uma profunda crise em seu Direito Processual Penal. Não existe sequer unanimidade no Poder Judiciário de qual Sistema atualmente é vigente no Processo Penal. Tal fator é determinante porque influencia diretamente nas normas que podem ou não ser consideradas válidas e aptas a regular o Processo. A crise mencionada tem origem exterior ao direito. Ela, na realidade, é produto de importações e combinações de pensamentos filosóficos ultrapassados. O presente trabalho procura, a partir de um enfoque histórico e filosófico, identificar os problemas que afastam o Processo Penal pátrio de um Processo Penal efetivamente democrático. Os relatos históricos permitem a comparação entre institutos do Processo Penal brasileiro com institutos dos mais variados Modelos Processuais Penais que existiram no passado em diferentes lugares e momentos. Assim, é possível aproximar o modelo brasileiro de um ou outro modelo documentado. A importação de estudos da filosofia para o Processo Penal é essencialmente significativa para o estudo da atuação das partes, principalmente a do juiz, uma vez que este deve manter uma posição totalmente imparcial. Através do estudo de como se dá a compreensão e o contato com o objeto de conhecimento, é possível entender se tal alcance se deu de forma parcial/autoritária/inquisitória ou imparcial/democrática/acusatória. Por fim, o trabalho busca apresentar limites mínimos para a atuação do Poder Judiciário, harmonizando a função jurisdicional penal com um Modelo de Processo Penal democrático e estabelecido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Palavras-chave: Verdade Real. Sistemas Processuais Penais. Paradigmas Filosóficos.

ABSTRACT

In present days, Brazil faces a deep crisis in its Criminal Procedural Law. The Judicial Branch is not even unanimous in defining which Criminal Procedure Model is prevailing nowadays. This factor is decisive because it directly influences the rules that may or may not be considered valid and able to regulate the Criminal Procedure. The mentioned crisis originates outside the law. It is reality the product of imports and combinations of outdated philosophical thoughts. The present work seeks, from a historical and philosophical point of view, to identify the problems that prevent Brazilian Criminal Procedure from being a democratic one. The historical accounts allow the comparison between institutes of the Brazilian Criminal Procedure with institutes of the most diversified Criminal Procedural Models that have existed in the past around different places and moments. Thus, it is possible to approximate the Brazilian model of one or another documented model. The importation of philosophy studies into the Criminal Procedure is essentially significant for the study of the part's behavior, especially the judge one, since it must maintain a totally impartial position. Through the study of how understanding and contact with the object of knowledge occurs, it is possible to understand if such scope has occurred in a partial/authoritarian/inquisitive or impartial/democratic/accusatory way. The study of books and articles helped to elaborate the theoretical part of this work, producing historical knowledge of the Criminal Procedure that existed in different places and periods and of the Philosophical Paradigms that influenced the production of knowledge in different moments of humanity. The analysis of judicial decisions helped to demonstrate how the judges often act conducting the Procedure and in which grounds they are based. Consequently, it is being possible to know which Model such conduits come closest. Finally, this monograph seeks to demonstrate minimum limits for the performance of the Judiciary, harmonizing the criminal judicial function with a Model of Democratic Criminal Procedure and established by 1988 Constitution of Brazil Federative Republic.

Keywords: Absolute Truth. Criminal Procedural Systems. Philosophical Paradigms.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 ANÁLISE HISTÓRICA DOS MODELOS DE PROCESSO PENAL	8
2.1 O SISTEMA ACUSATÓRIO GREGO.....	8
2.2 OS SISTEMAS ROMANOS.....	9
2.3 O SISTEMA GERMÂNICO.....	12
2.4 O APOGEU DA AMBIÇÃO DA VERDADE NO PROCESSO INQUISITÓRIO.....	13
2.5 A EXPANSÃO DO SISTEMA INQUISITÓRIO.....	15
2.6 O SISTEMA ACUSATÓRIO INGLÊS.....	16
2.7 O NASCIMENTO DO SISTEMA MISTO.....	19
2.8 A NATUREZA DO SISTEMA BRASILEIRO.....	25
2.9 A INICIATIVA INSTRUTÓRIA DO PODER JUDICIÁRIO.....	28
3 A CONTRIBUIÇÃO DA FILOSOFIA PARA A COMPREENSÃO DA VERDADE NO CAMPO PROCESSUAL	30
3.1 PARADIGMAS FILOSÓFICOS.....	30
3.2 A DESCONSIDERAÇÃO DA FILOSOFIA PELO DIREITO PROCESSUAL.....	38
3.3 A FILOSOFIA DA CONSCIÊNCIA E A MANUTENÇÃO DA VERDADE REAL.....	42
4 A APLICAÇÃO EM CASOS CONCRETOS DO PRINCÍPIO DA BUSCA DA VERDADE E DO PRINCÍPIO DO PÁS DE NULLITÉ SANS GRIEF	51
4.1 PRIMEIRO CASO.....	52
4.2 SEGUNDO CASO.....	63
5 CONCLUSÃO	82
REFERÊNCIAS	84

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo a análise dos sistemas processuais penais e a dissecação e a categorização do modelo brasileiro. Para isso, foram necessários o desenvolvimento e o aprofundamento filosófico da percepção da verdade no processo. Buscou-se, por meio do paralelo entre o eixo de conhecimento da filosofia e do processo penal, apontar o grau de desenvolvimento desse assunto em cada uma dessas ciências. Ademais, tentar trazer os avanços de uma ciência para a outra, impedindo a utilização da verdade como fundamento de arbitrariedades e exceções ao Estado de Direito, o que só enfraquece as instituições e fortalece o autoritarismo.

A análise histórica da forma como se dava a **busca da verdade no âmbito do processo penal**, desde a Antiguidade na Grécia até os dias atuais, e a comparação dos diversos estágios do Processo Penal serão de extrema importância para a compreensão do atual grau de desenvolvimento em que se encontra a Ciência Processual. Uma vez que, é muito mais fácil analisar racionalmente o objeto quando ele está fora do contexto em que se está inserido.

Além do estudo em relação a história do Processo Penal, também será de grande importância o conhecimento dos diferentes paradigmas filosóficos desenvolvidos ao longo da história da humanidade. O sucinto esclarecimento dos paradigmas da filosofia, a partir de uma análise cronológica de seus avanços, será dividido em três momentos: metafísica clássica (objetivismo); metafísica moderna (subjetivismo); paradigma da linguagem - *linguistic turn*.

É necessário ter em vista que a discussão sobre a busca da verdade no processo penal é uma discussão da atuação do Magistrado no exercício da função jurisdicional e, ainda, do (des)respeito às formas/garantias processuais. Isso em razão da verdade ser utilizada como fundamento de diversos atos que contrariam textos expressos das leis ou da Constituição.

Os pensamentos filosóficos trazidos ao longo do trabalho são relacionados com a maneira como advém a compreensão da realidade/objeto. Isso é exatamente o papel do julgador, no que diz respeito à necessidade de interpretar questões fáticas e jurídicas (interpretação de uma lei) trazidas a ele no decorrer do processo, para que então resolva a demanda, emanando ao final da causa uma sentença (o que foi compreendido).

A posição atual no mundo jurídico, em sua grande maioria, tanto nos tribunais, quanto na doutrina, é de que a decisão judicial é um mero ato de vontade do Magistrado. Isso quer dizer que, apesar de estarmos inseridos em uma ordem jurídica democrática, instituída pela Constituição de 1988, a solução de um conflito social com consequências jurídicas não passaria de uma escolha política do juiz.

Os defensores do livre convencimento alegam que a motivação do Magistrado é um elemento que restringe a sua atuação, o que permitiria uma total conformidade com a democracia formal representativa. Todavia, como constatado adiante, a motivação não é condição suficiente para limitação do poder, dado que, muitas vezes, é usada de maneira completamente incoerente.

Ademais, a partir da análise de um caso concreto que tramitou da primeira instância até o Superior Tribunal de Justiça, transcrito adiante, foi possível visualizar que uma mesma motivação ou fundamento apoiou decisões essencialmente opostas.

Por tudo isso, deve ser reconhecida a importância da filosofia para a construção de um modelo processual penal democrático que impeça o poder desmedido. Isso quer dizer que, a correta compreensão da filosofia permite a justificação da compreensão da realidade de maneira prévia. Ou seja, os argumentos seriam anteriores a construção do conhecimento e não posteriores, como atualmente ocorre. Apenas dessa maneira é que efetivamente estaremos diante de uma função jurisdicional abalizada e exercida democraticamente.

2 ANÁLISE HISTÓRICA DOS MODELOS DE PROCESSO PENAL

2.1 O SISTEMA ACUSATÓRIO GREGO

O desenvolvimento histórico do tema, objetivo principal deste capítulo, evidencia a inversão do sentido original desenvolvido para verdade no processo, visto que, inicialmente ela foi idealizada como instrumento de restrição ao poder punitivo. Isto é, a partir de então seria necessário demonstrar a conduta de alguém para sua condenação. Os cidadãos não eram mais condescendentes com a insegurança que dominava os processos anteriormente.

Sendo assim, a busca da verdade nasce não como motivação para o cometimento de abusos, mas como meio para evitá-lo. A necessidade de um núcleo probatório coerente para que houvesse a punição do acusado foi uma derrota do autoritarismo na época.

Na Grécia Antiga, a elaboração da verdade apresentava-se vinculada a ideia de prova, alcançada pela retórica. Logo, seria um equívoco propor que o sistema grego desprezava a questão da verdade e das provas. Posto que, era possível encontrar nos estudos de Aristóteles a definição de retórica como um discurso voltado para o convencimento através das provas.¹

A despeito dessas considerações acerca da busca da verdade - característica que se revelou tipicamente inquisitória - o processo ateniense apresentava em relação à forma, traços próprios do sistema acusatório, como por exemplo: a separação das funções de acusar e julgar; a gestão da prova nas mãos das partes; e a publicidade e oralidade. O processo era desenvolvido para que a verdade fosse produzida de maneira dialogal, através de um duelo entre as partes. Não era permitida a conduta ativa do juiz, ou seja, não era possível sua participação na colheita de provas. O que reduzia sua alçada à valoração das provas trazidas pelas partes ao processo. Portanto, a estrutura e forma asseguravam o contraditório e a imparcialidade do julgador, conformando um modelo acusatório clássico.

¹ ARISTÓTELES. Arte retórica e arte poética. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000. In KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 17.

Diante disso, considera-se a organização do processo grego como restritiva ao poder punitivo da época. Os elementos que viriam depois a integrar o processo acusatório foram conquistas dos cidadãos em nome dos direitos individuais. O sistema grego apresentou como traço exclusivo a não vinculação entre a busca da verdade historicamente considerada e a justificativa para condutas arbitrárias do poder.

Como será visto adiante, o único momento da história ocidental em que a ambição da verdade não fundamentou abusos foi na antiguidade. Talvez, porque a estrutura de poder da época ainda não soubesse fazê-lo.

2.2 OS SISTEMAS ROMANOS

O exemplo de Roma foi preponderante para o desenvolvimento da teoria que reconhece a relação direta entre o regime político e as características do processo penal. As constantes mudanças no aspecto político de Roma influenciavam diretamente o sistema processual penal. Conforme ensinamentos de Aury Lopes Jr., o processo penal pode ser entendido como um termômetro dos elementos autoritários ou democráticos encontrados em uma nação.²

Na fase da Monarquia se estabeleceu um sistema - *cognitio* - constituído como uma *longa manus* da estrutura de poder da época. O processo não gozava de regras a serem seguidas, o juiz não necessitava de invocação para agir, e não existiam direitos estabelecidos possibilitando que o acusado se defendesse. Isso quer dizer que a função do processo era completamente oposta àquela encontrada em um regime democrático. O processo não tinha como objetivo a contenção do poder, mas sim buscar sua chancela.

Na *cognitio*, as funções de acusar e julgar se confundiam nas mãos da mesma pessoa, que apoiada na busca da verdade dos fatos, não se encontrava limitada a qualquer forma ou regra.³ Isso resultava em uma verdade subjetiva construída unilateralmente, o que era positivo apenas para o poder punitivo, posto que

² LOPES JR., Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 57. In: KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 23.

³ KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 22.

os cidadãos não contavam com nenhuma segurança ou garantia. É o início da associação entre a busca radical da verdade e o ativismo judicial, o que impede a eficaz imparcialidade do julgador. Tal união se tornou tão enraizada que, a partir de então, não se viu mais um momento da história aonde as duas práticas estivessem separadas.

A alteração do regime político de Roma possibilitou, após algum tempo, a reestruturação do processo penal, que passou a ter características acusatórias. Enquanto, no período da Monarquia era vigente a *cognitio*, na República, a insatisfação com abusos do poder punitivo permitiu uma abertura, originando o sistema da *accusatio*. Na *accusatio*, ao Estado era reservado puramente o exercício da função jurisdicional em sentido estrito, ou seja, à deliberação e pronunciamento da sentença.⁴

A partir do momento em que as funções de acusar e julgar passaram a ser desempenhadas por diferentes órgãos, e as provas produzidas apenas pelas partes, deixando ao julgador apenas o papel para valorá-las, o sistema claramente rompeu com a ambição desmesurada da verdade. Consequentemente, o processo não mais era instrumento de práticas persecutórias, típicas da *cognitio*. O momento era o da contenção de poder, o da prevalência da forma sobre a punição desregrada.

Desse modo, se verifica que no modelo processual contemporâneo à República o contraditório é garantido, enquanto no período Monárquico a forma vertical de produção da verdade é eminentemente subjetiva, encontrando-se a serviço da economia de poder dominante que pretendia o extermínio dos seus inimigos.

Segundo Maier, o sistema de valoração das provas em Roma rompeu com o sistema subjetivo e mítico, o qual prevalecia até então. Anteriormente, os fatos que se prestavam a amparar as decisões não tinham qualquer obrigação de coerência com os fatos históricos que buscavam comprovar. A partir de então, os modelos romanos entendem o sentido da prova como reconstrução de um fato histórico, através de rastros que ele deixou para trás. Essa valoração era efetuada pelos julgadores de maneira íntima e segundo suas próprias convicções. Não havia necessidade da exposição de motivos, e nem de acompanhar uma tabela com o

⁴ MANZINI, Vincenzo. Tratado de derecho procesal penal: tomo I. Buenos Aires: EJEA, 1951. p. 6. In: KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 23.

prévio estabelecimento de valores fixados a cada um dos elementos probatórios considerados válidos (sistema da íntima convicção).⁵

Sem dúvida alguma, o modelo da *accusatio* representou avanços em relação a *cognitio*, uma vez que aquele não representava os interesses do poder. Dessa maneira, o ressurgimento do Império e, conseqüentemente da concentração do poder, se mostra incompatível com a manutenção de um modelo que assegurava proteção frente aos abusos da anatomia política contingencial.

À vista disso, o poder público na figura central do órgão julgador readquiriu sua posição prevalente em todo decorrer do processo, interferindo na produção das provas e nos atos processuais, sob o argumento da busca pela verdade, que, na realidade, escondia a real intenção de eliminar os inimigos do Estado e garantir o *status quo*.⁶

Assim sendo, é interessante atentar para o fato de que a ambição da verdade, com todas suas características subjetivas e unilaterais, além da concentração das funções de acusar e julgar, são anteriores ao próprio Sistema Inquisitório. Por conta disso, apesar de respeitáveis contribuições dos institutos romanos para o direito contemporâneo, é preciso analisar também os abusos que a organização processual desenvolvida em Roma permitia. Segundo ensinamentos de Khaled, foram os romanos os responsáveis pela produção do mais cruel engenho jurídico de aniquilação da dignidade da pessoa humana que o homem já conheceu: o processo inquisitório.⁷

Por conseguinte, fica claro que o problema da ambição da verdade não é em razão de sua essência, isto é, de sua própria natureza. Ou melhor, é por sua natureza, mas não configura pressuposto natural do abuso de poder. A ambição da verdade, por si só, não ocasiona automaticamente condutas arbitrárias, o que foi demonstrado no período grego. Todavia, seu traço finalístico é árvore perfeita para condutas parasitas. A história vai demonstrar que sempre andam lado a lado a busca ilimitada da verdade e o abuso de poder. Logo, se não é aceito que a falha faz parte

⁵ MAIER, Julio B. J. Derecho procesal penal I: fundamentos. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006. P. 283. In: KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 23.

⁶ KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 29-30.

⁷ KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 34.

da construção teórica do acontecido, é porque erroneamente está se estudando o direito de forma isolada e afastada de todas as outras matérias do conhecimento.

2.3 O SISTEMA GERMÂNICO

O traço peculiar que pode ser atribuído a esse sistema é a total desconsideração da verdade no desenvolvimento do processo. Isto é, os fatos abordados pelas partes não tinham como intenção a reconstrução da verdade histórica, ou seja, do fato que deu causa ao processo. Todavia, a análise do modelo permite responder se a total desconsideração da verdade é adequada para a composição de um sistema processual penal racional e próprio para conter a tendência abusiva do poder punitivo.

O modelo germânico engloba alguns atributos que o diferencia dos sistemas organizados em torno da produção da verdade. Esse modelo não busca apurar se o fato realmente existiu ou não. A dúvida basta para dar início ao jogo de disputa entre as partes, não podendo haver sua recusa, sob pena de derrota antecipada; não há necessidade do anúncio de um terceiro de quem tem razão. As provas possuem um resultado claro e seus efeitos se depreendem automaticamente. O órgão "julgador" serve, apenas, para garantir a regularidade do procedimento; a finalidade do processo é declarar o mais forte, logo quem está com a razão. Destarte, não existia investigação para tornar visível a verdade, mas sim para evidenciar o mais forte.⁸

Ainda assim, tal modelo apresenta traços comuns em relação ao processo acusatório. Como por exemplo, a separação das funções de acusar e julgar; produção de provas exclusivamente pelas partes; publicidade e oralidade. Contudo, ainda assim, as decisões não são vinculadas a verdade, mas baseadas na habilidade, prestígio social e até mesmo na sorte dos participantes.

É nítido então, a constatação de que o completo desprezo pela verdade não é a saída encontrada para impedir a insensatez de um sistema processual penal. Por óbvio, o modelo germânico representava perigos enormes para o acusado. Assim,

⁸ FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Rio de Janeiro: Nau, 2003. p. 61-62. In: KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 38.

apesar de o modo como isso se dava ser extremamente distinto do Modelo Inquisitório, o resultado era exatamente o mesmo: a produção de decisões tirânicas.⁹

Resta evidenciado que é imprescindível determinar o local que deve ocupar a verdade no processo penal. A importância da definição do ponto de equilíbrio de sua busca é diretamente relacionada com a a lógica das decisões. Apesar do desenvolvimento sobre o tema da verdade no decorrer do trabalho criticar duramente a busca irrestrita da verdade no processo, é irrefutável também que sua total exclusão do interior do processo não traz resultados positivos. O que se deve ter em mente é que a verdade nunca poderá ser fundamento para descumprimento de regras processuais pré-definidas, sob pena de nulidade da decisão.

2.4 O APOGEU DA AMBIÇÃO DA VERDADE NO PROCESSO INQUISITÓRIO

Nas palavras de Khaled:

Em nenhum outro momento histórico a persecução penal assumiu nuances tão sinistras como nos processos geridos pela Santa Inquisição e pela jurisdição laica nela inspirada. A Inquisição caracterizou-se pela afirmação de valores e princípios absolutos - a persecução penal estatal e a busca da verdade como meta do processo penal - em busca da conservação da forma de organização política e da paz social adequada a ela.¹⁰

É visto que todos os atos processuais eram organizados para que fosse ao final do processo encontrada a verdade do fato. Todavia, a verdade não passava de uma confirmação dos fatos expostos pelo julgador. Isto é, nem de longe se parecia com a construção bilateral/dialética do *adversarial system*. Ora, se a única possibilidade de acabar com as sessões de tortura era confirmando as proposições expostas pelo juiz, será que era realmente a verdade que se chegava quando o acusado confessava o ato? E, ainda, será que aquele que trouxe alegações para o

⁹ PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 68-69. In: KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 40.

¹⁰ KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 46.

processo realmente aceita que sejam estas falsas? Ou fazem de tudo para que sejam consideradas verdadeiras?¹¹

Toda a estrutura inquisitorial era montada sem formas pré-estabelecidas, aonde o juiz sempre improvisava de acordo com o caso concreto. Somava-se a esse fato uma total falta de consideração por critérios objetivos para apreciar as provas. Logo, um processo que tinha como principal fim a busca pela verdade, acabava por produzi-la de maneira completamente subjetiva e construída de forma vertical.

O sistema inquisitorial se adequa perfeitamente a regimes totalitários, aonde se busca comprometer as garantias e possibilidade de defesa do acusado, visando a manutenção do *status quo* e, ainda, a eliminação de inimigos do regime.¹²

Atualmente, muito se critica a lentidão do processo penal, e diversos segmentos da população e da classe jurídica reclamam uma maior rapidez e eficácia do processo. Porém, será que isso realmente é apropriado para um sistema acusatório e justo para o acusado? Segundo Eymerich, o direito de defesa do réu é motivo de lentidão no processo e de atraso na proclamação da sentença.¹³ Logo, é possível compreender a que interesses servem a lógica de uma celeridade processual irracional.

É claro que se pode buscar a rapidez de outras formas que não prejudiquem a defesa, e até responsabilizar o Estado pelo excesso de duração do processo por prevaricação. Entretanto, o que se deve ter em mente é que o acusado não pode ter seu direito de defesa lesado sob a justificativa de garantir uma maior celeridade processual. O regular desenvolvimento do processo é responsabilidade do Estado. Portanto, se há atrasos em seu desenvolvimento, apenas ele pode ser responsabilizado.

Uma das características principais do Sistema Inquisitório era a flexibilidade com que se desenvolvia. Isto é, não existiam normas objetivas e

¹¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 18. In: KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 47.

¹² KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 47-50.

¹³ EYMERICH, Nicolau. *Manual dos inquisidores*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993. p. 138-139. In: KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 51-60.

anteriores para conduzir o processo e limitar a atuação estatal. Tal característica era essencial para garantir a rapidez e o resultado que o regime pretendia. Por isso, fica evidente que as fórmulas inquisitórias são extremamente eficazes na perpetuação de um poder ditatorial.

A tentativa de reconstrução total do fato histórico ocorrido não passava de uma falsa justificativa para as barbaridades que aconteciam durante a persecução penal. Não existia a hipótese de que ao final do processo fossem considerados falsos os fatos levantados pelo Inquisidor. Na eventualidade de não haver confissão ou um lastro de provas mínimo contra o acusado, o tribunal não declarava a absolvição. Apenas era reconhecida a impossibilidade de produção de provas contra o réu e, portanto, não poderia ser condenado naquele momento. Entretanto, era possível ser novamente instaurado um processo contra ele a qualquer tempo, sem a necessidade de novos fatos ou provas. Assim, percebe-se claramente que a verdade apenas seria descoberta se houvesse a condenação do acusado, e não propriamente com a reconstrução histórica e objetiva de um fato passado. Claramente a figura do Inquisidor mostra-se contaminada pela conjugação das funções de acusar e julgar, o que o torna, sem dúvidas, parcial.¹⁴

De acordo com Khaled, a relação entre Sistema Inquisitório e a ambição da verdade é direta e inegável. Por conseguinte, é impossível uma dissolução entre as duas coisas, como querem alguns autores que defendem a busca da verdade como objetivo principal do processo penal, apesar de criticar o Sistema Inquisitório. Para o autor, isso se dá pela falta de análise do Sistema Inquisitivo. Desse modo, a busca irracional e ilimitada da verdade permite a "desfiguração inquisitória do sistema acusatório".¹⁵

2.5 A EXPANSÃO DO SISTEMA INQUISITÓRIO

A falta de um diagnóstico mais apurado faz com que muitos autores valorem positivamente a busca da verdade real como objetivo principal do processo penal, e, ainda, que isso seria uma forma de limitação da atuação estatal. Foi visto

¹⁴ KHALED JR., SALAH. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 56-65.

¹⁵ KHALED JR., SALAH. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 68-69.

que a busca pela verdade no processo penal surgiu na Grécia Antiga como uma forma de frear o poder punitivo e trazer racionalidade a ele. Porém, a configuração que essa busca assumiu tomou proporções inimagináveis, passando a fundamentar condutas arbitrárias e modelos essencialmente autoritários de processo. O que torna sua profunda revisão imprescindível para manutenção de um sistema de garantias.

A revisão e evolução de institutos é perfeitamente normal, posto que transformações políticas e a própria evolução social podem causar o desvirtuamento de institutos surgidos, a princípio, como barreira para expansão desregrada do poder, mas que passam a não mais amparar garantias individuais, ocupando o papel inverso.

2.6 O SISTEMA ACUSATÓRIO INGLÊS

Enquanto, na Europa Continental, o fim das ordálias - sistema de provas, usado para determinar a culpa ou a inocência do acusado, baseado na participação de elementos da natureza e cujo resultado é visto como um juízo divino, não tendo necessariamente qualquer relação com a tentativa de reconstrução dos fatos que deram origem àquele processo - deu início a era do Sistema Inquisitório, na Inglaterra a direção foi oposta, a partir do advento do *jury trial* (julgamento pelo júri), método único para resolução de controvérsias.¹⁶

Em seu embrião, os jurados eram escolhidos por dois critérios, retidão de caráter e conhecimento dos fatos. Isto é, ao mesmo tempo que executavam a tarefa de julgar também atuavam como testemunhas. Essa estrutura era considerada suficiente para o (re)conhecimento da verdade.¹⁷ A partir do desenvolvimento do sistema, os jurados passaram apenas a exercer um papel judicial no processo. Isto é, não era mais necessário um suposto conhecimento dos fatos para fazer parte do órgão julgador.¹⁸

¹⁶ TARUFFO, Michelle. *Simplemente la verdad: el juez e la construcción de los hechos*. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 32. In: KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 104.

¹⁷ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 99. In: KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 105.

¹⁸ TARUFFO, Michelle. *Simplemente la verdad: el juez e la construcción de los hechos*. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 37. In: KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 107.

De acordo com Roxin, o sistema inglês representa um Sistema Acusatório puro, uma vez que o juiz se encontra em uma posição completamente inerte no que tange a produção probatória. Logo, apenas as partes podem levar ao processo elementos fáticos que fundamentam a absolvição ou culpa, garantindo a imparcialidade daquele que irá valorá-las.¹⁹

Para Figueiredo Dias, cabe ao julgador apenas a condução imparcial do processo, não sendo responsável por colher provas, o que danificaria sua imparcialidade. Assim, a função do juiz no processo é proferir, com a ajuda dos jurados, a decisão final, baseando-se, por óbvio, naquelas provas trazidas somente pelas partes. Conclui o autor que essa estrutura formal privilegia muito mais a proteção do acusado contra arbítrios do poder punitivo do que a busca por uma verdade desregrada. Ou seja, a verdade não possui uma posição hegemônica dentro desse modelo de processo.²⁰

É justamente essa característica que pode tornar o processo penal mais democrático. Não é simplesmente a desconsideração total da tentativa de reconstrução aproximada do fato ocorrido a melhor saída, como pode ser constatado historicamente. A principal questão é alocar a busca pela verdade em uma posição apropriada, que não fundamente condutas arbitrárias e o esvaziamento de garantias individuais.

Ainda assim, essas medidas eram insuficientes para a garantia de um sistema realmente de contenção racional do poder. Visto que, a valoração dos fatos era extremamente subjetiva. Não se sabia porque um fato era considerado provado ou não provado, ou se existia essa explicação. Aduz o autor que, muitas vezes, os vereditos inspiravam-se em razões externas aos fatos que interessavam ao processo - o que acabava por torná-lo inútil, um espetáculo vazio de sentido - como, por exemplo, razões sociais ou humanitárias, e não propriamente em uma valoração

¹⁹ ROXIN, Claus. Derecho procesal penal. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003. p. 122. In: KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 107.

²⁰ FIGUEIREDO DIAS, Jorge. Direito processual penal. Coimbra: Coimbra Editores, 2004. p. 248. In: KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 107.

racional dos elementos que tinham relação com o episódio fático que estava em análise.²¹

Portanto, embora esse sistema de jurados tenha substituído a superstição das ordálias, não quer dizer que houve a adoção de um sistema democrático/racional. A verdade era aquela declarada pelo júri, podendo ou não ter relação com o fato que deu origem ao processo.²²

Destarte, percebe-se que de um lado, o sistema inglês era estruturado de forma a evitar abusos tipicamente inquisitórios, que predominaram na Europa continental no mesmo período, porém, de outro, se mostrava fundamentalmente subjetivo, levando-se ao desprezo das provas e conseqüentemente do próprio processo.

Apesar de críticas, com razão, em relação ao subjetivismo dos vereditos, o sistema inglês se mostrava muito mais avançado em termos de garantias do que o sistema que prevalecia em toda a Europa Continental. Mas qual seria a causa dessa desigualdade tão acentuada? Mais uma vez, aparece a relação direta entre o regime político e o processo penal. A Inglaterra experimentou uma abertura política em um período anterior ao do restante da Europa. O conflito entre o poder central inglês com os senhores feudais resultou em uma gama de conquistas de direitos para os cidadãos ingleses. Assim, no momento em que se espalhou para a jurisdição laica os fundamentos do sistema inquisitorial religioso, a Inglaterra estava imune a esse veneno. O que fez com que no lugar do sistema inquisitório, nascesse o chamado *adversarial system* inglês.²³

O *adversarial system* surge como autêntico processo de partes. Essa talvez fosse sua principal característica diferenciadora do sistema inquisitório. Nele o juiz estatal ocupa posição passiva no processo. Isto é, está equidistante das partes.

²¹ TARUFFO, Michelle. *Simplemente la verdad: el juez e la construcción de los hechos*. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 37. In: KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 107-108.

²² TARUFFO, Michelle. *Simplemente la verdad: el juez e la construcción de los hechos*. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 39. In: KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 108.

²³ KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 108-110.

Apenas atuava para garantir seu regular desenvolvimento e no momento de dizer a verdade - *vere dictum*.²⁴

Tal pensamento coaduna-se com o de Figueiredo Dias, para quem é puro o processo acusatório inglês, uma vez que fundado na separação das funções de acusar e julgar e na gestão de provas exclusivamente na mão das partes. O processo era uma verdadeira disputa entre as partes, uma discussão, um duelo que se passava perante o olhar imparcial do julgador.²⁵

Por tudo isso, a conservação de um sistema acusatório de contenção de poder foi extremamente importante, uma vez que permitiu o desenvolvimento do *adversarial system* e serviu de base para as reformas processuais que se passaram na França após a Revolução de 1789. Todavia, como será adiante demonstrado, tais reformas não foram suficientes para extinguir a ambição desregrada pela verdade inquisitória, que foi renovada pelo sistema misto, e expandida para toda Europa Continental e países da América Latina.²⁶

2.7 O NASCIMENTO DO SISTEMA MISTO

A partir desse novo momento de abertura, baseado na legalidade e racionalidade, surgiu a oportunidade de efetivamente ver superado o sistema inquisitório pelo acusatório. A difusão do pensamento iluminista, no qual o homem possuía papel predominante na sociedade e passava a ser considerado como centro do universo, contribuiu para superação, pelo menos no nome, do Modelo Inquisitório. As denúncias secretas, torturas e confissões forçadas foram proibidas.²⁷

Todavia, os traços processuais do direito penal não desfrutaram do mesmo avanço. Inúmeros pensadores da época defendiam a produção de uma

²⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). Crítica à teoria geral do direito processual penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 36-37. In: KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 110.

²⁵ FIGUEIREDO DIAS, Jorge. Direito processual penal. Coimbra: Coimbra Editores, 2004. p. 247. In: KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 111.

²⁶ KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 111.

²⁷ ARAGONESES ALONSO, Pedro. Instituciones de derecho procesal penal. Madrid: Rubi Arts Graficas, 1986. p. 41. In: KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 113.

verdade construída pelas partes, e, portanto, uma reforma nos papéis dos sujeitos processuais - *lato sensu*. Entretanto, as instituições não foram suficientemente fortes para conter o poder da época.

Desse modo, através da divisão do processo em duas fases, permitindo que uma conservasse grande parte dos institutos inquisitórios, o sistema misto rapidamente se reinventou como instrumento de persecução penal, e não como meio de contenção de poder e afirmação de garantias do cidadão.²⁸

É necessário lançar mão de outras ciências do conhecimento para uma melhor compreensão sobre o que era pretendido no momento de alternância do processo inquisitório para o misto. Aliás, um dos motivos de grande parte da doutrina continuar insistindo em erros tão amplamente discutidos, desde há muito, é isolar o direito das outras ciências do conhecimento.

Dentro desse contexto, se o processo penal não for organizado para conter o poder punitivo, não há qualquer motivo para sua própria existência. Assim sendo, as regras do jogo devem ser hegemônicas dentro de um modelo processual democrático, contrapondo-se a ideia reducionista de processo como instrumento de reconstrução do fato passado, e defendendo a produção de uma verdade dialética, na qual a culpa seria provada em um procedimento em contraditório e definido pela gestão das provas nas mãos das partes.

Com isso, a busca pela verdade material não mais poderia ocupar um lugar preponderante no processo penal, o que, conseqüentemente, permitiria uma maior passividade do juiz, que, agora, não precisaria mais buscar elementos probatórios, o que macula, sem dúvidas, sua imparcialidade.

Não caberia aos juízes estabelecer provas do crime, somente valorar as provas trazidas pelas partes, o que garante sua imparcialidade. Todos os fatos não introduzidos pelas partes no processo devem ser ignorados. Além disso, seu desdobramento seria a não tentativa do juiz de criar armadilhas para o réu, não obter, por meio de condutas capciosas, confissões ou contradições do acusado.²⁹

²⁸ KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 122-123.

²⁹ MARAT, Jean-Paul. Plano de legislação criminal. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 181. In: KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 118.

Voltando a analisar o início do Sistema Misto, apesar de não ter havido uma ruptura completa com o discurso da verdade, ela passou a ser limitada pela atuação das partes, não tendo o juiz prerrogativa para buscá-la, o que representava claramente um avanço em relação ao Sistema Inquisitório.

No decorrer do tempo, mesmo com as críticas dos autores da época, o processo penal misto reviveu o núcleo inquisitório, através da renovação dos institutos presentes naquele sistema processual. Por exemplo, mesmo com a separação do processo em duas fases: instrutória (preliminar) e debate/juízo, aonde uma seria fundada no princípio inquisitório e a outra no acusatório, o processo manteve uma essência inquisitória por causa da importância indevida dada à primeira fase.

Aduz Ferrajoli que o processo misto inaugurado no Código Francês de 1808, suprimiu os direitos de defesa do acusado em toda fase instrutória, porquanto preservava sua forma escrita, secreta, privada de contraditório e inteiramente dominada pela acusação.³⁰

A lógica da instrução preliminar é sobretudo inquisitória, visto que a acusação, independentemente do órgão que possua tal competência, elabora seu objeto fora de qualquer debate contraditório.³¹ Essa realidade não ocasionaria grandes problemas para um processo essencialmente contraditório, se esses elementos fossem utilizados apenas para a aceitação da denúncia e instauração de um processo realmente pautado pelo princípio acusatório, aonde agora ocorreria uma nova fase instrutória regulada pela produção das provas em contraditório e somente pelas partes. Todavia, não é o que se verifica, e todo o material levantado na fase inquisitória é transportada para o processo e utilizado para fundamentar decisões. E, ainda que, não fundamente decisões, seria demasiadamente inocente pensar que o contato com aqueles elementos não induza, mesmo que inconscientemente, os julgadores a direcionar o processo a determinado sentido.

Além de tudo isso, durante muito tempo, no modelo misto o acusado não tinha acesso aos autos da instrução preliminar. Nem a informação - uma das faces do contraditório - era permitida nessa fase do processo. Por isso, é certo afirmar que o

³⁰ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. P. 491. In: KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 122.

³¹ MAIER, Julio B. J. Derecho procesal penal I: fundamentos. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006. P. 357-358. In: KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 122.

procedimento escrito e secreto obteve seu triunfo. Nem acusado nem seu defensor poderiam tomar conhecimento dos atos efetivados e participar das provas produzidas.³²

Mostra-se imensamente relevante superar o raciocínio superficial que induz ao tratamento do direito como conta matemática. A despeito de muitos autores defenderem que a separação do processo em duas fases, cada uma essencialmente inquisitória e acusatória, resultaria em um sistema híbrido, não foi esse o desfecho. O processo separado em duas fases deve ser comparado a dois compartimentos conectados. Tendo em vista que, assim como o conteúdo de cada um dos compartimentos está em contato, as condutas de cada fase também influenciam na outra. Dessa maneira, se algum objeto é introduzido em um dos compartimentos, sem dúvida alguma, o outro também será contaminado. É o que ocorre no processo penal, aonde medidas inquisitórias tomadas são como objetos introduzidos, que não se limitam a sua fase, mas extrapolam para todo o processo penal, diminuindo sua racionalidade e produzindo verdades subjetivas.

Desta maneira, fica claro o ressurgimento de um processo penal do inimigo, aonde o processo era visto como instrumento, mas não de contenção do poder, e sim, da persecução penal.³³

Por conseguinte, há autores, como Julio Maier, que denominam o sistema misto de sistema inquisitório reformado, uma vez que o princípio inquisitório permanece regulando o processo e a busca da verdade histórica, ainda que mesclada com afirmação de garantias individuais, continua fundamentando arbitrariedades.³⁴

Além da gestão de provas nas mãos do juiz, o que já torna a tentativa de (re)construção da verdade histórica viciada (subjetiva), também não era necessária uma fundamentação da convicção do julgador, ou seja, não era necessário motivar ou justificar suas decisões.³⁵ Para Badaró, trata-se de método profundamente distinto do

³² KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 123.

³³ KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 123-124.

³⁴ MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal I: fundamentos*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006. p. 361. In: KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 125.

³⁵ KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 125-126.

livre convencimento motivado, uma vez que o juiz decide conforme sua íntima convicção, podendo basear-se inclusive em elementos exteriores ao processo. Assim sendo, favorece a conduta arbitrária do julgador que, somando-se com a fase inquisitiva, permite a valoração de elementos levantados durante essa fase pré-processual, trazendo imensos prejuízos ao acusado.³⁶

De um lado imprimiam poderes excessivos para o julgador na gestão de provas, mesmo que isso o tornasse parcial, mas sob a justificativa de que assim poderia descobrir a verdade. Sendo isso, justificado por ser fato que restringiria o poder punitivo, portanto para o próprio bem do acusado. Por outro lado, não havia qualquer controle quanto a atuação do juiz, visto que poderia valorar qualquer elemento trazido ao processo da maneira que quisesse, ou até decidir sem fundamentar-se em qualquer prova.

Destarte, se verifica a incoerência do sistema misto, que de maneira proposital, ou não, permite ou até motiva, através de sua concepção formal, decisões (ou verdades) cada vez mais subjetivas e substancialmente arbitrárias, que nada tem a ver com a determinação da verdade.³⁷ Segundo Julio Maier, a intenção era, sobretudo, motivar um sistema essencialmente inquisitório, ainda que sob roupagem acusatória.³⁸

Por tudo isso, se mostra evidente o prejuízo que a não contenção do poder proporciona para a reconstrução da verdade. Todavia, ainda assim, os defensores do sistema misto acreditam que transportando a investigação para fora do processo, conservando a estrutura inquisitorial para essa fase, não haveria qualquer contaminação quando houvesse a introdução desses elementos, produzidos sem contraditório, ao processo.

Contudo, na prática, a fase acusatória não passa de um espetáculo, aonde se procura incessantemente o preenchimento da verdade trazida pela fase

³⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Direito processual penal: Tomo I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 208-209. In: KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 125-126.

³⁷ TARUFFO, Michelle. Simplemente la verdad: el juez e la construcción de los hechos. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 185. In: KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 126.

³⁸ MAIER, Julio B. J. Derecho procesal penal I: fundamentos. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006. p. 362. In: KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 126.

preliminar. Isto é, há uma inversão da presunção da inocência, e o acusado inicia o processo culpado, necessitando afastar os elementos reunidos secretamente e sem contraditório - aptos a afastar sua inocência, como em qualquer sistema inquisitório - para que não seja condenado.

Ainda, caso os elementos sejam postos em xeque, haveria a possibilidade de novas diligências ordenadas pelo juiz, confundindo novamente as funções de acusar e julgar, o que leva ao desrespeito do princípio da presunção de inocência, o qual, na dúvida, prevê a absolvição como única resposta possível. Logo, por isso se afirma que o julgador só se satisfaz com a condenação.³⁹

Por tudo isso, Ferrajoli declara que o Código Napoleônico de 1808 criou um monstro, nascido da combinação entre sistema acusatório e inquisitório, chamado de processo misto.⁴⁰

Não obstante, é indispensável ter em consideração que o problema principal em estabelecer a verdade como freio do poder de punir não é inerente a ela. O óbice está quando a verdade é fornecida verticalmente pelos desígnios do poder. A verdade não era colocada em questão, não era considerada um ponto de disputa, um confronto entre teses opostas, o que a tornava fundamentalmente subjetiva. Então, assim como ocorria na Inquisição, também no Sistema Misto ter a verdade como limite ao poder de punir era inconcebível.⁴¹

Para Cordero, um traço que distinguia o sistema misto do acusatório, é que aquele permitia a utilização de "provas" obtidas na fase investigatória (secreta), enquanto o acusatório, apenas considera provas os elementos colhidos durante um processo pautado pelo contraditório.⁴²

Também defendem esse pensamento Alexandre Morais da Rosa e Aury Lopes Jr., explicando que os elementos colhidos na investigação preliminar só estão

³⁹ KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 128.

⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 566. In: KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 128.

⁴¹ KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 129.

⁴² CORDERO, Franco. Procedimiento penal: Tomo II. Bogotá: Temis, 2000 p. 147. In: KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 129.

aptos a servir para a análise das condições da ação. Isto é, para convencer o órgão acusador e ajudar a formar os elementos necessários à admissibilidade da ação.^{43 44} Isso quer dizer que, os elementos probatórios obtidos na fase pré-processual, que não foram produzidos a partir do contraditório, não teriam nenhuma outra aplicação no processo, que não em seu juízo de admissibilidade.

A razão disso é óbvia, uma vez que não seriam esses elementos informativos - pseudoprovas - capazes de fundamentar uma decisão construída a partir da dialética, visto que não foram desenvolvidos sob o crivo do contraditório. Logo, possibilitam, nada mais, do que a produção de uma verdade subjetiva e unilateral. Além do mais, nem ao menos poderiam adentrar no processo ou o julgador tomar conhecimento deles. O que acarretaria em sua contaminação, bastando para condenação uma argumentação no sentido de que a "prova" preliminar está em conformidade com a prova judicial. Quando na verdade, a fase judicial foi completamente esvaziada de sentido, servindo apenas para sancionar a convicção formada em uma etapa completamente tendenciosa e secreta.

Isto posto, a posição hegemônica da verdade no processo penal somada aos institutos do processo dito misto propiciam um sistema caracterizado pela presença de um juiz acusador, nos moldes dos Tribunais Inquisitórios.

2.8 A NATUREZA DO SISTEMA BRASILEIRO

No Brasil, a maioria dos autores defendem a prevalência do sistema misto, ou seja, que realmente é possível existir um processo formado por uma fase substancialmente inquisitória e outra acusatória, sem a propagação dos efeitos de uma para outra fase. Todavia, o que se constata é o princípio inquisitório fundamentando todo o sistema processual, posto que não basta a cisão da fixação dos institutos em diferentes momentos. É imperioso que os efeitos das condutas inquisitivas não influenciem no interior do processo.

⁴³ LOPES JR., Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 68. In: KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 130.

⁴⁴ MORAIS DA ROSA, Alexandre. Decisão penal: a bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 319. In: KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 129.

Além disso, para caracterização do processo acusatório não basta a separação inicial das funções de acusar e julgar. O magistrado não deve em momento algum agir positivamente para colher provas, o que invariavelmente o contaminaria. Não é possível que o magistrado conserve as funções de acusar e julgar, nem no início, nem ao final do processo, dado que não é o momento da confusão de funções que é importante.⁴⁵

É necessário esclarecer que é tão impetuoso o princípio inquisitório que até mesmo quando o julgador busca atuar de maneira isenta e imparcial é inevitável sua falha. No momento em que determina a obtenção de alguma prova, a sua decisão já está tomada, ou pelo menos, está propensa a alguma "verdade". Ora, quando se procura algo, muitas vezes acha-se que foi encontrado antes mesmo de o ser, já que só cessa a procura quando se encontra.⁴⁶

A contaminação dos órgãos que são encarregados de, muitas vezes, sair em busca de autores do crime é manifesta. Considerar que os seres humanos, mesmo na atuação funcional, estão alheios às paixões e sentimentos é extremamente inocente. Assim, deve-se assegurar a atuação jurisdicional como último filtro que garante uma atribuição de responsabilidade de modo imparcial. Entretanto, se a atividade persecutória é desenvolvida pelo próprio órgão que deveria ser imparcial, as garantias do acusado são fulminadas e um processo penal democrático é todo posto em xeque.

Apesar de inúmeros institutos característicos de um sistema inquisitório, previstos no Código de Processo Penal de 1943, a Constituição de 1988, a partir de uma visão e interpretação sistemática, assegura o sistema acusatório.

Por óbvio, uma Constituição que prevê uma democracia fundada na valorização do homem e do valor da dignidade da pessoa humana não poderia estabelecer um sistema que não o acusatório. Não pode uma Constituição que respeita e impõe o respeito às diversidades da sociedade sustentar um sistema criado

⁴⁵ LOPES JR., Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 67. In: KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 133.

⁴⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. In: Revista de Estudos Criminais, n. 1. Porto Alegre: Notadez, 2001. p. 37. In: KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 134.

para homogeneizar o corpo social, eliminando as diferenças e visando a manutenção da economia de poder.⁴⁷

Conforme Aury Lopes Jr., o processo deve ser visto como um limite ao poder, um instrumento de contenção que legitima a pena, caso contrário não teria sentido existir. O processo penal é o único caminho possível para a imposição da pena, portanto requisito para a aplicação do poder punitivo. Logo, apenas o respeito às formas e às regras do jogo asseguram a natureza do processo penal e legitimam a decisão.⁴⁸

À vista disso, é necessário reconhecer o papel da verdade em ambos os sistemas para concluir qual guarda relação com a exigência de democraticidade. Melhor dizendo, qual sistema efetivamente preserva os direitos fundamentais do acusado e está condizente com um desenvolvimento racional da atividade cognitiva, sem dissimulações acerca de supostas verdades colhidas a qualquer custo, sob o pretexto de se estar garantindo um julgamento justo.⁴⁹

Aduz Goldschmidt que a finalidade do procedimento penal é a averiguação da verdade de forma receptiva. Todavia, segundo ele, essa verdade pode ser buscada de duas formas, através do processo acusatório ou inquisitório. No sistema acusatório, a verdade é produzida por uma disputa entre as partes, um verdadeiro duelo de dialética, aonde cada polo defende convicções opostas, enquanto o juiz permanece inerte, o que garante sua imparcialidade. É essa imparcialidade do julgador que assegura uma produção mais eficaz da verdade, portanto desaconselha a sua construção vertical, que ocorre quando o juiz atua de forma ativa em relação a gestão das provas.⁵⁰

Acompanhando a ideia de Goldschmidt, Ferrajoli também não tolera a concepção de um juiz com iniciativa probatória, entretanto continua vinculado ao

⁴⁷ KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 138.

⁴⁸ LOPES JR., Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional: Volume 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 401. In: KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 140.

⁴⁹ KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 144.

⁵⁰ GOLDSCHMIDT, James. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal. In: GOLDSCHMIDT, James. Derecho, derecho penal y proceso I: problemas fundamentales del derecho. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 780. In: KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 145.

discurso da verdade correspondente, o que, segundo Khaled, demonstra um limite discursivo com o qual o autor não foi capaz de romper.⁵¹

Todo o exposto até o presente momento busca demonstrar a invariável vinculação entre o discurso da verdade real e irracional/ilimitada e o Sistema Inquisitório. Ainda existem autores que condenam o Modelo Inquisitivo, porém defendem a verdade como objetivo principal do processo penal dentro do Sistema Acusatório, não levando em conta que é impossível desvincular uma coisa da outra. A busca irrestrita da verdade pelo magistrado, em qualquer caso, remete à epistemologia inquisitória sistematizada por Eymerich no *Directorium Inquisitorum*. Pois então, se mostra inconciliável com um sistema fundado no respeito às formas e estruturado para contenção do poder punitivo, o que é exigível em um Estado Democrático de Direito.⁵²

2.9 A INICIATIVA INSTRUTÓRIA DO PODER JUDICIÁRIO

Mesmo quando o discurso da verdade se apresenta maquiado com eufemismos de "aproximada", "relativa", "correspondente" permanece legitimando a atuação positiva do julgador, comprometendo sua imparcialidade e garantindo a deformação inquisitória tanto de um Sistema Acusatório, quanto de um Sistema dito Misto. Portanto, não existe propriamente um Sistema Misto, uma vez que não existe um princípio unificador, o "sistema misto", "inquisitório mitigado", "acusatório com poderes de instrução ao juiz", ou algum outro nome que se queira dar, é, na verdade, um Sistema essencialmente Inquisitório pela presença do princípio inquisitivo.⁵³ Mais uma vez é visto que, não são os nomes dados, mas sim suas características e essências que importam para realmente identificar algo.

Nesse sentido, a busca absoluta da verdade está para o Sistema Inquisitório, assim como o respeito às garantias e formas está para o Sistema

⁵¹ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 488. In: KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 145.

⁵² KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 147.

⁵³ LOPES JR., Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 73. In: KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 155.

Acusatório. Isto é, neste quem ocupa uma posição hegemônica são as formas, garantias do acusado, seus direitos frente ao poder punitivo, que inclui o devido processo legal e as regras do jogo. Essa última deve limitar a atuação do poder punitivo.⁵⁴

Nota-se que, se de um lado defendem que é possível encontrar a verdade passada, a partir de fatos presentes, de outro, é reconhecido que a verdade histórica é impossível de se descobrir, e, portanto, ainda menos, se justifica a violação às formas. O que resta então no Sistema Inquisitório é apenas arbítrio e o sacrifício dos meios pelo fim, fim este que muitas vezes se supõe que foi encontrado apenas quando o resultado do processo é a condenação do réu.

Por essa perspectiva, o discurso da busca ilimitada pela verdade (qualquer que seja) não passa de uma manobra argumentativa que serve de pretexto para burlar as garantias do devido processo legal, instrumento reconhecido como limitador do poder punitivo. Assim, favorecendo aos desígnios do poder transitório. Em outras palavras, tudo aquilo que foi conquistado, através do direito e do processo, mais especificamente, para impedir injustiças como as que ocorriam em tempos aonde o poder dominante era absoluto, é sacrificado em nome de uma ambição que, historicamente, na prática, já se mostrou completamente falha.⁵⁵

⁵⁴ PRADO, Geraldo. Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 104. In: KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 159.

⁵⁵ KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 165-166.

3 A CONTRIBUIÇÃO DA FILOSOFIA PARA A COMPREENSÃO DA VERDADE NO CAMPO PROCESSUAL

Quando se discute sobre a verdade no processo penal está se discutindo sobre a compreensão da realidade, através do exercício da jurisdição. Portanto, tal discussão é indissociável dos paradigmas filosóficos, que, cada um da sua maneira, exploram como esta compreensão deve ocorrer. Atualmente, sob o fundamento do livre convencimento (motivado), prevalece, nos tribunais e na doutrina, a ideia de que a decisão é um ato de vontade, ou seja, a decisão revela a convicção pessoal do magistrado. Há, como será demonstrado adiante, uma confusão de paradigmas.

A busca de um modelo processual penal democrático e que esteja de acordo com a sua própria essência (contenção do poder) está intimamente relacionada com a introdução no campo processual de um paradigma filosófico que interrompa decisões arbitrárias. O direito nasce para garantir a segurança do povo, mas o que há de seguro quando a aplicação do direito se reduz a consciência do julgador? O caráter institucional e político que envolve as decisões do Poder Judiciário é completamente esvaziado quando o magistrado decide conforme sua convicção.

Assim sendo, a decisão deve ser construída a partir de uma estrutura, que compreende a reconstrução da história institucional do direito, com coerência e integridade. Apenas dessa maneira, será superado o solipsismo judicial, já disseminado nos tribunais de todo país. Todavia, para isso é primordial restaurar a presença da ideia de verdade na decisão judicial. Para Streck, a negação do conceito de verdade traz repercussões teóricas muito perigosas para a teoria do direito.⁵⁶

3.1 PARADIGMAS FILOSÓFICOS

O sucinto estudo dos paradigmas da filosofia, a partir de uma análise cronológica de seus desenvolvimentos, pode ser dividido em três momentos: metafísica clássica (objetivismo); metafísica moderna (subjetivismo); paradigma da linguagem - *linguistic turn*.

Em um primeiro instante, surgiu a metafísica clássica, concebida na

⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. **O "decido conforme a consciência" dá segurança a alguém?** Revista Conjur, 15 mai. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mai-15/senso-incomum-decido-conforme-consciencia-seguranca-alguem>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

Grécia Antiga. Para tal paradigma, o verdadeiro conhecimento, chamado *episteme*, só pode ser alcançado - o termo correto é "alcançar" e não "compreender" - através da razão. Logo, o conhecimento é considerado algo externo ao sujeito, que pode apenas alcançá-lo. Ou seja, a compreensão da realidade é dada ao sujeito. Isto posto, é perfeitamente possível a descoberta das ideias - *eidos* - com base, exclusivamente, na análise do sujeito cognoscente sobre o objeto. Porém, o polo predominante dessa relação, nesse momento, é o objeto, visto que o sujeito que deve se submeter à essência do objeto para compreendê-lo. Assim sendo, tal paradigma se apoiava na ideia de que a realidade existe em si mesma e, dessa forma, se apresenta à razão contida no sujeito.⁵⁷

Por tudo isso, em tal fase, o processo de conhecimento é realizado a partir de uma adequação do sujeito ao objeto. É como se o pensamento tivesse que se amoldar ao objeto para entendê-lo, desvendando a essência das coisas para se chegar ao conhecimento. Então, a verdade se define como a consonância entre intelecto e a coisa investigada.⁵⁸

Posteriormente, foi desenvolvida a metafísica moderna (ou filosofia da consciência). A premissa desta ideia era a possibilidade da compreensão das coisas, através da razão humana. A partir de então, a relação entre sujeito e objeto foi totalmente modificada, invertendo a prevalência do segundo para o primeiro, uma vez que a inteligibilidade começa a ser considerada interna ao sujeito, que passava a moldar o objeto, conforme suas experiências pessoais, inclusive modificando seus traços e atribuindo características. O conhecimento não era mais racional objetivo e apriorístico, sem qualquer influência dos dados que a experiência sensorial carregava. Pelo contrário, a leitura da realidade era influenciada pelo próprio sujeito cognoscente. É o início da era da subjetividade assujeitadora das coisas, uma vez que as experiências individuais do sujeito influenciam na fixação dos significados dos objetos.

Para Streck, esta inversão do esquema sujeito-objeto que faz surgir a subjetividade assujeitadora das coisas. O conhecimento não era mais um método de

⁵⁷ ZANON JR., Orlando Luiz. **Pós-positivismo e a versão hermenêutica de Streck**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3936, 11 abr. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/27618>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8 ed. Rev. Atual. Porto Alegre: Do advogado, 2009. p. 127. In: ZANON JR., Orlando Luiz. **Pós-positivismo e a versão hermenêutica de Streck**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3936, 11 abr. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/27618>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

adequação do pensamento ao objeto. O realismo, fundando na contemplação da existência de essências das coisas, independentemente do sujeito, foi ultrapassado. Os sentidos migram do objeto para o interior do indivíduo (mente). De agora em diante, é o sujeito cognoscente que compreende - não alcança a compreensão - porque os sentidos estão presentes na sua mente.⁵⁹

O ponto distintivo entre os sofistas e os filósofos da consciência (inclui os defensores da metafísica clássica e da metafísica moderna) está relacionado ao tema do "sujeito". A ideia da existência de um sujeito autônomo, em oposição ao mundo, era ignorada pelo paradigma filosófico em que os sofistas estavam inseridos. Assim como na metafísica clássica, o mundo era composto de determinismos, os objetos eram dotados de substância inerentes a eles e independentes de qualquer outra coisa. A compreensão do mundo era dada. Porém, é na metafísica clássica, apesar da predominância do objeto, que surge a ideia do sujeito com autonomia. O sujeito da modernidade, mesmo nos filósofos racionalistas (metafísica clássica), é livre para construir o próprio conhecimento, isto é, para escolher quais compreensões deseja alcançar. Não existe um sentido que lhe seja apresentado como determinante para a organização de sua vida. Ele é soberano para buscar as compreensões que deseja.⁶⁰

Assim sendo, a filosofia da consciência, por meio da destruição das "qualidades", se mostrou um significativo avanço para o processo civilizatório.

Contudo, esta nova vertente de pensamento deve justificar um aumento da responsabilidade da atuação do sujeito detentor dos sentidos. Não se pode admitir, como muitos alegam, o estabelecimento de uma verdade relativa. A migração da inteligibilidade para o sujeito não deve ser motivo para a negação do desenvolvimento de métodos para a compreensão. Pelo contrário, a ultrapassagem dessa primeira barreira permitiu que fosse possível a continuidade do desenvolvimento da compreensão do mundo. Não é possível que se imagine a ruptura do realismo como estágio final dos paradigmas filosóficos. Ora, esse é apenas o início da evolução.

⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8 ed. Rev. Atual. Porto Alegre: Do advogado, 2009. p. 136. In: ZANON JR., Orlando Luiz. **Pós-positivismo e a versão hermenêutica de Streck**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3936, 11 abr. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/27618>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz. **O "decido conforme a consciência" dá segurança a alguém?** Revista Conjur, 15 mai. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mai-15/senso-incomum-decido-conforme-consciencia-seguranca-alguem>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

Na metafísica, como visto, a linguagem é reduzida a simples instrumento de transmissão do conhecimento em relação ao objeto. Não é considerada pressuposto para o conhecimento do mundo. Ela é vagão que transporta em seu interior os conceitos.

O modelo da metafísica moderna é superado - na filosofia - a partir do momento em que não mais se considera a linguagem apenas como instrumento de transmissão do conhecimento, passando a ser apontada como condição de possibilidade para a compreensão da realidade. Por conseguinte, o paradigma da filosofia da consciência somente é rompido pela filosofia da linguagem, quando se entende o valor da linguagem na compreensão e construção da relação do sujeito com o mundo. A verdade não pode ser resultado de uma apreensão do sujeito "puro", como se não fosse integrado a uma sociedade e estivesse em contato com conceitos pré-constituídos e hábitos presentes em seu pensamento. Desta forma, se assim o fosse, o resultado seria a existência de uma pluralidade de considerações acerca do mesmo objeto. A defesa deste tipo de produção é a defesa do decisionismo. Nasce, então, o solipsismo.⁶¹

No paradigma da linguagem, o entendimento da realidade não pode ser resultado de uma atuação individual por parte do sujeito. A transferência dos sentidos para o sujeito da modernidade não quer dizer que este se basta para a compreensão da verdade. A solidão do sujeito solipsista não é condizente com a intersubjetividade necessária para afastar a subjetividade assujeitadora das coisas. Isto é, a compreensão deixa de ser consequência da relação sujeito-objeto (conhecedor-conhecido), deslocando-se para efeito da relação sujeito-sujeito, apenas possível através da linguagem.⁶²

Conforme ensinamentos de Streck, a linguagem não é apenas condição de possibilidade de compreensão do mundo, ela é a única forma de construção do saber. Até o momento em que não houver uma palavra, não há nada. Somente é

⁶¹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8 ed. Rev. Atual. Porto Alegre: Do advogado, 2009. p. 145. In: ZANON JR., Orlando Luiz. **Pós-positivismo e a versão hermenêutica de Streck**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3936, 11 abr. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/27618>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

⁶² STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8 ed. Rev. Atual. Porto Alegre: Do advogado, 2009. p. 170-180. In: ZANON JR., Orlando Luiz. **Pós-positivismo e a versão hermenêutica de Streck**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3936, 11 abr. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/27618>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

possível conhecer algo, se existe uma palavra que o defina. Melhor dizendo, o conhecimento da realidade só é possível onde existam signos linguísticos.⁶³

O ponto fulcral a ser entendido é que a linguagem, por óbvio, não é criadora do mundo. A realidade não depende da existência da linguagem e nem de seres racionais para sua própria existência. Os signos linguísticos são pressupostos da realização de raciocínios em relação ao mundo. A realidade só pode ser entendida dentro de uma condição criada pela linguística (relação intersubjetiva). Ou seja, é a compreensão que depende da linguagem, uma vez que, somente assim é viável ao sujeito se afastar da relatividade comum ao paradigma da filosofia da consciência.⁶⁴

Entretanto, essa viragem linguística não alcançou o direito. As decisões judiciais ainda são produtos das compreensões dos juízes solipsistas, e o processo é estruturado como instrumento que possibilita tal desiderato. Mais grave ainda é considerar que isso tudo é fundado no paradigma da filosofia da consciência. Assim, basta o convencimento pessoal para a justificação de uma decisão pelo Magistrado, não importando quantos institutos se criem ou modifiquem para a contenção do excesso de poder. Enquanto, no mundo jurídico, se defender que a compreensão da realidade é possível através da relação sujeito-objeto (subjetividade assujeitadora das coisas), a decisão será consequência da opinião particular/subjetiva do juiz, e não, como querem muitos, de uma tentativa de reprodução objetiva da verdade e produto de uma interpretação democrática/racional.

Na visão deste paradigma, os métodos de interpretação da hermenêutica jurídica clássica (gramatical, teleológico, entre outros) não são suficientes para fundamentar (no sentido de limitar) a construção da decisão judicial. Nesses casos, o sujeito não optaria por algum cânone de interpretação no momento da construção da ideia, visto que a compreensão ocorre automaticamente quando se entra em contato com o mundo. Não prospera a ideia da cisão do processo interpretativo. A compreensão do objeto dá-se, a partir de uma convergência de experiências históricas do intérprete e da mensagem (oral ou escrita) que está sendo

⁶³ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8 ed. Rev. Atual. Porto Alegre: Do advogado, 2009. p. 202. In: ZANON JR., Orlando Luiz. **Pós-positivismo e a versão hermenêutica de Streck**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3936, 11 abr. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/27618>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

⁶⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8 ed. Rev. Atual. Porto Alegre: Do advogado, 2009. p. 203-204. In: ZANON JR., Orlando Luiz. **Pós-positivismo e a versão hermenêutica de Streck**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3936, 11 abr. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/27618>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

interpretada, de maneira imediata. Os métodos da hermenêutica jurídica clássica estão no plano da justificativa da decisão já tomada, ou seja, são posteriores ao processo de compreensão. Não são métodos que precedem e condicionam a formação da decisão, portanto não são suficientes para o controle satisfatório da decisão judicial que deve ocorrer em uma democracia.⁶⁵

Desta forma, a aplicação é uma fusão de horizontes (pré-compreensões históricas) que resulta na atribuição de um significado totalmente inédito. Isto é, a interpretação provoca a criação de um novo texto, o qual traz consigo uma compreensão prévia do intérprete. Assim, se conclui que não é possível a aplicação do direito de uma forma abstrata. Ou seja, o produto da interpretação, responsável por regular relações jurídicas, é condicionado pela adição de sentido dada pelo intérprete.⁶⁶

Apesar disso, essa adição de sentido pelo intérprete não pode ser entendida como justificativa para uma ausência de controle ou liberdade total. Se assim o fosse, o relativismo perduraria, não sucedendo qualquer evolução, em termos de limitação democrática do poder, em relação ao livre convencimento.

Primeiramente, o intérprete está inserido em uma conjuntura histórica que se apresenta para ele através da linguagem. Isto é, a carga de compreensão prévia que possui é concedida e limitada pela própria tradição (senso comum teórico) em que se encontra. Não prospera a ideia de que a compreensão brota, de modo independente, da mente do aplicador, como se existisse um vácuo de significados até então. Antes disso, já foi transmitido para ele um fluxo de conhecimentos e compreensões, através da linguagem (intersubjetividade), e influenciado pela cultura em que está inserido.⁶⁷

⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8 ed. Rev. Atual. Porto Alegre: Do advogado, 2009. pgs. 135, 494, 225. In: ZANON JR., Orlando Luiz. **Pós-positivismo e a versão hermenêutica de Streck**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3936, 11 abr. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/27618>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8 ed. Rev. Atual. Porto Alegre: Do advogado, 2009. p. 215. In: ZANON JR., Orlando Luiz. **Pós-positivismo e a versão hermenêutica de Streck**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3936, 11 abr. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/27618>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8 ed. Rev. Atual. Porto Alegre: Do advogado, 2009. pgs. 222, 212. In: ZANON JR., Orlando Luiz. **Pós-positivismo e a versão hermenêutica de Streck**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3936, 11 abr. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/27618>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

Por conseguinte, o aplicador não poderia desviar da tradição em que se situa sem apresentar fortes fundamentações racionais para tanto. Segundo Streck:

"As 'escolhas' interpretativas disponíveis ao jurista são limitadas pela tradição, porém, não são absolutamente determinadas por ela. É possível dizer, assim, que uma resposta adequada para a questão interpretativa do Direito resulta quando a tradição entra em uma relação dialética com a criatividade e a crítica. A tradição não amarra a uma via que possa dar uma resposta certa para todas as questões colocadas. Ela dá os limites para a decisão. Após esta limitação é que entra a tarefa da criatividade e da razão crítica, para, assim, construir um sentido (uma decisão) adequada."⁶⁸

Além disso, é imprescindível que o hermeneuta compreenda a seriedade da atividade interpretativa e todos os limites que lhe são impostos. Para isso, ele deve creditar ao texto ou mensagem a importância que possuem. Ou seja, o magistrado, inserido em um ambiente democrático, deve conhecer os instrumentos de controle. Apenas desta forma, é possível que comece a aceitar que o conteúdo, com o qual entra em contato, também lhe transmite algo. Consequentemente, poderá ser superada a relação sujeito-objeto, aonde o primeiro está em posição predominante.⁶⁹

O grande obstáculo está em o intérprete entender que está sim refém dos seus sentidos, e, por conseguinte buscar superar seus pré-juízos pessoais (aqueles que não foram proporcionados pela tradição - senso comum teórico), para que efetivamente considere apenas os pré-juízos autênticos, surgidos a partir da linguagem que representa a tradição.⁷⁰

Ainda insistindo neste ponto, o magistrado para proferir uma decisão de acordo com o paradigma da linguagem - portanto, em conformidade com um Estado democrático de direito e o sistema acusatório - não se pode considerar senhor das provas e seu destinatário único. Em outras palavras, acreditar que elas são objetos

⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8 ed. Rev. Atual. Porto Alegre: Do advogado, 2009. p. 280-281. In: ZANON JR., Orlando Luiz. **Pós-positivismo e a versão hermenêutica de Streck**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3936, 11 abr. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/27618>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

⁶⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8 ed. Rev. Atual. Porto Alegre: Do advogado, 2009. p. 280-281. In: ZANON JR., Orlando Luiz. **Pós-positivismo e a versão hermenêutica de Streck**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3936, 11 abr. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/27618>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8 ed. Rev. Atual. Porto Alegre: Do advogado, 2009. pgs. 275, 282, 286. In: ZANON JR., Orlando Luiz. **Pós-positivismo e a versão hermenêutica de Streck**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3936, 11 abr. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/27618>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

que devem ser compreendidos de acordo exclusivamente com sua razão são pensamentos decorrentes da filosofia da consciência e do livre convencimento (subjetividade assujeitadora das coisas). O magistrado deve interpretar as provas e não dar qualquer sentido a elas sob o fundamento antidemocrático do convencimento pessoal. O sentimento pessoal do juiz não pode servir como fundamento de determinada escolha do Magistrado, visto que a decisão como ato de vontade é superada neste paradigma. Assim sendo, as provas possuem uma carga de conhecimento previamente adquiridas, tal como o aplicador. Logo, a decisão é decorrência da soma das pré-compreensões presentes na mensagem e no intérprete (intersubjetividade). Na medida que o resultado é uma convergência da influência do texto no autor e do autor no texto.

Por exemplo, no momento de realizar a oitiva de uma testemunha em juízo, o Magistrado deve ter em mente que, dependendo da pessoa que está testemunhando, pode ser atribuído um sentido diverso para o mesmo texto oral que está sendo emitido. Esse pode ser um exemplo banal, mas é justamente isso que deve levar o julgador a considerar que antes de sua compreensão, a cultura já foi responsável por pré-compreender a realidade. Com isso, o Magistrado deve permitir que essa pré-compreensão o influencie no momento da construção da sua própria decisão.

Por tudo isso, um dos pontos principais que se busca ver vencido é a tutela da posição ativa do julgador frente às provas ou ao texto normativo, no decorrer do processo. Isto é, procurar solucionar o problema das decisões verticais, da arbitrariedade, do excesso de poder judicial, do autoritarismo, da prevalência do sistema inquisitório, entre outros.

Não obstante, tal aspiração apenas é viável, a partir do instante em que houver a introdução das evoluções no campo da filosofia ao direito processual. Atualmente, em muitos momentos, a ciência do direito ignora o progresso e constatações descobertas em outras áreas do conhecimento, o que causa graves danos ao seu próprio desenvolvimento. O direito não é obra da natureza. Ele é produto de ações humanas, fenômeno social, portanto. Não pode existir para si mesmo, apenas existe no interior de um corpo social. Assim sendo, mais graves ainda são os danos para ele, quando não se importam os avanços de outras áreas do conhecimento humano social.

3.2 A DESCONSIDERAÇÃO DA FILOSOFIA PELO DIREITO PROCESSUAL

Antes de tudo, é relevante recordar que o Código de Processo Penal é produto de um Estado autoritário da década de 1940, e, como todo Estado fundado neste regime, não é estruturado para garantir os direitos individuais dos cidadãos. Então, evidente a presença de um desvio estrutural, se for fixada como premissa a Constituição democrática de 1988 (o que invariavelmente deve ser feito, visto que é hierarquicamente superior).

Destarte, enquanto a Constituição estabelece um Sistema Acusatório, as leis processuais penais estabelecem um Sistema Inquisitório, típico dos regimes ditatoriais. A realização de uma filtragem constitucional sobre essas leis nem sempre se mostra viável, e, por diversas vezes, deveria ser impossível de se reconhecer tal possibilidade.

Todavia, não seria efetivo um debate que desconsiderasse tais leis, por não se mostrarem em conformidade com a nova Constituição (não recepcionadas). Sendo que, na prática, continuam a regular o processo penal, muitas vezes sem nenhuma filtragem constitucional. Assim, a partir de uma premissa composta de paradigmas filosóficos será buscada a inversão da direção processual para se alcançar o estabelecimento efetivo de um Estado Democrático de Direito.

De fato, um dos traços inquisitórios do CPP é acerca do destinatário da prova. Até hoje, a maioria da doutrina considera que a prova é trazida para o processo com a finalidade de convencer pessoalmente o juiz de sua decisão. Assim, o destinatário da prova seria o julgador solipsista que é senhor dos sentidos e das provas.⁷¹

Contudo, os defensores de tal pensamento não consideram que o processo penal que caminha para uma decisão, cujo conteúdo representa as convicções internas do magistrado não está em harmonia com um Estado democrático de direito. A convicção é sentimento pessoal do intérprete. Logo, quando estamos diante da possibilidade da condenação de uma pessoa com base em

⁷¹ STRECK, Lenio Luiz. **A ficção da verdade real e os sintomas da falta de compreensão filosófica da ciência processual**. Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, n. 70, set./dez. 2011. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1325166560.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2016. p. 217.

sentimento - oposto de razão - não podemos considerar estar na presença de um Modelo Acusatório.

A aplicação, como visto, ocorre no momento do contato do sujeito com o objeto. Não prospera o fracionamento da cognição em fases, tendo primeiro o compreender, depois o interpretar, e, por último a aplicação. Dado que, a nova atribuição de sentido ocorre de maneira imediata, em consequência de ser resultado da fusão das pré-compreensões já existentes anteriormente ao processo cognitivo. Assim sendo, não existe a separação entre compreensão e métodos de interpretação que justificam a decisão tomada (aplicação). Os cânones interpretativos, como são utilizados, não participam do momento de atribuição do novo significado da comunicação, o que de fato deveria ocorrer em um sistema processual acusatório estabelecido para o controle efetivo da decisão.

O instituto da prova, constitucionalmente considerado, deve representar um direito fundamental dos cidadãos, em conformidade com os princípios do contraditório, da fundamentação e da publicidade. A prova não é domínio do julgador, mas traz consigo sua pré-compreensão do mundo que deve influenciar no processo cognitivo do magistrado. O juiz deve enfrentar a prova no momento de construir sua decisão, mas não da maneira que lhe convier. Não pode a prova receber qualquer sentido, como ocorre na subjetividade assujeitadora das coisas (filosofia da consciência - livre convencimento). Isto posto, ela se encontra em uma relação horizontal com o julgador, conformando e sendo conformada para a atribuição de um novo sentido a ela. Esse novo sentido atribuído a prova que deverá ser utilizado para o convencimento, não do Magistrado, mas de toda a comunidade que aquela foi a decisão mais correta para aquele caso. Apenas dessa maneira, a filosofia da consciência no processo penal será superada, e a viragem linguística poderá fundar um verdadeiro modelo acusatório/democrático.⁷²

Para Streck, não é a separação das funções de acusar e julgar, por conseguinte, a produção das provas exclusivamente pelas partes que configura o princípio fundante do processo acusatório. Isso porque, seria insuficiente para sua caracterização. O que se mostra imprescindível para garantir a imparcialidade do

⁷² STRECK, Lenio Luiz. **A ficção da verdade real e os sintomas da falta de compreensão filosófica da ciência processual**. Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, n. 70, set./dez. 2011. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1325166560.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2016. p. 219.

julgador, o respeito às garantias do acusado e um processo democrático é, antes de tudo, o paradigma da linguagem, já alcançada pela filosofia, mas ignorada pelo processo.⁷³

O direito processual - de maneira geral - é planejado como uma forma de moderação do exercício do poder. Não é possível que seja concebido como expressão dele, visto que para isso não seria necessária sua criação. O processo penal limita a expressão do poder, através de sua racionalização. Isto é, através do respeito às regras do jogo e direitos individuais. Portanto, deve ser estruturado de maneira lógica, para que não coexistam elementos contraditórios que certamente causariam a sua implosão.

Assim sendo, em consonância com esse pensamento, é possível apresentar um novo argumento que defenda essa ideia do processo. Todas as coisas que são criadas pela ação humana possuem uma essência que está diretamente relacionada com a finalidade para que foram criadas. Se em algum momento ocorre a deturpação de seus objetivos, invariavelmente a coerência de seus elementos será prejudicada.

Desse modo, enquanto o modelo acusatório apresenta uma ordenação adequada e harmônica das formas, o que preserva a segurança e isonomia, e corresponde a essência do processo; o modelo inquisitório se mostra completamente contraditório em si mesmo. Ora, quando o poder se apropria indevidamente do processo para utilizá-lo de maneira incondizente com a sua essência é óbvio que o resultado é um instituto totalmente contraditório. Nada representa mais este choque de elementos internos que o modelo inquisitório.

Dessa maneira, a confusão do modelo se dá quando, ao mesmo tempo que o sistema inquisitório se apresenta como corolário da metafísica moderna ou filosofia da consciência - na ideia do juiz solipsista que, de maneira autônoma e racional, poderia compreender a realidade, assujeitando o objeto - se compreende que as coisas trariam uma essência em si mesma, uma verdade que deve ser

⁷³ STRECK, Lenio Luiz. **A ficção da verdade real e os sintomas da falta de compreensão filosófica da ciência processual**. Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, n. 70, set./dez. 2011. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1325166560.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2016. p. 220.

descoberta pelo sujeito racional, presente em um mundo repleto de determinismos, pensamento que corresponde com a metafísica clássica.⁷⁴

Pois bem, se a ambição da verdade assevera que o julgador deve, a qualquer custo, buscá-la, é porque se acredita na sua existência (metafísica clássica). Mas, ao mesmo tempo, em toda história, o Modelo Inquisitório acreditou no julgador como senhor dos sentidos e apto a, através exclusivamente de seu intelecto, desvendar a realidade do mundo (metafísica moderna ou filosofia da consciência). Por tudo isso, se mostram incompatíveis as duas ideias, ao mesmo tempo em que se considera que existe a verdade real, também se acredita em convencimento. Não pode ser assim. Ou existe uma essência das coisas que deve ser descoberta (viés objetivista), ou a realidade não passa de um convencimento por parte do julgador (viés subjetivista).⁷⁵ Como defender a manutenção de algo que busca dar coerência a aplicação do direito, se, nem ao menos, mostra-se coerente consigo mesmo?

Por conseguinte, quando o sistema processual apresenta divergências internas, quer dizer que pode ser um indicativo de que não está de acordo com a sua própria essência. O que provoca um desequilíbrio na delicada tentativa de conciliação entre poder punitivo e garantia de direitos fundamentais. O modelo inquisitório, por toda sua existência, se mostrou como um processo incongruente, aonde o interesse na punição do acusado supera a proteção de seus direitos individuais, o que é inaceitável em uma democracia.

O "princípio" da busca da "verdade real", como visto, desde sua criação, na Grécia Antiga, é uma tentativa de limitação do poder, através da contenção da atuação do magistrado. Todavia, nesse período, o paradigma filosófico estruturante do processo era o objetivismo (metafísica clássica). Portanto, não conviviam no campo processual a confusão de dois conceitos distintos da filosofia, o que, atualmente, ocorre e causa consequências gravíssimas.

No interior de um modelo inquisitório, aonde está presente um julgador solipsista, a busca da verdade é utilizada como justificativa para a colheita de provas

⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz. **A ficção da verdade real e os sintomas da falta de compreensão filosófica da ciência processual**. Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, n. 70, set./dez. 2011. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1325166560.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2016. p. 220.

⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz. **A ficção da verdade real e os sintomas da falta de compreensão filosófica da ciência processual**. Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, n. 70, set./dez. 2011. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1325166560.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2016. p. 220-221.

pelo magistrado, visto que são elementos para formar sua própria convicção, e ainda se mostra presente em decisões que possuem pouco ou nenhum fundamento jurídico.

Por certo, a verdade desenvolvida no campo processual pela dogmática jurídica é uma verdade metafísica. Isto é, a verdade é resultado do alcance da essência das coisas. O mundo e sua compreensão existiriam por si mesmos, ou seja, independente dos seres racionais. O magistrado deve buscar conhecer esse mundo-em-si para formar a verdade na decisão.⁷⁶

A grande maioria da doutrina contrapõe a verdade formal, que seria aquela buscada no processo civil, e a verdade material, presente no processo penal. Assim, enquanto a primeira teria um limite processual, um respeito às formas, se entende que a segunda tenha que ultrapassar esses freios em direção à essência das coisas. No entanto, a verdade material ou real é fundada em um paradigma filosófico já superado há muito.⁷⁷

À vista disso, o problema da mixagem de paradigmas também aparece nos trabalhos acadêmicos. A dogmática jurídica não importou os avanços da filosofia, o que motiva grandes equívocos. Por exemplo, para Marco Antonio de Barros, a verdade é a adequação do intelecto a realidade (descoberta da essência), isto é, a compreensão da realidade é fruto da razão humana. Contudo, em relação a avaliação de provas, afirma que a convicção do julgador deve ser livre, logo uma expressão da própria consciência.⁷⁸

3.3 A FILOSOFIA DA CONSCIÊNCIA E A MANUTENÇÃO DA VERDADE REAL

⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz. **A ficção da verdade real e os sintomas da falta de compreensão filosófica da ciência processual**. Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, n. 70, set./dez. 2011. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1325166560.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2016. p. 223.

⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz. **A ficção da verdade real e os sintomas da falta de compreensão filosófica da ciência processual**. Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, n. 70, set./dez. 2011. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1325166560.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2016. p. 226.

⁷⁸ BARROS, Marco Antonio de. A busca da verdade no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 286 In: STRECK, Lenio Luiz. **A ficção da verdade real e os sintomas da falta de compreensão filosófica da ciência processual**. Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, n. 70, set./dez. 2011. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1325166560.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2016. p. 226.

Por tudo isso, como visto, ainda se acredita na possibilidade da busca da verdade real, a partir da descoberta da essência das coisas - objetivismo. O direito se reduz a mero instrumento de racionalidade/técnica. Não é coincidência que tal pensamento foi aprimorado no positivismo exegético, o qual defendia o juiz boca da lei. Isto é, texto e norma se confundiam e a aplicação do direito não passava de uma leitura dos textos. O direito material e processual eram reduzidos a instrumentos técnicos, os quais não permitiam nenhuma atividade criativa ou crítica.⁷⁹

Por outro lado, em paralelo a esse objetivismo, que até hoje é sustentado, surgiram elementos históricos que provocaram um paradoxo em relação a essa posição do juiz "boca da lei". A partir de Kelsen, ao contrário do que muitos ensinam nas salas de aula, houve um intenso estímulo às teses voluntaristas - subjetivistas. Ou seja, o direito seria expressão, exclusivamente, da vontade do intérprete. Destarte, o magistrado aplicaria o direito, a partir, unicamente, de seu intelecto, podendo desconsiderar por completo o texto. Essa teoria contribuiu para que as decisões, ao invés de fundamentadas racionalmente, fossem produzidas como exteriorização da opinião do intérprete.

O produto da combinação destes fragmentos não poderia ser mais assustador. O instrumentalismo passou a regular a gestão da prova no desenvolvimento do processo - *lato sensu* - enquanto o subjetivismo justificava a valoração dessas provas, com base no convencimento interno do magistrado. Então, ao mesmo tempo em que se estabelecia um julgador ativo na produção das provas, contribuindo para a contaminação da sua imparcialidade; o mesmo julgador, de acordo com a relação sujeito-objeto (subjetividade assujeitadora das coisas), vai valorar essas provas, muitas vezes, que ele mesmo colheu, apoiado na sua própria convicção, para, em seguida, proferir a decisão.⁸⁰

Em vista disso, é necessário reconhecer que o paradigma filosófico em que está inserido o processo penal é o ponto inicial para caracterizar o tipo de sistema processual adotado. Em outras palavras, o que vai dizer, em princípio, se um sistema

⁷⁹ STRECK, Lenio Luiz. **A ficção da verdade real e os sintomas da falta de compreensão filosófica da ciência processual**. Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, n. 70, set./dez. 2011. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1325166560.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2016. p. 229.

⁸⁰ STRECK, Lenio Luiz. **A ficção da verdade real e os sintomas da falta de compreensão filosófica da ciência processual**. Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, n. 70, set./dez. 2011. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1325166560.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2016. p. 229.

é essencialmente acusatório ou inquisitório é o paradigma filosófico que conforma a atuação do juiz.

Sendo assim, embora a separação das funções de acusar e julgar e a gestão de provas nas mãos das partes sejam extremamente relevantes para qualificar um sistema processual como acusatório, não são por si sós suficientes para essa definição. Imagine-se, por exemplo, um julgador completamente alheio à produção de provas e à função acusadora, mas que na fundamentação de sua decisão lança mão tão somente de opiniões pessoais para valorar as provas. Considerando tal solução como aquela que brotava de seu convencimento pessoal. Será que um modelo processual que funcione dessa maneira pode realmente ser considerado um modelo democrático/acusatório?

Por conseguinte, grande parte da doutrina não atinge o ponto primário do problema, responsável por fazer germinar uma variação de institutos autoritários e arbitrários, como os citados acima, por exemplo.

Nota-se que, cada período da história está firmado na predominância de algum paradigma filosófico. Isto porque, a filosofia se propõe a estudar os métodos para a compreensão das coisas. Ou seja, o estudo das condições que permitem o conhecimento - epistemologia. Atualmente, no campo da filosofia, o paradigma da subjetividade (filosofia da consciência), reconhecido pela relação sujeito-objeto, se enfraquece com o surgimento do paradigma da linguagem. A teoria do direito e do processo, ou qualquer outro ramo de conhecimento não podem ser considerados imunes a essas evoluções da maneira de se pensar e compreender as coisas, trazidas pela filosofia.⁸¹

Para Streck, diferentemente das críticas dos autores acerca do tema, o que realmente rompe com o inquisitorialismo é a viragem linguística (paradigma da linguagem). Assim sendo, a evolução do processo para um modelo efetivamente democrático não é possível se as discussões permanecerem estritamente no campo processual.

À vista disso, a busca da verdade está intrinsecamente arraigada no Modelo Inquisitório. A hegemonia da verdade no processo é, em sua essência,

⁸¹ STRECK, Lenio Luiz. **A ficção da verdade real e os sintomas da falta de compreensão filosófica da ciência processual**. Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, n. 70, set./dez. 2011. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1325166560.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2016. p. 230.

contraditória com um processo acusatório e democrático. Mas também, não há lógica em rejeitar a verdade real e defender o livre convencimento como se contrários fossem. Isso quer dizer que, quando se soma uma dose de discricionariedade ao modelo de separação das funções de acusar e julgar, a partir do advento da filosofia da consciência, o resultado continua a ser um processo autoritário que sobrevive mesmo inserido em um ordenamento jurídico orientado por uma Constituição democrática.⁸²

Por conseguinte, a discussão dos modelos processuais penais é diretamente relacionada à discussão dos paradigmas filosóficos. Muitas vezes, a crítica feita ao Sistema Inquisitório, mesmo aquela mais aprofundada, não considera o atual estágio do debate dos paradigmas, o que certamente acarreta problemas.

Assim sendo, é preciso considerar que a censura ao Sistema Inquisitório é a censura ao paradigma da filosofia da consciência. O reconhecimento da filosofia da consciência, e toda sua relatividade, como alicerce é o mesmo que assentir que a compreensão da realidade se dá a partir da subjetividade assujeitadora das coisas. Isto é, não levando em conta os elementos externos que estão inseridos no magistrado (pré-compreensão). Lembrando que, a transferência da presença dos sentidos no objeto para o sujeito é uma construção moderna. No Sistema Inquisitório, o sujeito é senhor dos sentidos, então o julgador assujeita as provas. Elas se adequam ao sujeito, inclusive recebendo características deles. Com efeito, é isso tudo que fundamenta o livre convencimento e a atuação positiva do magistrado.⁸³

Entretanto, se o direito, na presença das leis materiais e processuais, originariamente, foi desenvolvido para o controle do poder, como pode ser aceito que a aplicação concreta dele esteja à mercê de convicções internas do intérprete? A discricionariedade - apreciação das provas através da relação sujeito-objeto - mantém o império do poder desmedido, o que rompe com a própria essência do processo.

⁸² STRECK, Lenio Luiz. **A ficção da verdade real e os sintomas da falta de compreensão filosófica da ciência processual**. Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, n. 70, set./dez. 2011. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1325166560.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2016. p. 231.

⁸³ STRECK, Lenio Luiz. **A ficção da verdade real e os sintomas da falta de compreensão filosófica da ciência processual**. Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, n. 70, set./dez. 2011. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1325166560.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2016. p. 231.

O berço da concepção da verdade na Grécia Antiga foi o debate da limitação do poder. Como fazer isso quando a verdade não passa de um sentimento interno? Aonde fica a proteção contra a insegurança dos sentimentos?

Tudo se encontra relacionado: inquisitorialismo, discricionariedade, autoritarismo. Enquanto, não for superada a ideia de que a interpretação é ato de vontade (Kelsen), não será vencido o próprio modelo inquisitório. É imprescindível para o estabelecimento de uma modelo de fato acusatório, que introduza no processo penal a democracia, a superação da filosofia da consciência e todas os seus desdobramentos.⁸⁴

Conseqüentemente, para o processo penal efetivamente ver sua finalidade sendo respeitada, ou seja, para que o respeito aos direitos do cidadão se encontrem em equilíbrio com o poder de punir do Estado, deve ser afastada a ideia da existência de um dono da prova. A prova não pode ser domínio do magistrado, uma vez que dela também irradia pré-compreensões da realidade. A prova proporciona a intersubjetividade, característica essencial para a compreensão da realidade no paradigma filosófico da linguagem.

Assim sendo, não basta a gestão das provas nas mãos das partes para caracterizar de fato o sistema acusatório. Se, mesmo assim, estiver presente o livre convencimento do juiz, tal modelo não se coaduna com os anseios da democracia e, então não pode ser considerado verdadeiramente acusatório. Enquanto para Khaled, a causa originária que desfigura o modelo acusatório é o protagonismo judicial, para Streck, não é possível um sistema acusatório, aonde se considera que a decisão não passa de um ato de vontade do juiz.⁸⁵

Segundo Streck, a solução não está no campo processual. O estabelecimento de um novo modo de gestão/colheita de prova não é suficiente, se o resultado final continuar a ser submetido a uma valoração pessoal do julgador. Isto é, de nada adianta os avanços na teoria do processo, se a palavra final não pode ser condicionada a nenhum controle efetivo. A explicação do caminho trilhado para se

⁸⁴ STRECK, Lenio Luiz. **A ficção da verdade real e os sintomas da falta de compreensão filosófica da ciência processual**. Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, n. 70, set./dez. 2011. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1325166560.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2016. p. 232.

⁸⁵ STRECK, Lenio Luiz. **A ficção da verdade real e os sintomas da falta de compreensão filosófica da ciência processual**. Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, n. 70, set./dez. 2011. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1325166560.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2016. p. 232.

atingir a decisão não é instrumento suficiente de contenção racional do poder exigido em um Estado democrático de direito.

Com efeito, os modelos de apreciação da prova, atualmente apontados, parecem não dar conta do problema da superação de um processo autoritário. A evolução, ao longo do tempo, desses modelos (modelo da íntima convicção; modelo da prova legal; modelo da livre apreciação das provas) não apresentou equivalência ao progresso dos paradigmas filosóficos. Enquanto, o modelo da prova legal está preso ao objetivismo da metafísica, os dois outros, invariavelmente, se mostram vinculados ao solipsismo da filosofia da consciência. Portanto, fica claro, que os avanços não foram pautados nas questões paradigmáticas da filosofia.⁸⁶

Nota-se que, a doutrina, em geral, defende que a livre apreciação da prova estaria em maior consonância com a democracia do que o modelo da prova legal, visto que este restringe a atuação do magistrado. Isto é, a prova legal implica uma perspectiva fechada e decisões mecânicas, impedindo a adequação da avaliação das provas, de acordo com o caso concreto, o que, sem dúvida, pode gerar grandes injustiças. Aduz Streck que isso seria como comparar o absolutismo com a Idade Média. É óbvio que sair da condição de servo da gleba para a de súdito é uma evolução. Mas será que gostaríamos de nos encontrar nesta posição até hoje?⁸⁷

A livre apreciação da prova, apesar de ser justificada por argumentos democráticos, está intimamente ligada ao uso de provas produzidas durante a investigação preliminar. Isto posto, tal modelo não se mostra em harmonia com o estágio atual dos regimes políticos de quase todos os países desenvolvidos e em desenvolvimento do mundo. Com isso, a solução ultrapassa a escolha de algum desses três modelos mencionados. A saída é transcender o que já existe no campo processual, pois já não se mostra mais compatível com a evolução em outras áreas, em direção a um modelo de apreciação das provas que efetivamente limite a atuação

⁸⁶ STRECK, Lenio Luiz. **A ficção da verdade real e os sintomas da falta de compreensão filosófica da ciência processual**. Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, n. 70, set./dez. 2011. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1325166560.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2016. p. 234.

⁸⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Como assim "cada um analisa de acordo com seu convencimento?"** Revista Conjur, 15 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-15/lenio-streck-assis-cada-analisa-acordo-convencimento>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

do magistrado, visto que não existe democracia em paralelo com poder absoluto.⁸⁸

Por tudo isso, se manifesta surpreendente e assustadora a rejeição dos avanços dos paradigmas da filosofia pelo direito processual penal. Mais uma vez, não admitem que possa haver uma solução fora do campo processual. Ora, será que a saída é a escolha entre meros três modelos de apreciação da prova, há tanto tempo inventados? Será que a filosofia, mais precisamente, o ramo dela que estuda a compreensão dos objetos - epistemologia - não desenvolveu nada além disso que seja realmente uma escolha em conformidade com a contenção do poder? É necessário vencer a ideia de que a escolha do menos pior não pode ser superada pela criação (ou, no caso, importação) de um modelo de apreciação das provas realmente democrático.

No meio processual, ainda não foi compreendido que o livre convencimento nada mais é do que a outra face da filosofia da consciência. Logo, sua superação não é sinônimo de subtração do pensamento do juiz. Ou seja, o que é atacado é a forma como ocorre a relação entre o sujeito e o objeto, e não a existência do primeiro. Enfim, o que se procura para o processo penal é o fim da arbitrariedade do julgador (subjetividade assujeitadora das coisas). Isto é, o fim das decisões baseadas em seu convencimento pessoal e toda a insegurança e desrespeito a isonomia que esse sistema causa. Todavia, isso não quer dizer que o magistrado esteja proibido de interpretar. E, muito menos, de pensar.

Por conseguinte, o que propõe o paradigma da linguagem é a substituição do autoritarismo (relativismo) do esquema sujeito-objeto, típico da filosofia da consciência, pela intersubjetividade. À vista disso, o sujeito continua essencial para o processo cognitivo. No entanto, deve ter em mente a separação entre convencimento e compreensão, através de métodos racionais.

Desse modo, o grande problema do livre convencimento não é a atividade crítica do juiz, mas sim o embasamento na relação sujeito-objeto. Pois que, o que ocorre, através dela, é um sujeito atribuindo sentidos a partir de sua subjetividade (assenhoramento das provas). O fortalecimento do sujeito solipsista impede o florescimento do paradigma da linguagem - relação sujeito-sujeito. E, tal

⁸⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Como assim "cada um analisa de acordo com seu convencimento?"** Revista Conjur, 15 abr. 2013. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2013-abr-15/lenio-streck-assis-cada-analisa-acordo-convencimento>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

vício não é resolvido com a simples justificação da decisão do julgador. Isto é, a mera justificação não impede que o sujeito decida antes de fundamentar.⁸⁹

Ora, basta a apuração das decisões dos julgadores, para se deparar, não com argumentos que servem de condição ou de pressupostos para a formação daquela compreensão/decisão, mas, com explicações do porquê tal decisão foi tomada. Se tal decisão já havia sido tomada, é porque o fundamento não assistiu em sua elaboração.

Por tudo isso, se mostra evidente que o avanço no campo processual necessita, invariavelmente, da introdução no processo penal dos avanços no campo filosófico. Somente dessa maneira o direito poderá se libertar da noção de decisão como ato de vontade. Nem mesmo a tentativa mirabolante de se adicionar racionalidade ao livre convencimento, através da descrição da decisão tomada, sobreviveria.⁹⁰

No livre convencimento (livre apreciação da prova) as provas estão no plano da argumentação, ou seja, são expostas como motivos para ter se chegado a tal decisão. Como já foi dito, isso não limita a decisão judicial, já que permite que se decida primeiro e explique depois (tal fato pode não acontecer, mas o que se busca é o controle para que nunca ocorra). É isso condizente com a democracia? O Estado de Direito não surge para que não fiquemos mais sujeitos à posição moral das pessoas que estão temporariamente no poder? Pensando como os defensores da ambição da verdade, como freio ao poder, é isso o que realmente poderia levar à compreensão da essência das coisas? Defender a livre apreciação das provas é o mesmo que defender que nem mesmo elas reduzem a subjetividade das decisões, uma vez que não se encontram no plano da construção da percepção, mas sim no da justificação das decisões.⁹¹

Conforme Streck:

⁸⁹ STRECK, Lenio Luiz. **A ficção da verdade real e os sintomas da falta de compreensão filosófica da ciência processual**. Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, n. 70, set./dez. 2011. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1325166560.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2016. p. 236.

⁹⁰ STRECK, Lenio Luiz. **A ficção da verdade real e os sintomas da falta de compreensão filosófica da ciência processual**. Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, n. 70, set./dez. 2011. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1325166560.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2016. p. 238.

⁹¹ STRECK, Lenio Luiz. **A ficção da verdade real e os sintomas da falta de compreensão filosófica da ciência processual**. Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, n. 70, set./dez. 2011. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1325166560.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2016. p. 238.

"Estamos de acordo com o fato de que, na democracia, há um algo anterior do que simplesmente motivar. Estamos de acordo de que não podemos concordar com a máxima de que "se sou livre para escolher, motivo de qualquer jeito. Se quero condenar, condeno... e depois busco o fundamento. E vice e versa." Não. Não pode ser assim. Uma sentença não é um ato teleológico. O ato de decidir é deontológico."⁹²

Assim sendo, não pode ser admitido que a prova é produzida para se averiguar o "erro" ou "acerto" daquela decisão, mas, sim, para entender aquilo que a tradição produziu como direito e, então interpretar, de forma coerente, o conjunto de provas levadas para o processo, pelas partes. A explicação daquilo que o convenceu deve, portanto ser transformada em explicação dos motivos que levaram a compreender aquilo, o que permite oferecer uma eficaz justificação de sua interpretação (não pode existir mais de uma resposta adequada ao caso concreto).⁹³

Por tudo isso apresentado, não pode ser reconhecido, como um processo efetivamente acusatório, aquele que conserva, no âmbito processual penal, traços de paradigmas filosóficos já ultrapassados e não condizentes com o regime democrático. A metafísica gera condutas e institutos gravíssimos para o devido processo legal, inclusive o modelo do livre convencimento (motivado ou não). Este, por sua vez, concebe o poder absoluto ao julgador. Porém, em um Estado de direito, nenhum poder pode ser ilimitado. Dessarte, para se estabelecer um sistema processual penal de equilíbrio entre poder punitivo e defesa das garantias individuais, é imprescindível a instauração da prevalência das formas sobre as condutas, isto é, o império das leis (concepção de moral extraída do povo soberano) sobre o convencimento pessoal (concepção de moral extraída do magistrado).⁹⁴

⁹² STRECK, Lenio Luiz. **Aqui se faz, aqui se paga ou "o que atesta Malatesta"**. Revista Conjur, 11 out. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-out-11/senso-incomum-aqui-faz-aqui-paga-ou-atesta-malatesta>>. Acesso em: 28 nov. 2016.

⁹³ STRECK, Lenio Luiz. **A ficção da verdade real e os sintomas da falta de compreensão filosófica da ciência processual**. Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, n. 70, set./dez. 2011. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1325166560.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2016. p. 238.

⁹⁴ STRECK, Lenio Luiz. **A ficção da verdade real e os sintomas da falta de compreensão filosófica da ciência processual**. Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, n. 70, set./dez. 2011. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1325166560.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2016. p. 238-240.

4 A APLICAÇÃO EM CASOS CONCRETOS DO PRINCÍPIO DA BUSCA DA VERDADE E DO PRINCÍPIO DO PÁS DE NULLITÉ SANS GRIEF

O presente capítulo buscará exemplos na jurisprudência de decisões que são exclusivamente fundamentadas em “princípios” excessivamente abertos, servindo de verdadeiros coringas para justificar as mais diversas medidas, o que, sem dúvida, põe em risco todas as garantias do réu, positivadas em leis e na Constituição, e a própria existência do Processo Penal como um conjunto de normas pré-definidas (devido processo legal).

Muitas vezes, esses princípios são importados de outros ramos do direito em uma tentativa esdrúxula de criar normas universais para o Processo Civil e Processo Penal, através de uma Teoria Geral do Processo. Entretanto, como conformar coisas que possuem suas estruturas fundantes tão distintas?

Como falar no Processo Penal de distribuição de cargas probatórias se aqui o ônus da prova é sempre da acusação? Ninguém discute o *in dubio pro reo* e as mais variadas atrocidades que antecederam seu efetivo estabelecimento no processo, mas é normal que as Cortes Superiores no Brasil afirmem que a nulidade alegada pela parte deve vir concomitantemente com sua comprovação de prejuízo? Aonde foi parar o *in dubio pro reo*? Isso tudo é justificado pela pretensa busca da verdade. Ou seja, se importam institutos do Processo Civil para relativizar normas pré-estabelecidas do Processo Penal (pois é isso que o “princípio” do *pás de nullité sans grief* faz) com o argumento de que isso é eficaz na busca da verdade.⁹⁵

Além de relativizarem as regras, desrespeitam um dos vetores do direito processual penal que é o princípio do *favor rei*. O que causa uma perplexidade evidente, já que, hoje em dia, muitos magistrados parecem entusiastas dos princípios, lançando mão deles, indiscriminadamente, para justificarem a não aplicação do evidente texto legal.

Tais atitudes contrariam frontalmente o papel que o juiz deveria ocupar em um Processo Penal efetivamente acusatório. Isto é, diferentemente do que ocorre no Processo Civil, o juiz aqui possui o dever de zelar pelo respeito às garantias

⁹⁵ LOPES JR., Aury. **Teoria geral do processo é danosa para a boa saúde do processo penal**. Revista Conjur, 27 jun. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-27/teoria-geral-processo-danosa-boa-saude-processo-penal>>. Acesso em: 12 set. 2017.

fundamentais do acusado. A jurisdição no processo penal é uma garantia fundamental, é o limite de poder.

Todos estão em harmonia quando se afirma que as garantias no Processo Penal devem ser respeitadas, sob pena de retorno aos regimes totalitários e fim da democracia. Entretanto, acham normal que Magistrados constantemente afastem as formas definidas para o Processo Penal? O que é visto que ocorre sem nenhum pudor e limite, uma vez que ninguém definiu quais formas poderiam ser afastadas e quais não poderiam. Melhor dizendo, alguém definiu as formas que deveriam ser seguidas e quais não deveriam, quem fez isso foi a lei e a Constituição. Todavia, parece que não foi o suficiente para que aqueles que deveriam ser os responsáveis por garantir o seu respeito, muitas vezes, sejam os responsáveis pelo seu descumprimento. Logo, apesar das formas serem garantias (limites impostos a atuação estatal), parece que ninguém liga para seu descumprimento.

Tudo isso baseado em justificativas como: isso se mostra indispensável em razão da busca pela verdade. Ou, a forma é instrumento (mais uma importação do Processo Civil), logo pode ser relativizada, caso o réu não demonstre prejuízo. Um verdadeiro combo de aplicação do “princípio” do *pás de nullité sans grief* com o desrespeito a presunção de inocência do acusado e do ônus da prova inteiramente para a acusação.⁹⁶

Para exemplificar o que foi dito e aprofundar em tais questões lança-se mão da transcrição de algumas decisões de Tribunais Superiores do país:

4.1 PRIMEIRO CASO

(Andamento do Processo n. 2017/0164875-4 – Agravo / Recurso Especial – 11/09/2017 do STJ.)

Trata-se de agravo interposto por **ERIANIS RODRIGUES DE OLIVEIRA** contra decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que inadmitiu recurso

⁹⁶ LOPES JR., Aury. **Teoria geral do processo é danosa para a boa saúde do processo penal.** Revista Conjur, 27 jun. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-27/teoria-geral-processo-danosa-boa-saude-processo-penal>>. Acesso em: 12 set. 2017.

especial fundamentado nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional.

A MMA. Juíza de 1o Grau condenou o ora agravante como incurso nas sanções do art. 129, § 9o, do Código Penal, à pena de **07 (sete) meses de detenção**, em regime inicial **semiaberto** (fls. 128-135).

O Egrégio Tribunal **a quo**, em decisão unânime, negou provimento ao apelo defensivo, para manter a sentença condenatória recorrida, por seus próprios termos (fls. 214-230).

Sobreveio recurso especial, com fulcro nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, no qual se alega violação aos arts. 158, **caput**, e 212, **caput**, ambos do Código de Processo Penal, bem como a ocorrência de dissídio jurisprudencial sobre o tema. Para tanto, alega que "[...] a prova oral coligida que embasa o decreto condenatório é nula e não pode ser considerada meio de prova válido, uma vez que há produção de prova pelo julgador monocrático, em divergência ao que dispõe o art. 212, parágrafo único, do Código de Processo Penal e ao Princípio acusatório" (fl. 241). Acrescenta, outrossim, que "isso se dá pelo fato de estar ausente o Ministério Público na solenidade e o Magistrado, em sua substituição, faz os questionamentos às testemunhas" (fl. 241). Por fim, diz que "inexiste nos autos prova válida para a comprovação da ocorrência do delito de lesões corporais, uma vez que inexistente perícia realizada capaz de demonstrá-la" (fl. 247).

O especial foi inadmitido na origem pela incidência da **Súmula n. 83/STJ** (fls. 285-296).

Daí o presente agravo, no qual o agravante repisa os argumentos expendidos no apelo nobre e rebate o fundamento da decisão que o inadmitiu (fls. 313-323).

Contraminuta apresentada pelo Ministério Público (fls. 336-342).

O Ministério Público Federal opina pelo **não provimento** do agravo (fls. 354-361), em parecer cuja ementa registra:

"AGRAVO VOLTADO PARA O DESTRANCAMENTO DE RECURSO ESPECIAL. CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DO CRIME DE LESÃO CORPORAL EM ÂMBITO FAMILIAR. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AOS ARTS. 158 E 212 DO CP.

AUSÊNCIA DO MP EM AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. PERGUNTAS FORMULADAS PELO MAGISTRADO. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO PELA DEFESA. INOCORRÊNCIA. PRECLUSÃO. COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE DO DELITO. AUSÊNCIA DE EXAME DE CORPO DE DELITO. ATESTADO MÉDICO. POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE APENAS REFLETE A JURISPRUDÊNCIA FIRMADA NO ÂMBITO DESSA CORTE AD QUEM. INCIDÊNCIA DO ÓBICE PREVISTO NO VERBETE SUMULAR Nº 83/STJ. PRECEDENTES. PARECER PELO IMPROVIMENTO DO AGRAVO".

É o relatório.

Decido. O recurso não merece prosperar.

Inicialmente, no que concerne à alegação de violação ao art. 212, caput, do Código de Processo Penal, no sentido de que a ausência do órgão ministerial a audiência de instrução e julgamento teria tornado nulo, identifico que o recurso não reúne condições de trânsito.

Isso porque, ao negar provimento ao recurso de apelação criminal ali interposto pela Defesa, sobre a **quaestio**, consignou o Egrégio Colegiado a **quo**:

"No entanto, não assiste razão ao recorrente, uma vez que, tendo sido devidamente intimado o Ministério Público para a audiência de instrução, o seu não comparecimento ao ato não implica nulidade da prova produzida na solenidade, eis que oportunizada a presença ao órgão acusatório com sua prévia intimação, não impondo, nem mesmo, um juízo absolutório.

Além disso, inexistente qualquer prejuízo ao acusado na ausência do Promotor de Justiça na audiência, ao contrário, somente o beneficia, pelo que descabe falar em inobservância do procedimento legal, conforme pacificado na jurisprudência:

[...]

Ademais, não há amparo legal à tese do chamado 'sistema penal acusatório',

pelo qual o juiz seria mero expectador da produção da prova.

Isso porque o art. 212 do Código de Processo Penal estabelece, em sua nova redação:

[...]

Como se verifica, o que prevê o dispositivo é que as perguntas das partes sejam formuladas diretamente à testemunha, mantendo o dever do juiz de não admitir aquelas que pudessem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. Logo, impõe a norma ao juiz o controle das perguntas formuladas pelas partes, indeferindo aquelas impertinentes.

Além disso, estabeleceu o parágrafo único:

'Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição' (incluído pela Lei no 11.690, de 2008)

Ou seja, mesmo após as perguntas das partes, poderá o juiz complementar a inquirição.

[...]

Assim, mesmo na nova redação do art. 212, manteve a lei o papel judicial de zelar pela regularidade e qualidade da prova e pelo devido esclarecimento dos fatos, dentro da inteligência das alterações introduzidas pela Lei n. 11.690/2008, como se verifica, também, da nova redação do art. 156 do Código de Processo Penal:

[...]

Dessa forma, atribui a lei ao juiz o poder para, de ofício, determinar a produção de provas que considerar relevantes, mesmo antes de iniciada a ação penal, no curso dessa e antes da sentença.

[...]

Por conseguinte, não pode ser interpretada a norma do art. 212 isoladamente, levando a equívoco, mas, ao contrário, deve sê-lo

sistematicamente, inclusive, com as demais alterações realizadas no Código de Processo Penal.

Com efeito, da análise do trecho acima transcrito, constata-se que, ao contrário do que mencionado pelo ora agravante, não se vislumbra, **in casu**, o alegado prejuízo, pela só ausência do **Parquet** na audiência de instrução.

Como ressaltado pelo ilustre representante ministerial, em seu d. parecer: "o fato de o magistrado ter formulado as perguntas sem mesmo a presença do MP, por si só, não implica nulidade do ato, vez que incomprovada a ocorrência de prejuízo a qualquer das partes" (fls. 358-359).

Nesse sentido, confira-se:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO. AUSÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AUDIÊNCIA DE OITIVA DE TESTEMUNHAS DE ACUSAÇÃO. ART. 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NULIDADE. DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. NÃO OCORRÊNCIA. I - A alegada inobservância do preceituado no art. 212 do Código Processual Penal, no que se refere à ausência do Ministério Público na audiência de oitiva de testemunha, configura nulidade relativa que, diante do princípio pas de nullité sans grief, deve ser arguida em momento oportuno, com a efetiva demonstração do prejuízo sofrido (precedentes). Agravo regimental desprovido."

(AgRg no AREsp n. 655.690/RS, Quinta Turma, de minha lavra, DJe de 11/5/2016, grifei).

Tal decisão, passível de inúmeras críticas, evidencia o lugar que ocupa o judiciário brasileiro no que tange às questões expostas no começo do capítulo da presente monografia.

Primeiramente, o Ministro Relator Felix Fischer começa justificando a decisão, afirmando não ser motivo de nulidade a ausência do órgão acusador na audiência de instrução e julgamento, lê-se Ministério Público, que é o único órgão com a

competência para promover a ação penal pública. Para não deixar dúvidas:

Constituição da República Federativa Brasileira:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I – Promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

Uma das características principais (e que ninguém ousa discutir) é a inércia da jurisdição. Mas parece que, como tantos outros institutos, é possível sua relativização para inúmeros juristas. Ora, se o juiz não pode promover de ofício sua própria atuação, através de uma ação penal, o que, por evidente, comprometeria sua imparcialidade, qual sentido de permitir a produção de provas que ele mesmo irá valorar ao final do processo? A repartição de competências é característica de um regime democrático e a usurpação delas mostra evidente apego ao totalitarismo e ao Sistema Inquisitivo. Como então aceitar que o juiz pode substituir o Ministério Público na promoção da ação penal na audiência de instrução e julgamento? Impossível.

Como assevera Aury Lopes Jr. e Alexandre Moraes da Rosa:

"o juiz-ator-inquisidor viola toda a estrutura acusatória-constitucional, colide com o devido processo legal substancial, mata o contraditório (tratamento igualitário) e, principalmente, fulmina a imparcialidade (o imenso prejuízo que decorre dos pré-juízos, pois quem procura, procura algo...ou seja, decide primeiro e depois vai atrás dos argumentos que justificam a decisão já tomada, etc.). Sem falar no que já conhecemos de pré-julgamento a partir da teoria da dissonância cognitiva."⁹⁷

Além disso, como defender que tal desrespeito da forma não passa de nulidade relativa e exigir do acusado a comprovação de prejuízo? Aonde fica o ônus de prova inteiramente na mão do acusador? Mais uma vez importa-se um instituto do Processo Civil inteiramente inaplicável ao Processo Penal. Como já dito, no Processo Penal forma é garantia, logo incapaz sua relativização.

O Magistrado no momento em que realiza a interpretação do artigo 212

⁹⁷ LOPES JR., Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. **A dispensabilidade do Ministério Público diante do juiz-faz-tudo**. Revista Conjur, 19 jun. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jun-19/limite-penal-dispensabilidade-ministerio-publico-diante-juiz-faz-tudo>>. Acesso em: 12 set. 2017.

do Código de Processo Penal (após a realização da alteração promovida em 2008) inverte completamente o sentido daquele texto legal para fundamentar uma decisão completamente oposta à finalidade do artigo.

Ora, o que quer dizer o parágrafo único do artigo 212 do CPP com: “Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá **complementar** a inquirição”. Quer dizer que, a intenção do legislador era justamente acabar com o papel do juiz inquisidor na produção da prova testemunhal para dar lugar a um juiz alheio à produção de provas. E, isso significa que esse dispositivo é um dos que servem de fundamento para o Princípio Acusatório, e não um que exclui sua incidência em nosso ordenamento, como quis o Relator Ministro Felix Fischer.

É evidente que o papel do Magistrado então seria principalmente a fiscalização das inquirições realizadas pelas partes. Tal conclusão é inequívoca, através da simples leitura do caput do artigo 212 do CPP. Não é preciso lançar mão de pomposos princípios e nem de interpretações sistemáticas e outras quaisquer. Basta a simples leitura do artigo para a percepção de sua manifesta conformidade com a Constituição.⁹⁸

É necessário esclarecer que não está se tentando defender uma volta ao exegetismo literalista. Todos sabemos que o Direito não cabe na lei, mas algumas vezes pode ser que caiba. Qual seria o problema disso? Melhor dizendo, às vezes é necessária tão somente a leitura do dispositivo para se definir limites semânticos que demarcam as possíveis soluções para determinado fato.

A literalidade não é da essência abstrata do texto legal, ou seja, o intérprete deve compreender que aquele texto está inserido dentro de uma realidade cultural (filosofia da linguagem), de um contexto. Entretanto, tal realidade possui limites que não permitem que se possa atribuir qualquer sentido (extrair qualquer norma) a um texto legal.

Por exemplo, se no início dos anos 1960 fosse publicada uma lei com o seguinte teor: Proibido usar biquínis. Claramente, a partir de seu contexto, a interpretação correta seria que o único traje de banho permitido seria o maiô. Porém, nos dias de hoje, caso a lei com o mesmo texto fosse publicada, a interpretação

⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. **E a professora disse: "Você é um positivista"**. Revista Conjur, 23 ago. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-ago-23/senso-incomum-professora-disse-voce-positivista>>. Acesso em: 12 set. 2017.

adequada, através da análise do contexto inserido, seria que naquela praia em que a lei tem vigência é proibido usar trajes de banho, seria, então, uma praia de nudismo.

É como se a solução da hermenêutica estivesse situada entre os extremos da literalidade e discricionariedade. Porém, o que não pode ocorrer é a não aplicação da norma que claramente se extrai do enunciado legal, porque assim o quis o Magistrado ou porque na "ponderação do sistema" não cabe sua aplicação. Hermenêutica não é arbitrariedade. Não é atribuir qualquer sentido sobre qualquer coisa.⁹⁹

Sinteticamente, explica Streck qual é o papel do intérprete:

"Insisto: literalidade e ambiguidade são conceitos intercambiáveis que não são esclarecidos numa dimensão simplesmente abstrata de análise dos signos que compõem um enunciado. Tais questões sempre remetem a um plano de profundidade que carrega consigo o contexto no qual a enunciação tem sua origem. Esse é o problema hermenêutico que devemos enfrentar! Problema esse que, argumentos ilusórios como o mencionado, só fazem esconder e, o que é mais grave, com riscos de macular o pacto democrático."¹⁰⁰

Isto é, o papel do juiz, por óbvio, não é a mera leitura do enunciado legal. Entretanto, a sua interpretação deve focar na leitura mais apropriada do enunciado, de acordo com a realidade cultural em que foi desenvolvido. Ou seja, tentar encontrar dentro do círculo possível de sentido daquele texto qual é o que se mostra adequado de acordo com o contexto. Essa é sua função. Não pode afastar um princípio (norma) expresso desenvolvido democraticamente, sob a justificativa de que não é o que o ordenamento jurídico quis. Que tipo de fundamentação é essa, se não uma tentativa de esconder o real motivo que é o ranço inquisitório que ainda trazem consigo?

No que tange ao processo, o Magistrado fica restrito à tutela das formas (lê-se garantias) com o principal objetivo de impedir quaisquer descumprimentos, e não, como se vê cotidianamente, afastá-las em prol de interesses ditos públicos,

⁹⁹ STRECK, Lenio Luiz. **E a professora disse: "Você é um positivista"**. Revista Conjur, 23 ago. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-ago-23/senso-incomum-professora-disse-voce-positivista>>. Acesso em: 12 set. 2017.

¹⁰⁰ STRECK, Lenio Luiz. **E a professora disse: "Você é um positivista"**. Revista Conjur, 23 ago. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-ago-23/senso-incomum-professora-disse-voce-positivista>>. Acesso em: 12 set. 2017.

muitas vezes. O interesse público do Processo Penal é o respeito às garantias fundamentais expressamente definidas na Constituição, e nada mais.¹⁰¹

Em um segundo plano, mas ao mesmo tempo igualmente relevante para comprovar a nulidade de um Processo, sem a presença do Ministério Público, quando a lei definiu sua participação, é sua função de fiscal do ordenamento jurídico. Da mesma forma, para não deixar dúvidas:

Constituição da República Federativa Brasileira:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

II – Zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nessa Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia

E, ainda:

Constituição da República Federativa Brasileira:

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais disponíveis

Porém, o questionamento que pode ser feito é: quando o Ministério Público terá essa função de fiscal do ordenamento jurídico e de garantias constitucionais? Seria somente quando intervém na ação ou também quando é o incumbido de propor aquela ação, como ocorre no Processo Penal na maioria das vezes?

A resposta vem com o ensinamento do professor Hugo Nigro Mazzilli:

“No fundo, pouco importa se o Ministério Público propõe ou intervém numa ação: em tese, ele sempre fiscalizará o correto cumprimento da lei... Assim, numa ação civil pública ambiental, com o mesmo objeto que no exemplo anterior, se o Ministério Público não a propôs, mas nela oficia como órgão

¹⁰¹ LOPES JR., Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. **A dispensabilidade do Ministério Público diante do juiz-faz-tudo**. Revista Conjur, 19 jun. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jun-19/limite-penal-dispensabilidade-ministerio-publico-diante-juiz-faz-tudo>>. Acesso em: 12 set. 2017.

interveniente, não estará igualmente zelando pelo correto cumprimento da lei? Deixemos de lado o aspecto puramente circunstancial de ter ele proposto a ação ou de estar intervindo numa ação já proposta por um colegitimado, e perguntemos: há alguma diferença teleológica na atuação do Ministério Público nessas duas ações ambientais? Pois que não: poderá produzir provas, impugnar, recorrer, na defesa dos interesses que lhe são afetos. É o mesmo que ocorre na área penal: num habeas corpus ou numa ação penal privada, ao intervir, não estará também o Ministério Público buscando fazer com que a vontade da lei prevaleça, da mesma forma que o estaria, se estivesse promovendo ele próprio o mesmo habeas corpus ou uma ação penal pública?”¹⁰²

Continua:

“Mais importante, portanto, do que dizer inutilmente que ele é fiscal da lei, ou mais relevante do que perquirir se o Ministério Público é parte imparcial, é buscar saber a causa que o trouxe ao processo, para daí buscar as finalidades protetivas de sua atuação. A causa da atuação ora é um interesse ligado a uma pessoa, ou a uma relação jurídica, ou ao bem de todos; mas, seja numa hipótese ou noutra, sempre haverá um interesse público a ser zelado pela instituição, que será o zelo por uma indisponibilidade ou a defesa de um interesse de grande abrangência ou relevância social. Num processo em que não haja interesse algum pelo qual deva zelar, então nesses autos não deve estar oficiando.”¹⁰³

A partir dos ensinamentos do professor, é visto que, além da atuação como parte, no sentido de ocupar a relação jurídica processual, o Ministério Público possui um interesse imparcial, ou seja, que não está adstrito a motivos privados. Logo, sua atuação não é semelhante à do advogado de acusação, no caso de uma ação penal privada, que acusa a qualquer custo ou um advogado da defesa que defende o réu a qualquer custo.

O Ministério Público, segundo a nossa Constituição, tanto quando atua promovendo a ação penal, quando como intervém em ações, em ambos os casos sendo considerado parte, deve buscar sempre a eficácia do ordenamento jurídico e o respeito às formas e garantias. Tal argumento é evidenciado quando o Promotor

¹⁰² MAZZILLI, Hugo Nigro. **O Ministério Público é parte imparcial?** Revista dos Tribunais, 913/289, São Paulo, 2011.

¹⁰³ MAZZILLI, Hugo Nigro. **O Ministério Público é parte imparcial?** Revista dos Tribunais, 913/289, São Paulo, 2011.

pugna pela absolvição do acusado.

Por tudo isso, se mostra indiscutível a necessidade de declarar a nulidade de um processo em que não houve participação do órgão, o qual tem como uma das principais funções a de defender os direitos fundamentais do acusado, impedindo atuações fora dos limites legais na audiência de instrução e julgamento. Assim, é falacioso o argumento do julgador ao afirmar que a ausência do Ministério Público beneficiaria a parte. Não segundo a nossa Constituição.

Alguns podem suscitar a aplicação do artigo 279 do Código de Processo Civil de 2015, porém, como já se sustentou nesse trabalho, não é possível a importação de institutos do Processo Civil para o Processo Penal, inclusive a relativização de nulidades.

Voltando a analisar a decisão do Ministro do STJ, o julgador chega a afirmar que não existe qualquer dispositivo legal que fundamente o Princípio Acusatório em nosso ordenamento, e, ainda lança mão do novo artigo 212 do CPP para defender seu argumento!

Não é apenas no Superior Tribunal de Justiça que se encontra posições nesse sentido. O STF, no HC 103.525, já decidiu que o descumprimento do artigo 212 do CPP, ou seja, o ativismo judicial na inquirição das testemunhas é uma nulidade relativa, isto é, praticamente nulidade nenhuma. Em tal decisão, o STF, em sua fundamentação, afastou a separação das funções de acusar e julgar no decorrer do processo (Princípio Acusatório) para defender a aplicação do princípio do *pás de nullité sans grief*. O que se mostra totalmente inadequado hermeneuticamente.

Nas palavras de Lenio Streck:

"No caso desse Habeas Corpus, nossa Suprema Corte deu mais valor a um axioma do século XIX que a um princípio do século XXI (depois dizem que os princípios são normas...; pois é!). Na verdade, o STF está deixando de aplicar um artigo do CPP votado e aprovado democraticamente, sem qualquer fundamento constitucional para invalidar o referido dispositivo (relembro que

o Judiciário somente pode deixar de aplicar uma lei em seis hipóteses)."¹⁰⁴

4.2 SEGUNDO CASO

(HABEAS CORPUS Nº 387.122 - SP (2017/0021237-2) - STJ)

Trata-se de habeas corpus, com pedido liminar, impetrado em favor de JOAO VITOR MARTINS ALVES, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC nº 2233234-96.2016.8.26.0000).

Consta dos autos que o paciente foi denunciado, em 5.9.2016, como incurso no artigo 157, § 2º, incisos I, II e V, do Código Penal - Processo nº 0070910-43.2016.8.26.0050, Controle nº 1528/16, da 24ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo/SP. Consta da denúncia o seguinte (fls. 114/118):

"Consta do incluso inquérito policial que, no dia 23/08/2016, por volta das 11h30min, CAIO DE JESUS OLIVEIRA, (...), JOÃO VITOR MARTINS ALVES, (...), VINÍCIUS JUAN SANTANA DE PAULA, (...) e outros dois indivíduos não identificados, adentraram no imóvel residencial situado na rua Iperana, número 169, Belém, nesta Capital, onde, agindo em concurso e com unidade de desígnios adrede avençados, empunhando facas de cozinha (...), com as quais exerceram grave ameaça, anunciaram o roubo à vítima protegida (...), de forma a impossibilitar-lhe qualquer resistência, e dela subtraíram, para si, alianças, joias, bijuterias, relógio, cartões, televisores, torradeira, cafeteira e outros objetos descritos e avaliados às fls. 20/21 e 109 em R\$ 15.900,00, certo que parte deste material foi acondicionado no veículo da vítima que se achava na garagem, e do qual já dispunham da chave, igualmente subtraída, porém, antes que deixasse o local foram detidos por policiais militares.

Apurou-se que CAIO, JOÃO VITOR, VINICIUS JUAN e outros dois indivíduos não identificados, utilizando-se do veículo Peugeot, modelo 208, placa (...), produto de origem espúria ('b.o.' 2.660/2016 – 30º DP/Tatuapé – fls. 30/32, e objeto de

¹⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz. E a professora disse: "Você é um positivista". Revista Conjur, 23 ago. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-ago-23/senso-incomum-professora-disse-voce-positivista>>. Acesso em: 12 set. 2017.

procedimento próprio – fls. 113), dirigiram-se à casa da vítima protegida (Prov. 30 – CGJ - fls.10/11), certo que nesta ocasião já haviam substituído a placa original pela (...).

No local, CAIO permaneceu no interior do veículo Peugeot, modelo 208, placa (...), estacionado defronte a casa da vítima protegida (Prov. 30 – CGJ - fls.10/11), mas do outro lado da via, e assim procedeu, conforme o acordado, para dar 'cobertura' à ação de seus comparsas e fuga ao final da empreitada criminosa.

(...)

Então, patrulhando o bairro, militares depararam-se com um veículo Peugeot, modelo 208, branco, estacionado defronte a casa da vítima protegida (Prov. 30 – CGJ - fls.10/11), mas do outro lado da via, certo que ainda não tinham conhecimento do roubo que se executava. Uma pessoa ocupava o banco do motorista.

Abordado, o motorista do veículo foi identificado como sendo CAIO DE JESUS OLIVEIRA, certo que não dispunha de seus documentos e nem do veículo e também não soube explicar, num primeiro momento e de forma convincente, o que ali fazia. Após, descoberto o roubo, acabou confessando sua participação.

Por fim consta que em meio a abordagem a CAIO, um barulho soou do imóvel da frente e os policiais tiveram sua atenção voltada para ele, e viram na janela uma pessoa fazendo gestos, chamando-lhes a atenção. Ao ingressarem no imóvel, os policiais conseguiram prender JOÃO VÍTOR, VINÍCIUS JUAN. Os outros dois agentes fugiram e não identificados.

Os agentes que fugiram, e não foram, por isso, identificados, levaram consigo uma caixa contendo joias, um relógio e um celular.

Os instrumentos utilizados na prática do crime, tais como facas, foram apreendidos.

Consta ainda que o veículo Peugeot 208, branco, placa (...), é produto de roubo praticado por JOÃO VITOR e VINICIUS JUAN, sendo que para a apuração deste fato foi instaurado procedimento próprio – Ver fls. 113.

(...)

Ante o exposto, denuncio-os como incurso no art. 157, parágrafo 2o, incisos I (arma branca - apreendidas), II (concurso de agentes) e V (restrição da liberdade), do Código Penal, requerendo que, recebida esta, eles sejam citados e intimados para apresentarem resposta à acusação e para acompanharem os demais atos processuais até final sentença condenatória, ouvindo-se, oportunamente, as pessoas abaixo relacionadas.

ROL-: Vítima protegida – fls.10/11. Rafael Adamo Palladino – fls. 05/06 – PM José Claudio de Sobral – fls. 08/09 – PM"

Recebida a incoativa em 20.9.2016 (fl. 119), foi designada audiência de instrução e julgamento para o dia 10 de novembro de 2016, tendo comparecido além das testemunhas de defesa e acusação previamente indicadas, duas outras testemunhas que foram ouvidas como testemunhas do juízo.

Na assentada, os causídicos constituídos dos acusados impugnaram a oitiva das duas testemunhas ao argumento de que não foram previamente arroladas e nem informadas à defesa. Argumentaram os patronos, ainda, que o próprio Ministério Público, na denúncia, afirmou que essas duas testemunhas, que são as vítimas do roubo do veículo Peugeot 208, seriam tratadas em procedimento próprio.

O magistrado de primeiro grau, no entanto, indeferiu o pedido defensivo e determinou a oitiva das testemunhas como sendo do juízo (fls. 120/127).

Irresignada, a defesa impetrou prévio writ, tendo o Tribunal a quo denegado a ordem na data de 2.2.2017. Eis a ementa do aresto impugnado (fl. 144):

"Habeas Corpus. Roubo qualificado. Impetração pleiteando a anulação do processo de origem e o relaxamento da prisão. Testemunha do juízo. Procedimento regular. Prejuízo não demonstrado. Constrangimento ilegal não configurado. Presença dos pressupostos da prisão processual previstos no art. 312, do CPP. Imprescindibilidade da custódia cautelar para a garantia da ordem pública. Ordem denegada."

Daí o presente mandamus, em que o impetrante sustenta a ilegalidade dos

procedimentos adotados em sede de audiência de instrução, que permitiu a oitiva de testemunhas que não foram previamente arroladas pela acusação e nem mesmo informadas à defesa.

Assevera que "o Ministério Público, embora ciente das vítimas do roubo do citado veículo utilizado no roubo à residência, e qualificadas como FCON e SST, não as arrolou na denúncia, bem como, na própria denúncia registrou que tal fato e pessoas seriam objeto de apuração em procedimento próprio" (fl. 7).

Salienta que "as testemunhas do juízo, assim adotadas pela douta juíza de piso, foram ouvidas na audiência de instrução primeiro que a própria vítima do processo em que o paciente é acusado, ou seja, na produção da prova oral ouviram-se em primeiro lugar as testemunhas do juízo e ao depois da vítima" (fl. 9).

Argumenta que "passado o momento processual, que é o oferecimento da denúncia, nos termos do artigo 41 do Código de Processo Penal, torna-se ilegal o Ministério Público fazer requerimento de oitiva de pessoas diversas para serem ouvidas em juízo, inclusive, como testemunhas do juízo, quando assim não o fez no tempo correto, e tinha totais condições para isso, sobretudo o conhecimento da existência de tais pessoas nos elementos informativos" (fl. 10).

Aduz que houve violação "aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, ao requerer a integração no processo de pessoas não arroladas na denúncia para serem ouvidas no mesmo dia da audiência de instrução, sem conhecimento prévio da defesa do paciente, pegando a defesa de maneira inesperada e de surpresa, como se fosse de somenos importância" (fl. 12).

Defende que "A regra processual que autoriza ao juiz produzir prova de ofício é clara, e dispõe que isso será permitido quando for necessário ao esclarecimento de dúvida relevante, e no presente caso concreto, não havia dúvida relevante para esclarecer, que permitisse a douta juíza de piso integrar duas pessoas estranhas, até então, ao processo, na relação processual, na condição de testemunha do juízo, vez que a audiência de instrução ainda nem tinha se iniciado, ainda iria se iniciar, portanto nenhuma prova teria sido produzida ainda na audiência de instrução que justificasse dúvida relevante a esclarecer" (fl. 17).

Requer, liminarmente, a suspensão do trâmite do Processo n. 0070910-43.2016.8.26.0050. No mérito, pugna pela anulação do referido processo, sendo expedido o alvará de soltura em prol do paciente, mediante ou não a imposição de medida cautelar diversa da prisão, nos termos do artigo 319 do Código de Processo Penal.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 167/170, sendo solicitadas informações ao Juízo de primeiro grau, acostadas às fls. 175/206 e 209/240, e à autoridade apontada como coatora, trazidas às fls. 242/251.

Noticiou-se que foi prolatada sentença em 10.2.2017, restando o ora paciente condenado, nos termos da incoativa, à pena de 10 (dez) anos, 7 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, no regime inicial fechado, mais pagamento de 70 (setenta) dias-multa (fl. 176).

Com vista dos autos, o Ministério Público Federal opinou, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral Ana Borges Coelho Santos, pelo não conhecimento do writ (fls. 254/257).

É o relatório.

Decido.

De proêmio, insta salientar que estes autos foram a mim distribuídos por prevenção ao HC nº 377.754/SP, impetrado em prol de corrêu, que restou indeferido liminarmente, com espeque no enunciado nº 691 do Supremo Tribunal Federal.

O objeto da presente impetração abrange a análise da oitiva testemunhal determinada pelo magistrado a quo.

Nessa senda, confira-se o dito pelo juiz de primeiro grau na audiência de instrução (fls. 120/122):

"[...]"

Colhe-se do aresto vergastado o seguinte, verbis (fls. 146/150):

" [...]"

Primeiramente, destaca-se que o juiz, de ofício, nos termos dos artigos 156, II, e 209 do Código de Processo Penal pode determinar diligências no curso da instrução para dirimir dúvida sobre ponto relevante, bem como ouvir outras testemunhas além das arroladas quando entender necessário, como no presente caso ouvir as vítimas do roubo do veículo posteriormente utilizado na ação delituosa objeto do presente processo, não havendo qualquer objeção legal passível caracterizar como ilegal a prova obtida e passível de nulidade.

O juiz é o destinatário final da prova e se determinou a inquirição dos indivíduos é por considerar relevante para a valoração das provas, ao deslinde da controvérsia e à busca da verdade real, razão pela qual, ainda que não arrolados pela acusação, podem ter suas declarações colhidas, analisadas e utilizadas, nos termos dos próprios artigos acima destacados.

Não há, também, qualquer ilegalidade quanto ao momento processual em que as testemunhas do juízo foram ouvidas, porque durante a audiência, a defesa teve a oportunidade de exercer o contraditório e a ampla defesa, além do que dispôs de chance para se manifestar em alegações finais quanto às declarações por elas prestadas, estando o trâmite processual de acordo com o devido processo legal.

Ademais, é consolidado o entendimento nos Tribunais Superiores que para declaração de nulidade deve ser comprovado o efetivo prejuízo, não bastando a mera alegação de violação de princípios constitucionais e dispositivos de lei processual, como no presente caso, sendo que o magistrado agiu dentro de seus limites na busca pela verdade real e a defesa teve a oportunidade de se manifestar durante e posteriormente à colheita da prova.

[...]

Diante do exposto, não se vislumbra qualquer constrangimento ilegal a ser amparado no presente writ."

Da atenta leitura dos autos, é de ver que o órgão ministerial não arrolou na denúncia como testemunhas duas pessoas que seriam vítimas de um anterior roubo circunstanciado, no qual restou obtido o veículo utilizado pelos acusados no assalto do processo em liça (fls. 114/118).

Não obstante, na audiência de instrução datada de 10.11.2016, o Parquet requereu a oitiva desses dois testigos, restando ambos arrolados como testemunhas do juízo, nos termos do artigo 209 do Código de Processo Penal. Confira-se o que estatui o dispositivo citado:

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

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

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

De se notar que o magistrado de primeiro grau consignou ser relevante a oitiva das vítimas do roubo circunstanciado ao veículo, na busca da verdade real, em virtude das declarações outrora por elas prestadas (fl. 122). Assim, não há falar em qualquer pecha no procedimento, eis que o juízo a quo limitou-se ao disposto na norma vigente.

Nesse sentido, vejam-se os seguintes julgados:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. TESTEMUNHA DO JUÍZO. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. O Juiz de primeiro grau deliberou por ouvir o policial civil Cristian Cesar Moraes da Silva na condição de testemunha do Juízo, faculdade expressamente conferida pelo art. 209, caput, do Código de Processo Penal. Precedentes.

2. Em observância ao princípio da busca da verdade real, não há nulidade na oitiva de testemunha indicada extemporaneamente pelo órgão ministerial, na qualidade de testemunha do juízo. Precedentes.

3. Além de a defesa não haver se insurgido contra a oitiva da testemunha do juízo na própria audiência de instrução, foi-lhe garantida a formulação de perguntas, o que evidencia que houve estrita observância à cláusula constitucional do devido processo legal, de modo que fica afastada a sustentada nulidade do referido ato

processual.

4. Ordem não conhecida."

(HC 135.363/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 12/04/2016, DJe 25/04/2016)

"PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. VIOLAÇÃO SEXUAL MEDIANTE FRAUDE. TESTEMUNHAS ARROLADAS A DESTEMPO PELA ACUSAÇÃO. NULIDADE. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. TESTEMUNHA DO JUÍZO. ART. 209 DO CPP. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

I - Consoante o princípio pas de nullité sans grief, evidenciado no art. 563 do CPP ('nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa'), não há que se falar em declaração de nulidade de ato processual, se dele não resultou qualquer prejuízo concreto para a defesa do recorrente.

II - 'Nos termos do art. 209 do Código de Processo Penal, não configura nulidade a oitiva de testemunha indicada extemporaneamente pela acusação, como testemunha do Juízo [...] (HC n. 95.319, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 18/2/2011). Recurso ordinário desprovido."

(RHC 54.657/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 15/03/2016, DJe 04/04/2016)

"PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TENTATIVA. PRÉVIO MANDAMUS DENEGADO. PRESENTE WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. REQUERIMENTO DO MP. REINQUIRIÇÃO DE TESTEMUNHA E OITIVA DE UMA NOVEL. TESTEMUNHAS DO JUÍZO. POSSIBILIDADE. ARTIGO 209 DO CPP. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. NÃO COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO DA DEFESA. PRINCÍPIO DO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. FLAGRANTE ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus,

em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional e em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso ordinário.

2. Não obstante o prévio requerimento ministerial para a reinquirição de uma testemunha e a oitiva de uma novel, ambas foram arroladas como testemunhas do juízo, nos termos do artigo 209 do Código de Processo Penal, visando dirimir suposta celeuma instaurada no feito, atuando legitimamente o magistrado de primeiro grau, em prol da busca da verdade real, não se sustentando a menção de pecha no procedimento.

3. Na hipótese, inexistente flagrante ilegalidade pois não foi demonstrado o eventual prejuízo concreto sofrido pela defesa ante a oitiva de testemunhas pelo juízo, sendo inviável, pois, o reconhecimento de qualquer nulidade processual, em atenção ao princípio do pas de nullité sans grief.

4. Habeas corpus não conhecido."

(HC 257.200/SC, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 22/04/2014, DJe 30/04/2014)

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. INDICAÇÃO EXTEMPORÂNEA DE TESTEMUNHAS PELO ÓRGÃO MINISTERIAL. PROVA RELEVANTE PARA O DESLINDE DA QUESTÃO. OITIVA NA QUALIDADE DE TESTEMUNHA DO JUÍZO. POSSIBILIDADE. BUSCA DA VERDADE REAL. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE EFETIVO PREJUÍZO. ORDEM DENEGADA.

1. Em observância ao princípio da busca da verdade real, não há nulidade na oitiva das testemunhas indicadas inoportunamente pelo Órgão Ministerial, na qualidade de testemunhas do juízo, nos termos do art. 209 do Código de Processo Penal (Precedentes STJ e STF).

2. Não obstante o Ministério Público não tenha arrolado como testemunha a genitora da vítima na exordial acusatória, mas tenha requerido a conversão do julgamento em diligências para a sua oitiva, certo é que o magistrado singular deliberou por ouvi-la na condição de testemunha do juízo, indicando a relevância

dessa prova para solucionar a causa - já que ela teria oferecido a representação perante a autoridade policial -, providência esta que está em total consonância com o dispositivo legal retromencionado.

3. Não logrando a defesa demonstrar que foi prejudicada, impossível o acolhimento da pretensão de anular o feito, pois no sistema processual penal pátrio nenhuma nulidade será declarada se não restar comprovado o efetivo prejuízo (art. 563 do CPP).

4. Recurso improvido."

(RHC 27.739/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2011, DJe 25/08/2011)

"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. SONEGAÇÃO FISCAL. PROVA TESTEMUNHAL. DESISTÊNCIA PELA DEFESA. OITIVA NA QUALIDADE DE TESTEMUNHAS DO JUÍZO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA.

1. A oitiva de testemunhas determinada pelo magistrado, ainda que a Defesa tenha pugnado previamente por sua dispensa, é providência totalmente regular, nos termos do art. 209, do Código de Processo Penal.

2. Ainda que o Juízo processante tivesse deferido a dispensa das testemunhas arroladas pela Defesa, tal ato não impediria que estas fossem ouvidas pelo Juízo, que detém liberdade para determinar a oitiva até mesmo de testemunhas não-indicadas pelas partes, na busca da verdade real.

3. Segundo a legislação penal em vigor, é imprescindível quando se trata de nulidade de ato processual a demonstração do prejuízo sofrido, em consonância com o princípio pas de nullité sans grief.

4. A alegação de cerceamento de defesa, consubstanciado no fato do Juízo processante ter homologado o pedido de desistência de inquirição de duas testemunhas, nos autos da ação penal nº 2006.61.24.001864-6, não foi submetida à apreciação da Corte de origem. Assim, não há como ser conhecida a impetração nessa parte, diante da manifesta incompetência desta Corte Superior de Justiça,

conforme disposição do art. 105, inciso II, alínea a, da Constituição da República, sob pena de supressão de instância.

5. Habeas corpus parcialmente conhecido, e nesta extensão denegada a ordem."

(HC 98.943/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 02/12/2010, DJe 04/04/2011)

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PROVA TESTEMUNHAL. DESISTÊNCIA PELA ACUSAÇÃO. OITIVA NA QUALIDADE DE TESTEMUNHAS DO JUÍZO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE MOMENTO DETERMINADO. ORDEM DENEGADA.

1. A oitiva de testemunhas determinada pelo magistrado, ainda que tenham sido previamente dispensadas pela acusação, é providência totalmente regular, nos termos do art. 209 do Código de Processo Penal.

2. O depoimento das testemunhas do juízo pode ser realizado durante a instrução, porquanto inexistente vedação legal para tanto.

3. Habeas corpus denegado."

(HC 84.966/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 02/06/2009, DJe 29/06/2009)

E, como regra geral adotada pelo sistema brasileiro, a anulação de ato processual depende da demonstração de efetivo prejuízo, nos termos do artigo 563 do Estatuto Processual Repressivo, não logrando êxito a defesa na respectiva comprovação, apenas suscitando genericamente tese sem o devido suporte na concretude dos fatos e suas repercussões - pas de nullité sans grief.

De mais a mais, verifica-se que sequer as declarações dos testigos - vítimas de crime anteriormente praticado - foram utilizadas para a condenação dos réus no feito em apreço. Veja-se o seguinte excerto da sentença prolatada, in verbis (fl. 193):

"(...)

Em sede de instrução criminal, 'a priori', as oitivas requeridas pelo Ministério Público como testemunhas do Juízo, mostravam-se adequadas à busca da verdade real, motivo pelo qual fora deferido e acolhido, consoante decisão de folhas 368/375.

No entanto, após análise ao contexto probatório, as oitivas de F.C.O.M. e S.S.T. não demonstram qualquer relevância à aferição do mérito nesta causa, prescindindo-se de análise na presente causa consoante farei expor nas razões de decidir.

(...)"

Dessarte, penso ser inviável o reconhecimento da alegada nulidade do processo criminal.

Ante o exposto, denego a ordem. É como voto.

(HABEAS CORPUS Nº 387.122 - SP (2017/0021237-2) - STJ)

A juíza de primeiro grau afastou regra de procedimento que impede que a acusação surpreenda a defesa (o que foi seguido por todos os magistrados que analisaram posteriormente a decisão), sob o argumento de que seria necessário para a busca da verdade real. Mais uma demonstração de que tal fundamento serve apenas para afastar o contraditório e a ampla defesa e também para produzir uma verdade viciada.

A análise do presente precedente judicial com inúmeras citações a outras decisões demonstra a constante fraude dos atos processuais realizada pelos Magistrados. Mais uma vez, ignoram os procedimentos, justificando-se pela busca da verdade real e pela ausência de demonstração de prejuízo, pela parte que alega a nulidade, mesmo quando a parte foi condenada. Qual seria maior prejuízo que esse?¹⁰⁵

É visto que, os julgadores ao analisarem se houve algum

¹⁰⁵ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Complexo de Maradona e quando o juiz se nega a reconhecer a nulidade**. Revista Conjur, 30 jan. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-30/limite-penal-complexo-maradona-quando-juiz-nega-reconhecer-nulidade>>. Acesso em: 20 set. 2017.

descumprimento de procedimentos, averiguam também o conteúdo de tal descumprimento. É como se não estivessem satisfeitos com o que o legislador determinou ser ou não causa de nulidade. Ao escolherem os procedimentos que são causas ou não de anulação dos atos processuais substituem a vontade do legislador que previamente já o tinha feito.

A razão disso talvez seja a desconfiança que o Poder Judiciário tem em relação ao Parlamento. Talvez pensem não serem os políticos bons o suficiente para criarem as leis, pois não possuem o conhecimento ou a moral necessária. Assim, objetivam "corrigir" as atuações daqueles que foram eleitos democraticamente para tomarem decisões legislativas, aplicando suas ideologias morais ao processo. Aham que podem substituir os juízos de valores daqueles que foram eleitos pela maioria, pelos seus juízos de valores.

Tudo isso é transportado para o Processo Penal através da relativização das formas - *pás de nullité sans grief* e da busca pela verdade real. Desse modo, pouco a pouco vão transformando a democracia em uma juristocracia e afastando o Sistema Acusatório, eleito pela Constituição de 1988, de nosso processo penal pátrio.

É por esse motivo que, muitas vezes, se afirma que cumprir a letra da lei seria um avanço para os dias atuais. A pressão para a criação de textos mais democráticos deve ser realizada sobre o Congresso e não através de atalhos pelo judiciário. A aplicação do direito não pode depender de aspirações morais momentâneas.¹⁰⁶

Muitas vezes os juízes justificam suas decisões alegando que não podem atuar de forma positivista, uma vez que tal pensamento foi o responsável por fundamentar decisões cruéis, como ocorreu em períodos passados da história, em regimes autoritários. Reduzem sobremaneira o que seria o positivismo e confundem conceitos. Posto que, positivismo pode ser tanto uma literalidade excessiva, quanto uma demasiada discricionariedade. Esquecem que, hoje em dia, temos a Constituição para nos proteger do império exclusivo da lei.

¹⁰⁶ STRECK, Lenio. **Por que tanto se descumpra a lei e ninguém faz nada?** Revista Conjur, 14 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-14/senso-incomum-tanto-descumpra-lei-ninguem-faz-nada>>. Acesso em: 20 set. 2017.

Afinal, qual é o sistema que mais se aproxima de regimes fascistas? Aquele desenvolvido através de leis concebidas por um Parlamento eleito pela maioria, que devem respeito a uma Constituição, sofrendo o controle, por parte do Poder Judiciário, através da jurisdição constitucional (função contramajoritária); ou aquele que permite aos juízes tomarem qualquer atitude, desrespeitando textos expressos da lei ou da Constituição sem nenhum tipo de controle? Ou seja, justamente o que ocorria antes do desenvolvimento da teoria da força normativa da constituição.¹⁰⁷

Em vista disso, o que garante um processo penal democrático é a atuação do julgador como árbitro processual, isto é, garantidor do respeito às formas. O Magistrado deve ter como fim analisar se houve ou não descumprimento de procedimentos pré-definidos, e, se a resposta for afirmativa, deve declarar sua nulidade. A nulidade está na formação do ato e não na discricionariedade do Magistrado. Não cabe a discussão do prejuízo causado por um ato inválido, pois isso seria deixar a critério do julgador o que a lei previamente já definira.

Dentro da concepção de Processo Penal na Teoria dos Jogos, um ato processual eivado de nulidade seria uma fraude, e a ausência de prejuízo declarada pelo Magistrado seria uma convalidação da fraude. No exemplo de Alexandre Morais da Rosa: imaginem um jogo de futebol composto por 11 jogadores de cada lado, e que o vencedor de determinada partida tenha tido algum jogador pego no exame antidoping. Não pode o órgão julgador analisar se aquele jogador foi essencial para o resultado da partida, se participou dos gols ou não, pois além das regras não permitirem tal conduta, isso seria impossível. É como deve ser no Processo Penal, em que o acusado se sai derrotado e a parte acusadora fraudou o resultado, através de descumprimento das regras impostas (doping).¹⁰⁸

Voltando a análise da decisão do STJ, fica evidente que tal conduta do Ministério Público, mesmo que não tenha sido essa a intenção, fraudou o devido

¹⁰⁷ STRECK, Lenio. **Por que tanto se descumpra a lei e ninguém faz nada?** Revista Conjur, 14 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-14/senso-incomum-tanto-descumpra-lei-ninguem-faz-nada>>. Acesso em: 20 set. 2017.

¹⁰⁸ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Complexo de Maradona e quando o juiz se nega a reconhecer a nulidade.** Revista Conjur, 30 jan. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-30/limite-penal-complexo-maradona-quando-juiz-nega-reconhecer-nulidade>>. Acesso em: 20 set. 2017.

processo legal e impossibilita o contraditório e a ampla defesa. Melhor explicando, ao não arrolar as testemunhas na peça acusatória, o Promotor manipula o direcionamento da produção de provas pela defesa. Isso quer dizer que, a defesa do acusado será preparada para contradizer os meios e elementos de prova trazidos pela acusação. Isso é a efetivação do contraditório, em sua dupla faceta, uma vez que há um tempo entre a indicação dos meios de prova (informação) e a audiência de instrução e julgamento (resposta).

Todavia, ao não indicar certas testemunhas no momento adequado, mas levantar a questão no momento em que devem ser efetivamente ouvidas, driblam o contraditório e tentam seduzir o juiz para aceitar tal prova "em busca da verdade material". A busca da verdade, para os defensores de tal pensamento, é o resultado do processo, mas qual é sentido de se existirem regras no processo se podem ser descumpridas em busca do resultado?¹⁰⁹

A busca da verdade real é legitimada pelos julgadores em diversos dispositivos em nosso CPP (art. 209, por exemplo). Entretanto, esquecem que tais dispositivos devem ser lidos ou afastados de acordo com nossa Constituição. Até mesmo o novo dispositivo 212 do CPP afasta a produção de provas testemunhais pelos juízes. Fica claro que, escolhem ou não a aplicação do texto legal fora de seu limite semântico, não em razão da conformidade constitucional, mas sim, de acordo com suas ideologias morais, o que normalmente concorre com as aspirações majoritárias.

Caso, ao menos, fossem respeitados limites mínimos de uma teoria da decisão democrática, muitas decisões ilegítimas deixariam de ser proferidas, simplesmente por respeitarem a semântica do texto legal. Conforme ensinamentos de Streck, o juiz apenas poderia deixar de aplicar a lei que regula determinado caso concreto em seis hipóteses. São elas: quando o ato normativo for inconstitucional, ocasião em que qualquer juiz pode deixar de aplicá-la em um caso concreto - controle difuso; quando for o caso da aplicação de um critério de solução de aparentes antinomias; quando houver a interpretação conforme à Constituição, caso em que é necessário a aplicação de determinado sentido ao texto legal para que não seja

¹⁰⁹ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Complexo de Maradona e quando o juiz se nega a reconhecer a nulidade**. Revista Conjur, 30 jan. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-30/limite-penal-complexo-maradona-quando-juiz-nega-reconhecer-nulidade>>. Acesso em: 20 set. 2017.

declarado sua inconstitucionalidade; quando se aplica a nulidade parcial sem redução do texto, caso em que a literalidade do texto não é modificada, mas determinada hipótese de incidência é eliminada, por ser tida como inconstitucional; quando houver a declaração de inconstitucionalidade com redução do texto, o que é necessário para manutenção da constitucionalidade da lei.¹¹⁰ E, por último, nas palavras de Streck:

"[...] quando – e isso é absolutamente corriqueiro e comum – for o caso de deixar de aplicar uma regra em face de um princípio, entendidos estes não como *standards* retóricos ou enunciados performativos. Claro que isso somente tem sentido fora de qualquer pan-principiologismo. É através da aplicação principiológica que será possível a não aplicação da regra a determinado caso (a aplicação principiológica sempre ocorrerá, já que não há regra sem princípio e o princípio só existe a partir de uma regra – pensemos, por exemplo, na regra do furto, que é “suspensa” em casos de insignificância”). Tal circunstância, por óbvio, acarretará um compromisso da comunidade jurídica, na medida em que, a partir de uma exceção, casos similares *exigirão* – mas exigirão mesmo – aplicação similar, graças à integridade e a coerência.”¹¹¹

Em relação ao novo artigo 212 do CPP, sua redação evidencia o papel do julgador no desenrolar da colheita da prova testemunhal, que deve ser essencialmente de garantidor das formas e espectador na produção das provas, ficando à cargo das partes interessadas a formulação de perguntas às testemunhas. Essa modificação é consequência da tentativa de abandonar o modelo inquisitorial de produção de provas para adequar o processo penal à Constituição.

Assim sendo, por outro motivo, o fundamento da busca da verdade se mostra claramente inadequado para afastar as garantias. Uma vez que, se a estratégia da produção de provas testemunhais cabe às partes e se a tática de inserir a incerteza é lançada mão pela defesa para absolver o réu pela dúvida (lembremos do *in dubio pro reo*), como conformar a busca da verdade com uma tentativa de produção imparcial pelo magistrado? Se a dúvida absolve, ao buscar a verdade o

¹¹⁰ STRECK, Lenio. **Ministros do STJ não devem se aborrecer com a lei**. Revista Conjur, 7 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-07/senso-incomum-nao-aborreca-lei-ministra-nancy-andrighi>>. Acesso em: 5 out. 2017.

¹¹¹ STRECK, Lenio. **Ministros do STJ não devem se aborrecer com a lei**. Revista Conjur, 7 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-07/senso-incomum-nao-aborreca-lei-ministra-nancy-andrighi>>. Acesso em: 5 out. 2017.

Magistrado estará atuando invariavelmente a favor da acusação. Restando mais uma vez a fraude no equilíbrio processual.¹¹²

Apesar disso, o que se vê na decisão é a total conformidade do Poder Judiciário, em todos os graus, com a atuação ativa do juiz na produção da prova testemunhal. Consequentemente, causando o desequilíbrio na relação processual. Tal conduta é aproveitada pela acusação para fraudar o devido processo legal no caso em análise, seja conscientemente ou não, o que também não importa. Usar doping (fraude) sem saber que está usando também invalida o resultado.¹¹³

O promotor, ao deixar de arrolar a testemunha, lança mão de um blefe, uma jogada suja que, se suscitada novamente no momento correto, irá contar com a tolerância do magistrado. O que efetivamente ocorreu e possibilitou que novas provas fossem produzidas no decorrer do processo, sem que a defesa tivesse o tempo necessário para contradizê-las. Tudo em busca do resultado, que se mostra cada vez mais próximo de uma verdade completamente viciada. O que mais uma tática de blefe produz que não uma visão distorcida da realidade?

Conforme ensinamentos de Alexandre Morais Da Rosa:

"Se o jogador, mesmo ciente da ilicitude, vai adiante no ato irregular por saber que os efeitos podem seduzir o julgador, não se pode mais falar, nem mesmo, de processo penal, mas sim de jogo cínico. Contorna-se o descumprimento das regras procedimentais porque no jogo não há mais juiz, mas sim coadjuvante dos jogadores, diretamente: um juiz interessado no resultado. Em uma afirmação: o juiz só apita para um lado e, portanto, inexiste jogada fora da lei."¹¹⁴

Do ponto de vista das táticas, muitas vezes, mesmo com jogo sujo, *doping*, se o juiz não reconhecer, os efeitos da ação permanecem. Daí muitos arriscarem blefes, trunfos e jogadas dúbias que contam com leniência do julgador. O

¹¹² MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Doping no Processo Penal ou Complexo de Lance Armstrong**. Revista Conjur, 11 jan. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jan-11/diario-classe-doping-processo-penal-ou-complexo-lance-armstrong>>. Acesso em: 20 set. 2017.

¹¹³ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Complexo de Maradona e quando o juiz se nega a reconhecer a nulidade**. Revista Conjur, 30 jan. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-30/limite-penal-complexo-maradona-quando-juiz-nega-reconhecer-nulidade>>. Acesso em: 20 set. 2017.

¹¹⁴ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Complexo de Maradona e quando o juiz se nega a reconhecer a nulidade**. Revista Conjur, 30 jan. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-30/limite-penal-complexo-maradona-quando-juiz-nega-reconhecer-nulidade>>. Acesso em: 20 set. 2017.

mais interessante é que o jogo sujo continua a ser jogo até que o juiz declare a nulidade. Então, correr os riscos de não ser reconhecido, pelo juiz, o jogo sujo pode ser uma das táticas dos jogadores. Até porque pela ausência de prejuízo, criou-se a lei da *vantagem* no processo penal, não fosse ela incompatível com o devido processo legal substancial.

A decisão pelo Ministro Relator recorre a vários precedentes judiciais que utilizam como elemento condicional para decretação da nulidade de ato processual a comprovação do prejuízo causado. Lançam mão, portanto do artigo 563 do CPP.

Entretanto, o sistema de nulidades presente no Código de Processo Penal (art. 563 até art. 573) encontra-se obsoleto em relação a Constituição de 1988 e as atuais modificações legislativas. Tais artigos acolhem a teoria civilista de nulidade, mesmo que totalmente inconciliável com um devido processo legal, entendido como garantia e caminho necessário a aplicação da pena. Portanto, de acordo com o que foi exposto, não há espaço para distinção entre diferentes tipos de nulidade. Não há espaço para discricionariedades. Qualquer desrespeito ao devido processo legal deve ser causa de uma decisão judicial decretando a nulidade de tal ato, pois consiste em uma fraude processual.¹¹⁵

A partir do momento em que se aceita que o magistrado pode determinar quais são as nulidades relativas e quais são as absolutas, uma vez que não existe lista distinguindo-as em nosso Código de Processo Penal, aceita-se também que em cada unidade de jurisdição irá prevalecer um tipo de procedimento distinto do outro. O que, evidentemente, não está em conformidade com a democracia e a segurança jurídica.

Por tudo isso, se mostra evidente que muitos Magistrados conduzem o processo de maneira finalista, sem adotar uma postura racional durante o processo (o que garantiria de forma eficiente o respeito às regras do jogo) e dão uma importância maior do que a devida à busca pela verdade, o que nada mais faz do que

¹¹⁵ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Complexo de Maradona e quando o juiz se nega a reconhecer a nulidade**. Revista Conjur, 30 jan. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-30/limite-penal-complexo-maradona-quando-juiz-nega-reconhecer-nulidade>>. Acesso em: 20 set. 2017.

atrapalhar no equilíbrio e jogo limpo processual. Tal conduta se mostra essencialmente contrária ao direito, uma vez que prioriza o fim (busca da verdade dita material) ao invés do meio (respeito à formas e regras). Ora, o direito existe justamente para que os meios justifiquem os fins e não o contrário.¹¹⁶

A falta de racionalidade na condução é vista no trecho da motivação da decisão do Ministro Relator abaixo novamente transcrito:

Em sede de instrução criminal, 'a priori', as oitivas requeridas pelo Ministério Público como testemunhas do Juízo, mostravam-se adequadas à busca da verdade real, motivo pelo qual fora deferido e acolhido, consoante decisão de folhas 368/375.

No entanto, após análise ao contexto probatório, as oitivas de F.C.O.M. e S.S.T. não demonstram qualquer relevância à aferição do mérito nesta causa, prescindindo-se de análise na presente causa consoante farei expor nas razões de decidir.

Ora, se foi justamente a busca pela verdade que justificou a presença de testemunhas em juízo, as quais, em tese, deveriam ter sido arroladas na inicial, como que o fundamento da decisão por não aceitar a alegação da parte da nulidade do ato processual é justamente porque aquelas testemunhas não foram efetivamente necessárias a busca pela verdade processual? A falta de lógica é evidente.

Parece que todas as decisões tomadas procuram obstaculizar o contraditório e a ampla defesa eficazes. Os mesmos argumentos são utilizados para fundamentar decisões contrárias, ou, ainda, argumentos refutados anteriormente pelos Magistrados são utilizados para respaldar aquilo que primeiro havia sido afastado para justificar uma decisão. Difícil é entender o motivo de tais condutas. Ainda mais difícil é acreditar que isso possa ocorrer devido a uma herança inquisitória, aonde o juiz pensa (inconscientemente ou não) que faz parte da persecução penal.

¹¹⁶ MELLO, Marco Aurélio. **Justiça não é sinônimo de justicamento**. Revista Conjur, 9 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-09/marco-aurelio-justica-nao-sinonimo-justicamento>>. Acesso em: 2 out. 2017.

5 CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente estudo, através, primeiramente, da análise histórica das configurações processuais de diferentes momentos e lugares da humanidade, permitiu a comparação e alocação apropriada do modelo processual penal brasileiro. No capítulo inicial, mais do que apresentar a denominação dos modelos processuais que existiram, buscou-se investigar seus institutos caracterizadores, a fim de demonstrar, independente do nome, quais Sistemas Processuais Criminais são similares ou não, e, ainda, quais são típicos de uma democracia.

O capítulo referente aos paradigmas filosóficos trouxe a possibilidade de explorar o processo penal sob um ponto de vista externo ao Direito, o que, como foi defendido, é indispensável para que se estabeleça um processo penal efetivamente acusatório/democrático e de contenção do poder. Conforme o paradigma da linguagem, a atividade jurisdicional é sinônimo de uma atividade interpretativa racional. Ou seja, o Magistrado, ao entrar em contato com os elementos fáticos e jurídicos realiza sua compreensão, que somente é possível, pelo fato de existirem informações linguísticas prévias a sua própria atividade interpretativa.

Assim sendo, não é possível, em um Sistema Político individualizado pela contenção ao poder desmesurado, que a filosofia da consciência direcione o direito processual penal para a prolação de sentenças baseadas em um convencimento pessoal do julgador, sob o argumento da busca pela verdade.

É necessário compreender que, desde o período Romano, não mais se apresenta plausível o discurso da verdade como recurso que limita a atuação judicial. É claro que, mostrou-se de relevante importância a evolução de um padrão processual totalmente desconexo com a realidade discutida, que não tinha a preocupação em comunicar a sentença com o fato que deu origem à causa, para um modelo que legitima a decisão em razão da reconstrução histórica do fato.

Entretanto, na medida que o corpo social evolui, muitos institutos são deturpados, auxiliando naquilo que foram criados para impedir: a perpetuação do poder. Com isso, apesar de em tempos muito remotos, a ambição da verdade ter servido como limite ao poder de punir, atualmente, ela serve apenas como justificativa

para condutas arbitrárias e para o desrespeito às garantias legais e constitucionais dos cidadãos. No quarto capítulo, o objetivo foi demonstrar como o desprezo às leis e, principalmente, à Constituição ocorre no plano jurisprudencial, e, ainda, expor a racionalidade das decisões baseadas na busca pela verdade.

A pesquisa jurisprudencial permitiu demonstrar que, a utilização de "princípios" criados ou importados pelos julgadores para dentro do ordenamento jurídico serve, muitas vezes, apenas como véu para encobrir o verdadeiro motivo das suas decisões. A carga moral, a pressão social, a herança inquisitória, o contato precário com as provas (ou elementos informativos produzidos durante o inquérito sem qualquer contraditório) contaminam a imparcialidade do julgador e direcionam sua conduta. Talvez, por esses motivos que, constantemente, os julgadores afastam a aplicação da Constituição, sob o pretexto de estarem, na realidade, fazendo um bem ao processo, ao buscarem a verdade.

Por tudo isso, o trabalho procurou não a desconsideração completa da busca pela verdade no processo penal, o que foi visto durante o Sistema Germânico não ser o posicionamento ideal, mas tentar alocar a busca pela verdade de maneira que respeite acima de tudo as garantias individuais estabelecidas pelo nosso ordenamento jurídico objetivo. Assim sendo, não pode o julgador afastar a incidência das normas sob esse pretexto. Em verdade, nunca pode o julgador deixar de aplicar uma lei à exceção das seis hipóteses mencionadas no capítulo quarto. Fora disso, o que resta seria o império do poder desmedido, ao invés do império da lei, representado pela sobreposição de uma juristocracia sobre a democracia representativa estabelecida pela Constituição.

REFERÊNCIAS

ALONSO, Pedro Aragoneses. Instituciones de derecho procesal penal. Madrid: Rubi Arts Graficas, 1986. In: KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013.

ARISTÓTELES. Arte retórica e arte poética. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000. In: KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Direito processual penal: Tomo I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. In: KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013.

BARROS, Marco Antonio de. A busca da verdade no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. In: STRECK, Lenio Luiz. **A ficção da verdade real e os sintomas da falta de compreensão filosófica da ciência processual**. Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, n. 70, set./dez. 2011. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1325166560.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2016.

CORDERO, Franco. Procedimiento penal: Tomo II. Bogotá: Temis, 2000. In: KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). Crítica à teoria geral do direito processual penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. In: KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). Crítica à teoria geral do direito processual penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. In: KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. In: Revista de Estudos Criminais, n. 1. Porto Alegre: Notadez, 2001. In: KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013.

EYMERICH, Nicolau. Manual dos inquisidores. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993. In: KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. In: KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. Direito processual penal. Coimbra: Coimbra Editores, 2004. In: KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013.

FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Rio de Janeiro: Nau, 2003. In: KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013.

GOLDSCHMIDT, James. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal. In: GOLDSCHMIDT, James. Derecho, derecho penal y proceso I: problemas fundamentales del derecho. Madrid: Marcial Pons, 2010. In: KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013.

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

LOPES JR., Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. **A dispensabilidade do Ministério Público diante do juiz-faz-tudo**. Revista Conjur, 19 jun. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jun-19/limite-penal-dispensabilidade-ministerio-publico-diante-juiz-faz-tudo>>. Acesso em: 12 set. 2017.

LOPES JR., Aury. **Teoria geral do processo é danosa para a boa saúde do processo penal**. Revista Conjur, 27 jun. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-27/teoria-geral-processo-danosa-boa-saude-processo-penal>>. Acesso em: 12 set. 2017.

LOPES JR., Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. In: KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013.

MAIER, Julio B. J. Derecho procesal penal I: fundamentos. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006. In: KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013.

MANZINI, Vincenzo. Tratado de derecho procesal penal: tomo I. Buenos Aires: EJE, 1951. p. 6. In: KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013.

MARAT, Jean-Paul. Plano de legislação criminal. São Paulo: Quartier Latin, 2008. In: KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **O Ministério Público é parte imparcial?** Revista dos Tribunais, 913/289, São Paulo, 2011.

MELLO, Marco Aurélio. **Justiça não é sinônimo de justicamento**. Revista Conjur, 9 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-09/marco-aurelio-justica-nao-sinonimo-justicamento>>. Acesso em: 2 out. 2017.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Complexo de Maradona e quando o juiz se nega a reconhecer a nulidade**. Revista Conjur, 30 jan. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-30/limite-penal-complexo-maradona-quando-juiz-nega-reconhecer-nulidade>>. Acesso em: 20 set. 2017.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Doping no Processo Penal ou Complexo de Lance Armstrong**. Revista Conjur, 11 jan. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jan-11/diario-classe-doping-processo-penal-ou-complexo-lance-armstrong>>. Acesso em: 20 set. 2017.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. Decisão penal: a bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. In: KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013.

PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. In: KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013.

ROXIN, Claus. Derecho procesal penal. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003. In: KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **O "decido conforme a consciência" dá segurança a alguém?** Revista Conjur, 15 mai. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mai-15/senso-incomum-decido-conforme-consciencia-seguranca-alguem>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

STRECK, Lenio. **Por que tanto se descumpre a lei e ninguém faz nada?** Revista Conjur, 14 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-14/senso-incomum-tanto-descumpre-lei-ninguem-faz-nada>>. Acesso em: 20 set. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Como assim "cada um analisa de acordo com seu convencimento?"** Revista Conjur, 15 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-15/lenio-streck-assim-cada-analisa-acordo-convencimento>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Aqui se faz, aqui se paga ou "o que atesta Malatesta"**. Revista Conjur, 11 out. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-out-11/senso-incomum-aqui-faz-aqui-paga-ou-atesta-malatesta>>. Acesso em: 28 nov. 2016.

STRECK, Lenio. **Ministros do STJ não devem se aborrecer com a lei**. Revista Conjur, 7 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-07/senso-incomum-nao-aborrecer-lei-ministrancy-andrighi>>. Acesso em: 5 out. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **E a professora disse: "Você é um positivista"**. Revista Conjur, 23 ago. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-ago-23/senso-incomum-professora-disse-voce-positivista>>. Acesso em: 12 set. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **A ficção da verdade real e os sintomas da falta de compreensão filosófica da ciência processual**. Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, n. 70, set./dez. 2011. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1325166560.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 8 ed. Rev. Atual. Porto Alegre: Do advogado, 2009. In: ZANON JR., Orlando Luiz. **Pós-positivismo e a versão hermenêutica de Streck**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3936, 11 abr. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/27618>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

TARUFFO, Michelle. **Simplemente la verdad: el juez e la construcción de los hechos**. Madrid: Marcial Pons, 2010. In: KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013.

ZANON JR., Orlando Luiz. **Pós-positivismo e a versão hermenêutica de Streck**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3936, 11 abr. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/27618>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. In: KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013.