XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MATHEUS FELIPE DE CASTRO

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597

Direito penal, processo penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA

Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Matheus Felipe De Castro – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-843-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28: 2019 :Belém, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Centro Universitário do Estado do Pará
Belém - Pará - Brasil
https://www.cesupa.br/

XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

Em uma tarde aprazível da primavera brasileira, no campus do Centro Universitário do Pará, reuniu-se o Grupo de Trabalho "Direito Penal, Processo Penal e Constituição II", com o propósito de debater temas atuais do direito e do processo penal à luz da Carta de 1988. Não obstante o feriado de proclamação da república, os presentes ensejaram uma discussão fértil e comprometida com os temas do Grupo, os quais passam, doravante, a serem apresentados.

O artigo intitulado "A polícia criminal de drogas e o tradicional autoritarismo do sistema criminal: mais do mesmo?", de autoria de Paulo Thiago Fernandes Dias e Sara Alacoque Guerra, trata de pesquisa dedicada ao estudo do Sistema Criminal brasileiro, via análise de inquéritos policiais deflagrados para a apuração de crimes relacionados ao tráfico de drogas na cidade de Imperatriz/MA. Os autores se valeram do método de pesquisa bibliográfica para o estudo das reminiscências autoritárias informadoras do Sistema Criminal. Na sequência, expuseram pesquisa empírica, utilizando-se do método qualitativo com o propósito de verificar a possível conservação do caráter autoritário do Sistema Criminal, a despeito da promulgação da Constituição da República, seja pelo conjunto de leis penais e processuais penais existentes, seja pelas práticas investigatórias tradicionais.

No artigo "os efeitos da pena e do cárcere etimologicamente analisada sob a perspectiva da dor: a real função do cárcere dentro da ideologia da defesa social", de autoria de Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais e Laís Freire Lemos, analisa-se a função do cárcere dentro de uma ideologia da defesa social e a propagação da dor e do sofrimento como imposição social e castigo. O método utilizado foi o descritivo e analítico, a partir do qual os autores fizeram a conceituação etnológica da punição e sua transmudação no decorrer dos séculos, conjugando-a com a ideologia da defesa social e da instabilidade social causada quando o crime é cometido.

O artigo seguinte, intitulado "a possibilidade da colaboração premiada unilateral do acusado no processo penal: uma breve análise do 'plea bargaining agreement' e da colaboração premiada no Brasil", dos autores Juliano Keller do Valle e Marcos Leite Garcia, pretendeu-se investigar o instituto da delação premiada no Brasil, analisando primeiramente o seu conteúdo existente na legislação pátria, bem como no Código Penal e Processual Brasileiro. Com efeito, o texto busca, a partir da Teoria do Garantismo Penal, reestabelecer parâmetros e critérios racionais que possam ativar a estrita legalidade defendida por Luigi Ferrajoli no

âmbito das colaborações, especialmente na possibilidade de serem aceitas unilateralmente. O texto propõe estabelecer a discussão acerca do grau de jurisdicionalidade do Estado-Juiz equilibrar as partes do processo penal, através dessa outorga unilateral em favor do acusado.

No artigo intitulado "pode o policial ou o Delegado de Polícia decretar prisão preventiva? Análise da (in) constitucionalidade do art. 12-C da Lei 11340/06", dos autores Gustavo Noronha de Ávila e Luiz Antônio Borri, discute-se o seguinte: a Lei 13.827/19 inseriu o art. 12-C na Lei 11.340/06 objetivando facilitar a aplicação da medida protetiva de urgência consistente no afastamento do agressor do lar, domicílio ou local de convivência diretamente pelo policial ou pelo delegado de polícia. Desse modo, valendo-se do método hipotético-dedutivo e de revisão bibliográfica, os autores propõem a hipótese de que a inovação legal está em descompasso com a Constituição, face a necessidade de ordem judicial. Para tanto, examinou-se os requisitos necessários à aplicação de medidas cautelares no âmbito da persecução penal e propostas soluções caso identificada inconstitucionalidade no texto normativo.

O artigo "a policização da justiça: uma análise sobre a hipótese de Foucault no sistema de justiça criminal brasileiro a partir do direito ao contraditório", dos autores Antônio Eduardo Ramires Santoro e Natália Lucero Frias Tavares, parte da hipótese apresentada por Michel Foucault de que a Justiça está a serviço da polícia. A partir disso, o trabalho teve por escopo responder à pergunta se essa assertiva se verifica no Brasil, configurando-se seu problema central. Para tanto, realizou-se uma pesquisa sobre o sistema processual penal de garantias no Brasil, bem como as formas peculiares de produção de informações por meio de provas conforme os desenhos processuais penais que se apresentam na prática judicial brasileira. Ao final, confirmou-se a hipótese de Foucault em razão do uso demasiado de informações produzidas na fase policial ou pela oitiva de policiais nas decisões judiciais.

O texto seguinte, cujo título é "o aprisionamento de inocentes no centro de reeducação feminino: uma perspectiva concreta da gravidez, do nascimento e da infância no cárcere feminino de Belém-PA", dos autores Luana Miranda Hage Lins Leal Viegas e Oduvaldo Sérgio de Souza Seabra, analisa aspectos que envolvem a gravidez de mulheres presas, o nascimento de seus filhos, o aprisionamento de crianças com sua genitora e a separação entre mãe e bebê no cárcere feminino da Região Metropolitana de Belém-PA. Para tanto, os autores se valeram de uma pesquisa empírica, elaborada com enfoque no direito fundamental da presa ficar com seu filho durante o período de amamentação e nas disposições da Lei de Execuções Penais e das Regras de Bangkok sobre a maternidade no cárcere, averiguando a existência e eficácia de políticas públicas sobre o tema.

O artigo “gestão probatória, função da prova penal e sistemas processuais penais”, do autor Eduardo Correia Gouveia Filho, objetiva investigar a gestão probatória nos sistemas processuais penais. Na medida em que não há princípio unificador misto, tem-se, segundo o autor, que o elemento definidor do sistema processual será a gestão probatória, a qual, estando sob o poder do julgador, caracterizará o sistema inquisitório, ou, se estiver com as partes, o acusatório. No que tange à prova penal, concluiu-se que, diante da impossibilidade de se alcançar a “verdade real”, ela deverá possuir, sob limitações normativas, uma dupla função: reconstrução do passado e persuasão do juiz.

Por sua vez, no artigo “entre o garantismo e o expansionismo: a tutela penal do meio ambiente e o tipo penal de perigo abstrato”, os autores Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro e Carlos Henrique Carvalho Amaral analisam o discurso expansionista do Direito Penal frente aos novos bens jurídicos, sobretudo os bens jurídicos ambientais. Analisa-se a necessidade de proteção do meio ambiente e o papel do Direito Penal frente a sua proteção. Construída esta base verifica-se que é necessário discutir se os princípios fundamentais clássicos do Direito penal estão em risco de flexibilização. O estudo foi desenvolvido com metodologia jurídico-teórica e raciocínio dedutivo, com técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. Concluiu-se que o Direito Penal também possui sua parcela de responsabilidade na proteção do meio ambiente.

No artigo “garantias penais e processuais penais do indígena e vulnerabilização étnica no Brasil: uma análise da jurisprudência dos tribunais superiores”, os autores Bruna Hoisler Sallet e Bruno Rotta Almeida abordam a aplicação dos direitos indígenas, notadamente os relacionados à seara penal, nos tribunais superiores brasileiros. Para tanto, em um primeiro momento, através de revisão bibliográfica, apontam a trajetória dos direitos indígenas em âmbito internacional e nacional, destacando algumas garantias penais decorrentes da condição étnica específica. Posteriormente, através da análise qualitativa, verificam a aplicação dessas garantias pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. Conclui-se pela utilização de uma interpretação restritiva, a qual acarreta a obstrução do acesso a direitos e a violação de princípios constitucionais penais.

No artigo “o valor probatório dos depoimentos colhidos em colaboração premiada: um alerta sobre a possível premiação da mentira”, os autores Roberto Carvalho Veloso e Luiz Régis Bomfim Filho analisam a dinâmica do procedimento de colaboração premiada e sua influência probatória na persecução penal. Segundo os autores, no processo penal constitucional e convencional alicerçado em um sistema acusatório, como adotado pelo

Brasil, não se deve admitir a premiação da mentira em convencimento jurisdicional eventualmente condenatório, assim o fazendo por meio da metodologia qualitativa de revisão bibliográfica.

O artigo intitulado “ativismo judicial e o (des) equilíbrio da política criminal brasileira: o caso Sérgio Moro x Lula”, de Alexandra Fonseca Rodrigues, tem por objetivo estudar o ativismo judicial para avaliar se tal postura dos magistrados pode desequilibrar a política criminal, deslocando-a dos Poderes Legislativo e Executivo para o Judiciário. Para tanto autora realizou breve análise do caso envolvendo o juiz Sérgio Moro e o ex-presidente Lula, concluindo que a interferência do Direito Penal na Política criminal, apesar de ser reflexo do novo modelo de democracia, precisa ser realizada dentro dos limites constitucionais para que não venha a pôr em risco a concretização dos direitos humanos.

Já no artigo “denunciação caluniosa eleitoral: novidades e perplexidades da Lei 13834/2019”, dos autores Amanda Alves Oliveira Purger e Amaury Silva, é abordado o crime eleitoral previsto no art. 326 A, do Código Eleitoral, com a redação conferida pela Lei 13.834/2019. Traz-se à análise novidades e perplexidades para a compreensão hermenêutica do tipo penal e aplicação prática destas. Desenvolve-se reflexões comparativas com o tipo penal comum da denunciação caluniosa; descrevem-se incongruências na construção da tipicidade do novo crime eleitoral, a partir de referenciais específicos próprios do direito e processo eleitoral, a saber: Justiça Eleitoral, candidatos, convenções partidárias, registro de candidaturas e eleições. Analisa-se o veto presidencial à parte da Lei 13.834/2019 e organiza-se proposições concludentes quanto à alteração legislativa.

Os textos revelam, portanto, o quão eclético e rico são os temas, que esperam os organizadores seja o combustível para a leitura atenta e crítica deles.

Belém-PA, novembro de 2019.

Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro - ESDHC

Matheus Felipe de Castro - UFSC

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

GESTÃO PROBATÓRIA, FUNÇÃO DA PROVA PENAL E SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

PROBATIVE MANAGEMENT, THE FUNCTION OF THE CRIMINAL EVIDENDE AND THE PENAL PROCEDURAL SYSTEMS

Eduardo Correia Gouveia Filho [1]

Resumo

Este artigo tem o objetivo de investigar a gestão probatória nos sistemas processuais penais. Na medida em que não há princípio unificador misto, tem-se que elemento definidor do sistema processual será a gestão probatória, que se estiver sob o poder do julgador, caracterizará o sistema inquisitório. Se estiver com as partes, caracterizará o acusatório. No que tange à prova penal, concluiu-se que, diante da impossibilidade de se alcançar a "verdade real", ela deverá possuir, sob limitações normativas, dupla função: reconstrução do passado e persuasão do juiz.

Palavras-chave: Sistemas processuais penais, Prova penal, Processo penal, Verdade, Imparcialidade

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to investigate probative management in penal procedural systems. With the absence of a mixed unifying principle, it was found that if the probative management is under the power of the judge, it characterizes the inquisitory system; if under the power of the parties, it characterizes the accusatory system. It was also concluded that given the impossibility of reaching the "real truth", the criminal evidence will have a dual function: reconstruction of the past and persuasion of the judge.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Criminal procedural systems, Criminal evidence, Criminal procedure, Truth, Impartiality

---

[1] Doutorando em Direito pela Universidade do Minho (Portugal). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Advogado.

1 - INTRODUÇÃO

A história do processo penal é marcada por inúmeros avanços e rupturas. Ela experimentou, ao longo dos anos, inúmeras formatações decorrentes de ideias norteadoras que se diferenciam entre si, sobretudo, pelos diferentes modos de pensar das sociedades[1]. Em um regime democrático, o magistrado que atua no campo penal deve assumir um papel de controlador do exercício da acusação, principalmente para que ela não seja desmesurada, falsa ou excessiva. No campo penal, o juiz não substitui as partes do processo.

O papel do magistrado é crucial na própria definição do sistema processual penal[2] essencialmente acusatório (como desejado nas democracias) ou inquisitório (como é comum em regimes totalitários). O presente texto tem como objeto identificar e examinar o núcleo fundante dos sistemas processuais penais e a quem ele cabe em um processo alinhado com as regras do jogo democrático. Para atingir este objetivo, tratar-se-á, também, de temas como a função da prova penal e a relevância da imparcialidade do julgador.

Para cumprir este desiderato, dividir-se-á o texto em duas partes: a primeira se dedica à análise dos sistemas processuais penais e suas características elementares, como a separação das funções de acusar e julgar, bem como a relevância da gestão probatória no contexto processual penal; a segunda parte se dedicará à identificação do núcleo fundante destes sistemas processuais penais, à análise das funções que a prova possui no âmbito penal e da necessidade de se manter a imparcialidade do juiz em um processo tido como democrático. Afirma-se, desde logo, que ao longo do texto optou-se por realizar um recorte metodológico para o exame, especificamente, do processo penal brasileiro.

2 – SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS: ACUSATÓRIO, INQUISITÓRIO E MISTO

Obedecendo o percurso histórico e seguindo a ordem cronológica do surgimento dos sistemas processuais penais, o primeiro sistema a ser tratado será o acusatório.

Ele tem origem no Direito grego, sendo desenvolvido a partir da participação direta do povo no exercício tanto da acusação quanto nos julgamentos. Obedecia-se o sistema da ação popular (somente para delitos graves) e acusação privada para os crimes de menor gravidade.

---

[1] É sempre necessário notar que o que hoje possa parecer um processo arbitrário, sobretudo os que visam definir/estabelecer a verdade sobre um fato controvertido, poderia não parecer em outra época, uma vez que faria parte das convicções que se tinha, não sendo considerado algo arbitrário e irracional, mas antes, necessário à luz de uma determinada forma de olhar o mundo (CALHEIROS, 2015, p.35).

[2] Aqui cumpre realizar uma diferenciação basilar: o processo penal diferencia-se do processo civil na medida em que a jurisdição penal tem como função principal a de garantia. As regras processuais devem ser vistas para além de "formas de operacionalizar a sanção estatal", mas sim como garantias do imputado que, em uma relação extremamente desigual no confronto com o Estado, deve ter seus direitos fundamentais resguardados.

Suas características mais marcantes são: o procedimento oral; as atividades de acusar e julgar sendo incumbências de pessoas distintas; respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa; atuação dos juízes sendo passiva, com a gestão probatória cabendo às partes (LOPES JR, 2016, p.143-144).

No sistema acusatório, estão presentes assembleias e júris populares, em um cenário marcado pelo prestígio à igualdade entre as partes e do papel do juiz como mero espectador, sem poder invadir as competências de quem deve promover as investigações (e a partir disso, sem poder ter a iniciativa de ir, autonomamente, em busca das provas). O processo é público e oral. A prova é analisada a partir da livre convicção do juiz, a sentença faz coisa julgada e a regra é a liberdade do acusado, sendo as medidas cautelares só excepcionalmente utilizadas. O acusado não é visto como mero objeto do processo, mas sim como verdadeiro sujeito de direitos.

Com o passar dos anos, este modelo passou a sofrer muitas críticas, principalmente porque, com a gestão probatória cabendo às partes, muitas vezes elas não traziam ao processo uma quantidade/qualidade de provas que fosse considerada adequada. Assim, o julgamento era feito tendo por base um lastro probatório precário, gerando decisões judiciais contestadas por serem consideradas dissociadas da "verdade" e justiça. Essa foi a razão pela qual se introduziu, cada vez mais, a possibilidade do magistrado buscar, autonomamente, as provas do processo.

Portanto, diante do problema de ter que se conviver com uma atividade incompleta das partes, foram atribuídos papeis instrutórios ao juiz, o que por certo, causou danos na estrutura dialética processual que se tinha. Ao invés de se criar um cenário propício para que o réu tenha "fala" no processo, adotou-se a postura contrária, qual seja, criou-se o juiz-inquisidor (LOPES JR, 2016, p.149).

Com a gradual invasão do magistrado na gestão probatória, tem-se a chegada do sistema inquisitório[3]. De acordo com Batista (2002, p.238) a relevância de estudar o sistema inquisitório não diz respeito apenas à sua herança jurídica, da influência que exerceu nos sistemas penais da parte católica do continente Europeu. A inquisição mostra a entremeada vinculação de um projeto político e o sistema penal que o apoia, sendo este formatado por

[3] O sistema inquisitório guarda origens em Roma, mas também exibe aspectos pertinentes a outras legislações, como por exemplo, a legislação do Egito. Surge da forma como usualmente se conhece, no âmbito da Igreja Católica, como forma de se opor às denominadas "doutrinas heréticas" (COUTINHO, 2009, p. 256). A fase inquisitorial tem início nos concílios de Verona, se enrobustece com o Concílio de Latrão, sendo normatizado com as bulas papais de Gregório IX e Inocêncio IV. Dois livros irão operacionalizar o sistema inquisitório, quais sejam, o "*Directorium Inquisitorium*" de 1376 e escrito por Nicolau Eymerich, e o "*Malleus Maleficarum*" de 1489 e escrito por Sprenger e Kramer. Eles instrumentalizaram os procedimentos alicerçados em estruturas probatórias centradas na confissão e na busca da "verdade real".

aquele e escondendo, através da repressão, interesses políticos. Também mostra a possibilidade do sistema penal se desvincular do projeto político que o concebeu e, a partir daí, utilizar suas próprias armas.

Pode-se dizer que a substituição do sistema acusatório pelo inquisitório se deve, principalmente, à inatividade das partes na tarefa de produzir provas. O sistema inquisitório altera a fisionomia do processo, transformando-o em uma disputa desigual entre acusado e juiz-inquisidor. Assim, frente a um fato delituoso, o juiz atua de ofício, sem necessidade de prévia invocação e recolhe o material (prova) que vai construir seu convencimento. O imputado é a melhor fonte de conhecimento e é chamado a declarar a verdade, coercitivamente (LOPES JR, 2016, p.151).

Há uma verdadeira confusão entre quem acusa e quem julga. Surge uma autêntica contemporização por parte do juiz (que também é acusador) acerca dos procedimentos utilizados pelo acusador (que também é juiz) (BATISTA, 2002, p.234). Neste cenário, a questão probatória é fundamental.

No procedimento inquisitorial, adotou-se o sistema de prova legal, como forma de impedir o exercício de discricionariedade judicial. A questão que se impunha, seria admitir, socialmente, a substituição do juízo divino (presente, por exemplo, nos Ordálios[4]) pelo juízo dos homens. Uma das razões que sustenta o regime de prova legal é justamente a desconfiança em relação à possibilidade de erro humano. No sistema de prova legal, a prova converte-se em matéria do domínio do legislador (CALHEIROS, 2015, p.39).

Esta tabela tinha como fito incutir a racionalidade na análise das provas judiciais, a partir de uma classificação hierárquica, em que os valores das provas já eram previamente definidos. A confissão ocupava o papel mais destacado, uma vez que o seu aparecimento fazia com que a busca por outras provas fosse completamente dispensável.

Na Inquisição, o sistema é fundado em torno do conceito de "verdade absoluta". Reforça-se a ideia de verdade que não é construída, mas indicada pelos documentos nascidos sob a assistência divina. A lógica inquisitorial está centrada na ideia de verdade absoluta que levaria à salvação.

No processo inquisitorial, a prisão era a regra, uma vez que assim, o inquisidor poderia dispor do corpo do imputado, utilizando de uma série de artifícios (como a prática de tortura) para dele extrair a confissão, que era a prova com o maior valor na hierarquia do sistema

[4]Vasconcellos (2018, p.706) afirma que nos juízos divinos, a lógica era pautada pela irracionalidade da atuação judicial na resolução de conflitos. Assim, o apelo às forças sobrenaturais gerariam provas que operavam à distância do fato propriamente investigado.

tarifado. A busca pela "verdade real" era a grande razão para que a prisão cautelar fosse transformada em regra. Uma vez extraída a confissão, o inquisidor não necessitaria de mais nada. Durante os interrogatórios, que tinham como maior finalidade a obtenção da confissão, os inquisidores lançavam mão de diferentes técnicas de tortura. Neste cenário, o torturado "tinha o direito" de que se praticasse apenas um tipo de tortura por dia. Se depois de quinze dias ele não confessasse, seria liberado. Há que se fazer uma ressalva, pois ainda que houvesse essa liberação, não existia a noção de "coisa julgada"[5] (LOPES JR, 2016, p.157).

Neste cenário, não há contraditório, sendo os atos realizados de forma secreta. É permitida a acusação *ex officio*, estando o imputado no centro do procedimento, despojado de garantias processuais e sendo considerado um mero objeto que, culpado ou inocente, sempre sabe de algo. Assim, a tortura era usada para "estimular seus fluxos verbais" e com isso, se obter a confissão (CORDERO, 2002, p.19). O interrogatório era um ato essencial, pois ali estaria montado o contexto ideal para a apreensão dos elementos probatórios suficientes para a condenação.

O sistema inquisitório se mostra nitidamente comprometido com a busca da "verdade real". Interessante notar é que, por conta dos métodos utilizados na busca dessa verdade (principalmente a tortura), muitas vezes os resultados destes processos em muito se distanciavam do que de fato seria "verdadeiro", dado o grau de coerção e falta de voluntariedade a qual eram submetidos os imputados quando da produção das provas do processo.

A coisa que o torturado mais quer é que a tortura cesse. E para conseguir isso, passa a falar exatamente aquilo que seu torturador quer ouvir. Seguindo a ideia de que os fins justificam os meios, não há preocupação na forma como essa confissão foi extraída. Não há relevância se a obtenção desta prova causou muita aflição ao imputado ou até mesmo ocasionou a sua morte (MARQUES, 2011, p. 484).

Discorrendo acerca de regimes totalitários mais recentes, mas que possuem notada congruência com sistemas inquisitórios do medievo, Calheiros (2015, p.53-55) afirma que estes regimes demonstraram como a verdade objetiva[6], considerada fim último do processo judicial, pode transformar o papel do processo e do juiz nele inserido, levando-o mais longe do que os filósofos da certeza dos séculos XVIII e XIX teriam imaginado. Conclui que

---

[5] No que poderia ser considerada a "melhor das hipóteses", existia a liberação *rebus sic stantibus*, que não definia, propriamente, a situação do réu, pois não trazia sua condenação, tampouco sua absolvição, até que outra acusação viesse a aparecer (BATISTA, 2002, p.234).

[6] A verdade objetiva seria a aceitação da existência da realidade no mundo físico, da qual podemos ter conhecimento através dos nossos sentidos (CALHEIROS, 2015, p.72).

existem evidentes inter-relações entre as teorias do processo (aqui, o penal) e da teoria da prova e que, quer a elevação, dentro do processo, de valores como liberdade, quer os valores mais alinhados com as características inquisitórias, não existe qualquer evidência de que algum deles ofereça melhores condições para a descoberta da verdade através do processo[7].

O sistema inquisitório predominou até o final do século XVIII e início do século XIX, ocasião em que a Revolução Francesa (e todo o clima reformista que a antecedeu) com seus postulados de valorização do homem e suas repercussões na esfera do processo penal, removeu, gradualmente, características ínsitas ao modelo inquisitorial[8], pavimentando o caminho para a chegada do sistema processual penal misto, que está presente até os dias de hoje, sendo o modelo formalmente adotado no Brasil (LOPES JR, 2016, p.157-158).

O sistema misto é caracterizado por um processo dividido em duas partes: uma pré-processual (via de regra, no Brasil, corresponde ao inquérito policial), de caráter inquisitório e sem a observância do contraditório e a outra parte é denominada de processual, possuindo caráter acusatório, sendo imprescindível o respeito ao contraditório, bem como a atribuição, destinada a diferentes pessoas, das tarefas de acusar e julgar (ainda que ambas ainda estejam nas mãos do Estado).

O sistema de livre convencimento das provas surge no sentido de repudiar as arbitrariedades trazidas pela irracionalidade da valoração probatória e na obtenção aflitiva das confissões. Percebeu-se que o sistema deveria permitir um olhar crítico dos fatos, submetendo os resultados das provas à livre análise dos julgadores, sem que necessariamente estivessem "engessados" em avaliação aritmética das provas. Pode-se classificar em dois modelos o sistema de valoração das provas pautados no livre convencimento: a íntima convicção e a valoração racional motivada (VASCONCELOS, 2018,p.707).

De acordo com Calheiros (2015, p.49), a adoção do modelo processual penal misto tem como resultado a consolidação do sistema probatório pautado na íntima convicção. Este modelo é próprio da tradição francesa e depois se expandiu pela Europa. Ele seria uma

[7]A defesa de um conceito de verdade como correspondência, parece hoje extremamente difícil no plano do conhecimento. Ainda assim, no campo penal especificamente, dispensar a busca "desta verdade" traria custos enormes (CALHEIROS, 2015, p.72). Afirma Vasconcellos (2018, p.702) que na sentença o juiz não informa a verdade (como se isso fosse sua real missão dentro do jogo processual), principalmente a partir das limitações desse conceito e da inadequada possibilidade de abertura de espaços de exercício da arbitrariedade (geradas, sobretudo, a partir da postura ativa do julgador na busca da verdade objetiva/provas). Por outro lado, não se pode aceitar que o juiz "cria a sua própria história do delito", elegendo os sentidos que lhe pareçam válidos. Fazer isso significa afundar a decisão em um cenário de imenso subjetivismo.

[8]Principalmente a insistência na ideia de que a mesma pessoa pode realizar as tarefas de investigar, acusar e julgar.

concepção irracionalista da decisão judicial, uma vez que conta com o processo psicológico interno do julgador.

A íntima convicção significa, para quem julga, a liberdade total na tarefa de apreciar as provas sem que seja preciso motivar a decisão, desde que o julgamento esteja pautado no que seria a "sinceridade da consciência" do juiz. Isso, obviamente, prejudica a possibilidade de controle destas decisões. Esta lógica é atualmente utilizada no ordenamento criminal brasileiro, nos processos submetidos aos procedimentos do Tribunal do Júri (VASCONCELLOS, 2018, p.708).

De outro lado, existe a valoração racional motivada, sistema em que o julgador não está vinculado a elementos prévios e abstratos, tendo grande liberdade na apreciação da prova. Todavia, precisa fundamentar a sua decisão, revelando as razões pelas quais considerou determinado fato, e não outro, como sendo verdadeiro[9]. Este modelo, de acordo com a doutrina majoritária, é a regra adotada no ordenamento jurídico brasileiro (VASCONCELLOS, 2018, p.707).

Historicamente, o primeiro ordenamento jurídico que adotou o sistema denominado misto foi o francês, no *Code d´Instruction Criminalle* de 1808, pois foi o pioneiro na divisão das fases de investigação e juízo. Atualmente, este sistema é o mais utilizado. Nesta linha, o critério essencialmente definidor de um sistema processual penal seria a separação entre as funções de acusar e julgar (que estaria presente no modelo acusatório). Considerando que um sistema acusatório ou inquisitório "puro" seriam tipos históricos, sem correspondência na atualidade, o sistema misto convive com um grande problema: a identificação de um núcleo fundante, uma vez que não há, propriamente, um núcleo "misto" (LOPES JR, 2016, p.159-160).

A separação entre as funções de acusar e julgar não deve ser considerado como o núcleo fundante dos sistemas processuais penais porque ela, por si só, é insuficiente. É absolutamente necessário que o juiz esteja afastado da iniciativa probatória, sendo este afastamento uma condição de sua imparcialidade. A gestão probatória deve estar nas mãos das partes em um sistema processual penal alinhado com os ditames democráticos. Nos sistemas inquisitórios, verifica-se um juiz com ampla iniciativa instrutória, que autonomamente sai em busca das provas e transforma-se em verdadeiro inquisidor.

[9] A "valoração racional motivada", apesar de trazer substanciosa liberdade ao juiz no momento de julgar, não deve representar que ele possa atuar de forma completamente discricionária, mas sim, deve ser guiado por critérios objetivos e racionais. Sua decisão deve ser constitucionalmente orientada, possibilitando um posterior controle sobre a decisão. O dever de motivação deve atingir, com vigor, o juízo fático que serve como alicerce da decisão tomada (VASCONCELLOS, 2018, p.716).

A simples separação entre as atividades de acusar e julgar não impede que o julgamento seja realizado com base na produção de provas produzidas na fase inquisitória do sistema misto. O que se percebe é que, a partir do livre convencimento do julgador, as provas colhidas na fase pré-processual (no Brasil, em regra dentro do inquérito policial) são introduzidas na fase processual. Muitas decisões judiciais, não raro, escamoteiam este fato, com uma fundamentação falaciosa e imunizante da decisão, fazendo com que o processo se converta em uma mera encenação da fase inquisitória[10]. Ainda que a decisão não faça menção expressa a elementos do inquérito policial, nada garante que ela não tenha sido tomada com base nele. Portanto, a condenação, nestes casos, estaria calcada na mais pura inquisição (LOPES JR, 2016, p.162-163).

Como afirmado, a divisão das tarefas de acusar e julgar não é, por si só, definidora do caráter acusatório do processo penal. Esta ideia torna-se hialina quando se percebe a ampla possibilidade do magistrado ter iniciativa de buscar provas[11], o que fulmina as possibilidades de uma atuação verdadeiramente imparcial, exigência do sistema acusatório e da democracia.

Se o juiz se comporta como acusador, a partir de uma busca ativa pelas provas que irão instruir o processo, nada importa que, formalmente, haja a existência de magistrados e do Ministério Público, com suas respectivas funções de julgar e acusar. Se a imparcialidade está rompida, também estará rompida a possibilidade de um processo penal respeitador das garantias processuais do réu.

---

[10] Uma das formas que serviriam para diminuir as possibilidades de um julgamento levando em consideração tão somente provas da fase processual (que não respeita o contraditório) seria exclusão física dos documentos pertinentes ao inquérito policial nos autos do processo. Assim, haveria uma menor chance do magistrado "se contaminar" com as provas que ali estivessem, uma vez que elas se prestam tão somente a embasar o Ministério Público quando do oferecimento da denúncia. Jacinto Coutinho (2009, p.257) oferece uma (polêmica) sugestão para que se desnature o viés essencialmente inquisitório do processo penal brasileiro. Ele indica como solução o fim do inquérito policial para, alinhando-se ao sistema acusatório, permitir uma única instrução, respeitando nela o contraditório. Assim, a acusação seria formulada tendo como sustentáculo a investigação realizada pela polícia, órgão que está mais preparado para este fim, sob o controle externo do Ministério Público. O órgão persecutório não interporia a ação penal com base em meras elucubrações e o juiz, mero espectador, poderia ter as condições para, sem qualquer influência, julgar o caso penal.

[11] No caso brasileiro, esta postura ativa do juiz na busca de prova está plasmada no código de processo penal (CPP) em artigos como: art. 310 do CPP que permite ao juiz converter, de ofício, a prisão em flagrante em prisão preventiva; Art. 242 do CPP que admite possibilidade da decretação de busca e apreensão por parte do juiz; art. 209 do CPP que permite que o juiz ouça testemunhas além das indicadas pela acusação; Art. 156 do CPP que abre a possibilidade ao juiz que, de ofício, ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urentes e relevantes, observando-se a adequação, necessidade e proporcionalidade da medida, bem como determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir a sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre algum ponto relevante; art. 196 do CPP que possibilita ao juiz o novo interrogatório do réu a qualquer tempo; art. 385 do CPP que permite que o juiz conheça agravantes ainda que a acusação não tenha as alegado, bem como permite ao juiz que condene o réu ainda que o Ministério Público, expressamente, tenha postulado a absolvição. Esses são alguns exemplos de que o juiz invade a gestão probatória e se comporta, também, como autêntico acusador/inquisidor.

De acordo com Lopes Jr, (2016, p.165), pensar o sistema acusatório desconectado do da imparcialidade do juiz e do contraditório é reducionista. É necessário que a gestão probatória esteja nas mãos das partes. A imparcialidade é garantida pelo modelo acusatório e sacrificada no modelo inquisitório, somente podendo existir quando, além da separação inicial das funções de acusar e julgar, seja verificado o afastamento do juiz da atividade investigatória e instrutória.

3 – A FUNÇÃO DA PROVA PENAL E A GESTÃO DA PROBATÓRIA AO ENCARGO DO JUIZ COMO PRESUSPOSTO DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL INQUISITÓRIO

A simples existência de partes o processo penal não revela, necessariamente, que o sistema processual penal seja o acusatório. Especificamente na realidade brasileira, nota-se que o núcleo fundante é o inquisitório, mesmo que estejam presentes características secundárias do sistema acusatório no interior do ordenamento jurídico do país sul-americano. Afirma-se que todos os sistemas processuais penais da atualidade são mistos e que os modelos "puros" seriam apenas modelos históricos. Todavia, na falta de um princípio unificador misto, tem-se que estes sistemas possuirão, em sua essência, uma inclinação inquisitória ou acusatória (apesar de possuírem elementos secundários do sistema processual oposto). A análise que se faz sobre quem possui a gestão probatória no processo penal é o que vai definir se um sistema é essencialmente inquisitório ou acusatório (COUTINHO, 2009, p.257).

Portanto, no exame que se faz da legislação brasileira, tem-se que o sistema processual brasileiro tem cariz inquisitório, porque seu princípio unificador é inquisitivo, já que a gestão da prova está nas mãos do juiz, conforme se apreendeu a partir da indicação de artigos do código de processo penal brasileiro que claramente possibilitam a iniciativa da produção probatória por parte do magistrado.

Como dito anteriormente, há de se considerar que, ainda que todos os modelos processuais penais da atualidade sejam mistos, contendo características secundárias atreladas aos dois sistemas que o antecederam, ele deve ser visto como essencialmente acusatório ou inquisitório. O que definirá este "pendor" não será a simples divisão das tarefas de acusar e julgar, pois insuficiente. O que define, propriamente, é quem possui a gestão probatória. Ao se realizar exame detido nas suas essências, nos seus aspectos mais fundamentais, os sistemas são "puros", o que significa dizer, são essencialmente ou acusatórios ou inquisitórios.

Neste contexto geral, é lícito tratar da função que a prova penal possui. Para isso, tratar-se-ão de duas das aqui consideradas principais teorias acerca da temática. Na primeira,

indica-se que a prova é um meio para a busca da verdade, de modo a possibilitar uma decisão justa, que corresponda aos fatos do passado. Por outro lado, há quem afirme que a prova deve ser elemento direcionado ao convencimento do juiz, elevando as estratégias processuais das partes na busca da obtenção de um resultado positivo (VASCONCELLOS, 2018, p.698).

A iniciativa probatória é a fundamental no processo penal, sobretudo na busca de uma reconstituição do fato histórico. Afirma Calheiros (2015, p.78) que nos processos judiciais, estamos em um universo das percepções ao qual o acesso direto é impossível. A única forma encontrada para resolver este problema é a reconstituição dos fatos através de indicadores externos cognoscíveis empiricamente.

Por certo, é inviável a obtenção de um conhecimento que seja inquestionável e que abarque todos os elementos do fato passado[12], portanto, a obtenção da "verdade real". Ao mesmo tempo em que se parte desta noção, também se afirma que não há de "se abrir mão" da busca da verdade, pois este é um fator crucial para, em um amplo sentido, legitimar a justiça criminal. A partir desta problematização, chega-se a uma ideia de busca da verdade atrelada às limitações epistemológicas e limitações normativas, indicando a noção de probabilidade. Assim, de acordo com esta teoria considerada racionalista, o processo penal se pautaria na proteção das garantias do imputado e na verificabilidade/refutabilidade dos elementos acusatórios (VASCONCELLOS, 2018, p.699).

De acordo com Vasconcellos (2018, p.700) a busca extremada pela "verdade real" fortalece o autoritarismo. Essa busca não deve ser totalmente excluída, mas sim, deve, tão somente, não ser considerada fundamento ou função do processo penal. Nesta toada, Calheiros (p.67-68) afirma que a obtenção da verdade é uma finalidade assumida como norte nos processos judiciais, principalmente na tradição jurídica ocidental. A prova, nesse cenário, apresenta-se como uma forma de obtenção da verdade, no processo, uma vez que confirma a realidade dos fatos trazidos pelas partes no palco processual.

Ainda que se enfrente esta dificuldade na obtenção do que seria a verdade objetiva, não há que se falar que ela não é uma busca do processo. Se o processo não busca a verdade, como se falar de um processo justo? É almejada uma verdade ordenada a tornar possível um processo tido como meio de obter uma decisão justa, legal, não arbitrária e realizável na prática, respeitando as regras legais de produção da prova (CALHEIROS, 2015, p.74-75).

A verdade não é algo que vá legitimar e autorizar uma eventual conduta ativa do julgador na busca do que seria a "verdade". Em realidade, ela está relacionada à prova, como

[12] A ideia de que se pode asseverar uma verdade absoluta é, na realidade, uma ingenuidade epistemológica. (FERRAJOLI, 2002, p.42).

elemento caracterizador de uma relação com a realidade dos fatos (VASCONCELLOS, 2018, 700)[13].

Há quem defenda, na segunda teoria aqui a ser exposta, que a função das provas relaciona-se à reconstrução histórica com a finalidade de convencer o juiz. Assim, haveria um caráter essencialmente narrativo e discursivo, em que a função da prova seria "a captura psíquica" do juiz. A prova não seria um elemento utilizado e buscado para a compreensão racional de determinado fato, mas sim, como um argumento de persuasão. Porém, ainda que se admita que o juiz não vá revelar a verdade na sua sentença, não é adequado que ele monte a sua versão do delito, elegendo os significados da forma como quiser (sem limitações), com isso aumentando de sobremaneira a possibilidade de gerar de uma decisão arbitrária (VASCONCELLOS, 2018, p.699-701).

O sistema inquisitório é fundado na ideia de que o juiz, sem provocação, pode atuar na instrução processual e partir em busca do que seria o desvelamento da verdade objetiva. Esta, por certo, não é a atitude adequada a ser desempenhada pelo magistrado no atual estágio de evolução civilizatória que experimentamos.

Além das dificuldades ínsitas às leis do conhecimento, há várias normas jurídicas cujo respeito dificulta, na prática, a obtenção do que seria a "verdade real". É o caso, por exemplo, das normas que tutelam direitos fundamentais constitucionalmente protegidos e que estabelecem formalidades no ato de se obter a prova. A própria ideia de obtenção da objetiva realidade do mundo físico, da verdade como correspondência, é extremamente difícil no plano geral do conhecimento. A certeza da descoberta da verdade só adviria da segurança da reunião de todas as provas relevantes para o caso, o que é impossível (CALHEIROS, 2015, p.71-72). Para Ferrajoli (2002, p.42) a verdade de qualquer enunciação empírica sempre será não definitiva, não absoluta.

A prova (e sua busca) não faria sentido se não for entendida como viável a averiguação da verdade em um processo judicial. Encarar a possibilidade da busca da verdade no processo (com todas as suas limitações inerentes[14]) constitui a única forma de se ver na produção da prova algo que possui uma função própria no processo. Mas há que se fazer uma

[13]A busca pela verdade, no processo, não é livre, vários condicionalismos se colocam em relação à descoberta da verdade e que vão muito além do conflito das partes (CALHEIROS, 2015, p.67-68).

[14]A complexidade inerente à apreciação da prova não é a única coisa que dificulta a extração da verdade a partir dela. Vários obstáculos existem sobre as normas jurídicas que regulam os meios de prova admitidos. Tem-se como exemplos: a exclusão do uso de provas obtidas ilicitamente ou dos meios de obtenção que são intoleráveis, como a tortura. São opções escolhidas com o fito de preservar valores jurídicos relevantes, independentemente do reflexo que possam ter na descoberta da verdade. Existem razões válidas para a existência de normas que regulem as provas, entre elas, a necessidade de se preservar valores que cabe ao Direito proteger, seguindo a lógica de que a obtenção da verdade não pode ser realizada a qualquer custo (CALHEIROS, 2015, p.96-97).

ressalva: no processo, o fato é o que se diz sobre ele. A verdade é a enunciação do fato e não o objeto empírico do que é enunciado (CALHEIROS, 2015, p.90).

De acordo com Ferrajoli (2002, p.38), esta seria uma verdade alcançada a partir do respeito às regras precisas e relativas tão somente a fatos definidos como penalmente relevantes. É uma verdade que não pretende ser "a verdade", pois é relativa. Não é extraída mediante indagações inquisitivas. Está condicionada pelo respeito aos procedimentos legais e às garantias da defesa. É mais controlada quanto às formas de aquisição, mas inegavelmente mais reduzida no que tange ao seu conteúdo informativo do que seria a "verdade substancial". É a verdade provável. Na dúvida ou na falta de acusações robustas, prevalece o respeito à presunção de não culpabilidade.

Isso não significa dizer que não é desejável que determinações jurídicas, como a de culpa no âmbito penal, não sejam, tanto quanto possível, factualmente acertadas. Todavia, este "tanto quanto possível" alberga a noção de que é necessário obedecer aos "desejos" não relacionados à busca incessante pela verdade, como por exemplo, alcançar uma resolução do caso dentro do prazo aventado e agir de acordo com as restrições impostas pela Constituição (HAACK, 2009, p.13-14).

Conforme Vasconcellos (2018, p.702), no que tange à função da prova e a "verdade que se almeja chegar", o papel do juiz teria que se pautar por critérios tido como racionais. O fato do juiz estar convencido de uma das versões apresentadas pela parte não supre a necessidade de um controle intersubjetivo da decisão, o que só seria possível a partir de uma conexão com a realidade. A decisão só poderia ser controlável se ela for considerada a descrição mais provável dos fatos imputados ao réu.

O autor afirma que a função da prova penal deve respeitar uma dupla função: como instrumento cognitivo de reconstrução do passado e como elemento de persuasão do julgador visando seu convencimento. As duas posturas não se excluem e podem ser harmonizadas. Esta harmonização, inclusive, teria o condão de formular uma legítima autolimitação: por conta da extrema discricionariedade, que dificulta o controle do ato de julgar como convencimento persuadido, é desejável que se tenha uma conexão cognitiva entre fatos e decisão. Esta ligação, levando em consideração as limitações impostas à busca da verdade dentro do processo, determinará que o convencimento do juiz deve ser realizado através de critérios racionais e juridicamente legítimos, necessariamente plasmados na motivação da decisão (VASCONCELLOS, 2018, 704-705).

No sistema inquisitório, o imputado é um mero objeto do processo, estando à disposição das investigações realizadas pelo juiz. Lembre-se, aqui, há a busca incessante pela verdade real/objetiva.

Especificamente no caso brasileiro, tem-se uma notada abertura contida no Código de Processo Penal (de 1941) no sentido de que o magistrado é detentor da iniciativa probatória. Todavia, esta não foi a posição adotada pela Constituição brasileira de 1988, cujos preceitos relacionados ao processo penal se alinham com o sistema acusatório. No Brasil se observa a necessidade de se adequar o velho (Código de processo penal) ao novo (Constituição), o que não parece ser feito com efetividade na prática quotidiana dos tribunais brasileiros.

Atribuir poderes instrutórios ao juiz, em qualquer das fases (processual ou pré-processual) é um erro, pois desnatura o processo penal adequado em uma democracia. Quando se permite esta invasão do juiz à atividade probatória, há o chamado "Quadro mental paranoico", que significa um autêntico primado da hipótese sobre o fato, uma vez que o magistrado primeiramente decide (criação da hipótese) e depois sai em busca dos fatos (comprovados por provas) que visam justificar a decisão anteriormente tomada. Portanto, decide por primeiro e depois busca as provas que servem para embasar sua decisão[15] (LOPES JR, 2016, p.172).

Há, portanto, possibilidade de que o juiz julgue com base apenas no imaginário (que é tomado como verdadeiro), para depois sair em busca do lastro probatório que legitime e confirme a sua versão. A introdução do material probatório é precedida da consideração psicológica sobre os rumos que a prova, se trazida ao interior do processo, possa determinar. O juiz, possuindo a iniciativa probatória, está ciente de quais consequências estas provas trarão para a definição do fato objeto do processo judicial, pois "quem procura sabe o que pretende encontrar". Esta ideia trazida ao processo penal indica uma tendência comprometedora da imparcialidade do juiz (LOPES JR, 2016, p.173).

A estrutura inquisitória é construída a partir de um grupo de conceitos falaciosos, como o de "verdade absoluta". Para que se alcance esta verdade, é necessário se dispor do corpo do imputado, pois de posse dele, se obtêm a confissão e, consequentemente, o que seria a verdade.

Relevante se realizar paralelo com o que ocorre hodiernamente no Brasil, em que se debate com vigor a utilização da prisão preventiva de imputados como forma de "persuadi-

[15] O juízo penal é considerado um "saber-poder", que corresponde a uma combinação entre conhecimento e decisão. Desta junção, tem-se que quanto maior é o poder, menor será o saber e vice-versa (FERRAJOLI, 2002, p.39).

los" a confessar crimes e delatar outros (supostos) criminosos. Percebe-se que a busca da confissão e da delação continuam, ainda hoje, condicionando de sobremaneira o atual processo penal brasileiro, com a mesma necessidade que se tinha, no medievo, de se dispor dos corpos dos imputados para, assim, se produzir provas (o que denota uma total ineficiência da investigação levada a cabo pelo Estado), o que pode ser visto como um flagrante atentado contra o requisito fundamental da voluntariedade da delação e do princípio *nemo tenetur se detegere*, é admitido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro[16].

No que tange ao uso da prisão preventiva (que no sistema inquisitório do medievo, era a regra) como forma de coagir o réu a renunciar direitos constitucionalmente a ele assegurados, Langbein (1978, p.15) compara esta prática à tortura, pois em ambas, ainda que inflijam quantidades de dor distintas, retiram o discernimento do acusado, aumentando o risco de falsas declarações e admissão de culpa por parte de pessoas inocentes.

Percebe-se que, todas as vezes em que a gestão probatória está sob o controle do magistrado, há um reprovável rompimento de sua imparcialidade no momento do julgamento, o que confere ao sistema processual penal, inegavelmente, uma matriz essencialmente inquisitória, transformando o juiz em autêntico inquisidor (não sendo imparcial), o que aproxima o processo penal brasileiro, reprovavelmente, das estarrecedoras práticas comuns ao sistema processual penal inquisitório do medievo.

4 - CONCLUSÃO

Com base em tudo o que foi exposto, percebeu-se que no sistema acusatório, caracterizado por seu inato respeito ao contraditório, à imparcialidade do juiz, a gestão probatória a cargo das partes e a divisão das tarefas de acusar e julgar (destinadas a pessoas diferentes), se alinha aos regimes democráticos, em que o imputado é detentor de garantias processuais, que possuem, entre suas principais razões de existir, o impedimento na tomada de decisões arbitrárias.

Já no sistema inquisitório, foi admitida, como forma de solucionar o problema de julgamentos pautados em fraco lastro probatório, a inserção cada vez maior do magistrado no âmbito da gestão probatória. Seguindo uma ideia de que os fins justificam os meios, ao juiz (inquisidor) cabia a investigação, acusação e julgamento, em nítida caracterização de um

[16] No HC 127.483/PR de relatoria do ministro Dias Toffoli, decidiu-se que a validade do acordo de delação premiada depende de um requisito de liberdade psíquica do agente, e não de sua liberdade de locomoção. A declaração de vontade do imputado deve ser produto de sua liberdade psíquica e nao de sua liberdade física.

julgador parcial. As formas de obtenção da prova perpassavam por métodos extremamente coercitivos (como a tortura), todos destinados à chegada do que seria a "verdade real".

Com os movimentos revalorização do homem, notadamente a Revolução Francesa, houve o surgimento do sistema misto que divide o processo penal em duas grandes fases, uma pré-processual, prioritariamente investigatória, momento em que o contraditório não existe. A outra fase seria a processual, com o contraditório sendo respeitado e o juiz valorando sobre o material probatório colhido. Portanto, percebe-se que a primeira tem marcas do sistema inquisitório, enquanto a segunda tem cariz acusatório.

A par da necessária divisão separação das atividades de acusar e julgar, notou-se que ela, por si só, não é suficiente para enquadrar o modelo processual penal como sendo acusatório, portanto, adequado aos fundamentos democráticos. Se, mesmo com esta divisão das tarefas, a gestão probatória estiver a cargo do juiz, há rompimento de sua imparcialidade, convertendo-o, em verdade, em autêntico inquisidor que, primeiro formula internamente uma hipótese e posteriormente busca as provas que legitimarão esta sua escolha inicial. É a configuração do primado da hipótese sobre os fatos, com o julgamento feito com base no "imaginário".

Na ausência de um princípio unificador misto, conclui-se que, essencialmente, todos os sistemas processuais penais são ou inquisitórios ou acusatórios. O elemento definidor da propensão do processo penal a uma ou outra classificação é a quem cabe a iniciativa probatória. Se cabe ao magistrado, este sistema processual penal é indubitavelmente inquisitório, a partir da quebra da imparcialidade do julgador que é exigida nas democracias. Foi realizado um corte metodológico para se analisar o caso brasileiro, em que, a partir da análise de determinados artigos do código de processo penal, nota-se uma clara possibilidade do magistrado em realizar a produção probatória, aproximando-o da figura do inquisidor.

Portanto, a gestão probatória acaba sendo o elemento fundamental na definição dos sistemas processuais penais, uma vez que a simples divisão das tarefas de acusar e julgar não dá conta, por si só, de desnaturar o viés autoritário/inquisitório do processo penal. Somente a partir do distanciamento do juiz da gestão probatória é que se tem um processo penal democrático e respeitador das garantias do imputado, que servem de barreira às decisões arbitrárias.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATISTA, Nilo. **Matrizes Ibéricas do sistema penal brasileiro – I.** 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

CALHEIROS, Maria Clara. **Para uma teoria da prova** (Estudos CEJUR). Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

COUTINHO, Jacinto Nelson de. Um devido processo legal (constitucional) é incompatível com o sistema do CPP, de todo inquisitorial. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Coord.). **Processo Penal e democracia: Estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 253-261

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

HAACK, Susan. Irreconcialable diferences? The troubled marriage of Science and law. **Law and Contemporary Problems**. Vol.72. Miami, 2009.

LANGBEIN, John. Torture and plea bargaining. Vol. 46. **University of Chicago Law Review**, 1978. Disponível em <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4154&context=uclrev> acesso em 16 jan. 2019.

LOPES JR, Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, Saraiva, 2016.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A Hiper-Racionalidade inquisitória. In: BONATO, Gilson (Org.). **Processo penal, constituição e crítica.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 475-485.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 127.483/PR (2015)**. Relator: Min. Dias Toffoli. DJE de 04/02/16. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666> acesso em 17 jan. 2019.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. A prova no processo penal: a importância da valoração do lastro probatório e de seu controle por meio recursal. **Revista Eletrônica do**

Curso de Direito da UFSM. Santa Maria (RS), v. 13, n. 2, p. 695-721, ago. 2018. ISSN 1981-3694. Disponível em: < https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/30012 >. Acesso em: 25 jan.2019.