

**VI ENCONTRO VIRTUAL DO  
CONPEDI**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E  
CONSTITUIÇÃO I**

**CLOVIS ALBERTO VOLPE FILHO**

**LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO**

**THIAGO ALLISSON CARDOSO DE JESUS**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais 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

**Diretora Executiva** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

**Vice-presidente Sudeste** - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

**Representante Discente:** Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

**Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

**Secretarias**

**Relações Institucionais:**

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

**Comunicação:**

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

**Relações Internacionais para o Continente Americano:**

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

**Relações Internacionais para os demais Continentes:**

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

**Eventos:**

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

**Membro Nato** - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Clovis Alberto Volpe Filho; Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Thiago Allisson Cardoso De Jesus – Florianópolis; CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-737-3

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Direito e Políticas Públicas na era digital

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal. VI Encontro Virtual do CONPEDI (1; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



## **VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**

### **DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I**

---

#### **Apresentação**

Em uma tarde de Sábado, em pleno dia 24 de junho, por ocasião das festividades de São João no início do inverno brasileiro, o Grupo de Trabalho Direito Penal, Processo Penal e Constituição I reuniu-se, em breve, porém produtivo intervalo no arrasta-pé, com o escopo de debater temas modernos e interdisciplinares das Ciências Penais, que resultou na confirmação de que o Conpedi é hoje uma associação que contempla grandes profissionais, docentes e acadêmicos do direito. Com grande capacidade crítica, os estudiosos de ecléticos temas do universo do direito e do processo penal, corroboraram o sucesso dos eventos remotos do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. Diversas Instituições, de norte a sul do país, estiveram representadas nos debates, culminando com um livro, de consulta imprescindível, que é composto dos seguintes artigos/capítulos, ora apresentados por título, autoria e síntese.

O texto “Justiça restaurativa: conjugação da eficiência penal com a finalidade retributiva da pena”, escrito por Carlos Augusto Machado De Brito e Felipe Augusto Forte de Negreiros Deodato, analisa a inovação da justiça restaurativa e promove um resumo histórico sobre o direito penal e a sua evolução até os dias atuais, com a ideia da constitucionalização do direito penal e a inserção das garantias. Para além disso, identifica os movimentos evolutivos do sistema penal e suas velocidades, colocando o desenrolar da importância da atuação da vítima para a resolutividade da lei penal. Ainda, o texto faz o cotejo da necessidade de um direito penal eficiente, mas sem deixar de lado a observância da finalidade retributiva do direito penal, e ressalta a importância do papel da vítima na justiça restaurativa, em especial nos crimes envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher objetivando a busca do cumprimento da função retributiva da pena conjugada com a eficiência do direito penal.

O trabalho “Justiça restaurativa: aplicabilidade prática no judiciário brasileiro”, de autoria de Rogério Roberto Gonçalves de Abreu, Allan Vítor Corrêa de Carvalho e Mariana Soares de Moraes Silva, aborda a temática da Justiça Restaurativa concebida por Howard Zehr, e em quais âmbitos do judiciário brasileiro suas práticas poderiam ser adotadas a fim de melhorar a cultura de não somente punir e prender, no intuito de desafogar o judiciário e diminuir a superlotação dos presídios. Com os resultados obtidos, os autores revelaram que há diversos estudos acerca da implantação de práticas restaurativas em diversos âmbitos do judiciário

brasileiro, como nas varas de violência doméstica, infância e juventude e delegacias de polícia, mas que o grande obstáculo para uniformização das práticas consiste na ausência de normatização sobre o assunto.

O texto “Lei Maria da Penha: extensão do bem jurídico protegido e a transexualidade”, dos autores Marcela Da Silva Pereira e Antônio Carlos da Ponte, revela que, diante do contexto cultural e histórico vivenciado, grupos feministas se rebelaram contra a limitação de direitos, exigindo que estes fossem iguais aos dos homens; lutaram também por sua autonomia e liberdade, para que não houvesse mais sua submissão e dependência, inclusive quanto ao seu papel social, a uma figura masculina. Conceitos, como família, tiveram que ser revistos diante das mudanças nas relações interpessoais, de forma que o Direito estava se tornando um limitador da proteção e se via em desconformidade com a realidade vivida. O conceito mulher, prematuramente visto como sexo feminino, conceito biológico, mostrou-se insuficiente, devendo ser ampliado para assegurar a proteção do gênero, bem jurídico da lei 11.340/06. Dados apontam que a vulnerabilidade em razão do gênero feminino consiste em tema que exige uma maior atenção e cuidado, bem como uma política e garantias mais eficientes, tratando-se de problemática que clama atenção. Não diferente da situação dos transexuais, do gênero feminino, os quais, através das estatísticas, percebe-se que são alvos constantemente violados, vistos a margem da proteção. Revelam os autores que os Tribunais vêm decidindo pela ampliação do conceito, entendendo pelo gênero, além do sexo feminino, para que se possa alcançar situações diferentes ou até mesmo próximas, mas com o mesmo intuito e bem jurídico.

O intitulado “Mandados de criminalização e a tutela penal dos bens jurídicos difusos”, dos autores Antônio Carlos da Ponte e Cíntia Marangoni, discorre sobre a teoria dos mandados constitucionais de criminalização e suas implicações na proteção penal aos interesses difusos, diante do crescimento desta espécie de bens jurídicos universais, a partir do fenômeno da globalização e da sociedade pós-moderna. Com efeito, os bens jurídicos penais difusos devem ser tutelados por meio de instrumentos diversos dos utilizados no combate à criminalidade comum (que ataca bens jurídicos individuais), notadamente porque sua eventual lesão tem a capacidade de atingir um número indeterminado de pessoas e causar danos irreversíveis à sociedade. Para tanto, aborda-se o princípio da proporcionalidade (pelo viés da proibição da proteção deficiente) e a necessidade de reformas legislativas condizentes com a criminalidade contemporânea.

“Maternidade no cárcere privado: uma análise acerca do desenvolvimento adequado da criança a partir da teoria do apego”, com autoria de Jéssica Cindy Kempfer e Isadora Malaggi, busca analisar se o ambiente prisional é o mais adequado para a criança conviver

com a mãe no pós-parto, a partir da teoria do apego e das atuais estruturas e instalações do sistema prisional. Diante disso, com o objetivo de concluir, através da teoria do apego e do atual sistema carcerário, o ambiente adequado para a criança, indaga-se a seguinte questão: a partir da teoria do apego e das atuais estruturas e instalações do sistema prisional, é possível afirmar juridicamente que, durante o tempo estabelecido na legislação, o convívio no pós-parto do filho com a mãe no ambiente prisional é o mais adequado? Desta forma, para responder à referida pergunta, é contextualizado o cárcere feminino no Brasil e o aumento significativo do encarceramento feminino. Ressalta-se, ainda, a maternidade e a teoria do apego, apresentando a importância do vínculo da criança com a figura de apego. Por fim, busca realizar de forma específica as relações entre mãe e filho com base na teoria do apego e as divergências frente ao ambiente prisional adequado. Como resultado final, o artigo externa que o ambiente prisional não é o lugar mais adequado para criança conviver com a mãe.

“Necropolítica e ressocialização no sistema prisional: impactos no direito à educação do apenado”, de Flavia De Paiva Medeiros De Oliveira e Drielly Cinthya Alves Nogueira, externa que o sistema prisional brasileiro ampara-se na punição e ressocialização do apenado, em que devem ser respeitados os princípios constitucionais de cumprimento da pena. No entanto, as prisões brasileiras estão permeadas por estruturas inadequadas e regimes disciplinares diferenciados que constantemente ferem a dignidade das pessoas privadas de liberdade e impedem a ressocialização. Assim, o artigo objetivou analisar a relação do conceito de necropolítica com o direito à educação do apenado no contexto prisional brasileiro. Para tanto, utilizou o conceito de necropolítica de Achille Mbembe na tentativa de problematizar o racismo e a política de morte do Estado brasileiro para com a população carcerária. Ao final, concluiu-se que, em uma análise necropolítica, não existiria uma coincidência na formatação da população carcerária e das motivações para a negação de seus direitos dentro e fora do contexto prisional brasileiro, inclusive no direito à educação como processo de ressocialização do apenado.

Já o artigo “O crime de lavagem de dinheiro nas transferências de atletas de futebol e a implementação preventiva de programas de criminal compliance em clubes brasileiros”, de Sebastian Borges de Albuquerque Mello e João Menezes Canna Brasil Filho, examina os impactos concernentes à implantação de programas de criminal compliance com foco de prevenção à lavagem de capitais, principalmente em transferências de atletas de clubes brasileiros de futebol. Inicialmente, aborda-se o fenômeno da globalização no mercado futebolístico, corresponsável pela multiplicação de investimentos internos e externos no esporte, o qual determina o incremento do risco do cometimento do delito de lavagem de capitais. Assim, discute-se ferramentas de governança utilizadas por entidades relacionadas

ao esporte com o fito de coibir essas práticas criminosas, bem como as especificidades oriundas da instituição de programas de criminal compliance dentro de clubes de futebol, com características distintas de empresas de outros ramos, salientando a independência de um sistema de compliance como atributo essencial para elevar o êxito na prevenção desses delitos. Destaca-se, ainda, que o texto analisa os deveres de compliance que precisam ser observados por agentes envolvidos no setor e identificados na legislação vigente, tendo em vista a alta vulnerabilidade das operações nacionais e transnacionais envolvendo transações de atletas, particularmente em relação ao delito de lavagem de dinheiro.

Na sequência, Bruna Vidal da Rocha, Dani Rudnick e Tatiane Lemos Nascente apresentaram o texto "Reflexões históricas acerca do Tribunal do Júri", reiterando a historicidade e abordando, a partir de critérios delineados, a relevância e os aspectos controvertidos que envolvem o tribunal popular.

O artigo Educação no sistema prisional como efetivação da cidadania para os encarcerados no Estado da Paraíba, de autoria de Rômulo Rhemo Braga, Mariana Morais Silva e Allan Vitor de Carvalho, traz à baila os postulados fundamentais para a dignidade humano por meio do direito à educação efetivado no cárcere, por meio de importante estudo de caso.

A temática do poder probatório do juiz penal foi analisada por Américo Bedê Freire Junior e Vanessa Maria Feletti; e o ambiente prisional brasileiro como locus de violações de direitos humanos e apropriado para a estruturação das facções criminosas foi abordado por Luan Fernando Dias e Maria Aparecida Lucca Caovilla.

A provisoriedade da prisão e a morosidade judicial como violação de direitos fundamentais foi o objeto de análise do texto de autoria de Débora Simões Pereira; e o protocolo para a higidez do reconhecimento de pessoas como dimensão estruturante do procedimento probatório foi alvo da abordagem feita por Eduardo Garcia Albuquerque.

Seguindo a mesma toada, Luciano Santos Lopes e Pedro Afonso Figueiredo analisou a teoria da cegueira deliberada aplicada aos crimes tributários, com ênfase em suas repercussões e Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Luciana Machado Teixeira Fabel e Lélío Braga Calhau apresentaram e trouxeram para a pauta as discussões sobre os desafios opostos ao Direito Penal pelo ESG, Greenwashing e pelos programas de integridade.

Sem dúvidas, aqui uma grande obra que é produto de construção coletiva, oriunda de diversos bancos acadêmicos e profissionais desse país marcada por novas discussões, intensas transferências de tecnologias e práticas de inovação que, em muito, redimensionam a

ciência do Direito, a dogmática jurídica-penal e a produção do conhecimento científico na área desse já tradicional grupo de trabalho.

Convidamos, pois, à leitura; cumprimentando, todos e todas, pelo êxito de mais um GT em um encontro virtual do CONPEDI.

Professor Doutor Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Dom Helder Escola Superior/MG

Professor Doutor Clovis Alberto Volpe Filho

Faculdade Dr. Francisco Maeda/Faculdade de Direito de Franca

Professor Doutor Thiago Allisson Cardoso de Jesus

Universidade Estadual do Maranhão, Universidade Ceuma e Universidade de Salamanca.

## O PODER PROBATÓRIO DO JUIZ PENAL À LUZ DAS OBRIGAÇÕES PROCESSUAIS PENAIS POSITIVAS E DO SISTEMA ACUSATÓRIO

### THE PROBATORY POWER OF THE CRIMINAL JUDGE CONSIDERING THE POSITIVE CRIMINAL PROCEDURAL OBLIGATIONS AND THE ACCUSATORY SYSTEM

Américo Bede Freire Junior <sup>1</sup>  
Vanessa Maria Feletti

#### Resumo

No âmbito da Convenção Americana de Direitos Humanos, as obrigações processuais penais positivas determinam que é dever dos Estados investigar, processar e punir os culpados por violações de direitos humanos. Considerando que tais obrigações se prolongam por toda a persecução penal e que a magistratura tem o dever de respeitar os tratados de direitos humanos e não gerar violações que levem o Estado brasileiro a responder perante o sistema interamericano, conforme cláusula federal prevista no artigo 27 da citada Convenção, indaga-se se cabe algum poder probatório para o destinatário do dever de punir. Para responder a essa problemática, o presente estudo analisa o poder probatório do juiz com competência penal dentro do sistema acusatório brasileiro a partir da diferença entre os elementos fixos desse sistema e a gestão da prova penal, estabelecendo os fundamentos e os limites para o exercício da produção probatória pela magistratura com competência penal diante do dever de punir. Com isso, cumpriremos o objetivo de alcançar uma interpretação constitucional e convencionalmente adequada para o artigo 156, II do Código de Processo Penal.

**Palavras-chave:** Obrigações processuais penais positivas, Sistema acusatório, Poder probatório do juiz penal, Controle de convencionalidade, Artigo 156 do código de processo penal

#### Abstract/Resumen/Résumé

Under the American Convention on Human Rights, positive criminal procedural obligations determine that it is the duty of States to investigate, prosecute and punish those responsible for human rights violations. Considering that such obligations extend throughout the entire criminal prosecution and that the judiciary has a duty to respect human rights treaties and not generate violations that make the Brazilian State answerable before the inter-American system, in accordance with the federal clause provided for in article 27 of the aforementioned Convention, the question is whether there is any probative power for the recipient of the duty to punish. To respond to this problem, this study analyzes the probative power of the judge with criminal competence within the Brazilian adversarial system, based on the difference between the fixed elements of this system and the management of criminal evidence,

---

<sup>1</sup> Professor titular do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu da Faculdades de Vitória (FDV). Juiz Federal Titular em Vitória/ES. Aprovado em 1º lugar no 8º concurso do TRF da 2ª Região.



establishing the foundations and limits for the exercise of the production of evidence by the judiciary with criminal competence before the duty to punish. With this, we will fulfill the objective of achieving a constitutionally and conventionally adequate interpretation of Article 156, II of the Code of Criminal Procedure.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Positive criminal procedural obligations, Accusation system, Probationary power of the criminal judge, Conventionality control, Article 156 of the criminal procedure code

# 1 INTRODUÇÃO

No âmbito das normas convencionais, temos que as obrigações processuais penais positivas determinam que é dever dos Estados investigar, processar e punir os culpados por violações de direitos humanos. Tais obrigações estão previstas no texto da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH)<sup>1</sup> e na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH) desde o julgamento de seu primeiro caso contencioso.

Trata-se do caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (1988),<sup>2</sup> no qual a CorteIDH entendeu que os Estados Partes, a partir do disposto no artigo 1.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), têm a obrigação de garantir o livre e pleno exercício dos direitos reconhecidos na Convenção às pessoas que estão sob sua jurisdição e, como consequência, têm o dever de investigar, processar e punir os culpados por violações de direitos humanos. Se possível, ainda, restabelecer o direito violado ou, caso não seja possível, reparar sua violação.

Os deveres de investigar, processar e punir nos mostram que as obrigações processuais penais positivas se prolongam por toda a persecução penal. Então, questiona-se: como fica o ônus probatório diante dessas obrigações dentro do sistema acusatório? A quem cabe a produção de provas nas fases de investigar e processar fica bem fácil de ser visualizado, tendo em vista que se trata da fase pré-processual, cabendo às agências estatais de persecução penal, como a polícia e o Ministério Público. Mas, e quanto ao dever de punir? Cabe alguma produção probatória para o destinatário desse dever? Ou seja: a magistratura tem poder probatório na fase processual da persecução penal no processo penal brasileiro? Esse é o problema de pesquisa a ser respondido no presente estudo a partir de uma análise constitucional e convencionalmente orientada.

---

<sup>1</sup> A CorteIDH indica em suas sentenças que o fundamento para as obrigações processuais penais positivas são os seguintes artigos: 1º, 2º, 8º e 25 da CADH.

<sup>2</sup> Vejamos trecho da página 33 da sentença do caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (1988): “(...) 166. A segunda obrigação dos Estados Partes é a de "garantir" o livre e pleno exercício dos direitos reconhecidos na Convenção a toda pessoa sujeita à sua jurisdição. Esta obrigação implica o dever dos Estados Partes de organizar todo o aparato governamental e, em geral, todas as estruturas através das quais se manifesta o exercício do poder público, de maneira tal que sejam capazes de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos. Como consequência desta obrigação, os Estados devem prevenir, investigar e punir toda violação dos direitos reconhecidos pela Convenção e procurar, ademais, o restabelecimento, se possível, do direito violado e, se for o caso, a reparação dos danos produzidos pela violação dos direitos humanos. (...)”.

Para iniciar a aproximação de nossa hipótese, podemos perceber que as obrigações processuais penais positivas também se dirigem à magistratura, pois cabe a quem tem o poder de jurisdição punir os que forem comprovadamente culpados, e são justamente os juízes e juízas que detêm esse poder. Além disso, ao exercer a jurisdição, o Poder Judiciário, federal ou estadual, representa o Estado brasileiro perante o Sistema Interamericano de proteção de direitos humanos, tendo em vista a cláusula federal prevista no artigo 28 da CADH.<sup>3</sup>

Com isso, a magistratura tem o dever de respeitar os tratados de direitos humanos e não gerar violações que levem o Estado brasileiro a responder perante o sistema interamericano, o que demonstra que punir violadores de direitos humanos não é uma opção. E são justamente essas ideias que fundamentam nossa hipótese, qual seja, que a magistratura possui deveres probatórios para se desincumbir da obrigação processual penal positiva a ela dirigida, cumprindo os tratados de direitos humanos que o Brasil faz parte.

Mas, a que tipo de obrigação se refere o dever de punir e como compatibilizar essa obrigação convencional com os poderes probatórios e o sistema acusatório previsto no texto da Constituição da República de 1988?

Para responder a tais questionamentos, partiremos do texto do Código de Processo Penal na presente pesquisa e seguiremos o caminho dado a partir da previsão de atividade probatória pela magistratura no artigo 156, II.

Portanto, para buscar o caminho adequado para a aplicação do citado artigo, vamos analisar o sistema acusatório, a questão probatória e as obrigações processuais penais positivas para construir essa interpretação constitucional e convencionalmente orientada, estabelecendo os fundamentos e as balizas para o exercício do dever de punir.

---

<sup>3</sup> Artigo 28. Cláusula federal

1. Quando se tratar de um Estado Parte constituído como Estado federal, o governo nacional do aludido Estado Parte cumprirá todas as disposições da presente Convenção, relacionadas com as matérias sobre as quais exerce competência legislativa e judicial.

2. No tocante às disposições relativas às matérias que correspondem à competência das entidades componentes da federação, o governo nacional deve tomar imediatamente as medidas pertinente, em conformidade com sua constituição e suas leis, a fim de que as autoridades competentes das referidas entidades possam adotar as disposições cabíveis para o cumprimento desta Convenção.

3. Quando dois ou mais Estados Partes decidirem constituir entre eles uma federação ou outro tipo de associação, diligenciarão no sentido de que o pacto comunitário respectivo contenha as disposições necessárias para que continuem sendo efetivas no novo Estado assim organizado as normas da presente Convenção.

## 2 O SISTEMA ACUSATÓRIO E A QUESTÃO PROBATÓRIA

Para entender como se dá a produção probatória pela magistratura na fase processual, vamos iniciar a pesquisa sobre os sistemas processuais penais e o sistema acusatório, com o fim de entender seus elementos centrais.

Segundo Mauro Andrade (2013, p. 38), sistema jurídico<sup>4</sup> consiste na “reunião, conscientemente ordenada, de entes, conceitos, enunciados jurídicos, princípios gerais, normas ou regras jurídicas, fazendo com que se estabeleça, entre os sistemas jurídicos e esses elementos, uma relação de continente e conteúdo, respectivamente”. Dentro dessa relação entre o sistema e seus elementos, podemos identificar que o sistema jurídico possui elementos fixos e elementos variáveis.

Os elementos fixos são de presença obrigatória, dizem respeito à sua criação e existência, consistindo em sua base axiológica, e, se modificados, geram a extinção do sistema jurídico original por consistirem em seu núcleo duro. Os elementos variáveis, por sua vez, podem oscilar quanto à sua presença sem descaracterizar o sistema ou sem caracterizar outro, permitindo que haja mobilidade e funcionamento, pois é possível moldar as características do sistema a partir deles. Podem, também, participar de vários sistemas jurídicos sem afetar a existência ou identidade de nenhum deles, já que não dizem respeito às características essenciais.

Os sistemas processuais penais são subsistemas ou sistemas parciais dos sistemas jurídicos. Consistem em investigações em áreas cognitivas específicas e são entendidos como microsistemas ou subsistemas vinculados a um sistema mais amplo. Eles possuem a mesma lógica de funcionamento desse sistema mais amplo, também possuindo a presença de elementos fixos e elementos variáveis. Assim, podemos estabelecer que os sistemas processuais penais são “subsistemas jurídicos formados a partir da reunião ordenada de elementos fixos e variáveis de natureza processual penal” (ANDRADE, 2013, p. 43).

A construção doutrinária divide os sistemas processuais penais em três espécies, a saber: o sistema acusatório, o inquisitivo e o misto. Como características principais, temos que o sistema

---

<sup>4</sup> Não há consenso na doutrina sobre o significado de sistema jurídico e, no presente artigo, adota-se a concepção do citado autor.

acusatório possui juízes e acusadores em figuras distintas. Seus princípios são o acusatório, a oralidade, o contraditório e a publicidade. O sistema inquisitivo, por sua vez, possui um juiz que investiga, acusa e decide. Os princípios aplicados são o inquisitivo, o segredo e a escritura. Já o sistema misto, por fim, tem o processo dividido em duas partes (investigação e julgamento), tendo o elemento inquisitivo na primeira fase e o elemento acusatório na segunda.

No aprofundamento do estudo do sistema acusatório, com o objetivo de buscar resposta ao problema proposto para a presente pesquisa, podemos perceber que tal sistema possui duas fases ao longo da história, sendo uma clássica e outra moderna. No sistema acusatório clássico (Atenas e Roma), tivemos o predomínio do acusador popular eleito pelo poder central sobre o acusador público. É chamado de sistema acusatório puro (um tipo ideal<sup>5</sup>). Os problemas surgidos nessa fase foram: impunidade, acusações falsas e ausência de proteção ao acusador popular, sua família e testemunhas. Já no sistema acusatório moderno (a partir da superação do período inquisitivo nos séculos XVIII e XIX), o acusador é público e continua sendo uma figura distinta do juiz. É regido pelo princípio da publicidade, da oralidade e do contraditório. A investigação criminal é atividade da polícia e, novamente, somente a acusação realizada pelo acusador dá início ao processo. Então, diante de sua análise histórica, quais seriam os elementos fixos do sistema acusatório?

Ao realizar o esboço histórico dos sistemas processuais penais, quanto ao sistema acusatório, Mauro Fonseca de Andrade (2013) chega à conclusão que há apenas dois elementos de presença obrigatória nesse sistema, ou seja, elementos que dizem respeito à sua criação e existência e que, se modificados, geram a extinção do sistema jurídico original por consistirem em seu núcleo duro, sendo um elemento procedimental e outro principiológico.

O elemento procedimental é a exigência de oferecimento da acusação para iniciar o processo. É necessário que haja uma acusação (criatura) com individualização do acusado, descrição do fato ilícito praticado e requerimento de sanção do acusado. Se esse elemento for suprimido, ele

---

<sup>5</sup> Segundo Max Weber, tipos ideais são “conceitos exagerados, genéricos e abstratos criados pelas mais diversas áreas do conhecimento humano e que não representam uma realidade histórica e tampouco autêntica” (ANDRADE, 2013, p. 48). Esses conceitos são artificiais e têm função comparativa, funcionando como um meio para alcançar o conhecimento e não sua materialização. Com isso, por não representarem uma realidade histórica, concedem plena liberdade ao autor ao criar seu próprio conceito pessoal de tipo ideal, depurando-o de elementos indesejados a partir do filtro ideológico de seu criador.

desnatura o sistema acusatório.<sup>6</sup> Já o elemento principiológico, por sua vez, diz respeito à obrigatoriedade da presença de um acusador (criador) diferente do juiz. Esse acusador pode ser público ou privado.<sup>7</sup> Os demais elementos são escolhas ideológicas ou relacionadas ao momento histórico em que se vive. Podem ser indispensáveis para um processo justo na atualidade, mas não são para caracterizar um sistema como acusatório.<sup>8</sup>

Diante do estudo delineado acima, vimos que não há dentre os elementos fixos do sistema acusatório referência à gestão da prova. Então, a partir dessa compreensão, sabemos que haver ou não atividade probatória pela magistratura não possui relação existencial com o sistema acusatório, podendo existir ou não, pois não se trata de um de seus elementos fixos. Com isso, podemos estabelecer nossa primeira conclusão no sentido de que a presença da atividade probatória pela magistratura não viola o sistema acusatório, revelando-se constitucional. Como estamos diante de um assunto complexo, a questão que se passa a perquirir, então, é a seguinte: como deve ocorrer tal atividade?

Aprofundando nosso estudo quanto à atividade probatória do juiz penal no sistema acusatório, passaremos a analisar o magistério de PICO I JUNOY (2017), o qual realizou interessante estudo sobre o juiz e a prova, dedicando parte de sua pesquisa sobre a iniciativa probatória do juiz penal.

Para entender porque alguns autores afirmam que o juiz não pode ter iniciativa probatória no processo penal, o citado autor realiza revelador estudo sobre o brocardo abaixo:

*Iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium.*

---

<sup>6</sup> o acusador pode estar no sistema inquisitivo, mas não é elemento fixo, pois também pode não estar sem desnaturar sua identidade (início de ofício).

<sup>7</sup> Importante diferenciar que a acusação não é a materialização do princípio acusatório. Princípio acusatório significa apenas um acusador diferente do juiz.

<sup>8</sup> Além do sistema acusatório, ainda há o sistema inquisitivo e o sistema misto. O Sistema Inquisitivo é o sistema processual mais antigo. Prevaleceu na Idade Média e Moderna. Início da decadência com a Revolução Francesa. É exatamente o oposto do Sistema Acusatório. Possui os seguintes elementos fixos: 1) Princípio inquisitivo (princiológico): é prescindível um acusador distinto do juiz, e 2) A abertura do processo pode ocorrer tanto através do oferecimento de uma acusação, como também através de uma notícia criminis ou mesmo de ofício (procedimental). O sistema misto, por sua vez, foi criado no Código Penal francês de 1808 com organização bipartida do processo. Possui os seguintes elementos fixos: 1) Elemento inquisitivo: abertura de processo sem a acusação (por *notitia criminis* ou de ofício), e 2) Elemento acusatório: necessária presença de um acusador distinto do juiz.

Esse brocardo, tal qual escrito acima, foi difundido por vários autores com grande influência nos estudiosos do Direito no Brasil, como Chiovenda, Liebman, Calamandrei e Carnelutti.

Para PICO I JUNOY (2017), há um duplo erro na tradução do citado brocardo, os quais foram repetidos pelos autores acima e por seus leitores. Primeiro, acrescentou-se a palavra “*partium*” e, segundo, omitiu-se a expressão “*non secundum conscientiam*”. A consequência disso é a criação da ideia de que somente as partes podem ter iniciativa probatória, o que não há na versão original do brocardo, tendo em vista que o brocardo correto é o seguinte:

*Iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam.*

Diante da versão correta, temos que a parte “*iudex iudicare debet*” representa os limites cognoscitivos do juiz que devem se refletir em sua sentença, a saber: “*secundum allegata et probata*” (os fatos segundo foram alegados e provados no processo) e “*non secundum conscientiam*” (devendo rechaçar-se qualquer conhecimento privado que o juiz pudesse ter dos fatos).

O objetivo desses limites cognoscitivos é rechaçar o conhecimento privado do juiz e reafirmar a congruência da sentença. Ou seja: o juiz somente pode considerar fatos alegados e provados, não podendo levar em consideração fatos não alegados ou fatos alegados e não provados.

Com isso, vemos que a concepção original do brocardo não tem por objeto indicar a maior ou menor faculdade de iniciativa probatória do juiz. O objetivo é impossibilitar o conhecimento privado do juiz e manter a congruência da sentença, pois, repito, o juiz somente pode considerar fatos alegados e provados, não podendo levar em consideração fatos não alegados ou fatos alegados e não provados.

Conforme vimos, o sistema acusatório não exclui a possibilidade de que o juiz penal possa ter certa iniciativa probatória. A gestão da prova é elemento variável e oscila no ordenamento dos países. Em Estados europeus temos que o sistema acusatório possui permissão de iniciativa probatória. Alguns Estados latino-americanos já encontramos limitações (Peru, Equador e Venezuela) ou proibições (Colômbia, Nicarágua, Chile e Bolívia) de iniciativa probatória. Já o Brasil e Argentina, por sua vez, possuem um sistema com maior iniciativa probatória.

Como argumentos que mostram que a iniciativa probatória do juiz não viola nem a imparcialidade, nem o Sistema Acusatório,<sup>9</sup> PICO I JUNOY (2017) elencam os seguintes fatores: antes de produzir a prova não se sabe a quem o resultado vai beneficiar, produzir provas não é acusar, o objetivo do juiz é cumprir sua função de julgar de forma equilibrada (e aqui acrescento as obrigações processuais penais positivas na parte que se dirige à magistratura), fazer perguntas ou denegar provas também seria quebra da imparcialidade e ninguém questiona isso justamente por não ser, fazer esse questionamento apenas no penal significaria permitir que os demais juízes fossem parciais (trabalhistas, civis), a produção de provas pelo juiz reduz as possibilidades de erros e o que deve ser exigido da magistratura é a concreta motivação e a observância dos *standards* de prova.

Relacionado a esse tema, Badaró (2003, p. 83) traz interessante questão sobre o estado de dúvida do juiz e a omissão probatória, pois

os poderes instrutórios do juiz não são incompatíveis com a imparcialidade do julgador. Ao determinar a produção de uma prova, o juiz não sabe, de antemão, o que dela resultará e, em consequência, a qual parte irá beneficiar. Por outro lado, se o juiz está na dúvida sobre um fato e sabe que a realização de uma prova poderia eliminar sua incerteza e não determina sua produção, aí sim estará sendo parcial, porque sabe que, ao final, sua abstenção vai beneficiar a parte contrária àquela a quem incumbiria o ônus daquela prova. Juiz ativo não é sinônimo de juiz parcial. É equivocado confundir neutralidade ou passividade com imparcialidade. Um juiz ativo não é parcial, mas apenas um juiz atento aos fins sociais do processo, e que busca exercer sua função de forma a dar ao jurisdicionado a melhor prestação jurisdicional possível.

Com isso, o autor é taxativo ao afirmar que “não há um direito das partes a que o convencimento judicial se forme exclusivamente com base nas provas produzidas pela iniciativa delas, e não do juiz.” (BADARÓ, 2021, p.110). O que o juiz não pode fazer é passar a atuar como um pesquisador de fontes de provas.

### **3 ANÁLISE DO ESTADO DA ARTE QUANTO AO ARTIGO 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**

---

<sup>9</sup> Aury Lopes Jr. diverge de tal entendimento. Para o citado autor, a posição do juiz é fundante do sistema processual, tendo em vista que o Sistema Acusatório é aquele em que o juiz tem postura passiva na produção probatória (juiz-espectador). Imparcial é apenas o juiz que se mantém distante da produção e da gestão da prova. A gestão das provas, para o citado autor, está nas mãos das partes e o juiz deve se conformar com a atividade probatória incompleta das partes.



O atual Código de Processo penal (CPP) foi estabelecido pelo Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 em período ditatorial que ocorreu no Brasil entre os anos de 1937 e 1945 e que ficou conhecido como Estado-Novo ou Terceira República Brasileira.

Esse período foi liderado por Getúlio Vargas, controverso político populista chamado pelo Departamento de Imprensa e Propaganda de seu governo de “Pai dos Pobres”, que ao mesmo tempo em que unificou a legislação referente aos direitos dos trabalhadores<sup>10</sup> com o Decreto-Lei nº 5.452 em 1943, onde estabeleceu a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), também adotou um Código de Processo Penal com inspiração fascista em 1941, sendo que ambos os diplomas possuem a mesma clientela.

Quanto ao Código de Processo Penal, temos que sua inspiração ocorreu a partir do Código de Processo Penal Italiano de 1930, conhecido como *Codice Rocco*, o qual adota o sistema inquisitivo, o que possibilitou a inserção de diversos dispositivos de matriz inquisitorial no código brasileiro. Desde 1941, apenas alterações pontais ocorreram no CPP, mesmo com o advento da redemocratização em 1988 após outro período de treva ditatorial em nosso país.

Quanto ao artigo 156, temos a seguinte redação originária:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Esse dispositivo sofreu modificações em 2008 pela Lei n. 11.690, estabelecendo a criação de dois incisos, tendo seu texto alterado no seguinte sentido:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)  
I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)  
II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

---

<sup>10</sup> Também foi Getúlio Vargas que em 1934 garantiu aos trabalhadores os direitos trabalhistas básicos, como salário mínimo, jornada de trabalho de 8 horas diárias, férias e liberdade sindical.

A doutrina entende que a Constituição de 1988 estabeleceu o sistema acusatório em seu texto a partir da interpretação que se faz do artigo 129, I, pois determinou que cabe ao Ministério Público a função de acusar ao prever que pertence a ele a titularidade da ação penal. Não há a expressão “sistema acusatório” no texto da Constituição, não obstante, não há dúvidas na doutrina ou jurisprudência quanto à sua adoção. Observe que os elementos fixos do sistema acusatório estão presentes, pois há um acusador diferente da figura do julgador e há a exigência de uma acusação.

Porém, a inovação trazida pela Lei n. 11.690/2008 ao acrescentar o inciso I ao artigo 156 foi considerada um retrocesso e inconstitucional, tendo em vista que prevê que cabe ao magistrado ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes. Não obstante, é consenso na doutrina que não cabe iniciativa probatória ao magistrado antes de iniciada a ação penal, já que é elemento fixo do sistema acusatório a exigência de uma acusação para dar início ao processo.

Quanto ao artigo 156, II, temos que seu texto se refere à atuação probatória *ex officio* da magistratura na fase processual da persecução penal, tendo havido um desdobramento do *caput* da redação originária do artigo para o novel inciso. E sobre essa possibilidade há calorosos debates no meio acadêmico.

Uma parte da doutrina entende que o artigo 156, II também é inconstitucional, pois a atuação *ex officio* do magistrado seria uma violação ao sistema acusatório e comprometeria a sua imparcialidade, não importando o momento dessa atuação, pois, mesmo que fosse durante a ação penal, haveria tal mácula. Esse entendimento parte do pressuposto de que o sistema acusatório também alcança a gestão da prova. É a posição de Aury Lopes Jr. (2022, p. 45-46) e de Renato Brasileiro (2020, p. 45).

Outra parte da doutrina entende pela constitucionalidade do referido dispositivo, porém exige que essa atuação seja restrita e subsidiária para que a atividade probatória seja constitucional e se coadune com o sistema acusatório, que é a posição da qual se parte na presente pesquisa.

Então, como deve ser a atividade probatória realizada pela magistratura para que se atenda às exigências constitucionais e convencionais, tendo em vista que todas as normas devem passar por esse duplo controle?

#### **4 OBRIGAÇÕES PROCESSUAIS PENAIS POSITIVAS COMO MAIS UM FUNDAMENTO DO PODER PROBATÓRIO DA MAGISTRATURA NA FASE PROCESSUAL: POR UMA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E CONVENCIONALMENTE ADEQUADA DO ARTIGO 156, II DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**

Foi a controvérsia quanto ao artigo 156, II que motivou essa pesquisa. Nosso objetivo é realizar uma leitura constitucional e convencionalmente adequada, em busca de pacificação do tema, pois antes de reconhecer uma eficácia paralisante em decorrência da inconveniência da norma ou mesmo a sua inconstitucionalidade, deve-se buscar uma interpretação conforme que preserve o texto normativo e estabeleça uma exegese que o torne compatível com o texto constitucional e convencional (SOUZA NETO; SARMENTO, p. 457). É justamente o que se busca fazer com o artigo 156, II, do CPP.

Uma vez feita a devida separação entre o sistema acusatório e a questão probatória nos tópicos anteriores, vimos que é constitucional a possibilidade de a magistratura ter poder probatório no processo penal em um ordenamento que adote o sistema acusatório, o que nos mostra que já temos parcialmente a resposta de nosso problema de pesquisa. Então, vamos a partir de agora seguir na construção dessa resposta e analisar os fundamentos, como se dá e quais os limites desse papel probatório da magistratura e, com isso, chegar a uma interpretação constitucional e convencionalmente orientada do artigo 156 do Código de Processo Penal e, principalmente, de seu inciso II. Inicialmente, vamos entender como se dá o desenvolvimento das obrigações processuais penais positivas, especificamente quanto a parte destinada à magistratura.

O respeito às obrigações processuais penais positivas faz parte da submissão da magistratura ao dever<sup>11</sup> de realizar o controle de convencionalidade. Tal controle é uma análise das normas nacionais com os parâmetros internacionais do sistema convencional, em busca de se verificar sua conformidade.

---

<sup>11</sup> Conforme Recomendação nº 123/2022 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

A finalidade do controle de convencionalidade é “assegurar a conformidade entre os atos internos emanados do poder público e os compromissos internacionais em tema de direitos humanos assumidos pelos Estados, evitando, assim, a responsabilização internacional perante as Cortes Regionais contenciosas por descumprimento dos tratados internacionais” (FISCHER; PEREIRA, 2019, p. 73). Esse controle

projeta-se também no âmbito interno do Poder Judiciário, exigindo dos juízes nacionais um controle sobre as normas domésticas aplicadas e os procedimentos adotados, de modo a verificar se não contrariam tanto o texto das Convenções, como a sua interpretação feita pelas respectivas Cortes regionais. (F, p. 194).

Com isso, percebemos que a interpretação do artigo 156, II, do CPP também deve ser feita a partir das normas da CADH e da jurisprudência da CorteIDH,<sup>12</sup> em uma interpretação internacionalista,<sup>13</sup> pois o próprio Poder Judiciário se submete ao resultado dessa interpretação, já que sua atuação também tem que ser convencionalmente adequada. Assim, ao também se submeter ao controle de convencionalidade, o magistrado traz uma obrigação para si a partir das obrigações processuais penais positivas, pois o Poder Judiciário não apenas realiza a interpretação, como também deve adotar o resultado dessa mesma interpretação. E como se dá o cumprimento dessas obrigações quanto ao dever destinado à magistratura, ou seja, o dever de punir?

Vamos, primeiramente, clarificar o que são essas obrigações processuais penais positivas. Para FISCHER e PEREIRA (2019, p. 121), as obrigações processuais penais positivas se traduzem em “um dever imposto aos Estados Partes de conduzir procedimento investigativo eficiente e processo penal apto a assegurar o accertamento dos fatos ilícitos e a punição dos eventuais autores, sob pena de violação concreta dos dispositivos das convenções regionais de direitos humanos que estipulam a salvaguarda dos direitos fundamentais envolvidos nas práticas ilícitas”.

Essas obrigações devem estar presentes durante toda a persecução penal, ou seja, não se destinam apenas à fase pré-processual e a seus atores principais, como o Ministério Público e a

---

<sup>12</sup> Além do dever de cumprir as decisões da CorteIDH nos processos em que o Estado está envolvido, há também o dever de se submeter às decisões da CorteIDH nos julgamentos envolvendo outros Estados, pois essas decisões valem como *res interpretata* acerca da norma convencional.

<sup>13</sup> Uma interpretação internacionalista busca combater o famoso Truque do Ilusionista, no qual um Estado adere aos tratados de direitos humanos, mas faz uma interpretação nacional de seu texto, ignorando a jurisprudência das Cortes Regionais de Direitos Humanos e, com isso, descumpra o tratado. Por todos, cf. RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: SaraivaJur, 2019.

Polícia. Mas, também, à fase processual e, por conseguinte, à magistratura, pois “a passagem da fase preliminar para o acerto judicial dos fatos não altera as exigências decorrentes das obrigações processuais penais positivas” (FISCHER; PEREIRA, 2019, p.154-155), já que devem ser observadas ao longo de todo o processo judicial.

Quanto ao resultado, as obrigações processuais penais positivas consistem em “imperativos de meio, no sentido de que o aparato estatal deve predispor abstratamente e desempenhar concretamente mecanismos investigativos e judiciais eficientes, com aptidão para esclarecer as circunstâncias do fato delituoso praticado e identificar os responsáveis envolvidos nas práticas ilícitas” (FISCHER; PEREIRA, 2019, p. 160-161).

É importante desatacar esse ponto, pois estamos mostrando que se trata de obrigação de meio e não de resultado. O que tais obrigações estabelecem é que os atores responsáveis pela persecução penal realizem o que for necessário e adequado para a produção probatória em busca de esclarecer os delitos e sua autoria. Logo, o que se espera é a adoção de mecanismos adequados.

Quanto à obrigação destinada à magistratura, ou seja, o dever de punir, o que se busca não é a condenação e a produção probatória a qualquer preço ou em busca da suposta verdade real, “o que se pretende é o estabelecimento de condições cognitivas ótimas para que se possam alcançar resultados justos” (FISCHER; PEREIRA, 2019, p. 161).

E é justamente a busca desse estado de condições cognitivas ótimas que, através da interpretação, pode-se entender como conteúdo do artigo 156, II ao prever que cabe ao juiz “determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para **dirimir dúvida sobre ponto relevante**” [grifo nosso].

Assim, se o juiz está diante de uma fonte de prova no processo, capaz de sanar sua dúvida quanto aos fatos, tem o dever de determinar a produção da prova, do contrário, não estará cumprindo sua obrigação de meio de buscar a melhor situação cognitiva para o julgamento, de percorrer todo o caminho necessário e adequado para a coleta de provas e, por conseguinte, abrindo margem para a responsabilização do Estado brasileiro no âmbito internacional por violar as obrigações processuais positivas, no que tange aos deveres de investigar, processar e punir os violadores de direitos humanos.

E quais são os limites que devem ser observados para que a magistratura possua iniciativa probatória e cumpra seu dever de buscar a melhor situação cognitiva para julgamento?

Adotando o magistério de PICO I JUNOY (2017), para que o magistrado não se transforme em um juiz inquisidor e se mantenha nos limites do sistema acusatório, tem que observar os seguintes limites à sua iniciativa probatória: 1) A prova deve limitar-se aos fatos objeto de discussão no juízo. Assim, o juiz não pode investigar em busca de novos fatos ou alterar os fatos postos pela acusação. Tais funções pertencem ao Ministério Público ou à Polícia; 2) É preciso que conste no juízo as fontes de prova sobre as quais terá lugar a posterior atividade probatória. Com isso, o juiz não pode buscar elementos probatórios à margem dos que já constam nos autos. Como exemplo do que é possível, podemos citar a determinação de produção de prova documental sobre um documento citado em juízo; e 3) O desenvolvimento da prova tem que respeitar o contraditório e o direito de defesa, pois as partes têm direito de participar da produção da prova e de contradizê-la.

A proposta que aqui realizamos é que o dever de atender às obrigações processuais penais positivas seja acrescentado à fundamentação dessa posição, pois elas também se dirigem à magistratura. E não se trata de uma faculdade para a magistratura, pois todo o processo penal (e todo o ordenamento) deve ser lido à luz da Constituição e da normativa internacional de Direitos Humanos à qual o Brasil aderiu, em especial a Convenção Americana de Direitos Humanos dada a submissão de nosso país à CorteIDH.<sup>14</sup>

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do estudo realizado, vimos que as obrigações processuais penais positivas e seus deveres de investigar, processar e punir também se destinam à magistratura, pois a ela cabe o exercício da jurisdição e, com isso, punir os comprovadamente culpados por violações de direitos humanos.

---

<sup>14</sup> A CADH possui, no mínimo, *status* supralegal, o que já é suficiente para que toda a normativa interna a ela se submetam. Essa é a posição do Supremo Tribunal Federal. Por outro lado, importante parte da doutrina entende que todos os tratados de direitos humanos aos quais o Brasil aderiu compõem o bloco de constitucionalidade, agigantando sua estatura normativa e possibilitando o controle de convencionalidade concentrado. Cf. PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: SariavaJur, 2022.

Chegar a um juízo condenatório em um processo penal exige prova para além da dúvida razoável. Com isso, é dever da magistratura, subsidiariamente às partes e sempre à luz do contraditório e ampla defesa, buscar o estabelecimento de condições cognitivas ótimas para que se possa alcançar resultados justos e, se necessário, determinar a produção de prova que falta para sanar eventual dúvida surgida na instrução processual, sempre a partir de fontes de prova que já constem do processo, não cabendo à magistratura inovar nos fatos ou proceder à sua alteração, muito menos se utilizar de conhecimentos específicos.

Absolver um culpado é aceitável como um erro possível. Punir um inocente não. Porém, absolver um culpado se existe prova possível de sua culpa não é do interesse de uma sociedade regulada por um Estado de Direito, na qual todos se submetem ao império da lei e respondem pelas consequências de seus atos, seja o rei, sejam os súditos.

Assim, membros da magistratura que têm competência penal não apenas podem produzir provas no processo penal, como devem fazê-lo quando presentes os requisitos que os autorizem.

A pesquisa realizada nos mostra que a iniciativa probatória do juiz é elemento variável do sistema acusatório. Não viola sua imparcialidade nem o princípio acusatório, devendo haver limites tal qual traçados no item acima para que a constitucionalidade e a convencionalidade do artigo 156, II esteja preservada.

Ao fim e ao cabo, basta seguir o brocardo *Iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*.

## **REFERÊNCIAS**

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Curitiba: Juruá Editora, 2013.

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

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

BRASILEIRO, Renato. **Código de Processo Penal Comentado**. Salvador: Juspodivm, 2020.

CIDH. **Corte Interamericana de Direitos Humanos: Velásquez Rodríguez Vs. Honduras** (1983). Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_04\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_por.pdf)> Acesso em 20/12/2022.

**CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS**: anotada com a jurisprudência do STF e da Corte IDH. Disponível em: <Fonte: <https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaInternacional>>. Acesso em: 26/01/2023.

**CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS**. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em: 26/01/2022.

FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Valdez. **As obrigações processuais penais positivas**: segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva Jur, 2022.

PICÓ I JUNOY, Joan. **O juiz e a prova**: estudo da errônea recepção do brocardo iudex iudicare debet secundum allegata er probata, non secundum conscientiam e sua repercussão atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: SaraivaJur, 2019.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional**: Teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.