

INTRODUÇÃO

O artigo ora apresentado se justifica num momento em que têm florescido na literatura jurídica que a única verdade encontrada no processo penal é a verdade absoluta/material/real. Sustenta-se que o sistema acusatório impede a colheita da prova pelo Juiz, surgindo posicionamento no sentido da não recepção pela Constituição de 1988 de alguns dos dispositivos do Código de Processo Penal, mormente os que dão poderes amplos ao Juiz para investigar, determinar diligências. A verdade dos fatos e das alegações contra o acusado deve ser buscada por todos os sujeitos no processo, em simetria, e não somente pelo Juiz, levando-se em conta, sempre, que todos têm direito igual de interpretação.¹

A literatura jurídica clássica, em sua maioria, do processo penal, admite a plena iniciativa probatória do Juiz no processo penal, sem enfrentar o problema da busca da verdade pelo Juiz, considerando que nosso sistema é definitivamente acusatório.

E alguns tópicos não foram devidamente esgotados pela literatura jurídica clássica, como a questão da correlação entre a imputação e a sentença, corretamente colocada pela literatura atual, embora seduzida pelo duvidoso gosto pelos sinônimos, o que dificulta a compreensão (v.g “princípio da congruência”).

As funções acusatórias e defensivas, nas palavras de Leonardo Augusto Marinho Marques², devem ser reveladas a partir de uma processualidade democrática.

A preservação do caráter inquisitorial da investigação deve ser compensada com outros mecanismos no curso do processo, para resgate da igualdade material entre as partes, dentre outras implicações, inclusive como resultado de uma evolução do próprio sistema acusatório ao longo do tempo, tendo em vista que a fase de investigação é uma pré-fase que dá lastro à acusação e a ação penal.

De toda forma, o juiz, no processo penal, tem atuado, muitas das vezes, como representante do Ministério Público o qual é legitimado para ofertar a acusação e produzir a prova contra os acusados na instrução probatória. Além dessa atuação dúplice, o juiz em busca da verdade real, por vezes, afronta princípios basilares constitucionais, os quais são garantias a todo acusado, quer no processo judicial, quer no processo administrativo. Ademais, a verdade real é algo utópico para se construir no processo penal.

¹LEAL, Rosemiro Pereira. *A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 10.

²MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. O Juiz moderno diante da fase de produção de provas: As limitações impostaspelaConstituição. [Http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/efetividade_leonardo_m_marques.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/efetividade_leonardo_m_marques.pdf). Acesso em 08 de setembro de 2015.

Popper assevera que a verdade não pode ser alcançada completamente, porém, ela é um recurso metodológico importante, na medida em que pode determinar se teorias científicas descrevem ou não a realidade. O conhecimento científico é sempre provisório, portanto, as teorias por mais que possam descrever fatos com maior precisão não são verdades absolutas, próximas à verdade, ou seja, verossimilitude³⁴.

Por sua vez, a construção da verdade deve ser realizada a partir da participação de todos no processo, sob os influxos dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, na forma da teoria neoinstitucionalista do processo, desenvolvida por Rosemiro Pereira Leal⁵. E partindo de “*um direito igual de interpretação e argumentação para todos*”⁶, como forma a equiparar o papel de todos os sujeitos do processo.

Com esteio nos estudos de Popper acerca da verossimilitude, na teoria neoinstitucionalista do processo, na participação democrática dos interessados/legitimados, defende-se que, no processo penal, é possível encontrar uma aproximação com a verdade, uma “verossimilitude” para arrimar o mérito processual, afastando-se, por vez, a arbitrariedade do Juiz ao proferir sentença no processo penal.

Por fim, será utilizado o raciocínio hipotético-dedutivo e como marco teórico a teoria neoinstitucionalista do processo que se sustenta no direito fundamental do devido processo e que, segundo Rosemiro Pereira Leal, desenvolvedor dessa teoria, é “*eixo sistêmico (construtivo operativo) da coexistência que é também direito líquido, certo e exigível. [...]*”⁷ O autor, ainda, afirma que esses direitos líquidos, certos e exigíveis “*se definem em normas teórico-princípios de denotação biunívoca: vida-contraditório, liberdade-ampla defesa e isonomia-igualdade (dignidade).*”⁸

³POPPER, Karl Raimund. *Conhecimento Objetivo: Uma Abordagem Evolucionária*. Tradução Milton Amado. Belo Horizonte: Ed. Itatiaia, 1999, p. 63-64.

⁴POPPER, Karl Raimund. *Conjecturas e Refutações*. Tradução Sérgio Bath. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1972, p. 251.

⁵LEAL, Rosemiro Pereira. *A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 40. “Essa nova teoria que proposicionalmente enunciei recebeu de mim a denominação de “Teoria Neoinstitucionalista do Processo” sem qualquer correlação com as teses de Guasp ou dos institucionalistas e neoinstitucionalistas ou neoconstitucionalistas do positivismo ou empirismo lógico voltados à operacionalidade jurídica pela Ciência Dogmática do Direito. Nessa teoria, o processo é uma instituição (linguístico-autocrítico-jurídica) coexistencializante e coexistencializada (constitucional) que se enuncia proposicionalmente pelos institutos (princípios normados) do contraditório-vida, ampla defesa-liberdade, isonomia-dignidade (igualdade). Essa biunivocidade se apresenta como direitos fundamentais fundantes do sistema, líquidos, certos e exigíveis, consoante posto, em caráter pré-cógnito, no bojo do sistema jurídico.”

⁶LEAL, Rosemiro Pereira. *A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 10.

⁷LEAL, Rosemiro Pereira. *A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 10.

⁸LEAL, Rosemiro Pereira. *A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, 10.

2. ATUAÇÃO DO JUIZ NO PROCESSO PENAL

Em consequência dos princípios estabelecidos na Constituição Federal de 1988, igualdade, dignidade da pessoa, princípio da inocência, devido processo legal, contraditório e da ampla defesa, da não incriminação, da não utilização de prova ilícita e sistema acusatório, dentre outros contemplados na Constituição da República de 1988, vários dispositivos do Código de Processo Penal passaram a merecer uma nova reflexão, a fim de se estabelecer uma compatibilidade vertical entre eles e a referida Constituição, de modo a relê-los conforme o texto constitucional, em relação àquelas disposições que permitam. Todavia, aquelas, que não permitem ser relidas, devem ser afastadas porque se mostram plenamente incompatíveis com a nova ordem democrática. Assim, os direitos fundamentais do acusado devem ser observados no processo penal ao qual o acusado é submetido para o fim de buscar a verdade ou a certeza dos fatos, culminando com sua punição ou absolvição. Essa verdade no processo penal nunca será real ou absoluta, por impossibilidade fática. Kar Popper nesse ponto faz a distinção entre verdade e certeza, sendo esta subjetiva e aquela objetiva e que “é uma tarefa difícil e de grande responsabilidade, e vemos aqui claramente que a passagem da busca da verdade para um veredicto formulado verbalmente constitui o objecto de uma decisão, de uma sentença. E o mesmo se passa com a ciência.”⁹

O processo penal é um termômetro da Constituição, pois a aplicação das sanções penais revela o próprio Estado, sendo que, em períodos de exceção, sob a égide do autoritarismo típico das ditaduras, a preocupação com a efetividade a qualquer preço sacrificou as garantias fundamentais inerentes ao devido processo legal, contraditório e à ampla defesa. Por outro lado, em períodos de normalidade democrática, esses valores têm extrema importância, ainda que, com isto, se possa sacrificar a aparente utilidade de um processo rápido e eficaz. Aliás, processo efetivo necessariamente não quer dizer processo célere.

O maior desafio hodiernamente consiste em fazer a ponderação entre os direitos fundamentais inerentes a um processo penal democrático e a efetividade do processo, não perdendo de vista que este também é uma garantia fundamental, como componente do direito de acesso à Justiça e que, uma vez completamente sacrificada, pode conduzir a uma impunidade que, em última análise, tende a comprometer a própria manutenção do regime democrático que se pretende preservar.

⁹POPPER, Karl Raimund. Em busca de um mundo melhor. Tradução de Tereza Curvelo. Lisboa: Editorial Fragmentos, 2006, p. 8.

Seguindo esse raciocínio, o enfrentamento do crime precisa superar um aparente paradoxo entre não abrir mão das garantias fundamentais do réu, qualquer que seja seu status dentro da organização criminosa, e produzir um processo efetivo, que permita a correta aplicação da lei aos casos concretos. É dizer buscar a verdade a qual arrimará uma punição ou absolvição.

Com efeito, as ignomias praticadas pelo crime organizado não podem merecer reprimenda com autoritarismo, pois o Estado não pode combater o crime se comportando como criminoso. É preciso buscar, dentro de um processo democrático, comprometido com as garantias individuais e coletivas das quais em momento algum pode se afastar a efetividade necessária ao seu fim último, que é a manutenção da ordem jurídica, com a perfeita aplicação das normas de convivência que regem as relações humanas que, neste caso, são as normas do Direito Penal e Processo Penal, dentro do parâmetro do Estado Democrático de Direito.

O Código de Processo Penal remonta a década de 40, tendo sido escrito sob a vigência da Constituição de 1937, da Era Vargas - Estado Novo, influenciada pelos ideais fascistas e nazistas que ecoaram na Europa, que, à época, preconizava o direito do autor, abominado pelos penalistas modernos. Leonardo Augusto Marinho Marques também acentua a natureza fascista desse Código¹⁰.

É urgente, pois, sua releitura em face da Constituição de 1988, que instituiu um novo paradigma de Estado, o Estado Democrático de Direito em preconiza o sistema acusatório¹¹.

Realizar uma releitura do processo penal à luz da Constituição Federal de 1988, de modo a manter o equilíbrio da ponderação entre os valores acima referidos, deve ser perseguido constantemente. E mais à luz de uma sociedade da informação, sociedade de risco, que em muito se difere daquela de 1988.

Na visão de José Carlos Barbosa Moreira, “a melhor forma de coibir um excesso e de impedir que ele se repita não consiste em santificar o extremo oposto”¹². Sem dúvidas, é

¹⁰MARQUES, Leonardo Augusto Marinho Marques. *A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do Juiz. Inteligência do princípio da separação de poderes e do princípio acusatório*. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 46 n. 183 julho./set. 2009, p. 142.

¹¹MARQUES, Leonardo Augusto Marinho Marques. *A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do Juiz. Inteligência do princípio da separação de poderes e do princípio acusatório*. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 46 n. 183 julho./set. 2009, p. 142-143. “Pensar o processo penal no contexto do Estado Democrático de Direito pressupõe a compreensão histórica de que a modernidade já superou os paradigmas anteriores do Estado Liberal e do Estado Social. Enfim, exige-se, por coerência epistemológica, que se tenha em mente que o constitucionalismo democrático se assenta em bases específicas. Senão, corre-se o sério risco de se empreender uma pesquisa dogmática fora do referencial constitucional contemporâneo e de se extrair conclusões que não mais se sustentam.”

¹²BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A Constituição e as Provas Ilicitamente Obtidas*. Artigo publicado na Revista Forense, v. 337, jan/mar 1997, p. 134.

preciso buscar um novo paradigma de atuação dos atores deste processo – da atuação da Polícia judiciária, do Ministério Público à do Juiz.

No exercício da persecução penal, é preciso que estes ‘atores’ (partes, juízes e ministério público) compreendam a mudança de ideologia propagada pela nova Constituição da República, ou seja, não há mais ideologias, mas sim teorias que devem ser testadas. O Juiz, no Processo Penal, já não é a “boca da lei”, mas sim deve contar com a participação das partes para produzir o provimento final, assim entende Leonardo Augusto Marinho Marques¹³.

É sob estes prismas que é necessário analisar os desdobramentos do sistema acusatório, do sistema de provas na busca da verdade para que, ao final, o processo seja utilizado sob os auspícios do Estado Democrático de Direito.

O garantismo penal, também, deve ser visto de forma a extrair suas repercussões no processo penal e desmistificar determinadas interpretações que lhe têm sido dadas, de forma equivocada, uma vez que o garantismo não conduz à assertiva de que haverá impunidade, mas segundo Ferrajoli “[...] a lei não pode qualificar como penalmente relevante qualquer hipótese indeterminada de desvio, mas somente comportamentos empíricos determinados, identificados exatamente com tais, e, por sua vez, aditados à culpabilidade do sujeito¹⁴.

É importante estudar a participação dos órgãos estatais na investigação, fixando-se os papéis da Polícia, do Ministério Público e do Juiz, de forma que sua atuação não afronte princípios basilares da Constituição Federal, que é o norte para toda atuação no processo penal.

A colheita da prova no processo penal e o perfil do Juiz na atividade probatória é uma questão complexa que merece ser evitada. Outra questão é a prolação da sentença e a devida correlação que deve guardar com a imputação dos fatos, em cotejo com a regra do *naha me factum, dabo tibi jus*.

Nesse ponto, vale a lição de Lorena Bachmaier Winter que afirma que “o modelo acusatório consiste no enfrentamento de duas partes em posição de igualdade perante um juiz imparcial.”¹⁵ Leonardo Augusto Marinho Marques responde a essa pergunta ao afirmar que a imparcialidade não deve ser absoluta¹⁶. E prossegue o autor:

¹³MARQUES, Leonardo Augusto Marinho Marques. A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do Juiz. Inteligência do princípio da separação de poderes e do princípio acusatório. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 46 n. 183 julho./set. 2009, p. 145.

¹⁴FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*. Tradutores: Ana Paula Zomer, Juarez Tavares, Fauzi Hassan Choukr, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2002, p. 31.

¹⁵WINTER, Lorena Bachmaier. *Acusatorio Versus Inquisitivo. Reflexiones Acerca Del Proceso Penal*. In WINTER, Lorena Bachmaier (Org.). *Proceso Penal y Sistemas*, p. 37 - (tradução livre).

¹⁶MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. *O Juiz moderno diante da fase de produção de provas: As limitações impostas pela Constituição*.

Por fim, cumpre apenas analisar o artigo 156 do Código de Processo Penal, que regulamenta o ônus da prova. Para ser coerente à limitação da atividade probatória do Juiz, acredita-se que a expressão “determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante” reclame uma interpretação restritiva. Objetivamente, a dúvida só pode recair sobre a prova produzida.¹⁷

Será que o objetivo do processo penal moderno, garantista, é caminhar no sentido da dúvida, ou tentar reconstruir o mais próximo do possível a verdade do que realmente ocorreu? Há alguma margem de discrepância para a sentença, em relação à imputação originariamente feita? Em quais casos, a partir da revelação da verdade, durante a instrução probatória, é possível mudar a imputação na sentença, aditar a denúncia ou a queixa, ou seja, utilizar-se dos institutos da *mutatio libelli e ementio libelli*.

Assim, entende-se que os artigos. 5º, II, 10, §§ 1º e 3º, 16, 28, 39, 156, 209, 212, 383, 384, 385, 399, 07, 417, § 2º, parte final, 421, 425, 497, VII e XI, 499, 502 afrontam princípios constitucionais. Isso porque inexistem dúvidas de que a Constituição de 1988 consagrou o sistema acusatório como modelo do processo penal, não havendo mais espaço para o inquisitorialismo, típico do período medieval.

Com efeito, ao se examinar os princípios do devido processo legal, contraditório e da ampla defesa, o direito ao advogado, pronunciados como direitos fundamentais do cidadão, não há dúvidas quanto à opção constitucional pelo sistema acusatório, eis que inconciliáveis tais princípios com o sistema inquisitivo, onde o réu tem que se defender de seu próprio julgador, o qual funciona também como acusador, em muitos casos.

No Estado Democrático de Direito, afirma Rosemiro Pereira Leal que:

O Judiciário, nas esperadas democracias plenária, não é o espaço encantado (reificado) de julgamento de casos para revelação da justiça, mas órgão de exercício judicial segundo o modelo constitucional do processo em sua projeção atualizada e crítico-discursiva (neoinstitucionalista) de *intra e infra* expansividade principiológica e regradora. O Devido Processo Constitucional é que é jurisdicional, porque o processo é que cria e rege a dicção procedimental do direito, cabendo ao juízo ditar o direito pela escritura da lei no provimento judicial. [...] ¹⁸.

Dierle José Coelho Nunes assevera que “[...] e no espaço público processual, no qual todos os sujeitos processuais e seus argumentos são considerados e influenciam a formação

[Http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/efetividade_leonardo_m_marques.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/efetividade_leonardo_m_marques.pdf). Acesso em 08 de setembro de 2015.

¹⁷MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. *O Juiz moderno diante da fase de produção de provas: As limitações impostas pela Constituição*. [Http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/efetividade_leonardo_m_marques.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/efetividade_leonardo_m_marques.pdf). Acesso em 08 de setembro de 2015.

¹⁸LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 44.

*dos provimentos. Tal perspectiva não importa num esvaziamento do papel do magistrado, mas, sim, em sua redefinição*¹⁹.

Os princípios processuais estampados no art. 5º, da Constituição da República e arts. 129 e 144 da Carta Magna não devem ser colocados de lado, de forma a privar os acusados de um contraditório vivificante e uma ampla defesa com dignidade.

O princípio do contraditório, previsto no art. 5º, inciso LV, da Constituição da República repudia qualquer surpresa na decisão final, no provimento final. As partes têm direito constitucional de construir o provimento final. Portanto, não poderá haver surpresas ao final da instrução probatória de forma que as partes não compreendam como foi formatada a decisão proferida pelo juiz.

Infelizmente, o Código de Processo Penal não afasta a surpresa na atuação do juiz. Diferentemente do Novo Código de Processo Civil que prevê expressamente em seu art. 10 que *“O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.”*²⁰

Dierle José Coelho Nunes ao discorrer sobre o princípio do contraditório assevera que a decisão não pode mais ser tomada solitariamente pelo decisor, *“mas deve buscar legitimidade na tomada de consideração dos aspectos relevantes e racionais suscitados por todos os participantes, informando razões (na fundamentação) que sejam convincentes para todos os interessados no espaço público, e aplicar a normatividade existente sem inovações solitárias e voluntarísticas. [...]”*²¹

Para Rosemiro Pereira Leal:

[...] o princípio do contraditório é referente lógico-jurídico do processo constitucionalizado, traduzindo, em seus conteúdos, a dialogicidade necessária entre interlocutores (partes) que se postam em defesa ou disputa de direitos alegados, podendo, até mesmo, exercer a liberdade de nada dizerem (silêncio), embora tendo direito-garantia de se manifestarem.²²

Ainda nas palavras de Aroldo Plínio Gonçalves, a partir de estudos da teoria processual desenvolvida por Fazzalari:

¹⁹NUNES, Dierle José Coelho. Processo jurisdicional democrático. 1ª edição (ano 2008), 4ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2012, p. 256.

²⁰BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. www.planalto.gov.br. Acesso em 2 de fevereiro de 2016.

²¹NUNES, Dierle José Coelho. Processo jurisdicional democrático. 1ª edição (ano 2008), 4ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2012, p. 238.

²²LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 99.

O contraditório não é o “dizer” e o “contradizer” sobre matéria controvertida, não é a discussão que se trava no processo sobre a relação de direito material, não é a polêmica que se desenvolve em torno dos interesses divergentes sobre o conteúdo do ato final. Essa será a sua matéria, o seu conteúdo possível.

O contraditório é a igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei.

É essa igualdade de oportunidade que compõe a essência do contraditório enquanto garantia de simétrica paridade de participação no processo.²³

Para André Cordeiro Leal é mais do que afirma Aroldo Plínio Gonçalves, pois apenas admitir o contraditório no embate entre as partes não é suficiente, pois este princípio deve estar interligado com o princípio da fundamentação das decisões. Acentua o referido autor:

[...] Mais que garantia de participação das partes em simétrica paridade, portanto, o contraditório deve efetivamente ser entrelaçado com o princípio (requisito) da fundamentação das decisões de forma a gerar bases argumentativas acerca dos fatos e do direito debatido para a motivação das decisões. Uma decisão que desconsidere, ao seu embasamento, os argumentos produzidos pelas partes no *iter* procedimental será inconstitucional e, a rigor, não será sequer pronunciamento jurisdicional, tendo em vista que lhe faltaria a necessária legitimidade, conforme se colhe das lições de Oliveira Baracho.²⁴

Não há dúvida de que a construção da verdade no processo deve ser realizada a partir da participação de todos no processo, sob os influxos dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, partindo-se de “*um direito igual de interpretação e argumentação para todos*”²⁵ (teoria neoinstitucionalista do processo, desenvolvida por Rosemiro Pereira Leal²⁶), como forma a equiparar o papel de todos os sujeitos do processo.

É claro que, no processo penal, princípios constitucionais diversos e, muitas das vezes, contrapostos, se desdobrarão e precisam ser compreendidos, pois caso não o sejam, o intérprete estará condenado a fazer conclusões contraditórias e, completamente, equivocadas e destoadas do caso concreto. Por isso, as provas produzidas nos autos devem ser interpretadas por todos os participantes do processo em simétrica paridade.

²³GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 1992, p. 127.

²⁴LEAL, André Cordeiro. O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 105.

²⁵LEAL, Rosemiro Pereira. *A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 10.

²⁶LEAL, Rosemiro Pereira. *A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 40. “Essa nova teoria que proposicionalmente enunciei recebeu de mim a denominação de “Teoria Neoinstitucionalista do Processo” sem qualquer correlação com as teses de Guasp ou dos institucionalistas e neoinstitucionalistas ou neoconstitucionalistas do positivismo ou empirismo lógico voltados à operacionalidade jurídica pela Ciência Dogmática do Direito. Nessa teoria, o processo é uma instituição (linguístico-autocrítico-jurídica) coconstitucionalizante e coconstitucionalizada (constitucional) que se enuncia proposicionalmente pelos institutos (princípios normados) do contraditório-vida, ampla defesa-liberdade, isonomia-dignidade (igualdade). Essa biunivocidade se apresenta como direitos fundamentais fundantes do sistema, líquidos, certos e exigíveis, consoante posto, em caráter pré-cógnito, no bojo do sistema jurídico.”

O cidadão tem direito a um provimento final, mas não um provimento construído com arbitrariedade. Nas palavras de Vicente de Paula Maciel Júnior: “[...] *Ou seja, todo cidadão brasileiro tem direito a uma decisão “sobre o mérito”, para verificar a ocorrência ou não de uma lesão ou uma ameaça a um direito.*”²⁷

Se cada cidadão tem seu interesse, ou seja, segundo Vicente de Paula Maciel Júnior, o interesse é sempre individual, como, então, na processualidade democrática, pode-se dizer que prevalece esse ou aquele interesse. Vicente de Paula Maciel Júnior afirma que somente após um processo de validação que é possível fazer prevalecer esse ou aquele direito.

Por fim, afirma Maciel Júnior diz que todos os interessados podem se manifestar e não se pode afirmar a existência de um direito de qualquer dos interessados. Afirma, ainda, que "somente após o devido processo legal e a manifestação judicial é que poderemos falar em direito de qualquer dos envolvidos. Deverá haver o necessário processo judicial de validação do interesse para sua transformação em direito".²⁸

Assim, esse processo de validação do interesse individual deve ocorrer no Estado Democrático de Direito em obediência aos direitos fundamentais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil. Somente, assim, pode-se afirmar que o direito ampara esse ou aquele cidadão.

Na busca da verdade (não a absoluta), os sistemas acusatórios adotaram várias formas de avaliação de prova no Processo Penal, passando pela fase religiosa ou mística, fase da tarifa legal ou da certeza moral do legislador, fase sentimental ou da certeza moral do juiz, fase científica, bem ainda a fase, do Livre convencimento e do livre convencimento motivado do Juiz (persuasão racional) – art. 154 do Código de Processo Penal e art. 93, inciso IX da Constituição da República.

Por fim, não é possível alcançar a verdade no Processo Penal Democrático através de colheita de provas ao arpejo dos direitos fundamentais do cidadão. Vale dizer não é possível extrair a verdade em um processo tipicamente inquisitorial. Igualmente, deve-se acabar com o misticismo de que existe verdade absoluta, pois esta sempre será sempre relativa no Processo Penal Democrático.

A decisão judicial deve se dá em um modelo constitucional de processo democrático, no qual são respeitados os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla

²⁷MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das Ações Temáticas: as ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTr., 2006, p. 164.

²⁸MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTR, 2006, p. 39.

defesa, que são direitos fundamentais erigidos na Constituição Federal de 1988, como já dito anteriormente.

O processo penal sempre teve viés inquisitorial, a despeito de sustentar a existência da fase inquisitorial (investigação da Polícia Judiciária) e fase acusatória, onde haveria espaço para o exercício das garantias processuais. Todavia, na prática, não há separação, uma vez que, na busca da verdade real, cometem-se verdadeiros ‘sacrilégios’ nessa fase processual. Leonardo Augusto Marinho Marques entende que o “[...] o espírito inquisitório permanece vivo, contaminado a estrutura do processo, tem bases sólidas. O processo misto preservou características fundamentais do método inquisitório, especialmente as relacionadas à pessoa do juiz: gestão da prova, interferência na função acusatória (*mutatio libelli*) e atuação de ofício.²⁹”

O sistema inquisitorial utilizado na idade média, com certeza, não tinha como marco teórico um processo nos moldes da modernidade, pois apenas utilizava de procedimentos e não processo. Nem mesmo chegou-se a teoria do processo desenvolvida por Elio Fazzalari apresenta um modelo de processo em procedimento em contraditório³⁰, teoria processual que, inclusive, no Brasil, explicitada por Aroldo Plínio Gonçalves³¹ já deu um salto enorme, tendo em vista que rompeu com o instrumentalismo da escola bülowiana³².

²⁹MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. *O Juiz moderno diante da fase de produção de provas: As limitações impostas pela Constituição*. [Http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/efetividade_leonardo_m_marques.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/efetividade_leonardo_m_marques.pdf). Acesso em 08 de setembro de 2015.

³⁰FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução da 8ª edição por Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 11-119. "Como repetido, o "processo" é um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades. [...] Tal estrutura consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade das suas posições; na mútua implicação das suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanção do provimento); a relevância das mesmas para o autor do provimento; de modo que cada contraditor possa exercer um conjunto - conspícuo ou modesto, não importa - de escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e as reações dos outros, e que o autor do ato deve prestar contas dos resultados."

³¹GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 131-132. "Como procedimento realizado em contraditório, o processo caracteriza-se por ser uma atividade cuja estrutura normativa (organizada por uma forma especial de conexão das normas e dos atos por elas disciplinados) exige que, na fase que precede o provimento, o ato final de caráter imperativo, seja garantida a participação daqueles que são os destinatários de seus efeitos, em contraditório, ou seja, em simétrica igualdade de oportunidades, e, pelo "dizer e contradizer", que resulta da controvérsia sobre os atos, seja-lhes assegurado o exercício do mesmo controle sobre a atividade processual."

³²LEAL, Rosemiro Pereira. *A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013. "Em 1999, publiquei a primeira edição da minha Teoria Geral do Processo, em que, embora ressaltando a grandeza e destemor da inteligência do eminente processualista italiano Elio Fazzalari, ao pioneiramente desenvolver sua instigante e singular teoria do processo que se desgarrava do instrumentalismo da escola bülowiana e de seus adeptos, ressalvei que se impunha alçar a teoria processual fazzalariana, por outra vertente epistemológica, ao bojo de uma nova teoria da constitucionalidade com vistas a liberar a garantia fundamental do contraditório, que em sua teoria estava, a meu ver, confinada na relação processo-procedimento de tal sorte que, à existência de processo, seria indispensável que os procedimentos legalmente criados já trouxessem, de modo imanente, o atributo do dever da oferta do contraditório. Assim, em

Cumpra fazer a distinção entre processo e procedimento. Segundo Aroldo Plínio Gonçalves, apoiado na doutrina de Elio Fazzalari, processo e procedimento não têm diferença se ambos se desenvolverem em contraditório. Entretanto, se não houver essa especificidade, o procedimento tem natureza de generalidade³³.

Elio Fazzalari preconiza que são habilitados a participar do processo todos "aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades"³⁴. Essa teoria já avançou em traçar a participação dos sujeitos do processo para alcançar o mérito processual.

Prosseguindo, não basta ter uma teoria da verdade que embase logicamente os caminhos trilhados para a busca da verdade, é necessário fornecer como esse caminho deve ser percorrido no processo. Por isso, deve-se conceber o processo no Estado Democrático de Direito em que todos tenham direito igual de interpretação³⁵, de forma a desvelar a verdade no processo.

Assim, a teoria neoinstitucionalista do processo desenvolvida por Rosemiro Pereira Leal traça os contornos dessa isomenia no processo³⁶. Essa teoria desenvolvida a partir dos estudos de Sir Karl Raymond Popper, principalmente da compreensão do terceiro mundo descrito por este autor como autônomo e onde há o embate das teorias³⁷. Leal assevera que: "[...]. No direito democrático, a linguagem teórico-processual apresenta uma relação de inclusão com as ideias humanas de vida, liberdade e dignidade, daí não se conceber vida humana sem concomitante abertura ao contraditório, ampla defesa e isonomia. Humana não seria a vida se vedado ao homem descrever e argumentar³⁸".

Fazzalari, não é o contraditório um dos elementos institutivos do processo, mas o processo é que seria aristotelicamente uma qualidade do procedimento (gênero) que se transmutava em processo (espécie). Também era preciso investigar o instituto (princípio) do contraditório para buscar sua correlação com a ampla defesa, não podendo a isonomia significar apenas simétrica paridade de tempo de fala entre partes e de estarem elas presencialmente no procedimento e dele participarem por si ou representadas. [...].

³³GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 68.

³⁴FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução da 8ª edição por Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 118-119.

³⁵LEAL, Rosemiro Pereira. *A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 11.

³⁶LEAL, Rosemiro Pereira. *A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

³⁷POPPER, Karl Raimund. *Conhecimento Objetivo: Uma Abordagem Evolucionária*. Tradução Milton Amado. Belo Horizonte: Ed. Itatiaia, 1999, p. 121.

³⁸LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 68.

Leal afirma que a teoria neoconstitucionalista se arrima no devido processo, como instituição constitucionalizada, como uma “conjunção de princípios-institutos”³⁹, a saber: contraditório, isonomia, ampla defesa, direito ao advogado e à gratuidade procedimental⁴⁰.

Prosseguindo, não poderia deixar de citar o modelo constitucional de processo defendido por Ronaldo de Carvalho Dias Brêtas que tem a jurisdição com direito fundamental. O referido autor afirma que a fruição desse direito (a jurisdição) se dá pela “garantia fundamental do processo constitucional”⁴¹.

Brêtas afirma que os provimentos finais não podem ficar sob o “prudente arbítrio do julgador ou fundado em considerações subjetivas dos decisores.”⁴²

Como se vê dos autores citados, todos se preocupam com a formação de provimentos judiciais de acordo com os princípios fundantes do Estado Democrático de Direito e nas palavras de Dierle José Coelho Nunes, “*O processo e seu feixe de princípios processuais constitucionais estruturadores constituem direitos que garantem o fomento ao debate e provimentos constitucionalmente adequados em uma perspectiva policêntrica e participativa.*”⁴³

Igualmente, nas palavras de Rosemiro Pereira Leal, que rejeita as subjetividades e clarividência do julgador quando profere uma decisão: “*Observe-se que o processo não busca “decisões justas”, mas assegura as partes participarem isonomicamente na construção do provimento, sem que o impreciso e idiossincrático conceito de “justiça” da decisão decorra da clarividência do julgador, de sua ideologia ou magnanimidade.*”⁴⁴

Nesse ponto, vale a crítica do autor Rosemiro Pereira Leal que diz que “*O que nos falta são operadores de estoque teórico qualificado (desalienado) à atuação e aplicação do direito no Brasil*”⁴⁵.

As breves análises dos modelos de processos desenvolvidos pelos autores citados acima foram realizadas para demonstrar que, no Brasil, os estudos sobre processo estão

³⁹LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 91.

⁴⁰LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 91.

⁴¹DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 72.

⁴²DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 73-74.

⁴³NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. 1ª edição (ano 2008), 4ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2012, p. 257.

⁴⁴LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 55.

⁴⁵LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 13ª edição. Belo Horizonte, Fórum, 2016, p. 121.

avançadíssimos, uma vez que há autores que desenvolveram suas teorias processuais dentro do modelo de Estado Democrático de Direito.

3. LIMITAÇÃO PROBATÓRIA DO JUIZ NO PROCESSO PENAL

O Juiz no processo penal, na verdade, não enfrentou limites para a produção da prova contra o acusado, sob o manto da busca da verdade real. Assim, além do Ministério Público que atua ferozmente contra o acusado, com um aparato inigualável, se comparado com os recursos dos advogados, o acusado enfrenta, ainda, o aparato do Juiz que detém o monopólio processual.

Nas palavras de Eugênio Pacelli de Oliveira: “[...] o Estado, no processo penal, atua em posição de superioridade de forças, já que é ele responsável tanto pela fase de investigação quanto pela de persecução em juízo, quanto, finalmente, pela de decisão.”⁴⁶

Algumas correções, de fato, foram feitas no sentido de limitar os poderes do juiz na apreciação da prova, pois, anteriormente à Lei n. 11.719/08, cabia ao próprio juiz realizar a *mutatio libelli*, ou seja, alteração da acusação prevista no art. 384 do Código de Processo Penal⁴⁷. Essa liberdade que o Juiz tinha ao dar nova definição jurídica ao fato afrontava enormemente o sistema acusatório, uma vez que Juiz e Acusador se tornavam um só.

Como dito, com a Lei n. 11.719/08, a alteração da acusação – *mutatio libelli* – somente pode ser realizada pelo Ministério Público através do aditamento. Vale dizer se o Ministério Público entender que não é caso de aditamento, não pode o Juiz condenar o acusado pelo crime que entender que restou comprovado nos autos⁴⁸.

O Juiz poderá enviar os autos ao Procurador-Geral para que faça o aditamento. Todavia, se o Procurador-Geral, igualmente, entender que não é caso de aditamento, não há outro caminho a seguir pelo Juiz do que acatar a decisão. Porém, poderá absolver o acusado, se se convencer de que as provas carreadas aos autos não comprovam a prática do crime imputado pelo Ministério Público.

⁴⁶OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 13ª edição, Belo Horizonte: Lúmen Júris Editora, 2010, p. 351.

⁴⁷BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal Brasileiro. www.planalto.gov.br. Acesso em 2 de fevereiro de 2016. In: “Art. 384. Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008). §1º Não procedendo o órgão do Ministério Público ao aditamento, aplica-se o art. 28 deste Código. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).”

⁴⁸OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 13ª edição, Belo Horizonte: Lúmen Júris Editora, 2010, p. 616.

Essa antiga redação do art. 384 do Código de Processo Penal é traço da inquisitorialidade do processo, que delegava ao juiz que agisse como acusador na busca da verdade real.

Mesmo após a adoção do modelo constitucional de processo no Estado Democrático de Direito, ainda, restam muitos resquícios de inquisitorialidade. O vigente art. 156 do CPP⁴⁹ é exemplo dessa assertiva, pois carrega traços antidemocráticos processuais ao preceituar que o juiz poderá, de ofício, produzir prova antecipadamente à ação penal ou durante a instrução processual, antes de proferir sentença. Igualmente, essa é uma característica do processo que incumbe ao juiz a busca da verdade de qualquer modo, mesmo que tenha de afrontar princípio acusatório do processo. Não passou despercebido do autor Eugenio Pacelli de Oliveira a redação do art. 156, incisos I e II do CPP:

[...] Inconstitucional a mais não poder a nova regra do art. 156, I, CPP, e tal como ocorreu com o art. 3º da Lei n. 9.034/95 (organização criminosa), deverá ter a sua inviabilidade afirmada na Suprema Corte (ver ADIN, n. 1.570, Rel. Min. Maurício Corrêa, em 12.4.2004.

Diz, mais, o art. 154, II, agora com redação dada pela Lei n. 11.690/08, que poderá o juiz, de ofício, “determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.” Já veremos os limites em que se pode aceitar a medida.

Nesse ponto, o sistema acusatório imposto pela Constituição Federal de 1988, deverá funcionar como um redutor e/ou controlador da aplicação do mencionado dispositivo, em face da imparcialidade que deve nortear a atuação judicial. [...].⁵⁰

Os resquícios do processo inquisitorial estão presentes em todo o Código de Processo Penal Brasileiro, embora os legisladores, de tempos em tempos, tentem remendá-lo através de leis esparsas.

Portanto, é necessário avançar para conceber o processo como um espaço para o exercício do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, no qual a cidadania seja sempre levada em consideração.

4. METODOLOGIA JURÍDICA UTILIZADA NO BRASIL

⁴⁹BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal Brasileiro. www.planalto.gov.br. Acesso em 2 de fevereiro de 2016. In: “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).”

⁵⁰OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 13ª edição, Belo Horizonte: Lúmen Júris Editora, 2010, p. 350.

Após se verificar que a teoria processual no Brasil está bastante avançada. Então, porque, ainda, o processo penal é ceifado da processualidade democrática? A mesma Constituição da República que é norte para o processo civil, administrativo, não seria para o processo penal?

Será que Paulo Sérgio Leite Fernandes e Lucas Andreucci da Veiga, advogados criminalistas, estariam corretos ao afirmar que isonomia somente existiria entre “pretos, pobres e putas” no processo penal⁵¹.

Será que as considerações de Ingeborg Maus com relação à Alemanha serviriam para se fazer a mesma análise do sistema judiciário do Brasil ao afirmar que a “[...] *concentração de poder político em um Tribunal Supremo*” conduziu “a um desenvolvimento da Alemanha típico de “Estado judicialista”⁵² e ao sustentar que a metodologia jurídica utilizada na Alemanha, no período de Hitler, ainda é a mesma utilizada após 1945: “Primeiramente, no que tange à instrumentária jurídica, da qual se serve o Tribunal e a qual encontra sua justificação nos princípios dominantes da metodologia jurídica atual, é evidente a continuidade até aqui discutida das figuras de argumentação jurídicas da época do nazismo.”⁵³

Deve-se, nesse momento, trazer à baila as considerações de Ingeborg Maus acerca da metodologia jurídica utilizada na Alemanha de 1933 a 1945, para se ter uma ideia que a busca da verdade no processo estava impregnado de arbitrariedade e preconceitos.

Ingeborg Maus aponta a teoria da Karl Larenz⁵⁴ (também, Carl Schmitt⁵⁵) como aquela que serviu à metodologia jurídica na Alemanha no período acima citado, auxiliando na ideologia nazista para a construção de um novo Estado, a qual servia para integrar o cidadão

⁵¹LEITE FERNANDES, Paulo Sérgio e Lucas Andreucci da Veiga. CONSULTOR JURÍDICO. Conjur.com.br. Retrospectiva 2013. Em matéria penal, Brasil age como um carrasco. 24 de dezembro de 2013. <http://www.conjur.com.br/2013-dez-24/retrospectiva-2013-materia-penal-brasil-age-carrasco>. Acesso em 2 de fevereiro de 2016.

⁵²MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como Superego da Sociedade: Metodologia do Direito e Judiciário no Nazismo*. Coleção conexões jurídicas. Direção de Luiz Moreira. Tradução dos originais em alemão: Geraldo de Carvalho e Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Editora Lumen Júris. Rio de Janeiro, 2010, p. 84.

⁵³MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como Superego da Sociedade: Metodologia do Direito e Judiciário no Nazismo*. Coleção conexões jurídicas. Direção de Luiz Moreira. Tradução dos originais em alemão: Geraldo de Carvalho e Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Editora Lumen Júris. Rio de Janeiro, 2010, p. 84.

⁵⁴LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 6ª edição. Tradução de José Lamago. Tradução do original alemão intitulado: Methodenlehre der rechtswissenschaft. Edição Fundação Calouste Gulbenkian: LISBOA, 1991, p. 15/141/652-653.

⁵⁵Ver: Carl Schmitt (Plettenberg, 11 de julho de 1888 — 7 de abril de 1985) foi jurista, filósofo político e professor universitário alemão. “É considerado um dos mais significativos e controversos especialistas em direito constitucional e internacional da Alemanha do século XX. A sua carreira foi manchada pela sua proximidade com o regime nacional-socialista. O seu pensamento era firmemente enraizado na teologia católica, tendo girado em torno das questões do poder, da violência, bem como da materialização dos direitos.”

ao todo que era o Estado Alemão. Assim, aqueles que não se encaixavam nesse novo Estado eram excluídos.

Essa mesma metodologia jurídica, amparada na teoria de Larenz, era utilizada, também, às particularizações, de modo que o Estado pudesse controlar a decisão judicial, pois “[...] o judiciário, na transição da vinculação legal para a vinculação valorativa, degenerou-se em um mero assistente de cumprimento dos aparelhos políticos.”⁵⁶

Segundo Ingeborg Maus, *tipo e conceito concreto geral*, para Larenz, estão intimamente ligados, suprimindo, portanto, a clássica separação entre normatividade e faticidade. Ingeborg Maus acentua que, no entendimento de Larenz,:

“A unidade do conceito geral concreto é a unidade concreta do todo dividido que preserva em si a diferença e exige um pensamento ‘que não abstrai das diferenças, e sim as vê em conjunto; que une a unidade da estrutura conceitual com a plenitude do conteúdo e que, assim, tem em vista não a uniformidade, e sim a multiformidade e desenvolvimento da generalidade em uma rica tipologia de suas particularizações ou ‘concreções’.”⁵⁷

A autora afirma que:

[...] quanto mais forte o conceito concreto geral ainda garante aqui a unidade das particularizações abrangidas, tanto mais acentuadas podem se distinguir essas particularizações sob a concepção do tipo. Esta construção da metodologia jurídica também faz referência a condições sistemáticas específicas do nazismo, assim como a formações sociais a prazo mais longo.⁵⁸

Maus afirma que “a formação de uma série de tipos como desdobramento dos momentos do conceito concreto geral designa, assim, os graus de vinculação comunitária impostos, dentro de uma ‘ordem global nacional’, a uma relação individual de contrato ou propriedade.”⁵⁹

Portanto, Maus afirma que o princípio da igualdade “do conceito abstrato de pessoa,” para Larenz, é substituído por um “sistema de capacidade jurídica graduada”.⁶⁰

⁵⁶MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como Superego da Sociedade: Metodologia do Direito e Judiciário no Nazismo*. Coleção conexões jurídicas. Direção de Luiz Moreira. Tradução dos originais em alemão: Geraldo de Carvalho e Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Editora Lumen Júris. Rio de Janeiro, 2010, p. 68.

⁵⁷MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como Superego da Sociedade: Metodologia do Direito e Judiciário no Nazismo*. Coleção conexões jurídicas. Direção de Luiz Moreira. Tradução dos originais em alemão: Geraldo de Carvalho e Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Editora Lumen Júris. Rio de Janeiro, 2010, p. 72.

⁵⁸MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como Superego da Sociedade: Metodologia do Direito e Judiciário no Nazismo*. Coleção conexões jurídicas. Direção de Luiz Moreira. Tradução dos originais em alemão: Geraldo de Carvalho e Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Editora Lumen Júris. Rio de Janeiro, 2010, p. 73.

⁵⁹MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como Superego da Sociedade: Metodologia do Direito e Judiciário no Nazismo*. Coleção conexões jurídicas. Direção de Luiz Moreira. Tradução dos originais em alemão: Geraldo de Carvalho e Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Editora Lumen Júris. Rio de Janeiro, 2010, p. 73.

⁶⁰MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como Superego da Sociedade: Metodologia do Direito e Judiciário no Nazismo*. Coleção conexões jurídicas. Direção de Luiz Moreira. Tradução dos originais em alemão: Geraldo de Carvalho e Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Editora Lumen Júris. Rio de Janeiro, 2010, p. 73.

Larenz, segundo Maus, afirma que: “o conceito básico do futuro ordenamento de direito privado não mais será a pessoa, o titular com igualdade abstrata de direitos e deveres, e sim sujeito de direito que, como membro da comunidade, tem uma posição de direitos e deveres bem definida.”⁶¹

Essa nova concepção, então, é tomada como parâmetro para fixação de “normas político-ideológicas”⁶² na Alemanha durante a segunda guerra mundial.

A crítica de Larenz aos conceitos jurídicos abstratos leva ao extremo de excluir direitos legítimos gerais de minorias “discriminadas em uma série tipológica até o “último caso limite” do “estrangeiro incompatível com a raça” e de “atribuir a um conceito jurídico uniforme o tratamento mais extremo de desigualdade na fórmula da limitada capacidade jurídica também dos ‘não-sujeitos de direito,’ conclui Maus.⁶³

Prossegue Ingeborg Maus, para Larenz a posição jurídica do indivíduo passa a ser o status concreto de membro da sociedade. São “personagens típicos concretos”. Reconhece o indivíduo não como pessoa em geral, mas como “*agricultor, soldado, intelectual, cônjuge, membro da família, servidor público*”.⁶⁴

O conceito jurídico de caráter concreto-geral permite discriminar, então, mulheres, pois essas não têm os mesmos direitos que os homens tanto na questão da propriedade quanto na igualdade no matrimônio; *os estrangeiros*, mormente os *judeus* os quais para Hitler não permitiam o crescimento do império alemão; *os homossexuais* os quais não poderiam gerar filhos; *os negros*, enfim, todos que não fossem alemães e mesmo sendo alemães havia categoria de indivíduos alemães, como dito, *o soldado, o intelectual, o servidor público, etc.*⁶⁵

Para Maus, Larenz e Schmitt, na verdade, são contra “abstenções igualitárias do direito tradicional” priorizando “o direito concreto de âmbitos sociais parciais específicos”,

⁶¹MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como Superego da Sociedade: Metodologia do Direito e Judiciário no Nazismo*. Coleção conexões jurídicas. Direção de Luiz Moreira. Tradução dos originais em alemão: Geraldo de Carvalho e Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Editora Lumen Júris. Rio de Janeiro, 2010, p. 73.

⁶²MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como Superego da Sociedade: Metodologia do Direito e Judiciário no Nazismo*. Coleção conexões jurídicas. Direção de Luiz Moreira. Tradução dos originais em alemão: Geraldo de Carvalho e Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Editora Lumen Júris. Rio de Janeiro, 2010, p. 73.

⁶³MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como Superego da Sociedade: Metodologia do Direito e Judiciário no Nazismo*. Coleção conexões jurídicas. Direção de Luiz Moreira. Tradução dos originais em alemão: Geraldo de Carvalho e Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Editora Lumen Júris. Rio de Janeiro, 2010, p. 74.

⁶⁴MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como Superego da Sociedade: Metodologia do Direito e Judiciário no Nazismo*. Coleção conexões jurídicas. Direção de Luiz Moreira. Tradução dos originais em alemão: Geraldo de Carvalho e Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Editora Lumen Júris. Rio de Janeiro, 2010, p. 74.

⁶⁵MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como Superego da Sociedade: Metodologia do Direito e Judiciário no Nazismo*. Coleção conexões jurídicas. Direção de Luiz Moreira. Tradução dos originais em alemão: Geraldo de Carvalho e Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Editora Lumen Júris. Rio de Janeiro, 2010, p.73-74.

como forma de submeter “legislação e jurisdição às estruturas fáticas de poder de relações sociais existentes.”⁶⁶

Desse modo, segundo Ingeborg Maus “a polêmica de Larenz, apoiada em Hegel, contra a subsunção do casamento à categoria do contrato e a exigência de Carl Schmitt, dirigida à legislação e à jurisdição, em corresponderem ao ordenamento existente da família como formação concreta, tem a mesma consequência”.⁶⁷

Maus diz que a predominância de conceitos jurídicos concretos pode legitimar desigualdades sociais fáticas da lei, sob o ponto de vista da “teoria jurídica”.

Maus utiliza como exemplo a lei de organização do trabalho de 1934, tida por Carl Schmitt como a mais importante do pensamento do ordenamento concreto, que deixou para o empresário fixar o “próprio regulamento da empresa”⁶⁸⁶⁹.

A comunidade nacional e comunidades especiais tinham de ter uma estrutura normativa de forma que não admitisse conflitos de interesses. Nesse ponto, não interessava à metodologia do nacional-socialismo os conceitos da jurisprudência de interesses de Philipp Heck, pois essa teoria fornece uma “clássica formação pluralística” rejeitada metodologia jurídica nazista.

O sujeito de “direito civil autônomo” é suprimido na metodologia jurídica nazista. A autonomia é contra o sistema. O sistema deve funcionar como uma comunidade nacional, uma corporação onde o todo é mais importante que o individual. Assim, as pessoas não estão ligadas entre si, mas estão ligadas à comunidade. A integração entre pessoas está “baseada em condução política central que se serve, por sua vez, de poderes intermediários sociopolíticos recém-formados”⁷⁰⁷¹.

⁶⁶MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como Superego da Sociedade: Metodologia do Direito e Judiciário no Nazismo*. Coleção conexões jurídicas. Direção de Luiz Moreira. Tradução dos originais em alemão: Geraldo de Carvalho e Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Editora Lumen Júris. Rio de Janeiro, 2010, p. 75.

⁶⁷MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como Superego da Sociedade: Metodologia do Direito e Judiciário no Nazismo*. Coleção conexões jurídicas. Direção de Luiz Moreira. Tradução dos originais em alemão: Geraldo de Carvalho e Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Editora Lumen Júris. Rio de Janeiro, 2010, p. 75.

⁶⁸MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como Superego da Sociedade: Metodologia do Direito e Judiciário no Nazismo*. Coleção conexões jurídicas. Direção de Luiz Moreira. Tradução dos originais em alemão: Geraldo de Carvalho e Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Editora Lumen Júris. Rio de Janeiro, 2010, p. 81.

⁶⁹MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como Superego da Sociedade: Metodologia do Direito e Judiciário no Nazismo*. Coleção conexões jurídicas. Direção de Luiz Moreira. Tradução dos originais em alemão: Geraldo de Carvalho e Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Editora Lumen Júris. Rio de Janeiro, 2010, p. 76.

⁷⁰MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como Superego da Sociedade: Metodologia do Direito e Judiciário no Nazismo*. Coleção conexões jurídicas. Direção de Luiz Moreira. Tradução dos originais em alemão: Geraldo de Carvalho e Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Editora Lumen Júris. Rio de Janeiro, 2010, p. 78.

⁷¹MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como Superego da Sociedade: Metodologia do Direito e Judiciário no Nazismo*. Coleção conexões jurídicas. Direção de Luiz Moreira. Tradução dos originais em alemão: Geraldo de Carvalho e Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Editora Lumen Júris. Rio de Janeiro, 2010, p. 77.

Assim, Ingeborg Maus pontua que não é mais atribuição do “judiciário a tarefa de garantir as clássicas linhas divisórias do Estado de direito entre Estado e sociedade.” O judiciário julga sem as amarras da lei. Todavia, deve seguir as “*orientações axiológicas próprias ou dadas, em todo caso, seguindo a transformação das situações objetivas sócio-econômicas.*”⁷² É nesse sentido que os “*novos conceitos jurídicos concretos*” agem moldando o judiciário.

Deve-se perguntar, portanto, quais parâmetros o juiz estaria utilizando para julgar, no Brasil e/ou o que estaria moldando o judiciário brasileiro.

Estariamos diante do que constatou Ingeborg Maus com relação à metodologia jurídica utilizada na Alemanha de 1933 a 1945 que afirmava que não precisava começar do zero, para a aplicação do direito no Estado nazista, pois com o positivismo jurídico poderia resolver toda a questão. Desse modo, “[...] *estava, assim, tanto demonstrada uma certa continuidade da “nova” compreensão de método quanto qualificada a doutrina de interpretação do positivismo jurídico como o verdadeiro ponto de ataque*”.⁷³

Exemplifique-se, ainda, com a decisão monocrática proferida por um Ministro do Supremo Tribunal Federal, na Ação Cautelar n. 4039⁷⁴, (referendada pela Turma – órgão fracionário do STF) que determinou a prisão preventiva, prevista no art. 312 do Código de Processo Penal, de um Senador da República, amparado pelo art. 53, 2º da Constituição da República, em suma, sob o argumento que este estaria cometendo crime de “embaraço de investigação de organização criminosa”, previsto no art. 2º, §1º, na forma do art. 4º, II, da Lei n. 12.850/2013, cuja pena é de 3 a 8 anos, majorada de 1/6 a 2/3 e multa, utilizando-se como prova gravação ambiental realizada por terceiros⁷⁵, e mais grave ainda, segundo o Relator, seria a afronta à jurisdição do Supremo Tribunal Federal e invocando, ainda, argumentos do acórdão proferido no HC 89417, Relatora Ministra do STF, de 22/08/2006, publicado no DJE 15-12-2006, que sustentou que o princípio da imunidade parlamentar cederia a “outros princípios constitucionais”.

⁷²MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como Superego da Sociedade: Metodologia do Direito e Judiciário no Nazismo*. Coleção conexões jurídicas. Direção de Luiz Moreira. Tradução dos originais em alemão: Geraldo de Carvalho e Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2010, p. 78.

⁷³MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como Superego da Sociedade: Metodologia do Direito e Judiciário no Nazismo*. Coleção conexões jurídicas. Direção de Luiz Moreira. Tradução dos originais em alemão: Geraldo de Carvalho e Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Editora Lumen Júrís. Rio de Janeiro, 2010, p. 65.

⁷⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Cautelar 4039*. Relator Ministro Teori Zavascki. Requerente: Ministério Público Federal. Proc. (A/S) (ES): Procurador-Geral da República. Medidas restritivas de liberdades. http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Acao_Cautelar_4039.pdf. Acesso em 09/02/2016

⁷⁵Ver na íntegra a decisão proferida na Ação Cautelar n. 4039 ajuizada perante o STF pelo Procurador-Geral da República.

A referida decisão mereceu repúdio da escola mineira de processo penal em texto produzido por Leonardo Augusto Marinho Marques, Vinícius Diniz Monteiro de Barros, Fábio Presoti Passos, José de Assis Santiago Neto, Leonardo Avelar Guimarães, Leonardo de Carvalho Barbosa, Leonardo Marques Vilela, Lucas Laire Faria Almeida, Marcelo Peixoto de Melo, que assim a definiu: “*A história do senador que foi preso...; ... em flagrante de crime inafiançável por ordem do STF...; ... sem inafiançabilidade, sem flagrante, sem crime e sem competência do órgão judiciário*”⁷⁶.

A imunidade parlamentar concebida pelo Congresso Nacional serve para a proteção dos Membros daquela casa para que não sofram pressões ou prisões arbitrárias, enumerando os casos em que Deputados e Senadores podem ser presos, diga-se, somente, em flagrante de crime inafiançável, previsto no artigo 5º, XLII a XLIV da CR/88. Somente o legislador pode alterar essa regra. Como defendido no artigo citado acima, o STF não tem competência para alterar uma regra já posta. Assim, é vedada a decretação de prisão preventiva de membros do Congresso Nacional pelo Judiciário, exceto os casos de flagrante delito por crime inafiançável, como já dito.

Apenas um judiciário como “superego da sociedade”⁷⁸ pode se apoderar das competências de outros órgãos (“poderes”) para criar a sua própria⁷⁹.

O que Ingeborg Maus afirma sobre o Tribunal Constitucional alemão vale para o Supremo Tribunal Federal Brasileiro:

A desapropriação, por parte do Tribunal Supremo, dos processos de decisão dos interesses sociais e de formação da vontade política, bem como dos discursos morais é alcançada por meio de uma transformação fundamental do conceito de Constituição: a Constituição não é mais entendida, como nos tempos da fundamentação racional e jurídico-natural da democracia, como prova da institucionalização de processos e de garantias jurídico-fundamentais de espaços de liberdade que afixam todos esses processos sociais e políticos, mas como um texto

⁷⁶BRASIL. CONSULTOR JURÍDICO - CONJUR. *A história do senador preso indevidamente por ordem do Supremo*. 3 de dezembro de 2015, 7h15. Texto produzido pela Escola Mineira de Processo Pena, por Leonardo Augusto Marinho Marques, Vinícius Diniz Monteiro de Barros, Fábio Presoti Passos, José de Assis Santiago Neto, Leonardo Avelar Guimarães, Leonardo de Carvalho Barbosa, Leonardo Marques Vilela, Lucas Laire Faria Almeida, Marcelo Peixoto de Melo. [Http://www.conjur.com.br/2015-dez-03/historia-senador-preso-indevidamente-ordem-supremo](http://www.conjur.com.br/2015-dez-03/historia-senador-preso-indevidamente-ordem-supremo). Acesso em 09/02/2016.

⁷⁷BRASIL. CONSULTOR JURÍDICO - CONJUR. *A história do senador preso indevidamente por ordem do Supremo*. 3 de dezembro de 2015, 7h15. Texto produzido pela Escola Mineira de Processo Pena, por Leonardo Augusto Marinho Marques, Vinícius Diniz Monteiro de Barros, Fábio Presoti Passos, José de Assis Santiago Neto, Leonardo Avelar Guimarães, Leonardo de Carvalho Barbosa, Leonardo Marques Vilela, Lucas Laire Faria Almeida, Marcelo Peixoto de Melo. [Http://www.conjur.com.br/2015-dez-03/historia-senador-preso-indevidamente-ordem-supremo](http://www.conjur.com.br/2015-dez-03/historia-senador-preso-indevidamente-ordem-supremo). Acesso em 09/02/2016.

⁷⁸MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como Superego da Sociedade: Metodologia do Direito e Judiciário no Nazismo*. Coleção conexões jurídicas. Direção de Luiz Moreira. Tradução dos originais em alemão: Geraldo de Carvalho e Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Editora Lumen Jûris. Rio de Janeiro, 2010.

⁷⁹MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como Superego da Sociedade: Metodologia do Direito e Judiciário no Nazismo*. Coleção conexões jurídicas. Direção de Luiz Moreira. Tradução dos originais em alemão: Geraldo de Carvalho e Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Editora Lumen Jûris. Rio de Janeiro, 2010, p. 34.

fundamental, a partir do qual “escribas” deduzem, como da bíblia ou do Corão, os valores e comportamentos corretos. Em muitos de seus votos por maioria, o Tribunal Constitucional alemão pratica a “teologia da Lei Fundamental.”⁸⁰

Ao se aceitar as concepções de Ingeborg Maus sobre a metodologia jurídica utilizada na Alemanha na segunda guerra mundial, pode-se indagar se a teoria do processo preconizada pela escola instrumentalista, adotada no Código de Processo Civil Brasileiro, que o concebe “arcaicamente instrumento da jurisdição estatal”⁸¹, poderia amparar decisões baseadas nas idiosincrasias do julgador ou nas palavras de Rosemiro Pereira Leal: “[...] *de sua ideologia ou magnanimidade.*”⁸² É possível que a concepção da qual se extrai que o processo é instrumento da jurisdição, desenvolvido pela escola bülowiana, (aceita hoje no Brasil pela esmagadora doutrina e aplicada nos Tribunais) possa conduzir a realização do direito ao prazer dos julgadores e, muitas das vezes, proferindo decisões destoadas da questão fática posta em juízo.

Ainda, segundo Rosemiro Pereira Leal, a lei deve conter uma teoria do processo que sustente todo o sistema ao afirmar que: “[...] *não é suficiente dizer que a norma legal qualifica e valora a conduta como devida, permitida ou vedada, porque é importante destacar que a norma não é algo escrito, mas uma categoria intelectual que, inferida do texto da lei, indica o padrão de licitude adotado pelo Estado na criação e disciplinação de direitos*”⁸³.

Prossegue o referido autor:

A norma, portanto, é categoria de logicidade de todo o sistema jurídico com um único corolário, que é a fixação hermenêutica da licitude como síntese de permissão, dever e vedação. Para Kelsen, basta a lei estabelecer uma proposição lógica de condição-consequência e estaria instalado o aparelho repressor do Estado pela sanção da lei, sem que se cogitasse da justificação, explicação ou questionamento dos conteúdos de licitude normativa, a não ser como antítese tautológica ao conceito de ilicitude. Deduz-se que em Kelsen, o dogmatismo jurídico é guindado a planos de alienação coletiva, onde a norma é fertilizada pela lógica pura e proposicional, sem qualquer indagação de disciplinarização da sociedade Política a serviço das camadas dominantes.⁸⁴

E, ainda, pontua Rosemiro Perereira Leal:

⁸⁰MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como Superego da Sociedade: Metodologia do Direito e Judiciário no Nazismo*. Coleção conexões jurídicas. Direção de Luiz Moreira. Tradução dos originais em alemão: Geraldo de Carvalho e Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Editora Lumen Júris. Rio de Janeiro, 2010, p. 26.

⁸¹LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 106.

⁸²LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 55.

⁸³LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 121.

⁸⁴LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 122.

[...] Na minha teoria neoinstitucionalista do processo, como já discorremos por vários artigos, no Estado Democrático não basta a isonomia perante a lei o simétrica paridade no exercício do contraditório para garantir uma interpretação em condições iguais para os sujeitos do procedimento, é preciso que a LEI ante a qual se ponham os intérpretes expresse em sua atuação a teoria processual que lhe deu origem, isto é, esteja contida num sistema normativo em que os níveis instituinte, constituinte e constituído de direitos fiquem bem delineados quanto ao referente lógico-jurídico-discursivo (discussivo) de sua incidência (aplicação) e legitimidade a garantir isomenia.⁸⁵

Diante de tais considerações, pensa-se que somente com adoção de uma teoria processual desenvolvida a partir do Estado Democrático de Direito, priorizando o princípio do contraditório e da fundamentação das decisões, haverá possibilidade das partes realmente construir uma decisão não arbitrária, mas com efetiva participação simétrica e não somente isso, repetindo André Cordeiro Leal: *“Mais que garantia de participação das partes em simétrica paridade, portanto, o contraditório deve efetivamente ser entrelaçado com o princípio (requisito) da fundamentação das decisões de forma a gerar bases argumentativas acerca dos fatos e do direito debatido para a motivação das decisões.”*⁸⁶

Assim, pode-se concluir a partir da teoria da ação comunicada desenvolvida por Habermas que é possível construir uma verdade, não absoluta, no processo penal, uma vez que *“o direito legítimo é produzido a partir do poder comunicativo e este último é novamente transformado em poder administrativo pelo caminho do direito legitimamente normatizado”*⁸⁷

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo penal brasileiro resente de uma teoria processual que sustente uma prática democrática. O modelo constitucional de processo não permite mais o juiz exercer funções que não lhe são próprias, ou seja, a função de acusar. Essa função incumbe ao Ministério Público conforme disposto na Constituição da República.

Os resquícios inquisitoriais do código de processo penal previstos na instrução criminal devem ser conformados à Constituição. Assim, a suplementação de prova pelo juiz é questionável, pois, mesmo diante de uma testemunha referida na instrução, não deve o juiz, sob o propósito do livre convencimento motivado, determinar sua intimação, pois tal atribuição é da defesa e/ou da acusação.

Incumbe ao juiz absolver o acusado, quando se deparar na sentença com falta de provas que deveriam ser e não foram produzidas nos autos, em razão do princípio da

⁸⁵LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como teoria da lei democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 71.

⁸⁶LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 105.

⁸⁷HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 2012.

inocência insculpido na Constituição da República. Por isso, não deve suplementar a prova, pois estaria agindo como verdadeiro órgão acusador.

A retórica da busca da verdade real é utópica, vez que não se constrói verdade absoluta no processo penal, mas sempre será relativa. De toda forma, ao juiz compete a direção da instrução probatória para fazer adimplir os direitos e garantias constitucionais das partes, mormente o devido processo, o contraditório, ampla defesa e isonomia.

Quando o juiz traz para si atribuições que seriam da defesa ou da acusação, ele quebra a harmonia que deve haver entre as partes na busca da solução da lide. O juiz deve atuar nas fases próprias de modo a manter o rumo da instrução processual.

Assim, a construção da verdade no processo penal deve ser partir da participação de todas as partes, amparada nos princípios do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, e, mais, partindo de “*um direito igual de interpretação e argumentação para todos*”⁸⁸, como meio de harmonizar o papel de todos os sujeitos do processo.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A Constituição e as Provas Ilicitamente Obtidas*. Artigo publicado na Revista Forense, v. 337, jan/mar 1997.

BRASIL. CONSULTOR JURÍDICO - CONJUR. *A história do senador preso indevidamente por ordem do Supremo*. 3 de dezembro de 2015, 7h15. Texto produzido pela Escola Mineira de Processo Pena, por Leonardo Augusto Marinho Marques, Vinícius Diniz Monteiro de Barros, Fábio Presoti Passos, José de Assis Santiago Neto, Leonardo Avelar Guimarães, Leonardo de Carvalho Barbosa, Leonardo Marques Vilela, Lucas Laire Faria Almeida, Marcelo Peixoto de Melo. <http://www.conjur.com.br/2015-dez-03/historia-senador-preso-indevidamente-ordem-supremo>. Acesso em 09/02/2016.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal Brasileiro*. [Www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 2 de fevereiro de 2016.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. [Www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 2 de fevereiro de 2016.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Cautelar 4039*. Relator Ministro Teori Zavascki. Requerente: Ministério Público Federal. Proc. (A/S) (ES): Procurador-Geral da República. Medidas restritivas de liberdades. http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Acao_Cautelar_4039.pdf. Acesso em 09/02/2016.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

⁸⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. *A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 10.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução da 8ª edição por Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*. Tradutores: Ana Paula Zomer, Juarez Tavares, Fauzi Hassan Choukr, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2002.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 1992.

HAACK, Susan. *Filosofia das lógicas*. Tradução Cezar Augusto Mortari, Luiz Henrique de Araújo Dutra. São Paulo: Editora UNESP, 2002.

HAACK, Susan. *Is It True What They Say about Tarski?* Source: Philosophy, Vol. 51, No. 197 (Jul., 1976), pp. 323-336 Published by: Cambridge University Press on behalf of Royal Institute of Philosophy Stable URL: <http://www.jstor.org/stable/3749608>. Acesso em 24/11/2011.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

KHALED JUNIOR, Salah Hassan. *A produção analógica da verdade no processo penal: desvelando a reconstrução narrativa dos rastros da passeidade*, 2011. Tese de doutorado – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 6ª edição. Tradução de José Lamago. Tradução do original alemão intitulado: Methodenlehre der rechtswissenschaft. Edição Fundação Calouste Gulbenkian: LISBOA, 1991.

LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. *A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como teoria da lei democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 13ª edição. Belo Horizonte, Fórum, 2016.

LEITE FERNANDES, Paulo Sérgio e Lucas Andreucci da Veiga. CONSULTOR JURÍDICO. Conjur.com.br. *Retrospectiva 2013. Em matéria penal, Brasil age como um carrasco*. 24 de

dezembro de 2013. [Http://www.conjur.com.br/2013-dez-24/retrospectiva-2013-materia-penal-brasil-age-carrasco](http://www.conjur.com.br/2013-dez-24/retrospectiva-2013-materia-penal-brasil-age-carrasco). Acesso em 2 de fevereiro de 2016.

MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das Ações Temáticas: as ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTr., 2006.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho Marques. *A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do Juiz. Inteligência do princípio da separação de poderes e do princípio acusatório*. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 46 n. 183 julho./set. 2009.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. *O Juiz moderno diante da fase de produção de provas: As limitações impostas pela Constituição*. [Http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/efetividade_leonardo_m_marques.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/efetividade_leonardo_m_marques.pdf). Acesso em 08 de setembro de 2015.

MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como Superego da Sociedade: Metodologia do Direito e Judiciário no Nazismo*. Coleção conexões jurídicas. Direção de Luiz Moreira. Tradução dos originais em alemão: Geraldo de Carvalho e Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Editora Lumen Júris. Rio de Janeiro, 2010.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. 1ª edição (ano 2008), 4ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2012.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 13ª edição, Belo Horizonte: Lúmen Júris Editora, 2010.

PINTO, Felipe Martins. *Introdução crítica ao Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

POPPER, Karl Raimund, Sir. *Conhecimento Objetivo: Uma Abordagem Evolucionária*. Tradução Milton Amado. Belo Horizonte: Ed. Itatiaia, 1999.

POPPER, Karl Raimund, Sir. *Conjecturas e Refutações*. Tradução Sérgio Bath. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1972.

POPPER, Karl Raimund, Sir. *Em busca de um mundo melhor*. Lisboa. Fragmentos. 1988.

SIQUEIRA, Grégori Lopes; SILVA, Mitieli Seixas da. *A teoria da correspondência como meio de se chegar à verdade (2012)*. [Http://www.unifra.br/eventos/sepe2012/Trabalhos/5561.pdf](http://www.unifra.br/eventos/sepe2012/Trabalhos/5561.pdf). Acesso em 29 de agosto de 2015.

SOARES JÚNIOR, Dário José. *O dogmatismo do binômio acusatoriedade-inquisitoriedade e o processo penal democrático*. Tese de Doutorado. Biblioteca da PUCMINAS. Belo Horizonte, 2014.

WINTER, Lorena Bachmaier. *Acusatorio Versus Inquisitivo. Reflexiones Acerca Del Proceso Penal*. In WINTER, Lorena Bachmaier (Org.). *Proceso Penal y Sistemas*.