

1 2 9 0



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Lucas Barosi

**A BUSCA DA VERDADE NO PROCESSO PENAL – UMA FINALIDADE
INABDICÁVEL, EMBORA NÃO ÚNICA NEM PREPONDERANTE**

*Searching the truth in criminal procedure - an unremovable
purpose, though not unique nor preponderant*

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Direito/Menção em Ciências Jurídico-Criminais.

Orientadora: Professora Doutora Cláudia Cruz Santos

Coimbra, 2020

Agradecimentos

Se os defeitos do trabalho são de minha exclusiva responsabilidade, já seus méritos, ou, antes, sua existência, devem-se à participação de uma série de pessoas, a quem não posso deixar de agradecer expressamente. Nada teria sido possível sem cada um de vocês.

À minha orientadora Professora Doutora Cláudia Cruz Santos, fonte ininterrupta de inspiração, que durante grande parte deste período nutriu-me com valiosos aprendizados. Não há como agradecer o suficiente por toda a disponibilidade, prontidão e cordialidade com que fui tratado. Muito obrigado pela liberdade, pelo apoio e pela confiança.

A meus professores da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, ao Professor Doutor Pedro Caeiro, pelos preciosos ensinamentos e pela cortesia com que os transmitia, e à Professora Doutora Paula Veiga, por conseguir com leveza, seriedade e doce naturalidade refinar a capacidade de reflexão própria de cada um.

Aos funcionários da Universidade de Coimbra, o que não poderia ser feito senão na pessoa da Joana. Mal era preciso entrar no refeitório, meu cafezinho “cheio e para levar” já aguardava por mim, com os cumprimentos e bom-humor de quem se tornou uma inesquecível amiga, cuja imagem não mais dissocio de meu período em Coimbra.

A todos os meus amigos pela compreensão neste período de ausência e entrega.

A solidão inerente à tarefa da escrita a mim foi drasticamente reduzida pela família com que tive a oportunidade de conviver em Coimbra. Luciano Amorim, Francine Navas e Fernando Rezende, obrigado por terem sido meu lar. Vocês ocupam espaço indelével na minha biografia.

À Laura Fonseca, minha mais fascinante amiga portuguesa, em quem personifico todo o acolhimento que tive em Portugal. Levo-te para sempre, Laura.

À Júlia Rosa, com quem convivi durante os mais desafiadores momentos de minha trajetória e, de certa forma, também este. Obrigado por dividir comigo, mesmo à distância, os sofrimentos e as alegrias de mais essa etapa.

A Túlio Felipe Xavier Januário: meu eterno veterano e fonte de inspiração, a quem devo, nas origens, o gosto pelas ciências criminais.

A Enrique Góes, o estudante de medicina que mais ouviu sobre processo penal durante a pandemia. Enrique foi a maior vítima de quando li que a melhor maneira de transmitir uma ideia é declarando-a em voz alta. Sem você, nada teria sido da forma como foi. Sou incapaz de revelar minha gratidão por sua maturidade e afeto para mais do que lidar, concretamente ajudar-me em meio a tudo.

À Mara Regina Barosi, a pessoa mais forte e valente que conheço, sem a qual eu não estaria aqui, sem a qual eu não seria. Minha mãe é daquelas que teve de abdicar de ser, para que eu fosse, e de ter, para que eu tivesse. Conquistou e desbravou por si, por mim e por nós. Mãe, ontem, hoje e para todo o sempre, cada conquista minha é sua, também. Elas têm parte de você e da nossa história. Muito obrigado, do coração.

Resumo

O presente trabalho se debruça sobre as reflexões acerca da verdade e da busca da verdade no processo penal, largando de dois pontos de partida: primeiro, a tendência de, mesmo sem recusar que processo penal volta-se para a reconstrução de fatos pretéritos, expulsar a descoberta da verdade da posição finalidade legitimante do processo, sobretudo se investigada por meio de poderes instrutórios de juiz; depois, diante do grande conjunto de adjetivos que a pergunta “qual verdade persegue o processo penal?” recebe. Diante de uma multiplicidade de acepções doutrinárias empregáveis à verdade investigada no processo, pode-se resumi-las a três principais grupos de sentido: o da verdade absoluta, o da verdade formal e o da verdade material. Enquanto o primeiro vem acompanhado de crítica quanto aos possíveis abusos a que a crença da descoberta da verdade real no bojo do processo podem convidar, o segundo carrega natureza descritiva, indicando a verdade via de regra alcançável em sistemas processuais acusatórios puros, como o angloamericano. O grupo de sentido da verdade material possui natureza legitimadora, buscada pelo julgador a partir do contributo das partes, embora não tal qual nos modelos de juiz passivo, mas com a possibilidade de poderes de investigação subsidiários e complementares por parte do tribunal – como forma de conciliar as origens publicística do processo penal de matriz romano-germânica, afastando-se dos defeitos do processo inquisitório. Pelo que, a questão de se os poderes instrutórios complementares e subsidiários de juiz são legítimos parece ser menos problemática do que a de até que ponto o são. Além da busca da verdade, também ocupa posição de condição de legitimidade do processo penal a proteção ou não desproteção excessiva de direitos fundamentais das pessoas, como os direitos de defesa, a presunção de inocência, o direito à intimidade e o princípio do *nemo tenetur*. Embora não seja a única, nem a preponderante, a descoberta da verdade não pode ser afastada como uma das condições de legitimidade do processo penal. Buscar a verdade não é o mesmo que buscá-la a qualquer custo, pelo que, mesmo quando sua investigação se dá de forma criticável, isso não conduz a expulsá-la normativamente de sua posição legitimante. Os fundamentos da busca da verdade como finalidade inabdicável do processo penal, basicamente, voltam-se para os limites do poder punitivo, tema que se costuma tratar mais próximo ao direito penal material, ao que se associará a ideia da complementaridade funcional entre as disciplinas, sem recusar a autonomia teleológica de cada uma. As finalidades do processo penal têm natureza antitética, contrapõem-se na busca de soluções a problemas concretos, de modo que, para evitar soluções jurídicas *ad hoc*, deve-se esforçar para operar a concordância prática entre as finalidades conflitantes, maximizando-as o máximo possível, sem menoscabá-las para além do indispensável, sempre resguardado seu núcleo mínimo.

Palavras-chave: verdade; busca da verdade; finalidades contrapostas; concordância prática

Abstract

This work focuses on the reflections about the truth and the search for the truth in the criminal procedure, leaving from two starting points: first, the tendency, even without refusing that the criminal procedure is about the reconstruction of past facts, to expel the discovery of the truth of the legitimate purpose position of the procedure, especially if investigated through the instructive powers of the judge; then, facing the large set of adjectives that the question “which truth pursues the criminal procedure?” receives. In view of the multiplicity of doctrinal meanings applicable to the truth investigated in the process, they can be summarized in three main groups of meaning: that of absolute truth, that of formal truth and that of material truth. While the first is accompanied by criticism regarding the possible abuses that the belief in the discovery of the real truth in the midst of the process may invite, the second has a descriptive nature, indicating the truth as a rule achievable in pure accusatory procedural systems, such as the Anglo-American one. The group of meaning of material truth has a legitimating nature, sought by the judge from the contribution of the parties, although not as in the passive judge models, but with the possibility of subsidiary and complementary investigative powers by the court - as a way of reconcile the publicist origins of the criminal process of Romano-Germanic matrix, moving away from the flaws of the inquisitorial process. Therefore, the question of whether the complementary and subsidiary powers of the judge are legitimate seems to be less problematic than the extent to which they are. In addition to the search for truth, the protection or non-excessive-unprotection of people's fundamental rights, such as the rights of defense, the presumption of innocence, the right to privacy and the privilege against self-incrimination, also occupies a position of legitimacy in criminal proceedings. Although it is not the only one, nor the preponderant one, the discovery of the truth cannot be dismissed as one of the conditions for the legitimacy of criminal proceedings. Seeking the truth is not the same as seeking it at any cost, so, even when the investigation is criticized, it does not lead to normatively expelling the truth from its legitimate position. The fundamentals of the search for truth as an unremovable purpose of the criminal procedure, basically, turn to the limits of punitive power, a theme that is usually treated closer to material criminal law, to which the idea of functional complementarity between disciplines will be associated, without refusing the teleological autonomy of each one. The purposes of criminal proceedings have an antithetical nature, they are opposed in the search for solutions to concrete problems, so that, in order to avoid ad hoc legal solutions, one must strive to operate the practical adjustment between the conflicting purposes, maximizing them to the maximum possible, without undermining them beyond the indispensable, always safeguarding its minimum core.

Key-words: truth; search for truth; antithetical purposes; practical adjustment.

ÍNDICE

Introdução e roteiro.....	9
I. Noções terminológicas. A verdade e sua adjetivação na literatura processual penal: três grupos de sentido da verdade no processo penal e sua correlação com os modelos ideais de sistema processual penal	13
1. A verdade e sua adjetivação na literatura processual penal: enquadramento do tema	13
2. Os três grupos de sentido da verdade no processo penal, seus problemas terminológicos e sua correlação com os modelos ideais de sistema processual penal	16
2.1. Grupo de sentido da verdade absoluta.....	16
2.1.1. Sistemas processuais penais inquisitórios	18
2.2. Grupo de sentido da verdade formal.....	23
2.2.1. Sistemas processuais penais acusatórios	25
2.3. Grupo de sentido da verdade material	30
2.3.1. Problemas terminológicos	32
2.3.2. Sistemas processuais mistos	35
II. A descoberta da verdade como premissa inabdicável do processo penal, embora não única nem preponderante e as deficiências de duas tendências do debate: a de expulsá-la da posição de finalidade e a de erigi-la à posição de finalidade preponderante.....	40
1. Tendência de expulsar a descoberta da verdade como finalidade ou condição de legitimidade do processo penal.....	41
2. A descoberta da verdade como premissa inabdicável do processo penal, embora não única nem preponderante. Fundamentos de legitimidade	49
2.1. Eficácia preventiva da pena.....	50
2.2. Princípio da culpabilidade	54
2.3. Estado de Direito	57
3. As finalidades tendencialmente contrapostas do processo penal e busca pela concordância prática do conflito de finalidades	58
4. O reconhecimento do status constitucional da finalidade processual penal da descoberta da verdade na jurisprudência do Tribunal Constitucional português	62

5. O reconhecimento do status constitucional da finalidade processual penal da descoberta da verdade e o sentido de sua utilização na jurisprudência alemã	64
III. A finalidade processual penal da descoberta da verdade e o direito processual penal brasileiro	74
1. Na doutrina: o sentido da verdade que se busca no direito processual penal brasileiro	74
2. Na jurisprudência: limites à descoberta da verdade no processo penal.....	76
a) A descoberta da verdade e os direitos de defesa: direito à produção de prova ..	78
b) O dever de fidelidade à verdade: proibição de manipulação e busca seletiva de prova	80
c) Concordância prática entre a busca da verdade e a proteção do nemo tenetur se detegere (art. 5º, LXIII, CF): a inaplicabilidade da ponderação da ilicitude da prova (art. 5º, LVI, CF) mesmo diante de crime grave	81
d) Mecanismo de proteção de direitos fundamentais: o habeas corpus (art. 5º, LXVIII, CF) como instrumento de concretização dos limites à busca da verdade no processo penal brasileiro	84
3. Problemas carentes de solução em prejuízo da descoberta da verdade em desfavor do réu: os pontos de inquisitorialidade do processo penal brasileiro	85
a) A natureza bipartida do modelo processual penal brasileiro: a fase de investigação inquisitória – o inquérito policial.....	86
b) O juiz único do inquérito à sentença e a possibilidade de valorar para condenar os elementos colhidos nos autos de investigação preliminar que acompanharão o processo	95
4. Os poderes instrutórios do juiz do direito processual penal brasileiro: fundamento, limites e alcance – entre a descoberta da verdade e imparcialidade do julgador	100
Conclusão	107
Bibliografia.....	111

Introdução e roteiro.

É dito frequentemente por parte da doutrina brasileira que a *descoberta da verdade* não é e nem deve ser considerada finalidade do processo penal. Eu próprio sustentei, num estudo anterior, debruçando-me sobre os sentidos das diversas adjetivações que a *verdade* recebe na literatura processual penal, que seja qual fosse essa adjetivação (*verdade real, formal, material, processual, etc.*), ela não parecia dar conta de superar a crítica de que a *descoberta da verdade*, no processo penal, seria uma tarefa impraticável, ou de que a verdade seria inalcançável. O processo não disponibilizaria de meios aptos para cumpri-la, mas, bem pelo contrário, ele obrigatoriamente reduziria a obtenção de conhecimento em virtude de regras jurídico-processuais. E pior: a colocação da *descoberta da verdade* na posição de finalidade do processo penal, como sua condição de legitimidade, seria responsável por consequências profundamente problemáticas ao processo penal, pois ela logo se transformaria em uma *ambição de verdade*, ou *ambição inquisitorial*. Em nome da *busca da verdade* se legitimariam flexibilizações a direitos, liberdades e garantias fundamentais do réu. Ademais, se esta *descoberta da verdade* fosse realizada predominantemente pelo juiz (refiro-me ao *princípio da investigação da verdade*, aos *poderes instrutórios do juiz* – mesmo que subsidiários e complementares), isto prejudicaria sobremaneira sua imparcialidade e faria por conservar uma problemática e controvertida *tradição inquisitória* no universo processual penal, que em Estados Democráticos de Direitos não deveria reproduzir e conservar elementos de sistemas inquisitórios do passado. Intrigava-me vê-la elencada sem cerimônias, na doutrina de processo penal portuguesa, entre as finalidades do processo penal.

Muitas destas afirmações têm conteúdo crítico válido e destinam-se a solucionar problemas legítimos do processo penal brasileiro, que numa série de pontos se revela um modelo defasado, com sua fase investigativa de natureza inquisitória – não processual –, pela inexistência de juiz de garantias – um único juiz atua perante todo o processo em primeiro grau – pela permanência destes autos de investigação preliminar enviados no processo e a possibilidade de utilizá-los para fundamentar sentença condenatória. E um modelo defasado pode ter graves consequências à proteção das liberdades no processo penal. Daí que retirar a ênfase do processo penal na *descoberta da verdade* e deslocá-la para a proteção de direitos fundamentais justifica-se: a estrita observância das garantias, essa sim, deveria ser considerada a verdadeira condição legitimante do processo penal.

Porém, mesmo com críticas válidas, construções argumentativas legítimas e bem vocacionadas, a tendência de expulsão da descoberta da verdade como função do processo penal, e junto com ela do *princípio da investigação*, parece inaugurar mais discussões do que trazer efetivas soluções, pois ela provoca incongruências sistemáticas na *ciência total do direito penal* de tradição romano-germânica ou europeia-continental, como é a latinoamericana, em geral, e a brasileira, em particular. Por assim aproximá-la de concepção processual penal distinta, a de matriz angloamericana, fundada em cultura jurídica que se estrutura com proeminência em outros princípios.

Em 2019, o Código de Processo Penal brasileiro chegou perto de recepcionar o instituto do “acordo penal” (pretenso novo artigo 395-A, proposto pelo Projeto de Lei Anticrime), que tinha por objetivo abreviar o processo-crime nos moldes do sistema de justiça angloamericano: com aplicação de pena por consenso, maximizando o valor da confissão, de *meio de prova* aproximando-a da *culpa* autodeclarada. A proposta foi recusada, mas o fato de que ela poderia acabar por permitir aplicação de pena (privativa de liberdade) sem constatação de culpa, ou melhor, sem constatação de culpa *verdadeira*, praticamente bastando-se com a confissão, fez dar-me conta de que abrir mão do imperativo de verificação da verdade pelo tribunal, como condição de legitimidade do processo penal, significava, ao mesmo tempo, abrir mão de um dos mais poderosos argumentos que se pode levantar contra difusão, muitas vezes irrefletida, da justiça consensual.

Apesar de já ter tido mais repercussão no passado, a tendência de expulsão da descoberta da verdade como finalidade do processo penal ainda paira sobre o pensamento da doutrina brasileira nos dias de hoje, razão pela qual, somada à recente investida da justiça consensual, entendemos permanecerem carentes de alguma reflexão mais detida os *fundamentos* pelos quais o processo penal não pode abdicar da descoberta da verdade e as *consequências* que poderiam decorrer desta abdicção.

Assim, o presente trabalho explorará a assertiva de que, embora não seja a única nem a preponderante, a função de descobrir a verdade deve ser considerada uma premissa inabdicável do processo penal. Cumprirá enveredar pelo alcance e pelos significados, positivos e negativos, desta proposição, ou seja, o que isto quer dizer e o que isto não quer dizer; bem como, pelos pontos particulares em que a busca da verdade poderá contender com outros valores protegidos no processo penal. Distanciando-se de sua discussão terminológica, o trabalho se deterá sobre reflexões pontuais da busca da verdade na

estrutura do processo penal, em geral, e do modelo processual penal brasileiro, em particular, *de lege lata e de lege ferenda*.

Para tanto, dividimos o estudo em três capítulos.

Ao primeiro, em tom introdutório, cumpre dar clareza conceitual aos sentidos que a *verdade* recebe na literatura processual penal. Ver-se-á que, frente a um largo conjunto de adjetivos com os quais é possível se deparar, podem se delinear três grandes grupos de sentido da *verdade* no processo penal, com conteúdo ora crítico, ora descritivo, ora legitimador. Cada conteúdo vem tradicionalmente associado a uma correlata concepção estrutural de processo penal – e abordaremos a natureza dessa vinculação. Cumprirá neste ponto, também, esclarecer alguns problemas terminológicos a que a multiplicidade de adjetivos da *verdade* no processo penal pode convidar.

O segundo capítulo enfrentará a questão da inabdicabilidade da descoberta da verdade como finalidade e condição de legitimidade do processo penal. Em primeiro lugar, apresentaremos e refletiremos sobre os argumentos que compõem a tendência de expulsão da busca da verdade como finalidade do processo penal. Depois, cuidaremos dos fundamentos pelos quais a descoberta da verdade deve ser considerada uma premissa irrenunciável do processo penal. Não obstante, por não se tratar da única finalidade ou condição de legitimidade do processo penal, em terceiro lugar, densificaremos a ideia de que, em vez da repulsa à verdade, deve-se reconhecer que o processo penal conta com finalidades que são por natureza antitéticas e contrapostas: diante dos inevitáveis conflitos, deve-se buscar a concordância prática das finalidades processuais penais, em vista a maximizá-las mutuamente, tanto quanto possível, e não menoscabá-las mais do que o indispensável. Em quarto e quinto lugar, reservamos espaço para apresentar o tratamento concreto destas questões: primeiro, com dois exemplos da jurisprudência do Tribunal Constitucional português; depois, com apoio da doutrina e da jurisprudência alemã, veremos de que forma a *busca da verdade*, dogmaticamente, contende e opera a flexibilização de direitos fundamentais e de direitos fundamentais-processuais.

O terceiro e último capítulo cuida do tema da finalidade processual penal da descoberta da verdade especificamente no direito processual penal brasileiro, dividindo-se basicamente em quatro partes: na primeira, veremos qual o sentido da verdade buscada no processo, de acordo com a doutrina; depois, como da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal colhem-se aspectos positivos e a imposição de limites à busca da verdade no processo penal. Não obstante, estes limites, embora louváveis, parecem de fato não ser suficientes para contrabalançar problemas carentes de solução no processo

penal brasileiro, em prejuízo da descoberta da verdade em desfavor do réu. A isso se destina a terceira parte do capítulo. Por fim, abordaremos o espinhoso tema dos poderes instrutórios do juiz na investigação da verdade – menos preocupados com os seus fundamentos de legitimação, e mais preocupados com seus limites e alcance.

I. Noções terminológicas. A *verdade* e sua adjetivação na literatura processual penal: três grupos de sentido da verdade no processo penal e sua correlação com os *modelos ideais* de sistema processual penal

1. A verdade e sua adjetivação na literatura processual penal: enquadramento do tema

1. Quando se investiga o tema da *verdade* no processo penal, um conjunto de indagações se inicia com *se*, outro conjunto se inicia com *qual*. No primeiro conjunto, indagações como *se* a descoberta da verdade deve ser considerada uma das finalidades ou condições de legitimidade do processo penal, ou *se* é possível alcançá-la. No segundo conjunto, surgem perguntas como «*qual verdade é função do processo penal descobrir?*», ou, negativamente, «*qual verdade não será função do processo penal perseguir?*». As considerações que seguem neste primeiro capítulo ligam-se com o conjunto do *qual*.

Não obstante, estamos menos preocupados com tentar responder com definitividade à pergunta «*qual verdade se persegue no processo penal?*», no sentido de ajustar-lhe um adjetivo preciso, e mais atentos ao conteúdo de sua formulação negativa, ou seja, com qual verdade o processo penal *não* tem como finalidade atingir. Assim, o que se pretende, neste capítulo, é fixar noções terminológicas funcionalmente operantes para serem adotadas no restante do trabalho. Afinal, diante da multiplicidade de “adjetivos-respostas” à indagação «*qual verdade?*», começar sem esclarecimentos poderá provocar confusões indesejadas.

2. Talvez não seja equivocado dizer que todo processo penal, de qualquer que seja o seu ordenamento jurídico, existe porque alguém está afirmando que, no passado, foi praticado um fato por alguém a que a lei comina uma sanção. Assim, ainda que de diferentes formas, todo processo penal deve investigar a ocorrência ou não de um evento pretérito, descobrir se se está diante de seu autor (seja uma pessoa física, seja uma pessoa jurídica caso prevista esta forma de responsabilização pelo direito vigente), para saber se deve ser aplicada ou não a sanção que a lei vinculou como consequência daquele fato. Evidentemente, esta investigação da ocorrência de evento pretérito poderá ser mais simples ou mais complexa, a depender de

inúmeros fatores: basta-se pensar comparativamente num crime de furto, seguido por prisão em flagrante, filmado por câmeras de segurança, de um lado, e nos complexos esquemas organizados de corrupção envolvendo grandes empresários e agentes estatais, de outro. Esta investigação de ocorrência de evento pretérito e de seu autor pode ocorrer de diversas formas também a depender do regramento jurídico que lhe confere cada ordenamento. Esta ideia de investigação do passado, de revisitação de fatos pretéritos para assegurar a aplicação correta (que poderá ser não-aplicação) da consequência jurídica a eles prévia e legalmente vinculada, na literatura processual penal, vem mais enxuta, na assertiva de que o processo penal deve servir à descoberta da verdade. Mas não “qualquer” verdade.

À medida em que se aprofunda o estudo sobre a *verdade* na literatura processual penal, confronta-se com um grande conjunto de adjetivos. Durante a investigação, defrontamo-nos com inúmeras designações que perpassaram o pensamento dos autores que estudam o tema – *verdade real, ontológica, absoluta, histórica, substancial, certa, objetiva, material, formal, relativa, aproximativa, processual (fática e jurídica)*¹, *judicial, prática, processualmente válida*², *adequação, afinidade*³, *exilada*⁴, *fundante, contingente (ou contingencial)*⁵, *correspondente, intrassistemática processualmente válida*⁶, *certeza jurídica*⁷, *verdade da prova, verdade da evidência*⁸.

Além disso, os debates sobre o conceito da *verdade* não são travados apenas na doutrina processualista. O campo da filosofia-jurídica também se dedica ao tema

¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 4ª ed. Trad. Ana Paula Zomer Sica *et al.* Colaboradores: Alexis Couto de Brito *et al.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 44-56; e “Constitucionalismo e jurisdição”, in: *Direito Penal como crítica da Pena*. GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (org.). São Paulo: Marcial Pons, 2012, pp. 233-248, p. 236.

² DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1974. Reimpressão 2004, p. 193-194.

³ Verdade “adequação” e “afinidade”, MARTINS, Rui Cunha. “O mapeamento processual da «verdade»” in: *Decisão judicial. A cultura jurídica brasileira na transição para a democracia*, São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 78.

⁴ KHALED JR., Salah H. “A produção analógica da verdade no processo penal: desvelando a reconstrução narrativa dos rastros do passado”, in: *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Porto Alegre, vol. 01, nº 01, 2015, p. 166-184, p. 171; MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego no direito: the brazilian lessons*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 87 e “O mapeamento...”, *cit.*, p. 76 (a “verdade expulsa do sistema”).

⁵ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 17ª ed., ebook, São Paulo: Saraiva, 2020, p. 568.

⁶ FARIA COSTA, José de. “Consenso, verdade e direito”, in: *Linhas de Direito Penal e de Filosofia – alguns cruzamentos reflexivos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 93 ss.

⁷ CARNELUTTI, Francesco. “Verità, Dubbio e Certezza”, in: *Rivista di Diritto Processuale*, v. XX (II serie), 1965, p. 4-9, *apud* LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*, *op. cit.*, p. 568.

⁸ MARTINS, Rui Cunha “O desamor do contraditório: elementos para uma problemática da prova”, in: *Outros combates pela história*. Coimbra: Coimbra University Press, 2010, p. 49-58, p. 50.

nas reflexões sobre as *teorias da verdade*, que, em síntese, buscam compreender e explicar em que consiste o *verdadeiro* e como surge a *verdade*. As mais tradicionais são as teorias da verdade como *correspondência*, como *coerência*, como *utilidade* e como *consenso*. Muitas das construções processuais penais sobre os conceitos de *verdade* nutrem-se das reflexões oriundas do campo filosófico-jurídico, não sendo raro autores pré-assumirem uma determinada *teoria da verdade* sobre a qual estruturarão suas considerações⁹. Tendo este vínculo entre as doutrinas processual e filosófica já se tornado célebre com a frase de FERRAJOLI no sentido de que “sem uma adequada teoria da verdade, da verificabilidade e da verificação processual, toda a construção do direito penal do iluminismo [...] termina apoiada na areia; resulta desqualificada, enquanto puramente ideológicas as funções políticas e civis a ela associadas¹⁰”. Contudo, enveredar nestes debates e reflexões de índole mais filosófica extrapolaria os fins a que se destina este trabalho, que se deterá a considerações jurídico-processuais, sem com isto recusar-lhes seu legado jurídico-filosófico.

3. A multiplicidade de acepções da palavra *verdade*, intuitivamente, conduz a que elas não significam a mesma coisa. Cada uma daquelas noções (*verdade absoluta, ontológica, material, judicial, processual, formal* etc.), sejam do campo processual penal, sejam do campo da filosofia ou filosofia-jurídica, possui um

⁹ Por exemplo, BELTRÁN: “Vale a pena advertir o leitor desde logo de que não encontrará neste trabalho uma discussão sobre a noção de verdade. Está pressuposta a assunção de uma teoria da verdade como correspondência, e é a relação entre a prova e essa noção de verdade que se analisa nas páginas que seguem”, cf. BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prova e verdade no direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 19. Da mesma forma, também se aproximando da teoria da verdade como correspondência, SCHÜNEMANN: após defender a conclusão – que será aderida por mim neste trabalho – de que a “aptidão para a descoberta da verdade material ainda constitui o ponto arquimédico para todo e qualquer instituto do processo penal, ao passo que os demais fins são deduzidos deste fim maior ou entram em cena de forma complementar apenas como medida preventiva de efeitos colaterais danosos”, afirma que “as controvérsias fundamentais levantadas no campo da filosofia acerca do conceito de verdade são tão pouco capazes de mudar algo nesta contratação, como o é a consciência de que a capacidade cognitiva do ser humano em geral, e em especial no processo penal, jamais atingirá uma completa e absoluta *correspondência* entre aquilo que é afirmado é aquilo que corresponde à realidade, sendo capaz de oferecer apenas soluções aproximativas. Pois que a – aqui assim aludida – teoria da verdade como correspondência equivale exatamente à construção social da realidade, que ocorre nos domínios da linguagem corrente usada no dia a dia, e por isso se adequa plenamente ao processo penal enquanto fenômeno social”, cf. SCHÜNEMANN, Bernd. “Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano”, in: SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*, coord: GRECO, Luís, São Paulo: Marcial Pons, 2013, pp. 240-261, p. 245. E, também assumindo a verdade como correspondência, BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 378.

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, cit., p. 39.

sentido *específico*, acompanhada das construções teóricas que justificam sua escolha.

Embora individualizar o sentido específico de cada uma destas concepções não seja objeto deste estudo, é possível separá-las em *grupos de sentido aproximado*, grupos que girem em torno do mesmo eixo essencial de conteúdo. Quer dizer, mesmo que múltiplas e distintas, cada uma dessas acepções se aproximam, em seus significados teóricos e nas consequências práticas de sua adoção, mais de umas que de outras. De modo que, sem pretender traçar uma rígida distinção entre elas, estabeleceremos três grupos de *sentido da verdade* e com qual objetivo eles são utilizados. Em paralelo, destacaremos as distintas naturezas com que os conceitos e suas associações aos sistemas processuais penais são utilizadas, ora como conceitos *descritivos*, ora como conceitos *crítico-denunciatórios*, ora como conceitos *legitimadores-afirmativos*¹¹.

Como sucede na quase generalidade das classificações, também esta terá sua margem de discricionariedade e custará algum reducionismo, ainda que tentemos reduzi-lo ao mínimo possível e conscientes de que se ganhará na exposição e na compreensão das ideias desenvolvidas, tendo em vista que, na doutrina, muitas vezes uma *mesma* expressão é utilizada com sentidos *diferentes* – o que, adequando-se ao que segue na sequência, equivaleria a dizer que a mesma adjetivação da verdade pode aparecer em mais de um grupo de sentido. E, talvez não seja incorreto dizer, estas acepções utilizadas de forma heterogênea, para dificultar as coisas, são as mais utilizadas na literatura processual, pelo que, quando o que paira é incerteza conceitual, convém pré-estabelecer o sentido das palavras que serão utilizadas.

2. Os três grupos de sentido da verdade no processo penal, seus problemas terminológicos e sua correlação com os modelos ideais de sistema processual penal

2.1. Grupo de sentido da verdade absoluta

Um primeiro conjunto de acepções da literatura processual penal que poderia ser agrupado, com relativo consenso, por possuir um conteúdo de sentido

¹¹ Esta tentativa inspirou-se nas reflexões de GRECO, Luís. “Sobre o chamado direito penal do inimigo”, in: *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano VI, Nº 7 - Dezembro de 2005, p. 211-247.

semelhante, compreende as designações da verdade *ontológica, histórica, absoluta, substancial*. Também aparecem com o sentido deste grupo as acepções verdade *real* (com maior frequência¹²) e verdade *material* (com menor frequência¹³) – esta aparece mais associada ao terceiro grupo.

A noção deste grupo de *verdade* prende-se com as ideias de *exatidão, coincidência*, de alto nível de conformidade com o real, de correspondência com a realidade passada, de extrema adequação entre o intelecto (pensado, falado ou escrito) e o mundo dos fatos, de rigoroso alinhamento entre os eventos do mundo e o conhecimento¹⁴. Com estas designações, busca-se expressar a verdade mais *verdadeira* possível.

A fixação de uma tal noção de verdade como *fim* repercutirá nos *meios* para alcançá-la. Mesmo aderindo à máxima de que os fins não justificam os meios, em larga medida os meios se orientam, antes, são eleitos, de acordo com o fim. Para se atingir a *verdade absoluta* das coisas, é preciso utilizar amplos meio de acesso a fatos, de acesso a conhecimento. Derivando-se de um plano mais filosófico, diz-se que a obtenção da verdade absoluta escapa às capacidades cognitivas do homem, tangenciando níveis quase metafísicos de compreensão dos eventos do mundo. No plano processual, a mesma crítica da *inalcançabilidade* se reproduz: o processo penal não dispõe dos meios de acesso a conhecimento necessários para sempre se atingir a *verdade absoluta* em todo e qualquer caso posto a julgamento. Pelo contrário, o processo penal concebe um ambiente que restringe a obtenção de conhecimento do mundo para dentro dele, dada a observância que se deve às regras jurídicas de obtenção deste conhecimento. Razão pela qual, a fixação da *descoberta da verdade absoluta* como finalidade do processo penal, assim como a crença de que seja possível ao processo cumprir esta finalidade, aparecem tradicionalmente e com amplo consenso, na doutrina, como compreensões problemáticas e, ainda bem, duramente criticadas¹⁵.

¹² BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal, op. cit.*, p. 379.

¹³ AMBOS, Kai. “O princípio acusatório e o processo acusatório: uma tentativa de compreensão de seu significado atual, a partir de uma perspectiva histórica”, in: AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. *O Processo Acusatório e a Vedação Probatória: perante as realidades alemãs e brasileira: com a perspectiva brasileira já de acordo com a reforma processual de 2008 – Leis 11.689, 11.690 e 11.719*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, pp. 09-41, p. 17-19.

¹⁴ BARROS, Marco Antônio de. *A busca da verdade no processo penal*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2013, p. 21-25.

¹⁵ LOPES JR. critica duramente tanto as acepções de *verdade real ou substancial* (mitológicas) – “quem fala em verdade real confunde o ‘real’ com o ‘imaginário’, pois o crime é sempre um fato passado, logo, é história, memória, fantasia, imaginação. É sempre imaginário, nunca é real” – quanto a sua busca no

Ter ou entender como fim do processo penal a descoberta da *verdade absoluta* poderá abrir espaço para um indesejado alto grau de obstinação em obtê-la a qualquer custo. Se a investigação dos fatos passados visar à obtenção da *verdade ontológica*, esta finalidade poderá ser utilizada como justificativa para o cometimento de excessos, abusos estatais no âmbito de procedimentos probatórios criminais, desprotegendo o investigado e terceiros contra restrições ou invasões porventura excessivas no âmbito de proteção de seus direitos fundamentais, hoje amplamente assegurados, pelos menos em seus núcleos essenciais, nas constituições estatais, mesmo que com distintos alcances. Em nome da descoberta da *verdade absoluta*, busca-se a verdade a qualquer preço: pode-se deixar de observar ritos e procedimentos previamente estabelecidos (na crença de que eles *dificultam* ou *lentificam* desnecessariamente a descoberta da verdade) e permitir o uso de métodos de obtenção de prova porventura desproporcionadamente intrusivos.

A busca a qualquer preço pela *verdade absoluta*, no processo penal, costuma ser ligada a sistemas inquisitivos¹⁶.

2.1.1. Sistemas processuais penais inquisitórios

1. Sistemas processuais inquisitórios engendram-se em Estados com pendor menos libertário e mais autoritário, como eram, por exemplo, as formas absolutistas de países europeus do século XVII e XVIII. Nestas concepções de Estado, os interesses estatais assumem posição de supremacia e na generalidade dos casos prevalecerão sobre os interesses dos indivíduos. Nutrindo-se nisto, estes sistemas concebem o *processo penal de tipo inquisitório*, um procedimento que se caracteriza por ser *escrito e secreto*, e em

processo penal, tarefa inalcançável e que fragilizaria o modelo acusatório e a máxima eficácia das garantias previstas na Constituição. “O mito da verdade real está intimamente relacionado com a estrutura do sistema inquisitório; com o ‘interesse público’ (cláusula geral que serviu de argumento para as maiores atrocidades); com sistemas políticos autoritários; com a busca de uma ‘verdade’ a qualquer custo (chegando a legitimar a tortura em determinados momentos históricos); e com a figura do juiz-ator (inquisidor)”, cf. LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*, cit., p. 564 e 566. No mesmo sentido: “Os problemas e o mundo se tornaram complexos demais para um saber dogmático e limitado que apenas empobrecia e desconsiderava o objeto sobre o qual se pretendia atingir verdades: o real”, cf. KHALED JR., Salah H. *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*. 2ª ed., Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2016, p. 25.

¹⁶ Cf. ANTUNES, Maria João, *Direito Processual Penal*, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2018, p. 20; LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*, cit., p. 568. LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal. Introdução crítica*. 1ª ed. portuguesa. Rei dos livros, 2016, p. 164.

que o investigado ou acusado não é tido por *sujeito processual, coatuante no processo*, titular de um estatuto de direitos, mas como *objeto do processo*, que se investiga, do qual se extrairiam informações úteis aos interesses da persecução penal. Ao investigado ou acusado, sem direitos de defesa, não era oportunizada a contradição daquilo que se lhe imputava ou a sindicância do procedimento. Antes, buscava-se extrair-lhe a confissão, tido então como a rainha das provas; nesta busca de obtenção de confissão, utilizava-se dos mais variados e cruéis modos, não descartado o emprego de torturas¹⁷.

Também é nota característica do processo penal de sistemas inquisitórios a concentração das funções de investigar, acusar e julgar num mesmo e único ente, o *inquisidor*. Este será responsável por decidir se haverá ou não promoção processual e contra quem; por investigar os fatos e as pessoas (num procedimento sem oralidade e de restritíssimo, se não proibido, acesso) e, depois, por acusar alguém; por delimitar o objeto do processo, ou seja, por delimitar o *thema probandum* e, depois, por produzir as provas; por delimitar o *thema decidendum* e, ao final, após construir sozinho e *sponte propria* as bases de sua decisão, por julgar os fatos que ele próprio investigou e pelos quais, anteriormente, ele próprio acusou a pessoa sob (seu) julgamento¹⁸.

Não é necessário se estender nas razões pelas quais a adoção de um modelo como tal seria frontalmente incompatível com a gama de direitos fundamentais e processuais-fundamentais assegurados pelas legislações dos estados de direito dos dias atuais.

2. Postas as coisas desta maneira, vê-se como os sistemas inquisitivos empreendem a busca da verdade a qualquer preço. Porém, deve-se atentar para o fato de que expusemos um *modelo ideal*, não no sentido de “anseio a ser buscado”, mas no sentido de que se trata de uma *moldura conceitual*, de um arquétipo teórico organizado e categorizado, posteriormente, pela doutrina, a partir da leitura histórica de modelos processuais concretos do passado¹⁹. Convém, portanto, observar estes sistemas mais de perto e, ao fazê-lo, será percebido que eles pouco se preocupam com a investigação da verdade no sentido de empregar meios racionais para obtê-la, mas apenas no sentido de monopolizar a busca e não deixar que nela contribua ninguém senão o inquisidor.

¹⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*, cit., p. 61-62. Sobre sistemas inquisitórios, cf. LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal...*, cit., p. 157 e ss. Sobre a confissão: PEREIRA, Rui Soares. “Acerca do valor probatório da confissão do arguido”, in: *Direito da Investigação Criminal e da Prova*, coord. PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa; ALMEIDA, Carlota, Coimbra: Almedina, 2014, pp. 183-222.

¹⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*, op. cit., p. 61-62..

¹⁹ SEMER, sobre *modelos-tipos-ideais*, diz que correspondem àqueles não contemplados inteiramente por alguma legislação, mas que permitem compreender racionalidades, cf. SEMER, Marcelo. *Sentenciando o tráfico. O papel dos juizes no grande encarceramento*. São Paulo: Editora Tirant Lo Blanch, 2020, p. 141.

Como ensina DIAS, as prováveis origens histórico-concretas desta concepção processual remete ao processo penal extraordinário do Baixo Império Romano²⁰, que, por sua vez, reivindica origens na fase da República. Conforme explica AMBOS²¹, para se determinar ou não a culpabilidade do acusado, utilizavam-se meios de prova de caráter irracional (como a utilização de *juramentos purgatórios* ou *purificadores*, para limpar ou purificar o nome do acusado; ou de *pessoas que juravam em favor do acusado*: se a reputação do investigado fosse tão ruim a ponto de que não houvesse quem por ele jurasse, somente Deus teria condições de “jurar a inocência” do acusado; daí também a utilização de *ordálias* ou *juízos de Deus*).

3. Esta concepção de processo (inquisitório) alavancou-se no seio do *direito canônico*, perdurou durante a Idade Média²² até os primórdios da Idade Contemporânea. Este arquétipo, de acordo com AMBOS, trata-se do *processo inquisitivo strictu sensu*: “bastava a existência de uma delação (*denunciatio*) ou de um rumor publicamente divulgado de má-fama para que se produzisse uma atuação oficial persecutória: se abria, em consequência, a *inquisitio*, com o objetivo de averiguação da verdade material (*veritas delicti*)²³”. Deverá se notar que parece ser menos problemático o fato de a atuação

²⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*, *op. cit.*, p. 62.

²¹ AMBOS, Kai. “O princípio acusatório e o processo acusatório: uma tentativa de compreensão de seu significado atual, a partir de uma perspectiva histórica”, *cit.*, p. 11-13: Na fase da República, (de 510 a 27 a.C.), distinguiam-se delitos *capitais* de *delitos ordinários*: nestes, a *accusatio* era privada, feita por um particular-acusador contra o acusado e o processo, ao final, seria decidido por uma assembleia popular (*indictum populum*), podendo acabar por voltar-se contra o próprio acusador. Por outro lado, diante de *delitos capitais*, como os de *alta traição*, o interesse público na acusação fazia com que a persecução, chamada *inquisitio*, fosse levada a cabo por um “funcionário público” designado para tanto, o *questor*. Desenham-se os primórdios das ideias de *instrução oficial* e do *princípio da oficialidade*. Na fase do Império Romano (de 27 a.C. ao século XI d.C., portanto saindo da Idade Antiga e entrando na Idade Média, de 476 d.C. a 1453), com a expansão de Roma, sem prejuízo da manutenção da forma de processo iniciado por particulares (*accusatio*), o processo de *inquisitio* (nomenclatura que paulatinamente foi sendo substituída por *cognitio*) para delitos graves (incêndios, roubos etc.) foi se “institucionalizando”, com a criação de órgãos de persecução penal oficial, maiores tribunais e com a profissionalização da figura do *questor*. Estas características se estenderam até a Idade Média.

²² Como ensina DIAS, as disposições do Papa Inocêncio III (1161-1216), relativas aos crimes de heresia, blasfêmia, adultério etc., culminaram na regulamentação do processo e dos tribunais do Santo Ofício da Inquisição (1229, início do séc. XIII). Na altura, dada a influência-quase-confusão do poder religioso com o poder “estatal” (secular), por exemplo sobretudo em Itália, o direito da Igreja logo generalizou-se para além do ambiente clérigo (*direito canônico*). Após este período, a concepção de processo inquisitório “só se consolidou, no direito dos Estados, durante os sécs. XVII e XVIII, quando se ligou politicamente às ideias do Estado-absolutista e do Estado-de-polícia totalitário”, do final da Idade Média (*Baixa Idade Média*, até 1473) até o final da Idade Moderna e os primórdios da Idade Contemporânea (1789), cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*, *cit.*, p. 63.

²³ AMBOS, Kai. “O princípio acusatório e o processo acusatório: uma tentativa de compreensão de seu significado atual, a partir de uma perspectiva histórica”, *op. cit.*, p. 17-19: Num primeiro momento, o *processo inquisitivo da Igreja Católica* buscava maior controle disciplinar de seus membros, clérigos infratores ou corruptos que, por comercializarem com os fiéis ritos, indulgências, objetos considerados sagrados, cargos eclesiásticos, benefícios, privilégios etc., andavam provocando o desprestígio da Igreja. Porém, num segundo momento, “somente posteriormente, com a implantação dos processos da inquisição

persecutória ser *oficial*, em si, do que os critérios para iniciá-la e mediante os quais era conduzida.

O contexto histórico europeu-continental do final da Idade Média até o início da Idade Moderna assistiu à decadência da organização feudal e testemunhou o desenvolvimento das cidades, com profundas transformações sociais e progressivo aumento de habitantes. O embasamento da sociedade em vínculos familiares paulatinamente substituiu-se por estruturas urbanas, comerciais, centralizadas e oficiais, até chegar à formação do estado em sentido moderno. Foi o período, de acordo com AMBOS, de *estatização da justiça penal*: o processo penal era concebido não mais em torno de juramentos a favor da boa fama ou reputação do imputado ou da credibilidade da declaração do acusador particular, mas de testemunhos de pessoas acerca de seus conhecimentos sobre os fatos ocorridos, orientando-se para procurar a *busca da verdade*²⁴. Contudo, na prática, a confissão ainda era considerada o principal meio de prova («*confessio est regina probationum*») e, para obtê-la, ainda permitia-se recorrer ao emprego de torturas, por meio das quais fatalmente se a obtinha. “Este era o fim da tortura: obter a confissão. O recurso à tortura era consequência da formalização ou tarifação (taxação) das regras relativas à avaliação da prova, e nada tinha a ver com o modo de início ou forma de desenvolvimento do processo, ou seja, se foi de forma inquisitiva ou acusatória²⁵”. A abolição da tortura só foi gradativamente alcançada durante e a partir do século XVIII (o “século das Luzes”), quando também foi se paulatinamente abolindo o regime legal de regras de tarifação de prova, dando lugar a livre valoração da prova, que passou a permitir a demonstração de fatos pela utilização *indícios*. Entretanto, até isto, a persecução com o uso e abuso do emprego de torturas para obter confissões era frequente e, ainda mais, quando era, e o era comumente, utilizada

contra os hereges passou-se a aplicar a violência e a tortura com a finalidade de reconduzir aqueles hereges a uma – pretendida – verdadeira fé. O recurso a tais métodos, em particular a prática de tortura, passou a se estender, também, de forma plena, ao processo penal. É por isto que se considera que o processo inquisitivo secular tem suas raízes na inquisição do processo canônico. O processo da inquisição e o recurso à tortura se tornaram dispensáveis nos procedimentos contra a prática de bruxaria que começaram a ser instalados a partir do século XV, pois sem a confissão (forçada pela tortura) não havia como se provar o fictício *corpus delicti* da pretendida prática da bruxaria”. A tortura foi posteriormente autorizada na bula “Ad extirpanda” pelo Papa Inocência IV, em 1252.

²⁴ AMBOS, *cit.*, p. 19-29. Na p. 26-27, AMBOS ensina que a predominância (“trunfo”) do processo inquisitivo deveu-se, de um lado, à dissolução da sociedade arcaica, baseada em vínculos familiares, com o gradativo surgimento do Estado moderno, que veio junto com *centralização e oficialização da justiça penal*; e, de outro lado, pela nova concepção de *pena*: “agora esta não estava mais a serviço da satisfação ou desejo de vingança da vítima ou de seus familiares, ou de ódio ou ira (ou mesmo de outros interesses particulares destes), e sim, agora, passava a ‘nova pena’ a ter o fim de dissuadir e, conforme o caso, reabilitar o delinquente (...)”.

²⁵ AMBOS, *cit.*, p. 23.

contra hereges ou com a finalidade de perseguição política contra determinadas pessoas. Exemplo do auge da regulamentação deste procedimento tem-se na *Constitutio Criminalis Carolina* (CCC), de 1532, a chamada “mãe do processo inquisitivo”: quer iniciado por provocação de um particular ofendido mediante queixa (*processos ordinarius*), quer iniciado de ofício (*processos extraordinarius*), na prática, o processo quase sempre confluía para a dura persecução oficiosa. Se o acusado não confessasse os fatos imputados e existissem indícios sobre sua autoria, ele seria torturado até obter-se a confissão para corroborar os indícios existentes. “O tipo de tortura, sua duração e intensidade ficava, segundo a letra da lei, ‘ao critério de um juiz sensato e bom’ (art. 58, CCC)²⁶”. Em que pese a possibilidade, na altura, de dois testemunhos poderem substituir a confissão, esta ainda se sobrepunha àqueles, era a *regina probationum*, de modo que, caso ela fosse obtida uma primeira vez (mesmo que já mediante tortura), deveria ser verificada em exame feito por um tribunal, mediante ratificação voluntária do acusado; porém, se ele não tornasse a confessar, poderia ser novamente torturado para fazê-lo.

4. Por conta desta investigação conduzida por ente único, com superconcentração de poderes, despreocupada com a imparcialidade, em busca da então tida como principal prova, a confissão, sem possibilidade de manifestação da defesa ou de sindicância do procedimento e sem embargo da possibilidade, na altura, de valer-se do emprego de torturas, tradicionalmente afirma-se que a investigação realizada no processo penal engendrado nos sistemas processuais inquisitivos busca a obtenção da *verdade absoluta*.

Porém, há-de se observar que esta afirmação de correlação entre a *obtenção da verdade absoluta* e as características do *processo de tipo inquisitório* não tem natureza *descritiva*, no sentido de que aquele processo leva àquela verdade. Não é correto compreender que processo penal dotado das características do processo inquisitório esteja *aprioristicamente* mais apto a descobrir uma verdade mais esclarecida que a obtida num processo com possibilidade de manifestação do acusado (como sujeito de direito à participação constitutiva da declaração de direito do caso no processo), de sindicância de procedimento e de separação de funções de investigar (acusar) e julgar.

A correlação entre *obtenção de verdade absoluta* e *processo penal inquisitório* possui natureza *crítico-denunciadora*: se a noção de verdade absoluta, por seus rigores, remete às ideias de exatidão, coincidência, de verdade mais verdadeira possível, e se alcançá-la ou é tido por impossível ou pressupõe a adoção de meios questionavelmente

²⁶ AMBOS, *cit.*, p. 25.

amplios, flexíveis e possivelmente invasivos, quando se diz que um processo penal tem por fim a descoberta da *verdade absoluta* não se está descrevendo a verdade que se obterá de um processo que reúna aquelas características, mas se está denunciando o fato de que, naquele processo penal, a investigação dos fatos está sendo levada às últimas consequências, ao limite, realizada mediante – como coloca WOLTER²⁷ – *devassamento*, excessos, quer dizer, ou com desrespeito ao procedimento ou em detrimento da intervenção desmedida e não indispensável nos direitos fundamentais do acusado ou de terceiros.

2.2. Grupo de sentido da *verdade formal*

Se o primeiro grupo de sentido da *verdade absoluta* pode ser situado, ilustrativamente, num extremo, no outro poderia situar-se o grupo de sentido da *verdade formal* – com o mesmo sentido, aparecem as acepções *verdade processual*, *judicial*, *forense*, muitas vezes antecedidas de um “meramente”.

A *verdade formal* é aquela que não necessariamente coincidirá, revelará ou corresponderá ao que efetivamente ocorreu no mundo dos fatos. Chega-se à *verdade formal* não pela investigação oficial dos acontecimentos pretéritos, muito menos pela investigação a qualquer preço; chega-se a ela através do *contributo trazido pelas partes envolvidas no conflito originário*, e só por elas, ao processo. Uma destas partes será o imputado, a defesa; a outra, poderá ser a própria pessoa ofendida ou, mais comumente, um órgão *público e oficial* que represente os interesses da persecução penal, do particular lesado ou da coletividade lesada (pensando-se num bem jurídico coletivo): de um lado do “*duelo*”, a versão acusatória; do outro, a versão defensiva, contestando aquela. A verdade formal obtida ao final do processo não revelará necessariamente o que de fato aconteceu; revelará do que o julgador

²⁷ WOLTER, Jürgen. “Proibições de prova e proibições de circunvenção: entre a busca da verdade e proibição de devassamento”, in: WOLTER, Jürgen. *O inviolável e o intocável no direito processual penal. Reflexões sobre dignidade humana, proibição de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal*, org. e int. GRECO, Luís; Trad. LEITE, Alaor. São Paulo: Marcial Pons, 2018, pp. 109-158, p. 114 ss. e 151 ss. A diferença entre uma investigação da verdade aceitável no processo penal e uma inaceitável, por excessiva, pode ser observada nas diferenças terminológicas utilizadas pela doutrina processual penal alemã. No direito processual alemão, fala-se em “*Wahrheitserforschung*” para referir à investigação da verdade. “*Forschung*” é pesquisa, investigação. Porém, se esta atividade for esgotada, levada às últimas consequências, já se fala em “*Ausforschung*”, conotando um devassamento. A partícula “*aus*” indica intensidade, a ideia de ir até o fim, cf., na mesma obra, GRECO, Luís, “O inviolável e o intocável no direito processual penal: considerações introdutórias sobre o processo penal alemão (e as suas relações com o direito constitucional, o direito de polícia e o direito dos serviços de inteligência)”, pp. 21-82, p. 28.

se convenceu ou concluiu a respeito do que de fato aconteceu, nos termos e de acordo, exclusivamente, com o material informativo-probatório e as declarações das partes²⁸. Por isto, não raro, refere-se a ela como verdade “*meramente*” formal.

A *verdade formal* associa-se a sistemas adversariais puros anglo-saxões – ou, em oposição à estrutura processual inquisitiva romano-germânica europeia-continental, a sistemas processuais penais acusatórios²⁹.

Por isso LANGER, comparando o sistema adversarial anglo-saxão e inquisitorial romano-germânico – após apresentar a ideia de que mais do que dois modelos de processo, tratam-se de duas culturas legais distintas, duas formas diferentes de entender e conceber o sistema de justiça criminal, duas diferentes *estruturas de interpretação e de atribuição de sentido* – coloca a *verdade* entre os termos a que se dá sentidos diferentes num e noutro sistema. A palavra ‘verdade’ “tem um diferente significado em cada estrutura processual de interpretação e sentido. No sistema adversarial, mesmo que a disputa seja sobre a ‘verdade’, a acusação tenta provar que certos eventos ocorreram e que o imputado deles participou, enquanto a defesa tenta questionar ou desmentir este intento³⁰”. Na sequência, LANGER enfatiza outro traço distintivo fundamental da noção de *verdade* do sistema adversarial anglo-saxão e o de matriz romano-germânica, traço a partir do qual já se permitem enxergar as distinções entre o papel do Estado-juiz, num e noutro sistema: “A concepção adversarial de verdade é mais relativa e consensual: se as partes chegarem a um acordo, entendimento (*agreement*) sobre os fatos do caso, mediante *plea agréments* ou negociações, é menos importante determinar como os eventos realmente ocorreram. Na estrutura inquisitorial de interpretação e sentido, ‘verdade’ é concebida em termos mais absolutos: o oficial do Estado – tradicionalmente, o juiz – deverá determinar, mediante investigação, o que realmente aconteceu, independentemente de entendimentos ou divergências que a acusação e a defesa possam ter sobre os fatos³¹”.

²⁸ Sobre a verdade formal, cf. DA MATTA, Paulo Saragoça. “A livre apreciação da prova”, in: *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, coord: PALMA, Maria Fernanda, Coimbra: Almedina, 2004, pp. 221-278, p. 231.

²⁹ PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*, São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 24 e 33-34.

³⁰ LANGER, Máximo. “From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the Americanization thesis in criminal procedure”, in *University of California, Los Angeles School of Law Public Law & Legal Theory Research Paper Series*, vol. 45, nº 1, 2004, pp. 01-64, p. 09-10, disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=707261>>, acesso em 06.03.2020.

³¹ *Idem*, p. 10-11.

2.2.1. Sistemas processuais penais acusatórios

1. Conforme sintetiza ANTUNES³², “na estrutura processual penal acusatória o processo penal é visto como uma disputa entre o Estado e o indivíduo indiciado”. O processo penal contém uma oposição de interesses (uma *lide*) – com as palavras de DIAS – “entre o Estado que quer punir os crimes e o indivíduo que quer afastar de si quaisquer medidas privativas ou restritivas da sua liberdade³³”. Porém, diferentemente do contexto sócio-histórico e político-ideológico de pendor autoritário, típico de concepções processuais penais inquisitórias, nos sistemas processuais penais acusatórios, os interesses persecutórios estatais não prevalecem *a priori* aos do indivíduo. O modelo acusatório origina-se no contexto da *oposta* relação Estado-indivíduo, que coloca a pessoa como centro do ordenamento jurídico, reconhecendo-a titular de direitos inatos e invioláveis. Nestas concepções, o processo penal é concebido como um *duelo* de partes que apenas será justo se elas dispuserem, o tanto quanto possível, de meios e armas iguais, razão pela qual se reconhece aos investigados ou acusados direitos de defesa, tão amplos quanto os da acusação, e de outras garantias individuais, como presunção de inocência³⁴.

Também ao contrário das concepções tipicamente inquisitórias, que concentram praticamente todas as funções relevantes do processo num único ente, o inquisidor, que investigará o acusado como objeto e não sujeito do processo, no modelo de estrutura acusatória – de novo com ANTUNES – “há uma cisão entre a entidade que investiga e acusa e a que julga, tendo o arguido o estatuto de sujeito processual, por se tratar de estrutura processual que tem como finalidade a proteção dos direitos das pessoas³⁵”. Esta

³² ANTUNES, Maria João, *Direito Processual Penal*, op. cit., p. 20. Sobre sistemas acusatórios, cf. LOPES JR., Aury, *Fundamentos do processo penal. Introdução crítica*, op. cit., p. 157 e ss.

³³ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Processual Penal*, op. cit., p. 64.

³⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Processual Penal*, op. cit., p. 65: “Dai uma estrutura processual penal aparentada com a processual civil, em que, para além da cisão indispensável entre a entidade investigadora (acusadora) e a julgadora, valem praticamente sem limites os princípios do *dispositivo*, do *juiz passivo*, da *verdade formal*, da *autorresponsabilidade probatória das partes* (com a consequente repartição do *ônus da prova*), enfim, da presunção de total inocência do acusado até à condenação”. E, como consequência para a estrutura processual penal, esta concepção processual conduziu ao asseguramento aos réus de “uma posição processual e pré-processual equiparada, quanto possível, à do acusador; estruturação do processo penal como autêntico *processo de partes*; total observância do *princípio do contraditório*; criação de um sistema estrito de *legalidade da prova*, na sua produção e na sua valoração; reconhecimento de uma certa *disponibilidade*, pelas partes, do objeto do processo; estrita *ligação do juiz* pela acusação e pela defesa, tanto na determinação do objeto do processo (*thema decidendum*), como na extensão da cognição (*thema probandum*), como nos limites da decisão (*ne eat iudex ultra vel extra petita partium*). Eis delineada, também a leves traços, a concepção típica de um «processo acusatório»”.

³⁵ ANTUNES, Maria João, *Direito Processual Penal*, op. cit., p. 20.

estrutura processual penal, além de contar com a separação inicial de funções entre investigar, acusar e julgar, conta com o que se designa *modelo de juiz passivo*: perante o duelo entre as partes, o Estado-juiz comporta-se como um árbitro, que zela pelo cumprimento do procedimento e das “regras do jogo”, mas não participa da agregação de material probatório aos autos, nem, de qualquer forma, da investigação do que ocorreu. Isto cumpre exclusivamente às partes. Desta forma, tradicionalmente afirma-se (ANTUNES) que “a verdade que se obtém é uma verdade meramente formal, emergente de regras de repartição do ônus da prova, com respeito dos princípios da igualdade de armas e do dispositivo³⁶”.

2. Novamente, a exposição dessa forma da estrutura processual penal acusatória prende-se a *modelos ideais, arquétipos teórico-conceituais*. No plano *histórico-concreto*, de acordo com DIAS, “esta concepção vai, no consenso geral, buscar as suas raízes às legislações orientais e às grandes experiências democráticas do velho mundo helênico [37]

³⁶ ANTUNES, *op. cit.*, p. 20 e 172. Reconhecer o *princípio do dispositivo* (e não o *da investigação* ou *da verdade material*) como traço integrante e característico do procedimento de natureza penal significa conferir ao processo penal uma, de duas possíveis concepções de processo no que diz respeito especificamente aos *meios de aquisição de material probatório* para dentro dele e à *posição do juiz perante a investigação do fato sujeito a julgamento*. De forma simplificada, os processos em que vige o *princípio dispositivo* prendem-se com a ideia do *duelo de partes* na presença e sob a arbitragem de um juiz passivo, que apenas tem de zelar pelo cumprimento das regras e proclamar o resultado. Disto decorre, com as palavras de DIAS, que “é às partes – e só a elas – que compete a adução do material de fato que há-de servir de base à decisão”; enquanto nos processos em que vige o *princípio da investigação*, o juiz ou tribunal tem papel ativo na investigação do fato sob julgamento, independentemente da contribuição das partes, de modo que pode construir autonomamente as bases de sua decisão”, cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*, *cit.*, p. 187 e ss.: valendo-se das lições do A., além de que as partes construirão exclusivamente a base factual que servirá de base para a decisão, duas outras importantes consequências decorrem da vigência do princípio dispositivo – ambas tradicionalmente presentes no *processo civil*. A primeira delas é que “terá o juiz de considerar como não necessitados de prova todos os fatos que, apresentados por uma parte, não sejam contraditados pela outra: sobre eles haverá acordo, expresso ou apenas tácito por força de não-impugnação ou confissão ficta. Estes fatos, possam embora não ser verdadeiros, são tidos (valem) como tal para efeitos da decisão. E por isso se diz que a sentença procura e declara a *verdade formal (intraprocessual)*” (*idem*, p. 189-190; cf. artigo 344º do CPP português). A segunda é a seguinte: o objeto do processo em que a atividade probatória está incumbida exclusivamente às partes é necessariamente um *objeto disponível*, já que o juiz não poderia controlar o desempenho dessa atividade, de modo que, no extremo, ela poderia até mesmo ser não-realizada. Se o objeto do processo é disponível, as partes podem pôr-lhe fim quer por disposição, que por composição, ou seja, quer pela desistência, quer pelo acordo sobre o mérito da sentença. Por outro lado, se vige no processo o *princípio da investigação*, a não-impugnação do fato alegado por uma das partes não terá como consequência a confissão ficta ou a presunção de veracidade do fato alegado, nem tampouco a confissão efetiva servirá automaticamente como uma *prova cabal*, pois caberá ainda ao tribunal investigar autonomamente a verdade dos fatos em julgamento. Ademais, se vige o princípio da investigação, o objeto do processo é necessariamente indisponível, porque não pode ser disposto pelas partes; é, antes, indisponível. Da indisponibilidade do processo decorre não só a impossibilidade de dispor, mas também a de compor. No processo penal, isto significaria a impossibilidade de desistência da acusação pública e da realização de acordos sobre o mérito da sentença (culpa e pena).

³⁷ O processo penal da Grécia (sécs. VI a IV a.C.) corresponde ao que a doutrina designa por *processo acusatório puro*. Conforme ensina AMBOS, este processo penal se caracterizava por um modelo de acusação popular: qualquer *cidadão* podia formular acusação perante uma “autoridade oficial” competente (*arconte*), que fazia o controle da presença de pressupostos de admissibilidade da acusação e, uma vez

e romano³⁸”, sendo consistentemente substituída pela concepção inquisitória. Se, na Baixa Idade Média, os sistemas processuais penais da Europa continental vão sendo progressivamente combinados com elementos inquisitórios, já não foram assim as coisas na Europa insular: “é na Inglaterra que – incentivado pela ideologia liberal que se desprendia já da *Magna Charta Libertatem* de João-sem-Terra (1215) e acentuado sobretudo pelo *Bill of Rights* (1689) e pelo *Act of Settlement* (1701) – ele [o modelo acusatório de processo] ganha o seu maior e vivaz florescimento, a ponto de ainda hoje se manter aí essencialmente imodificado”.

E, como consequência de contingências históricas e colonizadoras, também a configuração do sistema de justiça penal norteamericano poderia, hoje, apontar-se como um paradigma de *modelo processual penal acusatório* puro, concebido como um processo de partes, *adversarial*, com *audiência oral presidida por juiz passivo*, com *princípio dispositivo*, com os traços processuais-penais próximos de concepções processuais privatísticas.

Este o motivo pelo qual quase sempre se torna mais sensível e dificultoso utilizar como parâmetro de comparação com o processo penal de matriz europeia-continental ou romano-germânica (como o latino-americano, em geral, e o brasileiro, em particular) com o ordenamento jurídico estadunidense ou inglês, de matriz diversa, anglo-saxã. Tendo em vista as profundas diferenças estruturais destes em relação àqueles, reflexos (também) de seus distintos desenvolvimentos histórico-culturais, configurando tradições jurídico-processuais distintas, culturas jurídicas distintas. Mais dificultoso porque inúmeras mediações ou matizações se impoem antes de se permitir *trasladar* categorias de um universo para o outro³⁹.

admitida, fixava a data para audiência e dava publicidade à queixa. Após suas declarações, se o acusador privado não obtivesse votos favoráveis suficientes no tribunal, poderia ser pecuniariamente penalizado. Tratava-se de modelo de processo acusatório *privado*, na perspectiva de sua iniciativa, embora outros cidadãos pudessem sustentar (contribuir retoricamente) o caso do acusado privado ou do imputado. “O processo era regido pelo *princípio dispositivo*, o que significava dizer, entre outras coisas, que os juízes estavam vinculados às petições formuladas pelas partes, através das peças escritas da acusação e defesa”, cf. AMBOS, Kai. “O princípio acusatório e o processo acusatório: uma tentativa de compreensão de seu significado atual, a partir de uma perspectiva histórica”, *op. cit.*, p. 10-11.

³⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*, *op. cit.*, p. 66. A concepção acusatória de processo “obscurecida pelo despotismo imperial romano revive por força do antigo processo penal germânico e subsiste, de forma mais ou menos pura, ainda na época carolínea”. No entanto, gradualmente, assim como ocorreu das fases da república para do império romano, este tipo de processo foi sofrendo crescente influência dos poderes do rei, por volta da época carolínea, a partir da qual vão se introduzindo e alastrando naquela concepção de processo penal elementos do sistema inquisitivo – o que acabará por chegar à já mencionada *Constitutio Criminalis Carolina*.

³⁹ Para investigação monográfica aprofundada sobre o direito processual penal norteamericano e aquele que parece ser seu principal instituto (a *plea bargaining*), com exemplos das referidas “matizações”, cf. ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea Bargaining. Aproximação à justiça negociada nos EUA*. Coimbra:

Porém, apesar das vantagens que se poderia associar à estrutura processual penal do sistema de justiça norteamericano⁴⁰, como explica SCHÜNEMANN, ela apresenta dois problemas fundamentais. Primeiro, porque poderia ser considerada uma espécie de «simulacro» ou de «propaganda enganosa», pois, na prática, este modelo bem estruturado ocorre com pouquíssima frequência, sobretudo porque associado ao *tribunal do júri*⁴¹. Depois, porque se trata de uma modelo que peca na descoberta da verdade material, tema a que retornaremos adiante.

3. Dissemos, *supra*, que a correlação estabelecida entre a *obtenção de verdade absoluta* e *processo penal inquisitório* possui natureza *crítica*, denunciando um procedimento em que se devassa a ideia de *limites à busca da verdade*, não *descritiva*, porque subtrair ao imputado a oportunidade de se manifestar sobre os fatos ou coagi-lo a falar até extrair-se a confissão não contribui para a descoberta de uma verdade mais real ou mais verdadeira⁴². Ao contrário, a correlação entre o processo penal acusatório e a descoberta da verdade formal tem *natureza descritiva*. Ela é o tipo de verdade que se obtém neste tipo de processo. Por mais que também se tenha como referência da atividade probatória os fatos ocorridos no passado, o Estado-juiz se bastará, para decidir, com as versões e provas que as partes trouxeram sobre eles.

4. Contrapondo os modelos de estruturas processuais da forma que foram descritos, em princípio, parece intuitiva a conclusão de que o modelo de estrutura processual penal

Almedina, 2017. Também, comparando soluções dos ordenamentos jurídicos alemão e norteamericano dadas a questões problemáticas de valoração de prova, ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Editora Coimbra, 1992, p. 133 ss. Sobre essas matizações na comparação entre o sistema adversarial anglo-saxão e o inquisitivo romano-germânico, cf. LANGER, Máximo. “From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the Americanization thesis in criminal procedure”, *cit.*, p. 09-10: “the adversarial and inquisitorial models are not only two ways to structure criminal proceedings, but also two ways of understanding and representing criminal procedure (...) In other words, the adversarial and the inquisitorial can be understood as two different structures of interpretation and meaning through which the actors of a given criminal justice system understand both criminal procedure and their role within the system”.

⁴⁰ ASHWORTH, Andrew; ROBERTS, Julian V., “Sentencing”, in: *The Oxford Handbook of Criminology*, 6ª ed., Oxford: Oxford University Press, Liebling, Maruna McAra (eds.), 2017, p. 860.

⁴¹ É apresentada como padrão, mas na prática é uma exceção. Um modelo adversarial com tribunal do júri apresentaria duas debilidade centrais: “Em primeiro lugar, ele é tão moroso e dispendioso que se torna simplesmente impossível sancionar de forma completa com o auxílio de um processo nos padrões do tribunal do júri o enorme índice de criminalidade existente em uma moderna sociedade industrial”, uma das razões pelas quais, nos Estados Unidos, apenas uma minoria dos casos vai a julgamento pelo tribunal do júri, enquanto a “esmagadora maioria” deles “é sancionada de outra maneira, a saber, o resultado das investigações policiais é aceito pelo indiciado e é, por meio de um *plea agreement*, transmutado em uma sentença penal transitada em julgado”, cf. SCHÜNEMANN, Bernd. “Audiência de instrução e julgamento: modelo inquisitorial ou adversarial? Sobre a estrutura fundamental do processo penal no 3º milênio”, in: SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*, coord: GRECO, Luís, São Paulo: Marcial Pons, 2013, pp. 222-239, p. 226.

⁴² ZAMORA-ACEVEDO, Miguel. “La búsqueda de la verdad en el proceso penal”, in: *Acta Académica*, n.º 54, 2014, pp. 147-186, p. 151-152.

acusatória afigura-se mais compatível com o rol de direitos e garantias previstos na generalidade das constituições democráticas do que o modelo de estrutura processual penal inquisitória. Porém, a questão não parece poder se reduzir a ter de escolher um, entre dois modelos normativos de processo penal disponíveis na história ou na doutrina. A apresentação de um modelo de estrutura processual penal seguido do outro, como comumente é feita⁴³, por mais precisa e acertada que possa ser, por utilizar a exposição de *modelos ideais, produto do agrupamento de características processuais penais histórico-concretas pulverizadas espaço-temporalmente*, se ganha em fins pedagógicos e de categorização das reflexões, perde ao poder passar a impressão de se tratarem de *parelhas ou binômios antitéticos maniqueísticamente*, cujas racionalidades surgem e se orientam linearmente, no sentido de que um sistema primitivo e ruim sucede-se por um sistema melhor, e hoje luta-se para implementar ou manter no processo penal as características do modelo bom e afastar as do ruim.

Enquanto na Europa *insular* o sistema acusatório, uma vez implementado foi se estabilizando, aperfeiçoando e permanecendo ao longo dos séculos até manter-se praticamente *puro* até os dias atuais, “na Europa continental foi necessário esperar o Iluminismo para que as concepções fundamentais deste tipo de processo voltassem a ser reivindicadas⁴⁴”, com o contributo das produções teóricas de Rousseau, Voltaire, Montesquieu, Beccaria etc. Não reivindicadas as concepções no sentido de decalcá-las e reproduzi-las, de importar para o continente o modelo inglês, mas no sentido de afastar terminantemente do processo penal o que havia de intolerável: a consideração do imputado como um objeto de extração de informações, e não de sujeito processual penal, o que se agravava com a possibilidade de empregar torturas associada a uma tendência processual de sobrevalorização da confissão como meio de prova. Atraindo e combinando, por outro lado, aquisições do pensamento processual inglês (não o sistema, *ipsis litteris*), como a “separação constitucional dos poderes, independência dos juízes,

⁴³ Como acabo de fazer, e também: OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 19ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 09 ss; DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*, 5ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 87 ss.; MARCÃO, Renato. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 80 ss.; MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 21; ISHIDA, Válder Kenji. *Processo Penal*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 20; BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 60; CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 84; MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de processo penal*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 18; LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 42-46.

⁴⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*, *op. cit.*, p. 66.

participação de leigos no exercício da função jurisdicional, publicidade, contraditoriedade e oralidade do julgamento⁴⁵”.

Por conta destas combinações, os sistemas processuais que obtiveram prevalência nas legislações europeias continentais contavam com uma natureza não pura, mas *mista* – o que será visto mais à frente.

2.3. Grupo de sentido da *verdade material*

1. Como se se situasse numa posição intermediária entre duas ideias antípodas, entre a *verdade absoluta* que se aproxima da devassa, e a *verdade formal* que em alguma medida carrega tons de artificialidade, tem-se o grupo de sentido da *verdade material* – ou *relativa, judicial*⁴⁶, *aproximada, objetiva*⁴⁷, *processual*⁴⁸, *prática, (intrassistemática*⁴⁹) *processualmente válida*⁵⁰, *possível*⁵¹. Por vezes, utiliza-se a *verdade real* com o sentido deste grupo.

Postas as coisas da maneira que foram até agora, pode-se aproximar da noção *verdade material* de forma duplamente negativa: apesar do conteúdo desta noção não ser tão claro quanto se possa supor, qualquer que seja ele, será composto de uma dupla acepção negativa irrenunciável: antes de *ser* algo, ela *não é* nem pretende equivaler à *verdade absoluta*, que busca a qualquer custo descobrir sempre exatamente o que ocorreu, nem tampouco a *verdade formal*, que se importa menos com os fatos pretéritos ocorridos no mundo concreto, e mais com o que as partes – e apenas elas – declaram e provam ter ocorrido.

⁴⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal, op. cit.*, p. 67: Na europa continental, estas exigências consolidaram-se, após o caldo teórico da Revolução Francesa, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (por exemplo: art. 8º: *nullum crimen nulla poena sine lege*; art. 9º: presunção de inocência até prova do contrário e proibição de violências desnecessárias).

⁴⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal, op. cit.*, p. 378.

⁴⁷ ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. 25ª ed. Trad: CÓRDOBA, Gabriela E.; PASTOR, Daniel R., Buenos Aires: Editores de Puerto s.r.l., 2000, p. 03.

⁴⁸ BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. *Processo Penal Brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 35 e ss.. Os a. falam também em *verdade possível*; FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo e jurisdição”, *cit.*, p. 236.

⁴⁹ COSTA, José de Faria. “Consenso, verdade e direito”, *op. cit.*, p. 93 ss.: “a verdade que se alcança no momento da aplicação da norma (...) é tão-só uma verdade intrassistemática processualmente válida. Não é a verdade ontológica. Não é a verdade do juízo existencial. Não é a verdade sequer do juízo histórico. É a verdade que as regras processuais permitem e que a decisão jurisdicional legitima” (ob. cit., ps. 93-4 e 98).

⁵⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal, op. cit.*, p. 194.

⁵¹ DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal, cit.*, p. 546.

Se a *verdade absoluta* e sua associação ao *processo penal inquisitório* possui natureza *crítico-denunciadora*, não *descritiva* e, ao contrário, a *verdade formal* e sua associação ao *processo acusatório* têm natureza *descritiva*, por sua vez, o conceito da *verdade material* e seu emprego na literatura processual penal parecem expressar um conteúdo *legitimador-afirmativo*, tríplice: os dois negativos acima referidos e um positivo.

Entende-se pela *verdade material* aquela que se obtém como resultado da atividade probatória realizada no processo penal, formado pelo material probatório produzido e trazido pelas partes (e por suas declarações), eventual e subsidiariamente complementado por elementos oriundos da iniciativa probatória do magistrado (após deduzida a acusação) realizada para precisar o suporte fático que formará sua convicção. Por meio da conjugação entre, de um lado, as provas produzidas por quem investiga e acusa e por quem é acusado e, de outro lado, a atividade instrutória subsidiária e complementar do magistrado, seria possível, ao mesmo tempo em que se assegura o *status* de *sujeito processual* do imputado, assegurando-lhe direitos de defesa e a proteção de seus direitos fundamentais, pode-se aproximar ao máximo do que de fato aconteceu para correto julgamento – correta aplicação do direito –, mas não forma ilimitada.

A *verdade material* não se persegue sem o atendimento de limites impostos pelas regras processuais vigentes (prazos, regras de ônus de prova, proibições de produção de prova, motivação das decisões judiciais etc.). Se, por um lado, é certo que deve se reconhecer o impacto restritivo que estas regras podem provocar na atividade cognitiva dos fatos no processo penal (e, portanto, há-de reconhecer-se alguma limitação ou compressão do conteúdo informativo da *verdade material*), por outro lado, o fato de que ela decorre da *investigação com tendências de completude mas não ilimitada* parece harmonizá-la com a tentativa de tentar extrair, das finalidades do processo penal, sua máxima eficácia. A investigação com tendências de completude, realizada pelas partes e pelo julgador de formas diferentes, ao mesmo tempo em que garante ao Estado melhores condições para aplicar corretamente o direito ao caso e à pessoa e buscar o justo na solução do conflito penal, assegura ao imputado o estatuto de *sujeito de direito*, pois, além de poder *sindicar* os métodos de aquisição probatória realizados pelos órgãos persecutórios, a fundamentação utilizada para autorizar a produção de prova mais invasiva e os critérios utilizados para valorá-las, o réu participará e argumentará

nas discussões fáticas e jurídicas que culminarão na declaração do direito aplicável ao caso⁵².

A *verdade material*, costuma ligar-se a algumas formas de sistemas mistos, típicos da Europa continental pós-séc. XVIII, e, em alguma medida, predominantes até os dias de hoje.

Sistemas mistos, como gênero, compreendem os sistemas processuais que unem tanto elementos do sistema acusatório quanto elementos do sistema inquisitório. Ou seja, não são sistemas acusatórios puros nem sistemas inquisitórios puros (dizem-se *puros* os modelos *ideais*); mas que estão num *entrelugar* entre eles, combinando suas características.

Porém, antes de abordar estes sistemas, cumpre preliminarmente enfrentar os problemas terminológicos da categoria «*verdade material*» a eles associada.

2.3.1. Problemas terminológicos

1. O leitor notará que por vezes a mesma acepção de verdade apareceu em grupos de sentido diferentes. É o caso das noções de verdade *real* e *material*, que apareceram no primeiro e no terceiro grupos de sentido, e das noções de verdade *processual* e *judicial*, que aparecem no segundo e no terceiro grupo⁵³ (embora, se antecedida de “meramente”, provavelmente pertencerá ao segundo grupo). Isto

⁵² Como bem ensina DIAS, “naturalmente que não será necessário perseguir a velhíssima pergunta metafísica sobre «o que é a Verdade?» para podermos operar tranquila e racionalmente, no quadro das finalidades do processo penal democrático – e mesmo de um direito penal substantivo ancorado numa concepção basicamente geral-preventiva da pena –, na determinação do que seja a verdade que no processo penal se pretende alcançar. Naturalmente que essa verdade não é a narrativa construída pela acusação e a defesa, a dita «verdade formal». Mas também não é integralmente a factualidade (a «facticidade») histórica do real acontecido, mesmo que na sua relevância para as exigências normativas do caso: é sim esta facticidade *combinada* com as – e por consequência *condicionada* e *limitada* pelas – exigências impreteríveis de garantia dos direitos das pessoas face ao Estado. O resultado desta combinação pode, assim, ser algo de substancialmente diferente, ou mesmo oposto, do real acontecido. Face às regras imperativas e inarredáveis de produção e de validação das provas em processo penal – v. g., para não ir mais longe, em matérias como as dos métodos proibidos de prova, das revistas e buscas, das apreensões, das escutas telefônicas (...) – é irrisório (e ainda bem!) pretender que a reconstrução da «verdade material» constitui finalidade essencial, última e inarredável, do julgamento penal. A verdade que se procura, mesmo através da atuação do princípio da investigação oficial, é, não decerto, como no processo penal anglo-americano, a verdade formalmente construída, as a *verdade processualmente válida, hoc sensu, a verdade judicial*”, cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal. O “fim” do Estado de Direito ou um “novo” princípio?* Porto: Conselho Distrital do Porto, 2011, p. 49.

⁵³ Assim, BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*, cit. p. 378; BARROS, Marco Antônio de. *A busca da verdade no processo penal*, cit., p. 58; RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 07; MANZANO, Luís Fernando de Moraes. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 31.

deve-se a que cada uma destas quatro acepções é utilizada na doutrina com sentidos múltiplos: alguns autores não diferenciam a verdade *real* da *material*, bastando-se por opô-las à noção de verdade *formal* e/ou por advertir que ela não se trata de uma finalidade *ilimitada* que deva ser buscada a qualquer custo⁵⁴ – o que explica porque, num primeiro olhar, o debate parece uma cansativa disputa em grande medida terminológica em que “tem-se a impressão de estarem todos a dizer aproximadamente a mesma coisa, mas valendo-se de palavras distintas⁵⁵”. Este trabalho não tem por objetivo responder qual o grupo de sentido adequado para cada uma daquelas acepções, pouco importando a terminologia utilizada desde que ela não seja apenas um *slogan* e seja possível extrair-lhe seu sentido, quer para legitimá-lo, que para criticá-lo, quer para apenas descrevê-lo. Quis retirar a discussão da *verdade no processo penal* do plano terminológico em que costumeiramente se desenvolve, após apresentá-lo, e inscrevê-la no plano do conflito entre as finalidades do processo penal e a busca de sua concordância prática, o que proporciona mais consequências concretas.

2. *Problema específico da terminologia*: a noção «verdade material» parece mais consistentemente associada ao sentido do terceiro grupo, afastando-se de concepções que possam convidar excessos “para mais” ou “para menos”, sendo inclusive, como se verá adiante, a utilizada pelos tribunais constitucionais português e alemão. Já a noção «verdade real» vem mais consistentemente utilizada na doutrina processual penal aparentada das verdades *absoluta*, *ontológica*, *histórica*, com uma intrínseca crítica de *devassa*, *persecução abusiva* – também por isso frequentemente associada ao processo inquisitivo.

⁵⁴ DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*, cit., p. 546: “a questão da verdade real normalmente é vista a partir da lição clássica de distinção entre verdade *material* (real, substancial) e sua dicotomia com a verdade *formal*”, defende uma “verdade possível”; MARCÃO, Renato. *Curso de processo penal*, cit. p. 72; MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal*, cit., p. 25; RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*, cit., p. 08: “princípio da verdade processual, que é um só, tanto na esfera civil como na penal”; BONFIM, Edilson Mougenot, *op. cit.*, p. 80; CAPEZ, Fernando, *op. cit.*, p. 75; MANZANO, Luís Fernando de Moraes, *op. cit.*, p. 31 (“tradicionalmente, distingue-se a verdade formal da verdade material ou real”); ISHIDA, Válder Kenji, *op. cit.*, p. 35; MACHADO, Antônio Alberto, *op. cit.*, p. 79-80 (“o processo-crime (...) não pode se satisfazer com a verdade formal, ou com presunções de verdade, como acontece às vezes no processo civil (...) no fundo, o princípio da *verdade real* significa apenas que a prova no processo-crime deve reconstituir os fatos com o maior grau de veracidade possível”);

⁵⁵ A passagem é de Luís GRECO, mas não sobre a *verdade* no processo penal, e sim sobre a *conceito de bem jurídico* no direito penal, cf. “«Princípio da ofensividade» e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito”, in: *Revista Brasileira das Ciências Criminais*, nº 49, ano 12, 2004, pp. 89-147, p. 102.

Não obstante, «verdade real» é a terminologia tradicionalmente acolhida pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro (e, por extensão, pela doutrina⁵⁶ e pela jurisprudência dos tribunais nacionais), comumente referindo-se ao «*princípio da verdade real*»⁵⁷ para referir-se à finalidade do processo penal brasileiro.

Porém, da maneira que entendemos, não utilizada para expressar e legitimar o primeiro e problemático grupo de sentido da verdade, mas sim o terceiro. E mais do que expressamente⁵⁸ – o Supremo Tribunal Federal, ao referir-se à «verdade real», nem poderia estar dizendo que o processo penal brasileiro busca a verdade *absoluta* porque isso contrariaria disposições expressas da constituição, que levantam limites à descoberta da verdade no processo penal, por exemplo, do artigo 5º da CF, os incisos XI, XII, LVI e LXIII, que impedem que, em busca de provas, simplesmente se entre na casa de alguém ou se escute e grave conversas telefônicas de terceiros sem autorização judicial, que inadmitem que se chegue à verdade no processo mediante provas obtidas por meios ilícitos, e que não permitem tentar extrair confissões involuntárias, garantindo a todos o direito de permanecerem calados. Isto para além dos incisos LIV e LV, também do art. 5º, que asseguram, como limites à descoberta da verdade real, o direito ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa.

De forma expressa, no julgamento do Recurso Extraordinário com Repercussão Geral 971959, j. 14.11.2018, compôs a ementa de julgamento a ideia

⁵⁶ Ver, p. ex., LIMA, Marcellus Polastri. “O processo acusatório, a denominada verdade real e a busca da prova no processo penal”, in: AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. *O Processo Acusatório e a Vedação Probatória: perante as realidades alemãs e brasileira: com a perspectiva brasileira já de acordo com a reforma processual de 2008 – Leis 11.689, 11.690 e 11.719*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, pp. 43-79.

⁵⁷ É possível encontrar no repertório jurisprudencial do STF a utilização fungível das expressões *verdade real* e *verdade material*, seja nos votos dos ministros, seja nas ementas dos acórdãos, embora numericamente a primeira terminologia pareça prevalecer. Há, também, emprego da *verdade processual*.

⁵⁸ Poucos anos após a promulgação da Constituição de 1988, no julgamento do Habeas Corpus nº 69462, em 18.11.1992, em que estava em causa a submissão de indiciado a inquérito policial, segundo a defesa, sem que houvesse “suspeita razoável da prática de crime”, o plenário do Supremo Tribunal Federal, unanimemente, entendeu não caracterizado constrangimento ilegal, mas deixou assentado: “A pesquisa da verdade real, quando conduzida de modo legítimo e compatível com o regime jurídico-constitucional das liberdades públicas, não traduz situação configuradora de dano irreparável aos direitos do indiciado. A busca da verdade material, efetuada sob o império da lei e sob estrito controle jurisdicional, evidencia-se como causa inibidora de abusos”. Depois, no julgamento de um dos mais importantes processos criminais da história brasileira, a Ação Penal 470, RICARDO LEWANDOWSKI reconheceu: (fls. 4873): “Com efeito, o juiz, após a recente modificação da lei processual penal [a Lei 11.690/2008], promovida pelo citado diploma normativo, não tem mais como escopo buscar encontrar a chamada ‘verdade real’, como repetiam em uníssono os doutrinadores de antanho, competindo-lhe, ao revés, descobrir e dar efetividade à agora denominada ‘verdade processual’ (...). O magistrado, hoje, mais do que nunca, tem o dever de fazer valer o princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade (...) fazendo valer o princípio de que o ônus de provar qualquer imputação cabe exclusivamente à acusação”.

de que não mais vige o “dogma da verdade real”, encontrando limitações na ordem jurídica e, no caso, no princípio do *nemo tenetur se detegere*, “(nada a temer por se deter), do qual se desdobram as variações do direito ao silêncio e da autodefesa negativa, consiste em um dos marcos históricos de superação da tradição inquisitorial de valorar o investigado e/ou o réu como um objeto de provas, do qual deveria ser extraída a ‘verdade real’. O direito de não produzir prova contra si mesmo, ao relativizar o dogma da verdade real, garante ao investigado os direitos de nada aduzir quanto ao mérito da pretensão acusatória e de não ser compelido a produzir ou contribuir com a formação de prova contrária ao seu interesse, ambos pilares das garantias fundamentais do direito ao silêncio e do direito à não autoincriminação”⁵⁹.

Evidentemente, isto não significa negar que, em certas oportunidades, a Suprema Corte brasileira possa ter optado por solução jurídica que tenha dado preponderância indevida à descoberta da *verdade material* (ou, ao *princípio da verdade real*) em detrimento de outros valores fundamentais do processo penal que, do caso particular, reclamassem preponderância. Mas é diferente dizer que o STF chancela a busca da verdade real a qualquer preço, hoje, como a de sistemas inquisitivos, de dizer que o STF compreende como finalidade imperativa do processo penal a busca da verdade e, por vezes, na resolução de questões jurídicas concretas, tenha decidido de forma criticável, por acrítica, pela prevalência da busca da verdade em detrimento de procedimentos ou de outros direitos fundamentais em causa.

2.3.2. Sistemas processuais mistos

1. Como dito, o movimento de trazer para as legislações europeias continentais, nas quais até então predominava uma concepção processual penal inquisitória, as aquisições

⁵⁹ A constituição brasileira acolhe o princípio do *nemo tenetur se detegere* (direitos a silêncio, advogado e advertência) no art. 5º, LXIII, de forma clara, mas subjetivamente restritiva: “o preso será informado de seus direitos, dentre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”. O conteúdo da norma integra-se pelos arts. 8, nº 2, “g”, da Convenção Americana de Direitos Humanos (toda a pessoa acusada da prática de algum delito possui como garantia mínima, dentre outras, a “de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”) e 14, nº 3, “g”, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Embora a Constituição seja de 1988 e o CADH incorporado em 1992, até 2003 o art. 186 do CPP vigeu estabelecendo que “o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa”. Foi só com a modificação da redação da norma pela Lei 10.792/2003 que o art. 186 passou a contar com parágrafo único, que diz: “O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”.

do pensamento processual penal inglês consolidou-se nos ventres do Iluminismo do séc. XVIII em diante, afastou o emprego de torturas e a sobrevalorização da confissão⁶⁰, combinando o processo penal europeu continental com elementos como a separação das funções de investigar, acusar e julgar, a publicidade, o contraditório, o princípio da livre convicção probatória⁶¹ e a oralidade do julgamento⁶². Vem desta combinação a dita *natureza mista dos sistemas processuais penais*. De que se tem como exemplo o *Code d'instruction criminelle* francês, de 1808, não à toa, como ensina DIAS⁶³, de figurino *anglo-francês*, que além de acolher aqueles pensamentos, criou o Ministério Público como órgão oficial de acusação, autonomizado de juízes. Daí a conclusão de AMBOS, no sentido de que “os processos inquisitivo e acusatório coexistiram de forma simultânea, o que gerava pontos em comum e influências recíprocas, o que acabava por fazer surgir novas formas processuais mistas⁶⁴”.

⁶⁰ Como ensina AMBOS a abolição das torturas deveu-se não a um, mas à confluência de três fatores determinantes: as correntes iluministas denunciaram, evidenciaram e difundiram a compreensão de que torturas não poderiam ser consideradas senão práticas desumanizadas; da “implantação do sistema da livre valoração da prova (*intime conviction*) [ao lado da admissão da prova por indícios] acabou por provocar o desaparecimento das regras acerca da prova tarifada, e disto resultava que a prática da tortura passava a se tornar desnecessária”; e, além de desnecessária, revelou-se uma prática inútil, “ineficiente para descobrir e processar os verdadeiros criminosos”, já que poderia se confessar não por ser culpado, mas apenas para tentar fazer parar a tortura, cf. AMBOS, Kai. “O princípio acusatório e o processo acusatório: uma tentativa de compreensão de seu significado atual, a partir de uma perspectiva histórica”, *cit.*, p. 30.

⁶¹ TARUFFO ensina que, com a superação do regime de tarifação ou taxação legal da prova pelo sistema do livre convencimento motivado, desvinculou-se o julgador de critérios pré-estabelecidos de valoração pela possibilidade de que a eficácia de cada prova para a determinação dos fatos fosse estabelecida não previamente, mas conforme cada caso concreto, de acordo com critérios baseados essencialmente em pressupostos racionais. Todavia, o autor adverte que, por vezes, esta maior liberdade de valoração da prova pode ser confundida com indevida abertura toral à discricionariedade no juízo fático: “o uso degenerativo que às vezes se faz desse princípio abre caminho para a legitimação da arbitrariedade subjetiva do juiz ou, no melhor dos casos, a uma discricionariedade que não se submete a critérios e pressupostos”, cf. TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Trotta, 2011. p. 387 e 398.

⁶² Nesse sentido, AMBOS explica que, já em princípios do século XIX, “a doutrina jurídica alemã (...) impôs a ideia de que era imprescindível se fazer uma reforma integral do processo inquisitivo herdado da geração anterior (...) passou-se a entender que se deveria sobrepor uma teoria que reconhecesse ao acusado sua condição de sujeito processual, com a possibilidade de se defender em uma audiência levada a efeito em um juízo de forma pública. (...) A criação de um *órgão público acusador* passou a permitir se diferenciar as funções de acusar e julgar e, ao mesmo tempo, representavam um controle contra o arbítrio judicial. Evidenciava-se, assim, a diferenciação daqueles pontos de crítica que pesavam contra o processo inquisitivo moderno dos séculos XVIII e XIX, que, recordando, seriam o caráter secreto da instrução, a utilização da tortura e o poder absoluto e arbitrário do juiz”, cf. AMBOS, Kai. “O princípio acusatório e o processo acusatório: uma tentativa de compreensão de seu significado atual, a partir de uma perspectiva histórica”, *op. cit.*, p. 29-31.

⁶³ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*, *op. cit.*, p. 67; LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. *op. cit.*, p. 61: “O chamado “Sistema Misto” nasce com o Código Napoleônico de 1808 e a divisão do processo em duas fases: fase pré-processual e fase processual, sendo a primeira de caráter inquisitório e a segunda acusatória. É a definição geralmente feita do sistema brasileiro (misto), pois muitos entendem que o inquérito é inquisitório e a fase processual acusatória (pois o MP acusa)”. Na sequência, o A. diz que a designação «sistema misto» seria *reducionista*, “na medida em que atualmente todos os sistemas são mistos”.

⁶⁴ AMBOS, Kai. “O princípio acusatório e o processo acusatório: uma tentativa de compreensão de seu significado atual, a partir de uma perspectiva histórica”, *op. cit.*, p. 27.

2. Dissemos que, da forma simplificada como tradicionalmente se apresentam contrapostas as características dos modelos de estruturas processuais inquisitório e acusatório, pode-se naturalmente chegar à conclusão de que este modelo é melhor do que aquele e, portanto, devem prevalecer num *processo penal ideal ou melhor* as características do sistema acusatório e, reversamente, excluírem-se os elementos que remetem a sistemas inquisitórios. Essa posição terá como consequência a valoração negativa apriorística de *sistemas mistos*, por conterem elementos típicos de estruturas processuais inquisitórias. Como o modelo inquisitório representou um sistema ruim, em si, ou pior, em comparação, a valoração negativa de cada uma das características que o compuseram parece ser evidente, convertendo *inquisitório* numa adjetivação negativa *a priori*, num termo carregado de crítica, polarizado. Deveriam se afastar das características ou das atuações que pertenceram ao sistema inquisitório, porque ele foi um péssimo episódio na história do processo penal, que jamais deverá ser repetido. Isto se parece com querer podar a árvore porque a maioria de seus frutos estão apodrecidos, o que poderá pecar por apressado e radical⁶⁵.

A crítica a *sistemas mistos* como gênero, por si só, sempre carecerá de aprofundamento na busca de soluções concretas a pontos problemáticos de cada ordenamento jurídico (ou a interpretações que se façam dele). Quer dizer, não bastaria criticar um sistema processual por ser misto apenas pelo fato de que ele alberga elementos do sistema inquisitório, a não ser que se assaquem todas as características pertencentes ao modelo inquisitório (puro ou não) e, de antemão, se as valorem negativamente e as desqualifiquem ou rejeitem porque o sistema inquisitório, no geral, era horripilante. E, de outro lado, assaquem-se aprioristicamente as características do sistema acusatório e, de antemão, se as valorem positivamente. É o que identifica AMBOS, quando diz:

⁶⁵ Como recorda AMBOS, após assentar o repúdio à prática de torturas (cujo retorno, como dito, sequer se afigura possível vislumbrar nos dias de hoje, não só pela substituição do *regime de prova tarifada* pela *livre valoração da prova* e por compreender-se um meio inútil e desnecessário, mas pela profunda assimilação nos Estados e na comunidade internacional de que se trata de uma prática desumanizada e terminantemente proibida, ainda mais desvalorosa se praticada por agentes estatais), “não se deve esquecer, por outro lado, dos elementos positivos trazidos pelo processo inquisitivo original, que foram: a igualdade na persecução penal; a busca da verdade fática e a identificação do autor dos fatos delituosos (verdade material); (...) e, finalmente, houve o reconhecimento de direitos da defesa. Tampouco podemos perder de vista que as críticas que são feitas ao processo inquisitivo (...) não se dirigiam tanto contra o processo inquisitivo originário, mas sim, contra o processo inquisitivo da forma como foi “desnaturalizado”, a saber: aquele que havia se convertido em um mero processo secreto a serviço de um estado policial. A justiça penal chega a seu nível mais baixo, considerando-se a perspectiva de respeito aos princípios de um Estado de Direito, e isto nos princípios do século XIX, quando o processo penal se converteu em um instrumento de perseguição política”, cf. AMBOS, Kai. “O princípio acusatório e o processo acusatório: uma tentativa de compreensão de seu significado atual, a partir de uma perspectiva histórica”, *op. cit.*, p. 29-32 e 38.

“Internacionalmente, na busca de um processo penal ideal (ou melhor) há uma tendência em se identificar o princípio acusatório dando-lhe atributos superlativos de mais ‘progressista’ e ‘democrático’, enquanto, em relação ao princípio inquisitivo, este é sempre visto pejorativamente como sendo ‘conservador’ ou ‘autoritário’⁶⁶”. Também DIAS ensina que “*cedo se passou a um fobia por tudo quanto constituía custosa conquista do sistema acusatório*”⁶⁷: as aquisições do processo acusatório insular mudaram de perspectiva o processo penal europeu-continental, mas sem afastar sua característica natureza *publicística*, pelo contrário, ela permaneceu sendo acentuada e distanciando-se da natureza *privatística*, o que fez com que se recorresse, mas *não totalmente*, a elementos do sistema inquisitório (por exemplo, sem reconcentrar as funções de instrutor e julgador), para fixação da indisponibilidade do objeto do processo e com a concessão de poderes investigatórios complementares e subsidiários ao juiz de julgamento no interesse da descoberta da verdade pelo tribunal.

Claro que existem elementos criticáveis de sistemas inquisitórios: por exemplo, parece suficientemente sedimentado, nos dias de hoje, que a entidade que *acusa* não poderá, depois, *julgar*, e que o acusado deve ser tratado como um *sujeito de direitos no processo penal*, e não como objeto do qual se extrai informações: se um determinado modelo processual concentrar as funções de decidir sobre oferecer acusação e julgar ao final a denúncia deduzida, ou tratar o imputado como *objeto* sem direitos – como à não

⁶⁶ AMBOS, Kai. “O princípio acusatório e o processo acusatório: uma tentativa de compreensão de seu significado atual, a partir de uma perspectiva histórica”, *cit.*, p. 09. Exemplos: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*, *cit.*, p. 89.

⁶⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*, *cit.*, p. 69-71. E, de acordo com o autor, este pensamento é “inadequado às atuais concepções jurídico-políticas do Estado-de-direito social e, mesmo quando despido de imediato entono político, perigoso por equívoco. Aquelas concepções de modo algum legitimam o regresso a um tipo *inquisitório mitigado*, ou mesmo um sistema *misto*, mas postulam um movimento que pode caracterizar-se pela fórmula seguinte: *sistema acusatório com princípio de investigação*. A decantada natureza «publicística» do processo penal em nada se opõe a um sistema acusatório, nem este é, necessariamente, o reino do formal, do disponível, do privatístico, do arremedo, em suma, da estrutura tradicional do processo civil; o sistema basicamente acusatório é só expressão de uma concepção personalista do Direito e de uma concepção democrática de Estado. Nem por isso a tônica social do estado perderá a ressonância na concepção do processo penal: ela conduzirá aqui o sistema acusatório seja agora integrado (não desfigurado) por um princípio que será equívoco chamar «inquisitório», mas que se poderá denominar «investigatório», da «investigação», ou «instrutório», através do qual se pretende traduzir o poder-dever que ao *tribunal* pertence de esclarecer e instruir autonomamente – i. é, independentemente das contribuições da acusação é da defesa – o «fato» sujeito a julgamento, criando ele próprio as bases necessárias à sua decisão. com uma tal integração logra se acentuar convenientemente o caráter indisponível do objeto do conteúdo do processo penal, a sua intenção dirigida à verdade material, as limitações indispensáveis às liberdades do arguido que não ponham em causa a sua dignidade nem o seu direito de defesa; sem que tal tenha de obter-se á custa do total aproveitamento da atividade probatória das partes, da ideia-mestra da sua fundamental igualdade, está concessão às partes do mais dilatado âmbito de atuação do processo, enfim, do *reconhecimento da sua participação constitutiva na declaração do direito do caso*”.

autoincriminação, ao silêncio, à advogado, ao acesso aos autos de investigação⁶⁸, a que os órgãos investigatórios obedecem a *procedimentos legais* de colheito de prova, reserva de jurisdição, à intimidade e inviolabilidade de domicílio etc. – isto deverá ser repudiado, mas não simplesmente por se tratarem de “elementos típicos da uma estrutura processual inquisitória”, e sim porque, hoje, diante das constituições democráticas, tais característica parecem de forma mais inequívoca ser frontalmente contrárias a limites inultrapassáveis impostos ao processo penal: os deveres de proteção a mínimos direitos fundamentais da pessoa.

Porém, a mesma carga negativa apriorística já não deveria incidir sobre a *investigação da verdade material*, ou, pelo menos, não sobre qualquer de suas modalidades, mesmo que esta seja uma preocupação não levada a cargo pelo Estado-juiz em sistemas acusatórios, mas o seja nos inquisitórios.

Afinal, *investigação da verdade* é diferente de *investigação abusiva e desenfreada da verdade*, com a qual por vezes mal se chegue a ela. Esta, sim, deve ser criticada, mas uma coisa não se confunde com a outra e, pelo contrário, um adequado processo de verificação da verdade carrega inerente aspecto protetivo no processo penal, seja ao inocente injustamente acusado, seja ao culpado por crime menos grave do que o pelo qual foi acusado. A busca da verdade no processo penal é, assim, condicionante de legitimidade do poder estatal de impor pena apenas a quem tenha culpa e na exata medida desta culpa. Embora, evidentemente, não seja a única condição de legitimidade do processo penal nem a que deva preponderar invariavelmente.

É do que se cuidará na sequência.

⁶⁸ Que, como ensina Bernd SCHÜNEMANN, é direito mais amplo e efetivo que o *discovery* norteamericano, cf. “Audiência de instrução e julgamento: modelo inquisitorial ou adversarial? Sobre a estrutura fundamental do processo penal no 3º milênio”, *cit*, p. 226.

II. A descoberta da verdade como premissa inabdicável do processo penal, embora não única nem preponderante e as deficiências de duas tendências do debate: a de expulsá-la da posição de finalidade e a de erigi-la à posição de finalidade preponderante

A concepção de que o processo penal tem por finalidade a averiguação e a descoberta da verdade, num primeiro momento, aproxima-se de nossos juízos intuitivos. No processo penal, para aplicar corretamente e com justiça a lei, o Poder Judiciário deve saber o que aconteceu de verdade. O inocente e mesmo aquele que se sabe não inocente, mas vê-se acusado excessivamente, a esperarão. Se a sentença for na contramão e não estampar esta verdade, absolvendo culpado ou, pior, condenando inocente, estar-se-á diante de situação de injustiça⁶⁹. A busca da verdade seria, assim, condição de legitimidade incontornável – embora não exclusiva.

Para encontrar a legitimação de algo há-de se levar em conta seus defeitos, reconhecê-los para ou saná-los ou diminuir-lhes os efeitos negativos. Pelo que, seria preciso reconhecer que o processo penal tem como finalidade a descoberta da verdade material, mas nem sempre a decisão do juiz estampará e se alinhará à verdade dos fatos, ou nem sempre a busca da verdade é empreendida de forma adequada. Assim, como ponto de partida, iniciaremos pela exposição dos argumentos que compõe a tendência no sentido de expulsar a descoberta da verdade como finalidade ou condição de legitimidade do processo penal: ninguém melhor que essa tendência explora as fragilidades da busca da verdade no processo penal. E, no que diz respeito especificamente com o processo penal brasileiro, há elevada pertinência na crítica de que a própria estrutura de processo conduz

⁶⁹ Ainda que diante de injustiças diferentes: é injusto punir o inocente e não punir o culpado, mas parece que um não é tão injusto quanto o outro. Existe uma *assimetria* “quantitativa”, no sentido de que “punir o inocente é mais injusto que deixar impune o culpado”, e uma “qualitativa”, no sentido de que “punir o inocente é uma injustiça de natureza de todo diversa da injustiça de deixar impune o culpado”. A proibição de punir o inocente liga-a à proibição de instrumentalizar a pessoa, à proibição “de tratá-la como mero meio para a realização de finalidades que lhe são estranhas. (...) aceitar uma relativização dessa proibição significa admitir que o ser humano só tem de ser respeitado na medida em que isso convier aos outros”, cf. GRECO, Luís. “A ilha de Kant”, in: *Direito Penal como crítica da Pena*. GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (org.). São Paulo: Marcial Pons, 2012, pp. 263-279, p. 275-276. Quanto à inevitabilidade de se por vezes deixar impune o culpado, por outro lado, dir-se-ia que “a comunidade sobrevive mesmo que alguma criminalidade real não seja objeto de punição (como o confirmam a existência de ‘cifras negras’)”, cf. SANTOS, Cláudia Cruz. *O direito processual penal português em mudança, cit.*, p. 41. Já a vida do indivíduo é uma só: seu tempo e sua liberdade não se restituem.

a uma busca da verdade desigual e menos certa em detrimento do imputado (*infra*, III.2.).

1. Tendência de expulsar a *descoberta da verdade* como finalidade ou condição de legitimidade do processo penal

1. A primeira objeção que se poderia levantar à finalidade processual penal da descoberta da verdade apontaria que se trata de uma tarefa inatingível, impraticável: não seria possível descobrir a verdade por meio do processo penal, pois ele não disponibilizaria de meios aptos e idôneos para a reprodução de fatos passados; pelo contrário, ele obrigatoriamente reduziria a obtenção de conhecimento em virtude de regras jurídico-processuais de produção e valoração de prova. Ou seja, regras jurídico-processuais, em geral, e jurídico-probatórias, em particular, restringem o potencial alcance cognitivo do processo penal, impedem ou afastam excessivamente a prova jurídica da verdade⁷⁰.

O grau de proximidade do processo penal com a verdade evidentemente oscila conforme o caso particular. Basta pensar nas diferenças de grau de correlação entre os fatos ocorridos na realidade e os tidos como provados nas sentenças nos crimes seguidos por prisão em flagrante, ou filmados por câmeras de segurança, como furtos em estabelecimentos comerciais, e nos crimes de corrupção, usualmente descobertos muito tempo depois de sua consumação⁷¹. Assim, a inatingibilidade da verdade não poderia ser firmada *a priori*.

⁷⁰ Dizia CARNELUTTI: “basta um *limite mínimo* à liberdade de busca do juiz para que o processo de busca da verdade degenere em um processo formal de fixação; em outras palavras, a medida do limite é indiferente para a natureza do processo. A verdade é como água: ou é pura ou não é verdade. Quando a busca da verdade material está limitada no sentido de que *não pode ser conhecida em todo caso e mediante qualquer meio*, com independência de se o limite é mais ou menos rigoroso, o resultado é sempre o mesmo: não se trata de uma busca da verdade material, mas sim de um processo de fixação formal dos fatos”. Ou seja, qualquer regra limitativa da investigação da verdade faria da tarefa do juiz nada mais do que uma fixação formal de fatos, demonstrando que se supõe um amplo alcance ao potencial restritivo-cognitivo da regulação jurídica da prova”, *apud*, BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prova e verdade no direito*, *cit.*, p. 42.

⁷¹ Crimes que tendem a ocorrer em lugares fechados, privados, sem testemunhas, sem vítimas, que não se filmam ou fotografam, não se documentam ou geram recibo e costumam ter aparência de legalidade, comumente camuflados no bojo de atos lícitos, em que seus envolvidos não querem deles falar, nem os denunciarem, negam-nos, escondem-nos, e são praticados por indivíduos (ao menos os agentes públicos) de quem menos se esperaria tal ato, cf. SANTOS, Cláudia Cruz. “A corrupção de agentes públicos e o direito processual penal”, in: *A corrupção de agentes públicos e a corrupção no desporto*. Coimbra: Almedina, 2018, p. 70 ss.: “Sob o ponto de vista criminológico, a corrupção pode ser classificada como crime sem vítima (na modalidade de crime de vítima abstrata), na medida da existência frequente de um pacto entre o corrupto e o corruptor, desconhecido por outros, sendo que ninguém se identifica como vítima. Acontece, ademais, em espaços de privacidade e reserva”.

Ademais, esta primeira objeção parece alinhar-se à crítica de TARUFFO no sentido de que existe uma *sobrevalorização* impacto limitativo ou restritivo que as regras jurídico-processuais podem ter sobre a disposição de conhecimento fático no processo e por parte do juiz, embora esse impacto não seja recusado. Porque é indesmentível que, em maior ou menor medida, regras processuais restringem a atividade cognitiva estatal, no processo penal, a finalidade de investigação da verdade busca não uma verdade absoluta, mas uma *verdade possível*⁷², dentro daquilo que permitem essas regras processuais, construída levando-se em conta, também, as outras finalidades como a proteção ou não desproteção excessiva de direitos fundamentais e garantias processuais⁷³.

Por mais que não se negue o impacto restritivo das regras de prova na descoberta da verdade, a sobrevalorização desta restrição pode convidar a uma não necessária e perigosa associação: a de que o descumprimento da regra processual levaria inexoravelmente à descoberta de “mais verdade”, enquanto seu cumprimento implicaria “menos verdade”, sendo que, pelo contrário, muitas vezes o formalismo previsto na legislação processual penal, por meio de suas regras, não está previsto apenas para a proteção de direitos individuais, mas obedece cumulativamente à tentativa de se buscar uma verdade “mais verdadeira” – como ocorre, por exemplo, com os minuciosos regramentos de *reconhecimento de*

⁷² Como ensina Susana Aires de SOUSA, “É certo que a realização da justiça, embora não se confundido nem se esgotando na descoberta da verdade, torna-se tanto mais alcançável quanto o direito se aplique a factos próximos da realidade. Todavia, a prossecução da verdade material conhece limites. A verdade do processo é aquela que as normas processuais permitem, em respeito às outras finalidade do processo penal e, em particular, aos princípios fundamentais do Estado de Direito”, cf. “Neurociências e processo penal: verdade *ex machina*?”, in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, vol. II, 2017, p. 906. Também: “A verdade em processo penal é sempre a *verdade processualmente possível*, aquela que o ordenamento jurídico permite, uma *verdade processual*, uma *verdade jurídica*, mas não necessariamente ontológica”, cf. MONTE, Mario, “A verdade em processo penal e a destrutível ‘infalibilidade’ da prova científica”, in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, vol. II, 2017, p. 636.

⁷³ No prólogo de BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prova e verdade no direito*, cit., p. 10 e também BELTRÁN, p. 43; diretamente: TARUFFO, Michele, *La prueba*. Trad: BELTRÁN, Jordi Ferrer. Barcelona: Editorial Marcial Pons, 2008, p. 24 ss.

*peessoas*⁷⁴, que buscam preservar a fiabilidade e credibilidade deste sensível meio de prova⁷⁵.

Como assinala Claus ROXIN, o processo penal de um Estado de Direito deve erigir barreiras contra a possibilidade de abuso de poder estatal: proteger inocentes de perseguições e condenações injustas, ou de intervenções excessivas em sua liberdade e demais direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que deve permitir a condenações de culpados. Por isso a meta de *correção material ou do conteúdo da sentença*, que expresse uma *verdade objetiva*. Não obstante, o direito processual penal não tem como tarefa *exclusiva* a descoberta da verdade, tampouco esta finalidade poderá ser considerada um interesse sempre preponderante a ser perseguido a qualquer custo. Embora inabdicável, descobrir a verdade coexiste e divide espaço na teleologia processual penal com outras funções de semelhante envergadura, também inabdicáveis, também de observância imperativa e também condicionadoras da legitimidade da perseguição penal estatal. Desta forma, a teleologia processual penal teria natureza não simples, mas *complexa*, pois ela reclama que se respeite, ao mesmo tempo, estas outras finalidades cujo conteúdo representa pretensões *tendencialmente* opostas à pretensão de descobrir a verdade. Porque todas estas exigências são igualmente significativas para uma comunidade organizada do ponto de vista do Estado de Direito, sua realização simultânea e seu equilíbrio em caso

⁷⁴ Nesse sentido, “há casos em que o formalismo imposto para a produção da prova obedece cumulativamente aos propósitos de protecção dos direitos fundamentais do arguido e de favorecimento da descoberta da verdade”, por exemplo, as “exigências associadas à prova por reconhecimento previstas no artigo 147.º do CPP. Ou seja: o afastamento de requisitos necessários à valoração da prova não só atinge as garantias do arguido como contamina a possibilidade de descoberta da verdade, tornando-a menos certa, menos segura, menos verdadeira, poder-se-á dizer. Incumpridos os requisitos da prova por reconhecimento, atingem-se os direitos fundamentais do cidadão. Mas prejudica-se também a descoberta da verdade porque nos desviamos do caminho mais seguro para dar à prova por reconhecimento a segurança devida. E, quando assim é, não só não se favorece a concordância prática como, pelo contrário, se prejudica o núcleo essencial de ambas as finalidades do processo”, cf. SANTOS, Cláudia Cruz. “A Verdade do Magistrado e a Verdade do Escritor: alguma se escreve no singular?”, in: *Direito probatório, substantivo e processual penal*, Centro de Estudos Jurídicos, ebook, 2019, pp. 9- 22, p. 12-13. Quer dizer, a observância estrita do regime legal dos meios de prova, se visa ao respeito das garantias processuais do arguido, também é certo que pode contribuir ao conhecimento da verdade à medida que a observância “*visa garantir a máxima credibilidade dos mesmos [meios de prova] para a demonstração dos fatos probandos*”, cf. MENDES, Paulo de Sousa. “As proibições de prova do processo penal”, in: *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, coord: PALMA, Maria Fernanda, Coimbra: Almedina, 2004, pp. 133-154, p. 136.

⁷⁵ Sobre a inobservância destas regras por parte dos agentes estatais, os problemas da memória de quem é chamada para reconhecer e da posterior “ratificação induzida” em juízo, cf. LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Moraes. “Memória não é Polaroid: precisamos falar sobre reconhecimentos criminais”, pp. 47-50 e “Por que ‘depoimentos’ prestados em delegacia não podem ser usados em juízo”, pp. 43-45, ambos in: *Processo penal no limite*, Florianópolis: Empório do Direito, 2015. Com propriedade, cf. SANTOS, Cláudia Cruz. *O processo penal português em mudança*, cit., p. 65 ss.

de conflito constituem um imperativo, que normalmente vem sintetizado no regramento processual imposto pela legislação, numa palavra, no *formalismo*⁷⁶⁻⁷⁷.

2. Uma segunda objeção à descoberta da verdade na posição de finalidade do processo penal fundamenta-se no argumento de que ela ocuparia, no máximo, a posição de «contingência» (não finalidade), porque a atividade probatória realizada no processo penal não se dirigiria a descobrir a verdade, mas a convencer o juiz. A descoberta da verdade no processo penal seria, no máximo, uma possibilidade de resultado da sentença, contingente, não buscada como finalidade. A atividade probatória teria função persuasiva, busca o convencimento do julgador, não a verdade⁷⁸.

⁷⁶ ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal. op. cit.*, p. 01-04. Embora “formalismo” muitas vezes pode ser “mero formalismo”, aqui se refere a um conteúdo positivo, como normas protetoras, correspondendo de certa maneira ao *princípio da legalidade penal do direito penal material*, à “*forma da justiça*”. De que resulta a ideia de vinculação formal da prova da verdade, cf. ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDMANN, Klaus. *Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal*. Barcelona: Editora Ariel, 1989, p. 145. Sobre o princípio da legalidade em matéria processual penal – mais fraco, em comparação ao do direito substantivo, cf. NEGRI, Daniele. “Do procedimento criminal: parte da legislação tão importante e tão descuidada”, in *Revista Brasileira das Ciências Criminais*, vol. 149, ano 26, São Paulo: Ed. RT, 2018, pp. 141-169, p. 156 ss. Criticamente, denunciando tendência de “desformalização”, aumento da intervenção e da vigilância estatal, cf. ROXIN, Claus. “Sobre el desarrollo del derecho procesal penal alemán”, in: *Perspectivas y retos del proceso penal*, coord: DUQUE PEDROZA, Andrés Felipe, Medellín: UPB, 2015, pp. 366-378, p. 368 ss. e 274 ss. Na doutrina brasileira cf. QUEIROZ, Paulo. *Direito processual penal. Por um sistema integrado de direito, processo e execução penal*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2018, p. 28-29: “A finalidade do processo penal é assim complexa: a condenação do culpado, a proteção do inocente a legalidade do procedimento e a estabilidade das decisões. Como é óbvio, tais fins podem se chocar”.

⁷⁷ ROXIN também esclarece que a finalidade processual penal da descoberta da verdade manifesta-se no reconhecimento do *princípio da investigação*, ou *princípio da verdade material*, com praticamente o mesmo conteúdo: “o princípio da investigação supõe que o tribunal investiga por si mesmo os fatos em causa”. ROXIN destaca três decorrências particulares do princípio da investigação: o tribunal não estar vinculado às afirmações das partes, especialmente não vinculado à confissão do acusado (decorrência associada ao princípio da livre valoração da prova, p. 102 e ss.); ao contrário do processo civil, não poder o processo penal correr na revelia do acusado; e o tribunal não estar limitado aos requerimentos de provas feitos pelos pelas partes, cf. *Derecho procesal penal, op. cit.*, p. 99.

⁷⁸ O processo penal é um campo de conjunto de discursos e de narrativas, segundo Aury LOPES JR., não sendo a veracidade da narrativa o “elemento fundante” da atividade probatória. “O processo penal é um ‘modo de construção do convencimento do juiz’, fazendo com que as limitações imanentes à prova afetem a construção e os próprios limites desse convencimento”. A finalidade da atividade probatória seria corroborar a narrativa da parte e, na sentença, o juiz escolhe um, ou melhor, constrói o seu a partir dos fragmentos discursivos que vai assumindo e recusando: “As provas são utilizadas pelas partes para dar suporte à *story of the case* que cada advogado propõe ao juiz. A decisão final é a adoção de uma ou outra das narrativas. Fica excluída qualquer referência à veracidade das teses”; “A decisão judicial não é a revelação da verdade (material, processual, divina etc.), mas um ato de convencimento formado em contraditório e a partir do respeito às regras do devido processo. Se isso coincidir com a ‘verdade’, muito bem. Importa é considerar que a ‘verdade’ é contingencial, e não fundante. (...) O resultado final nem sempre é (e não precisa ser) a ‘verdade’, mas sim o resultado do seu convencimento – construído nos limites do contraditório e do devido processo penal” A função da prova seria “*conseguir o convencimento psicológico do juiz*”, afinal, “É assim que funciona o sistema acusatório que, liberto da verdade, não permite que o juiz tenha atividade probatória”, cf. *Direito Processual Penal, cit.*, p. 563-570. Em defesa da atividade probatória destinada à captura psíquica do juiz, cf. KHALED JR., Salah H.; DIVAN, Gabriel Antinolfi. “A captura psíquica do juiz e o sentido da atividade probatória no processo penal contemporâneo”, in *Revista Brasileira das Ciências Criminais*, vol. 156, ano 27, São Paulo: Ed. RT, 2019, pp. 395-423, p. 416 ss.

De fato, não parece que, entre as funções da atividade probatória, não esteja a de convencer o julgador, já que invariavelmente a prova a realizará. Mas este parece ser o cenário da perspectiva de um processo penal de partes como os modelos adversariais *puros*, de matriz *angloamericana*, diferentes das concepções processuais europeia-continenciais, de matriz *romano-germânica*⁷⁹ - de que se aproxima o modelo processual penal brasileiro, mesmo com seus fortes traços de adversarialidade⁸⁰. Lá, conta-se com modelo de *juiz passivo*: se o juiz é inerte, evidentemente a *função persuasiva da prova* ganhará proeminência; mas se a ele for conferida alguma possibilidade de adução fático-probatória subsidiariamente (por exemplo, a inquirição complementar de testemunhas), a *função persuasiva da prova*, embora não anulada, ofusca-se: mesma que a prova das partes ainda persuada, ela só o fará se se alinhar à verdade buscada pelo tribunal.

A *função persuasiva da prova* parece que apenas terá proeminência sobre o *link* teleológico entre *prova* e *verdade* do ponto de vista pessoal do promotor que atua pela acusação (isso com reservas) ou do advogado de defesa⁸¹. Por exemplo, o advogado pode

⁷⁹ Por exemplo, quanto ao processo penal português, cf. BELEZA, Teresa Pizarro. “O processo penal português em tempos de mudança”, in: *Themis, Revista de Direito*. Ed. especial n.º 6, 2018, p. 77: “o modelo de processo penal adoptado em Portugal, apesar de acolher uma estrutura acusatória, não corresponde nem a uma matriz acusatória pura, nem a um modelo adversarial, típico de um ‘processo de partes’ anglo-americano”.

⁸⁰ Segundo o art. 156 do CPP brasileiro, “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”, privilegiando a estrutura dialética e adversarial do processo penal, pondo as partes como protagonistas da produção de prova. Assim, ao contrário da *instrução* e da *fase de julgamento* portuguesa e alemã, por exemplo, onde cumpre com proeminência ao tribunal a produção oficiosa das provas necessárias à decisão e à descoberta da verdade, no direito processual penal brasileiro, esta proeminência encontra-se com as *partes*, na ideia de *paridade de armas* entre os sujeitos processuais acusação e defesa. Do que decorre, somado ao *princípio da presunção de inocência*, que a prova da culpa deve ser feita pela acusação. Não obstante a regra de que a prova cumpre a quem alegar, não estamos diante de um juiz passivo como o norteamericano, pois na continuação da redação do art. 156, o legislador permitiu ao juízo a produção de prova de ofício, facultando-lhe “determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”. De acordo com o item VII, “das provas”, da Exposição de Motivos do CPP, “o juiz deixará de ser um espectador inerte da produção de provas. Sua intervenção na atividade processual é permitida, não somente para dirigir a marcha da ação penal e julgar a final, mas também para ordenar, de ofício, as provas que lhe parecerem úteis ao esclarecimento da verdade”. Vê-se que o poder instrutório do juiz serve à elucidação de dúvida remanescente, com caráter *complementar*. Além disso, quanto à fundamental questão sobre a forma de inquirição de testemunhas, antes da Lei 11.690/2008, o art. 212 do CPP previa a sistemática do sistema *presidencialista*: o juiz inquiria a testemunha, depois as partes dirigiam-se ao juiz para que ele refizesse as perguntas às testemunhas. Com a mudança legislativa, estabeleceu-se que “as perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha”, em *direct-examination* e, após, em *cross-examination*, não mais *intermediadas* pelo juiz – mas com seu controle, à medida que o legislador permite que o magistrado não admita perguntas com indução de resposta, ou que não tenham “relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida”. Parasse por aí, poderia parecer ter-se adotado um modelo de *juiz árbitro, passivo* ante a produção de prova oral feita pelas partes. Porém, o parágrafo único do art. 212 dispõe que “sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição”. Mais uma vez, vê-se iniciativa de poder instrutório do juiz com caráter de *complementação*, após e *subsidiário* à atividade probatória das partes.

⁸¹ Neste ponto, outra objeção à descoberta da verdade material no processo penal poderia se levantar, no sentido de que não existiria a verdade material *unívoca*, mas diferentes verdades, de acordo com a perspectiva de cada sujeito que observa a realidade. Sem recusar que as particularidades do *observador* e o

e deve, para fins profissionais, atuar pelos interesses de seu cliente, mesmo que no caso particular eles não coincidam com a descoberta da verdade⁸². Mas da perspectiva estatal, por outro lado, já não parece que legitime a prestação jurisdicional o fato de que o Estado-juiz se convenceu de determinado resultado, independentemente de ele ser ou não verdadeiro. Pense-se num inocente falsamente acusado que acabe condenado por não ter conseguido sua defesa convencer suficientemente o julgador. A *função persuasiva da prova* não parece equivocada da perspectiva das partes, mas ela não retira a investigação da verdade como função *do tribunal* da condição legitimante do processo, embora ele não a descubra sozinho nem com proeminência ou numa busca sem limites.

As correntes que afirmam no atingimento de um determinado estado mental ou psicológico do julgador (crença, convencimento, convicção, certeza etc.) a finalidade da prova no processo penal esbarram e não parecem conseguir contornar a crítica de BELTRÁN, no sentido de que “se se sustenta que a finalidade da prova como atividade é alcançar a convicção do julgador sobre os fatos, essa finalidade será satisfeita independentemente do sentido em que for produzida aquela convicção, de se está de acordo ou não com os fatos realmente ocorridos e, inclusive, de se é ou não a conclusão cabível à luz dos elementos probatórios presentes nos autos do processo⁸³”. A convicção do julgador, embora condição *necessária* para que o atingimento de um determinado resultado probatório produza efeitos concretos, não pode ser alçada à condição *suficiente* do resultado probatório.

Poderia se argumentar, com razão, que, da mesma forma, tampouco a *verdade* poderia ser alçada à condição suficiente para declarar-se provado um fato, afinal,

ângulo a partir do qual se observam os mesmos fatos podem resultar em versões e interpretações distintas sobre eles, como ensina Bernd SCHÜNEMANN, trata-se apenas de saber se qual recorte da realidade tem relevância para a decisão judicial, que no fundo será uma questão jurídica a ser solucionada através da *norma jurídico-penal* a ser aplicada: busca-se a verdade da ocorrência ou não dos específicos fatos proibidos por um tipo penal, cf. “Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano”, *cit.*, p. 245.

⁸² A lei brasileira diz que (art. 2º, §2º, Lei 8906/94) “No processo judicial, o advogado contribui, na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem *múnus público*”. De acordo com BELTRÁN, o advogado, para fins profissionais, “aceitar a premissa de que seu cliente não é culpado, inclusive se não crê nisso”, do mesmo modo que um comerciante pode aceitar a premissa de que “o cliente tem sempre razão”, incorporá-la em seu raciocínio para fins de orientação de sua conduta diante de um conflito de interesses com um cliente, mesmo que não acredite que ele sempre tenha de fato razão, cf. BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prova e verdade no direito*, *cit.* p. 98. No mesmo sentido, TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad. El juez y la contrucción de los hechos*, trad.: SCAGLIOTTI, Daniela Accatino, Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 57.

⁸³ BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prova e verdade no direito*, *cit.* p. 71. “Se a convicção (ou a crença) do juiz de que uma proposição é verdadeira (ou provável etc.) é condição suficiente para que essa esteja provada (...) se a finalidade da prova é alcançar a convicção judicial, uma vez obtida essa, já não parecem possíveis maiores controles”, p. 36.

verdadeiro ou não, «*quod non est in actis non est in mundo*». A prova de uma proposição relaciona-se com a *suficiência de elementos de juízo* disponíveis para a corroboração da hipótese sobre os fatos, a favor do enunciado que se quer provado. À medida que aumenta ou diminui este conjunto, aumenta-se ou diminui-se o *grau de corroboração* da proposição. O elemento chave é a *suficiência de elementos de juízo*, que não exige a verdade como condição *necessária* para declarar-se provado um fato: na prática, uma hipótese pode resultar provada mesmo que seja falsa e vice-versa⁸⁴.

Porém, como ensina BELTRÁN, uma questão é se a verdade de um fato, sua correspondência com o mundo, pode ser considerada *condição necessária* ou *suficiente* para que ele seja tido por provado no processo penal. Embora não seja condição *suficiente*, parece ser, *em tese* (embora inevitavelmente não *na prática*), condição necessária, sob pena de estar-se diante de erro judicial. Questão diferente é se, *teleologicamente*, deva fixar-se normativamente como finalidade da atividade probatória no processo a “busca da verdade sobre a ocorrência de determinados fatos para efeitos de se aplicar a esses, como consequência jurídica, determinadas soluções normativas”, questão que deverá ser respondida afirmativamente. “A prova deve ser considerada como o meio pelo qual o direito pretende determinar a verdade das proposições no marco do processo judicial”⁸⁵. Afinal, é certo que “se uma das funções principais do direito é a regulação da conduta [dirigir a conduta do destinatário da norma⁸⁶], o cumprimento dessa função requer que se apliquem,

⁸⁴ BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prova e verdade no direito*, cit. p. 37-41. “Esse conjunto de elementos de juízo, no âmbito da prova judicial estará delimitado pelos meios de prova admitidos e produzidos no processo judicial e em atividade nos autos” (p. 38); também: BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales*, Estudios, 2003, p. 27-34; ANTÓN, Tomás Vives. “El proceso penal de la presunción de inocencia” in: *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, coord: PALMA, Maria Fernanda, Coimbra: Almedina, 2004, pp. 27-39, p. 28; TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad...*, op. cit., p. 246 ss.

⁸⁵ BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prova e verdade no direito*, cit. p. 34 e 79

⁸⁶ Em sentido semelhante, isto é, no de que a função do direito deve ser a de orientar condutas dos cidadãos, SCHÜNEMANN afirma que “o direito penal, enquanto proibição e ameaça de sanção, só retém efetividade se lhe logra motivar (negativamente, no sentido de uma omissão) o potencial infrator, ou seja, apenas quando esse se mostra apto a agir conforme a norma”. É por conta disso que a “possibilidade de agir de outro modo constitui ... um requisito implícito para que a norma penal produza efeitos preventivos-gerais”. Daí que a culpabilidade aparecerá como legitimação da pena, conforme será visto adiante, vd. SCHÜNEMANN, Bernd. “Direito Penal no Estado Democrático de Direito: o imprescindível nível de racionalidade de sua dogmática e a progressiva propagação do retrocesso”, in: SCHÜNEMANN, Bernd. *Direito penal, racionalidade e dogmática. Sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional*. TEIXEIRA, Adriano (coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2018, pp. 21-63, p. 33-34.

no processo, as consequências jurídicas previstas nas normas se, e somente se, tiverem ocorrido efetivamente os fatos condicionantes dessas consequências”⁸⁷.

3. Por terceiro, argumenta-se que a *descoberta da verdade* serviria de artifício retórico para legitimar *irregularidades* ou *abusos* praticados no processo penal: em nome da *descoberta da verdade* flexibilizam-se garantias e o devido processo legal.

Esta crítica é legítima e denuncia a tendência de se erigir a descoberta da verdade à finalidade preponderante do processo penal, sobretudo pelas bandeiras do combate à criminalidade organizada, à corrupção, à criminalidade violenta etc.⁸⁸.

É certo que a tendência em dar primazia à verdade quando em conflito com outras finalidades do direito processual penal existe, sobretudo no contexto da criminalidade grave, e deverá ser criticada. Mas disto não decorre expulsar a descoberta da verdade da posição de finalidade do processo penal, porque investigá-la ou buscá-la não é o mesmo que fazê-lo a qualquer custo⁸⁹. Defender que o processo penal, em geral, e a prova,

⁸⁷ BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prova e verdade no direito*, cit. p. 76: “Para isso, a prova como atividade tem a função de comprovar a produção desses fatos condicionantes, ou – o que é a mesma coisa –, determinar o valor de verdade dos enunciados que descrevem sua ocorrência. E o êxito do instituto da prova jurídica ocorre quando os enunciados sobre os fatos que se declaram provados são verdadeiros, diante do que se pode sustentar que a função da prova é a determinação da verdade sobre os fatos”. Ao que é possível acrescer: do contrário, perder-se-ia muito da construção dogmática do próprio direito penal.

⁸⁸ TORON, Alberto Zacharias. *Habeas Corpus. Controle do devido processo legal: questões controvertidas e de processamento do writ*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 50.

⁸⁹ “Da afirmação de que existem restrições, no processo penal, à descoberta de uma verdade histórica – ou uma ‘verdade verdadeira’ – não resulta a exclusão da descoberta da verdade como finalidade do direito processual penal ou a afirmação que por vezes lhe anda associada de que bastaria uma qualquer verdade formal. O que se pretende significar é outra coisa: se a verdade que se quer descobrir através do processo penal é aquela verdade que a doutrina vem apodando de ‘material’ por contraposição a uma verdade formal que se tende a associar (ainda que por vezes de modo simplista) ao processo civil ou ao sistema penal anglo-saxónico, sempre se terá de admitir que existem limites intransponíveis à descoberta dessa verdade, que resultam de outras finalidades igualmente importantes do processo penal, como a protecção perante o Estado dos direitos fundamentais das pessoas. O que equivale a afirmar que podemos ter de nos conformar com a impossibilidade de descobrir a verdade material, retirando daí todas as devidas conclusões inerentes à consagração constitucional da presunção de inocência como verdadeiro pilar do nosso direito processual penal. Mas isto não tem de significar, segundo se crê, que a verdade cuja descoberta constitui finalidade do processo penal seja a verdade formal. Significa, singelamente, que existem limites à descoberta da verdade material que se procura e que, por isso, a verdade nunca pode ser alcançada à custa da compressão insuportável de direitos fundamentais, nomeadamente porque assim já não se contribui para a realização da justiça – o que permite concluir que a descoberta da verdade e a realização da justiça não caminham necessariamente de braço dado. Quando se descobre a verdade através da tortura, já não se contribui para a realização da justiça. Quando se absolve invocando, justificadamente, o *in dubio pro reo*, não se descobre a verdade mas estar-se-á ainda a contribuir para a realização da justiça. A importância da descoberta de uma certa verdade não pode, portanto, ser usada como discurso legitimador monopolista para a desprotecção em medida insuportável dos direitos fundamentais do arguido, sob pena de assim se contribuir não para o aperfeiçoamento da nossa justiça penal (a justiça penal própria de um Estado de Direito) mas porventura para o seu deslizamento em um sentido contrário àquele que deve ser o da própria justiça, o da democracia e o da liberdade. Ou seja: a realização da justiça não pode ser invocada para se defender a necessidade imperiosa de descoberta da verdade, mesmo que à custa da desconsideração das normas jurídicas que os aplicadores vejam como empecilhos à descoberta daquela verdade, sobretudo nos casos

em particular, têm como função e se orientam à determinação da verdade sobre os fatos não significa inexoravelmente que se trate de uma verdade *absoluta* ou *buscada desenfreadamente*⁹⁰.

4. Além disso, na doutrina processual penal brasileira particularmente, a *descoberta da verdade* como finalidade processual penal é duramente criticada associada a outra crítica, aos poderes instrutórios do juiz (ou, ao *princípio da investigação* ou *da verdade material*), cuja existência, mesmo que *subsidiários* e *complementares*, seria uma reminiscência inquisitorial profundamente censurada. Deste tema, cuidaremos mais à frente.

Mas, afinal, por que o processo penal não pode abrir mão da descoberta da verdade como uma de suas funções? Quais são os fundamentos materiais de legitimidade que fazem da finalidade processual penal da descoberta da verdade uma função indisponível do processo penal, embora não única nem preponderante aprioristicamente em relação às demais?

2. A descoberta da verdade como premissa inabdicável do processo penal, embora não única nem preponderante. Fundamentos de legitimidade

A busca pelos fundamentos de legitimação da descoberta da verdade material como finalidade do processo penal liga-se com os fundamentos da própria intervenção punitiva estatal, ou seja, liga-se diretamente com as bases do direito penal material (como os fins da pena e do direito penal). E, também, com a ideia da *complementaridade funcional entre o direito substantivo e o direito processual penal (adjetivo)*, no sentido de que as funções de um e de outro, embora não sejam as mesmas e exista autonomia

dos processos ditos mais complexos e da criminalidade dita geradora de maior abalo social”, cf. SANTOS, Cláudia Cruz. *Direito processual penal português em mudança*, cit., p. 41-44.

⁹⁰ Cf. nesse sentido, SANTOS, Cláudia Cruz. “A Verdade do Magistrado e a Verdade do Escritor: alguma se escreve no singular?”, cit., p. 12: “A descoberta da verdade não é finalidade que se possa perseguir a qualquer preço; as autoridades judiciárias estão vinculadas na sua actuação também pelo respeito pelos direitos fundamentais; (...) o papel do Ministério Público é tanto acusar caso existam indícios suficientes da prática do crime e de quem é o seu agente como é arquivar quando tais indícios não sejam obtidos no prazo para tal legalmente admitido; a função do Tribunal é tanto condenar quando existe suporte probatório para uma convicção processualmente fundada sobre a responsabilidade do agente como absolver sempre que assim não for. A importância da descoberta da verdade não pode, portanto, ser usada como discurso legitimador monopolista para a desprotecção em medida insuportável dos direitos fundamentais do arguido”. Também no sentido de que o processo penal busca e deve buscar a verdade, mas que esta busca não se trata da *busca da verdade absoluta*; antes, encontra limites intransponíveis na ordem jurídica, cf. COSTA, Diogo Erthal Alves da. “Justiça, verdade e prova penal”, in *Revista Brasileira das Ciências Criminais*, vol. 161, ano 27, São Paulo: Ed. RT, 2019, pp. 187-225, p. 199 ss.

teleológica entre o direito material e o processual, devem se complementar, se possibilitar, harmonizarem-se. Mais especificamente: o arranjo teleológico que se dê ao processo penal não poderá conduzir ao esvaziamento das funções do direito penal. Do direito material interessarão as teorias dos fins e dos efeitos preventivos da pena (como potenciais conformadores de comportamentos futuros) e o princípio da culpabilidade, no sentido do *nulla poena sine culpa*, que limita e impõe alta justificação ao poder de punir do Estado. Estes dois grandes segmentos, *culpa* e *pena*, como se verá, têm um traço inafastável de ontológico e, portanto, de verdadeiro. Para que estas finalidades não sejam aniquiladas, a finalidade processual penal da busca da verdade material pela jurisdição deve ser *pressuposta*, desde que exercida dentro de limites processuais específicos, estes extraídos da *autonomia teleológica do processo penal* – basicamente, limitarão a descoberta da verdade o princípio do *nemo tenetur*, o direito à intimidade, a presunção de inocência e os direitos de defesa.

2.1. Eficácia preventiva da pena

Um dos fundamentos de legitimidade da inabdicabilidade da função processual penal da descoberta da verdade pelo Estado-juiz prende-se com as funções da pena, notadamente com sua *eficácia preventiva*. Não se pune por punir, pune-se para tutelar subsidiariamente (*ultima ratio*) bens jurídicos importantes⁹¹⁻⁹², não os que já foram

⁹¹ ROXIN, Claus. “Que comportamentos pode o Estado proibir sob ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais”, in *Estudos de direito penal*. 2ª ed. Tradução Luis Greco, Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 31 ss.. ROXIN assenta sua tese na ideia do modelo de contrato social de matriz iluminista, que pressupõe a garantia de um mínimo indisponível de liberdade individual ao cidadão: a pena, uma vez que consiste na intervenção mais grave do Estado na liberdade individual, só poderia ser cominada quando fosse impossível obter o fim de garantir a convivência pacífica na sociedade através de outras medidas menos gravosas, como o direito civil e administrativo (daí a *subsidiariedade* do direito penal, seu traço de *ultima ratio*). A finalidade do direito penal é a *tutela subsidiária de bens jurídicos*. Sem querer descurar da celeuma sobre o conceito de bem jurídico - segundo ROXIN, chamam-se bens jurídicos “todos os dados que são pressupostos de um convívio pacífico entre os homens, fundado na liberdade e na igualdade; e subsidiariedade significa a preferência a medidas sócio-políticas menos gravosas”, p. 34-35. Em sentido semelhante na doutrina brasileira, definindo bens jurídicos como os interesses jurídicos que consubstanciam “condições mínimas de coexistência social”, cf. HUNGRIA, Nelson. DOTTI, Rene Ariel. *Comentários ao Código Penal. Volume 1. Tomo 2*. 7ª ed. Rio de Janeiro: G/Z Editora, 2016, p. 398-9; PRADO, Luis Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 1999, p. 47.

⁹² Nesse sentido, e com as inúmeras e importantíssimas derivações deste raciocínio, cf. ROXIN, Claus. “Sobre o recente debate em torno do bem jurídico”, in: *Novos estudos de direito penal*. LEITE, Alaor (org. e trad); GRECO, Luís (trad.). São Paulo: Marcial Pons, 2014, pp. 41-69, p. 54 (“*A teoria do bem jurídico não diz quais das lesões de bens jurídicos devem ser prevenidas por meio do direito penal, mas apenas quais os comportamentos que, por inexistir lesão a bem jurídico, não devem ser punidos*”) Expressando, também, a ideia de que a proteção de bens jurídico representa um limite negativo ao legislador, no sentido de que não se irá fornecer um quadro pronto e acabado do que deva ser objeto de tutela do direito penal, mas sim balizas para uma “fundamentação negativa”, quer dizer, o que não poderá ser criminalizado, cf.

lesados com o crime (porque isto seria impossível), mas os titulares de bens jurídicos indeterminados a serem protegidos de ataques futuros – como? – por meio dos efeitos gerais e individuais provocados pela pena, no plano da *cominação*, mas também no da *aplicação* concreta da pena, anteriormente, àqueles que delinquiram. Pune-se para comunicar à coletividade que o direito ainda vige e não pode ser violado, pode-se nele confiar e, portanto, caso pratique-se a conduta ameaçada com pena, as consequências sobrevirão. Pune-se também, pelo menos em tese, para ressocializar o agente – função que, tão denunciada e frustrada, no mínimo implica o imperativo de não dessocializá-lo⁹³.

E apenas se impõe pena com processo penal, de mais nenhuma outra forma⁹⁴. Porém, caso a imposição de pena, ao final do processo, não signifique necessariamente

SOUSA, Susana Aires, *Sobre o bem jurídico-penal protegido nos crimes contra a humanidade*, 2007, p. 09); ROXIN, Claus. “O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xeque”, in: *Novos estudos de direito penal*. LEITE, Alaor (org. e trad); GRECO, Luís (trad.). São Paulo: Marcial Pons, 2014, pp. 70-97, p. 74 (consequências concretas para a legislação penal); FIGUEIREDO DIAS, “O «direito penal do bem jurídico» como princípio jurídico-constitucional implícito (à luz da jurisprudência constitucional portuguesa)”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, A. 145, n.º 3998, 2016, p. 251; BRANDÃO, Nuno. *Crimes e contraordenações – da cisão à convergência material. Ensaio para uma recompreensão da relação entre o Direito Penal e o Direito Contraordenacional*, Coimbra: Coimbra Editora, 2016, p. 580; SCHÜNEMANN, Bernd. “O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal”, in: SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*, coord: GRECO, Luís, São Paulo: Marcial Pons, 2013, pp. 69-90; p. 71-74; GRECO, Luís. “Comentário ao estudo de Schünemann ‘O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal’” in: *IBCCRIM 25 anos*, Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, pp. 201-210; também em SCHÜNEMANN, Bernd. “Ensaio sobre os conceitos de crime e pena e de bem jurídico e estrutura do delito”, pp. 64-85, p. 75 e “Direito Penal no Estado Democrático de Direito: o imprescindível nível de racionalidade de sua dogmática e a progressiva propagando do retrocesso”, pp. 21-63, p. 43-44, ambos in: SCHÜNEMANN, Bernd. *Direito penal, racionalidade e dogmática. Sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional*. TEIXEIRA, Adriano (coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2018; “perspectiva político-criminal” da teoria do bem jurídico, cf. GRECO Luís, “«Princípio da ofensividade» e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito”, in: *Revista Brasileira das Ciências Criminais*, nº 49, ano 12, 2004, pp. 89-147, p. 92; criticamente (bem jurídico como «contentor pouco eficaz do direito penal»), cf. DIETER, Maurício Stegemann. “A crítica criminologia do direito penal de Alessandro Baratta: caminhos para uma dogmática penal crítica”, in: *IBCCRIM 25 anos*, Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, pp. 249-264, p. 252 e 254.

⁹³ BELEZA, Teresa Pizarro. “À espera dos bárbaros? Prisão, tortura e civilização, trinta anos depois”, in *Em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, ATHAYDE, Augusto de; CAUPERS, João; GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias (orgs.), Almedina, 2010, p. 1.317 ss.

⁹⁴ Não existe aplicação do direito penal sem ou fora do processo penal que legitime esta aplicação. Se o direito penal e o processual penal puderem ser considerados partes integrantes de um mesmo âmbito maior, componentes funcionalmente complementares da *unidade ideal* mais ampla por vezes designada como «direito penal total» ou «ciência global do direito penal», isto quer dizer que, embora sejam disciplinas distintas com funções autônomas e específicas, as finalidades do direito processual penal e do direito penal deverão, pelo menos, não caminhar em sentidos antagônicos. O que conduz, ainda mais especificamente, à conclusão de que, *seja qual for o arranjo que se dê à teleologia do direito processo penal, ele não apenas deverá harmonizar-se com a teleologia do direito material, como não poderá acarretar a anulação prática ou a diminuição excessiva da eficácia das funções do direito penal* – o que pode extrair-se de DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*, cit., p. 47, 56, 33 e 24-25: “O direito processual penal constitui, em certo sentido que precisaremos já, *uma parte do direito penal*. O direito processual e o direito substantivo penal formam uma *unidade*, derivada da função específica que a esta extensa região do Direito

para a comunidade que tenha sido praticada verdadeiramente a conduta proibida, ela não surtirá seus efeitos preventivos e protetivos na mesma extensão, pois a pena não estará ligada necessariamente à prática de uma conduta, mas à suspeita, forte ou fraca, da prática da conduta somada a algum outro fator determinante, este sim, da imposição de pena⁹⁵ (o *consenso*, por exemplo, por temer receber uma pena maior), reduzindo-se, portanto, os “poderes de dissuasão” da pena no plano da aplicação concreta.

Por isso, de modo simplificado, é que o processo deve servir à verificação ou não do cometimento da conduta punível: o direito tem como uma de suas funções precípua a ser um ordenador de comportamentos humanos – no caso, a dissuasão da prática de crimes –, e só conseguirá realizá-la se as ações humanas tiverem efetivamente como consequência as previstas nas regras legais⁹⁶.

compete: só através do direito processual penal logra o direito substantivo, ao aplicar-se aos casos reais da vida, a realização ou concretização para que originalmente tende”; o «dever estatal de administração e realização da justiça penal» “é o correlato da necessidade, pelo Estado sentida, de tomar sobre os seus ombros, de forma exclusiva, a tarefa de investigar, esclarecer, perseguir e sentenciar os crimes cometidos dentro de sua «*jurisdição*»; é só, por diferentes palavras, a outra face do *princípio da exclusão da autodefesa* [ação direta do ofendido ou sua família fora dos casos de legítima defesa; imposição de pena por particular] ou *princípio do monopólio estadual da função jurisdicional*, que constitui uma exigência irrenunciável das sociedades modernas (...)”; p. 27-28: “A concretização do direito penal substantivo exige uma *regulamentação complementar* que discipline a investigação e esclarecimento do crime concreto e permita aplicação da consequência jurídica àquele que, com a sua conduta, realizou um tipo de crime. Esta regulamentação é constituída pelo direito processual penal” e pode se funcionalmente defini-la como “a *regulamentação jurídica* da realização do direito penal substantivo, através da investigação e valoração do comportamento do acusado da prática de um fato criminoso”. Cf., também: QUEIROZ, Paulo. *Direito processual penal*, op. cit., p. 28 ss.; ROXIN: “o direito de penar está hoje reservado ao Estado (...) Pois se o Estado proíbe, por princípio, as vinganças privadas e os duelos, tão conhecidos e usuais na Idade Média, então nasce para ele, como reverso de uma mesma moeda, a obrigação de zelar pela proteção de seus cidadãos e de criar disposições que possibilitem uma persecução e julgamento estatais do infrator”, ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*, cit., p. 02; ANTUNES, Maria João. *Direito Processual Penal*, op. cit., p. 7-8; ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte Generale. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito*. 2ª ed. LUZON PEÑA, Diego-Manuel; GARCÍA CONLLEDO, Miguel Díaz y; VICENTE REMESAL Javier de (trads.), Madrid: Editorial Civitas, 1997, p. 45. Estamos utilizando “função” e “finalidade” de modo fungível. Cumpre registrar – embora enveredar nessas reflexões extrapole os fins a que se destina o presente estudo –, existe na doutrina aprofundamento do tema no sentido de diferenciar “fundamento”, “função” ou “finalidade”, cf. FARIA COSTA, José. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa nacional Casa da Moeda, 2017, p. 15 ss.

⁹⁵ Como ensina Bernd SCHÜNEMANN, o discurso “segundo o qual não haveria uma, mas várias verdades, acaba por ignorar que o conteúdo da finalidade do processo é determinado pelo direito material”, no sentido de que “é por meio do tipo penal que se estabelece normativamente e de forma cogente quais recortes da realidade devem ser pesquisados no processo penal”, cf. “Audiência de instrução e julgamento: modelo inquisitorial ou adversarial? Sobre a estrutura fundamental do processo penal no 3º milênio”, cit., p. 228.

⁹⁶ Para RAPOSO, a imposição constitucional para o processo penal estrutura-se de forma a poder alcançar a verdade material decorre fundamentalmente do *princípio da culpa*, conforme se verá *supra*, mas também da necessidade de “proteção de bens jurídicos”, “manutenção da adesão dos destinatários das normas”. Nas palavras do A., a imposição decorre dos “fins e das funções constitucionais do Direito Penal, na medida em que é condição indispensável de realização da finalidade de proteção de bens jurídicos fundamentais, que ao Estado compete assegurar, em última medida através do Direito Penal, que a decisão penal se funde numa culpa efetivamente demonstrada. Com efeito, é condição essencial para a manutenção da adesão dos destinatários das normas ao Direito Penal e, dessa forma, para que se garanta a segurança e a proteção dos bens jurídicos fundamentais, função que ao Estado compete realizar, que apenas se punam aqueles cuja

Para construir o fundamento de legitimação da *descoberta da verdade material* como função do processo penal SCHÜNEMANN – num raciocínio que gira em torno da verificação processual verdadeira da ocorrência da *norma de conduta* como condição *sine qua non* para a imposição da *norma de sanção* – compõe “a seguinte linha dedutiva: o direito penal material é a *ultima ratio* de proteção de bens jurídicos, a qual se realiza através da eficácia preventiva-geral da *norma de conduta*; para que se garanta a aplicação e imposição da *norma de sanção* é necessário que a violação da *norma de conduta* seja comprovada e sancionada no processo penal; a primeira e última finalidade do processo penal consiste, destarte, na comprovação segura de que a *norma de conduta* fora realmente violada; o processo penal deve ser então assim estruturado, de forma a levar ao esclarecimento da verdade material, ou seja, à segura determinação do fato supostamente praticado”⁹⁷.

culpa por efetivamente demonstrada no processo penal. Numa frase: a pena só é legítima se for indispensável para assegurar a proteção de bens jurídicos fundamentais; mas, por outro lado, só terá essa potencialidade se apenas se punirem aqueles em relação aos quais se tenha efetivamente demonstrado terem realizado os pressupostos da sanção”, cf. RAPOSO, João António. “O princípio da verdade material – um contributo para a sua fundamentação constitucional”, in: *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*, org. DIAS, Augusto Silva; RAPOSO, João António; ALVES, João Lopes; D’Almeida, Luís Duarte; MENDES, Paulo de Sousa, Almedina, 2009, pp. 833-840, p. 837.

⁹⁷ A verdade material, para Bernd SCHÜNEMANN, seria o *ponto arquimédico* do processo penal, à medida que, não apenas sua descoberta seria finalidade de todo processo penal inscrito numa ordem de direito democrática, mas a *aptidão para descobri-la deveria ser levada em conta* “em todo e qualquer instituto do processo penal, ao passo que os demais fins são deduzidos deste fim maior ou entram em cena de forma complementar apenas como *medida preventiva de efeitos colaterais danosos*”, cf. “Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano”, *cit.*, p. 244-245. No mesmo sentido, SCHÜNEMANN, “Audiência de instrução e julgamento...”, *cit.*, p. 228: a “investigação da verdade material” como objetivo que se deduz da missão do processo penal: “a manutenção da validade da sanção e, assim, aplicação e imposição do direito material: o direito penal material é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos, a qual ocorre por meio da eficácia preventivo-geral da norma de conduta, cuja violação deve ser comprovada e punida no processo penal para a imposição da norma de sanção; a inarrável finalidade primária do processo penal reside, assim, na comprovação segura de que a norma de conduta foi realmente violada. Uma condenação sem comprovação segura de que o acusado realizou culpavelmente um tipo penal não serviria ao interesse de ninguém”. Também nesse sentido, SANTOS, Cláudia Cruz. *O Direito Processual Penal português em mudança*, *cit.*, p. 16-17: “Se é certo que ‘o direito processual penal não é direito meramente instrumental relativamente ao direito penal’ (Figueiredo Dias) e que possui as suas específicas finalidades, também parece inequívoco que, enquanto direito adjectivo, a conformação do próprio processo penal não pode desatender à função do direito substantivo de protecção subsidiária de bens jurídicos (José de Faria Costa) nem às finalidades das penas e das medidas de segurança. Se ‘ao direito processual penal cabe a regulamentação jurídica do modo como se investiga a prática de um crime e se determina o seu agente, em ordem à aplicação de uma sanção penal ou à resolução do conflito jurídico-penal de uma forma desviada da tramitação comum’ (Maria João ANTUNES), a construção do próprio processo não pode desatender ou prejudicar as finalidades que presidem às consequências jurídicas do crime (Francisco Conde Monteiro). Pondo a questão de modo propositadamente simplificado: se o processo serve para descobrir se o agente praticou um crime e se é necessário condená-lo numa sanção penal, esse conjunto articulado de actos o processo é tem de ser concebido ainda à luz das finalidades que presidem àquelas sanções penais - ou, pelo menos, a protecção de bens jurídicos através da identificação de quem os violou (o que impõe que o processo sirva a descoberta da verdade e permita a condenação sempre que ela seja necessária à reafirmação contrafáctica da validade de bens jurídicos violados), também é certo que deve favorecer a não dessocialização do arguido (e que isso supõe a rejeição de actos que ofendam a sua dignidade e/ou contribuam para uma sua estigmatização mais intensa como delinquente). (...) Um processo penal em que

2.2. Princípio da culpabilidade

O *princípio da culpabilidade* impõe-se como uma das mais importantes limitações ao poder estatal de punir, quer dizer, a existência de *culpa* opera como um limite da intervenção punitiva do Estado na esfera jurídico do indivíduo⁹⁸, condição de *se* a pena será aplicada e de *quanto* será sua medida - ou seja, ao tribunal compete decidir sobre a *questão da culpa* e a *questão da sanção*⁹⁹.

Se a *pena* só se impõe com a existência de *culpa* e com o *processo penal*, também este, de certa forma, deve obedecer ao *princípio da culpabilidade*, servir para sua *verificação*, como condição de legitimidade sua própria, sob pena de esvaziar o potencial limitativo da máxima de que *nulla poena sine culpa*. De que não há pena sem culpa decorre que somente a constatação de culpa legitima a imposição de pena.

A questão que se coloca é por que o processo penal não poderia, a exemplo do processo civil, bastar-se com uma verdade *formal*, ou com uma culpa *autodeclarada*? Provavelmente, a resposta viria no sentido de informar que diferentemente do processo civil, no processo penal não vige o *princípio dispositivo*, mas o *da indisponibilidade, da investigação*. Mas ainda se poderia objetar: afinal, por que seria indisponível o objeto do processo penal? Por que a averiguação da verdade, além de inabdicável, deve ser levada a cabo de forma mais rigorosa, pelo *tribunal*, no processo penal que em qualquer outro tipo de processo?

Responder-se-ia que o processo penal é o único que tem como possibilidade, ao final, a de impor *pena*, que, quando de *prisão*, corresponde a mais gravosa, severa e interventiva medida que o Estado pode submeter ao indivíduo. A *pena de prisão, privativa de liberdade*, consiste na maior intervenção possível à esfera jurídica individual,

não se descubra a verdade e não se realize a justiça é um processo penal que não contribuirá para a obtenção das finalidades preventivas, *máxime* de prevenção geral positiva. Mas um processo que restrinja de modo inaceitável direitos fundamentais do arguido - e, nessa medida, um processo desumano - dificilmente será útil sob enfoque da prevenção especial positiva (ou, sequer, de uma prevenção geral que seja realmente *positiva*)”.

⁹⁸ Como ensina Fernando GALVÃO, “a culpabilidade é um princípio de política criminal, ao mesmo tempo em que se apresenta como um dos elementos integrantes do conceito analítico de crime. Como princípio de política criminal, a culpabilidade oferece o fundamento valorativo que limita a punição da pessoa física condenada pela realização do fato-crime. Só se pode aplicar pena à pessoa física quando e na medida em que se possa reprova-la e, assim, toda a pena criminal pressupõe a culpabilidade de seu destinatário”, cf. GALVÃO, Fernando. *Direito Penal. Parte Geral*, 8ª ed., Belo Horizonte: editora D’Plácido, 2017, p. 148.

⁹⁹ O que pode ser bem extraído das lições de Jorge de Figueiredo DIAS, in *Acordos sobre a sentença em processo penal...*, *op. cit.*, p. 43 ss.

aquela que toca *direito inato*¹⁰⁰ de que não se renunciou ao “assinar o contrato social” cuja racionalidade embasa a ótica do Estado de direito liberal: a *liberdade ambulatória*¹⁰¹⁻¹⁰²⁻¹⁰³. A possibilidade de ir a determinados locais, ao encontro de pessoas, para trabalhar, se divertir, aprender ou descansar é altamente determinadora da personalidade da pessoa. Suprimi-la durante anos – impondo que se permaneça num determinado local, só se possa ir a poucos determinados espaços internos e tenha-se de conviver com determinadas

¹⁰⁰ GRECO, Luís. “Opõe-se o princípio da culpabilidade à penalização de pessoas jurídicas? Reflexões sobre a conexão entre pena e culpabilidade”, in: GRECO, Luís. *As razões do direito penal. Quatro estudos*, org. e trad. VIANA, Eduardo; MONTENEGRO, Lucas; GLEIZER, Orlandino, São Paulo: Marcial Pons, 2019, pp. 53-82, p. 74-75. Direitos inatos são os “que assistem ao ser humano pela sua condição de ser humano dizem respeito a uma camada mais profunda da personalidade; ao contrário, direitos adquiridos são posições que podem ir e vir, que por isso se referem, quando muito, a uma camada externa da personalidade. Suprimir algo relativo a uma camada mais profunda da personalidade, algo vincado à condição de ser humano, em razão de uma necessidade de terceiros, significa literalmente instrumentalizar o titular desses direitos”. Assim, direitos inatos só seriam “passíveis de supressão se essa ocorrer por responsabilidade do próprio indivíduo; noutras palavras: quando ele se faz culpável”.

¹⁰¹ Como ensina Luís GRECO, “o mal específico da pena não está na quantidade, quer dizer, no fato de que atinge de forma muito intenso o apenado, senão na *qualidade*, portanto, naquilo que ela retira do apenado. De forma concreta: possivelmente, o mal da pena atinge direitos especiais, direitos de um caráter peculiar”, de uma região sensível, a saber, aqueles que a tradição do juiz racionalismo classificou como *direitos inatos*. “Direitos inatos são aqueles que todo ser humano possui por conta de sua humanidade. O conceito contraposto é o dos chamados direitos adquiridos, que são aqueles dos quais só é possível tornar-se titular no decurso da vida. O mal da pena reside portanto em que ela se dirige à direitos inatos, ou seja, contra a vida, a capacidade jurídica, o corpo ou - no direito penal atual que se deixou domesticar e mantém-se distante desses direitos mencionados - contra a liberdade compreendida como liberdade de locomoção”. “Por outro lado, uma sanção que se volta contra direitos adquiridos, como a propriedade, o patrimônio, a detenção de um cargo público ou de uma autorização, não precisam ser necessariamente uma pena”, apesar de o legislador poder assim designá-la, ainda que isso não lhe seja imposto. “Ele pode suprimir propriedade, patrimônio, cargos, autorizações, por meio de procedimentos administrativos; já na liberdade, contudo, ele só pode tocar por meio de um devido processo penal, cf. GRECO, Luís. “Opõe-se o princípio da culpabilidade à penalização de pessoas jurídicas? Reflexões sobre a conexão entre pena e culpabilidade”, *cit.*, p. 72-74.

¹⁰² Perceba que se o legislador, ainda que não lhe seja imposto, pode chamar a sanção que se volta contra direitos adquiridos de pena, mas já não poderia fazer o contrário: chamar de mera reação pertencente ao âmbito administrativo uma pena de prisão, cf. SCHÜNEMANN, Bernd. “Ensaio sobre os conceitos de crime e pena e de bem jurídico e estrutura do delito”, *cit.*, p. 67.

¹⁰³ Para SCHÜNEMANN, a pena criminal, “ponto arquiímico do direito penal”, apresenta três aspectos fundamentais. Primeiro, seu caráter repressivo: “sua existência enquanto tal não pode depender de condições prospectivas, mas apenas o seu *quantum*”. Depois, apoiando-se em GRECO, entende que a pena criminal seria um mal especialmente grave que operaria por meio da intervenção em um direito inato do castigado. Por fim, o terceiro traço essencial da pena, para SCHÜNEMANN, seria seu “excesso quase permanente”, o que se designa por *overkill*. Constatou-se que a pena não se equivaleria, mas seria pior que a mera retribuição: a retribuição poderia, no máximo, encontrar-se na ideia do talião; não obstante, na atual realidade do direito penal, porém – como observa o autor – a pena permanece aquém do talião apenas na punição dos delitos de homicídio e de lesões corporais graves; no restante, ela extrapola, vai muito além desse patamar. Exemplifica o autor: “quem comete um delito patrimonial, sobretudo no caso de reincidência e sob determinadas circunstâncias”, poderá ser “preso em uma jaula como um animal selvagem”. Segundo SCHÜNEMANN, “quando se inflige ao infrator coisa pior que o injusto por ele praticado, então não se tem retribuição nenhuma, mas apenas vingança”. Nesse sentido, cf. SCHÜNEMANN, Bernd. “Ensaio sobre os conceitos de crime e pena e de bem jurídico e estrutura do delito”, *cit.*, p. 68-70 e “Direito Penal no Estado Democrático de Direito: o imprescindível nível de racionalidade de sua dogmática e a progressiva propagando do retrocesso”, *cit.*, p. 33 e, em síntese, p. 41: a natureza de *overkill* da pena significa que o direito penal seria um fonte de inflicção de mal desproporcional.

pessoas desconhecidas –, o que só é possível com a imposição de *pena de prisão*, impacta profundamente no direito ao livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo à medida em que impede que este se *autoconforme*: não só onde, com o quê e com quem se conviverá serão determinados pelo Estado, como ao redor de tudo isto gravita um alto grau de negativa valoração ético-social, prejudiciais a imagem, pertencimento e (re)inserção do indivíduo na comunidade.

À conjugação de que só o processo penal pode impor *pena* de privação de direito inato com a de que só cabe pena se houver culpa, associa-se com a ideia de que a culpa, por sua própria definição e natureza, contém um atributo ontológico de verdade¹⁰⁴. Para se falar em culpa, esta deve ser verdadeira, e para se falar em pena, deve haver culpa. A imposição de pena exige culpa verdadeira¹⁰⁵. Daí porque, ao lado da concepção de pena como *infligência de um mal especial* – vertida na supressão da liberdade – coloca-se a concepção de pena como uma *censura*, uma *realidade comunicativa*, vertida na *reação* a algo culpavelmente feito por alguém¹⁰⁶. A *pena (norma de sanção)* é a infligência de mal

¹⁰⁴ Para João António RAPOSO, a imposição constitucional para o processo penal estrutura-se de forma a poder alcançar a verdade material decorre da consagração constitucional do *princípio da culpa*. E como explica a A., “porque o princípio da culpa tem uma base ontológica, e não meramente formal, a culpa, que surge na Constituição como pressuposto irrenunciável da pena criminal, tem que ser igualmente uma culpa efetivamente demonstrada no processo penal, assente na demonstração efetiva de todos os elementos da responsabilidade criminal e não numa demonstração presumida, por exemplo, por o réu, como acontece em processo civil, não ter impugnado especificadamente um dos factos constantes da acusação. (...) ninguém pode, por força do princípio da culpa, ser condenado senão na medida em que era exigível, com fundamento ontológico, que adotasse um comportamento diferente, pelo que a exigência relevante para efeitos do princípio da culpa não é a de que se respeitem certas regras do processo – por exemplo de impugnação específica de fatos que constam da acusação – mas a de que o juízo acerca da verificação dos pressupostos de responsabilidade tenha uma base ontológica”, cf. “O princípio da verdade material – um contributo para a sua fundamentação constitucional”, *cit.*, p. 836-837.

¹⁰⁵ As ideias de limitação do poder punitivo estatal, ou seja, limitações do direito penal, derivadas da concepção de contrato social e que se expressam, num plano de legitimação consequencialista, no princípio da *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos e, num plano de legitimação deontológico, pelo princípio da culpabilidade (que pressupõe a inevitabilidade individual do fato e com isso harmoniza-se com o mecanismo da prevenção geral cominadora), segundo Bernd SCHÜNEMANN, estão inscritas em *todo estado democrático* e integram, com isso, necessária e implicitamente, *todas as constituições positivas de estados democráticos*. Relativamente ao princípio da culpabilidade, SCHÜNEMANN sublinha que “o direito penal, enquanto proibição e ameaça de sanção, só retém efetividade se lhe logra motivar (negativamente, no sentido de uma omissão) o potencial infrator, ou seja, apenas quando esse se mostra apto a agir conforme a norma”. E, por conta disso, a “possibilidade de agir de outro modo constitui ... um requisito implícito para que a norma penal produza efeitos preventivos-gerais”. Daí que a culpabilidade aparece como requisito de legitimidade da pena necessariamente imanente a toda constituição democrática. Da mesma maneira que os princípios de direito penal da culpabilidade e da *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos, também toda constituição de todo estado democrático de direito prevê necessariamente como norte de seu direito processual penal um implícito *princípio da verdade material*, praticamente com mesma argumentação, cf. “Direito Penal no Estado Democrático de Direito: o imprescindível nível de racionalidade de sua dogmática e a progressiva propagando do retrocesso”, *cit.*, p. 29, 32-34 e 42 e “Ensaio sobre os conceitos de crime e pena e de bem jurídico e estrutura do delito”, *cit.*, p. 71 e 74.

¹⁰⁶ GRECO, Luís. “Opõe-se o princípio da culpabilidade à penalização de pessoas jurídicas? Reflexões sobre a conexão entre pena e culpabilidade”, *cit.*, p. 67 ss.: “a frase ‘A foi punido’ é tida por incompleta; pergunta-se automaticamente ‘pelo quê?’ A necessidade intuitiva de um ‘por isso ...’ indica o caráter de

especial e a censura referente a algo verdadeiramente feito (*norma de conduta*) culpavelmente no passado por alguém.

Embora em alguns ordenamentos jurídico-penais possa se cogitar de uma culpa *autodeclarada*, em nossa tradição jurídica publicística não há que se falar em culpa se estiver se falando de um *culpa verdadeira, acima de qualquer dúvida razoável*¹⁰⁷, *declarada por tribunal, a partir do contributo trazido adversariamente pelas partes e, complementar e supletivamente, pelo próprio tribunal, no exercício do princípio da busca da verdade material*. A admissão de prática da norma de conduta proibida, em nossa tradição jurídica, significa *confissão*, meio de prova cuja veracidade será confrontada com os demais, não tendo o peso de uma *guilty plea*.

Da jurisprudência alemã, também se colhe que o imperativo da investigação da verdade no processo penal legitima-se pelo princípio material da culpabilidade: “O dever do processo penal de realizar o direito de penar do Estado protegendo os bens jurídicos do particular e da generalidade, em um procedimento ordenado enquanto à forma jurídico-processual, e com isso garantir ao ameaçado pelo peso da pena uma proteção efetiva de seus direitos fundamentais, se deduz que vem imposto ao processo penal pela Constituição o dever de assegurar o princípio derivado da dignidade do homem, como pessoas que atuam com responsabilidade própria, de que não pode se impor nenhuma pena sem culpabilidade (...), assim como a conveniência de proporcionar os dispositivos jurídico-constitucionais necessários. Como demanda central do processo penal se mostra por isso a averiguação dos fatos e circunstâncias verdadeiras, sem o que o princípio material da culpabilidade não pode ser desenvolvido (...)”¹⁰⁸.

2.3. Estado de Direito

pena como *reação* a algo em razão de que alguém é punido. Essa reação é um momento comunicativo, ao qual um conceito de pena não poderá renunciar (...) A pena representa uma reprovação, uma censura ao fato ou ao autor do fato. Uma reprovação ou censura só seriam cabíveis quando merecidas; significa dizer sob a condição de aquele que se quer punir tenha se feito culpável”.

¹⁰⁷ Sobre este *standard*, com propriedade, cf. BELTRÁN, Jordi Ferrer. “El control de la valoración de la prueba en segunda instancia. Inmediación e inferencias probatorias”, in: *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, online, n. 33, 2017, pp. 01-22, disponível em <http://journals.openedition.org/revus/4016>, acesso em 08/11/2019.

¹⁰⁸ ROXIN, Claus. *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 2000, p. 143. Também, SCHÜNEMANN, vd. *supra* e, para defender o modelo de juiz ativo, não passivo, na audiência: “Uma vez que a imposição da pena, por sua vez, necessariamente pressupõe que o juiz, atuando pelo Estado, possa estar e esteja convencido acerca da culpabilidade do acusado, o princípio da verdade material é inabdicável enquanto princípio norteador da audiência de instrução e julgamento”, cf. SCHÜNEMANN, Bernd. “Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano”, *cit.*, p. 247.

Também da jurisprudência alemã foi contruída a ideia de que o imperativo de investigação da verdade material no processo penal decorre de uma exigência do Estado de Direito¹⁰⁹. Esta fundamentação será trazida na sequência.

3. As finalidades tendencialmente contrapostas do processo penal e busca pela concordância prática do conflito de finalidades

1. A tendência de expulsão da descoberta da verdade do processo penal não defende que o processo não deva tentar se aproximar da verdade dos fatos, mas critica a *posição de centralidade da descoberta da verdade* para o direito processual penal, alçada ao *status de finalidade* ou como *condição legitimante* do processo penal¹¹⁰⁻¹¹¹. As atenções, no

¹⁰⁹ ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*, cit., p. 184: “Numa de suas formulações, a *eficácia da justiça penal*, como uma dimensão essencial do Estado de Direito: “Na medida em que o princípio do Estado de Direito contém uma ideia de justiça como componente essencial (...) ele exige também a manutenção de uma administração da justiça capaz de funcionar, sem o que não se pode ajudar a justiça a vingar. O Tribunal Constitucional tem repetidamente conhecido as necessidades irrenunciáveis de uma acção penal eficaz (...) acentuado o interesse público numa investigação da verdade, o mais completa possível, no processo penal, indicado o esclarecimento dos crimes graves como tarefa essencial de uma comunidade orientada pelo princípio do Estado de Direito”.

¹¹⁰ Por exemplo, Aury LOPES JR. (*Direito Processual Penal*, cit., p. 561 ss. e 563), em sua doutrina destina um tópico para o “lugar da verdade no processo penal”. Segundo o A., “o erro [daqueles que defendem que ‘a averiguação da verdade (ou a busca da) é o objeto fundamental do processo’] está na centralidade da verdade, como objetivo e fator de legitimação do processo penal”. LOPES JR. defende que (p. 564-565), “no processo penal, só se legitimaria a *verdade formal ou processual*”, perseguida por um “modelo formalista” com “respeito a regras precisas”; BOLDT, Raphael; CARVALHO, Thiago Fabres de. “Para além do processo: epistemologia inquisitória e a ilusão do sistema acusatório na modernidade”, in *Revista Brasileira das Ciências Criminais*, vol. 134, ano 25, São Paulo: Ed. RT, 2017, pp. 323-349, p. 340 ss.

¹¹¹ Para esta tendência, mesmo a compreensão de que o processo penal buscaria a descoberta da verdade *formal-processual-aproximativa* (de que fala LOPES JR. com sentidos aproximados), e não a verdade *real ou substancial*, não seria suficiente. Segundo autor, o problema estaria em situar a descoberta da verdade numa posição tão relevante, como a de finalidade do processo penal, posição que coloca a descoberta da verdade como uma condição legitimante do processo penal e, enfim, do poder punitivo estatal. Na realidade – segundo LOPES JR., – a descoberta da verdade, ainda que não expulsada do processo penal como um todo, não seria uma de suas finalidades. A descoberta da verdade seria *contingencial*, uma possibilidade de resultado da sentença. Legitimante, mesmo, para o processo penal, seria o respeito a direitos fundamentais dos acusados e ao devido processo: “desconstruir o mito da verdade real não é suficiente, é necessário questionar também a ‘verdade processual’ e, principalmente, a ‘ambição de verdade’. A ‘verdade processual’ não está isenta de críticas, como veremos. Não se trata, desde logo advertimos, de negar a verdade no processo penal, senão de discutir qual é o ‘lugar’ que ela ocupa: legitimante do poder jurisdicional ou contingencial, deslocando o argumento de legitimação para o respeito ao devido processo (...). A verdade (ainda que processual) não é fundante ou legitimante do processo, senão contingencial. Importa fortalecer o respeito às regras do devido processo e evitar-se o outro extremo – decisionismo”; “O que propomos não é negar a verdade, mas sim um deslocamento da discussão para outra dimensão, em que a verdade é contingencial e não estruturante do processo. Dessa forma, não se nega a verdade, mas tampouco a idolatramos (evitando assim incidir no erro de dar ao processo a missão de revelar a verdade na sentença, o que conduziria à matriz inquisitorial). A verdade, assim, é contingencial e a legitimação da decisão se dá por meio da estrita observância do contraditório e das regras do devido processo”, cf. LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*, op. cit., p. 566 e 571.

processo, deveriam estar voltadas àquela que se afigura como sua verdadeira condição de legitimidade: a proteção de direitos fundamentais, das regras do jogo.

2. Não obstante, a verdade é que não há que se fazer uma escolha entre qual será a condição legitimante do processo: não são *excludentes* as finalidades processuais penais da descoberta da verdade e de proteção de direitos fundamentais, no sentido de que *ou* se concebe a legitimidade do processo penal em torno de uma *ou* de outra¹¹².

O valor da “verdade” no processo penal, ínsito à tarefa de apurar fatos e dirimir suspeitas, incontornavelmente coexiste com um conjunto de outros valores fundamentais específicos, mas, por suas próprias naturezas, os valores coexistem não sempre harmonicamente, mas tensionados, com tendências opostas, apontarão para soluções e caminhos diversos. A busca da verdade e o respeito a garantias individuais configuram ambos, como ensina FERRAJOLI¹¹³, condições de legitimidade do próprio Poder Judiciário, da jurisdição, mesmo que tenham natureza tendencialmente antitética.

Constitui fundamento da legitimidade do poder judicial a “*verdade processual* da apuração dos pressupostos da decisão em que consiste a aplicação judicial da lei. (...) uma verdade relativa, aproximativa, por assim dizer, e ainda sustentada por provas além de uma dúvida razoável, o que só pode advir do respeito daquelas garantias epistêmicas de verificabilidade e falsificabilidade em abstrato, e de verificação e falsificação em concreto, que são as garantias penais e processuais. Dizemos que uma sentença é justa,

¹¹² Maria João ANTUNES ensina que, “ao processo penal, são apontadas três finalidades essenciais: a realização da justiça e a descoberta da verdade material, finalidades que são autônomas entre si; a proteção perante o Estado dos direitos fundamentais das pessoas (do arguido, mas também de outras pessoas); e o restabelecimento da paz jurídica (comunitária e do arguido) posta em causa com a prática do crime”, cf. *Direito processual penal, cit.*, p. 14. ANTUNES enfatiza que a investigação da verdade e a proteção de direitos no processo penal não são sempre finalidades integralmente harmoniosas; elas possuem caráter antinômico, antitético, razão pela qual podem conflitar em uma série de *pontos* da estrutura processual penal e de *questões jurídicas controvertidas* ocorridas no processo. TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. *Prova e verdade*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 15 e 17-21.

¹¹³ FERRAJOLI, Luigi. “Constitucionalismo e jurisdição”, *cit.*, p. 233-235: No mundo de hoje, há consistente expansão da jurisdição e dos espaços da vida concreta por ela ocupados, em decorrência do alargamento do papel do Direito reforçado pela consolidação do paradigma constitucional “Dessa expansão da jurisdição segue um crescimento do poder judiciário que, por sua vez, exige um reforço das suas condições de legitimidade” (p. 246). “A cada novo poder e a cada expansão dos antigos poderes deve corresponder uma expansão correspondente da legalidade, capaz de regular e limitar o exercício desses poderes” (p. 238). Repensando sobre as fontes de legitimação da jurisdição FERRAJOLI ensina, além das duas fontes de legitimidade do Poder Judiciário referidas no texto, a da «*sujeição do juiz somente à lei*». Ao contrário dos outros poderes públicos, cuja sujeição à lei exige apenas o respeito a normas “o exercício do poder judicial também exige a *aplicação substancial* dessas normas”. E “é neste «somente» que reside o primeiro fundamento da independência da jurisdição. É, portanto, evidente que a sujeição à lei, sujeição essa que consiste na aplicação substancial da lei, será tanto mais vinculante para os juízes quanto mais precisas, determinadas e taxativas forem as normas que eles serão chamados a aplicar”. O legislador, como forma de limitar a discricionariedade judicial, deve produzir “normas de significado tão claro e unívoco quanto possível” (p. 236). E, por fim, a última fonte de legitimidade do poder judicial seria dada pelo *controle sobre o exercício ilegal de poder* (p. 238-239).

bem como válida, somente se consideramos plausivelmente verdadeira, embora não absolutamente certa, a sua motivação, mas nós dizemos que ela será injusta no caso contrário. Certamente, o julgamento é sempre um saber-poder. Mas ele será tanto mais legítimo, quanto maior o saber e menor o poder¹¹⁴”.

E, ainda com FERRAJOLI, também se afigura como fundamento de legitimidade do poder da jurisdição a “*garantia dos direitos individuais e, em particular, dos direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos*”, inclusive como condição para justificar independência do judiciário¹¹⁵ - não de forma excludente à busca da verdade.

3. O valor da “verdade” e da “proteção de direitos” no processo penal são contrapostos, mas não inconciliáveis. Dentre estes outros valores, listam-se a presunção de inocência, o *nemo tenetur se ipsum accusare*¹¹⁶, as garantias de defesa (contraditório, produção de prova), a reserva de juiz, a imparcialidade do julgador, princípio da acusação (fixação do *thema decidendum* por órgão acusador distinto do órgão julgador), princípio da motivação etc., e outros direitos fundamentais suscetíveis de restrição no bojo no processo penal, como a *intimidade* ou *privacidade* das pessoas durante o curso de métodos de investigação, sobretudo os ocultos mais invasivos – como escutas telefônicas ou ambientais; ou o direito à *inviolabilidade de domicílio*, restringido durante buscas domiciliárias.

¹¹⁴ “A dimensão de poder nunca será totalmente eliminável. No entanto, ela pode ser reduzida pelas garantias que por isso podem ser identificadas e defendidas como técnicas idôneas para reduzir, tanto quanto possível, as margens de arbítrio potestativo e para fundamentar o julgamento (sua decisão) na verdade processual ao invés de em (suas decisões sobre) valores de outra espécie. É nesta natureza tendencialmente cognitiva da jurisdição que reside o segundo fundamento da independência do poder judiciário, sem o qual não há jurisdição, mas outra coisa. De fato, nenhum consenso da maioria ou da opinião pública pode tornar verdadeiro o que é falso ou falso o que é verdadeiro. É este o significado da frase «haverá um juiz em Berlim»: um juiz deve ser capaz, graças à sua independência, de absolver, mesmo quando todos ou quase todos – jornais, forças políticas, governos, opinião pública – exigem a condenação – e de condenar quando todos ou mesmo apenas a maioria peçam a absolvição. Com aparente paradoxo, a sujeição do juiz à lei implicará a sua independência e separação diante de qualquer outro poder”, FERRAJOLI, *cit.*, p. 237.

¹¹⁵ *Idem*, p. 237-238; “Cada juiz e cada promotor se encontram, em sua longa carreira, com milhares de cidadãos: como acusado, como ofendido, como testemunha, como demandantes ou demandados. Naturalmente eles não se recordarão de cada nenhuma dessas pessoas. Mas cada uma dessas pessoas se recordará desse encontro como uma inesquecível experiência existencial. Independentemente do fato de essa pessoa ter ou não razão, ela recordará e julgará seu juiz, avaliará o seu equilíbrio ou arrogância, seu respeito ou desprezo pela pessoa humana, sua capacidade de ouvir as suas razões ou sua surdez burocrática, sua imparcialidade ou seus preconceitos, seu sentimento de humanidade ou sua inércia e insensibilidade. Ela recordará, especialmente, se aquele juiz lhe inspirava medo ou lhe despertava confiança. Somente nesse segundo caso irá entender e defender a independência como garantia sua, ou seja, como garantia dos seus direitos de cidadãos” (p. 248).

¹¹⁶ ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*, *cit.*, p. 86 ss., 120 ss., 126, 117 ss.

Assim, as finalidades processuais penais podem conflitar, e conflituam, sobretudo, em matéria de provas¹¹⁷, notadamente no que diz respeito às regras jurídico-processuais de produção e de valoração de prova. Neste território normativo, os conflitos são frequentes pois, ao mesmo tempo em que existe o imperativo de esclarecimento dos fatos, restringe-se a possibilidade deste esclarecimento, por se preverem determinados métodos de obtenção de prova a serem cumpridos (por exemplo, em Portugal, art. 171º ss. do CPP, de que são exemplos os regramentos acerca das buscas domiciliárias, no art. 177º, e das escutas telefônicas¹¹⁸), determinadas proibições de meio de prova (art. 126º) e proibições de valoração de prova¹¹⁹ (por exemplo, as obtidas ilicitamente, a valoração do silêncio do arguido etc.). Enquanto a investigação da verdade recomendará que se entre na casa da pessoa para obter um documento, que se intercepte uma ligação telefônica, que tente se extrair uma confissão, aqueles direitos levantam-se e impõem limitações. Diante de uma prova cuja produção se afigure de questionável licitude, a *descoberta da verdade* recomendará sua admissibilidade e valoração, enquanto a *não-desproteção excessiva de direitos* poderá inclinar para solução diversa. Daí porque as finalidades processuais da descoberta da verdade e da realização da justiça, apesar de tradicionalmente apresentarem-se conjuntamente, não caminham necessariamente emparceiradas: a solução justa poderá resultar legitimamente na eliminação do conhecimento obtido com desrespeito a direitos e, portanto, na contramão da descoberta da verdade.

Porque de naturezas tendencialmente contrapostas, será preciso, como explica DIAS, “operar a *concordância prática* das finalidades em conflito; de modo a que de cada uma se salve, em cada situação o máximo conteúdo possível, otimizando os ganhos e minimizando as perdas axiológicas e funcionais¹²⁰”, ao que se foi paulatinamente associando a ideia de uma esfera intangível asseguradora de um núcleo mínimo de dignidade intocável. Segundo SANTOS, “a teleologia do processo penal, num Estado de Direito, supõe a constante procura da solução que mais cabalmente contribua para a

¹¹⁷ PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos...*, op. cit., p. 21.

¹¹⁸ A propósito especificamente das finalidades processuais penais conflituantes no regime das escutas telefônicas, ensina Maria João ANTUNES: “A natureza marcadamente subsidiária e excepcional deste meio de obtenção de prova, subordinado aos denominados ‘crimes do catálogo’, a competência reservada do juiz de instrução e a cominação de nulidade em caso de inobservância de seus requisitos e condições relevam da intenção de harmonizar a finalidade de realização da justiça e descoberta da verdade material com a de proteção de direitos fundamentais sacrificados na escuta telefônica”, cf., *idem*, p. 123; TORON, Alberto Zacharias. *Habeas Corpus. Controle do devido processo legal...*, cit., p. 29.

¹¹⁹ Para diferenças entre *proibições de prova* e *meras regras de produção da prova*, cf. ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*, cit., p. 83 ss.

¹²⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. “O novo Código de Processo Penal”, in: *Textos Jurídicos I*, Ministério da Justiça, 1987, p. 13.

*concordância prática*¹²¹”: a solução do conflito virá da busca da maximização de cada uma das finalidades, assegurado o não esvaziamento de seu conteúdo mínimo. Estas reflexões demonstram que a maior conformação teleológica possível do processo penal implica a adoção de um paradigma *conciliatório*. Afinal, como ensina ROXIN, a busca da verdade e a proteção do indivíduo consiste na antinomia central do processo penal – proteção frente a coação estatal à autoincriminação involuntária e da esfera privada, por exemplo. “Todo direito processual penal legalmente instituído se enfrenta ante a necessidade de harmonizar, por um lado, o interesse na busca da verdade, por outro, o interesse do processado em salvaguardar seus direitos individuais¹²²”. Daí colherem-se as acertadas lições da jurisprudência alemã, no sentido de que a resolução de casos particulares deve tentar salvaguardar os interesses contrapostos, “com o final de que o necessário esclarecimento material e os direitos dos participantes do processo não se menoscabem mais do que o inevitável¹²³”.

4. O reconhecimento do *status* constitucional da finalidade processual penal da descoberta da verdade na jurisprudência do Tribunal Constitucional português

¹²¹ SANTOS, Cláudia Cruz, *O direito processual penal português em mudança*, cit., p. 39. Como ensina a A., “Esta concordância prática pressupõe, porém, uma análise profunda do sentido do conflito e uma procura de maximização de cada uma das finalidades, que não se basta com um raciocínio aritmético: menos protecção de direitos fundamentais não equivale necessariamente a mais descoberta da verdade; menos liberdade não equivale necessariamente a mais ordem”. Nem tampouco, acresça-se, menos observação de formalismo equivaleria a mais descoberta de verdade. Por exemplo, nas *prova por reconhecimento*, art. 147º CPP português, e *prova por reconhecimento de pessoas* (art. 226, CPP) ou *fotográfico*, no direito brasileiro: o afastamento de requisitos atinge garantias e contamina a possibilidade de descoberta da verdade, produzindo uma verdade menos certa, menos segura, menos verdadeira – elementos probatórios com reduzida confiabilidade, ou seja, não favorece a concordância prática, não maximiza as finalidades, as asfixia. Sobre: IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Valoración da Prova e Sentença Penal*, Rio de Janeiro: Editora *Lumen Iuris*, 2006, p. 15-17 e notas de rodapé 42 e 46.

¹²² ROXIN, Claus. *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*, cit., p. 121. Sintetizando as exigências de um Estado de Direito com as de um Estado Social, ROXIN diz que “o Estado de Direito reclama a proteção mais efetiva possível do indivíduo e da sociedade” (a, vd. *infra*, «capacidade de funcionamento da Justiça Penal»: “necessidade de uma eficaz função protetora do Direito Penal”), “assim como a maior proteção possível dos direitos do autor, que não pode converter-se em objeto de intervenções estatais desproporcionadas. Ambos os fins do Estado de Direito – proteção da sociedade e salvaguarda da liberdade – são de natureza antagônica e tem que encontrar um equilíbrio que satisfaça ambos componentes” (p. 31-32). O processo penal representa situação conflitiva entre o cidadão e o Estado, a mais intensa confrontação com o Poder soberano estatal. A meta do processual penal de descobrir a verdade a respeito de um fato punível não é um fim em si mesmo, mas um fim-intermédio para reestabelecer-se a paz jurídica e a validade da norma penal lesionada. O esclarecimento dos fatos em que se fundam a suspeita obriga a considerar-se permanentemente a possibilidade de que o inculcado seja inocente. A verdade não deverá ser investigada a qualquer preço, mas respeitando os direitos fundamentais do indivíduo, cf. ROXIN, Claus, [et. al.], *Introducción...*, cit., p. 133-135.

¹²³ ROXIN [et. al.], *Introducción...*, cit., p. 145.

Podem colher-se das fundamentações do Tribunal Constitucional português que a *descoberta da verdade* como finalidade *autônoma* do processo penal, vertida no *princípio da investigação* ou da *verdade material*, já foi reconhecida com *status* constitucional, para solucionar casos concretos¹²⁴.

Por exemplo, o TC foi instado a julgar a constitucionalidade da audiência de julgamento realizada sem a presença do réu, embora ele tivesse sido notificado, concluindo por sua inconstitucionalidade. No acórdão nº 394/89¹²⁵, o Tribunal deixou claro que, para chegar a esta solução, não estava sendo declarada violação ao direito de defesa ou ao princípio do contraditório porque, como o acusado fora notificado, teria sido respeitada «*a possibilidade hipotética da integração do contraditório*». O julgamento de inconstitucionalidade fundamentou-se na violação ao dever estatal de apurar de forma eficaz a verdade material no processo penal. “Ao processo penal não cumpre apenas garantir o direito de defesa. Ele tem também que assegurar o apuramento da verdade material”. Sem o arguido em audiência de julgamento, fica prejudicado “o *princípio da imediação da prova*, que é pressuposto da obtenção da verdade material. E, daí a possibilidade de se cometerem erros judiciais e, assim, de se ditarem sentenças injustas”. Neste julgamento, o Tribunal assentou a constitucionalidade do *princípio da verdade material* ao artigo 1º da CRP, “ínsitos na ideia do Estado de direito democrático”.

Em outra oportunidade, no acórdão nº 137/02¹²⁶, o TC foi instado a julgar a constitucionalidade da situação em que o júízo negou a *juntada de documento oferecido pelo arguido intempestivamente*, na audiência de instrução e julgamento (sem alegação ou prova da impossibilidade de juntá-lo em tempo). O entendimento do Tribunal foi no sentido de que a interpretação que recusou o documento, mesmo que juntado intempestivamente, violou o princípio da investigação ou da verdade material – que “tem valor constitucional” e, embora possa sofrer restrições, “tem o seu campo essencial de aplicação na audiência de julgamento”. Nesta oportunidade, o TC assentou que o *significado* do *princípio da descoberta da verdade material* é que “o tribunal de julgamento tem o poder-dever de investigar por si o facto, isto é, de fazer a sua própria

¹²⁴ Sobre: cf. ANTUNES, Maria João. *Direito Processual Penal*, op. cit., p. 21, 171-172; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*, op. cit., p. 71, 136 e ss., 148 e ss. e 254.

¹²⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PORTUGAL. *Acórdão 394 de 18 de maio de 1989*: processo nº 93/88. Relator: Messias Bento. Disponível em: «<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19890394.html>». Acesso em: 13 fev. 2020.

¹²⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PORTUGAL. *Acórdão 137 de 03 de abril de 2002*: processo nº 363/01. Relator: Sousa e Brito. Disponível em: «<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020137.html>». Acesso em: 13 fev. 2020.

‘instrução’ sobre o facto, em audiência, atendendo a todos os meios de prova não irrelevantes para a descoberta da verdade, sem estar em absoluto vinculado pelos requerimentos e declarações das partes, com o fim de determinar a verdade material”¹²⁷.

Quanto aos *fundamentos constitucionais* do *princípio da descoberta da verdade material*, no processo penal, o TC construiu cinco linhas argumentativas. Primeira: se o próprio *direito penal* e o próprio *direito processual penal* têm assento constitucional, a *descoberta da verdade* seria um pressuposto de realização destes ramos do direito, ou melhor, de realização de seus *fins* (1). O segundo fundamento do *princípio da verdade material* seria o *princípio da culpabilidade* [que deriva da dignidade da pessoa humana (art. 1º, CRP) e é implicado ou pressuposto no *Estado Democrático de Direito* (art. 2º, CRP), no *direito à integridade moral* (art. 25º, nº 1, CRP)¹²⁸ e no *direito à liberdade* (art. 27º, CRP)] e um de seus traços fundamentais: o princípio da culpabilidade tem *base ontológica, conteúdo intrínseco de verdade* (2). O terceiro fundamento é o *princípio da necessidade das penas* (art. 18º, nº 2, CRP): penas só são necessárias se aplicadas aos verdadeiros culpados; do contrário, seriam *contraproducentes*, por poderem motivar revolta, provocar desespero, vingança, e não contribuir para a *prevenção geral positiva*, isto é, para a internalização de valores jurídicos (3). O quarto fundamento é o *princípio da jurisdicionalidade do direito penal e de sua aplicação* (art. 27º, nº 2 e 32º, nº 4, CRP) (4). E, por fim, ela fundamenta-se no imperativo de *administração da justiça pelos tribunais* (art. 202, nº 1, CRP), que pressupõe uma «justiça» baseada na verdade (5).

5. O reconhecimento do *status* constitucional da finalidade processual penal da descoberta da verdade e o sentido de sua utilização na jurisprudência alemã

O Tribunal Constitucional alemão, tal qual o português, reconhece a finalidade processual penal da descoberta da verdade e seu *status constitucional*, ora dando-lhe primazia, ora afastando-a¹²⁹, quando ela contende no processo com outros valores

¹²⁷ Baseando-se em “Cavaleiro de Ferreira, *Curso de Processo Penal*, I, 1955, p. 49; Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, I, 1974, p.72” e “Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 20ª edição, 1987, p. 76”.

¹²⁸ Também, ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*, cit., p. 126.

¹²⁹ “Não é um princípio da Lei Processual Penal que se tenha de investigar a verdade a qualquer preço. Com efeito, essa opinião jurídica tem como consequência que importantes meios, em determinadas circunstâncias os únicos, para o esclarecimento dos fatos puníveis tornem-se inservíveis. Sem embargo, isto tem que ser aceite”, colhe-se do *BGH*, cf. ROXIN, Claus [et. al.]. *Introducción al derecho...*, cit., p. 138; ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*, cit., p. 190-192; ANDRADE, op. cit., p. 117 ss.

fundamentais, sobretudo a intimidade, o *nemo tenetur* e os direitos de esclarecimento¹³⁰. Nos casos concretos em que a averiguação dos fatos chocou-se com outras finalidades de observância cogente no processo penal, os tribunais buscam a solução mediante a análise do alcance dos distintos interesses em causa e sua *ponderação* com a busca da verdade – o que por vezes pode ser problemático.

De que forma é dogmaticamente tratado pela jurisprudência alemã o conflito entre a finalidade processual penal da *descoberta da verdade* e a da *proteção, ou não desproteção excessiva, dos direitos no processo penal*¹³¹? O início da resposta volta-se para a ideia segundo a qual o direito processual penal pode considerar-se *direito constitucional aplicado*¹³²; e, o fim dela, para a ideia de possibilidade ou não, a licitude ou ilicitude, de *valoração de provas* obtidas de forma ilícita, com intervenção excessiva em direitos fundamentais, ou com circunvenção, contornando, desviando do alcance do âmbito protetivo de direitos¹³³.

¹³⁰ Sobre direitos de informação e advertência sobre direito ao silêncio no processo penal português, cf. ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*, cit., p. 86 ss, 126.

¹³¹ Indagação inscrita na busca por “encontrar um equilíbrio entre o interesse de persecução estatal e o interesse de liberdade dos cidadãos”, JAUERNIG/ROXIN *apud*, WOLTER, Jürgen. “Dignidade humana e liberdade no processo penal”, in: WOLTER, Jürgen. *O inviolável e o intocável no direito processual penal. Reflexões sobre dignidade humana, proibição de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal*, org. e int. GRECO, Luís; Trad. LEITE, Alaor. São Paulo: Marcial Pons, 2018, pp. 83-108, p. 83; ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*, cit., p. 142 (“dois tópicos argumentativos”: “enunciado dos direitos da personalidade” e “ponderação de interesses”).

¹³² Para expressar este entrecruzamento entre o direito processual penal e o direito constitucional, a doutrina alemã já afirmou, além do direito processual penal como direito constitucional aplicado (Sax, 1959), que o código de processo penal seria como a *lei de execução da Lei Fundamental* (Schmidt, 1964), ou que o processo penal seria como o *sismógrafo da constituição do Estado* (Roxin/Schünemann, 2017), cf. GRECO, Luís, “O inviolável e o intocável no direito processual penal”, cit., p. 29. Sobre: ILLUMINATI, Giulio; CAPARELLI, Bruna. “O processo penal como ‘direito constitucional aplicado’”, in: *Direito penal e política criminal*, orgs. D’ÁVILA, Fabio Roberto; SANTOS, Daniel Leonhardt dos, *ebook*, Porto Alegre: EDIPUCRS, 2015, pp. 35-48. O entrecruzamento estabelece-se, como ensina Maria João ANTUNES, não apenas à medida em que “os fundamentos do direito processual penal são, simultaneamente, os alicerces constitucionais do Estado”, mas também porque “a concreta regulamentação de singulares problemas processuais deve ser conformada jurídico-constitucionalmente”. É perceptível que os direitos que integram o conjunto de *direitos do acusado no processo penal* correspondem diretamente aos direitos fundamentais constitucionalmente previstos (presunção de inocência, contraditório, ampla defesa, recurso, a produção de prova, a advogado, à proibição de provas obtidas ilicitamente etc. - artigo 32.º da CRP e 5º, XXXVIII ss. da CF). Se singulares problemas processuais significarem intervenção, restrição ou suspensão direitos, liberdades e garantias fundamentais, atrairão todo regime constitucional pertinente, a dogmática de direitos fundamentais, cf. *Direito Processual Penal*, cit., p. 16-18.

¹³³ Como ensina GRECO, cit., a teoria alemã das provas ilícitas distingue dois momentos fundamentais, em princípio, autônomos e independentes: de um lado, o de obtenção da prova; de outro lado, o de valoração da prova. “O primeiro momento diz respeito não à reprodução da medida em audiência, à introdução dos conhecimentos no processo, e sim à realização da medida investigativa (em geral, interventiva em direito fundamental). O segundo momento significa, principalmente, o uso da prova para fundamentar uma convicção em uma sentença sobre o mérito” (p. 64). “Valorar a prova é usá-la para fundamentação da convicção do juízo na prolação de sentença de mérito” (p. 66). Por serem, em princípio, momentos autônomos e independentes os da obtenção e o da valoração, não seria possível automaticamente derivar da ilicitude de um deles a ilicitude do outro. “A dogmática alemã sobre o tema parte justamente da

Como se entrecruzariam, ou, quais seriam os pontos de interseção entre o direito processual penal e o direito constitucional? Conforme ensina GRECO, o “canal de influência” do direito constitucional sobre o direito processual penal repousa na ideia de que o *direito processual penal configura intervenção ou restrição de direitos fundamentais*, quer dizer, “há que se conceder que boa parte do processo consiste em tais intervenções, de modo que as condições de legitimidade construídas pelo direito constitucional para as intervenções de direito fundamentais são também aplicáveis ao processo penal¹³⁴”.

Basta se pensar, por exemplo, em prisões preventivas ou na aplicação de pena de prisão ao final, que restringem severamente a *liberdade ambulatoria*; ou em métodos de investigação (ocultos ou não, mas sobretudo), que restringem o direito à *intimidade* ou à *privacidade* da pessoa. Ou se pensar, nos direitos que podem ser restringidos com a *publicidade* do processo penal, como a *intimidade* (caso existam conteúdos íntimos ou privados, como fotos ou conversas), ou o direito à *honra*, que se vê atingido por poder prejudicar a *reputação* e o *nome* da pessoa ter contra si movido o processo penal. Além

independência entre a licitude ou a ilicitude da obtenção da prova e a valorabilidade [ou valoração] dessa mesma prova: há provas ilícitas valoráveis e provas lícitas impassíveis de valoração”. Mas se diz “em princípio”, porque os defeitos de um podem ter efeitos sobre o outro, apenas não automaticamente (p. 26 e 64). Na literatura portuguesa, em sentido que parece acompanhar os referidos momentos de produção e valoração da prova, Paulo de Sousa MENDES divide as proibições de prova (ou *regras de exclusão*) entre proibições de produção de prova e proibições de valoração da prova. Aquelas abrangeriam os temas de prova proibidos, os meios de provas proibidos e os métodos proibidos de obtenção de meios de prova, como procedimentos contrários aos direitos de liberdade ou violadores das formalidades. As proibições de valoração da prova, MENDES analisa-as de acordo com o defeito de produção da prova: primeiro, haveria proibições de produção de prova cuja violação prejudica o uso das provas (o que seria mais comum); ou poderiam haver proibições de produção de prova cuja violação não traz consequências processuais; e, por fim, há proibições de valoração da prova estranhas à existência de qualquer defeito na anterior produção da prova (o que, no fundo, aproxima-se do posicionamento da doutrina alemã). Ainda segundo o A., a violação de uma proibição de valoração da prova acarreta a invalidade do ato processual, capaz de legitimar uma pretensão eliminatória de seus efeitos jurídicos. No *plano do dever-ser*, não existiriam graus ou níveis de invalidade (ou se é válido ou inválido), mas, no *plano do ser*, os atos processuais inválidos não poderiam ser uniformes em suas consequências, mas deveriam dar origem a uma pluralidade de tratamentos que variam em função da gravidade e da natureza da violação. Assim, as leis adjetivas processuais penais costumam diferenciar, em seu regime de nulidades, as insanáveis (oficiosamente declaráveis em qualquer estado do procedimento), das nulidades dependentes de arguição, e estas das meras irregularidades. Cf. MENDES, Paulo de Sousa. “As proibições de prova do processo penal”, *cit.*, p. 133 ss. Ao contrário destes modelos, no Brasil, como compara GRECO (*cit.*, p. 26), o tema vem sob a rubrica da «prova ilícita» com determinação de desentranhamento: o art. 5º, LVI, da CF, ordena a inadmissibilidade no processo de provas obtidas por meios ilícitos (cuja interpretação literal excluiria a utilização de toda prova ilícita, portanto inclusive a de inocência, e tornaria “estranha” a possibilidade de que provas fossem lícitamente obtidas, mas de valoração inadmissível), e o art. 157, do CPP, diz que “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”. Nosso modelo parece substituir o conteúdo da “ilicitude de valoração da prova” pela regra de desentranhamento das provas ilícitas (leia-se: provas obtidas ilicitamente) do processo, somado ao brocardo «o que não está nos autos não está no mundo».

¹³⁴ GRECO, Luís, “O inviolável e o intocável no direito processual penal”, *cit.*, p. 30.

dos que se afiguram de específica pertinência para o processo-crime, direitos fundamentais processuais como a presunção de inocência, os direitos de defesa (ao contraditório, à produção de prova), o devido processo legal, o princípio do *nemo tenetur*, os direitos de esclarecimento sobre os próprios direitos^{135_136} etc.

¹³⁵ Além de *ter* direitos, como ao silêncio (§ 136 I 2 StPO), à consulta com advogado (§ 137 I 1 StPO), a não ser coagido a fazer prova contra si mesmo (*nemo tenetur*) etc., como ensina Luís GRECO, a pessoa contra a qual se dirige o processo penal tem *direito a ser esclarecido sobre seus direitos* («*direito de informação*»), “afinal, quem não sabe desses direitos, poderá ver-se faticamente impedido de fazê-los valer”, cf. “O inviolável e o intocável no direito processual penal”, *cit.*, p. 59-60. É neste ponto que residiria o que WOLTER sustenta como *proibição de circumvenção*: como o CPP alemão só impor os deveres de esclarecimento desses direitos a situações de interrogatórios (entendidos formalmente pela jurisprudência, como ato conduzido pela autoridade judicial em que esta busca informações do imputado), às situações que não se amoldassem formalmente a ele (quando se vale de informantes particulares ou *homens de confiança*, por exemplo) não incidiriam os deveres de esclarecimento; pelo que, se a situação em que se obtém as informações do acusado não estiver protegida pelo § 136 do StPO (que só vale para *interrogatório*), que prevê os deveres de esclarecimento (informar que se tem direito ao silêncio e à advogado), as proibições do uso de coação e de fraude, pode se acabar por legitimar a valoração do material obtido de uma situação em que o imputado foi provocado a se autoincriminar, envolvido em conversas autoincriminatórias, com questionável compatibilidade ao *nemo tenetur*, cf. WOLTER, Jürgen. “Proibições de prova e proibições de circumvenção: entre a busca da verdade e a proibição de devassamento”, *cit.*, p. 115 e ss.

¹³⁶ Sobre o tema, cf. ROXIN, Claus. “Por uma proibição de valorar a prova nos casos de omissão do dever de informação qualificada – reflexões sobre a decisão do 4.º Senado do *Bundesgerichtshof* (BGHST, 53, p. 112 e ss.)”, in: *Novos estudos de direito penal*. LEITE, Alair (org. e trad); GRECO, Luís (trad.). São Paulo: Marcial Pons, 2014, pp. 214-220. Os deveres de esclarecimento a que se referiu corresponde ao dever de informação *simples*, e a consequência de sua violação conduz a uma proibição de valoração de prova. Questão controversa surge quanto às implicações do dever de informação *qualificada*. O dever de informação qualificada refere-se à informação adicional que deverá ocorrer no segundo depoimento, acerca da impossibilidade de valoração do primeiro interrogatório ocorrido sem a informação simples. “Busca-se evitar que o indiciado renuncie ao seu direito de permanecer em silêncio (no segundo interrogatório) por pensar que, possivelmente, a autoincriminação resultante de depoimento anterior ocorrido com a violação do dever de informação simples não possa mais ser de alguma forma apagada”. Isso não se confunde com a devida informação, no segundo interrogatório, sobre o direito ao silêncio (este seria dever de informação simples); trata-se de um dever de esclarecimento *adicional*, no sentido de que o primeiro depoimento será impassível de ser valorado, afinal, o indiciado pode erroneamente crer estar a ele vinculado. As autoridades dos órgãos da justiça penal não podem retirar qualquer utilidade das violações ou esquivas conscientes de dispositivos jurídicos, como os que determinam cumprir os deveres de informação. Isso pode ocorrer quando, mesmo diante de fatos elementos que fundamentariam uma condição de indiciado, a polícia arditosamente ouve o sujeito como testemunha, como uma forma de «drible de garantias», aproveitando-se do compromisso com a verdade que possui a testemunha. Se o indiciado pensar que seu depoimento anterior, prestado sem o esclarecimento, poderá ser valorado em seu desfavor, de nada mais adiantará fazer uso do silêncio no segundo interrogatório (p. 214-216). A jurisprudência alemã exige, de forma louvável, o dever de informação qualificada. Todavia, de forma menos louvável, entende que “diante de uma omissão do dever de informação qualificada causado por esquecimento ou erro de direito por parte dos funcionários da justiça, apenas se pode afirmar uma proibição de valorar a prova após «uma ponderação no caso concreto»”; especificamente: ponderação com o «interesse no esclarecimento dos fatos». O problema de um tal entendimento está em que ele conduzirá quase sempre à não aplicação da proibição de valorar a prova. Um interesse dessa ordem, «interesse no esclarecimento dos fatos», sempre existirá e, se ele sempre se sobrepuser às garantias do dever de informação, a omissão no cumprimento desse dever nunca conduzirá a uma proibição de valorar a prova. Ademais, princípios jurídico-constitucionais, como o direito ao silêncio, não podem ter sua existência dependente das opiniões ou conhecimentos jurídicos dos órgãos de persecução. Caso seja assim, se deveres jurídicos permanecerem indefinidamente desconhecidos pela polícia, a omissão de seu cumprimento jamais acarretará qualquer consequência prática, e a responsabilidade continuará a ser colocada sobre os ombros dos mais fracos.

Assim, se o processo penal representa intervenção ou restrição de direitos fundamentais e se o Estado tem como dever protegê-los, como explica WOLTER, devem existir *mecanismos processuais de proteção* que podem conduzir a medidas de preparação ou prevenção, tanto antes quanto possível, para assegurar o não-esvaziamento da proteção de direitos fundamentais. Isto corresponde à ideia dos «deveres estatais de proteção no processo penal»¹³⁷, tais como os deveres de esclarecimento.

Como exemplo de reconhecimento de *deveres estatais de proteção* no processo penal, poderia se mencionar a decisão *BGH* alemão (grosseiramente equivalente ao STJ brasileiro e português) no *caso da amostra de voz*. Como sintetiza GRECO, “uma mulher havia sido estuprada por um homem mascarado” e “ela se crê capaz de reconhecer o criminoso com base em sua voz. O suspeito é chamado para um interrogatório na delegacia, o qual os policiais permitem seja escutado pela vítima, a partir da sala adjacente. Após escutar a conversa por um minuto, declara a vítima estar 100% segura de que essa voz seria a do criminoso¹³⁸” A prova fora valorada pelo tribunal *a quo*, mas o *BGH* cassou a decisão: considerou a prova inaceitável, por não terem sido tomadas as cautelas necessárias para reduzir os riscos de confiabilidade inerentes um procedimento de identificação como tal (por exemplo, a *comparação*). Pelo que, desacompanhada, a produção da prova apresenta graves reservas de veracidade, credibilidade e fiabilidade¹³⁹.

De forma simplificada, como ensina GRECO¹⁴⁰, concluir estar-se diante de uma intervenção justificada ou de uma devassa do direito fundamental implica passar por um

¹³⁷ WOLTER, Jürgen. “Dignidade humana e liberdade no processo penal”, *cit.*, p. 86-87.

¹³⁸ GRECO, Luís, “O inviolável e o intocável no direito processual penal”, *cit.*, p. 73. Criticamente, WOLTER, Jürgen. “Proibições de prova e proibições de circunvenção: entre a busca da verdade e a proibição de devassamento”, *op. cit.*, p. 120 e ss.

¹³⁹ GRECO, *ibidem*. No entanto, na decisão o tribunal também assentou que, respeitada a adoção de cautelas, não haveria óbice à valoração da prova: não haveria a *fraude* proibida pelo § 136 do StPO – sobretudo se não houver *gravação* das declarações do imputado. Gravação de conversa não-pública sem o consentimento do afetado é delito previsto no § 201 StGB. A gravação poderia ocorrer, mas para isso é preciso autorização judicial; ignorá-la, configuraria uma *circunvenção à reserva de jurisdição* (*idem*, p. 70).

¹⁴⁰ GRECO, Luís, *op. cit.*, p. 31-32. Intervenção é o que carece de justificação. Uma intervenção não-justificada é o que se se chama de *lesão* ou *violação* a direito fundamental. Há uma categoria especial de direitos fundamentais em que “intervenção” confunde-se com “violação”, ou seja, categoria na qual a intervenção é impassível de justificação. A isto se diz tratarem-se de direito *intocáveis*. Portanto, é diferente dizer que o direito fundamental é inviolável ou que ele é intocável. Liberdade de locomoção, sigilo de telecomunicações e inviolabilidade domicílio são *invioláveis, mas não intocáveis*: por serem invioláveis, não significa que nunca possam sofrer intervenção, mas que somente podem sofrer uma intervenção se esta for justificada, formal (reserva de lei) e materialmente (valor importante); do contrário, se não justificada, de intervenção não mais se trata e sim de violação. Por outro lado, a *dignidade humana*, por exemplo, seria intocável, impassível de qualquer intervenção (p. ex. com a tortura), justificada ou não (pela *proporcionalidade*, por exemplo). Independentemente do debate doutrinário sobre se a *dignidade da pessoa humana* seria ou não um direito fundamental, e apesar da abusiva *sobreutilização* que dela se faz, parece que a dignidade, além de intocável, perpassaria por alguns ou mesmo todos os direitos fundamentais.

raciocínio tripartido: delimitar o âmbito de proteção do direito, verificar se a intervenção estatal adentra-o e, se sim, analisar a justificação da medida. Cada específico direito fundamental (processual ou não) tem seu determinado âmbito de proteção, que determinará quais “pedaços da vida” serão protegidos, alcançados pelo direito fundamental em questão. Por exemplo, o direito fundamental à intimidade alcança as páginas escritas de um diário, o conteúdo de mensagens conversadas pelo celular, ou o conteúdo de uma ligação; o direito a ser esclarecido sobre o direito de não se autoincriminar alcança as situações em que alguém é interrogado e etc.. Caso a conduta estatal adentre neste âmbito de proteção, restringindo-o como se ele não existisse, como mediante a apreensão deste diário, o acesso a estas conversas ou a escuta telefônica, esta intervenção *carecerá de justificação*, pois direitos fundamentais são *invioláveis*. Uma intervenção não-justificada equivaleria a *lesão* ou *violação* a direito fundamental. Serem invioláveis não significa que direitos fundamentais não possam sofrer intervenção, mas significa que não podem sofrer intervenções não-justificadas¹⁴¹.

Por exemplo, colhe-se da jurisprudência alemã discussões sobre *quais pedaços da vida* estão compreendidos e protegidos pelos direitos previstos no § 136 do StPO, que materializa o *nemo tenetur*, prevendo o direito ao silêncio, à advogado, a ser informado

Apesar de não se confundirem (direitos fundamentais ao contrário da dignidade não são intocáveis), mutuamente eles seriam decorrência dela e ela os integraria em seu núcleo essencial. Por isso, também seriam intocáveis os núcleos essenciais de direitos fundamentais: estes teriam um *conteúdo mínimo de dignidade*. Se houver intervenção, há lesão. Por exemplo, a intervenção na liberdade de locomoção pode ocorrer justificadamente com a imposição de pena de prisão, trancafiando o indivíduo numa cela. Não haverá lesão a direito fundamental; não obstante, se essa intervenção restritiva à liberdade de locomoção for tão intensa a ponto de *afetar o núcleo essencial* da liberdade de locomoção (o que pode se entender de penas perpétuas, por exemplo - exclusão da sociedade para sempre, impassível de revisão), poderá se falar em *lesão* ao direito fundamental. Como circundar a intocabilidade? “A única maneira de abrir algum espaço para uma atuação estatal nesse contexto [dos direitos intocáveis] será reduzir o âmbito de proteção desse direito e, com isso, negar a existência de uma intervenção”, já que seria inócua tentar justificá-la. Se o direito fundamental fosse um alvo e a intervenção estatal um flecha, reduzir-se-ia o alvo para sustentar que o tiro não o atingiu, e não se justificaria o tiro - não se justifica a tortura, se diz que não foi tortura, cf. *idem*, p. 33-35. Contra excessivas limitações na demarcação das fronteiras do *intocável* no processo criminal, como se elas não existissem, PALMA recorda que, como fronteiras que valeriam a qualquer destinatário, não haveria como pô-las em causa sem negar-se a si a próprio sua autonomia ou a plena possibilidade de se defender de uma acusação injusta, cf. PALMA, Maria Fernanda. “Direito processual penal e direitos fundamentais: as jornadas”, in: *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, coord: PALMA, Maria Fernanda, Coimbra: Almedina, 2004, pp. 11-13.

¹⁴¹ Para além das intervenções “normais” a direitos fundamentais ocorridas no processo penal, há a categoria de intervenções “bagatelares”, isto é, aquelas que se compreendem dentro de uma *cláusula geral de investigação* levada a cargo pelo Ministério Público e/ou pela polícia: embora também adentrem no alcance protetivo do direito, não o fazem para o além do “natural” em investigações processuais penais. Como exemplos de intervenções bagatelares no direito alemão, estariam a patrulha social (policamente ostensivo), a busca por um nome via *google*, uma observação duradoura de outrem (que, na Alemanha, para ser considerada uma intervenção bagatelar, deverá durar até 24 horas; mais do que isto, extrapola-se a cláusula geral de investigação e a medida carecerá de justificação), cf. GRECO, Luís, “O inviolável e o intocável no direito processual penal”, *cit.*, p. 39.

sobre esses direitos¹⁴² e às proibições de uso de fraude e de coação na obtenção de informações (autoincriminatórias) do acusado. Uma situação incontrovertidamente alcançada por esses direitos é a do *interrogatório*: ato conduzido pela autoridade estatal para obter informações do investigado. Já se outras situações, outras pedações da vida, estão compreendidos no alcance destes direitos seria mais controvertido. Por exemplo, a situação de uma conversa telefônica entre um traficante de drogas e um *homem de confiança* que, após ter conhecimento sobre as atividades ilícitas e comunicar o fato à polícia, recebeu a tarefa de fingir ser cúmplice do traficante. “O homem de confiança ligou da própria delegacia de polícia para a casa do traficante e conversou sobre detalhes do negócio relativo às drogas”, envolvendo o acusado em conversa autoincriminatória¹⁴³. Outro exemplo, o “pedaço da vida” em que um *homem de confiança como companheiro de cela*, introduzido pela polícia, extrai informações autoincriminatórias do acusado preso preventivamente, que cria estar diante de alguém em quem pudesse confidenciar¹⁴⁴.

Via de regra, justificações de intervenções no âmbito protetivo de direitos fundamentais devem ter uma componente formal (*reserva de lei que as fundamente, que preveja a medida interventiva*¹⁴⁵) e uma componente material, quer dizer, há-de existir

¹⁴² Em 1992, o *BGH* reconheceu que “o descumprimento do dever previsto no §136 I 2 StPO [*dever de informação*], de, em interrogatórios, instruir o imputado a respeito do seu direito ao silêncio, tem como consequência a proibição de valorar as declarações do imputado em seu desfavor (...). O fim do esclarecimento é dissipar a falsa, mas difundida suposição de que existiria um dever de prestar declarações diante das instâncias de persecução”. Ressalva: não haverá proibição de valorar as declarações obtidas sem o prévio esclarecimento se (i) “o direito ao silêncio já era de conhecimento do imputado” ou (ii) – controvertida – “nos casos em que o imputado que dispões de advogado não formula, na audiência, objeção à valoração”. cf. GRECO, Luís, *op. cit.*, p. 73.

¹⁴³ GRECO, Luís, *op. cit.*, p. 70: Prevaleceu no *BGH* “inadmissível a introdução da prova na audiência e a sua valoração”, fundamentando-se nas ideias do Estado de Direito, do princípio do *nemo tenetur*, e na proibição de fraude (§ 136a StPO) – teria havido provocação fraudulenta de que o acusado se autoincriminasse. Segundo ANDRADE, “o arguido não pode ser fraudulentamente induzido ou coagido a contribuir para a sua condenação”, cf. *Sobre as proibições de prova em processo penal, cit.*, p. 121.

¹⁴⁴ GRECO, Luís, *op. cit.*, p. 71-72: Prevaleceu no *BGH* (1986) “inadmissível a introdução e a valoração do testemunho do colega de cela na audiência”, fundamentando-se na violação à proibição do uso de *coação em interrogatórios* (§ 136a I StPO). Aqui entendeu-se que o dispositivo (que só se aplica a interrogatórios) poderia ser aplicado “de forma correspondente”, de “forma analógica”, eis que diante de um *meio de obtenção de informações do acusado pela polícia*. Mas um meio *ilícito*, por aproveitar-se do ambiente *coativo* da prisão preventiva. Critica-se a decisão por talvez tratar-se menor de coação e mais de fraude. O *caso da vidente* é semelhante (*idem*, p. 75): em troca da confissão de outras presas, uma vidente oferecia-lhes favores mágicos (absolvição, diminuição de penas) e, depois, comunicava o conteúdo das confissões à polícia (que sabia da prática há anos). Prevaleceu no *BGH* (1998) “inaceitável a valoração dos testemunhos” da vidente. Embora não fosse um *interrogatório*, aplicou-se a regra da proibição do uso de coação em interrogatórios, que se aplicaria por correspondência à extração de informações de pessoas presas.

¹⁴⁵ GRECO, Luís, *op. cit.*, p. 36-41. Nesse sentido, o art. 5º, II, da constituição brasileira traz explicitamente o direito fundamental a *liberdade geral de ação* somente restringível por meio de lei, ao constar que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. No Brasil, se medidas estatais (investigativas) restringirem o direito fundamental à liberdade geral de ação da pessoa, obrigando-a a fazer ou suportar algo, deverão estar previamente autorizadas por lei.

valor a estar sendo protegido com aquela intervenção, já que esta proteção deste outro *valor* custará intervenção em algum ou alguns específicos direitos fundamentais da pessoa que, antes, cumpre ao Estado proteger¹⁴⁶. É aí que entra a *descoberta da verdade*: o argumento de que deve-se descobrir a verdade serve como componente material da justificação de intervenção em direitos fundamentais. O imperativo de *descoberta da verdade* está do outro lado da *ponderação* que comumente se faz para justificar por que, no caso concreto, terão valor probatório determinados elementos de fato obtidos mediante penetração da conduta estatal na zona protetiva de algum direito fundamental.

A *descoberta da verdade* não é a única: conforme explica GRECO, outras ideias são invocadas pela doutrina e pela jurisprudência para justificar a intervenção em direitos fundamentais no âmbito do *princípio da ponderação*. Entre elas, o *princípio da proporcionalidade* e, especificamente no âmbito processual penal, recorre-se a ideias justificadora como o *direito fundamental à segurança*¹⁴⁷ e, principalmente, a «*capacidade de funcionamento da justiça penal*»¹⁴⁸⁻¹⁴⁹. A *descoberta da verdade* vem autônoma ou ínsita, embricada à ideia de *capacidade de funcionamento da justiça penal* ou *eficiência da justiça penal*, no sentido de que a justiça penal deve ser capaz de cumprir as funções que a justificam (entre elas, condenar culpados), o que sobretudo se invoca para garantir a valoração de alguma prova, cuja licitude de obtenção se questiona, desde

¹⁴⁶ GRECO, Luís, *op. cit.*, p. 48-50.

¹⁴⁷ Sobre isso, criticamente e com exemplificações concretas, cf. de WOLTER, Jürgen. “Dignidade humana e liberdade no processo penal”, *cit.*, p. 83-84 e 92-97; e “Proibições de prova e proibições de circunvenção: entre a busca da verdade e a proibição de devassamento”, *cit.*, p. 109-110.

¹⁴⁸ GRECO, Luís, *op. cit.*, p. 48-49. O princípio da *capacidade de funcionamento do sistema de justiça penal* deriva do princípio do Estado de Direito, que funcionaria não apenas como um “dever de abster-se de violar direitos fundamentais”, mas também como “dever de realizar a justiça e, portanto, de cuidar para que o crime não permaneça impune. O Estado de direito só pode realizar-se se houver a garantia de que os criminosos serão, *nos limites das leis vigentes*, perseguidos julgados e conduzidos a sua *justa* punição. Uma justiça penal capaz de cumprir essa tarefa de justiça seria, assim, um imperativo inerente à própria noção constitucional de Estado de Direito, a qual operaria, de forma ambivalente, não apenas em favor, mas também contra o imputado”. Sobre a utilização da «*eficiência da administração da justiça*» para permitir que lei nova sobre competência se aplique imediatamente e/ou retroaja, flexibilizando a garantia do juiz natural, cf. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Juiz natural no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 462 e ss.

¹⁴⁹ WOLTER, Jürgen. “Dignidade humana e liberdade no processo penal”, *cit.*, p. 90-100; crítico à utilização do *princípio da ponderação*, WOLTER, Jürgen. “Proibições de prova e proibições de circunvenção: entre a busca da verdade e a proibição de devassamento”, *cit.*, p. 132 e ss: na busca pelo “ponto de equilíbrio, com base no princípio de proporcionalidade, entre a busca da verdade e os interesses de persecução penal, ou um lado, e a proteção aos direitos fundamentais e aos direitos humanos em um processo equitativo, por outro, (...) a razão fundamental para a faculdade de valorar uma prova apesar de sua obtenção ilícita é a reafirmação da paz jurídica por meio da investigação da verdade e da persecução penal, pouco importando que, na obtenção da prova, tenham sido desrespeitados os direitos da personalidade e o princípio do processo equitativo”.

que utilizada para se chegar à verdade de um caso de natureza grave (como homicídios¹⁵⁰).

Exemplo do conflito entre a proteção de direitos fundamentais e a descoberta da verdade pode ser colhido da jurisprudência alemã nos casos de valoração da apreensão de *diários pessoais*. Num caso concreto, como sintetiza GRECO¹⁵¹, havia se matado uma mulher aleatória e desconhecida a machadadas e a convicção sobre a autoria do imputado (por ele sempre negada) “baseou-se na valoração de registros pessoais do acusado, encontrados em uma busca em seu quarto na casa dos pais”. Os registros não continham uma confissão, mas neles o acusado revelava-se uma pessoa neurótica, que sofria pela pouca aceitação feminina e refletia sobre cometer crimes contra mulheres. Pela impossibilidade de valoração da prova, levantava-se o argumento de que os *diários pessoais* estariam compreendidos no *núcleo intocável da intimidade e da personalidade da pessoa* e, portanto, não admitiria intervenções estatais. Não obstante, no *BGH* (1987), prevaleceu a possibilidade de valorar os registros: “Considerações de criminosos sobre crimes e suas vítimas não pertenceriam ao núcleo da personalidade. Além disso, seria necessário ponderar os interesses do acusado com exigências relativas à *capacidade de funcionamento da justiça penal*, o que, levando em conta que se tratava de um homicídio qualificado, conduz a que se considere valorável a prova”. A gravidade do crime reforçou o imperativo de utilizar a verdade a que se chegara. O caso “subiu” para julgamento do Tribunal Constitucional alemão (*BVerfG* – 1989), onde a votação terminou empatada (quando se empata, prevalece não haver violação à constituição): o entendimento que prevaleceu argumentava no mesmo sentido que o *BGH*, acrescentando que “quem faz uso da forma escrita renuncia a um total controle sobre os conteúdos correspondentes”; o entendimento preterido, por outro lado, situava os registros na zona núcleo intocável, impassível de valoração¹⁵².

¹⁵⁰ WOLTER, “Proibições...”, *op. cit.*, p. 135-136: “os direitos fundamentais com conteúdo intocável referido à dignidades (como também o direito do imputado ao silêncio), em caso de suspeita de delitos graves, acabam não apenas relativizados, mas abandonados em nome da capacidade de funcionamento da justiça penal – o que é justamente uma busca da verdade a quase qualquer preço”, contendo com a ideia de que “direitos fundamentais somente podem ser limitados quando isso seja *indispensável* para a descoberta da verdade e para a obtenção de uma decisão justa”; ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*, *cit.*, p. 95 e 98: “a tendência desse tribunal superior [TC alemão] vai claramente no sentido da generalização de um princípio da ponderação que não conhece a barreira de uma *área nuclear inviolável*”.

¹⁵¹ GRECO, Luís, “O inviolável e o intocável no direito processual penal”, *op. cit.*, p. 72.

¹⁵² Num caso anterior (1964), o *BGH* havia considerado o diário impassível de valoração. Apreendeu-se diário de uma mulher cujo conteúdo revelava que ela havia mentido em juízo: na persecução contra um homem acusado por crime sexual, ela declarou que nunca teve relação sexual com ele. O diário revelava o contrário e ela foi processada por *falso testemunho*. Fundamentou-se a proibição de valoração da prova no

A finalidade processual penal da descoberta da verdade serve como componente material da justificação de intervenção em direitos fundamentais – e neste ponto, por vezes, poderá ter sua utilização em conflitos concretos criticada¹⁵³. Porque a afirmação de que deve constituir um imperativo irrenunciável do processo penal a busca da verdade dentro de regras e limites ético-jurídicos não significa que, por vezes, soluções jurídicas, no plano do direito vigente ou no plano de sua aplicação pelos operadores, possam estar desequilibradamente pendentes para a tentativa desenfreada e excessivamente obstinada de descobrir a verdade, às custas de direitos fundamentais das pessoas investigadas ou acusadas.

A utilização excessiva e porventura ilegítima da busca da verdade – quer em si, quer nas fórmulas do *princípio da verdade real* ou da *capacidade de funcionamento de justiça* – como componente material da justificação de intervenção em direitos fundamentais, ou, como artifício retórico para flexibilizar garantias, sempre poderá ser criticada; mas isso não significa que, então, deva-se expulsar da posição de finalidade do processo penal a descoberta da verdade. Mas, sim, que deve se encontrar uma outra *concordância prática* das finalidades conflitantes no caso particular.

conteúdo privado dos registros: diziam com a intimidade da moça – e não com a prática de crimes. Porém, para o *BGH*, afastando-se da ideia da *intocabilidade*, “essas informações só poderiam ser utilizadas se, segundo uma ponderação entre os interesses da privacidade e sigilo e os interesses da persecução, estes preponderassem”, o que não era o caso dada a reduzida gravidade do crime em causa (falso testemunho), cf. GRECO, Luís, “O inviolável e o intocável no direito processual penal”, *cit.*, p. 69. Sobre o tema, ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*, *cit.*, p. 98 ss, 146 ss. (comparando com soluções processuais norte-americanas): para o direito americano, prevalece solução de rigidez formal: “o que é decisiva é a licitude ou ilicitude processual do acesso ao diário (...) a valoração será excluída se o diário foi apreendido de modo ilegal” (*Morrison v. United States*, 1958); (...) na Alemanha, decisivo será o *conteúdo do diário*, se ele revela “o desenvolvimento da personalidade” ou “sua degradação”. Revela-se uma tutela diferenciada à *liberdade de declaração* do réu: de um lado, uma compreensão *formal-processual* e, de outro, uma *material-substantiva*. No EUA, (p. 151) no *privilege against self incrimination* expresso nos *Miranda’s rights* “está em causa apenas a colocação de barreiras à atividade da polícia”, e não uma vedação a tentativas de obtenção fraudulenta ou enganosa (não livre e esclarecida) de declarações autoincriminatórias; tanto que a *Supreme Court* já validou confissões extraídas após ser dito para o arguido que obtiveram impressões digitais dele nos objetos do crime, ou que a vítima havia sobrevivido e iria identificá-lo, sem que nada disso tivesse ocorrido.

¹⁵³ P. ex.: WOLTER, Jürgen. “Proibições de prova e proibições de circunvenção: entre a busca da verdade e a proibição de devassamento”, *cit.*, p. 114, sobre as decisões acerca da utilização de *homens de confiança* e sobre a obtenção secreta de provas, criticamente: “a eficiente persecução penal, a qual depende da valoração da prova, não encontra obstáculo nem na obtenção de prova por meio de circunvenção oculta dos direitos de recusa a testemunhar, nem na falta de autorização legal específica para obtenção de prova, nem, por fim, na falta do pressuposto fundamental de qualquer processo penal, a suspeita inicial – isso nem mesmo quando a obtenção da prova por meio dos métodos que acabamos de mencionar, segundo a própria avaliação do TEDH (provocação) e também do *BVerfG* (violação ao §52 StPO [direito de recusa a testemunhas por razões de vínculo familiar]) violem o princípio do processo equitativo. Em síntese ainda mais apertada: busca da verdade por meio de devassamento da verdade, eficiência do processo penal por meio da iniquidade do processo penal”. Sobre as decisões de que fala WOLTER (*caso Sedlmayr* e “*armadilha*” do segundo telefone), cf. GRECO, Luís, “O inviolável e o intocável no direito processual penal”, *cit.*, p. 73-74 e, criticamente, WOLTER, *idem*, p. 115-127.

III. A finalidade processual penal da *descoberta da verdade* e o direito processual penal brasileiro

No Brasil, a posição normativa que ocupa, hoje, a *descoberta da verdade* no processo penal, embora defendamos sua irrenunciabilidade, recebe resposta vacilante da doutrina. Também há intenso debate sobre a legitimidade e o alcance dos poderes instrutórios do juiz, isto é, sobre a possibilidade de o juiz contribuir (e em que medida) com a adução de material probatório para dentro do processo, para além da atividade recognitiva realizada pela acusação e pela defesa. Muito embora, na jurisprudência, esta finalidade e o princípio da investigação sejam amplamente reconhecidos – com a (problemática) terminologia “*princípio da verdade real*”.

1. Na doutrina: o sentido da *verdade* que se busca no direito processual penal brasileiro

Tradicionalmente, como ponto de partida, a doutrina costuma trazer como uma das ideias legitimantes fundamentais do processo penal brasileiro orientar-se em busca do esclarecimento dos fatos e da descoberta da verdade¹⁵⁴. Como dizia NORONHA¹⁵⁵, “o processo, como procedimento, é, pois, o conjunto de atos legalmente ordenados para a apuração do fato, da autoria e exata aplicação da lei. O fim é este; a descoberta da verdade, o meio”. Mais do que meio, a descoberta da verdade parece uma *premissa* para a aplicação do direito aos fatos e à pessoa. E, que “da consagração do *in dubio pro reo* ... não se deve, porém, inferir que o juiz seja, no processo, um convidado de pedra, que a tudo assista imóvel e inerte”.

Como visto, estas ideias encontram hoje dura resistência de um setor da doutrina. Não que o processo penal não deve tentar se aproximar à verdade dos fatos: a crítica reside na *posição de centralidade* da *descoberta da verdade* para o direito processual penal, alçada ao *status* de *finalidade* ou como *condição legitimante* do processo penal.

¹⁵⁴ A ideia do *princípio da verdade material* subjaz amplamente no item VII da Exposição de Motivos do CPP e em vários de seus dispositivos. Destaco: artigos 6º, III, 41, 184, 187, §2º, 197, 203 e 211, 217, 226, 400 e 411 (tribunal do júri, primeira fase), 473, 474, 480, 497, XI (tribunal do júri, segunda fase), 566 e 621 do CPP]. Sobre o tema, cf. OLIVEIRA ARAÚJO, Dyellber Fernando de. “O olhar cruzado entre a busca da verdade e a imparcialidade do juiz no cenário luso-brasileiro”, in *Revista Brasileira das Ciências Criminais*, vol. 140, ano 26, São Paulo: Ed. RT, 2018, pp. 247-296, p. 257 ss.

¹⁵⁵ NORONHA, E. Magalhães. *Curso de direito processo penal*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994 (1ª ed. 1964), p. 06 e 91.

Porém, nem a maioria da doutrina nem a jurisprudência parecem comungar com qualquer posicionamento mais extremado que busque retirar a investigação e a tentativa de descoberta da verdade da posição fundante e legitimante por ela ocupada no processo penal. De fato, a descoberta da verdade deve ser mais objeto de reflexão crítica do que de repúdio.

Nos planos da *organização e do posicionamento sistemático* da doutrina, a ideia vem expressada não usualmente com a previsão de um tópico específico destinado para as “finalidades do processo penal”¹⁵⁶, mas por meio da inclusão do *princípio da verdade real* ou *material* por entre os princípios do processo penal¹⁵⁷, ao lado de um catálogo de outros princípios, como presunção de inocência, contraditório, ampla defesa, devido processo legal, *nemo tenetur se detegere*, publicidade, inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos, juiz natural, fundamentação das decisões judiciais, acesso à justiça etc. Quanto a este outro catálogo, embora com maior ou menor alcance todos os princípios sejam reconhecidos pela doutrina, nem todos os autores preveem-nos todos no início dos manuais entre os princípios fundamentais do processo penal, reservando-se a

¹⁵⁶ Os manuais não costumam trazer um tópico específico sobre “finalidades do processo penal” (p. ex.: DEZEM, Guilherme Madeira. *op. cit.*; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal, cit.*; RANGEL, Paulo., *op. cit.*; BONFIM, Edilson Mougnot., *op. cit.*; CAPEZ, Fernando. , *op. cit.*; MANZANO, Luís Fernando de Moraes. , *op. cit.*) e os que fazem não elencam chapadamente a *descoberta da verdade*. Trazem o tópico: MARCÃO, Renato, *op. cit.*, p. 55: o processo penal teria uma finalidade *mediata* (“administração e solução do conflito; do litígio de natureza penal”) e uma finalidade *mediata* (paz social); MIRABETE, Júlio Fabbrini., *op. cit.*, p. 21: não elenca a descoberta da verdade como finalidade (elenca como fins *mediatos*: “proteção da sociedade”; “paz social”; “defesa dos interesses jurídicos”; “convivência harmônica das pessoas”; e como fins *imediatos*: “realização da pretensão punitiva do Estado derivada da prática de uma infração penal, em suma, a realização do direito objetivo”), mas a coloca como uma *premissa* da realização dos fins elencados (“para solucionar com exatidão o litígio penal, o juiz, no processo, deve apurar a verdade dos fatos a fim de aplicar, com justiça, a lei penal”). Para QUEIROZ, Paulo. *Direito processual penal, cit.*, p. 35, abordando os *fins do processo penal*, “se o direito penal somente se realiza por meio do processo penal (e da execução penal), se o processo é, em última análise, o motor que põe em funcionamento sistema penal, segue-se que os fins de um e outro são exatamente os mesmos: prevenir e reprimir (subsidiariamente), em caráter geral e especial, reações públicas ou privadas arbitrarias e evitar novos delitos. Obviamente, tais fins (tradicionalmente confiados ao direito penal, não ao processo penal) são só passíveis de realização por meio do devido processo legal, e não sem choques e tensões, em virtude das diversas perspectivas sobre o que vem a ser o *due process of law*. Porque a finalidade precípua (não a única) do processo penal é assegurar as condições formais e materiais de um julgamento justo, isto é, conforme as garantias do *due process of law*”.

¹⁵⁷ MACHADO, Antônio Alberto., *op. cit.*, p. 79-80; MARCÃO, Renato., *op. cit.*, p. 72 (usa a expressão *princípio da verdade real*); opõe-no ao princípio da verdade formal, do processo civil (pois no processo penal “prevalece o interesse público”); destaca não se tratar da “verdade verdadeira”, mas algo entre a “máxima probabilidade” e a “ausência de dúvida razoável”; MIRABETE, Júlio Fabbrini., *op. cit.*, p. 25 (usa a expressão *princípio da verdade real*); RANGEL, Paulo., *op. cit.*, p. 07 (usa a terminologia *verdade processual*); BONFIM, Edilson Mougnot., *op. cit.*, p. 80 (usa a terminologia *verdade real*); CAPEZ, Fernando., *op. cit.*, p. 75 (utiliza a expressão *verdade real*, “que não se confunde com a verdade formal constante nos autos); MANZANO, Luís Fernando de Moraes., *op. cit.*, p. 31 (*verdade processual*: “tradicionalmente, distingue-se a verdade formal da verdade material ou real”); LIMA, Renato Brasileiro, *op. cit.*, p. 70.

apresentá-los quando chegado o momento de sua maior pertinência no processo penal. Assim também pode ocorrer com autores que não posicionam o *princípio da verdade real* ou *material* junto dos princípios iniciais, mas prevêm-no nos *princípios relacionados à prova penal*¹⁵⁸.

Parece poder extrair-se, como não poderia deixar de ser, amplo consenso na doutrina e na jurisprudência, quer implicitamente quando cuida do conteúdo dos outros princípios do processo penal, quer expressamente quando se explica o conteúdo do *princípio da verdade real*, quando se ensina qual a verdade almejada no âmbito do processo penal, seja com qual adjetivação for, de que não se trata de uma verdade absoluta, buscada a qualquer custo, sem limites jurídicos, mas, sim, do imperativo de se chegar o mais próximo possível, dentro do ético-juridicamente permitido, do que realmente aconteceu no passado, para que aos fatos e à pessoa sob julgamento se aplique o direito correto e mais justo. O amplo consenso também repousa na distinção entre a verdade *necessária* para processo penal e a verdade *suficiente* para o processo civil: enquanto no processo penal o julgador não poderá se bastar com a composição das partes nem com algumas regras de presunção (como presumir verdadeiros fatos não impugnados) para decidir sobre a questão da culpabilidade do acusado, no processo civil, via de regra, ele poderá se valer destas regras e da composição para decidir sobre o mérito do litígio.

2. Na jurisprudência: limites à descoberta da verdade no processo penal

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como já dito, reconhece consistentemente como premissa orientadora do processo penal brasileiro a apuração da verdade¹⁵⁹.

Embora o *princípio da verdade real* também seja utilizado para fundamentar interpretações jurídicas restritivas – naquele sentido de componente material para

¹⁵⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*, cit. p. 378; DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*, cit., p. 546: fala numa “verdade possível”.

¹⁵⁹ Vd. nota de rodapé 29, *supra*. Assim como no referido HC 69462 (1992), no HC 92348, j. 16.04.2008, estava em causa a submissão do indiciado a inquérito policial, segundo a defesa, sem que houvesse “suspeita razoável da prática de crime”. O plenário do STF, de forma unânime, entendeu não caracterizado constrangimento ilegal e consignou “havendo suspeita de crime, e existindo elementos idôneos de informação que autorizem a investigação penal do episódio delituoso, torna-se essencial proceder à ampla apuração dos fatos, satisfazendo-se, desse modo, com a legítima instauração do pertinente inquérito, a um imperativo inafastável, fundado na necessidade ético-jurídica de sempre se promover a busca da verdade real” (destaquei).

justificar a restrição do alcance protetivo do direito fundamental à situação concreta – que acabem por prejudicar o réu, ele opera funciona de forma ambivalente: a *verdade real* também é invocada para assegurar e agregar aspectos positivos ao estatuto processual dos sujeitos do processo penal, fazendo incorporarem ao do acusado faculdades jurídicas, e ao da acusação, impondo-lhe limites éticos, o que mais do que acabar por favorecer o réu, confere maior legitimidade ao poder punitivo estatal e ao direito processual penal.

2. Antes de exemplificá-los, cumpre um esclarecimento: pelas regras de organização judiciária brasileiras, os tribunais colegiados, e entre eles o STF, subdividem-se em câmaras ou turmas. Os debates, sejam em plenário, sejam nas turmas, são realizados em sessão pública: o ministro relator do caso profere seu voto e, na sequência, os demais julgadores votam, do mais novo ao mais antigo. As decisões, portanto, resultam de um conjunto de votos individuais, os que perfazem a maioria, e os “votos vencidos”. A ementa final será redigida pelo voto que angariou a maioria, que via de regra é o do relator ou de quem inaugurou a divergência, com possibilidade de reajustes nos termos, o que é feito raramente. Diferentemente, por exemplo, de acordo com as regras de organização judiciária alemãs, discussão e decisão dão-se em sessão secreta e as decisões, depois, são publicadas como ato coletivo, o tribunal decide como instituição, sem voto de relator e votos individuais ou “vencidos”, reservando, “porém, ao julgador com opinião divergente a faculdade de publicar seu voto em separado, faculdade essa que é usada apenas em casos excepcionais¹⁶⁰” – como o voto divergente de HASSEMER, na conhecida *decisão do incesto*, de 26.02.2008. Não se trata aqui de eleger um melhor ou pior modelo, mas de notar que, quando se analisa jurisprudência, o sistema brasileiro põe-nos diante de um problema: nem sempre a decisão da câmara ou turma refletirá o entendimento da corte sobre o assunto. Para tentar minimizar este problema, tentaremos nos reportar só às decisões tomadas em plenário. O que não nos esquivamos de um segundo problema: também nem sempre será possível reportar-se a um entendimento *do tribunal*. Mesmo que seja possível extrair a decisão final (*dipositivo-ementa*) das questões jurídicas julgadas, o “pode” ou “não pode”, o “vale” ou “não vale”, a tarefa de extrair da decisão seus *fundamentos (ratio decidendi)* torna-se mais dificultosa, pois é possível que ministros cheguem ao mesmo *resultado* por argumentações *distintas*, ou pela mesma

¹⁶⁰ GRECO, Luís. “Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 Strafgesetzbuch)”, in: *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, A. 18, N.º 82, 2010, pp. 165-185, p. 168, nota de rodapé 6; GRECO, Luís, “O inviolável e o intocável no direito processual penal”, *cit.*, p. 60

argumentação em termos e formulações distintos. De modo que, por vezes, não necessariamente as passagens fundamentadoras extraídas dos votos individuais, mesmo que componham a maioria vencedora, refletem plenamente o entendimento *do tribunal* sobre a matéria – em descentralização que prejudica a sistematicidade e uniformidade de aplicação do direito¹⁶¹. Problema que se acentua ainda mais quando lidamos com questão que interessa também do âmbito *terminológico*, como é a *verdade*.

A utilização da *verdade real* na jurisprudência pouco vem *fundamentada*; ela costuma *ser o fundamento, ser legitimação* da argumentação que a acompanha. E costuma ser utilizada para fundamento de quê? Geralmente, utiliza-se o *imperativo de busca da verdade real (ou material)* como fundamento de interpretações que no caso concreto pendam para a admissibilidade de produção ou de valoração de um meio de prova cuja licitude esteja questionada. No entanto, em alguns casos, há-de se notar que a *verdade* não é a razão *determinante* da decisão, mas aparece como um *argumento meramente adicional* a outra razão – à determinante, de fato¹⁶².

Todavia, o imperativo também tem aspectos positivos, quer para o acusado, quer para o próprio nível de legitimidade do processo penal.

a) A descoberta da verdade e os direitos de defesa: direito à produção de prova

Já antes da ordem constitucional de 1988, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus nº 63266, de 25.09.1985, ao invocar o imperativo de *descoberta da verdade* pelo Estado-juiz no processo penal, o fez para garantir direitos da defesa no caso concreto. Uma pessoa já condenada havia pedido em sede de *revisão criminal* a produção de uma prova (determinação judicial para obter relatórios protegidos por sigilo médico) que foi indeferida pelo juízo. O STF considerou válida a produção da prova, reportando-se aos termos do parecer do Ministério Público, na altura lavrado por Francisco de Assis TOLEDO, reconhecendo que o indeferimento da produção de prova configurava cerceamento de defesa e – ênfase – “obstáculo à verdade real”.

Porém, não é infrequente o indeferimento de pedidos defensivos de produção de prova (ex: pedidos de realização de perícias, de reconstituições do crime, oitiva de

¹⁶¹ Sobre: ROCONDO, Felipe. *Das 11 ilhas aos 11 soberanos*, 2018, disponível em: «<https://www.jota.info/stf/do-supremo/das-11-ilhas-aos-11-soberanos-28062018>», acesso em 16 de setembro de 2020.

¹⁶² Vd. nota de rodapé 167, *infra*.

testemunhas), o que é chancelado pelos tribunais superiores, sob a justificativa de que o juiz é o destinatário da prova e, como tal, apoiado em seu livre convencimento motivado, pode rejeitar que a defesa produza provas caso as entenda desnecessárias, protelatórias ou impertinentes¹⁶³. Porém, é preciso concordar com as lições de GOMES FILHO, no sentido de que o juiz não poderá recusar o pedido de produção de prova apoiando-se nas próprias considerações antecipadas de que o resultado da prova não alterará sua convicção, pois não apenas isso implicaria *pré-julgamento* “como também levaria à exclusão de eventuais elementos que poderiam servir a um reexame da causa, em grau de recurso ou revisão, com inequívoca afronta ao direito à prova¹⁶⁴”.

Tampouco subestima, o STF, a participação da defesa no processo penal para se chegar à verdade material: como constou no julgamento de questão de ordem no bojo do Inquérito 3983, de 03.09.2015 “a resposta à denúncia”, que consubstancia “concretização do princípio da ampla defesa”, consagrada no art. 5º, LV, da CF, “ilumina o sistema processual penal, assegurando a busca da verdade material e a inauguração do processo justo”.

No julgamento do segundo Agravo Regimental interposto no Ação Penal 470, de 23.10.2008, o representante do ministério público havia requerido, durante a instrução, uma substituição de testemunha, o que fora deferido pelo juízo. Ocorre que o deferimento embasou-se em dispositivo que havia acabado de ser revogado (art. 397) e que antes previa esta possibilidade ao magistrado. Alegava-se que a revogação resultou na ausência de previsão legal sobre a possibilidade de substituição de testemunha, pelo que, vedava-a ao julgador. O tribunal, exceto por um voto, decidiu que era válida a substituição. Fundamentou-se no sentido de que a interpretação da lei não poderia inviabilizar “uma prestação jurisdicional efetiva e justa, mais próxima possível da verdade material”, que “se aproxime, o máximo possível, dos fatos concretos submetidos a julgamento”. Na oportunidade, embora a decisão concreta tenha acabado por favorecer a acusação, o tribunal levou em conta que “a inadmissibilidade de substituição pode ser uma tese

¹⁶³ Contra: GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *As nulidades no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 148.

¹⁶⁴ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 97 e 132/133. Cf, também, BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales*, cit., p. 27 ss. Está compreendido no direito de defesa o direito a produzir prova para demonstrar a verdade dos fatos em que se funda sua pretensão. Também, ROXIN, Claus [et. al.]. *Introducción al derecho...*, cit., p. 155. Sobre o direito à prova, cf. FORSTER, João Paulo Kulczynski; PREVIDELLI, José Eduardo Aidikaitis; CONSTANZA, Grazielle Silva. “Direito humano à prova e *standards* probatórios nos processos penais”, in *Revista Brasileira das Ciências Criminais*, vol. 160, ano 27, São Paulo: Ed. RT, 2019, pp. 147-176, p. 150 ss.

altamente danosa aos interesses da defesa, também”. Também se argumentou no sentido de que o deferimento de produção da prova, em princípio, não antecede a quem favorecerá o seu resultado¹⁶⁵.

b) O dever de fidelidade à verdade: proibição de manipulação e busca seletiva de prova

De acordo com a jurisprudência constitucional, no direito processual penal brasileiro, os órgãos responsáveis pela persecução penal, isto é, a polícia e o ministério público, embora evidentemente não sejam órgãos “neutros”, “imparciais” e estejam mais naturalmente associados a interesses acusatórios, têm o compromisso institucional com a verdade, não no sentido de descobri-la a qualquer preço, mas no de investigar os fatos para apurar e elucidar o que *efetivamente e verdadeiramente* ocorreu, e não angariar seletivamente apenas o material probatório que incrimine o investigado. Muito menos, manipular este material para fins incriminatórios.

No julgamento de recebimento da denúncia do Inquérito 2266, de 25.06.2011, o Ministério Público Federal havia oferecido denúncia contra os acusados pelos crimes de associação criminosa (art. 288 do CP) e fraude ao caráter competitivo de licitação (art. 90, Lei 8.666/98). Nas investigações, foram realizadas interceptações telefônicas que duraram mais de um ano¹⁶⁶. A defesa arguiu a ilicitude da prova produzida e utilizada pela denúncia, dentre outros motivos¹⁶⁷, porque os materiais contendo as gravações e gravações dado à posterior sindicância da defesa haviam sofrido manipulação seletiva

¹⁶⁵ JOAQUIM BARBOSA: “Essa busca pela ‘verdade material’, sempre balizada por princípios e garantias constitucionais fundamentais e à parte as polêmicas conceituais, não pode ser fulminada pelo legislador, sob pena de tornar ilegítima a decisão judicial final, por sua completa distorção em relação à realidade fática”.

¹⁶⁶ Embora, de acordo com o art. 5º da Lei 9.296/96, o prazo de duração da medida seja de 15 dias, o STF entende – como decidiu neste caso – que “o prazo máximo para a duração da interceptação telefônica não é o de 15 dias, prorrogável uma só vez, mas o de 15 dias renovável todas as vezes em que houver fundada justificativa para tanto e comprovada a indispensabilidade desse meio de prova”, de modo que “são possíveis reiteradas prorrogações, desde que devidamente justificadas e fundamentadas”. Contra: PRADO, Geraldo. *Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 19 ss.

¹⁶⁷ Por exemplo, foi aduzida a impossibilidade do uso deste tipo de prova para crimes puníveis com pena de detenção (art. 2º, III), como é a *fraude à licitação*. Para rebater a tese, surge o argumento da descoberta da verdade real: como havia outro crime investigado conjuntamente, este outro crime é punido com pena de reclusão, permite-se “em tese, a utilização do monitoramento telefônico como meio de prova para se chegar à verdade real acerca do conjunto dos fatos”. Embora a *verdade real* tenha composto a argumentação para uma interpretação prejudicial ao investigado, ela não foi *razão suficiente* ou *determinante* para essa interpretação (no caso, o foi não se tratar de interceptação telefônica para investigar *exclusivamente* fato punido com pena de detenção), mas uma *razão meramente retórica e adicional*, pois o tribunal assentou que não seria possível “uma coleta de prova seletiva” para cada crime.

pelos órgãos da acusação: a nomeação dos arquivos estava equivocada, por atribuírem-se horários, interlocutores e datas que não poderiam corresponder à verdade dos fatos, pois indicavam ligações de um mesmo terminal realizadas pela mesma pessoa, na mesma hora e minuto, para destinatários diferentes.

Quanto à alegação, o argumento de que o processo penal serve à descoberta da verdade real surgiu, pelo STF, não para flexibilizar algum direito do investigado, mas para balizar condutas estatais expedidas durante a investigação criminal: o tribunal assentou que, porque o processo criminal e a investigação criminal regem-se pelo *princípio da verdade real*, orientado ao amplo conhecimento dos fatos, “nada autoriza à polícia e ao Ministério Público esquivarem-se da verdade, agindo de forma seletiva em relação à prova colhida pré-processualmente”, fixando-se, assim, “ao investigador e ao acusador o dever institucional de buscar a verdade”^{168_169}.

c) Concordância prática entre a busca da verdade e a proteção do *nemo tenetur se detegere* (art. 5º, LXIII, CF): a inaplicabilidade da ponderação da ilicitude da prova (art. 5º, LVI, CF) mesmo diante de crime grave

Viu-se que a tendência por erigir a descoberta da verdade no processo penal como um valor proeminente aparece ao se realizarem, autorizarem ou depois convalidarem e

¹⁶⁸ GILMAR MENDES: “Não é possível compreender uma atuação parcial da polícia e do Ministério Público no sentido de mascarar a verdade ou, ainda, de se omitir no dever de dar conhecimento dela aos investigados. (...) Não é razoável que prova colhida com autorização da Justiça deixe de ser juntada aos autos pela só razão de não se encartar na tese construída pelo Ministério Público e pela polícia. O mínimo que os cidadãos esperam de sua polícia judiciária é que ela seja fiel à verdade dos fatos e que não atue no sentido da seletividade da coleta das provas”. Contudo, como a adulteração da realidade ocorrera na nomeação dos arquivos, e não em seu conteúdo, apesar de isso configurar “grave irregularidade procedimental”, não teria o condão, por si só, de tornar nula a prova colhida – não para poder aproveitar os *elementos de verdade* trazidos pela prova; mas pela *reduzida gravidade do vício*.

¹⁶⁹ Em sentido esclarecedor e semelhante, colhe-se da jurisprudência alemã: “Para que haja um processo penal próprio de Estado de Direito é irrenunciável que o inculcado possa tomar posição frente aos reproches formulados contra si, e que se considerem na obtenção da sentença os pontos de vista submetidos à discussão”. Isto é também conteúdo do direito fundamental de audiência judicial. “A exposição do caso do inculcado serve não apenas ao interesse individual desse mas também a descoberta da verdade. A meta processual de esclarecimento da suspeita se alcança da melhor forma por meio de um processo dialético, em que se ponham à discussão aspectos inculpatórios e exculpatórios, assim como argumentos e contra-argumentos ponderados entre si. A obrigação do ministério público (...) de investigar não apenas os pontos de vista inculpatórios, mas também os exculpatórios, e submetê-los à discussão (...), não faz, de nenhuma maneira, supérflua a exposição material de parte do inculcado, e garantida em processo dialético, não na mesma medida, com a distribuição de distintos papéis entre diversas pessoas. Ademais, a exigência jurídica de objetividade por parte do ministério público e do tribunal, ainda que com boa vontade de todas as pessoas participantes, não pode impedir em cada caso particular que se deixem incidir deslizes, se passem por alto aspectos exculpatórios, ou se sigam, de forma parcial, falsas direções (...)”, cf. ROXIN, Claus [et. al.]. *Introducción...*, cit., p. 184.

permitir se utilizarem no processo (para fins de decretação de medidas cautelares patrimoniais, prisões, recebimento de denúncia ou para proferir sentenças de mérito condenatórias) meios de produção de prova às custas ou da estrita observância de seu regramento legal (por exemplo, o do art. 226 CPP) ou de excessiva restrição de direitos fundamentais como a intimidade ou a inviolabilidade de domicílio (pensem-se nas interceptações telefônicas que duram por mais de ano, ou nas apreensões e devassa de celulares sem autorização, ou em entradas forçadas em casas), com decisões que não negam que o afetado contra quem se dirige a medida seja titular de direitos fundamentais, mas, pelo caráter relativo e não absoluto destes, restringem-nos como se nem existissem; ou contornando o âmbito protetivo do direito fundamental, reconhecendo que uma determinada situação fática em que, em princípio, se aplicaria o direito, na verdade não está alcançada pelo âmbito protetivo, como quando por meio de “conversas informais” não-interrogatórios se obtêm do investigado declarações autoincriminatórias.

Ainda assim, colhe-se da jurisprudência da Suprema Corte brasileira precedentes em que se especificamente cuidou deste “contorno” – ou *circunvenção*, como coloca WOLTER – e, nos casos, *não prevaleceu a descoberta da verdade*, mas a violação aos direitos fundamentais em causa e a exclusão dos autos da prova ilícita – impedindo sua valoração.

No caso (HC 80.949, 1ª TURMA, j. 20.10.2001), primeiro, a polícia gravou na delegacia “conversa informal” com o investigado (por tráfico internacional de armas para fornecê-las a pessoas que praticavam tráfico de drogas em favelas do Rio de Janeiro), na qual houve declarações autoincriminatórias. Depois, escutou e gravou comunicação telefônica do investigado com terceiro (que participava, de Miami, do tráfico de armas). Após convalidações da prova por todas as instâncias brasileiras, o STF decidiu, de forma unânime, que a “conversa informal” constituiu modalidade de interrogatório sub-reptício, portanto, desvestido das formalidades legais do ato e sem advertir o investigado de seu direito ao silêncio, tornando ilícita a prova que contra si próprio o investigado forneceu. Quanto à gravação da conversa telefônica do investigado com terceiro, a tribunal entendeu que a situação compreendia-se no âmbito da garantia constitucional ao sigilo das comunicações telefônicas e, portanto, teria havido violação à necessidade de autorização judicial prévia. A prova assim obtida seria ilícita, salvo para interlocutor que, ciente, aquiesceu. No caso, o investigado havia concordado com ambas as gravações. Porém, o tribunal considerou que seu consentimento não poderia ser considerado válido, apenas “aparente”, pois, na hipótese, consentiu-se não num contexto de liberdade, mas

num ambiente coativo: o investigado estava preso ilegalmente, fora detido na estação de metrô e conduzido para a delegacia onde se lhe foram feitas perguntas.

O tribunal recusou expressamente a possibilidade de se temperar o *princípio da exclusão da prova ilícita* com a aplicação do *princípio da proporcionalidade* invocado por tratar-se de crime grave. Primeiro, apoiando-se na doutrina de AMELUNG, que colacionara ANDRADE, no sentido de que seria contradição normativa e comprometeria a legitimidade da própria pena o Estado recorrer ao ilícito para impor o direito. Se a pena se impõe para confirmar normas de um mínimo ético cristalizado em leis penais, o Estado não poderia violar o próprio mínimo ético para lograr aplicá-la. Depois, porque a ordem constitucional brasileira dispõe especificamente sobre o tema (art. 5º, LVI, CF), a exemplo da portuguesa (art. 32, nº 8, CRP): entre valorar a prova ilícita no interesse da verdade real para crimes graves e excluí-la pois colhida ilicitamente, a constituição já havia feito um juízo prévio de prevalência pela vedação¹⁷⁰.

Em outro caso (Rcl. 33711, 2ª TURMA, j.11.06.2019), durante o cumprimento de mandado de busca e apreensão em sua casa, o investigado foi submetido a “entrevista” (posteriormente documentada) fornecendo conteúdo (auto)incriminatório. O tribunal, de forma unânime, declarou a nulidade da “entrevista” e dos elementos informativos dela derivados (arts. 5º, LVI, CF e 157, §1º, CPP). Reconheceu-se violação (“tentou-se contornar”) ao direito ao silêncio (ou, ao direito *de advertência*, art. 5º LXIII, CF) e à não autoincriminação, por ter se considerado *interrogatório* a “entrevista documentada” (“em ambiente intimidatório”, “incomunicável com sua defesa”) e, portanto, por não ter se oportunizado “ao sujeito da diligência o direito à prévia consulta a seu advogado” (art. 7º, XXI, Lei 8906/94) e porque, no auto, não estava certificado que o “entrevistado” havia sido advertido de seu direito ao silêncio e a não produzir provas contra si mesmo¹⁷¹.

¹⁷⁰ SEPÚLVEDA PERTENCE: “Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, na verdade real do processo: conseqüente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade – à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira – para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação”. Cf., GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*, cit., p. 114.

¹⁷¹ GILMAR MENDES: “A realização de interrogatório em ambiente intimidatório representa uma diminuição da garantia contra a autoincriminação. O fato de o interrogado responder a determinadas perguntas não significa que ele abriu mão do seu direito. As provas obtidas através de busca e apreensão realizada com violação à Constituição não devem ser admitidas”.

d) Mecanismo de proteção de direitos fundamentais: o *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII, CF) como instrumento de concretização dos limites à busca da verdade no processo penal brasileiro

O sistema processual penal brasileiro, de certa forma – talvez como produto de tentativa latente ou expressa de corrigir ou legitimar o modelo pré-constitucional –, assegura à defesa a possibilidade de sindicância *pari passu* da investigação (e do processo), à medida em que conta com *mecanismos protetivos* que concretizam a possibilidade de invocar o controle judicial sobre quaisquer atos estatais praticados em desconformidade com a ordem jurídica, por meio da impetração de *habeas corpus* ou *mandados de segurança* (art. 5º, LXVIII e LXIX, respectivamente, da CF).

Mais pertinente ao processo penal que o mandado de segurança (reservado mais ao tema de medidas cautelares *patrimoniais*), sobre o *habeas corpus*, a constituição dispõe que “conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”. Poderia se entender que o *writ* só cabe para matérias atinentes a prisões ou à violência direta à *liberdade física* – como decorre mais da literalidade do dispositivo constitucional equivalente português, por exemplo (art. 31, nº 1, CRP: “haverá *habeas corpus* contra o abuso de poder, *por virtude de prisão ou detenção ilegal*, a requerer perante o tribunal competente”)¹⁷². Não obstante, porque todo pronunciamento judicial desfavorável ao réu no processo penal pode em alguma medida *ameaçá-lo* de forma *indireta, remota ou reflexa de sofrer violência ou coação à sua liberdade de locomoção*, na tradição jurídica processual penal brasileira, o HC é utilizado como meio de que a qualquer tempo podem se valer o imputado e a sua defesa para levar às instâncias superiores questões jurídicas controvertidas e invocar delas o controle de legalidade de decisões judiciais tomadas nas fases da persecução penal, qualquer delas, que de alguma forma possam vir a afetar o direito à liberdade de ir, vir e permanecer do paciente¹⁷³.

¹⁷² De fato, há uma série de precedentes negando cabimento (não conhecendo) de *writs* cujo objeto não cuidava imediatamente, ou cuidava muito remotamente de constrangimento à liberdade ambulatoria. Ex: (da 1ª Turma) HC 157956, 2018 (indeferimento de pedido de produção de prova – feito após toda a instrução, após a “fase do art. 402”, e que implicava quebra de sigilo bancário de terceiro); HC 133377, 2018 (fixação de competência); (da 2ª Turma) HC 126123, 2015 (em face de decisão monocrática de relator); (do Pleno) HC 88047, 2009 (*writ* substitutivo de recurso cabível).

¹⁷³ Por exemplo, no referido HC 80949, 2001, o tribunal concedeu a ordem para exclusão dos autos de prova ilícita. Além desse, nos HCs 82354 (2004), 81294 (2002) e 85948 (2008), concedeu-se *habeas corpus*, respectivamente, para deferir vista aos autos, declarar ilegalidade de prova obtida ilicitamente e rejeitar denúncia inepta (todos da 1ª Turma do STF). O Pleno do STF já concedeu HC (91952, 2008) para

Ademais, o art. 654, §2º, do CPP, estabelece que “os juízes e os tribunais têm competência para *expedir de ofício ordem de habeas corpus*, quando no curso de processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal”. Uma vez levada a matéria decidida *a quo* para o *tribunal ad quem*, mesmo que parte da jurisprudência resista ao conhecimento das impetrações, os julgadores poderão conceder de ofício as ordens caso deparem-se com *coações ilegais* ou com alguma *manifesta ilegalidade* (mesmo não arguidas, que não constituam objeto específico do *habeas*), tendo se tornado não infrequente decisões que não conhecem o *writ* (ou qualquer outro recurso), mas concedem *oficiosamente* o pleito, integralmente ou em alguma extensão¹⁷⁴.

Assim, na tradição jurídico-forense brasileira, o manejo de *habeas corpus* é feito para tutela *direta* da liberdade (face a prisões, por exemplo), mas também para a tutela *indireta* da liberdade, acabando por permitir o *controle do procedimento*, viabilizando, portanto, à defesa acesso ao controle de legalidade e de proporcionalidade de atos/decisões *judiciais* às instâncias superiores caso esteja-se diante de ilegalidade que provoque constrangimento à pessoa, em qualquer fase do procedimento: do início da investigação até depois do trânsito em julgado¹⁷⁵.

3. Problemas carentes de solução em prejuízo da descoberta da verdade em desfavor do réu: os pontos de inquisitorialidade do processo penal brasileiro

O processo penal brasileiro é “bipartido” em uma fase de investigação e em uma fase do processo. Entende-se que, enquanto a segunda fase, “estritamente” judicial, tem

considerar indevida colocação de algemas em réu no Júri ou (HC 87926, 2008) para determinar a cronologia de sustentações orais.

¹⁷⁴ Ex: na referida Rcl. 33711 (2ª Turma), 2019, além de inadmitir o interrogatório sub-reptício (objeto da Reclamação), o tribunal concedeu ordem de habeas corpus de ofício excluir outra prova que entendeu obtida ilícitamente (provas obtidas de um celular, cujo acesso não estava pré-autorizado por decisão judicial e cuja senha o investigado não dera às autoridades, mas elas tomaram o celular das mãos dele enquanto o aparelho estava sendo utilizado e, portanto, desbloqueado); HC 164028 (decisão monocrática CELSO DE MELLO), 2018 (*writ* não conhecido por impetrado em face de decisão monocrática de relator, mas concedido de ofício para modificação da dosimetria da pena – inadmitir aplicação de *maus antecedentes* referentes a condenações anteriores se já transcorridos os 5 anos previstos no art. 64, I, do CP); ARE 1067392 (2ª Turma), 2019 (recurso não conhecido, mas ordem de habeas corpus concedida de ofício para dar proeminência ao princípio do *in dubio pro reo* em detrimento do adágio *in dubio pro societate* e, assim, cassar a decisão de *pronúncia* do réu pelo tribunal de 2º grau que o encaminhava para o Tribunal do Júri, reestabelecendo a decisão de *impronúncia* do 1º grau); HC 123108 (do Pleno), 2015 (o objeto do *writ* – reconhecimento de nulidade e do princípio da insignificância para um caso de furto – foi denegado, mas concedeu-se habeas corpus de ofício para fixar o regime aberto para o cumprimento de pena).

¹⁷⁵ MOURA, Maria Thereza de Assis. “*Habeas Corpus na reforma do Código de Processo Penal*” *Revista do Advogado*, ano XXXI, 2011, p. 84; TORON, Alberto Zacharias. *Habeas Corpus. Controle do devido processo legal...*, *cit.*, p. 32, 42 (HC como meio “para suprir a falta de outros institutos capazes de amparar direitos”), 51 (“grande instrumento que resguarda o cidadão de abusos praticados por agentes”; “mecanismo de calibragem”).

natureza processual, a fase de investigação tem natureza administrativa, policial, de procedimento (não processo). Em ambas, atua o mesmo e único juiz que atuará durante todo o processo penal em primeira instância. Além do mais, os autos de investigação preliminar acompanharão o processo e o juiz pode se apoiar em seus elementos (só não exclusivamente) para fundamentar sentença condenatória.

a) A natureza bipartida do modelo processual penal brasileiro: a fase de investigação *inquisitória* – o *inquérito policial*

1. Tradicionalmente, entende-se que a investigação preliminar não tem natureza *processual*, mas *administrativa* ou *policial*, pois conduzida de ofício e unilateralmente pela autoridade policial, em regra, ou pelo ministério público, excepcionalmente¹⁷⁶, em um *procedimento* (não um *processo*)¹⁷⁷. O inquérito será inaugurado com a aquisição da

¹⁷⁶ As balizas da atuação do Ministério Público na persecução penal brasileira, mais especificamente, a conformidade constitucional dos poderes de investigação do Ministério Público foi questão controvertida por anos no STF, com decisões para vários e opostos sentidos. Pela incompatibilidade constitucional dos poderes ministeriais de investigação, argumentava-se que a Constituição teria atribuído funções investigatórias exclusivamente às polícias (arts. 144, § 1º, IV, e § 4º, CF); não poderiam ser cumuladas as funções de investigar e acusar: permitir que quem acusa no processo também investigue fortaleceria demais a acusação em detrimento da defesa, desequilibrando e violando o sistema acusatório; a redação do art. 129, III, CF (“requisitar”, não “presidir”). A questão foi julgada, enfim, no RE 593727, em 14.05.2015. O tribunal, por maioria, entendeu que “os artigos 5º, incisos LIV e LV, 129, incisos III e VIII, e 144, inciso IV, § 4º, da Constituição Federal, não tornam a investigação criminal exclusividade da polícia, nem afastam os poderes de investigação do Ministério Público”. Os fundamentos de legitimidade dos poderes investigatórios do MP encontravam-se com a “teoria dos poderes implícitos”, no sentido de que quando a Constituição prevê fins, ela concede os meios instrumentalmente vocacionadas para atingi-los. Poderes implícitos destinam-se a viabilizar poderes explícitos; sem os primeiros, perde-se a eficácia dos segundos. Se ao MP concedeu-se a atividade fim “promover a ação penal”, o meio “colheita de provas por investigação preliminar” seria conferido implicitamente, sob pena de contrassenso ou excessivo esvaziamento do fim; ademais, os elementos de informação colhidos pelo Ministério Público serão posteriormente submetidos ao crivo do contraditório e da ampla defesa no processo perante juiz, pelo que não se abalaria o sistema acusatório; e, mesmo que se atribua *ordinariamente* a função de investigar à polícia, a função investigativa do MP não seria vedada desde que tivesse natureza *subsidiária*, quer dizer, não investigar crimes como uma função ordinária, de forma ampla e irrestrita, mas em hipóteses excepcionais, como quando os crimes investigados tenham sido cometidos por servidores públicos, como por policiais militares ou civis, quando houvesse *pertinência territorial*. Fixou-se, com repercussão geral, a seguinte tese: “O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/94, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição”.

¹⁷⁷ NORONHA, E. Magalhães. *Curso de direito processo penal*, cit., p. 18: “Não é ele [inquérito] *processo*, mas *procedimento administrativo* (...). Fornece, pois, ao órgão da acusação a base ou supedâneo necessário à propositura da ação penal. Dele se encarrega a Polícia *judiciária*”; p. 21-22: “o inquérito, entre nós, tem caráter *inquisitivo*, gozando por isso a autoridade policial de *discrição* (...) atribuições discricionárias; é ela que conduzirá a investigação preparatória e, conseqüentemente, lhe é facultado (...) indeferir requerimento de diligências do ofendido, seu representante legal e do indiciado”. Sobre a necessidade de se questionar a

notitia criminis pela autoridade policial, que conduz a investigação dos fatos com o aparato da *polícia judiciária* (via de regra, a *Polícia Civil* dos estados ou pela *Polícia Federal*), quer dizer, requisita perícias, decide sobre realizar reconstituição do crime, intima e colhe declarações de testemunhas (inquire-as), sem a presença do investigado, que é depois interrogado (ato revestido das mesmas garantias que se lhe confere na fase judicial – art. 6º, V) e, ao final, relata-se a investigação ao órgão acusador. Diz-se que o inquérito serve à formação da *opinio delicti* do ministério público (art. 16, CPP), titular do direito de propor ação penal para crimes de natureza pública (art. 129, I, CF). Se a investigação não for conduzida pelo MP, ele pode requisitar diligências à autoridade policial. MP e polícia, no Brasil, são os órgãos da acusação e *dominus* da primeira fase investigativa. Se do material relatado pela autoridade policial o MP entender não estar diante de *justa causa*¹⁷⁸, arquivará o inquérito (art. 28); do contrário, oferecerá denúncia

não incidência de garantias na investigação, cf. POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila; BERTOLUCI, Marcelo Machado, “Breves apontamentos sobre os sistemas processuais e a superação de categorias históricas à luz da constituição”, in: ANTUNES, Maria João et al., *Direito penal e constituição: diálogos entre Brasil e Portugal*, Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2018, pp. 489-507, p. 490.

¹⁷⁸ O conceito de *justa causa* aproxima-se à noção de *suspeita suficiente* do processo penal alemão. GRECO, Luís, “O inviolável e o intocável no direito processual penal”, *op. cit.*, p. 51 e 58-59. Define-se a *suspeita suficiente* como a probabilidade preponderante de condenação, ainda que não certa, à de absolvição, equivalente à *justa causa* no direito brasileiro. “Na decisão de recebimento da denúncia, o juiz tem de concordar com a avaliação do Ministério Público, no sentido da existência da «suspeita suficiente» da punibilidade do acusado (§ 203 StPO). Entende-se, maioritariamente, a suspeita suficiente como a probabilidade de condenação”, ou seja, que a probabilidade de condenar é “em geral entendida como maior do que a de não condenar. O promotor só pode oferecer a denúncia se, a seu ver, estiver presente essa probabilidade (§ 170 I StPO), e o juiz só pode receber a denúncia depois de afirmar a presença desse pressuposto” - referido § 203 StPO. “A suspeita suficiente equivale, assim, aproximadamente àquilo que chamamos [no direito brasileiro, notadamente no art. 395, III, do CPP] *justa causa*”. A suspeita suficiente não se confundiria com a suspeita *inicial* (*Anfangsverdacht*), que equivaleria a um estado anterior da suspeita suficiente, tal como no direito brasileiro chama-se a *notícia criminis*, cf. GRECO, Luís. “Bernd Schünemann, penalista e professor. A propósito dessa coletânea”, in: SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*, coord: GRECO, Luís, São Paulo: Marcial Pons, 2013, pp. 05-25, p. 16 e 23; cf., também, PERRON, Walter; LÓPEZ-BARAJAS, Inmaculada. “O Ministério Público como diretor da investigação no processo penal alemão”, in: ESER, Albin... [et al.]. *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*, coords: AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Laura. Brasília-DF: Gazeta Jurídica, 2013, pp. 67-86, p. 70-76. De acordo com Jorge NORONHA E SILVEIRA, em sentido semelhante, o legislador processual penal português, após estabelecer no artigo 283.º, n.º.1, que “se durante o inquérito tiverem sido recolhidos indícios suficientes de se ter verificado crime e de quem foi o seu agente”, o Ministério Público deduzirá acusação contra aquele, entendeu que devem considerar-se suficientes aqueles indícios “sempre que deles resultar uma possibilidade razoável de ao arguido vir a ser aplicada, por força deles, em julgamento, uma pena ou uma medida de segurança”. Justamente porque no processo penal, pela particular gravidade das consequências que dele podem acarretar (restrição ou privação de direitos fundamentais, como privacidade, liberdade e honra, bom nome, reputação – dado o emprego de métodos invasivos de investigação, possibilidade de medidas de coação ou pena de prisão, estigmatizações por sentar no banco dos réus etc.), diferentemente do processo civil, não seria legítimo ao Estado submeter alguém a julgamento se não existissem fundados motivos para isso, impõe-se no processo penal uma primeira etapa investigatória. Esta seria como uma *triagem de situações* que justificariam julgamento penal. Os indícios qualificam-se suficientes quando justificam a realização de um julgamento e a submissão de alguém a ele. O que ocorre quando a condenação for provável. Assim, poderia se afirmar que em alguma medida a distinção essencial entre a fase investigatória e fase de julgamento corresponderia à distinção entre um juízo prognóstico, de probabilidade, e um juízo de certeza. Ou, à distinção entre o produto de um

com a exposição completa do fato criminoso, a imputação e rol de testemunhas (art. 41). Então, o juiz – que já teve contato com a investigação, quer dilatando seus prazos “meramente ordinatórios” (art. 10, §1º), quer tendo decidido sobre alguma medida de investigação mais invasiva, como buscas, quebra de sigilos, interceptação telefônica etc. – recebe ou não a denúncia (art. 395), quando terá início a fase processual *stricto sensu*.

Na investigação pré-processual brasileira, o investigado não participa ativamente nem é chamado para acompanhá-la, razão pela qual se afirma com amplíssimo consenso pela literatura jurídica brasileira tratar-se de uma fase com natureza *inquisitória*¹⁷⁹ – ou seja, que nalguma medida trata o imputado como *objeto* de investigação e não sujeito de direitos, sem falar nos questionáveis níveis de imparcialidade que se pode esperar de um tal juiz onipresente, parecendo ferir noções intuitivas de imparcialidade¹⁸⁰. Enquanto a estrutura da fase processual, por, nela sim, ocupar o réu a posição de sujeito processual, com direito a contraditório e ampla defesa – e, principalmente, por contar com rígida distinção entre as funções de investigar, de acusar e de julgar, separadas em entes distintos (art. 129, I, CF) – faria o *processo penal* brasileiro aproximar-se do sistema *acusatório*¹⁸¹.

juízo indiciário inicial e o resultado final da valoração da prova. Como tudo que é provável comportaria um grau de probabilidade, três correntes mais ou menos exigentes se formaram para compreender o sentido da “provável condenação”. Poderia bastar a *mera existência de possibilidade* futura de condenação, ou se exigir que essa *possibilidade fosse maior do que a de absolvição* («teoria da *probabilidade predominante*»), ou que fosse uma *forte possibilidade* de condenação, cf. “O conceito de indícios suficientes no processo penal português”, in: *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, coord: PALMA, Maria Fernanda, Coimbra: Almedina, 2004, pp. 155-181, p. 157 e ss.. Para a sólida fundamentação do A., aderindo à terceira corrente, cf. p. 168 e 171 e ss., afirmando que deveria o legislador substituir a expressão legal “probabilidade razoável” por outra que transmitisse a ideia de que essa possibilidade deva ser particularmente qualificada, a qual “só se afirme depois de afastados quaisquer dúvidas razoáveis”, p. 172.

¹⁷⁹ Por todos, BRITO, Alexis Couto de [et. al.], *Processo penal brasileiro*, op. cit., p. 57. Criticamente: cf. SEMER, Marcelo. *Sentenciando o tráfico*. op. cit., p. 135: “O inquérito policial é, definitivamente, o ponto de contato do legado autoritário incrustado em um sistema supostamente democrático”, que “mantém vivo o legado autoritário” (p. 139); SAMPAIO, André Rocha. “Profanando o dispositivo ‘inquérito policial’ e seu ritual de produção de verdades”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 134, op. cit., pp. 351-383, p. 353 ss.

¹⁸⁰ Como coloca Bernd SCHÜNEMANN, “Segundo as convicções de justiça das sociedades modernas, é pressuposto indispensável para a legitimação desse papel [o papel de organizar e moderar, e mais tarde decidir em caráter oficial, a disputa entre duas partes litigantes realizados por um terceiro mais poderoso] que o terceiro mais poderoso seja estranho à disputa, isto é, estritamente neutro e imparcial”, cf. “O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança”, cit. p. 205-207.

¹⁸¹ A *ratio* de que o processo penal brasileiro acolheu o sistema acusatório costuma ser invocada para afastar terminantemente as hipóteses em que a imparcialidade do ente julgador pode ser corrompida tamanha sua proximidade e influência na função investigatória inicial e de acusar, por exemplo diante de normas que condicionem a instauração de inquérito à determinação de autoridade judicial, diretamente ou determinando que alguém o faça. Por exemplo, Pet. 8803, 2020 (pedia-se que o STF determinasse que a Procuradoria Geral da República oferecesse denúncia contra o Presidente da República) e ADI 5104 MC, 2014 (pedia-se a suspensão dos efeitos por inconstitucionalidade – alegada violação ao *sistema acusatório* – de uma norma – uma resolução, não uma lei – que dizia que o “inquérito policial eleitoral somente será instaurado mediante determinação da Justiça Eleitoral”): “A Constituição de 1988 fez uma opção inequívoca pelo

2. Na verdade, menos do que a adoção de uma *estrutura acusatória*, acolhedora do *princípio acusatório*, o processo penal brasileiro conta (apenas) com uma *forma acusatória*¹⁸². Nem na Alemanha nem em Portugal, faz-se uma tal diferenciação entre a *fase processual* e a *fase de inquérito “não processual”*. Qual o problema: prevalecer que a *fase de investigação* brasileira tem natureza de *procedimento*, não-processual, deixa-a de fora do alcance do art. 5º, LV, da constituição, que assegura o direito fundamental ao “contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, mas apenas “aos litigantes, em *processo* judicial ou administrativo, e aos *acusados* em geral”¹⁸³.

sistema penal acusatório. Disso decorre uma separação rígida entre, de um lado, as tarefas de investigar e acusar e, de outro, a função propriamente jurisdicional. Além de preservar a imparcialidade do Judiciário, essa separação promove a paridade de armas entre acusação e defesa, em harmonia com os princípios da isonomia e do devido processo legal”. Em seu voto, o relator LUIS ROBERTO BARROSO fundamenta a opção constitucional pelo sistema acusatório “positivada no art. 129, inciso I – que confere ao Ministério Público a titularidade da ação penal de iniciativa pública –, e também no inciso VIII, que prevê a competência do Parquet para requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquéritos policiais”. Ou, indiretamente, “mas igualmente relevante, a mesma lógica básica poderia ser extraída dos direitos fundamentais ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório”. Segundo BARROSO, “o traço mais marcante do sistema acusatório consiste no estabelecimento de uma separação rígida entre os momentos da acusação e do julgamento”, do que decorrem duas consequências: (i) “ao contrário do que se verifica no sistema inquisitorial, o juiz deixa de exercer um papel ativo na fase de investigação e de acusação”, a fim de “preservar a neutralidade do Estado julgador”. Dessa exigência derivaria (como projeção intuitiva) o “princípio da inércia jurisdicional”, que condiciona a atuação de juízes à provocação anterior de agente externo legitimado. (ii) *Paridade de armar perante Estado-juiz equidistante*: “cabe às partes o ônus de desenvolverem seus argumentos à luz do material probatório disponível, de modo a convencer o julgador da consistência de suas alegações. Afasta-se, assim, a dinâmica inquisitorial em que a figura do juiz se confunde com a de um acusado (...)”. Mesmo nos inquéritos em que a investigação ocorre muito próxima ao Judiciário, como nos casos de investigados com prerrogativa de foro, “o relator não assume a direção do inquérito, limitando-se a acompanhar os procedimentos e a decidir sobre a admissibilidade das medidas sujeitas à reserva de jurisdição”. Por fim: “Ainda que o legislador disponha de alguma liberdade ou margem de conformação do conteúdo concreto do princípio acusatório, e, nessa atuação, possa instituir temperamentos pontuais à versão pura do sistema, não é válido que esvazie a opção do constituinte e crie para o juiz um poder genérico de direção dessa fase pré-processual”. Estabelecer uma direção judicial das investigações seria inadmissível à luz do sistema acusatório. “Em vez disso, a competência decisória do Judiciário deverá se limitar à análise das diligências sujeitas à reserva de jurisdição”. Também, *passim*, ALEXANDRE DE MORAES na Pet 7074 QO, j. 29.06.2017: “Em um sistema acusatório como o proclamado pelo artigo 129, I da Constituição Federal...”; e na ADI 4693, 2018.¹⁸² Como ensina Jorge de Figueiredo DIAS, um *processo de tipo acusatório* não é o mesmo que um processo com *princípio da acusação*. Neste, há órgão encarregado de acusar diferenciado do de investigar e julgar dentro dos limites da acusação deduzida. O *processo de tipo acusatório* pressupõe *princípio da acusação* e “a aceitação da *participação constitutiva dos sujeitos processuais na declaração do direito do caso*” – e pode ser *puro*, como o inglês, ou integrado por um *princípio da investigação*, como o português. Porém, é possível acolher-se o *princípio da acusação* apenas formalmente, quando mesmo existindo órgão distinto encarregado de acusar, a investigação preliminar for dirigida pelo mesmo juiz a quem depois caberá julgar (como foi o modelo processual português de 1929 a 1945). Nestes casos, haveria apenas um processo com *forma acusatória*, cf. *Direito processual penal*, cit., p. 136-137.

¹⁸³ P. ex., cf. MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 113: “o contraditório nos procedimentos penais não se aplica aos inquéritos policiais, pois a fase investigatória é preparatória da acusação, inexistindo, ainda, acusado, constituindo, pois, mero procedimento administrativo, de caráter investigatório, destinado a subsidiar a atuação do titular da ação penal, o Ministério Público”.

Esta burla de etiquetas entre *fase de investigação do processo penal e procedimento administrativo de investigações preliminares* afasta do estatuto do afetado uma gama de direitos que só lhe seriam e serão conferidos no *processo penal literalmente falando*. Como coloca MISSE, “quando o contraditório começa, o inquérito já está pronto – não resta senão a retórica dos contendores¹⁸⁴”. É explicitamente para não adotar um modelo como tal que o legislador português decidiu que o processo se inicia já com a aquisição da *notícia criminis*, como ensina ANTUNES: “A exigência de à notícia de um crime corresponder a abertura do inquérito, que é já uma fase do processo penal [no ordenamento jurídico português], é significativa do propósito político-criminal de não haver margem para um pré-inquérito ou inquérito preliminar, no âmbito do qual poderia ocorrer a prática de atos de natureza processual penal sem a devida harmonização das finalidades que são apontadas ao processo penal, nomeadamente com menosprezo da proteção dos direitos fundamentais das pessoas¹⁸⁵”. A distinção entre *processo* e *procedimento* também não é feita na Alemanha, devendo se concordar com a crítica GRECO, “a distinção parece insinuar que, antes da denúncia, o que existe é quase que um nada jurídico, com o que se fica induzido a subestimar o quão interventiva e decisiva essa primeira fase do processo será para o destino do imputado¹⁸⁶”.

3. Embora seja alvo de críticas, ao modelo brasileiro costuma se tentar associar alguns pontos positivos¹⁸⁷. A fase preliminar de apuração, antes de iniciar o processo, teria uma *função preservadora*. O processo penal constitui em si mesmo uma *carga* ou um *signo social negativo* (carregado de simbolismos, palco de *cerimônias degradantes* – GARFINKEL): só o fato de ter contra si movida uma denúncia, ser *réu* em um processo penal, já etiquetariam ou depositariam no indivíduo um estigma infamante, *abjeto da perspectiva de seu significado ético-social* (por ter como objeto, o processo penal, a prática de crime), afetando seu *status dignitatis*. Mesmo que ele termine em absolvição, podem ser indelévels os danos provocados à imagem e reputação, sem contar nos possíveis custos com advogados e até perturbações à saúde mental, a depender da

¹⁸⁴ MISSE, Michel. “O papel do inquérito policial no processo de incriminação no Brasil: algumas reflexões a partir de uma pesquisa”, in *Revista Sociedade e Estado*, vol. 26 (1), jan-abr, 2011, pp. 15-27, p. 24.

¹⁸⁵ ANTUNES, Maria João. *Direito Processual Penal*, cit., p. 83.

¹⁸⁶ GRECO, Luís, “O inviolável e o intocável no direito processual penal”, cit., p. 58; ANTUNES, cit., p. 86.

¹⁸⁷ Segundo o item IV da Exposição de Motivos do CPP: “É ele [o inquérito policial] uma garantia contra apressados e errôneos juízos, formados quando ainda persiste a trepidação moral causada pelo crime ou antes que seja possível uma exata visão de conjunto dos fatos, nas suas circunstâncias objetivas e subjetivas. Por mais perspicaz e circunspecta, a autoridade que dirige a investigação inicial, quando ainda perdura o alarma provocado pelo crime, está sujeita a equívocos ou falsos juízos a priori, ou a sugestões tendenciosas”.

gravidade da consequência esperada ao final (claro, falando da perspectiva de quem responde ao processo em *liberdade*; se *preso*, mal precisa alongar-se sobre como a privação da liberdade ambulatorial, por ser este direito um catalisador determinante da personalidade da pessoa, pode ser danosa ao indivíduo). Este argumento conta com um apoio legal conferido pelo art. 647 e 648, I, do CPP: se a existência de processo penal *sem justa causa* configura *coação ilegal* ou *constrangimento ilegal*, então a existência de processo penal *com justa causa*, ou seja, a mera *pendência* de processo penal configuraria constrangimento, ainda que *legal*, ou *legitimado* pela justa causa. Assim, a fase de apuração preliminar ao processo destinada à reunião de elementos informativos mínimos sobre materialidade e autoria do crime (uma das dimensões de *justa causa*), preservaria ou acautelaria a pessoa por representar um filtro contra acusações prematuras ou infundadas, evitando-se, portanto, suas más consequências inerentes¹⁸⁸.

Os efeitos negativos inerentes a ser réu em processo penal existem, mas a pessoa somente deles se verá acautelada a depender do quão protetiva for a fase de investigação preliminar, sob pena de proteção meramente retórica ou simbólica. Ainda assim, poderia se questionar por que seria diferente com o inquérito, quer dizer, por que a denúncia e o processo penal afetariam o *status dignitatis* do indivíduo e por que a investigação e o inquérito policial, não. Afinal, nas fases iniciais realizam-se frequentemente os mais invasivos meios de investigação (pensem-se em buscas domiciliares, por exemplo) e que muitas vezes, mais ou menos de acordo com a notoriedade do investigado ou com a gravidade do caso, o conteúdo em apuração ganha a divulgação dos meios de informação social, eis que em regra público o inquérito. Por fim, estes *elementos de informação* nada mais serão do que elementos de prova colhidos sem contraditório e participação da defesa, pois poderão servir para a formação da convicção do juiz para proferir sentença condenatória, de modo que compreendê-los numa fase não alcançada por direitos *processuais* de defesa parece provocar mais prejuízos do que benefícios à pessoa investigada. Pessoas e seus direitos são mais bem acautelados no processo.

4. Ainda que prevaleça ter natureza inquisitória, isso não significa que o inquérito criminal brasileiro equivale ao processo inquisitivo puro, como apresentado *supra*, tampouco a território livre do direito, onde tudo se permite. Os sistemas inquisitivos do passado não conheciam direitos humanos, tratados internacionais sobre direitos humanos, cortes internacionais, constituições, direitos fundamentais, cortes constitucionais que

¹⁸⁸ Cf., com larga indicação bibliográfica, o voto de CEZAR PELUSO, no RE 593727, 2015.

exercem controle de constitucionalidade (que no Brasil, exerce-se de forma ampla: abstrata e concreta, difusa e concentrada), independência da jurisdição perante poderes de outra natureza (políticos ou religiosos), deveres estatais de proteção a direitos fundamentais, submissão dos atos e agentes estatais à legalidade, controle de legalidade e de proporcionalidade do poder judiciário sobre os atos dos demais poderes e agentes públicos etc. Na prática, hoje, o suspeito e o indiciado investigados no inquérito não podem ser considerados meros objetos de investigação¹⁸⁹. Deixando os *slogans* na superfície, é preciso aprofundar-se na crítica e indagar concretamente quais direitos ficam dentro e quais direitos ficam fora da fase de inquérito brasileira. E a análise do sistema processual penal brasileiro permite enxergar diversos pontos em que se busca de alguma forma *equilibrar* as forças tendencialmente desequilibradas existentes em tudo que se adjective *inquisitório*, existindo garantias jurídicas mínimas de observância obrigatória na investigação e, mesmo em relação às garantias que nela não forem de observância obrigatória (como o contraditório), por seu valor constitucional e pelo imperativo de proteção estatal de direitos fundamentais, devem ser adotados antecipadamente mecanismos que resguardem a possibilidade de exercício futuro do direito.

4.1. O entendimento predominante que artificialmente exclui o “procedimento” de investigação preliminar do âmbito do art. 5º, LV, da CF, também não significa que o inquérito possa ser conduzido de qualquer maneira ou realizado sem observar uma série de limitações à busca da verdade, como a observância de procedimentos de produção de prova (por exemplo, para reconhecimento de pessoas), hipóteses constitucionais de *reserva de jurisdição* para autorizar uma série de medidas (buscas, quebra de sigilos, prisões – art. 5º, XI, XII, LXI, CF), imperativo constitucional de idoneidade de fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX, CF), direitos compreendidos no princípio do *nemo tenetur se detegere* (a permanecer em silêncio sem que isto seja interpretado como confissão ou, de qualquer forma, em seu prejuízo – art. 168, p. ún. –, a não ser coagido ou levado a produzir provas contra si mesmo)¹⁹⁰, a ser assistido por

¹⁸⁹ Com clareza: “Isso significa que a unilateralidade das investigações preparatórias da ação penal não autoriza o Ministério Público – tanto quanto a própria Polícia Judiciária – a desrespeitar as garantias jurídicas que assistem ao suspeito e ao indiciado, que não mais podem ser considerados mero objeto de investigação. O indiciado é sujeito de direitos e dispõe, nessa condição, de garantias legais e constitucionais, cujo desrespeito, pelas autoridades do Estado (trate-se de agentes policiais ou de representantes do Ministério Público), além de eventualmente induzir-lhes a responsabilidade penal por abuso de poder, revela-se apto a gerar a absoluta desvalia das provas ilicitamente obtidas no curso da investigação penal”. CELSO DE MELLO, RE 593727, 2015.

¹⁹⁰ O órgão persecutório, “sem prejuízo da permanente possibilidade de controle jurisdicional de seus atos, não poderá desrespeitar o direito ao silêncio, que assiste a qualquer investigado (...), nem poderá determinar-lhe que produza provas contra si próprio, considerado o privilégio constitucional contra a

advogado¹⁹¹, de ser informado sobre os dois últimos (art. 5º, LXIII, da CF), de acesso, conhecimento e acompanhamento dos autos de investigação pelos advogados¹⁹² – que é direito *próprio* do advogado, pelo art. 7º da Lei 8.906/94 –, de apresentar documentos, requerer diligências à autoridade policial (embora o deferimento fique entregue à boa vontade dela), indicar pessoas a serem ouvidas etc.

4.2. Quanto ao direito fundamental ao contraditório, este entende-se não abranger o inquérito policial. Ainda assim, sob pena de sua desproteção excessiva, tenta-se preservar seu exercício por meio da ideia do *contraditório diferido*, isso é, a contradição aos fatos e o controle de legalidade dos atos será exercido *a posteriori*. Como consequência, para possibilitá-lo, o procedimento adota *mecanismos de preservação da possibilidade de exercício futuro do direito*, como o dever de ser público (ressalvadas hipóteses excepcionais do 5º, XXXIII e LX, da CF), todo escrito, documentado e formalizado, devidamente fundamentado e com transparência¹⁹³.

autoincriminação (...), nem constrangê-lo a participar da reconstituição do crime ou da reprodução simulada dos fatos (...), nem recusar-lhe o conhecimento das razões motivadoras do procedimento investigatório contra ele instaurado, nem submeter o investigado a providências restritivas de direitos que reclamem, para sua legítima efetivação, ordem judicial (vedado, desse modo, ao Promotor de Justiça ou ao Procurador da República, ordenar, por autoridade própria, medidas de busca e apreensão ou de condução pessoal coercitiva), nem impedir que o investigado, quando solicitada a sua presença perante o representante do ‘Parquet’, faça-se acompanhar de Advogado, a quem incumbirá dar-lhe integral assistência jurídica”, CELSO DE MELLO, RE 593727, 2015.

¹⁹¹ Sobre a importância irrenunciável de colocar ao lado do inculcado um profissional formado, o defensor, no interesse conjunto da “limpeza” do processo penal e da *descoberta da verdade*, cf. ROXIN, Claus [et. al.]. *Introducción al derecho...*, cit., p. 185.

¹⁹² Em casos em que excepcionalmente à regra da publicidade impunha-se sigilo ao inquérito (CF, art. 5º, LX), como quando os fatos cuidam de interesses de vítimas menores, costumava-se negar, por conta deste sigilo, acesso aos autos ao advogado do investigado. O STF, consistentemente, considerava inaceitável esta recusa. Se a constituição (art. 5º, LXIII) e a lei (Lei 8906/94, art. 7º) garantem o direito à assistência por advogado, este direito se veria esvaziado sem a garantia de acesso aos autos, pois, fosse-lhe sonogada a possibilidade de compulsá-los, o advogado de nada prestaria ao suspeito, evidentemente ressalvado o acesso a conhecimento sobre diligências ocultas de forma prévia ou quando em andamento, mas assegurando-o ao seu fim, HC 90232, 2007. A decisão leva em conta, também, os direitos fundamentais ao devido processo legal e ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV): por mais que não incidam diretamente sobre o inquérito, são direitos fundamentais e, como tais, é dever estatal protegê-los, pelo que, no mínimo, devem ser reconhecidos e instituídos mecanismos que assegurem o seu exercício futuro, sob pena de desproteção excessiva. O entendimento foi vertido na súmula vinculante nº 14: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

¹⁹³ Por exemplo, no referido Inq. 2266, de 25.06.2011, a denúncia cujo recebimento se julgava havia se apoiado no material fático-probatório fornecido por interceptações telefônicas ocorridas durante as investigações. Porém, no caso concreto, as escutas haviam sido autorizadas e realizadas em outro processo e haviam sido utilizadas como “prova emprestada”, sem, contudo, decisão judicial para tanto, nem lá nem cá: nem de compartilhamento de prova nem deferindo a utilização da prova emprestada. Não foram trazidas cópias das decisões do primeiro processo que autorizaram as escutas telefônicas, nem as que as prorrogaram; delas, apenas deu-se notícia por declaração do investigador (delegado de polícia). O tribunal declarou inválidas as provas, por duas razões. A um, viu-se impedido de realizar o controle de legalidade da atividade de produção de prova (análise de existência, da idoneidade da fundamentação das decisões). “Reconhecer a possibilidade de tomar a prova como válida para recebimento da denúncia significa admitir,

5. Não obstante, sem recusar a importância da consagração legal e jurisprudencial paulatina de garantias, ou a particular amplitude de *acesso à jurisdição* pela via do *habeas corpus* – no sentido de que permite-se à defesa o acesso *antecipado* a tribunais superiores (se de forma *criticavelmente prematura* ou *louvavelmente célere*, é outro debate) – restará indagar se o exercício do contraditório de forma diferida, ou, se os mecanismos antecipadamente adotados para resguardar a possibilidade de exercício futuro do contraditório – no caso, a *forma escrita e não-secreta* das peças informativas com decisões também documentadas e idoneamente fundamentadas – afiguram-se meios suficientes, adequados e idôneos para fins de assegurar o direito à *efetiva participação constitutiva, não só aparente ou formal, do acusado na formação da convicção judicial que será proferida ao final do processo penal em primeira instância*.

A despeito de existirem garantias jurídicas na fase de investigação, há-de guardar-se, ainda que minimamente, *algum* aspecto protetivo à dimensão *positiva* do direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa¹⁹⁴, porque mais do que direito a ter os próprios direitos respeitados e a ser assessorado, aquele que contra si move-se o poder punitivo estatal tem o direito de contribuir *positivamente, ativamente e de forma efetiva*, quer fática quer juridicamente, na construção do esclarecimento e da interpretação final a ser dada aos fatos investigados, defendendo a não-configuração de sua responsabilidade criminal, quer esta interpretação venha a ser dada pelo Estado-juiz, na sentença, quer pelo Estado-acusação, a quem cumpre decidir pelo não oferecimento de denúncia e arquivamento do inquérito (art. 28, CPP).

Na fase de investigação preliminar brasileira, quer seja feita pela polícia judiciária, quer pelo Ministério Público, *embora uma defesa constituída ativa e atuante possa acompanhar e diligenciar de perto os atos da investigação*, via de regra, isso não acontece: toda a *prova relativa a testemunhas*, a escolha de quais serão intimadas para prestar depoimento, os temas a serem apurados na inquirição, a formulação de perguntas, a interpretação de respostas, a transcrição do que foi *falado* para o termo *escrito* de

para a instauração da ação penal, efeitos a uma prova produzida de maneira desconhecida”. Ademais, “a inexistência das decisões de deferimento, prorrogação ou compartilhamento de provas oriundas das escutas telefônicas” violaria o contraditório, pois “medidas invasivas deferidas judicialmente devem se submeter ao contraditório, e a sua subtração acarreta nulidade”. Mesmo que o inquérito não possua contraditório, ou seja submetido a contraditório mitigado, permanece assegurado o direito amplo e irrestrito a um “contraditório diferido [exercido *a posteriori*], que permite ao cidadão exercer um controle sobre as invasões de privacidade operadas pelo Estado”, pelo que deveriam ter sido juntadas as decisões, pela “necessidade de se mostrar à parte tudo aquilo que foi produzido com ordem judicial”.

¹⁹⁴ O contraditório com dimensão positiva e negativa, cf. BRENER, Paula; PINTO, Felipe Martins. “A legitimação pelo contraditório no processo penal: para além de um silogismo dialético”, in *Revista Brasileira das Ciências Criminais*, vol. 162, ano 27, São Paulo: Ed. RT, 2019, pp. 171-215, p. 211.

declarações da testemunha, tudo será feito pelos órgãos de acusação, sem a participação da defesa, nem de forma *ativo-contributiva* nem *fiscalizatória*. Num dos pontos mais relevantes e de maior *força para convencimento*, que é o da prova testemunhal.

Conforme ensina SCHÜNEMANN¹⁹⁵, o resultado transcrito em termo das declarações de testemunhas inquiridas por funcionários públicos da polícia não é neutro ou preponderantemente descritivo, quer dizer, ele não representa a reprodução descritiva das informações que a testemunha sabe (como se ela estivesse descrevendo um quadro). Na verdade, o resultado colhido será o produto das interações entre a testemunha inquirida e o inquiridor, que embora não seja absolutamente maleável, tem um *quê* de maleabilidade, à medida em que se orientará pelas *pré-compreensões e hipóteses pré formuladas* daquele que realiza a inquirição, faz as perguntas, compreende as respostas e as escreve numa página de computador. Não se pergunta *o que* aconteceu, pergunta-se *quando* (que pressupõe o ocorrido); não se pergunta *se* ocorreu, mas se era sabido que *fulano* estava envolvido etc. “O sentido completo de uma pergunta não é determinado exclusivamente pelas palavras nela utilizadas, mas depende igualmente da pré-compreensão daquele que a formula, o qual interpreta também a resposta dentro da moldura desta pré-compreensão¹⁹⁶”. Pelo que, se realizado sem a participação da defesa, conclui SCHÜNEMANN, “todo registro de inquirição realizado exclusivamente pelos funcionários de justiça criminal é sistematicamente tendencioso no sentido de confirmar as hipóteses e conjecturas imaginadas pelos funcionários responsáveis pela inquirição sobre o fato e sobre o seu autor¹⁹⁷”.

b) O juiz único do inquérito à sentença e a possibilidade de valorar para condenar os elementos colhidos nos autos de investigação preliminar que acompanharão o processo

¹⁹⁵ “Como já demonstraram uma série de pesquisas sociológicas a respeito das inquirições policiais de testemunhas, o registro dessas inquirições não é de nenhuma forma idêntica a uma mera reprodução do quadro mnemônico da testemunha (comparável à descrição de uma fotografia), mas um verdadeiro produto da interação entre a testemunha e os funcionários públicos encarregados da inquirição e é, também, forte e massivamente influenciado pelas hipóteses formuladas pelo policial a respeito dos supostos contornos do acontecimento, hipóteses essas que orientam as perguntas”, cf. SCHÜNEMANN, Bernd. “Audiência de instrução e julgamento: modelo inquisitorial ou adversarial? Sobre a estrutura fundamental do processo penal no 3º milênio”, *cit*, p. 231.

¹⁹⁶ *Idem*, p. 229.

¹⁹⁷ *Idem*, p. 231. Sobre a forma das perguntas em interrogatórios na polícia, cf. MARQUES, Leonardo Augusto Marinho; SARKIS, Jamilla Monteiro. “Interrogatório policial, confissões forçadas e hipótese de culpa”, in *Revista Brasileira das Ciências Criminais*, vol. 156, ano 27, São Paulo: Ed. RT, 2019, pp. 249-278, p. 252-253 ss.

A situação agrava-se ao considerar, no processo penal brasileiro, que o mesmo juiz que controla os atos de investigação preliminar – ou seja, que dilata seus prazos (art. 10, §1º, CPP), eventualmente fundamenta decisões autorizadoras dos atos investigatórios mais invasivos, como buscas ou interceptações (o que significa que o juiz teve de proferir decisão que supõe, de acordo com os arts. 240, §1º, do CPP, e 2º e 5º da Lei 9296/96, imersão vertical nos fatos investigados), e que, portanto, tem conhecimento pleno e prévio do conteúdo dos autos desta investigação – atuará ao longo de todo o processo penal – num processo que será integrado *fisicamente* pelos autos de investigação preliminar (art. 12, CPP). Este mesmo juiz decidirá se se está diante de *justa causa* suficiente para receber a denúncia (art. 395), decidirá se o conteúdo da resposta à acusação oferecida pela defesa tem força para “rejeitar tardiamente” a denúncia por ele próprio recebida (art. 397), conduzirá a instrução probatória (decidirá sobre qual prova será ou não produzida, de acordo com a relevância que ele próprio der a ela – art. 400, §1º¹⁹⁸) e, ao final, julgará (arts. 386 e 387). Isto faria do juiz, segundo COUTINHO, mais do que *pluripotenciário*, um «senhor plenipotenciário do processo¹⁹⁹».

Só o *contato prévio* do julgador com os autos de investigação preliminar já pode, conforme ensina SCHÜNEMANN, dar lugar à ocorrência da *hipótese do pré-julgamento*, de acordo com a qual o juiz pode acabar «*preso à rota traçada*» no inquérito que, como visto, é construído praticamente de forma unilateral pelos órgãos da acusação, contendo uma “imagem dos fatos que reflete a perspectiva e o enfoque da polícia²⁰⁰”. O A. demonstrou experimentalmente que com *conhecimento prévio dos autos de investigação preliminar* tendencialmente incriminadores o juiz é levado a “condenar o acusado, ainda que a audiência seja ambivalente, o que sugeriria uma absolvição (...); O juiz tendencialmente apega-se à imagem do fato que lhe foi transmitida pelos autos de investigação preliminar²⁰¹”.

¹⁹⁸ Podendo indeferir a oitiva de testemunhas arroladas pela defesa caso as entenda irrelevantes, impertinentes ou protelatórias. HC 135026, 2ª Turma, 2016; HC 135133-AgR, 1ª Turma, 2017.

¹⁹⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. “Sistema acusatório. Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado”, in *Revista de Informação Legislativa*. Senado Federal, v. 46, n. 183, jul./set., 2009, pp. 103-115, p. 109, *apud* SEMER, *op. cit.*, p. 138.

²⁰⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. “O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança”, *cit.* p. 208-209.

²⁰¹ *Idem*, p. 211 e 215. A pesquisa buscava demonstrar as diferenças entre o modelo de audiência com juiz ativo, como o alemão, e o modelo de audiência com juiz passivo, como júri norteamericano; a influência do conhecimento dos autos da investigação preliminar; e o papel de busca ativa de informações no curso da audiência. A pesquisa foi feita com 58 juízes criminais e promotores. Nela, o conhecimento dos autos ou era existente ou inexistente e a possibilidade de inquirição na audiência ou havia ou não havia. Os casos

Se apenas o *contato prévio do julgador do processo com os autos de investigação preliminar* já conduz à *hipótese do pré-julgamento*, segundo a qual o juiz acaba «*preso à rota traçada*» pela versão unilateral com enfoque policial (e, portanto, tendencialmente incriminatória), o modelo processual penal bipartido brasileiro em que o mesmo juiz atua nas duas fases, quer dizer, mais do que *conhecimento prévio*, ele assiste de perto à construção deste conhecimento, se não tiver dele participado ativamente, parece conduzir a uma *hipótese pré-julgamento agravada*. O princípio da *imparcialidade do juiz*, no processo penal brasileiro, embora não seja absolutamente desconsiderado, pelo contrário, enaltecido como valor, encontra-se severamente corrompido. Os problemas a que se expõe a *imparcialidade do julgador* não poderiam ser neutralizados com um dever objetivo de busca da verdade imposto às autoridades estatais porque os *efeitos provocados pelo conhecimento prévio* operam no plano do inconsciente²⁰².

A insuficiência da *imparcialidade do julgador* reduz os níveis de legitimidade do processo penal por dois segmentos: prejudica a efetiva descoberta da verdade (não se busca reconstruir a verdade, o passado não é reconstituído em conjunto pelos sujeitos processuais; busca-se os pontos que reafirmam a *hipótese pré-concebida* – enquanto a tentativa defensiva tardia e fragmentada de infirmação dos pontos que compõe o todo acusatório parecem tentativas esfarrapadas de negar a imputação ou não passar de levantar meros detalhes e pequenas contradições fracas perante a versão acusatória cuja coerência já é conhecida por inteiro) e dá eficácia excessivamente reduzida a uma dimensão dos direitos fundamentais ao contraditório e à ampla defesa, consubstanciados na condição de *sujeito* processual do acusado no processo penal, segundo a qual mais do que meramente poder sindicá-la a legalidade do processo penal que se move contra si ou de *só participar* deste processo, ele tem direito à *participação constitutiva na*

utilizados eram processos em aberto, nos quais seria possível, sem erro técnico, tanto absolver, quanto condenar. SCHÜNEMANN, com apoio na *teoria da dissonância cognitiva*, demonstrou que seriam procuradas, “predominantemente, informações que confirmam a hipótese que, em algum momento prévio, fora aceita («acolhida pelo ego»)”, de modo que juízes penais que antes da audiência tivessem conhecimento dos autos de investigação preliminar condenariam com maior frequência que juízes sem esse conhecimento, em virtude da *persistência da imagem do fato, retirada do inquérito, e do maior armazenamento e percepção das informações consoantes com essa imagem* (ou seja: o *efeito perseverança* e a *busca seletiva de informações*).

²⁰² Interessante a sugestão de GUINALZ, Ricardo Donizete; LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. “A garantia de julgamento pelo juiz adequado na convenção americana de direitos humanos: alguns reflexos sobre o processo penal brasileiro”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 128, ano 25, São Paulo: Ed. RT, 2017, pp. 349-381, p. 376 ss.: o art. 83 do CPP, que prevê a regra de prevenção do juiz em razão da atuação na fase pré-processual, deveria ser interpretado em conjunto com o art. 252, III, do CPP e com o art. 8º, nº1, da Convenção Americana de Direitos Humanos, criando-se já *de lege lata* regra de incompatibilidade.

*conformação concreta na declaração de direito do caso*²⁰³, decerto que só poderá se concordar que está se lhe assegurando este direito se o for de forma *efetiva*, e não meramente formal ou aparente, como acaba por converter-se caso as manifestações defensivas pouco sirvam para contribuir com a decisão do magistrado, ou abalá-la, se já formada.

Quanto à valoração das provas para julgamento, a legislação alemã (§261 StPO), por exemplo, veda que o juiz, na prolação da sentença, fundamente sua convicção em elementos colhidos na investigação preliminar, apenas podendo embasar-se na prova produzida em audiência (durante o *processo* – equivaleria dizer, com terminologia brasileira). No Brasil, as coisas não funcionam assim, já dum *plano legal*. Diz a redação do artigo 155: “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial *não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação*, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”. Uma palavra do artigo 155 do CPP brasileiro permite que a prova colhida na investigação (que, por não ser colhida em *contraditório*, *eufemicamente*, chama-se, no direito brasileiro, de *elementos de informação* – não de *prova* – como se a burla de etiquetas²⁰⁴ fosse suficiente para modificar e legitimar a realidade) seja *aproveitada* dentro do processo²⁰⁵.

O «*exclusivamente*»²⁰⁶ contido na redação – em combinação com o artigo 12, que determina que os autos de investigação preliminar (*inquérito policial*) praticamente

²⁰³ ANTUNES, Maria João. *Direito processual penal*, cit., p. 29. Em sentido esclarecedor e semelhante, colhe-se da jurisprudência alemã: "Para que haja um processo penal próprio de Estado de Direito é irrenunciável que o inculpado possa tomar posição frente aos reproches formulados contra si, e que se considerem na obtenção da sentença os pontos de vista submetidos à discussão". Isto é também conteúdo do direito fundamental de audiência judicial. “A exposição do caso do inculpado serve não apenas ao interesse individual desse mas também a descoberta da verdade. A meta processual de esclarecimento da suspeita se alcança da melhor forma por meio de um processo dialético, em que se ponham à discussão aspectos inculpatórios e exculpatórios, assim como argumentos e contra-argumentos ponderados entre si. A obrigação do ministério público (...) de investigar não apenas os pontos de vista inculpatórios, mas também os exculpatórios, e submetê-los à discussão (...), não faz, de nenhuma maneira, supérflua a exposição material de parte do inculpado, e garantida em processo dialético, não na mesma medida, com a distribuição de distintos papéis entre diversas pessoas. Ademais, a exigência jurídica de objetividade por parte do ministério público e do tribunal, ainda que com boa vontade de todas as pessoas participantes, não pode impedir em cada caso particular que se deixem incidir deslizes, se passem por alto aspectos exculpatórios, ou se sigam, de forma parcial, falsas direções (...)”, cf. ROXIN, Claus [*et. al.*]. *Introducción...*, cit., p. 184.

²⁰⁴ Cf. SANTOS, Cláudia Cruz, “O direito processual penal, as suas finalidades conflituantes e alguns problemas de burla de etiquetas”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, vol. II, 2017.

²⁰⁵ NORONHA, E. Magalhães. *Curso de direito processo penal*, cit., p. 23.

²⁰⁶ De acordo com SEMER, que pesquisou o processo legislativo da redação do artigo 155, o projeto de lei originalmente tinha exatamente a mesma redação, exceto pela palavra *exclusivamente*. Acompanhado pela seguinte exposição de motivos: “(...) o anteprojeto propõe nova redação ao art. 155 do CPP, deixando bem

sempre acompanharão a denúncia e, portanto, integrarão o processo – representa um *passadouro*, um *ponto de comunicação que permite elementos colhidos “inquisitoriamente”, sem a consideração da pessoa investigada como sujeito de direitos, vazarem para dentro do processo, só a partir do qual o imputado adquirirá este estatuto*. Ou, em outras palavras, ele deixar entrar pela janela, o que antes fora impedido de entrar pela porta²⁰⁷. Segundo GRECO, “o ‘cotejo com a prova do inquérito’ de que se fala no Brasil com arrimo no artigo 155 CPP, é impossível no processo alemão, que é, nesse aspecto, muito menos ‘inquisitório’ do que se sói supor²⁰⁸”.

Assim, a “estrutura acusatória” brasileira²⁰⁹ é tão drasticamente comprometida pela fase de investigação não-processual, pelo juiz único, pelo *contato* do juiz único com os

claro que não podem ser reconhecidas como provas – e portanto capazes de servir à formação do convencimento judicial – os elementos colhidos sem aquelas garantias (...)”, elementos colhidos que “devem servir exclusivamente à formação da *opinio delict* do Ministério Público e à concessão de medidas cautelares pelo juiz”. No entanto, no decorrer do processo legislativo, por meio de uma ementa inseriu-se a expressão *exclusivamente*, que, nas enfáticas palavras de SEMER, “tornou letra morta o dispositivo”, eis que “qualquer mínimo acréscimo de prova na fase judicial já descarta essa limitação, mantendo-se íntegro, pois, o aproveitamento dos elementos colhidos fora do contraditório”. Criticamente, explica LOPES JR., *Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica*. São Paulo: Saraiva 2017, p. 177: “A fraude reside no fato de que a prova é colhida na inquisição do inquérito, sendo trazida integralmente para dentro do processo e, ao final, basta o belo discurso do julgador para imunizar a decisão. Esse discurso vem sendo mascarado com as mais variadas fórmulas do estilo: a prova do inquérito é corroborada pela prova judicializada; cotejando a prova policial com a judicializada; e assim todo um exercício imunizatório”.

²⁰⁷ SANTOS, Cláudia Cruz. *O Direito Processual Penal português em mudança*, *op. cit.*, p. 78. Criticamente: IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Valoração da Prova e Sentença Penal*, *cit.*, p. 08-09, nota de rodapé 24.

²⁰⁸ GRECO, Luís, “O inviolável e o intocável no direito processual penal”, *op. cit.*, p. 58.

²⁰⁹ A Lei 13.964/2019 incluiu no CPP o art. 3º-A, que estabeleceu que “O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”. A lei implementava, também, a figura do *juiz de garantias*, nos novéis artigos 3º-B a 3º-F, do Código de Processo Penal. Ele seria “*responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário*”. O juiz de garantias ficaria “impedido de funcionar” na ação penal posterior ao inquérito no âmbito do qual ele tomou deliberações. A reforma legislativa, em grande parte, resolveria a celeuma de fundo tratada no ponto III.2. Porém, estes novos dispositivos foram suspensos pela liminar concedida na Medida Cautelar nas ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, Relator Ministro LUIZ FUX, em 22.01.2020. Em síntese, o ministro argumentou um problema de constitucionalidade formal – que a norma que instituiu o juiz de garantia era mais do que norma de direito processual, mas norma de organização judiciária, de modo que sua iniciativa seria privativa do STF, não da União (art. 96, II, não 22, da CF). Além disso, argumentou-se, também, inconstitucionalidade material, por ausência de prévia dotação orçamentária e estudos de impacto prévios para implementação da medida (violaria os artigos 99 e 169 da CF) e pelos reflexos da medida na eficiência dos mecanismos brasileiros de combate à criminalidade: apoiado pesquisas da área da Análise Econômica do Direito, entendeu-se que “a instituição do juiz das garantias, combinada com a morosidade atual de muitos juízos criminais do país em virtude do assolamento de processos, pode fornecer também incentivos à impunidade ou, ao menos, prejudicar a duração razoável do processo - aumentando o tempo necessário para que prestação jurisdicional final ocorra” (SHIKIDA, Pery Francisco Assis. A economia e o juiz de “garantias”. Disponível em Portal Jota Info, 08.01.2020; SCHAEFER, Gilberto José; SHIKIDA, Pery Francisco Assis. “Economia do Crime: elementos teóricos e evidências empíricas”. *Revista Análise Econômica, Faculdade de Ciências Econômicas da UFRGS*, Porto Alegre, v. 19, n. 36, 2001) – o que faz equivaler a nada as decantadas conclusões de que o desenvolvimento dos processos decisórios do juiz que reúne a função de juiz de garantias, de instrução e de julgamento, é profunda e intoleravelmente enviesado.

elementos de investigação colhidos inquisitoriamente e pela possibilidade de fundamentar sentenças condenatórias nestes elementos, que mal se pode dizer acolhida, senão numa perspectiva formal. A separação inicial de funções entre investigar, acusar e julgar não existe por existir, mas para assegurar um mínimo intuitivo de imparcialidade e objetividade à tarefa de julgar: a legislação tem de assegurar que quem decide ao final do processo sobre a culpa do acusado, de partida, deve ser o mais isento e equidistante possível. Assim, separar inicialmente as funções só será suficiente quando, por outro lado, não se tolere a existência de elementos que conduzam exatamente ao mesmo resultado prático que a separação inicial quis afastar: a contaminação da imparcialidade do juiz. Sob pena de se ter uma garantia só aparente, que não passa de discurso de imparcialidade que não corresponde à realidade, mas a maquia.

4. Os poderes instrutórios do juiz do direito processual penal brasileiro: fundamento, limites e alcance – entre a descoberta da verdade e imparcialidade do julgador

O CPP brasileiro prevê, mesmo depois da reforma processual pela Lei 11.690/2008, amplos poderes de investigação ao juiz penal de 1º grau, que estão disciplinados, basicamente, nos artigos 156, 196, 209 e 212, p.ún., do código. Há ampla permissividade ao juiz para aduzir material probatório para dentro do processo e recusar aquele trazido pelas partes – que é a regra, já que, no direito processual penal brasileiro, a prova da alegação incumbe a quem a fizer (art. 156, *caput*, CPP).

A aproximação entre poderes de investigação e a figura do juiz desperta intuitivamente um sentimento de incompatibilidade. Desde crianças, vemos nos filmes (norte-americanos) com julgamentos que o juiz apenas controla os atos e acusação e defesa fazem tudo acontecer, tentando convencer os jurados de suas versões. Como aquele que vai julgar poderia também investigar sem ferir a repartição obrigatória entre as funções de investigar, acusar e julgar, em órgãos distintos? Imediatamente vem à mente problemas de imparcialidade e a lembrança do processo penal dos sistemas inquisitórios²¹⁰.

²¹⁰ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal. Introdução crítica, cit.*, p. 151 (“o modelo português não difere muito”) e 169-170 (“Na linha do sistema acusatório, é impensável atribuir-se ao juiz poderes instrutórios, permitindo-lhe produzir provas de ofício, ter iniciativa probatória, colocando por terra o ‘*ne procedat iudex ex officio*’, como o faz o sistema português. Ao afirmar-se que o processo penal português, na fase de julgamento, é *acusatório mas integrado pelo princípio da investigação*, fulmina-se o próprio

A possibilidade normativa de conceder ao julgador poderes instrutórios, embora predominantemente aceita pela doutrina e pela jurisprudência – dentro de balizas certas –, é alvo de duras críticas de um setor da doutrina brasileira: a existência de «poderes instrutórios de juiz», mesmo que *subsidiários e complementares*, seria característica que comprometeria a *imparcialidade do julgador* e seria incompatível com a *presunção de inocência*, por acabar desconsiderando o *in dubio pro reo* como regra de decisão²¹¹; conformadora do processo penal inquisitório, ou melhor, um dos traços que fariam do sistema processual penal brasileiro predominantemente inquisitório, por romper com a estrutura acusatória de processo penal e, portanto, em desconformidade com a constituição (além de antidemocrática, autoritária e conformadora do processo penal do inimigo)²¹².

núcleo fundante do sistema acusatório. O acusatório não coexiste com o princípio da investigação, eis o problema, pois são elementos excludentes. (...) Portanto, também o sistema português precisa ser repensado, para que se alcance a máxima eficácia da matriz acusatória e se criem as plenas condições de imparcialidade”).

²¹¹ Por exemplo: Salah H. KHALED JR : “Mesmo que a verdade *correspondente* apareça maquiada com as alegorias de ‘relativa’ ou ‘aproximada’ [chamadas pelo A. de *eufemismos, maquiagem conceitual*] nos autores que admitem a sua busca pelo juiz, ela permanece legitimando a deformação inquisitória do processo contemporâneo [...] Afinal, uma estrutura verdadeiramente democrática e acusatória comporta uma atividade proativa do juiz no sentido de perseguição da verdade correspondente? Parece-nos que *essa atividade invariavelmente compromete a imparcialidade exigível à magistratura na configuração acusatória imposta pelo critério da democraticidade*”, cf. *A busca da verdade no processo penal...*, *op. cit.*, p. 154; LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal. Introdução crítica, op. cit.*, p. 148. Segundo KHALED JR., mesmo que se sustentasse que a atividade investigatória do juiz fosse exercida de maneira residual, complementar e limitada, tal atividade “desconsidera completamente o *in dubio pro reo*, uma vez que na dúvida o juiz parte em busca de provas, que obviamente só podem ter a finalidade de obter a condenação a qualquer custo. Em uma estrutura regradada de contenção do poder punitivo, a dúvida não pode qualquer outro resultado que a absolvição, o que expressa o próprio sentido do princípio do *in dubio pro reo*”. Seriam contraditórias e incompatíveis as funções de juiz “tutor jurídico-constitucional da presunção de inocência” e “buscador da verdade” (função de investigação da verdade complementar à atividade probatória das partes). O juiz não poderia sair em busca de provas porque a prova seria uma exigência imposta não ao julgador, mas ao acusador: sobre este recai a carga de provar a culpa, enquanto ao acusado não cabe carga alguma, e ao juiz caberia zelar pelo devido processo legal, cf. KHALED JR., *op. cit.*, p. 151-152.

²¹² LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 506-507. Segundo KHALED JR., o princípio da investigação judicial subsidiária e complementar pelo tribunal rompe com a estrutura acusatória do devido processo penal, ou é insuficiente para a concretização de uma estrutura acusatória no Brasil, “é fundamentalmente oposto à exigência de democraticidade que deve demarcar a estrutura legítima da configuração acusatória”. Para KHALED JR., a estrutura acusatória do processo penal funda-se (i) na separação de funções de acusar e julgar para entes distintos, (ii) na existência de um juiz passivo em relação à produção de provas, como mero árbitro de sua produção e (iii) na existência de partes e a gestão da prova nas mãos das partes (espetáculo dialético). A investigação comprometeria a imparcialidade “exigível ao juiz em uma estrutura que deve estar submetida à democraticidade, conformando uma atuação inquisitória do magistrado, que é por excelência antidemocrática”, cf. *A busca da verdade no processo penal...*, *op. cit.*, p. 148 e 154. De acordo com KHALED JR., os elementos fundamentais do sistema inquisitório seriam, a (i) concentração das funções de acusar e julgar e – o elemento que sobretudo conformaria a configuração inquisitória, a característica principal do processo inquisitório – a (ii) possibilidade de produção da prova pelo julgador, que logo se transformaria em *ambição de verdade*, cf. *op. cit.*, p. 39 e 155; “como o critério final de definição do sistema é a gestão da prova, o sistema brasileiro acaba sendo maculado por esse caráter inquisitório (p. 136). “Em

Para nós, a questão fundamental dos poderes instrutórios está em seus limites e alcance, não em sua legitimidade.

A repulsa inicial parece correta e demonstra o quão decantadas estão as noções da comunidade jurídica no sentido de afastar, por intolerável, a figura do juiz inquisidor. Mas a repulsa radical pecará por excessiva se estender-se a todo e qualquer poder de investigação da verdade material pelo juiz. Quer dizer, é preciso analisar o alcance desta crítica e a que tipo de poder instrutório de juiz ela se dirige, sob pena de conceber o processo penal brasileiro com modelo de juiz passivo, que não foi a opção do legislador nem é a que se coaduna com nossa tradição publicística processual europeia-continental, por tratar-se de um modelo insuficiente quanto à averiguação da verdade material²¹³⁻²¹⁴.

última análise, é preciso fazer uma clara opção entre um processo acusatório e democrático, fundado na dignidade da pessoa humana – e, logo, na presunção de inocência – e um processo de inspiração inquisitória, fundado na lógica de perseguição ao inimigo”, *cit.*, p. 163.

²¹³ Um modelo de processo penal em que a adução de material fático probatório seja deixada exclusivamente às partes, vedada a participação subsidiária e complementar do magistrado – o *modelo de juiz passivo* – como, corretamente, ensina Bernd SCHÜNEMANN, peca na descoberta da verdade material, afinal, embora “seja comum escutar a tese de que é precisamente o modelo adversarial e sua institucionalização de tese e contra-tese que está em melhores condições de fazer emergir a verdade como uma síntese”, esta ideia peca por suscitar três dilemas: o *dilema entre a estratégia e o descobrimento da verdade*, um *dilema hermenêutico* e o *dilema de Lohengrin*. “É possível, por exemplo, que haja uma testemunha relevante, mas ambivalente, e, em razão disso, nem a acusação, nem a defesa a arroleem, temendo que ao final o depoimento as prejudique”, e a “colheita incompleta de provas não pode conduzir nunca à verdade material”, já que não estariam sendo levadas em considerações todas as fontes de conhecimento existentes. Afinal, “apenas é possível falar em uma pesquisa da verdade material em um sentido pragmático-social caso esteja pressuposto que todas as fontes de conhecimento disponíveis estejam esgotadas”, pressuposto (esgotamento das fontes) que só poderia ser preenchido num modelo inquisitorial [de audiência], onde o juiz garante esse esgotamento. Em segundo lugar, porque o sentido completo de uma pergunta para buscar a verdade depende da forma como esta pergunta é formulada, o que, por sua vez, dependerá das pré-concepções do perguntador, que interpretará a resposta “dentro da moldura desta pré-compreensão”. Por isso, somente se pode superar o *déficit* de compreensão permitindo a realização direta da colheita, não como mero ouvinte e espectador mudo, como no modelo de juiz passivo (jurado ou togado), (p. 230) “Fora desse círculo de comunicação”, sua compreensão “passa a ser, cada vez mais, um incalculável fator do acaso. Por fim, durante a audiência de instrução julgamento, é inevitável que ao juiz ocorram dúvidas, mas que não poderão ser formuladas dada sua posição de mero ouvinte e espectador da colheita de prova das partes. “Não é possível *per definitionem* encontrar a verdade caso aquele que a deva pesquisar tenha de deixar em aberto pontos de vista por ele considerados relevantes”. Ao final, SCHÜNEMANN defende reforma da audiência para adotar-se o exame cruzado de inquirição, seguido por complementação judicial (prócima ao modelo brasileiro), cf. “Audiência de instrução e julgamento: modelo inquisitorial ou adversarial?...”, *op. cit.*, p. 228-230.

²¹⁴ Criticamente, cf. ZILLI, Marcos. “*Non ducor duco*. Ainda sobre os poderes instrutórios do juiz no processo penal”, in: *BCCRIM 25 anos*, Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, pp. 211-234, p. 211: é equivocado entender pela “incompatibilidade das iniciativas instrutórias do juiz no processo penal de matriz acusatória”. Os poderes instrutórios do juiz “possuem natureza complementar. Não se confundem, portanto, com atuações investigatórias do juiz, de todo incompatíveis com o processo penal acusatório. O reconhecimento de poderes instrutórios do julgador se justifica em face dos princípios e dos interesses que informam o processo penal. (...) a necessidade de melhor esclarecimento dos fatos, o que não se confunde com o mito da busca da verdade, é uma força mobilizadora do processo penal justamente por abrir espaços para uma aplicação mais precisa e justa do Direito Penal”.

Há que se subdividir a ideia de investigação em duas²¹⁵: as investigações preliminares *antes da denúncia*, com as colheitas iniciais de prova, ocorridas nos momentos primeiros das apurações (em que ainda se individualizam os autores, a imputação, constroem-se as versões etc.); e as investigações judiciais após o oferecimento de denúncia, portanto, *limitada por um específico objeto*. A *notitia criminis* que inaugura as primeiras investigações preliminares não as limita, diferentemente do conteúdo da denúncia, que delimitará as margens permitidas na investigação judicial²¹⁶.

Assim, há que se analisar a compatibilidade dos poderes de investigação do juiz nestes dois segmentos da função investigatória processual penal.

Já que, em relação à compatibilidade com a *função de acusar*, como não poderia deixar de ser, há amplo consenso doutrinal e jurisprudencial no sentido de que essa função, ou a de decidir sobre deduzir denúncia, ou a de determinar a abertura de inquérito, não são compatíveis com as funções do juiz. Para além do imperativo inicial de separação de funções, vertido nos processos penais de tipo acusatório, a ordem constitucional brasileira prevê dispositivo específico definindo como função institucional privativa do Ministério Público a de promover a ação penal pública (art. 129, I), sendo que a privada compete ao ofendido (art. 5º, LIX). Pudesse o Poder Judiciário valorar se os elementos informativos da *notitia criminis* são ou não suficientes para oferecer denúncia ou para iniciar a investigação criminal, estaria indevidamente se substituindo do juízo dos órgãos acusatórios²¹⁷.

Quanto à compatibilidade das funções judiciais com as investigações preliminares, parece haver ainda de se analisar a questão sob dois ângulos. Isso porque podem se

²¹⁵ Sobre o tema: PALMA, Maria Fernanda. “Introdução ao direito da investigação criminal e da prova”, in: *Direito da Investigação Criminal e da Prova*, coord. PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa; ALMEIDA, Carlota, Coimbra: Almedina, 2014, pp. 7-18.

²¹⁶ Duas implicações substancialmente derivadas do *princípio da acusação* são as de que “a dedução da acusação é pressuposto de toda a atividade jurisdicional de investigação, conhecimento e decisão” e “a acusação define e fixa, perante o tribunal, o objeto do processo”, quer dizer, “a atividade cognitória e decisória do tribunal está estritamente limitada pelo *objeto da acusação*”; o objeto da acusação “delimita e fixa os *poderes de cognição do tribunal*”, cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*, op. cit., p. 143-145.

²¹⁷ “O sistema acusatório confere ao Ministério Público, exclusivamente, na ação penal pública, a formação da *‘opinio delicti’*, separando a função de acusar daquela de julgar” (RHC 120379, 2014). No caso, no curso de investigação pelos crimes de corrupção passiva e associação criminosa, durante interceptações telefônicas, a polícia descobriu que, além dos investigados de Rondônia, havia um segundo núcleo da organização em Mato Grosso (o que o STF entende *prova lícita por derivação*). Então, o MPF de Rondônia denunciou apenas o primeiro núcleo e requereu que fosse mandada para Mato Grosso cópia dos autos para que continuassem as investigações do segundo núcleo no local competente. O juiz, por entender que estava-se diante de *conexão probatória* (art. 76, I, CPP), decidiu-se competente e determinou que o MPF aditasse a denúncia para acusar também o segundo núcleo – o que foi feito pelo *Parquet*. Porém, o STF entendeu, por maioria, que “ao determinar o aditamento da denúncia o Juízo adentrou na esfera própria e exclusiva da acusação”, declarando nulidade do recebimento do aditamento da denúncia.

perspectivar dois tipos de atuações do juiz nesta fase: realizando o controle dos atos investigatórios que exigem autorização judicial para praticarem-se, requeridos pelos órgãos persecutórios; e realizando ele próprio (juiz) estes atos investigatórios, decidindo de ofício sobre a realização de meios de produção de prova (como os ocultos), ou por impulso próprio ter a iniciativa da investigação (v.g. art. 5º, II, do CPP). Por exemplo, para que se determinem interceptações telefônicas na investigação criminal, é preciso autorização judicial (arts. 5º, XII, CF e 3º, Lei 9296/96), a requerimento da autoridade policial ou do MP. Porém, o art. 3º da Lei autoriza o juiz determinar a medida de ofício. E, embora no direito processual penal brasileiro a prova da alegação incumba a quem a fizer, faculta-se, de acordo com o art. 156, I, do CPP, ao juiz, de ofício, 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”.

Parece inevitável e fora de questionamento, quer por imperativo constitucional, quer por um dever de não desproteção excessiva de direitos fundamentais, que o juiz tenha de atuar na fase de investigação exercendo os casos de *reserva de jurisdição*, em atenção às garantias fundamentais da pessoa investigada. O que, por outro lado, também inevitavelmente, colocará o juiz em contato prévio com os fatos em esclarecimento com enfoque acusatório, podendo acabar “preso à rota traçada”.

Quanto à atuação *sponte propria* do magistrado na investigação criminal – em busca de provas não para dirimir dúvida remanescente, mas para formar o conjunto informativo que orientará a *opinio delicti* do órgão acusador – esta parece revelar-se problemática. Dessa forma, as provas produzidas por determinação de ofício do juiz no exercício de seus poderes instrutórios não estariam sendo empregues para que o Estado-juiz decida sobre a culpabilidade do réu (cujo objeto antes fora delimitado pelo objeto da denúncia), ou para complementar subsidiariamente o material fático-probatório que já fora aduzido pelas partes; estariam sendo utilizadas para suplementar autonomamente as provas que estão nesta altura sendo angariadas pelo Estado-acusação para decidir se acusará, ou não. Tendo a iniciativa de produção de provas na investigação preliminar, o juiz descola-se da sua função jurisdicional e aproxima-se da função acusatória, auxiliando-a, em parceria com o MP na colheita de provas que, posteriormente, serão utilizadas para reunir justa causa para acusar (e receber a denúncia) e para formar convicção condenatória. Aqui, sim, parece aplicar-se a referida crítica de setor da doutrina brasileira, dirigida por exemplo ao art. 156, I, do CPP.

Quanto às investigações judiciais limitadas pelo objeto da denúncia, esta parece legítima por coadunar-se com as exigências de melhor averiguação da verdade material no processo penal²¹⁸ e com a concepção publicística de processo na tradição de matriz europeia-continental, segundo o qual o *tribunal* julgará de acordo com os fatos ocorridos e provados no processo, independentemente das versões das partes. Porém, a investigação judicial ser legítima não significa que ela possa ser realizada de qualquer forma. No direito processual penal brasileiro confere-se grande relevo à adversarialidade, na máxima de que a prova da alegação incumbe a quem a fizer, o que, somando ao estado inicial de inocência, dá à acusação o ônus de provar a culpa. Assim, diferentemente da investigação realizada no processo penal alemão, no direito processual penal brasileiro os poderes instrutórios do juiz devem seguir a máxima complementaridade e subsidiariedade possível em relação à atividade probatória acusatória e defensiva.

Com efeito, o julgador não pode ter o impulso de investigar preliminarmente e depois decidir sobre o que investigou, mas poderá investigar judicialmente uma vez oferecida a denúncia e dentro de suas balizas. Este plano de investigação será legítimo desde que marcadamente complementar e subsidiário, jamais substitutivo da atividade probatória das partes, em três sentidos: (i) o juiz não tomará das partes para si, de forma tão presidencialista como no processo alemão, o sentido da instrução probatória, mas a conduzirá: as partes produzirão suas provas e trarão suas declarações, enquanto o juiz cuida para que a prova seja colhida licitamente e a discussão permaneça dentro das balizas do objeto do processo; (ii) a atividade instrutória do juiz não poderá substituir a atividade probatória do acusador, mas no máximo dirimir dúvida remanescente indispensável; (iii) a atividade probatória do juiz deverá ser realizada no sentido de *reforço* às eventuais deficiências do exercício do direito de defesa do imputado, caso sua atividade probatória

²¹⁸ Na referida pesquisa de Bernd SCHÜNEMANN, uma das hipóteses confirmadas foi a de que “a menor quantidade de erros no caso de inexistência de conhecimento dos autos será ainda menor se o juiz puder inquirir pessoalmente os sujeitos da prova”: a impossibilidade de fazê-lo reduziu a atenção dos participantes. O “juiz que apresenta os melhores resultados no processamento de dados” é o “juiz sem conhecimento dos autos, mas dotado de direitos próprios de inquirição”. O *modelo de juiz passivo*, “segundo o qual o juiz competente para proferir a sentença deixaria a colheita de provas primariamente nas mãos do promotor e do advogado, ou a cargo de um juiz condutor da audiência, não eliminaria, mas apenas ocultaria os efeitos perseverança (...)”, porque a causa destes é o conhecimento prévio dos autos, e não a possibilidade ou não de se inquirir as testemunhas, cf. “O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança”, *cit.*, p. 212 e 217-218. Registre-se que, ao contrário da audiência alemã – em que o juiz inicia a inquirição de testemunhas e a produção probatória não é gravada nem por taquigrafia/estenografia nem em vídeo (“A produção probatória aparece apenas na descrição/relatório escrito a sentença, (...) não ha[vendo] assim qualquer garantia contra esquecimentos ou mal-entendidos”, cf. “Audiência de instrução e julgamento: modelo inquisitorial ou adversarial?...”, *cit.*, p. 233) – na brasileira, o juiz complementa a inquirição após as partes e a audiência em regra é gravada (art. 405 e §§ do CPP).

quede insuficiente para demonstrar sua versão, quando compatível com a presunção de inocência. O princípio da investigação judicial, integrado à estrutura acusatória (deficitária) do processo penal brasileira é legítimo, mas mais tímido que nos processos penais português e alemão, no sentido de que a atividade instrutória do magistrado, embora permitida nos três ordenamentos, parece ser mais marcadamente subsidiária e complementar no direito processual penal brasileiro, pois deverá também observar a máxima *adversarialidade* possível entre as partes, já que a prova da alegação incumbe a quem a fizer. Parecem-me estas as balizas a partir das quais devem ser restritivamente interpretados os dispositivos do CPP que preveem poderes instrutórios ao juízo, como os artigos 156, II, e 209.

Conclusão

A doutrina processual penal acumulou, ao longo de seu desenvolvimento, um largo conjunto de acepções justapostas à *verdade* buscada no processo penal. Estas múltiplas noções dizem respeito tanto à *verdade*, em si, alcançável no processo, quanto à forma como se dá sua busca. Na quadra atual, é possível organizá-las em três grupos de sentido distintos: a da *verdade absoluta*, o da *verdade formal* e o da *verdade material*.

Ao primeiro grupo pertence a ideia da “verdade mais verdadeira possível”, razão pela qual sua fixação como *fim* do processo penal supõe flexibilização da rigidez dos meios para alcançá-la. O processo penal não é, nem de longe, o melhor meio para se investigar e descobrir a *verdade histórica* sobre fatos passados, afinal, regras jurídico-processuais imprimem limitações a este esclarecimento e os atores envolvidos no processo penal não são os mais capacitados para investigar *se* e *como* ocorreram eventos pretéritos. Por isso, a crença na obtenção da *verdade absoluta* pelo juiz criminal é tradicionalmente associada à devassa, a sistemas inquisitivos e a medidas investigatórias abusivas, despreocupados com direitos fundamentais e garantias processuais da pessoa investigada e da sua defesa.

Embora regras processuais, sejam as procedimentais, sejam as probatórias, comprimam a capacidade epistemológica do processo penal, esta correlação entre *regramento* e *menos verdade* não pode ser sobrevalorizada ou universalizada: existem casos em que a legislação imposta à produção da prova não prejudica, mas contribui com a descoberta da verdade – como são os procedimentos para reconhecimentos de pessoas.

Se, no primeiro grupo de sentido, a busca da verdade assume natureza crítico-denunciatória, no segundo, o da *verdade formal*, ela assume natureza descritiva. A *verdade formal* não necessariamente revela o que ocorreu realmente no mundo dos fatos, mas o que o julgador concluiu ter ocorrido, segundo aquilo de que se convenceu a partir das narrativas e provas acusatória e defensiva. Associa-se a *verdade formal* ao sistema de justiça *angloamericano*, onde o Estado-juiz julga como árbitro, sem adução subsidiária e complementar de material fático-probatório para além das versões das partes, de acordo com o modelo que lá historicamente se desenvolveu. Assim, a *verdade* revelável num processo penal como tal não ultrapassa a *formalizada*.

O terceiro grupo de sentido é o da *verdade material*. Seu conteúdo compõe-se de dois significados negativos e um positivo. Antes de tentar compreender o que ela significa, a *verdade material* não corresponderá à *verdade absoluta*, tampouco à *verdade*

formal. Quer dizer, ela não carrega o sentido denunciador da devassa, da busca da verdade a qualquer custo, nem o sentido descritivo da decisão penal extraída exclusivamente de narrativas das partes. O significado positivo da *verdade material* vem da confluência destes dois afluentes negativos: ela não se basta com o quanto aduzido pelas partes e, embora almeje aproximar-se o tanto quanto possível do real acontecido, ela não se busca de forma ilimitada ou incondicionada, mas com observância das regras jurídico-processuais e dos direitos fundamentais das pessoas. Dentro das margens de significado deste último grupo de sentido, mesmo que com formas concretas distintas, é que se situa a verdade buscada no processo penal de matriz europeia-continental e derivados.

A despeito de vir ganhando espaço a crítica de que a busca da verdade não deve ser considerada uma finalidade do processo penal, ou uma condição de sua legitimidade, de que o juiz que a busca pecará por ambicioná-la e perder sua imparcialidade, desfigurando o processo conferindo-lhe traços inquisitivos, a investigação da verdade pelo Estado-juiz constitui premissa inabdicável do processo penal com matriz romano-germânica. Sem ela, restariam esvaziados os limites materiais impostos à intervenção penal pelo princípio da culpabilidade, bem como a eficácia preventiva e dissuasora da aplicação da pena concreta. Porém, alçar a descoberta da verdade à condição de legitimidade do processo penal não significa que sua busca possa ser empreendida de qualquer forma e às custas de outros valores cuja observância também ocupa a alta posição de condição de legitimidade do processo.

Investigar a verdade não se confunde nem pode aprioristicamente se confundir com investigar *abusivamente* ou *obstinadamente* a verdade. Embora possa ser empreendida de forma criticável, quando sem excessos, a verificação efetiva e judicial dos fatos imputados contém aspecto protetivo fundamental à pessoa, quer seja ela inocente, quer seja ela culpada, mas por conduta menos grave do que a pela qual foi acusada. Afinal, se o Estado deve garantir que não há pena sem culpa nem fora dos limites da culpa, deve, então, preocupar-se com a veracidade ou não dos fatos aduzidos. Todo poder carece de justificação e o poder de punir exige justificação ainda mais elevada – a verificação da culpa verdadeira e da prática real da norma de conduta para imposição da norma de sanção. A busca da verdade, embora inabdicável, não constitui função *única* ou *exclusiva* do processo penal: também impõem-se como condições de legitimidade do processo-crime a proteção, ou não desproteção excessiva, de direitos fundamentais e processuais-fundamentais das pessoas, que se veem naturalmente restringidos no âmbito do processo

penal. Culpados também têm direitos e também devem tê-los respeitados. Contra abusos, perseguições e condenações injustas, todos devem ser protegidos.

Cada direito fundamental tem seu específico âmbito de proteção, alcançando espaços da vida concreta. Não só o processo penal representa, por si só, restrição a direitos fundamentais, como medidas estatais frequentemente ocorridas no processo penal ultrapassam este âmbito protetivo, adentrando-o – o que será lícito, desde que de forma justificada e desde que se mantenha intocado um núcleo mínimo; do contrário, a intervenção configurará *violação* ao direito fundamental. A descoberta da verdade afigura-se como componente material para justificar a restrição do alcance protetivo de direitos fundamentais.

Por suas próprias naturezas, estas finalidades do processo penal são antitéticas e, portanto, contrapostas. Em conflito, apontarão para soluções opostas: enquanto a investigação da verdade recomendará a obtenção de determinado material, a valoração de determinada prova, a realização de determinada medida investigativa estatal, a proteção de direitos recomendará que prevaleça a observância do direito à intimidade, do princípio do *nemo tenetur*, dos direitos de defesa, da presunção de inocência etc.

Não é possível pré-adiantar de forma sistemática a solução a ser dada diante de cada conflito, mas é possível cuidar para que, diante de respostas antípodas, tente-se buscar a *concordância prática* entre as finalidades do processo, buscar a máxima efetivação possível das finalidades contrapostas, comprimi-las em medida não indispensável para o que deverá preponderar em cada caso particular. Possível, também, aproximar-se dos pontos nodais do processo penal em que a descoberta da verdade costuma contender com valores individuais para que, nestes casos, tornemo-nos refratários ao emaranhado de soluções *ad hoc* com que a prática nos brinda.

No que diz especificamente com o processo penal brasileiro, após a Constituição de 1988, o legislador e a jurisprudência caminham no sentido de aprimorar, no modelo processual e na *práxis*, as conquistas implementadas pelo constituinte. Porém, existem ainda graves pontos de inquisitorialidade no processo penal brasileiro: o modelo “bipartido” com fase de investigação unilateral, não-processual, enfim, inquisitória; o modelo de *juiz único* em toda a primeira instância – sem *juiz de garantias*; a adesão do inquérito no processo, acompanhando-o; a possibilidade de fundamentar sentença condenatória em elementos do inquérito (não exclusivamente, apenas). Estes pontos contribuem à já frágil imparcialidade do juiz penal brasileiro, possivelmente pré-comprometido com o viés acusatório.

A possibilidade de o juiz investigar os fatos postos a julgamento, após oferecida a denúncia, atende aos imperativos da busca da verdade no processo penal de forma mais satisfatória que o modelo de juiz passivo. Mas sua legitimidade não significa que os poderes instrutórios do juiz possam ser exercidos de qualquer maneira: além dos limites à busca da verdade encontrados nos outros valores tutelados pela axiologia processual, os poderes instrutórios de juiz estão limitados pelo objeto da denúncia e devem respeitar a máxima subsidiariedade e complementaridade possível, quer dizer, respeitar a máxima adversarialidade possível das partes na produção da prova, reservando-se a esclarecer pequenos pontos remanescentes, jamais substituindo-se ao órgão acusatório na produção probatória da culpa e sempre favorecendo ao réu a dúvida razoável compatível com a presunção de inocência. Apesar de esta compreensão da investigação judicial subsidiária da verdade, associada aos referidos *pontos de inquisitorialidade*, parecer comprometer ainda mais a já comprometida imparcialidade esperada do julgador, a verdade é que o problema estão nestes, não naquela. Suprimir a atividade complementar do magistrado, nestas circunstâncias, não solucionaria os problemas, mas os ocultaria.

Bibliografia

ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea Bargaining. Aproximação à justiça negociada nos EUA*. Coimbra: Almedina, 2017.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Editora Coimbra, 1992.

ANTÓN, Tomás Vives. “El proceso penal de la presunción de inocencia” in: *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, coord: PALMA, Maria Fernanda, Coimbra: Almedina, 2004, pp. 27-39.

ANTUNES, Maria João, *Direito Processual Penal*, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2018.

ASHWORTH, Andrew; ROBERTS, Julian V., “Sentencing”, in: *The Oxford Handbook of Criminology*, 6ª ed., Oxford: Oxford University Press, Lieblich, Maruna McAra (eds.), 2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Juiz natural no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

BARROS, Marco Antônio de. *A busca da verdade no processo penal*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2013.

BELEZA, Teresa Pizarro. “À espera dos bárbaros? Prisão, tortura e civilização, trinta anos depois”, in *Em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, ATHAYDE, Augusto de; CAUPERS, João; GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias (orgs.), Almedina, 2010.

BELEZA, Teresa Pizarro. “O processo penal português em tempos de mudança”, in: *Themis, Revista de Direito*. Ed. especial n.º 6, 2018.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales*, Estudios, 2003.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prova e verdade no direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. “El control de la valoración de la prueba en segunda instancia. Inmediación e inferencias probatorias”, in: *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, online, n. 33, 2017, pp. 01-22, disponível em <http://journals.openedition.org/revus/4016>, acesso em 08/11/2019.

BOLDT, Raphael; CARVALHO, Thiago Fabres de. “Para além do processo: epistemologia inquisitória e a ilusão do sistema acusatório na modernidade”, in *Revista Brasileira das Ciências Criminais*, vol. 134, ano 25, São Paulo: Ed. RT, 2017, pp. 323-349.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRANDÃO, Nuno. *Crimes e contraordenações – da cisão à convergência material. Ensaio para uma recompreensão da relação entre o Direito Penal e o Direito Contraordenacional*, Coimbra: Coimbra Editora, 2016.

BRENER, Paula; PINTO, Felipe Martins. “A legitimação pelo contraditório no processo penal: para além de um silogismo dialético”, in *Revista Brasileira das Ciências Criminais*, vol. 162, ano 27, São Paulo: Ed. RT, 2019, pp. 171-215.

BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. *Processo Penal Brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COSTA, José de Faria. “Consenso, verdade e direito”, in: *Linhas de Direito Penal e de Filosofia – alguns cruzamentos reflexivos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

COSTA, José de Faria. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa nacional Casa da Moeda, 2017.

COSTA, Diogo Erthal Alves da. “Justiça, verdade e prova penal”, in *Revista Brasileira das Ciências Criminais*, vol. 161, ano 27, São Paulo: Ed. RT, 2019, pp. 187-225

DA MATTA, Paulo Saragoça. “A livre apreciação da prova”, in: *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, coord: PALMA, Maria Fernanda, Coimbra: Almedina, 2004, pp. 221-278.

DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*, 5ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1974. Reimpressão 2004.

DIAS, Jorge de Figueiredo. “O novo Código de Processo Penal”, in: *Textos Jurídicos I*, Ministério da Justiça, 1987.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal. O “fim” do Estado de Direito ou um “novo” princípio?* Porto: Conselho Distrital do Porto, 2011.

DIAS, Jorge de Figueiredo, “O «direito penal do bem jurídico» como princípio jurídico-constitucional implícito (à luz da jurisprudência constitucional portuguesa)”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, A. 145, n.º 3998, 2016.

DIETER, Maurício Stegemann. “A crítica criminologia do direito penal de Alessandro Baratta: caminhos para uma dogmática penal crítica”, in: *IBCCRIM 25 anos*, Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, pp. 249-264.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 4ª ed. Trad. Ana Paula Zomer Sica et. al. Colaboradores: Alexis Couto de Brito et. al. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FERRAJOLI, Luigi “Constitucionalismo e jurisdição”, in: *Direito Penal como crítica da Pena*. GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (org.). São Paulo: Marcial Pons, 2012, pp. 233-248.

FORSTER, João Paulo Kulczynski; PREVIDELLI, José Eduardo Aidikaitis; CONSTANZA, Grazielle Silva. “Direito humano à prova e *standards* probatórios nos processos penais”, in *Revista Brasileira das Ciências Criminais*, vol. 160, ano 27, São Paulo: Ed. RT, 2019, pp. 147-176.

GALVÃO, Fernando. *Direito Penal. Parte Geral*, 8ª ed., Belo Horizonte: editora D'Plácido, 2017.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRECO Luís, “«Princípio da ofensividade» e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito”, in: *Revista Brasileira das Ciências Criminais*, nº 49, ano 12, 2004, pp. 89-147.

GRECO, Luís. “Sobre o chamado direito penal do inimigo”, in: *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano VI, Nº 7 - Dezembro de 2005., p. 211-247.

GRECO, Luís. “Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 Strafgesetzbuch)”, in: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, A. 18, N.º 82, 2010, pp. 165-185.

GRECO, Luís. “A ilha de Kant”, in: *Direito Penal como crítica da Pena*. GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (orgs.). São Paulo: Marcial Pons, 2012, pp. 263-279.

GRECO, Luís. “Bernd Schünemann, penalista e professor. A propósito dessa coletânea”, in: SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*, coord: GRECO, Luís, São Paulo: Marcial Pons, 2013, pp. 05-25.

GRECO, Luís. “Comentário ao estudo de Schünemann ‘O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal’” in: *IBCCRIM 25 anos*, Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, pp. 201-210.

GRECO, Luís, “O inviolável e o intocável no direito processual penal: considerações introdutórias sobre o processo penal alemão (e as suas relações com o direito constitucional, o direito de polícia e o direito dos serviços de inteligência)” in: WOLTER, Jürgen. *O inviolável e o intocável no direito processual penal. Reflexões sobre dignidade humana, proibição de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal*, org. e int. GRECO, Luís; Trad. LEITE, Alaor. São Paulo: Marcial Pons, 2018, pp. 21-82.

GRECO, Luís. “Opõe-se o princípio da culpabilidade à penalização de pessoas jurídicas? Reflexões sobre a conexão entre pena e culpabilidade”, in: GRECO, Luís. *As razões do direito penal. Quatro estudos*, org. e trad. VIANA, Eduardo; MONTENEGRO, Lucas; GLEIZER, Orlandino, São Paulo: Marcial Pons, 2019, pp. 53-82.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *As nulidades no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GUINALZ, Ricardo Donizete; LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. “A garantia de julgamento pelo juiz adequado na convenção americana de direitos humanos: alguns reflexos sobre o processo penal brasileiro”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 128, ano 25, São Paulo: Ed. RT, 2017, pp. 349-381.

HUNGRIA, Nelson. DOTTI, Rene Ariel. *Comentários ao Código Penal. Volume 1. Tomo 2*. 7ª ed. Rio de Janeiro: G/Z Editora, 2016.

IBAÑEZ, Perfecto Andrés. *Valoração da Prova e Sentença Penal*, Rio de Janeiro: Editora *Lumen Iuris*, 2006.

ILLUMINATI, Giulio; CAPARELLI, Bruna. “O processo penal como ‘direito constitucional aplicado’”, in: *Direito penal e política criminal*, orgs. D’ÁVILA, Fabio Roberto; SANTOS, Daniel Leonhardt dos, *ebook*, Porto Alegre: EDIPUCRS, 2015, pp. 35-48.

ISHIDA, Válter Kenji. *Processo Penal*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

KHALED JR., Salah H. “A produção analógica da verdade no processo penal: desvelando a reconstrução narrativa dos rastros do passado”, in: *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Porto Alegre, vol. 01, nº 01, 2015, p. 166-184.

KHALED JR., Salah H. *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*. 2ª ed., Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2016.

KHALED JR., Salah H.; DIVAN, Gabriel Antinolfi. “A captura psíquica do juiz e o sentido da atividade probatória no processo penal contemporâneo”, in *Revista Brasileira das Ciências Criminais*, vol. 156, ano 27, São Paulo: Ed. RT, 2019, pp. 395-423.

LANGER, Máximo. “From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the Americanization thesis in criminal procedure”, in *University of California, Los Angeles School of Law Public Law & Legal Theory Research Paper Series*, vol. 45, nº 1, 2004, pp. 01-64.

LIMA, Marcellus Polastri. “O processo acusatório, a denominada verdade real e a busca da prova no processo penal”, in: AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. *O Processo Acusatório e a Vedação Probatória: perante as realidades alemãs e brasileira: com a perspectiva brasileira já de acordo com a reforma processual de 2008 – Leis 11.689, 11.690 e 11.719*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, pp. 43-79.

LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal. Introdução crítica*. 1ª ed. portuguesa. Rei dos livros, 2016.

LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica*. São Paulo: Saraiva 2017.

LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Moraes. “Memória não é Polaroid: precisamos falar sobre reconhecimentos criminais”, in: *Processo penal no limite*, Florianópolis: Empório do Direito, 2015, pp. 47-50.

LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Moraes. “Por que ‘depoimentos’ prestados em delegacia não podem ser usados em juízo”, in: *Processo penal no limite*, Florianópolis: Empório do Direito, 2015, pp. 43-45.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 17ª ed., ebook, São Paulo: Saraiva, 2020.

MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de processo penal*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MANZANO, Luís Fernando de Moraes. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 2010.

MARCÃO, Renato. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho; SARKIS, Jamilla Monteiro. “Interrogatório policial, confissões forçadas e hipótese de culpa”, in *Revista Brasileira das Ciências Criminais*, vol. 156, ano 27, São Paulo: Ed. RT, 2019, pp. 249-278.

MARTINS, Rui Cunha “O desamor do contraditório: elementos para uma problemática da prova”, in: *Outros combates pela história*. Coimbra: Coimbra University Press, 2010, p. 49-58.

MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego no direito: the brazilian lessons*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MARTINS, Rui Cunha. “O mapeamento processual da «verdade»” in: *Decisão judicial. A cultura jurídica brasileira na transição para a democracia*, São Paulo: Marcial Pons, 2012.

MENDES, Paulo de Sousa. “As proibições de prova do processo penal”, in: *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, coord: PALMA, Maria Fernanda, Coimbra: Almedina, 2004, pp. 133-154.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MISSE, Michel. “O papel do inquérito policial no processo de incriminação no Brasil: algumas reflexões a partir de uma pesquisa”, in *Revista Sociedade e Estado*, vol. 26 (1), jan-abr, 2011, pp. 15-27.

MONTE, Mario, “A verdade em processo penal e a destrutível ‘infallibilidade’ da prova científica”, in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, vol. II, 2017.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MOURA, Maria Thereza de Assis. “*Habeas Corpus na reforma do Código de Processo Penal*” *Revista do Advogado*, ano XXXI, 2011.

NEGRI, Daniele. “Do procedimento criminal: parte da legislação tão importante e tão descuidada”, in *Revista Brasileira das Ciências Criminais*, vol. 149, ano 26, São Paulo: Ed. RT, 2018, pp. 141-169.

NORONHA, E. Magalhães. *Curso de direito processo penal*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994 (1ª ed. 1964).

OLIVEIRA ARAÚJO, Dyellber Fernando de. “O olhar cruzado entre a busca da verdade e a imparcialidade do juiz no cenário luso-brasileiro”, in *Revista Brasileira das Ciências Criminais*, vol. 140, ano 26, São Paulo: Ed. RT, 2018, pp. 247-296.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 19ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

PALMA, Maria Fernanda. “Direito processual penal e direitos fundamentais: as jornadas”, in: *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, coord: PALMA, Maria Fernanda, Coimbra: Almedina, 2004, pp. 11-13.

PALMA, Maria Fernanda. “Introdução ao direito da investigação criminal e da prova”, in: *Direito da Investigação Criminal e da Prova*, coord. PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa; ALMEIDA, Carlota, Coimbra: Almedina, 2014, pp. 7-18.

PEREIRA, Rui Soares. “Acerca do valor probatório da confissão do arguido”, in: *Direito da Investigação Criminal e da Prova*, coord. PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa; ALMEIDA, Carlota, Coimbra: Almedina, 2014, pp. 183-222.

PERRON, Walter; LÓPEZ-BARAJAS, Inmaculada. “O Ministério Público como diretor da investigação no processo penal alemão”, in: ESER, Albin... [et al.]. *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*, coords: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura. Brasília-DF: Gazeta Jurídica, 2013, pp. 67-86.

POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila; BERTOLUCI, Marcelo Machado, “Breves apontamentos sobre os sistemas processuais e a superação de categorias históricas à luz da constituição”, in: ANTUNES, Maria João et al., *Direito penal e constituição: diálogos entre Brasil e Portugal*, Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2018, pp. 489-507.

PRADO, Luis Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

PRADO, Geraldo. *Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*, São Paulo: Marcial Pons, 2014.

QUEIROZ, Paulo. *Direito processual penal. Por um sistema integrado de direito, processo e execução penal*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2018.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

RAPOSO, João António. “O princípio da verdade material – um contributo para a sua fundamentação constitucional”, in: *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*, org. DIAS, Augusto Silva; RAPOSO, João António; ALVES, João Lopes; D’Almeida, Luís Duarte; MENDES, Paulo de Sousa, Almedina, 2009, pp. 833-840.

ROCONDO, Felipe. *Das 11 ilhas aos 11 soberanos*, 2018, disponível em: «<https://www.jota.info/stf/do-supremo/das-11-ilhas-aos-11-soberanos-28062018>», acesso em 16 de setembro de 2020.

ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDMANN, Klaus. *Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal*. Barcelona: Editora Ariel, 1989.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte Generale. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. 2ª ed. LUZON PEÑA, Diego-Manuel; GARCÍA CONLLEDO, Miguel Díaz y; VICENTE REMESAL Javier de (trads.), Madrid: Editorial Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. 25ª ed. Trad: CÓRDOBA, Gabriela E.; PASTOR, Daniel R., Buenos Aires: Editores de Puerto s.r.l., 2000.

ROXIN, Claus. *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 2000.

ROXIN, Claus. “Que comportamentos pode o Estado proibir sob ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais”, in *Estudos de direito penal*. 2ª ed. Tradução Luis Greco, Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

ROXIN, Claus. “Por uma proibição de valorar a prova nos casos de omissão do dever de informação qualificada – reflexões sobre a decisão do 4.º Senado do *Bundesgerichtshof* (BGHST, 53, p. 112 e ss.)”, in: *Novos estudos de direito penal*. LEITE, Alaor (org. e trad); GRECO, Luís (trad.). São Paulo: Marcial Pons, 2014, pp. 214-220.

ROXIN, Claus. “Sobre o recente debate em torno do bem jurídico”, in: *Novos estudos de direito penal*. LEITE, Alaor (org. e trad); GRECO, Luís (trad.). São Paulo: Marcial Pons, 2014, pp. 41-69.

ROXIN, Claus. “O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xeque”, in: *Novos estudos de direito penal*. LEITE, Alaor (org. e trad); GRECO, Luís (trad.). São Paulo: Marcial Pons, 2014, pp. 70-97.

ROXIN, Claus. “Sobre el desarrollo del derecho procesal penal alemán”, in: *Perspectivas y retos del proceso penal*, coord: DUQUE PEDROZA, Andrés Felipe, Medellín: UPB, 2015. pp. 366-378.

SAMPAIO, André Rocha. “Profanando o dispositivo ‘inquérito policial’ e seu ritual de produção de verdades”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 134, *op. cit.*, pp. 351-383.

SANTOS, Cláudia Cruz, “O direito processual penal, as suas finalidades conflituantes e alguns problemas de burla de etiquetas”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, vol. II, 2017.

SANTOS, Cláudia Cruz. “A corrupção de agentes públicos e o direito processual penal”, in: *A corrupção de agentes públicos e a corrupção no desporto*. Coimbra: Almedina, 2018.

SANTOS, Cláudia Cruz. “A Verdade do Magistrado e a Verdade do Escritor: alguma se escreve no singular?”, in: *Direito probatório, substantivo e processual penal*. Centro de Estudos Jurídicos, ebook, 2019, pp. 9- 22.

SANTOS, Cláudia Cruz. *O Direito Processual Penal português em mudança. Rupturas e continuidades*. Coimbra: Almedina, 2020.

SCHÜNEMANN, Bernd. “O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos”, in: SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*, coord: GRECO, Luís, São Paulo: Marcial Pons, 2013, pp. 39-68.

SCHÜNEMANN, Bernd. “O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal”, in: SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*, coord: GRECO, Luís, São Paulo: Marcial Pons, 2013, pp. 69-90.

SCHÜNEMANN, Bernd. “A crítica ao paternalismo jurídico-penal: um trabalho de sísifo?”, in: SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*, coord: GRECO, Luís, São Paulo: Marcial Pons, 2013, pp. 91-111.

SCHÜNEMANN, Bernd. “O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança”, in: SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*, coord: GRECO, Luís, São Paulo: Marcial Pons, 2013, pp. 205-221.

SCHÜNEMANN, Bernd. “Um olhar crítico ao modelo processual penal norteamericano”, in: SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*, coord: GRECO, Luís, São Paulo: Marcial Pons, 2013, pp. 240-261.

SCHÜNEMANN, Bernd. “Audiência de instrução e julgamento: modelo inquisitorial ou adversarial? Sobre a estrutura fundamental do processo penal no 3º milênio”, in: SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*, coord: GRECO, Luís, São Paulo: Marcial Pons, 2013, pp. 222-239.

SCHÜNEMANN, Bernd. “Direito Penal no Estado Democrático de Direito: o imprescindível nível de racionalidade de sua dogmática e a progressiva propagando do retrocesso”, in: SCHÜNEMANN, Bernd. *Direito penal, racionalidade e dogmática. Sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional*. TEIXEIRA, Adriano (coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2018, pp. 21-63.

SCHÜNEMANN, Bernd. “Ensaio sobre os conceitos de crime e pena e de bem jurídico e estrutura do delito”, in: SCHÜNEMANN, Bernd. *Direito penal, racionalidade e dogmática. Sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional*. TEIXEIRA, Adriano (coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2018, pp. 64-85.

SEMER, Marcelo. *Sentenciando o tráfico. O papel dos juízes no grande encarceramento*. São Paulo: Editora Tirant Lo Blanch, 2020.

SILVEIRA, Jorge Noronha e. “O conceito de indícios suficientes no processo penal português”, in: *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, coord: PALMA, Maria Fernanda, Coimbra: Almedina, 2004, pp. 155-181.

SOUSA, Susana Aires. *Sobre o bem jurídico-penal protegido nos crimes contra a humanidade*, 2007.

SOUSA, Susana Aires. “Neurociências e processo penal: verdade *ex machina*?”, in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, vol. II, 2017.

TARUFFO, Michele, *La prueba*. Trad: BELTRÁN, Jordi Ferrer. Barcelona: Editorial Marcial Pons, 2008.

TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad. El juez y la contrucción de los hechos*, trad.: SCAGLIOTTI, Daniela Accatino, Madrid: Marcial Pons, 2010.

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Trotta, 2011.

TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. *Prova e verdade*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

TORON, Alberto Zacharias. *Habeas Corpus. Controle do devido processo legal: questões controvertidas e de processamento do writ*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

WOLTER, Jürgen. “Dignidade humana e liberdade no processo penal”, in: WOLTER, Jürgen. *O inviolável e o intocável no direito processual penal. Reflexões sobre dignidade humana, proibição de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes)*

diante da persecução penal, org. e int. GRECO, Luís, São Paulo: Marcial Pons, 2018, pp. 83-108.

WOLTER, Jürgen. “Proibições de prova e proibições de circunvenção: entre a busca da verdade e a proibição de devassamento”, in: WOLTER, Jürgen. *O inviolável e o intocável no direito processual penal. Reflexões sobre dignidade humana, proibição de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal*, org. e int. GRECO, Luís, São Paulo: Marcial Pons, 2018, pp. 109-158.

ZAMORA-ACEVEDO, Miguel. “La búsqueda de la verdade en el proceso penal”, in: *Acta Académica*, n.º 54, 2014, pp. 147-186.

ZILLI, Marcos. “*Non ducor duco*. Ainda sobre os poderes instrutórios do juiz no processo penal”, in: *BCCRIM 25 anos*, Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, pp. 211-234.

Jurisprudência

Supremo Tribunal Federal do Brasil. Pleno. Habeas Corpus 63.266, Relator Ministro Rafael Mayer, julgado em 25.09.1985.

Supremo Tribunal Federal do Brasil. Pleno. Habeas Corpus 69.462, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 18.11.1992.

Supremo Tribunal Federal do Brasil. 1ª Turma. Habeas Corpus 80.949, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 20.10.2001.

Supremo Tribunal Federal do Brasil. 1ª Turma. Habeas Corpus 81.294, Relatora Ministra Ellen Gracie, julgado em 20.11.2001.

Supremo Tribunal Federal do Brasil. 2ª Turma. Habeas Corpus 82.354, Relator Ministro Maurício Corrêa, julgado em 17.09.2002.

Supremo Tribunal Federal do Brasil. 1ª Turma. Habeas Corpus 90.232, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 18.12.2006.

Supremo Tribunal Federal do Brasil. Pleno. Habeas Corpus 92.348, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 16.04.2008.

Supremo Tribunal Federal do Brasil. Pleno. Segundo Agravo Regimental na Ação Penal 470, Relator Ministro Joaquim Barbosa, julgado em 23.10.2008.

Supremo Tribunal Federal do Brasil. 1ª Turma. Habeas Corpus 85.948, Relator Ministro Carlos Ayres Britto, julgado em 23.05.2006.

Supremo Tribunal Federal do Brasil. Pleno. Habeas Corpus 91.952, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 07.08.2008.

Supremo Tribunal Federal do Brasil. Pleno. Habeas Corpus 87.926, Relator Ministro Cezar Peluso, julgado em 20.02.2008.

Supremo Tribunal Federal do Brasil. Pleno. Habeas Corpus 88.047, Relator Ministro Joaquim Barbosa, julgado em 19.02.2009.

Supremo Tribunal Federal do Brasil. Pleno. Inquérito 2.266. Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 25.06.2011.

Supremo Tribunal Federal do Brasil. Pleno. Ação Penal 470, Relator Ministro Joaquim Barbosa, julgado em 17.12.2012.

Supremo Tribunal Federal do Brasil. Pleno. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.104, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, julgado em 21.05.2014.

Supremo Tribunal Federal do Brasil. 1ª Turma. Habeas Corpus 120.379, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 26.08.2014.

Supremo Tribunal Federal do Brasil. Pleno. Recurso Extraordinário 593.727, Relator Ministro Cezar Peluso, julgado em 14.05.2015.

Supremo Tribunal Federal do Brasil. Pleno. Inquérito 3.983, Relator Ministro Teori Zavascki, julgado em 03.09.2015.

Supremo Tribunal Federal do Brasil. 2ª Turma. Habeas Corpus 126.123, Relator Celso de Mello, julgado em 24.03.2015.

Supremo Tribunal Federal do Brasil. Pleno. Habeas Corpus 123.108, Relator Luís Roberto Barroso, julgado em 03.08.2015.

Supremo Tribunal Federal do Brasil. 2ª Turma. Habeas Corpus 135.026, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 11.10.2016.

Supremo Tribunal Federal do Brasil. Pleno. Questão de Ordem na Petição 7.074, Relator Ministro Edson Fachin, julgado em 29.06.2017.

Supremo Tribunal Federal do Brasil. 1ª Turma. Agravo no Habeas Corpus 135.133, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, julgado em 09.12.2016.

Supremo Tribunal Federal do Brasil. Pleno. Recurso Extraordinário 971.959, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 14.11.2018.

Supremo Tribunal Federal do Brasil. 1ª Turma. Habeas Corpus 157.956, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 31.08.2018.

Supremo Tribunal Federal do Brasil. 1ª Turma. Habeas Corpus 133.377, Relatora Ministra Rosa Weber, julgado em 23.11.2018.

Supremo Tribunal Federal do Brasil. Decisão Monocrática. Habeas Corpus 164.028, Ministro Celso de Mello, julgado em 22.11.2018.

Supremo Tribunal Federal do Brasil. Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.693, Relator Ministro Alexandre de Moraes, julgado em 11.11.2018.

Supremo Tribunal Federal do Brasil. 2ª Turma. Reclamação 33.711, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 11.06.2019.

Supremo Tribunal Federal do Brasil. 2ª Turma. Recurso Extraordinário com Agravo 1.067.392, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 26.03.2019.

Supremo Tribunal Federal do Brasil. Decisão Monocrática. Petição 8.803, Ministro Celso de Mello, julgado em 20.05.2020.

Tribunal Constitucional de Portugal. *Acórdão 137 de 03 de abril de 2002*: processo nº 363/01. Relator: Sousa e Brito. Disponível em: «<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020137.html>». Acesso em: 13 fev. 2020.

Tribunal Constitucional de Portugal. *Acórdão 394 de 18 de maio de 1989*: processo nº 93/88. Relator: Messias Bento. Disponível em: «<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19890394.html>». Acesso em: 13 fev. 2020.