



**DEPARTAMENTO DE DIREITO**  
**MESTRADO EM DIREITO**  
**ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS**  
**UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA**  
**“LUÍS DE CAMÕES”**

**SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS E A IMPARCIALIDADE DO ÓRGÃO  
JULGADOR EM PORTUGAL E NO BRASIL**

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autor: Rafael Almeida De Piro

Orientador: Professor Doutor Manuel Monteiro Guedes Valente

Número do candidato: 20151914

**Setembro de 2021**

**Lisboa**



# **SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS E A IMPARCIALIDADE DO ÓRGÃO JULGADOR EM PORTUGAL E NO BRASIL**

Dissertação apresentada ao Departamento de Direito da Universidade Autónoma de Lisboa  
como parte das exigências para obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídicas

PROFESSOR DOUTOR MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, orientador.

Setembro de 2021

Lisboa

Dedico este trabalho aos professores João Mestieri e Juarez Tavares, por tudo quanto representam para o estudo do direito penal e, sobretudo, pelas lições de humanidade, demonstrando que genialidade e generosidade podem habitar o mesmo espaço.

## AGRADECIMENTOS

A meus pais, Teresa e Sylvio (*in memoriam*), por me ensinarem o sentido da vida, e pelo exemplo de que não se pode transigir com o que é injusto ou desumano.

À Universidade Autónoma de Lisboa e seus professores, pela generosa acolhida, permitindo-me, e a tantos outros brasileiros, tão rica experiência cultural e acadêmica.

Ao Prof. Dr. Manuel Valente, orientador paciente e cuidadoso, pela preocupação em tornar este trabalho sempre melhor.

À Letícia, dona do meu coração, pela cumplicidade e notável capacidade de doar-se à nossa família, sem o que não seriam possíveis minhas idas a Portugal para o curso de mestrado.

A meus filhos, Valentina, Francisco e Ana, por representarem o que há de melhor nessa vida, fazendo-me mais feliz a cada dia.

A minhas irmãs, Sylvia e Giovanna, amigas de todas as horas, pelo incentivo constante na realização deste sonho.

A meu amigo-irmão, Ricardo Miguel, por me levar a Portugal, contribuindo de forma decisiva, também nesse aspecto, para o meu crescimento acadêmico e profissional.

Aos sócios e amigos, Rodrigo Pitanguy, Luiza Aguiar, Mariana Montenegro e Elza Meirelles, pois sem eles não seria possível me ausentar com tranquilidade do escritório para a consecução de um projeto pessoal.

## RESUMO

Ao longo de sua história, o Processo Penal sempre esteve mais próximo de fórmulas autoritárias do que democráticas na apuração dos factos. O modelo inquisitivo imperava, e os interesses sociais sobrepunham os direitos e garantias individuais. Contudo, a constitucionalização do direito, ocorrida sobretudo no final do último século, trouxe a necessidade de uma revolução de valores, eis que a essência outrora totalitária do processo teve de ser alterada para um modelo acusatório e democrático, no qual o próprio processo torna-se garantia para o acusado. A relação entre processo penal e Constituição é umbilical. Em consagrada passagem, Claus Roxin<sup>1</sup> afirma que “El Derecho procesal penal es el sismógrafo de la Constitución del Estado”. A íntima relação entre a Constituição e o processo penal decorre da constatação de que ambos lidam com a proteção de direitos fundamentais, sem os quais não será possível equilibrar a confrontação entre Estado e indivíduo. Daí a importância da Constituição como garantidora de um processo capaz de tornar justa essa luta. Pode-se afirmar que em nenhum outro ramo do Direito se vê tantos reflexos da Constituição quanto no processo penal. A ligação estreita com a matriz constitucional é de fácil compreensão: não há outro momento da vida coletiva em que o indivíduo se coloque tão à mercê do Estado como quando está a sofrer acusação de natureza criminal. Há que se procurar, assim, um ponto de circunspeção, pois em um Estado Democrático e de Direito, como preconizam as Constituições Portuguesa e Brasileira, os fins não justificam os meios, devendo a eficácia da coerção penal ser perseguida com ética e respeito aos direitos e garantias fundamentais.

A consequência dessa concepção de processo penal é estrutural: o acusado passa a ser sujeito de direitos, e não mais objeto de uma persecução penal. O procedimento criminal deixa de ser um simples aparato instrumental a serviço do poder punitivo para se tornar uma garantia do réu de se ver julgado de forma independente e, sobretudo, imparcial. Apenas no modelo acusatório isso será possível, haja vista seu compromisso com o verdadeiro sistema de democracia processual. Só a estrutura acusatória – democrática e de base constitucional – permitirá um processo penal justo, apto a tornar efetivos os direitos e garantias fundamentais. Portanto, é preciso afastar, de uma vez por todas, o modelo inquisitório de outrora; não se pode mais tolerar a atuação conjunta entre julgador e acusador; a prisão processual deve estar

---

<sup>1</sup> ROXIN, Claus – **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003, p. 10.

dotada de absoluta excecionalidade; a publicidade do procedimento garante sua transparência, e a ampla defesa e o contraditório viabilizam um processo legítimo, a ser decidido, ao final, por um juiz imparcial – alma da jurisdição.

**Palavras-chave:** Processo Penal. Justa persecução. Imparcialidade. Jurisdição.

## ABSTRACT

Throughout its history, Criminal Procedure has always been closer to authoritarian than to democratic formulas in fact finding. The inquisitive model prevailed, and social interests outweighed individual rights and guarantees. However, the constitutionalization of the rights, which occurred mainly at the end of the last century, brought the need for a revolution of values, since the former totalitarian essence of the process had to be changed to an accusatory and democratic model, in which the process itself became a guarantee for the accused. The relationship between criminal proceedings and the Constitution is umbilical. In a consecrated passage, Claus Roxin<sup>2</sup> states that “Criminal procedural law is the seismograph of the State Constitution.” The close relationship between the Constitution and the criminal process stems from the realization that both deal with the protection of fundamental rights, without which it will not be possible to balance the confrontation between the State and the individual. Hence the importance of the Constitution as a guarantor of a process capable of making this struggle fair. Certainly, in no other branch of law one sees as many reflections of the Constitution as in criminal proceedings. The close connection with the constitutional matrix is easily explained: there is no other moment in collective life when the individuals place themselves as much at the mercy of the State as when they are criminally accused. It is therefore necessary to look for a point of circumspection, because in a Democratic State governed by Law, as recommended by the Portuguese and Brazilian Constitutions, the end does not justify the means, and the effectiveness of penal coercion must be pursued with ethics and respect for rights and fundamental guarantees.

The consequence of this conception of criminal procedure is structural: the accused becomes a subject of rights, and no longer the object of criminal prosecution. Criminal proceedings are no longer a simple instrumental apparatus in the service of punitive power but become a guarantee for the defendant to be judged independently and, above all, impartially. Only in the accusatory model will this be possible, given its commitment to the true system of procedural democracy. Only the accusatory structure – democratic and constitutionally based – will allow for a fair criminal process, capable of making fundamental rights and guarantees effective. Therefore, it is necessary to remove, once and for all, the inquisitorial model of yore; one can no longer tolerate joint action between judge and accuser; procedural arrest

---

<sup>2</sup> ROXIN, Claus – **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003, p. 10, free translation.

must be endowed with absolute exceptionality; the publicity of the procedure guarantees its transparency, and the rights to a prior hearing and of defence enable a legitimate process, to be decided, in the end, by an impartial judge – the soul of the jurisdiction.

**Keywords:** Criminal Procedure. Fair prosecution. Impartiality. Jurisdiction.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>9</b>
<b>1 CONCEITO DE SISTEMA JURÍDICO</b> .....	<b>14</b>
<b>2 SISTEMA PROCESSUAL PENAL</b> .....	<b>16</b>
<b>3 O MODELO ACUSATÓRIO: MÉTODOS E CARACTERES</b> .....	<b>18</b>
<b>4 O MODELO INQUISITÓRIO: ORIGEM, CARACTERÍSTICAS E PRÁTICAS</b> .....	<b>21</b>
<b>5 A VERDADE (MATERIAL) PERSEGUIDA NO PROCEDIMENTO INQUISITÓRIO</b> .....	<b>27</b>
<b>6 A QUEDA DO REGIME INQUISITORIAL E A ASCENSÃO DO ILUMINISMO</b> .....	<b>33</b>
<b>7 A FORMA NAPOLEÔNICA DE PROCESSO: O MODELO MISTO</b> .....	<b>37</b>
<b>8 O PROCESSO DE ESTRUTURA ACUSATÓRIA</b> .....	<b>39</b>
<b>9 O PROCESSO PENAL PORTUGUÊS</b> .....	<b>44</b>
<b>10 O PROCESSO PENAL BRASILEIRO</b> .....	<b>50</b>
<b>11 A INDEPENDÊNCIA E A IMPARCIALIDADE COMO PRESSUPOSTOS DE EXISTÊNCIA DA JURISDIÇÃO</b> .....	<b>57</b>
11.1 Da independência dos órgãos judicantes .....	57
11.2 Imparcialidade e jurisdição.....	60
<b>12 A IMPARCIALIDADE JUDICIAL EM FACE DO ORDENAMENTO PROCESSUAL PENAL PORTUGUÊS E BRASILEIRO</b> .....	<b>75</b>
<b>13 A IMPARCIALIDADE E A TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA</b> .....	<b>80</b>
<b>14 ELEMENTOS DETERMINANTES DO MODELO PERSECUTÓRIO: NÚCLEO FUNDANTE E PRINCÍPIO INFORMADOR</b> .....	<b>87</b>
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>91</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>97</b>
<b>DOCUMENTOS E DIPLOMAS</b> .....	<b>106</b>

## INTRODUÇÃO

A história do processo penal é marcada, desde os primórdios, pela alternância entre dois modelos persecutórios: o acusatório e o inquisitivo. No acusatório, cuja origem remonta à Grécia antiga e à Roma Republicana, o processo era instaurado a partir de acusação formulada pelo povo, não se permitia a denúncia anônima e eram observados o contraditório e a ampla defesa, bem assim a publicidade dos atos processuais. Caso a acusação se provasse falsa, o acusador, que já assumia os custos do processo, também ficaria subordinado a pagamentos indenizatórios ao acusado. Após a acusação se tornar pública, qualquer cidadão poderia ratificá-la, propondo novas provas, factos jurídicos relevantes, ou mesmo se aliar à defesa do acusado. A pretensão acusatória estava atrelada aos termos iniciais do processo, o que, de igual forma, delimitava a atuação do juiz.

O processo acusatório entrou em declínio no século XII, quando passa a prevalecer o direito canônico, e com ele o sistema inquisitivo, no qual o encarceramento preventivo era a regra; a prisão provisória era a “porta de entrada do processo”, instaurado de ofício pelo julgador.

O processo inquisitivo serviria, assim, para introduzir um maior controle disciplinar entre os clérigos infratores ou corruptos, em uma época em que a Igreja Católica tinha perdido prestígio devido à venda para fiéis de ritos e objetos considerados sagrados, além da compra e venda de cargos eclesiásticos. Com a instauração dos processos da inquisição contra os hereges, passou-se a aplicar a violência e a tortura com a finalidade de reconduzir aqueles hereges a uma – pretendida – verdadeira fé.

No método inquisitivo, a “verdade” era obtida à força ou por meio da tortura do acusado. Esse período sombrio do processo penal se fortaleceu e gerou influência na Europa Continental entre os anos de 1234 e 1254, espalhando-se a partir daí pelo mundo, com a atuação implacável da igreja católica. O réu era considerado *pecador*, logo detentor de uma “verdade” a ser extraída, fosse por intermédio da tortura, fosse por uma confissão forjada pelo medo (“*Regina probationum*”).

No século XV, começam as descobertas das colônias portuguesas e espanholas na América Latina, ao tempo em que se inaugura, em Portugal e Espanha, o Tribunal do Santo Ofício, onde a prova era colhida secretamente e com o acusado tendo que “jurar a verdade”, isto tudo com ampla utilização da tortura e menosprezo à defesa, considerada um obstáculo à busca da verdade.

Até o final da Idade Média imperou a Inquisição e, por mais tempo, o modelo inquisitivo. Apesar de não mais se admitir as ordálias e os duelos judiciais desde a Alta Idade Média, o paradigma inquisitório ainda permitia a tortura e o processo secreto, algo encontrado até mesmo depois do século XVI em alguns locais isolados. A prática delituosa se confundia com a religião, misturando-se crime com heresia e bruxaria.

Em meados do século XVIII, o mundo conheceu o chamado *período humanitário do Direito Penal*, preconizado por Montesquieu e Beccaria, com ampla censura aos procedimentos decorrentes da tortura e das ordálias e fortalecimento da liberdade das provas, implementando-se, com o Código de Napoleão na França, a tripartição dos Tribunais.

Nessa época, o Brasil, antes submetido à legislação portuguesa (vigente durante o período Colonial as Ordenações Filipinas), com a Constituição de 1824 passou a ter um Poder Judiciário organizado e, após o Código do Império de 1832, com as alterações feitas pela Lei n.º 261/41 regulamentada pelo Decreto n.º 120/42, modificou a denominação de *querelas e devassas* para *queixas*, condicionando o início do processo à *denúncia* formulada por Promotor de Justiça ou qualquer pessoa do povo, e seu julgamento pelo Júri, à exceção das contravenções e delitos mais leves.

Em 1789, a Revolução Francesa torna-se o berço de um movimento libertário em busca do rompimento com valores e princípios típicos do sistema inquisitorial. A Europa continental passa a acenar com a adoção do processo acusatório, sob influência do modelo inglês, o que acabou por não prosperar diante do Código de Instrução Criminal de Napoleão (1808), de perfil inquisitivo, mas travestido de matrizes da *Common Law*, como o incremento de atuação das partes e a existência de uma relação processual entre elas.

A partir do século XVIII, portanto, não obstante uma primeira tentativa de tornar o processo penal da Europa Continental “mais adversarial”, na maior parte dos países ocidentais prevalecia a forma processual inquisitória, com amplos poderes investigatórios e métodos não democráticos de busca da verdade pelo juiz, que por vezes podia atuar mesmo na fase preparatória do processo.

Apesar de existir uma mudança no antigo modelo inquisitivo da Idade Média com o *Code d’Instruction Criminelle* de 1808, na França (Código de Napoleão), isso se dá sob a roupagem de um “chamado sistema misto”, que adotava parte do paradigma acusatório com pequenas matrizes do adversarial, a preservar fortes traços do antigo processo inquisitivo.

Em realidade, esse novo procedimento nada mais era do que uma forma híbrida, a combinar a eficiência e o interesse da busca da verdade, característicos do período

inquisitório, com a paridade de armas do processo adversarial encontrado, com maior frequência, em países da *Common Law*.

Hoje, autores como Damaska e Richard Vogler<sup>3</sup> já identificam no pós-guerra (2ª guerra mundial) o surgimento de um novo modelo acusatório na Europa Continental, com forte influxo da Inglaterra e dos Estados Unidos, passando as Codificações Europeias do continente a adotar um sistema de partes, original do moderno sistema adversarial, mas resguardados os traços do antigo sistema inquisitivo. É o que se daria, por exemplo, com Alemanha, Portugal, Espanha e Itália.

Entretanto, o “novo” modelo europeu continental é diverso do sistema adversarial inglês em muitos aspectos, máxime quanto aos poderes atribuídos ao juiz para perquirir a verdade, ainda que de forma supletiva. E nisto reside a sobrevivência da antiga busca inquisitorial pela verdade, agora denominada verdade possível ou provável.

Assim, mesmo a entender-se que há um novo sistema acusatório vigente na Europa continental (vigentes em países da *Civil Law*) e nos países da América Latina, chamado por muitos de acusatório-investigativo ou acusatório com traço inquisitivo, a permanência da cultura segundo a qual o processo penal tem como objetivo principal a busca da verdade – permitindo que o juiz, em nome desse “interesse coletivo”, saia à procura de provas –, mantém viva uma prática própria de período sombrio da história.

Adepto desse modelo, o Brasil ainda pratica um processo penal de forte influência inquisitória, com graves reflexos na imparcialidade do órgão julgador. Em Portugal, no entanto, a sistemática processual apresenta-se mais consentânea com a estrutura acusatória pretendida pela Constituição, eis que garantidas as condições necessárias para o desenvolvimento de um processo de partes a ser decidido, ao final, por um terceiro (juiz) alheio aos interesses contrapostos.

Na presente pesquisa, pois, pretendemos traçar uma linha histórica da evolução do processo penal e demonstrar que o modelo adotado e a forma pela qual o acusado é penalizado possuem ligação íntima com a forma de governo perfilhada em cada Estado.

Para tanto, na primeira parte discorreremos sobre o paradigma persecutório na antiga democracia grega e na Roma republicana, exercida imediatamente pelo povo, nas praças públicas, com igualdades entre todos os cidadãos. Na altura, o procedimento penal tinha como principais características a acusação privada, a paridade entre as partes, a total

---

<sup>3</sup> VOGLER, Richard – Adversalidad y dominio angloamericano del proceso penal. In AMBOS, Kai; LYNETT M. Eduardo (Coord.). **Constitución y sistema acusatorio**. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2005, p. 180-202.

proibição de os juízes influenciarem as provas – sendo esta uma atividade exclusiva das partes –, a vedação da denúncia anônima e a punição para quem cometesse uma denunciação caluniosa, sendo os julgamentos públicos, com garantia do contraditório e da ampla defesa.

Na sequência, trataremos do modelo processual inquisitório, com a inversão – mais acentuada a partir do século XII – da lógica que vinha sendo adotada na Grécia antiga e desaparecimento de quase todas as garantias do arguido, instalando-se um processo penal que reunia na figura do juiz as funções de acusar e julgar. O processo era sigiloso, escrito, sem ampla defesa ou contraditório, com o arguido, em regra, preso e, sob tortura, levado a confessar a “verdade”. Tudo isso fruto da relação simbiótica entre delito e pecado.

Demonstraremos, em seguida, que a partir do século XVIII inicia-se um movimento na Europa contra o modelo Inquisitivo, em prol de um sistema mais humanizado, que teve por aliados nomes como Montesquieu e Voltaire. Na França, de início foram divididos os tribunais segundo as ordens dos crimes. Nos júris desenvolveram-se, a partir do sistema inglês, as fases de acusação, que correspondiam às preliminares de investigação, interrogatório, levando a denominação também de instrução; o acusado era pré-julgado pelos que compunham o júri de acusação, e depois levado ao júri de Julgamento, onde se procedia de forma pública, oral e contraditória. Nesse período, já criado o Ministério Público, após a Revolução Francesa, o sistema penal teve uma alteração significativa, levando assim a denominação de *Misto*, haja vista a existência de uma fase inquisitiva e outra acusatória.

Passaremos, então, à análise comparada entre o atual direito processual penal português e o brasileiro, de acordo com as variáveis da predominância, ou não, do modelo acusatório escolhido pela Constituição de ambos os países. É saber: a persecução penal, tal como desenvolvida nesses países, ainda guarda alguma semelhança com aquela praticada nos primórdios do processo penal? É possível identificar nos modelos português e brasileiro regras democráticas capazes de garantir àqueles que ocupam a condição de réu um julgamento imparcial, com a efetiva observância de seus direitos fundamentais?

Em resposta a essas indagações, concluímos que as regras do ordenamento português refletem, com maior nitidez e eficácia, a estrutura acusatória eleita pela Constituição como forma democrática de processo penal, tornando o modelo preponderantemente acusatório. O sistema brasileiro, contudo, carece de maior maturação quanto à eficácia do modelo constitucional acusatório, sobretudo em relação à possibilidade de o mesmo juiz atuar em fases distintas da persecução penal, a aniquilar, por completo, o direito fundamental de toda e qualquer pessoa a um julgamento imparcial. Esta e outras

características relacionadas à concentração de poderes nas mãos do juiz ainda permeiam a atuação dos sujeitos processuais, evidenciando a prevalência do método inquisitivo no Brasil.

Nunca é demais reviver os ensinamentos, sempre atuais, de Pontes de Miranda<sup>4</sup>:

O processo criminal reflete, mais do que qualquer outra parte do direito, a civilização de um povo (...). Onde o processo é inquisitorial, a civilização está estagnada ou rola em decadência. Onde o processo é acusatório, com defesa fácil, a civilização está a crescer ou a aperfeiçoar-se.

---

<sup>4</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de – **Democracia, Liberdade, Igualdade: os três caminhos**. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 36.

## 1 CONCEITO DE SISTEMA JURÍDICO

A palavra *sistema* advém do grego *systema*, na origem *synistanai*, a significar *junção, agrupamento*. Por sistema jurídico deve-se entender, portanto, a reunião de elementos independentes entre si, a formarem uma unidade teórica, um todo orgânico, tendo como elo determinados princípios.

No direito processual penal, esses princípios podem ser *inquisitivos* ou *dispositivos* e, por conseguinte, o modelo de persecução penal será *inquisitório* ou *acusatório*. Se inquisitório, o processo penal terá como característica principal a concentração de poderes nas mãos do órgão julgador, que exercerá a gestão da prova, dispensando ao arguido a posição de mero objeto de investigação na busca sem limites pela verdade (real ou material).

Se acusatório, a verdade possível será obtida a partir da contenda processual entre acusação e defesa, que em condições de igualdade construirão, à luz da dialética, uma justa solução para o caso, cabendo ao juiz, terceiro distante e imparcial, decidir sobre a melhor hipótese. Cuida-se, em síntese, de um processo de partes, com sujeitos processuais a duelar perante um juiz alheio aos interesses em jogo e indiferente ao resultado do processo.

A opção por cada um desses modelos processuais se traduz, ao longo da história, em escolha acerca de um projeto político de controlo social. Como nos lembra Adauto Suannes<sup>5</sup>, “a distinção entre processo penal inquisitório e processo penal acusatório não se limita a mera diferença de procedimentos. É uma questão ideológica”.

Enquanto o modelo inquisitório atende aos ideais de fortalecimento do Estado e de prevalência dos interesses abstratos da coletividade em detrimento dos interesses concretos individuais, o modelo acusatório, ao longo do tempo, é o que mais se identifica com o projeto político-constitucional de contenção do arbítrio e de redução do poder estatal.

Conquanto as Cartas Constitucionais de Portugal e Brasil tenham desejado um processo penal democrático, de estrutura acusatória, com a reconstituição dialética dos factos em busca de uma justa sentença, ambos os países ainda admitem, em nome da “verdade” e do fim da impunidade, que o juiz se valha do *Princípio da Verdade Real* e do *Princípio de Investigação* para ir a fundo à procura de provas sobre a ocorrência do facto, expediente de marca inquisitória e que o afasta do ideal de imparcialidade.

Se não há prova segura para a condenação, a dúvida exige a absolvição do arguido (*in dubio pro reo*), já que inocente à luz do ordenamento legal. Não cabe ao juiz suprir

---

<sup>5</sup> SUANNES, Adauto – Provas eticamente inadmissíveis no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 31. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 80.

eventual deficiência acusatória ou substituir o órgão de acusação no seu encargo probatório. Conforme precisa observação de Geraldo Prado<sup>6</sup>, “quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isso, em termos de processo penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência comprometedora da imparcialidade do julgador”.

Nas linhas que seguem, abordaremos os principais modelos de persecução penal, com a demonstração de permanência, nos dias que correm, de práticas autoritárias antigas que ainda estão a impedir, no Brasil, a efetivação de um processo penal de estrutura acusatória, mais comprometido com os valores democráticos preconizados na Constituição do que com o dogma inquisitório da “verdade real”.

A incidência de princípios inquisitivos gera consequências para todas as instituições que compõem o sistema de justiça criminal, máxime para a jurisdição, uma vez que, ao se lançar como ator-protagonista do processo, o juiz se afasta da imparcialidade e da isenção necessárias para a validade de um provimento jurisdicional. E nem se diga que a parcialidade pode, ou não, comprometer o exercício da jurisdição; não é disto que se trata. Sem imparcialidade, como explicitado à frente, não há jurisdição.

---

<sup>6</sup> PRADO, Geraldo – **Sistema acusatório. A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 4.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 137.



## 2 SISTEMA PROCESSUAL PENAL

O significado básico de *Sistema* no viés jurídico o coloca como um conjunto de normas, coordenadas entre si e intimamente relacionadas, que funcionam qual uma estrutura organizada, formando uma unidade teórica. Para Juarez Tavares e Rubens Casara<sup>7</sup>, as diversas aceções de sistema têm em comum a ideia de um conjunto de elementos entrelaçados, orquestrados e direcionados a um fim.

De forma similar, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho<sup>8</sup> define *sistema* como o “conjunto de temas colocados em relação por um princípio unificador, que formam um todo pretensamente orgânico, destinado a uma determinada finalidade”. Todo Sistema Processual possui, assim, um núcleo fundante preciso, vale dizer, uma ideia-base que é usada para a criação das normas, definição da ordem, do método e afins. Além disso, a Carta Constitucional, soberana, sempre será o modelo a partir do qual serão definidas as diretrizes de um Sistema Processual.

É possível notar, com o conceito citado, que o Sistema Processual parte de uma construção humana, de uma escolha. Como diz respeito à ordem sociológica, pode ser considerado um subsistema proveniente de um Sistema Político. Em outras palavras: cada Estado estabelece suas prioridades, sua base ideológica, e, desta forma, os Sistemas Processuais terão suas peculiaridades de acordo com as respectivas escolhas.

O Sistema Processual Penal, em particular, é definido a partir de uma demanda popular por soluções em relação à “criminalidade”, à violência. Por essa razão se faz presente uma exigência pela ação do controlo estatal, hoje exercido pelo Direito Penal. Logo, a depender do momento político e do estado social, o modelo processual penal se modifica e se adapta.

Giuseppe Bettiol<sup>9</sup> ensina que há uma estrita relação genética entre a forma de Estado e a forma do processo, que está além do texto legal, pois inserida nas práticas

---

<sup>7</sup> TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens – **Prova e Verdade**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 105.

<sup>8</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda – Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. **Revista de Estudos Criminais do ITEC**. N.º 1 (2001), p. 26-51, p. 28.

<sup>9</sup> BETTIOL, Giuseppe; BETTIOL, Rodolfo. **Istituzioni di diritto e procedura penale**. 7.<sup>a</sup> ed. Pádua: CEDAM, 2000, pp. 128-129. [Tradução livre de: “Esiste dunque un nesso tra forma di Stato e forma del processo. Laddove prevalga l’idea dello Stato di Diritto, ove il cittadino è appunto tale, munito di diritti soggettivi inviolabili, il processo tende all’ampiamiento delle garanzie difensive e quindi al rito accusatorio. Laddove il rapporto Stato-cittadino è squilibrato a favore esclusivo del primo le garanzie difensive vengono indebolite o eliminate ed il processo tende quindi ad essere inquisitorio. Un’avvertenza si rende peraltro necessaria. Se esiste uno stretto rapporto genetico tra forma di Stato e forma del processo, il rapporto peraltro non va inteso in senso meccanicistico. La forma di Stato può mutare ed il processo vigente in precedenza essere mantenuto in vigore. È il caso tipico della Repubblica Italiana. Il codice del regime fascista, pur con

concretas, no âmbito da cultura. A lição, proferida nos anos 60, deixa clara a ideia do Estado de Direito e sua importância para uma relação de equilíbrio entre Estado e cidadão, com a observância de garantias defensivas não encontradas no modelo inquisitório. Todavia, a forma de Estado pode mudar e o processo manter-se com características do período anterior, como ocorreu na Itália, onde o Código do regime fascista, a despeito das muitas modificações, perdurou por mais de 50 anos. Isto ocorre porque, explica o docente, “há um peso da tradição, pelo qual não há uma adequação automática entre a forma do Estado e a forma do processo.”

Ademais, relembra ele, “o processo é feito não apenas de normas abstratas, mas de práticas concretas. Um código iliberal pode ser interpretado liberalmente e, por outro lado, o código mais garantista aplicado com ótica iliberal pode efetivamente anular as garantias estabelecidas em favor do acusado, em nome da defesa social a todo custo.” É que o processo está ligado à cultura do tempo, e a essa cultura são inerentes os postulados da lógica que guiam as decisões judiciais.

Com efeito, apenas por meio de uma leitura histórica e contextualizada é possível entender a formação dos Sistemas Processuais Penais de cada Estado. Dessa maneira, também se fará notável a razão pela qual, muitas vezes, a prática penal destoa do que está definido nas suas Constituições e Princípios, como isso se dá e a importância de se contestar essa prática desvirtuada.

Um Sistema Processual Penal deve ser analisado em três “vertentes”: inquisitória, mista e acusatória. O que posiciona cada uma delas como tal é o núcleo duro de cada modelo processual, conceito este foco de constante debate teórico. Apesar disso, é importante estabelecer essas definições para fins de compreensão.

---

molte modifiche è rimasto in vigore per oltre cinquant’anni. Esiste un peso della tradizione, per il quale non vi è un automatico adeguamento tra la forma dello Stato e la forma del processo. Ancora, va ricordato come il processo sia fatto non solo di norme astratte, ma di prassi concrete. Un codice illiberale può essere interpretato liberalmente, e viceversa il codice più garantista applicato con ottica illiberale può vanificare di fatto le garanzie dettate a favore dell’imputato, in nome della difesa sociale a tutti i costi. Come già faceva notare Voltaire a proposito del principio del libero convincimento del giudice, la bontà dello stesso era legata ai giudici che lo dovevano applicare. Questo richiamo dimostra un’ulteriore circostanza, il processo è legato alla cultura del tempo e nella cultura sono insiti i principi della logica che portano alla decisione giurisdizionale.”]

### 3 O MODELO ACUSATÓRIO: MÉTODOS E CARACTERES

Na Roma antiga (República), nossa civilização conheceu, sob a denominação de *accusatio*<sup>10</sup> – também designada *judicium publicum* ou *quaestio* –, o modelo processual acusatório, tendo como característica precípua a exigência de que ninguém fosse levado a juízo sem acusação – *nemo in iudicium tradetur sine accusatione*.

A *accusatio* permitia a todo e qualquer cidadão, em especial ao ofendido, deduzir sua pretensão punitiva perante o povo, houvesse ou não investigação anterior a suportar tal medida. Não se admitia a denúncia anônima, e as falsas acusações estavam sujeitas às reprimendas do delito de denúncia caluniosa.

O processo se desenvolvia de forma pública e oral, com observância ao contraditório e atribuição às partes do ônus probatório. Como observa Manuel Valente<sup>11</sup>, “havia uma tentativa de tornar os actos processuais transparentes *inter partes*, para que ambas soubessem o que se acusava e por que se acusava”. De outro lado, procurava-se garantir igualdade às partes, de forma que acusação e defesa duelassem em condições de paridade, dispondo das mesmas oportunidades processuais.

Ao juiz não era permitida a instauração de ofício do processo (*ne procedat iudex ex officio*), tampouco condenar para além da acusação (*sententia debet esse conformis libelo*), cabendo-lhe apenas o conhecimento e conseqüente julgamento da causa. A liberdade era a regra e o arguido, nessa perspectiva, desfrutava da presunção de inocência. Diante da natureza corporal das penas, não se podia proceder contra réu ausente.

Para Maier<sup>12</sup>, esse modelo procedimental apresentou inovações importantes para o momento histórico, máxime em relação ao conhecimento objetivo do facto, porquanto reconheceu a prova como meio necessário para a reconstrução dos acontecimentos sob apuração.

Com o passar do tempo, em específico na transição da República para o Império Romano, o modelo se revelou ineficiente na escuridão elucidada dos factos, notadamente em relação aos seguintes aspectos<sup>13</sup>: a) impunidade de criminosos; b) facilitação da acusação falsa;

---

<sup>10</sup> De acordo com Lopes Junior, essa modalidade acusatória “surgiu no último século da República e marcou uma profunda inovação no direito processual romano” (**Direito Processual Penal**. 11.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 93).

<sup>11</sup> VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Processo Penal**. 3.<sup>a</sup> ed., rev., actual. e aument. Coimbra: Almedina, 2010, p. 45.

<sup>12</sup> MAIER, Julio Bustos Juan – **Derecho Procesal Penal Argentino**. Buenos Aires: Hammurabi, 1989, p. 51.

<sup>13</sup> TORNAGHI, Helio – **Curso de Processo Penal**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Saraiva, 1989, p. 11-17.

c) desamparo dos fracos; d) deturpação da verdade; e) impossibilidade de julgamento, em muitos casos; f) inexecuibilidade da sentença.

Como o processo dependia da iniciativa do ofendido para formalizar a *accusatio*, quando ele se quedava inerte, o criminoso ficava impune;

- (a) de outro lado, se a acusação poderia ser lançada sem prévia apuração da real existência do facto inquinado delituoso, havia muito espaço para acusações infundadas, resultantes de rixa pessoal, vindita e ódio entre acusador e acusado;
- (b) as classes sociais menos favorecidas não se sentiam em condições de acusar os mais abastados; nas palavras de Tornaghi<sup>14</sup>, “não havia como esperar que alguém viesse a acusar aquele de quem dependia, aquele sob cuja sujeição tinha de viver”;
- (c) conferida apenas às partes a tarefa de trazer aos autos a prova de suas alegações, o processo “contentava-se com uma verdade ficta, com aquilo que as partes admitiam como verdade”<sup>15</sup>;
- (d) diante da falta de provas coligidas a partir de uma investigação séria e criteriosa, o juiz não se sentia em condições de julgar, gerando elevado número de sentenças inconclusivas, marcadas pela dúvida;
- (e) o processo não se cercava das cautelas necessárias para dar efetividade às suas decisões; com isso, permitia que, em liberdade, o acusado não raro empreendesse fuga, frustrando a execução da pena.

Esse cenário fez com que os juízes, até então passivos no processo, adentrassem as investigações e tomassem à frente das acusações, acumulando, assim, as tarefas de acusar e julgar. A partir daí, regista Lopes Junior<sup>16</sup>, “os juízes começaram a proceder de ofício, sem acusação formal, realizando eles mesmos a investigação e posteriormente dando a sentença. Isso caracterizava o *procedimento extraordinário*, que, ademais, introduziu a tortura no processo penal romano”.

Outras transformações, na mesma linha, foram implementadas, como o sigilo no processo, antes público, e a prolação da sentença escrita – ao revés da forma oral do período

---

<sup>14</sup> TORNAGHI, Helio – **Curso de Processo Penal**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Saraiva, 1989, p. 13.

<sup>15</sup> *Ibidem*, loco citato.

<sup>16</sup> LOPES JUNIOR, Aury – **Direito Processual Penal**. 11.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 94.

Republicano. Caminhava-se, pois, para o modelo inquisitório, com alterações radicais na fisionomia do processo penal.

Na Grécia antiga, o processo penal se dividia entre os crimes privados e os públicos, sendo os primeiros aqueles que produziam danos de somenos importância – sua repressão dependia da iniciativa exclusiva da vítima –, enquanto que os segundos eram aqueles que atingiam a coletividade – sua punição não podia ficar à mercê do ofendido e sua apuração era feita com participação direta dos cidadãos.

Delitos graves que atentassem contra o próprio Estado eram denunciados pelos Tesmotetas perante a Assembleia do Povo ou o Senado. No dia do julgamento, manifestava-se primeiro o acusador, produzindo suas provas, depois falava a defesa, votando os juízes em seguida, sem deliberar; a decisão era tomada por maioria de votos, sendo absolvido o acusado se houvesse empate. Os juízes colocavam-se em posição passiva, como árbitros de uma luta leal entre as partes.

Em Atenas, os tribunais mais importantes foram: Assembleia do Povo – se reunia para julgar crimes políticos graves, sem nenhuma garantia para o Acusado; Areópago – competente para julgar crimes aos quais se cominava pena capital (homicídios premeditados, incêndios, etc.), se reunia ao cair do sol, as partes não podiam afastar-se da matéria de fato e a votação era secreta; Tribunal dos Afetas – composto de 51 juízes, dentre os membros do Senado, para julgamento de homicídios não voluntários; e, os Tribunais dos Eliastas (Heliea), com jurisdição comum, que chegou a ser composto por até 6000 juízes (acreditava-se que mais pessoas asseguravam melhor justiça, sendo certo que a explicação para tantos juízes pode residir ainda no interesse pelo recebimento dos três óbolos que o Estado destinava a cada um dos juízes, por crimes que julgavam.)

Em linhas gerais, pode-se dizer, portanto, que o processo penal na Grécia Antiga se caracterizava pela participação direta dos cidadãos no exercício da acusação e da jurisdição, pela oralidade e publicidade dos debates, consubstanciando-se verdadeiro duelo entre as partes, sendo o juiz sujeito imparcial, sem ingerência direta nas disputas e nas provas, a formar uma sistemática processual mais consentâneo com o modelo acusatório.

Conforme demonstrado a seguir (Modelo Inquisitório), ao avançar do tempo a refrega entre acusador e acusado converteu-se no duelo do juiz-inquisidor contra o imputado, este considerado objeto de obtenção – ou revelação – da verdade.

#### 4 O MODELO INQUISITÓRIO: ORIGEM, CARACTERÍSTICAS E PRÁTICAS

As primeiras formas de processo inquisitório se desenvolveram na Roma imperial e apresentaram suas características mais acentuadas na jurisdição eclesiástica, estabelecida com base na missão confiada a funcionários públicos e a bispos do Imperador Justino para perseguir os delitos de heresia e magia.

De início, reconheceu-se à Igreja o direito de julgar o clero, apenas para fins religiosos e sem qualquer jurisdição temporal. Aos poucos, porém, a Igreja estendeu sua jurisdição e passou a ocupar-se de toda matéria que concernisse à fé, ainda que prevista por leis comuns, e, subjetivamente, de leigos que tivessem alguma relação com a Igreja.

O processo era articulado à base do mais absoluto sigilo, tanto no recebimento da denúncia quanto no início das investigações, instrução e debates. O segredo era utilizado não apenas para assegurar o bom êxito das investigações, mas também para evitar que os humildes fossem vítimas da cólera dos poderosos e que os homens de bem sofressem na boa fama.

O processo secreto era documentado pela redução a escrito de todos os seus atos (*quod non est in actis non est in mundo*), e o juiz era detentor dos mais amplos poderes de investigação. A inquisição dividia-se em duas fases: na primeira, pesquisava-se o facto em sua materialidade, sem atentar de forma específica para alguém (*inquisitivo generalis*, a que o juiz procedia *priusquam inquirat contra delinquentem*); na segunda, apurada a existência do facto, passava-se à investigação da responsabilidade do suspeito (*inquisitivo specialis*, em que se perquiria acerca de alguém).

Tal sistema desenvolveu-se e ampliou-se a processos que não tinham por objeto ofensas à moral ou à religião. A extensão foi tão rápida e tão ampla que Inocêncio III, por meio de sua Decretal, acabou por esclarecer que *tribus modis procedi possit: per accusationem, per denuntiationem, per inquisitionem*.

Este último método – *per inquisitionem* – acabou por prevalecer sobre os outros, mesmo perante as autoridades laicas, em virtude do inevitável favor que encontrava junto a governos absolutos, os quais, por seu intermédio, viam a possibilidade de alcançar os inimigos do poder constituído e os rebeldes, favorecendo a delação e engendrando um compreensível temor com relação ao Príncipe e a seus funcionários<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> MANZINI, Vincenzo – *Istituzioni di diritto processuale penale*. 11.<sup>a</sup> ed. Padova: Cedam, 1954, p. 24 *et sequens*.

Nessa perspectiva, o sistema inquisitório foi um dos instrumentos de formação e consolidação do absolutismo dinástico que imperou nas monarquias da Europa desde o século XVI. Esta estrutura processual viria a se consolidar, no direito dos estados, durante os séculos XVII e XVIII, quando se ligou politicamente às ideias do Estado absoluto e totalitário.

Assim, o modelo inquisitorial passou a vigorar em todos os Estados da Europa, com exceção da Inglaterra, merecendo tal proteção, que, no ano de 1527, Inocêncio IV condenou os estatutos que impediam o livre exercício da atividade dos inquisidores. As mesmas razões que levaram os governos a aderir ao novo método também conduziram à exasperação do instituto e à adoção ilimitada da tortura como meio de obtenção da prova.

O processo tinha como finalidade não o esclarecimento da verdade, mas o reconhecimento da responsabilidade do réu. A instrução sigilosa foi a arma mais poderosa deste procedimento, com a defesa reduzida a mera formalidade, e o acusado, quase sempre submetido à prisão provisória, sem possibilidade de exercer o contraditório<sup>18</sup>. Na realidade, e consoante a feliz expressão cunhada por Rui Cunha Martins, havia verdadeiro “desamor” ao contraditório no método inquisitório de persecução<sup>19</sup>.

A tortura era considerada um método válido para confirmar ou eliminar uma prova semiplena ou incompleta, vale dizer, uma série de indícios; e o valor que se lhe atribuía era tanto que, se durante a tortura o réu resistisse em não confessar sua culpa, verificava-se uma espécie de improcedibilidade em seu favor, pelo que, mesmo diante de novas provas, não mais poderia ele ser julgado por aquele facto.

Com o propósito de aperfeiçoar a persecução penal, passou-se, com o decorrer do tempo, a exortar as denúncias anônimas ou secretas, fontes frequentes de calúnias e de outras falsidades. Em determinados lugares, como no Palácio Ducal, em Veneza, instituíram-se as denominadas *bocas de leão* ou *bocas da verdade*, para o recebimento de tais denúncias apócrifas.

Recebida a notícia de suposto ilícito penal, o juiz determinava ao seu escrivão que se instaurasse o feito, por inquisição. Na sequência, passava-se à fase de informação sumária, na qual o juiz procedia às primeiras diligências e, caso tal investigação chegasse a algum suspeito – e, via de regra, havia sempre um acusado sobre quem recaía a imputação –, determinava-se o seu encarceramento, não raro com a indisponibilidade de bens, tudo de forma sigilosa, sem o acusado conhecer sequer as razões da sua segregação.

---

<sup>18</sup> PRADO, Geraldo – **Sistema acusatório. A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 4.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 105.

<sup>19</sup> LOPES JUNIOR, Aury – **Direito Processual Penal**. 11.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 96-97.

Suplantada tal fase, o juiz inquisidor continuava com a persecução penal, buscando, agora, provas para a incriminação do réu por meio da confissão e de testemunhas que ele próprio, juiz, poderia refutar. Na etapa final, dava-se publicidade aos depoimentos e demais provas, quando se procedia, então, à acusação formal, em geral realizada pelo promotor fiscal, e à defesa, elaborada pelo advogado do réu.

Por fim, caso fosse necessário, prolatava-se a sentença de infligção de tormento, com o intuito de se alcançar a confissão do acusado, ou se pronunciava a sentença definitiva, quase sempre condenatória<sup>20</sup>.

Ao juiz, *dominus* do processo, tudo era permitido; desde a instauração *ex officio* do processo, até a procura ilimitada de “todas e quaisquer provas conducentes à descoberta da verdade material e não ficta, promovendo buscas, apreensões, audição de testemunhas, a realização de perícias, vistorias, todas as diligências promissoras do conhecimento da verdade”<sup>21</sup>.

Acreditava-se, com fundamento no *Princípio de autoridade*, que a verdade era “tanto mais bem acertada quanto maiores fossem os poderes conferidos ao investigador”<sup>22</sup>, reservada ao suspeito a posição de mero “objeto e não sujeito do processo, praticamente sem direitos processuais frente ao juiz”<sup>23</sup>.

Em meados do século XV, as pessoas na Espanha valiam-se do aparato inquisitório para acertar velhas contas, exercer vinditas pessoais de vizinhos ou parentes e eliminar rivais nos negócios ou no comércio. Qualquer um podia figurar como denunciante, e o ônus da justificação ficava com o denunciado. Cada vez temia-se mais os vizinhos, parceiros, concorrentes profissionais ou qualquer outro com quem se pudesse ter atrito.

A fim de antecipar-se a uma denúncia anônima, as pessoas muitas vezes prestavam falsos testemunho contra si mesmas. Não raro, partes inteiras de uma comunidade confessavam em massa, prendendo-se assim com grilhões de paranoia e medo ao controle dos métodos inquisitórios.<sup>24</sup>

---

<sup>20</sup> TOMAS Y VALIENTE, Francisco – **El derecho penal de la monarquía absoluta**. Madrid: Tecnos, 1969, p. 158.

<sup>21</sup> VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Processo Penal**. 3.<sup>a</sup> ed., rev., actual. e aument. Coimbra: Almedina, 2010, p. 53-54.

<sup>22</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy – **Processo Penal**. 2.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 47-48.

<sup>23</sup> SILVA, Germano Marques da – **Direito processual penal português**. 2.<sup>a</sup> ed. Lisboa: Universidade Católica, 2017, p. 65-66.

<sup>24</sup> DE PIRO, Rafael – Nada normal, e menos ainda legal: sem imparcialidade não há jurisdição. [Em linha] **Consultor Jurídico**. ISSN 1809-2829. (18 maio 2021). [Consult. 02 jan. 2022]. Disponível em WWW:<https://www.conjur.com.br/2021-mai-18/rafael-piro-imparcialidade-nao-jurisidicao>.



As denúncias mesquinhas eram mais a regra do que a exceção. Na década de 1480, diz-se que mais de 1.500 vítimas foram queimadas na estaca em consequência de falso testemunho, muitas incapazes sequer de determinar a origem da acusação contra elas. As testemunhas eram mantidas no anonimato e seus depoimentos concertados para a eliminação de quaisquer pontos que traíssem sua identidade.

Nesse período, as prisões viviam abarrotadas de pessoas, muitas sem acusação. Os encarceramentos podiam se arrastar por anos, sem o suspeito ao menos saber a transgressão de que se dizia culpado.<sup>25</sup> Enquanto isso, o preso e sua família eram espoliados de todos os bens, desde a casa até os pratos e panelas. Os custos de sua manutenção no cárcere eram arcados com os recursos provenientes da venda de suas próprias posses. De vez em quando, o arguido acabava libertado só para se ver falido ou na miséria. Houve casos de filhos de prisioneiros ricos morrendo de fome em consequência do sequestro de sua propriedade.

Em geral, os presos ficavam acorrentados em confinamento solitário, e não lhes era permitido qualquer contato com o mundo externo. Se fossem libertados, faziam um juramento de nada revelar do que haviam visto ou passado nas celas. Nas sessões de investigação e interrogatório, tudo era anotado de modo meticuloso – as perguntas formuladas, as respostas e reações do acusado. A tortura era aplicada de acordo com a consciência e vontade dos juízes.

Para a inquisição espanhola<sup>26</sup>, uma confissão extraída nas vascas da tortura não era em si considerada válida. Os inquisidores reconheciam que o indivíduo submetido a dor extrema podia ser convencido a dizer qualquer coisa. Em consequência, o acusado era obrigado a confirmar e ratificar sua confissão um dia depois, para que ela fosse rotulada de espontânea e voluntária, apresentada sem coação.

Esperava-se que o acusado não apenas confessasse suas próprias transgressões, mas também apresentasse provas, por mais tênues que fossem, com as quais incriminar

---

<sup>25</sup> Como assinala Lopes Junior, “a estrutura do processo inquisitório foi habilmente construída a partir de um conjunto de instrumentos e conceitos (falaciosos, é claro), especialmente o de ‘verdade real ou absoluta’. Na busca dessa tal ‘verdade real’, transforma-se a prisão cautelar em regra geral, pois o inquisidor precisa dispor do corpo do herege. De posse dele, para buscar a verdade real, pode lançar mão da tortura, que se for ‘bem’ utilizada conduzirá à confissão.” (LOPES JUNIOR, Aury – **Direito Processual Penal**. 11.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 102).

<sup>26</sup> A extinção da Inquisição, na Espanha, somente se deu em 1834 com a alteração da competência e efeitos da jurisdição eclesiásticas, pois até então a justiça penal espanhola sofria ainda as influências do Tribunal Religioso denominado Santo Ofício, tido como o mais cruel e violento da época da Inquisição, sendo certo que em 1908 reorganizou-se a instituição sob a denominação de Sagrada Congregação do Santo Ofício, passando a chamar-se, a partir de 1965, de Congregação para a Doutrina da Fé, naturalmente com novos procedimentos e competência limitada a assuntos religiosos.

outros. Não surpreendia que, nessas condições, fossem apresentados quaisquer nomes, ou aqueles que seus atormentadores quisessem ouvir.<sup>27</sup>

Em 1518, *La Suprema*, o conselho governante da Inquisição espanhola, decidiu que a tortura não devia ser automática nem rotineira. Em teoria pelo menos, sua aplicação seria determinada em cada caso específico por um voto do tribunal local. Na prática, isso fez pouca diferença, uma vez que cada tribunal local podia aprovar a tortura automática e rotineiramente em cada caso que julgasse.

Quando um tribunal votava pela aplicação da tortura, o acusado era levado a uma câmara de audiência, com a presença de inquisidores e representantes eclesiásticos locais. Anunciavam-lhe o resultado da votação e davam-lhe mais uma oportunidade de confessar. Se ele ainda se recusasse a fazê-lo, lia-se para ele a sentença formal de tortura.

A sentença recitava que, em vista de suspeitas levantadas contra ele pelas provas, condenavam-no a ser torturado pela medida de tempo que julgassem adequada, para que falasse a verdade. Se o acusado morresse durante a sessão de tortura, isso não seria atribuído aos inquisidores, mas ao réu, que insistira em faltar com a verdade.

Definitivamente, o processo de tipo inquisitório representava uma luta judicial entre o imputado e o juiz, este, empenhado e sem limites na busca das provas que incriminassem o réu, se convertia sempre em seu inimigo.<sup>28</sup>

A França implantou o método inquisitivo a partir de 1254, com a Ordenação de Luís IX, sendo certo que coube à Ordenação Prévia, de 1535, sedimentar a inquisição no país, eliminando de forma definitiva o modelo acusatório. A ordenação criminal de Luís XIV (editada em 1670), por seu turno, consolidou as regras do procedimento inquisitório.

Na Alemanha, a inquisição ganhou forma sob a jurisdição do Império Romano-Germânico, com a *Constitutio Criminalis Bambergensis*, em 1507, e a *Constitutio Criminalis Carolina* de 1532. Portugal também aderiu ao modelo inquisitivo, com destaque para as Ordenações Filipinas de 1603, revalidada em 1643 por D. João IV. No livro V estava regulado o procedimento penal, orientado pelas inquirições *devassas*. As *devassas* eram averiguações para informação dos delitos e se dividiam em *geral* e *especial*: a primeira, voltada para os delitos incertos, devia terminar em trinta dias; a segunda, que havia de

---

<sup>27</sup> DE PIRO, Rafael – Nada normal, e menos ainda legal: sem imparcialidade não há jurisdição. [Em linha] **Consultor Jurídico**. ISSN 1809-2829. (18 maio 2021). [Consult. 02 jan. 2022]. Disponível em WWW:<https://www.conjur.com.br/2021-mai-18/rafael-piro-imparcialidade-nao-jurisdicao>.

<sup>28</sup> CARNELUTTI, Francesco – **Lições sobre o processo penal**. Tomo I. Campinas: Bookseller, 2004, p. 217.

começar dentro de oito dias do evento delitivo, tinha como certa a ocorrência do crime e buscava apenas elementos para precisar a sua autoria.

Os tormentos do processo inquisitório eram admitidos como meio de prova, e a sentença, escrita e publicada, não precisava guardar correspondência direta com a imputação. Se condenado à pena de morte, o réu era intimado para a preparação espiritual. Todas as causas criminais admitiam o recurso de apelação.<sup>29</sup>

Inspirado no movimento liberal e ideais humanitários que tomaram conta da Europa, em 1821 Portugal extinguiu as *devassas gerais*. Com efeito, D. Pedro estabeleceu no Brasil, em 1822, que os juízes seguissem as diretrizes da Constituição da monarquia portuguesa de 10 de março de 1821. Com isso, não mais se permitiu, como lembra Frederico Marques<sup>30</sup>, a prisão sem culpa formada, a aplicação da lei penal de forma desnecessária e a imposição de penas desproporcionais, para além da pessoa do condenado. Foram também abolidas a tortura e as diversas penas infamantes.

Durante cinco séculos, aproximadamente, as práticas inquisitórias dominaram o continente europeu, a fazer do processo penal uma espécie de ciência dos horrores.<sup>31</sup> Muito disto deve-se, conforme preciosa lembrança de Manuel Valente<sup>32</sup>, ao excesso de poder conferido ao juiz, a funcionar ao mesmo tempo como “investigador, acusador e julgador – que se apresentava como o juiz salvador” –, protagonizando muitos abusos, “contra os quais os suspeitos não tinham quaisquer direitos e garantias processuais”.

---

<sup>29</sup> MARQUES, José Frederico – **Elementos de Direito Processual Penal**. São Paulo: Bookseller, 1999, p. 94-99.

<sup>30</sup> *Ibidem*, loco citato.

<sup>31</sup> Expressão cunhada por Ferrajoli (**Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 3.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 521).

<sup>32</sup> VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Processo Penal**. 3.<sup>a</sup> ed., rev., actual. e aument. Coimbra: Almedina, 2010, p. 58.

## 5 A VERDADE (MATERIAL) PERSEGUIDA NO PROCEDIMENTO INQUISITÓRIO

O processo é capaz de revelar, com absoluta certeza, a verdade sobre determinado facto?

Para Luigi Ferrajoli<sup>33</sup>, formular um juízo seguro de verdade acerca de uma tese jurídica constitui algo impossível, na medida em que a verdade absoluta representa expressão de um ideal inalcançável. Admitir o contrário, segundo o autor italiano, é uma ingenuidade epistemológica.

A mirar o processo penal, Rogério Lauria Tucci assevera, no mesmo passo, que a verdade absoluta, assim considerada no plano objetivo, não pertence ao homem, mas tão-só a Deus. Daí porque, observa o jurista, “na arguta observação de Pasquale Tuozzi, sua perquirição, como em toda forma de conhecimento humano, restringe-se à probabilidade de conceber uma ideia, mais ou menos exata, sobre a ocorrência de prática tida como delituosa; vale dizer, uma ideia constitutiva de certeza.”<sup>34</sup>

E arremata, referindo-se à verdade a ser alcançada pelo homem por meio do processo, como algo que não pode ser conhecido na sua inteireza, razão pela qual devemos nos contentar com a verdade possível, “como se a própria verdade fosse pelo juiz pesquisada e, afinal, descoberta. Essa a verdade processual, cuja perquirição, assim realizada, constitui objeto da prova, no processo penal.”<sup>35</sup>

De facto, dentro de suas limitações humanas, não será possível ao homem obter, por intermédio do processo jurídico, uma verdade “total, certa ou absoluta”. Como nos ensina Carnelutti na sua antológica obra *As misérias do processo penal*, “cada homem, dissemos, é uma parte. Precisamente por isto nenhum homem chega a alcançar a verdade. Aquela que cada um de nós crê ser a verdade não é senão um aspecto dela; qualquer coisa como uma minúscula faceta de um diamante maravilhoso”<sup>36</sup>.

A pesquisa pela verdade, por meio da atividade processual, alcançará apenas resultados relativos e até mesmo precários, mas que ainda assim devem ser perseguidos, pois,

---

<sup>33</sup> FERRAJOLI, Luigi – **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. Tradução Perfecto Andrés Ibáñez et al. 3.ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 50.

<sup>34</sup> TUCCI, Rogério Lauria – **Do corpo de delito no direito processual penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 91.

<sup>35</sup> *Ibidem*, loco citato.

<sup>36</sup> CARNELUTTI, Francesco – **As misérias do Processo Penal**. Tradução José Antonio Cardinalli. São Paulo: Conan, 1995, p. 23.

como bem observou José Carlos Barbosa Moreira<sup>37</sup>, “a parcela da verdade que podemos realmente atingir é reduzida; mas ao menos que se busque essa: antes buscar essa, do que não buscar nenhuma”.

Não se pode, porém, a pretexto de aproximar-se ao máximo da realidade dos factos, lançar mão de todo e qualquer expediente processual-probatório, como se o processo penal tivesse como único objetivo a busca da *verdade real*.<sup>38</sup> No direito processual penal, a *verdade* deve ser vista como meio para se alcançar finalidade diversa. Nesse sentido, Gian Antonio Micheli e Michele Taruffo<sup>39</sup> esclarecem que, “no processo, a verdade não é um fim por si mesma, mas é necessário buscá-la enquanto condição para que haja uma justiça ‘mais justa’”.

Em que pese deter o processo penal a função de perseguir e elucidar factos criminosos, de forma a ressurtirem identificados e penalizados seus autores, na exata de medida de suas responsabilidades, não se afigura legítimo, a este mesmo processo penal, desgarrar-se de balizas ético-jurídicas com assento constitucional, destinadas à garantia de direitos fundamentais.

Consoante escólio de Roberto Lira<sup>40</sup>, é melhor um ilícito penal restar impune do que se perpetrar outros para apurá-lo e prová-lo, de tal modo que o Estado, como diz Manuel da Costa Andrade<sup>41</sup>, sobre um ilícito venha a edificar outro.

A referir-se, ainda, aos parâmetros necessários de toda persecução penal que se pretenda legítima e consubstanciada em princípios democráticos de direito, Manuel da Costa Andrade<sup>42</sup> alude a posicionamentos de autores que realçam a “superioridade moral do estado” (F. Dencker) e a “diferença ética entre a perseguição do crime e o próprio crime” (W. Hassemer).

Em qualquer processo penal assente na Constituição, portanto, não se pode desejar a verdade a todo custo ou a qualquer preço, como se ela estivesse acima de valores e

---

<sup>37</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa – O juiz e a prova. **Revista de Processo**. Ano IX, Vol. 35 (abr.-jun. 1984), p. 178-184, p. 181.

<sup>38</sup> No direito português, a busca da “verdade real” é legitimada pelo “Princípio da investigação”, o qual atribui ao juiz o encargo de investigar e esclarecer, de ofício, o facto submetido à sua apreciação. Nesse sentido, DOTTI, René Ariel. Princípios do processo penal. **Revista dos Tribunais**. Vol. 82, n.º 687 (jan. 1993), p. 253-269, p. 259; e SILVA, Germano Marques da – **Curso de Processo Penal**. Vol. 2. Lisboa: Editorial Verbo, 1999, p. 108.

<sup>39</sup> MICHELI, Gian Antonio; TARUFFO, Michele – A prova. **Revista de processo**. Ano IV, Vol. 16 (out.-dez. 1979), p. 155-168, p. 156.

<sup>40</sup> LIRA, Roberto – Aspectos do problema da prova penal. **Revista Forense**. Vol. 160 (jul.-ago. 1955), p. 27-37, p. 37.

<sup>41</sup> ANDRADE, Manuel da Costa – **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: Coimbra, 1992, p. 43.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 186.

princípios como a dignidade da pessoa humana, a licitude dos meios probatórios, a inviolabilidade do domicílio, o segredo profissional etc., todos tão caros ao Estado de Direito.

Como explica Manuel Valente<sup>43</sup>, “a realização da justiça não pode ser *um fim absoluto, ou único, do processo penal*, sendo que a própria verdade material *só pode ser procurada* de modo processualmente válido e admissível e, portanto, com o integral respeito dos direitos fundamentais das pessoas que no processo se veem envolvidas”.

Na mesma direção, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance e Antonio Magalhães Gomes Filho<sup>44</sup> alertam para a importância de a verdade ser perseguida de forma moral, com formas e formalidades processuais que representam, por si só, um valor jurídico, delimitando o campo em que se exerce a atuação do juiz e das partes. Assim compreendido, o rito probatório transforma-se, ele próprio, “em um escopo a ser visado, em uma exigência ética a ser respeitada, em instrumento de garantia para o indivíduo.”

A rigorosa observância à legalidade em matéria probatória, prosseguem os eméritos doutrinadores, “não indica um retorno ao sistema da prova legal, mas assinala a defesa das formas processuais em nome da tutela dos direitos do acusado: as velhas regras da prova legal apresentavam-se como regras para a melhor pesquisa da verdade; seu valor era um valor de verdade”. Hoje, bem pelo contrário, as regras probatórias devem ser vistas como normas de tutela da esfera pessoal da liberdade: seu valor é um valor de garantia.

Historicamente, o alto valor conferido à *verdade* no processo penal indica um discurso ligado ao interesse público. Há uma reserva para o direito processual penal direcionada à sua aplicação em relação à ordem social por meio de decisões justas, fundadas na verdade substancial como instrumento de investigação da certeza e distribuição da justiça, reafirmando a autoridade do Estado. Confunde-se, com a premissa de que o processo penal tem como objeto a descoberta da verdade absoluta – a denotar função de segurança pública –, as atribuições de um órgão julgador com as da polícia ostensiva e repressiva.

O dogma da verdade real surgiu a partir da ineficiência do sistema acusatório da antiguidade na apuração dos factos.<sup>45</sup> Com a crescente impunidade, o advento de muitas acusações falsas, desamparo dos menos privilegiados socialmente, impossibilidade de

---

<sup>43</sup> VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Processo Penal**. 3.<sup>a</sup> ed., rev., actual. e aument. Coimbra: Almedina, 2010, p. 25, 184.

<sup>44</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães – **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 128.

<sup>45</sup> TORNAGHI, Helio – **Curso de Processo Penal**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Saraiva, 1989, p. 10. “(...) deferindo exclusivamente às partes a tarefa de trazer para os autos a prova dos fatos e negando ao juiz todo poder inquisitivo, este sistema não possibilitava conhecimento da verdade. Contentava-se com uma verdade ficta, com aquilo que as partes admitiam como verdade” (*ibidem*, p. 13).

juízo em muitos casos e inexecução de sentença em outros, o Senado Romano buscou uma alternativa para a melhor averiguação das infrações penais, de modo a afastar o sentimento de impunidade que assolava a idade média, e assim conferir maior credibilidade às decisões judiciais.

Nesse contexto, então, tornou-se público o processo inquisitório, aprimorado pela Igreja Católica, que instituiu o inquérito como forma de acusação e a procura incessante de provas para a sanção das heresias, conforme detalhado em tópico anterior. O discurso de mudança do método de perquirição da verdade não representava apenas um aprofundamento na apuração dos factos delituosos, mas uma maior segurança que se buscava à época, pelas decisões do imperador. A fim de evitar que

(...) os humildes fossem vítimas da cólera dos poderosos, que homens de bem sofressem na boa fama, na estima pública e, finalmente, para assegurar o bom êxito das investigações, o processo passou a ser secreto e documentado pela redução a escrito de todos os atos. O que não estivesse nos autos era como se não existisse: *quod nos est in actis non est in mundo*<sup>46</sup>.

A crítica romana ao sistema acusatório significava, também, uma maneira de fortalecer a estrutura do Estado, que em contrapartida apresentava decisões mais legítimas para os casos – obtidas após intenso trabalho de investigação por parte dos *quaesitores* –, não permitindo a impunidade dos vis da sociedade romana.

O sistema inquisitivo, portanto, sobrepôs-se ao acusatório, tendo como principal característica a conjugação de forças para chegar-se a uma condenação, dada a presunção de culpa que recaía sobre aqueles a serem julgados. A *verdade real* havia de ser encontrada, ainda que para tanto fosse preciso utilizar-se da tortura e de outras práticas degradantes contra o acusado. Este, por sua vez, era considerado mero objeto de investigação, qual nos jogos de morte do coliseu.<sup>47</sup>

De acordo com Luigi Ferrajoli<sup>48</sup>, o conceito de *verdade real* traduz algo a ser perseguido fora de regras, controles ou limites, uma verdade, pois, “absoluta e

---

<sup>46</sup> TORNAGHI, Helio – **Curso de Processo Penal**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Saraiva, 1989, p. 14.

<sup>47</sup> “Da tortura à execução, o corpo produziu e reproduziu a verdade do crime. Ou melhor, ele constitui o elemento que, através de todo um jogo de rituais e de provas, confessa que o crime aconteceu, que ele mesmo o cometeu, mostra que o leva inscrito em si e sobre si, suporta a operação do castigo e manifesta seus efeitos da maneira mais ostensiva. O corpo várias vezes supliciado sintetiza a realidade dos fatos e da verdade da informação, dos atos de processo e do discurso do criminoso, do crime e da punição. Peça essencial, conseqüentemente, numa liturgia penal em que deve constituir o parceiro de um processo organizado em torno dos direitos formidáveis do soberano, do inquérito e do segredo” (FOUCAULT, Michel – **Vigiar e punir – nascimento da prisão**. Tradução Raquel Ramalhe. 20.<sup>a</sup> ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 41).

<sup>48</sup> FERRAJOLI, Luigi – **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 3.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 38.

oncompreensiva em relação às pessoas investigadas, carentes de limites e de confins legais, alcançável por qualquer meio, para além das rígidas regras procedimentais”.

A ninguém interessa a obtenção da verdade a ferro e fogo, a resultar em condenações que, sem dúvida, terão a marca de um atuar abusivo por parte do Estado. Mas, maior do que o problema inerente à busca por uma verdade (absoluta) que se sabe inatingível, está aquele relacionado aos métodos autorizados pelo processo inquisitivo na busca dessa verdade.

A esse respeito, Manuel Valente<sup>49</sup> sublinha que o processo penal não tem como objetivo único a descoberta da verdade material “nua e crua”, mas sobretudo oferecer ao acusado a tutela de seus direitos fundamentais contra eventuais abusos da persecução empreendida pelo Estado. Dessa forma, salienta o insigne doutrinador, “este poder não se pode arrogar de todos os meios e métodos ao seu dispor para perseguir os infractores. Os fins não podem, nem devem em um Estado de direito democrático justificar os meios. Quem se arroga da moral para exercer a perseguição contra os infractores não pode socorrer-se de meios desonestos, de meios nada deontológicos, embora apregoados como eficazes”.

Toda vez, portanto, que, ao invocar o princípio da verdade real, o Estado-julgador sai à caça de provas para “melhor instruir” o processo, colocando-se como órgão persecutor, resta vilipendiado princípio básico da jurisdição: a imparcialidade. Esta, como se verá melhor adiante, ao lado da inércia jurisdicional constituem princípios fundamentais do processo democrático, a evitar um magistrado com interesse direto no resultado da sua decisão.

Não se está aqui a duvidar de que a justiça do julgamento será tão maior quanto for a porção de “verdade” descoberta. Por óbvio, quanto mais extensa a parcela dos factos que se torna conhecida, melhores serão as condições do juiz de proferir uma decisão justa.

No entanto, se a verdade “completa” não está ao alcance do juiz, parece-nos mais importante, do ponto de vista da legitimação das decisões, observar se ela partiu de um magistrado subjetivamente imparcial e que, no plano objetivo, não tenha adotado uma postura assistencialista em relação a uma das partes. No mesmo grau de importância, releva saber se a decisão apresentou fundamentação e foi originada em processo cujos atos foram públicos e desenvolvidos em observância ao contraditório, concedendo às partes oportunidades iguais de manifestação.

---

<sup>49</sup> VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Processo Penal**. 3.<sup>a</sup> ed., rev., actual. e aument. Coimbra: Almedina, 2010, p. 184.



Aquele que julga ter certeza está convicto da veracidade ou da falsidade de um enunciado fático; mas quem se julga sabedor da verdade deve se precaver para o facto de que a “verdade” em que se fundamenta essa convicção não passa de uma verdade aparente<sup>50</sup>, afinal doze mil testemunhas alinhadas em seus depoimentos não representam mais do que doze mil probabilidades, o que equivale a uma forte probabilidade.<sup>51</sup>

---

<sup>50</sup> “A certeza é, portanto, um estado subjetivo do espírito, podendo não corresponder à verdade objetiva. Certeza e verdade nem sempre coincidem; por vezes, tem-se a certeza do que objetivamente é falso; por vezes, duvida-se do que objetivamente é verdadeiro; e a mesma verdade que parece certa a um, a outros parece por vezes duvidosa quiçá até mesmo falsa a outros ainda” (MALATESTA, Nicola Framarino dei – **A lógica das provas em matéria criminal**. Vol. 1. Tradução Alexandre Augusto Correia. São Paulo: Saraiva, 1960, p. 22).

<sup>51</sup> CALAMANDREI, Piero – Verità e verosimiglianza nel processo civile. In CALAMANDREI, Piero – **Opere Giuridiche – La chiamata in garanzia e altri studi sul processo di cognizione e sulle prove**. Vol. 5. Roma: Tre-press, 2019. (Collana La Memoria del Diritto). ISBN 978-88-32136-49-4. p. 615-640, p. 616.

## 6 A QUEDA DO REGIME INQUISITORIAL E A ASCENSÃO DO ILUMINISMO

A partir do século XV, as práticas e métodos inquisitórios passam a sofrer críticas e questionamentos. O avanço das ciências humanas estimulava o surgimento de contestações e dúvidas em relação aos dogmas da Igreja Católica.

O conhecimento que, antes, era “dominado” e monopolizado pela Igreja Católica, passou a ser questionado devido a uma série de descobertas e estudos que o objetavam. A tese de Copérnico, por exemplo, afirmava a não centralidade da Terra juntamente de Cristóvão Colombo, que, por sua vez, indicava um planeta Terra redondo. Essas teses contrariaram frontalmente, com provas e pesquisas, factos colocados como verdade universal e única pela Igreja Católica.

Outro fator importante para o início dessa insurgência foi a postura da classe médica. No início, os médicos acompanhavam as sessões de tortura; com o avançar de seus estudos, passaram a perceber que muitos dos comportamentos associados à presença diabólica e afins eram, na verdade, enfermidades, como a epilepsia, por exemplo. Houve, com isso, uma modificação no caráter teocêntrico por detrás dos discursos.

Segundo Carvalho<sup>52</sup>, “modificou-se toda uma natureza simbólica e as formas de interpretação desses símbolos que se julgavam eternos”. Com essa perda de força, admitiu-se um embate de ideias; os dogmas católicos estavam em posição vulnerável, tornando possível uma visão diferente e nova, inclusive em relação à punição e seus métodos.

Com a antecipação das Ciências em relação ao questionamento acerca da legitimidade e verdade dos discursos produzidos pela Igreja, é possível notar, no século XVII, o início desse processo no meio jurídico. O conhecimento científico se contrapôs aos dogmas cristãos, abrindo espaço para críticas contundentes sobre o que a Igreja definia como crime e seus métodos de reprovação.

Em consequência, verificou-se acentuada diminuição do uso da tortura, com a imposição de critérios mais rígidos na sua aplicação, conforme destacado por Salo de Carvalho:

Após a insurreição jurisprudencial dos Tribunais franceses, sobretudo em Paris, a edição das *Ordonnances* reais de 1670 e 1680, apesar de não romper com a lógica inquisitorial do processo penal, pois mantém concentrada nas mãos do julgador a gestão da prova (princípio unificador do sistema), instaura um procedimento de

---

<sup>52</sup> CARVALHO, Salo de – Da desconstrução do modelo jurídico inquisitorial. In WOLKMER, CARLOS, Antônio (org.) – **Fundamentos de História do Direito**. 3.<sup>a</sup> ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 249-270, p. 255.

partes restringindo o uso da tortura, operando como minimizador no processo de criminalização da heresia.<sup>53</sup>

Além disso, as condenações motivadas pelo delito de “bruxaria” sofreram redução substancial. Em algumas localidades houve, inclusive, sua abolição. Na esteira das mudanças implementadas pela Ciência, a Filosofia e a Política iniciaram uma produção acadêmica que fomentou críticas às práticas inquisitórias. Isso se deu, em especial, com o processo de separação de crime e pecado reproduzido nas novas descobertas científicas, inclusive nas decisões judiciais. A emergência de refletir sobre essa possibilidade e entender no que, exatamente, ela implica, fez crescer a defesa pelo fim da prática da tortura.

A essa produção teórica dá-se o nome de *humanismo e racionalismo*. A valorização da razão sobre a fé, e da capacidade de criação do homem, alicerçou importante movimento pelo fim da crueldade e da violência do sistema penal da época, a colocar como protagonista dessa ferramenta de controle o Estado, e não mais a Igreja.

O movimento humanitário do século XVIII exerceu papel fundamental na progressiva humanização dos costumes e, por conseguinte, do próprio direito criminal. O mundo civilizado passava a viver atmosfera propícia à implantação das ideias de liberdade e igualdade. A filosofia humanitarista se encarregou de erguer uma barreira aos abusos da monarquia absoluta, pressionando cada vez mais os que detinham o poder no sentido de serem respeitados os direitos fundamentais do homem, a justiça e o próprio bom senso, na investigação dos crimes, nos processos e na aplicação das penas.

Na sua obra *Tratado da Tolerância*, Voltaire discorre acerca das injustiças e opressões da época. Textos do mesmo teor podem ser encontrados ainda em seus contos “Cândido” ou “O Otimismo”, “O ingênuo” e “Memórias das viagens de Escarmentado”, bem assim no *Dicionário Filosófico*. Importantes, outrossim, foram Montesquieu e Jean-Jacques Rousseau, com *O espírito das leis* e *Contrato Social*, respetivamente.

Mas as publicações de maior destaque no campo criminal foram, por certo, *Dos delitos e das penas*, de Cesare Beccaria, e *O Estado das prisões em Inglaterra*, de John Howard. “Dei Delitti e delle pene”, anota o emérito penalista João Mestieri<sup>54</sup>, foi produzido por Beccaria aos 25 anos, de forma secreta, pois temia ele possíveis perseguições, na medida em que preconizava a reforma radical do magistério punitivo, com a eliminação do privilégio de classes, do uso da tortura como meio de obtenção da confissão, do arbítrio dos juízes, da

---

<sup>53</sup> CARVALHO, Salo de – Revisita à desconstrução do modelo jurídico inquisitorial. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**. Vol. 4 (2005), p. 35-56, p. 48-49.

<sup>54</sup> MESTIERI, João – **Teoria elementar do direito criminal**. Rio de Janeiro: Edição do Autor, 1990, p. 37-38.

desproporcionalidade entre os delitos e as penas, e da obscuridade das leis. Além disso, aborda a ideia de presunção de inocência, apresenta a publicidade do julgamento para ter a opinião pública como “medidor de justiça” e critica a acusação às escuras.

Como é possível notar, a obra apresentou em seu conteúdo a defesa de uma reforma completa dos institutos do Direito Penal e Processual Penal. Dessa forma, a Escola Clássica e sua produção intelectual marcam o início do estudo do delito por intermédio da razão e de forma sistematizada, propondo uma delimitação do direito de punir.

As ideias de Beccaria influenciaram sobremaneira o pensamento europeu e logo se fizeram presentes nas reformas legislativas do período. Inspiraram o plano de legislação criminal de Marat e os princípios penais da Revolução Francesa. John Howard, por seu turno, foi *sheriff* do Condado inglês de Bedford, destacando-se no campo do penitenciarismo. Nas suas incursões nas prisões pôde aferir toda a miséria e promiscuidade daqueles estabelecimentos, e logo se propôs a dedicar-se à reforma do sistema prisional.

Estudou o problema inicialmente na Inglaterra, expandindo-o depois pela Europa. Em seu trabalho *State of prisons in England* relatou com detalhes o deplorável estado dos cárceres europeus, sem luz, sem ar, com a população a viver em condições desumanas. Howard propôs as seguintes reformas: a) higiene e alimentação; b) disciplina distinta entre os detidos e os encarcerados; c) educação moral e religiosa; d) trabalho; e) sistema celular abrandado.

Na mesma época, Filangieri aliou-se a Beccaria e Howard para não mais permitir que os presos provisórios ficassem detidos com aqueles contra os quais já recaía condenação definitiva.<sup>55</sup> Segundo o mestre italiano, a separação se fazia necessária porque o preso interino, “ainda quando culpado, tem empenho em ocultar a própria depravação, enquanto o condenado, já endurecido, abre aos companheiros o coração perverso, fala-lhes dos prazeres que o pecado lhe fez gozar; ele lhes acalenta a imaginação pela história de seus ferozes atentados; em uma palavra: é o apóstolo do crime”.

O chamado *liberalismo penal* defendido pela Escola Clássica passou a ter em seu escopo cada vez mais apoiadores e produções intelectuais. Com base na secularização do Direito (separação das ideias de delito e pecado), estabeleceu como meta fiscalizar o controle penal exercido pelo Estado, mediante limitações que salvaguardassem as liberdades individuais.

---

<sup>55</sup> Sustentavam, também, a separação dos presos diante de suas condições pessoais e peculiaridades (sexo, idade, situação civil, ou militar etc.) (TORNAGHI, Helio – **Curso de Processo Penal**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Saraiva, 1989, p. 158).

Nesse cenário, a França ganhou protagonismo e tornou-se palco de muitas das concretizações resultantes da difusão de novas ideias, fundamentais para que a sociedade francesa privilegiasse o pensar do humanismo em prol da defesa dos direitos civis, fortalecendo o povo. As ideias deflagradas a partir do *Iluminismo* embasaram o combate popular contra o autoritarismo Estatal e suas arbitrariedades.

O auge desse movimento foi a Revolução Francesa de 1789. Seu motivador principal foi a impossibilidade de a classe social um pouco mais abastada, a burguesia, ascender. A luta pela liberdade englobava, em especial, a liberdade para ter suas propriedades e fazer delas o que quisessem. Era a defesa de uma nova forma de produção de riqueza, para a qual as ideias iluministas fizeram sentido.

A valorização do homem como ser capaz tornou os assuntos políticos e econômicos mais tangíveis, permitindo, pelo advento da lei, o seu alcance e ocupação. A esse respeito, salienta Lofrano:

A validade do Direito está, aqui, amparada no que, a partir de então, passou a ser um dos princípios basilares do nosso ordenamento jurídico, a legalidade. Percebe-se, assim, uma primazia da lei frente à Administração, à jurisdição e aos cidadãos, apresentando-se o Estado Liberal como um estado legislativo. Essa primazia da lei significava a derrota das tradições jurídicas do absolutismo e do Antigo Regime.<sup>56</sup>

O reflexo desse Império da lei no modo e procedimento de punição foi enorme. Na posição de ramo do direito com maior capacidade de intervenção nas liberdades individuais, muitas mudanças foram propostas e aplicadas no direito criminal.

A base dessas modificações foi a ideia de Contrato Social, a partir da qual os cidadãos, para possibilitarem o convívio em sociedade, renunciariam parte mínima de sua liberdade em troca de segurança. Assim, uma das funções legislativas em relação ao Direito Penal é, justamente, impedir a intervenção estatal de forma arbitrária e injustificada. Esta só deveria acontecer nos casos preestabelecidos em lei e sua forma também estaria prevista.

Já é possível notar, no pós-revolução francesa, uma tentativa de estabelecer como modelo processual penal o acusatório. A partir da importação de técnicas processuais já postas na Carta Magna, dos ingleses, há uma reorganização do Sistema Penal e Processual Penal. Concretiza-se essa tentativa com a possibilidade de os processos tramitarem de forma pública, o que permitia o contraditório e o julgamento com base na livre convicção do magistrado e com a ação popular no júri.

Porém, tal tentativa não perdurou na França pós-revolucionária.

---

<sup>56</sup> ANDRADE, Roberta Lofrano – **Processo Penal e Sistema Acusatório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 207.

## 7 A FORMA NAPOLEÔNICA DE PROCESSO: O MODELO MISTO

Os movimentos filosóficos da revolução francesa de 1789 acabaram por repercutir diretamente no processo penal, suprimindo, aos poucos, características do modelo inquisitivo em prol da valorização do homem. O pensamento iluminista da época foi unânime – de Beccaria a Voltaire, passando por Montesquieu e Filangieri – ao se insurgir contra a desumanidade da tortura e o caráter despótico da inquisição.

Daí porque se implementou, logo após o período revolucionário, o modelo acusatório fundado na ação popular, no júri, no contraditório, na publicidade e oralidade do juízo e na livre convicção do juiz. Mas a experiência acusatória, assinala Ferrajoli<sup>57</sup>, não durou muito.

O Código termidoriano, de 1795, e depois o Código napoleônico, de 1808, logo “deram vida àquele monstro, nascido da junção entre os processos acusatório e inquisitório, que foi o assim denominado processo misto, com prevalência inquisitória na primeira fase, escrita, secreta, dominada pela acusação pública e pela ausência de participação do imputado quando este era privado da liberdade”.

A fase subsequente, dedicada aos debates, apresentava tendências do modelo acusatório, dentre as quais a observância ao contraditório público e oral entre acusação e defesa. Ressalva o inextinguível doutrinador italiano, porém, que esta etapa se destinava a “mera repetição ou encenação da primeira fase”. Na sua obra *Sistema acusatório*, Geraldo Prado<sup>58</sup> define com precisão o espectro de cada fase procedimental:

Na primeira delas, denominada instrução, procedia-se secretamente, sob o comando de um juiz, designado juiz-instrutor, tendo por objetivo pesquisar a perpetração das infrações penais, com todas as circunstâncias que influem na sua qualificação jurídica, além dos aspectos atinentes à culpabilidade dos autores, de maneira a preparar o caminho para o exercício da ação penal; na segunda fase, chamada de juízo, todas as atuações realizavam-se publicamente, perante um tribunal colegiado ou júri, com a controvérsia e o debate entre as partes, no maior nível possível de igualdade.

Nitidamente, tal forma de processo privilegiava, sob forte influência do modelo inquisitivo desenvolvido a partir do Direito canônico e da formação dos Estados nacionais sob o regime da monarquia absolutista, a atuação do juiz, tornando-o protagonista do processo, com amplos poderes de investigação e administração da prova.

---

<sup>57</sup> FERRAJOLI, Luigi – **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 3.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 521.

<sup>58</sup> PRADO, Geraldo – **Sistema acusatório. A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 4.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 91.

Nas palavras de Jacinto Coutinho, a chegada de Napoleão Bonaparte ao poder importou em significativo retrocesso para um processo penal que caminhava em direção ao modelo acusatório. Antes, sublinha o insigne processualista, “havia espaço para uma tentativa de reconhecimento da democracia processual, inimaginável com Napoleão, um ditador como qualquer outro que, entre outras coisas, influenciou diretamente um retorno à estrutura do *ancien régime* (o espírito inquisitório seduz gente de tal porte, em qualquer lugar e época)”<sup>59</sup>.

O modelo napoleônico se difundiu com velocidade pela Europa, deixando raízes profundas na Itália<sup>60</sup>, onde serviu de base para o Código Rocco, de 1930. Na era republicana, deu-se continuidade à mistura entre os dois modelos, com a introdução, de um lado, de elementos acusatórios na fase instrutória e, de outro, de maiores poderes ao juiz.

Como resultado, viu-se considerável acentuação do caráter de juízo autônomo da fase instrutória e progressivo esvaziamento da fase dos debates, reduzida a mera e prejudgada duplicação da primeira.

---

<sup>59</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda – O papel do novo juiz no processo penal. In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda – **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (coord.) – Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 3-55, p. 41.

<sup>60</sup> Foi acolhido pelos Códigos borbônico de 1819, de Parma de 1820, pontifício de 1831, toscano de 1838 e piemonteses de 1847 e 1859; e se manteve, com variações pontuais, no Código italiano de 1865 e de 1913 (FERRAJOLI, Luigi – **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 3.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 522).

## 8 O PROCESSO DE ESTRUTURA ACUSATÓRIA

A separação entre juiz e acusação constitui o mais importante elemento de configuração do processo acusatório: “Quem acusa não é quem julga, de forma a que exista a máxima independência e imparcialidade no julgamento”<sup>61</sup>.

Nas palavras de Ferrajoli<sup>62</sup>, “ao acusador são vedadas as funções judicantes e ao juiz as funções postulantes, sendo inadmissível a confusão de papéis entre os dois sujeitos”, algo específico do modelo misto, no qual o Ministério Público produz a prova e decide sobre a liberdade do imputado, e o juiz atua na investigação dos factos com o auxílio da acusação.

Essa rígida separação diferencia não apenas os sujeitos do processo, atribuindo-lhes funções distintas, mas também, e sobretudo, reserva ao juiz o papel de espectador e, ao acusador, o de parte, sem domínio sobre a pessoa do imputado. Além de um juiz passivo e distante das partes, o processo só pode ser instaurado por iniciativa da acusação, a quem cabe o ônus da prova, garantida à defesa o contraditório público e oral, após o que decidirá o juiz com base na sua livre convicção.

Nesse modelo, ao contrário do inquisitorial, a gestão da prova pertence só às partes, devendo o juiz resignar-se com as consequências de um quadro probatório por vezes incompleto. Permitir-lhe, contudo, a busca de provas complementares é admitir grave retrocesso à figura do juiz-investigador, própria do modelo inquisitório.

Nas funções de acusar e julgar, sublinha Germano Marques da Silva<sup>63</sup>, deve haver “uma diferenciação material e não simplesmente formal”. Apenas desta forma tem-se um processo penal de partes, com a efetiva possibilidade de o arguido também participar ativamente da apuração judicial e, assim, influenciar a decisão final.

Sem a perfeita igualdade de condições entre as partes (paridade de armas), com a defesa dotada das mesmas capacidades e poderes da acusação em todo e qualquer ato do processo, necessariamente estão comprometidos o direito de defesa e o contraditório.

A publicidade dos atos processuais constitui outro importante traço do método acusatório: “a publicidade é a alma da justiça”<sup>64</sup>. A insurgência contra o segredo e a reivindicação da publicidade do processo foram protagonizadas pelo pensamento iluminista

---

<sup>61</sup> VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Processo Penal**. 3.<sup>a</sup> ed., rev., actual. e aument. Coimbra: Almedina, 2010, p. 79.

<sup>62</sup> FERRAJOLI, Luigi – **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 3.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 562.

<sup>63</sup> SILVA, Germano Marques da – **Curso de Processo Penal**. Vol. 1. Lisboa: Editorial Verbo, 1999, p. 70.

<sup>64</sup> FERRAJOLI, Luigi – *opere citato*, p. 568.



contra o arbítrio, a representar fundamental contribuição para a reforma do processo penal moderno.

Presente na Grécia antiga e na Roma republicana, a publicidade foi desaparecendo aos poucos, ainda no período medieval, marcado pelo modelo acusatório, até ser completamente suprimida no processo inquisitório do Império Romano, quando a sala de audiências (*secretarium*) passou a ser fechada por uma cortina (*velum*), que só era levantada (*levato velo*) por conveniência do juiz-inquisidor.

A esse respeito, vale conferir o apontamento histórico de Fernando da Costa Tourinho Filho<sup>65</sup>:

Como característico do processo do tipo acusatório, a publicidade campeava na Índia, entre os atenienses, entre os romanos, à época republicana, entre os germânicos. Era a publicidade popular. Posteriormente, a publicidade foi sofrendo limitações e, na Idade Média, por influência do Direito Processual Penal canônico, foi totalmente abolida. O processo passou a ser secreto. Só o julgador, que também acusava, e o secretário é que tinham conhecimento do que se passava no processo. Não se permitia sequer defensor, sob a alegação de que, se o acusado era inocente, não precisava de defensor, e, se culpado, era indigno de defesa.

Para Ferrajoli<sup>66</sup>, “trata-se do requisito seguramente mais elementar e evidente do método acusatório”. De facto, a publicidade se faz necessária no processo penal não só para garantir às partes a devida transparência de um *iter* procedimental livre de vícios, mas para que a sociedade possa formar sua opinião sobre a retidão de órgãos judiciais.<sup>67</sup>

Manuel da Costa Andrade<sup>68</sup> refere-se à publicidade como “uma das manifestações fundamentais do controlo pelo povo da justiça aplicada nos tribunais”. No direito português, a publicidade do processo está prevista nos artigos 86.º e seguintes do Código de Processo Penal.

No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da publicidade dos atos processuais foi erigido a direito fundamental, consagrado nos artigos 5.º, LX, e 93.º, IX, da Constituição Federal. Antes da promulgação da Carta Política, em 1988, o tema da *publicidade* era tratado apenas no artigo 792.º do Código de Processo Penal. De forma lapidar, Antonio Scarance Fernandes refere-se à importância de a garantia da publicidade dos atos processuais ter sido elevada à iminência constitucional:

---

<sup>65</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Vol. 1, 13.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 47-48.

<sup>66</sup> FERRAJOLI, Luigi – **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 3.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 567.

<sup>67</sup> Nesse sentido, o magistério de Rogério Lauria Tucci (**Direitos e Garantias individuais no processo penal brasileiro**. 3.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 212).

<sup>68</sup> ANDRADE, Manuel da Costa – **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: Coimbra, 1992, p. 186.

Trata-se de garantia relevante e que assegura a transparência da atividade jurisdicional, permitindo ser fiscalizada pelas partes e pela própria comunidade. Com ela são evitados excessos ou arbitrariedades no desenrolar da causa, surgindo, por isso, a garantia como reação aos processos secretos, proporcionando aos cidadãos a oportunidade de fiscalizar a distribuição da justiça.<sup>69</sup>

Cuida-se, ademais, de garantia consagrada nos ordenamentos jurídicos de diversos países e em importantes tratados internacionais, como a Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1950), por exemplo.

Há duas formas de se compreender a publicidade do processo: a admissão de terceiros (ou seja, do público) para assistir as atividades processuais e a necessidade de que toda a atividade processual seja realizada na presença de ambas as partes.

Acerca desta última forma, a publicidade se subdivide em duas categorias: publicidade imediata e publicidade mediata. Publicidade imediata é aquela que se desenvolve mediante a presença física ou contato direto dos interessados no ato processual, enquanto a publicidade mediata é aquela realizada por intermédio de algum outro “meio”, sendo mais comum, na atualidade, a sua realização pelos meios de comunicação.

A publicidade mediata – realizada pela mídia – também pode ser considerada parte integrante da garantia geral de publicidade dos atos processuais, desde que realizada dentro de determinados limites e de acordo com as próprias finalidades da garantia geral da publicidade.

Há de se ter, contudo, toda cautela em relação aos desvios ocasionados pela exacerbação da publicidade mediata dos atos processuais, os quais, em vez de contribuir para o alcance dos escopos naturais dessa garantia, podem gerar efeitos processuais diametralmente opostos. Nesse sentido, preconiza-se a adoção da regra da objetividade como limite e precaução para a divulgação de atos processuais pela mídia. A principal justificativa que sustenta a necessidade de observância à regra da objetividade é a preservação do devido processo legal.

A cláusula do *due process of law* funciona como limite à publicidade, ao não admitir que esta – em particular a publicidade mediata – seja realizada de modo contrário ao perfil de justiça e equidade que deve nortear o processo. No exercício da publicidade do processo, os órgãos de mídia devem ater-se à tarefa de intermediar a divulgação acerca das ocorrências relativas a processos considerados relevantes para a sociedade como um todo, mas nunca a de tomar para si o exercício da função jurisdicional ou, ainda, a de alterar a

---

<sup>69</sup> FERNANDES, Antonio Scarance – **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 63.

verdade, divulgando para o público informações distorcidas ou que não reflitam a realidade dos autos.

A oralidade constitui outro fator de grande importância: até o século XIX, como se viu, prevalecia o processo escrito. A necessidade, todavia, de dar-se transparência aos atos processuais por meio da publicidade, acabou por conduzir à consagração da oralidade. Como o Direito vai além de mera interpretação textual e tem na sua base a atividade humana, é difícil que a sentença traduza, com exatidão, as reflexões do julgador; há outra parte que fica retida na sua convicção íntima. Assim, o caráter dialético/oral do processo permite uma compreensão maior acerca do facto em apuração. É a única maneira de influenciar esses outros aspetos inerentes ao íntimo do juiz.

Com acentuada presença no processo acusatório romano e desaparecimento na idade média, o princípio da oralidade ressurgiu no período iluminista e foi adotado pelo processo acusatório da França revolucionária para, em seguida, ser novamente desatendido no modelo misto de processo introduzido pelo Código francês de 1808. A importância do princípio da oralidade, de acordo com o magistério de Chiovenda e Calamandrei<sup>70</sup>, reside nos corolários da *imediação* e *concentração* do juízo, que a separação em duas fases do processo misto torna impossível.

E, de facto, a oralidade garante: a) a autenticidade das provas e o controlo pelo público e pelo imputado da sua formação; b) o tratamento da causa em uma só audiência ou em audiências aproximadas, evitando o distanciamento dos atos e conseqüente esquecimento por parte do juiz em relação à prova colhida; c) a identidade da presença física do juiz desde o início até a decisão da causa; d) o diálogo direto das partes entre si e com o juiz, de maneira que este conheça a causa a partir de contato direto com a prova e “não com base em escrituras mortas”<sup>71</sup>.

A oralidade, assim, “deixa de ser, exclusivamente, uma questão de predominância da palavra falada para se constituir em exigência de que uma causa não seja decidida por juiz que não haja tido contato direto com as provas e com os argumentos das partes, em um ambiente capaz de proporcionar condições ideais de diálogo”<sup>72</sup>.

Todo o arcabouço de técnicas e princípios existe como forma de realizar a função vital de um sistema processual de natureza acusatória: julgamento imparcial. Com notável

---

<sup>70</sup> FERRAJOLI, Luigi – **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 3.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 570.

<sup>71</sup> *Ibidem*, p. 571.

<sup>72</sup> *Ibidem*, *loco citato*.

poder de síntese, Germano Marques da Silva<sup>73</sup> elenca os principais aspetos e características do modelo em questão: “separação das funções de investigação e acusação das de julgamento; garantia do contraditório para a prova e sobre a prova; proibição de certos meios de obtenção de prova, ainda que com sacrifício da descoberta da verdade; imparcialidade do juiz e sua vinculação à acusação; presumir-se a inocência do arguido, assegurando-lhe o direito à ampla defesa; publicidade da audiência e fundamentação das decisões”. E conclui o preclaro professor: “o processo de estrutura acusatória, compartilhando a mesma base epistemológica da ideia de democracia, impõe a valorização do arguido e da sua dignidade de pessoa”<sup>74</sup>.

Cumprir dizer, ainda, que este modelo de persecução penal é o único capaz, conforme magistério de Figueiredo Dias<sup>75</sup>, de colocar o arguido na posição de

(...) verdadeiro sujeito do processo, armado com o seu direito de defesa e com as suas garantias individuais. Deste modo o direito processual penal torna-se em uma ordenação limitadora do poder do Estado em favor do indivíduo acusado, numa espécie de Magna Charta dos direitos e garantias individuais do cidadão. Pois o Estado, protegendo o indivíduo, protege-se a si próprio contra a hipertrofia do poder e os abusos no seu exercício.

---

<sup>73</sup> SILVA, Germano Marques da – **Curso de Processo Penal**. Vol. 1. Lisboa: Editorial Verbo, 1999, p. 70.

<sup>74</sup> *Ibidem, loco citato*.

<sup>75</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo – **Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 64-65.

## 9 O PROCESSO PENAL PORTUGUÊS

O Código de Processo Penal de 1929, anterior ao atual, promulgado em 1987, apresentava as características do seu período totalitário. O juiz instruía e julgava o processo, cabendo ao Ministério Público a acusação. A partir de 1945, a instrução preparatória foi destinada ao Ministério Público, a salvo de qualquer controlo judicial e marcado por forte influência do governo.

Apenas com o advento da Lei n.º 2/72, o órgão passou a sofrer fiscalização judicial por intermédio do juiz de instrução, reflexo de alterações políticas que indicavam o final da ditadura. Com a revolução dos Cravos em 1974 e, depois, a Constituição de 1976, democrática e socialista assumida, deu-se início à reforma do processo penal para adequá-lo a um modelo que atendesse aos princípios democráticos de um Estado de direito.

Com base nessa premissa, o Código de Processo Penal de 1987 procurou implementar a estrutura acusatória prevista no artigo 32.º, n.º 5 da Constituição da República de 1976. Na fase de inquérito<sup>76</sup>, porém, ainda se vê traços marcantes do período inquisitorial: as diligências investigatórias são conduzidas pelo Ministério Público, detentor de amplos poderes, inclusive o de deter o suspeito para comparecimento perante a autoridade judiciária. Sob a sua orientação, os órgãos de polícia criminal realizam todos os atos necessários à reunião de elementos de prova a embasarem futura acusação em juízo.

O Código de Processo Penal refere-se ao inquérito como procedimento obrigatório, cuja falta constitui nulidade insanável (artigos 118.º, n.º 1, e 119, alínea “d”, do CPP). Sua instauração, a partir de denúncia anônima, dependerá da demonstração de indícios da prática do crime, inibindo-se, desta forma, as denúncias manifestamente infundadas.<sup>77</sup>

No curso da investigação, as diligências que, de algum modo, resultem no afastamento de direitos e garantias constitucionais do arguido (busca e apreensão, intercetação telefônica etc.), só podem ser autorizadas pelo juiz de instrução.<sup>78</sup> A esse respeito, Manuel Valente<sup>79</sup> esclarece, com absoluta precisão, que o Ministério Público está sujeito “à sindicância do JIC sempre que as diligências processuais penais coloquem em causa direitos, liberdades e garantias fundamentais do cidadão (arguido ou não arguido), conforme

---

<sup>76</sup> O artigo 262.º do CPP define a finalidade e o âmbito do inquérito, tais sejam, investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles.

<sup>77</sup> Artigos 246.º, n.º 5, CPP, artigos 365.º do CP e 164.º, n.º 2, do CPP.

<sup>78</sup> Os artigos 268.º e 269.º do CPP estabelecem os atos da investigação que devem passar pelo crivo do juiz de instrução.

<sup>79</sup> VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Processo Penal**. 3.ª ed., rev., actual. e aument. Coimbra: Almedina, 2010, p. 77.

consagração constitucional (n. 4 do art. 32 da CRP) e supraconstitucional (n.º 1 do art. 6 da CEDH)”.  
Em regra, o inquérito não está sujeito ao sigilo, mas o Ministério Público poderá decretá-lo, se assim entender conveniente para a elucidação dos factos. Se o investigado estiver preso ou submetido à obrigação de permanecer em casa, o procedimento deve ser encerrado em seis meses; se estiver solto, em oito, podendo o prazo ser estendido em razão da complexidade do tema em apuração.

Ao final da investigação, o Ministério Público determina o seu arquivamento<sup>80</sup> ou apresenta acusação, cabendo ao assistente fazê-lo nas hipóteses de crimes particulares. O arquivamento pode ocorrer porque: a) não comprovada a prática do crime; b) o arguido não o tiver perpetrado ou; c) quando inadmissível o procedimento (arquivamento em sentido estrito). O mesmo pode se dar por falta de prova indiciária suficiente.<sup>81</sup>

Sempre que o inquérito revelar indícios suficientes quanto à existência do delito e sua autoria, o Ministério Público, por força do princípio da legalidade, está obrigado a deduzir acusação contra o arguido.<sup>82</sup> Nas infrações menos graves, onde o grau de culpabilidade se afigure menor, ou quando reparado o dano, o Ministério Público goza de certa discricionariedade para exercer o direito de ação penal. Do mesmo modo, nos crimes de menor potencialidade, a lei admite, ainda que presentes indícios da existência do crime e de sua autoria, soluções de consenso, como o arquivamento em casos de dispensa de pena e a suspensão provisória do processo.

O arquivamento e a acusação podem ser submetidos ao crivo judicial por meio da instrução<sup>83</sup>, etapa destinada justamente à comprovação judicial da decisão ministerial de intentar acusação ou de arquivar a investigação. Oportuno, aqui, o magistério de Manuel Lopes Maia Gonçalves<sup>84</sup> ao afirmar que “a instrução não é um novo inquérito, mas tão-só um momento processual de comprovação; não visa um juízo sobre o mérito, mas apenas um juízo sobre acusação, em ordem a verificar da admissibilidade da submissão do arguido a julgamento com base na acusação que lhe é formulada”.

---

<sup>80</sup> Manuel Lopes Maia Gonçalves observa que “os despachos do MP em que esta entidade se decida pelo arquivamento são actos decisórios, que revestem os requisitos formais dos actos escritos e são sempre fundamentados (art. 97, n.º s 2, 3 e 4)” (**Código de Processo Penal – Anotado – Legislação Complementar**. 17.ª ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 662).

<sup>81</sup> Todas estas hipóteses estão elencadas no artigo 277.º CPP.

<sup>82</sup> Cf. artigo 283.º CPP.

<sup>83</sup> Cf. artigo 287.º CPP.

<sup>84</sup> GONÇALVES, Manuel Lopes Maia – *opere citato*, p. 689.

Não há forma legal para os atos da instrução<sup>85</sup>, mas devem todos ser documentados, respeitando-se o contraditório no denominado debate instrutório. Cuida-se, em resumo, de etapa “dotada de uma audiência rápida e informal, mas oral e contraditória, destinada a comprovar judicialmente a decisão do MP de acusar ou de não acusar e que, portanto, termina por um despacho de pronúncia ou de não pronúncia”<sup>86</sup>.

Os atos de investigação só são renovados na instrução quando não observadas as formalidades legais ou forem indispensáveis à realização das finalidades específicas da instrução. No curso da instrução, entretanto, o juiz pode implementar, com fundamento no princípio processual penal da investigação, as medidas que entender mais convenientes para a apuração dos factos.

A esse respeito, Maria João Antunes refere-se à fase de instrução como um *suplemento de investigação autónomo*<sup>87</sup>, “de onde decorre que o juiz não está limitado aos contributos da acusação e da defesa. O juiz investiga autonomamente o caso tendo em vista a finalidade processual penal de realização da justiça e de descoberta da verdade material”.

Se o investigado estiver submetido a alguma constrição, a instrução deve ser encerrada em dois ou três meses. Do contrário, o prazo previsto é de quatro meses.<sup>88</sup> Ao final da instrução proclama-se a pronúncia ou a impronúncia da acusação ou do requerimento de abertura da instrução manejado pelo ofendido-assistente.<sup>89</sup>

As decisões judiciais prolatadas no âmbito da instrução (despachos) são, em regra, recorríveis, cabendo a interposição de recurso para o tribunal da relação (artigo 427.º do CPP). Como exceção, tem-se a irrecorribilidade do despacho que indeferir pleitos considerados impertinentes ou protelatórios (artigo 291.º, n.º 1 e 2, do CPP), bem assim da decisão que pronunciar o arguido pelos factos constantes da acusação do Ministério Público (artigo 310.º, n.º 1, primeira parte). Nesta última hipótese, a irrecorribilidade se justifica, segundo Maria João Antunes<sup>90</sup>, pelo facto de haver a concordância de duas magistraturas distintas – Juiz e Ministério Público – quanto à necessidade de submeter a causa a julgamento.

---

<sup>85</sup> De acordo com o artigo 291.º CPP, “os actos de instrução efectuem-se pela ordem que o juiz reputar mais conveniente para o apuramento da verdade”.

<sup>86</sup> Por se tratar de uma fase judicial, aplica-se o princípio da investigação, a permitir ao juiz ir além do material probatório apresentado, buscando, se for o caso, provas outras com a colaboração dos órgãos de polícia judiciária (GONÇALVES, Manuel Lopes Maia – **Código de Processo Penal – Anotado – Legislação Complementar**. 17.ª ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 689).

<sup>87</sup> Neste sentido, a lição de Maria João Antunes em seu livro *Direito Processual Penal* (Coimbra: Almedina, 2016, p. 102).

<sup>88</sup> Cf. artigo 306.º CPP.

<sup>89</sup> Cf. artigo 307.º CPP.

<sup>90</sup> ANTUNES, Maria João – **Direito Processual Penal**. Coimbra: Almedina, 2016, p. 105.

Inusitado, porém, seja recorrível a decisão do juiz de instrução que confirma o arquivamento do inquérito. Tem-se, aqui, tratamentos diversos para a mesma situação: se não cabe recurso contra a decisão que confirma a acusação ministerial, pelos mesmos motivos (o juízo concordante de duas magistraturas distintas) não deveria ser recorrível a decisão (não pronúncia) que referenda o pedido do Ministério Público de arquivamento do inquérito.

Após a acusação do Ministério Público ou, tendo havido sua impugnação, da decisão de pronúncia, passa-se para a fase própria de julgamento, sob a presidência de um juiz de direito. O juiz que tenha participado de fases anteriores, está impedido de julgar o processo, consoante expressa disposição do artigo 40.º do CPP.<sup>91</sup>

A fase de julgamento ocorre sob o crivo dos princípios atinentes à persecução penal, como o do contraditório, da investigação, publicidade dos atos processuais, oralidade etc. O juiz pode valer-se do *princípio da investigação*<sup>92</sup> para determinar, de ofício, “a produção de todos os meios de prova cujo conhecimento se lhe afigure necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa.” (art. 340, n.º 1, do CPP).

Se o processo houver sido enviado a julgamento sem instrução, pois, sem a comprovação judicial da decisão de acusar (artigo 286.º, n.º 1, do CPP), o juiz-presidente pode rejeitar a acusação do Ministério Público ou do assistente, caso a considere manifestamente infundada (artigo 311.º, n.º 2, alínea a, do CPP). O mesmo pode ocorrer com a acusação do assistente ou do Ministério Público, na parte em que esta represente uma alteração substancial dos factos (artigos 311.º, n.º 2, alínea b; 284, n.º 1; 285, n.º 4, todos do CPP).

A acusação deve ser considerada descabida quando não contenha a identificação do arguido, a narração dos factos, os factos descritos não configurarem ilícito penal ou não

---

<sup>91</sup> O texto atual foi introduzido pela lei 48/2007, a partir da jurisprudência obrigatória do Tribunal Constitucional estabelecida pelo acórdão n.º 186/98, que declarou inconstitucional a norma do dispositivo que permitia a intervenção no julgamento do juiz que, na fase de inquérito, decretara e posteriormente mantivera a prisão preventiva do arguido, por violação do art. 32º, n.º 5, da CRP. A despeito da clareza da redação atual, a jurisprudência está a flexibilizar a regra, conforme se infere dos seguintes julgados: Ac. do Trib. Constitucional n.º 29/99, de 13 de janeiro, proc. n.º 1056/98; DR, II série, de 12 de março do mesmo ano; Ac. do Trib. Constitucional n.º 75/99, de 3 de fevereiro; BMJ, 484,66. E ainda: Ac. do Trib. Constitucional n.º 423/2000, de 11 de outubro de 2000, proc. n.º 357/99-3ª; DR, II série, de 20 de novembro de 2000.

<sup>92</sup> Também denominado *princípio da verdade material*, segundo o qual o juiz tem o poder-dever de esclarecer e instruir autonomamente o facto sujeito a julgamento, criando as bases necessárias à sua decisão. No direito alemão, o *princípio da investigação (instrução ou inquisitivo)* se faz presente nos artigos § 155, II e § 244, II, do Código de Processo Penal, contendo, respectivamente, a seguinte redação: § 155, II - “Dentro de esos límites (es decir: de los límites trazados por la acción) los tribunales están facultados y obligados a ejercitar por sí solos la actividad que les es propia” e “El tribunal tiene que extender de oficio la recepción de la prueba para la investigación de la verdad a todos los hechos y medios de prueba que tengan importancia para la decisión”.



indicar as disposições legais aplicáveis e as provas que a alicercem (artigos 311.º, n.º 3, 283, 284 e 285 do CPP).

À luz do princípio da imediação, está vedado ao juiz apreciar a prova colhida no inquérito ou na instrução, a despeito das tantas exceções atualmente existentes.<sup>93</sup> Na esteira da conjugação deste princípio com o da oralidade, tem-se o da identidade física do juiz, segundo o qual somente o magistrado que presidiu a audiência de julgamento, tendo presenciado a produção da prova, poderá julgar a causa.

A avaliação da prova será livre pelo juiz, de acordo com a sua convicção e experiência, salvo quando a lei estabelecer de forma diversa. O julgamento deve ser concluído em dois meses e os processos com arguido preso ou submetido à permanência em domicílio têm preferência sobre os demais. Eventual morosidade da decisão judicial pode dar azo ao incidente de aceleração processual, a ser requerido pela parte prejudicada ao Procurador-Geral da República, quando o Ministério Público der causa à demora, ou ao Conselho Superior da Magistratura, atribuível o retardo ao Juiz do caso.

Sobre o Ministério Público, uma particularidade em relação ao ordenamento jurídico brasileiro: de acordo com o artigo 219.º, n.º 4, da Constituição da República portuguesa, seus membros são considerados magistrados, com garantias constitucionais equiparáveis às dos juízes, não obstante a completa distinção de funções.

Dotado de autonomia e independência, compete-lhe a defesa da ordem democrática, devendo atuar como colaborador do juiz na procura da verdade material. As intervenções ministeriais, contudo, devem se revestir de caráter estritamente legal e objetivo, pelo que, ensina Germano Marques da Silva<sup>94</sup>, “sua atitude no processo não é a de interessado na acusação”. E complementa o mestre, com a habitual clareza:

O Direito é, para o Ministério Público, não um limite da sua atividade, como acontece na atividade administrativa, mas o próprio fim da sua atividade, e por isso que não pode nem deve aprioristicamente tomar partido por uma determinada opção de entre as legalmente possíveis em abstrato senão em função exclusiva dos factos provados e da lei que lhes é aplicável.<sup>95</sup>

Em processos que não tramitam na justiça criminal, o Ministério Público pode funcionar como advogado do Estado e consultor jurídico do governo, notadamente por meio

---

<sup>93</sup> São tantas as exceções que o princípio ficou bastante mitigado. Como pontua Costa Pimenta, “podem ser lidos os autos relativos à prova por reconhecimento, à reconstituição do fato, à prova pericial, bem como os documentos”.

<sup>94</sup> SILVA, Germano Marques da – **Curso de Processo Penal**. Vol. 1. Lisboa: Editorial Verbo, 1999, p. 238.

<sup>95</sup> *Ibidem*, *loco citato*.

do conselho consultivo e dos auditores jurídicos. Nestes casos, sua atuação tem natureza estritamente técnica.

Como se vê, a lei portuguesa confere ao Ministério Público poderes próprios das autoridades judiciárias ao permitir-lhe, conforme consignado, a decretação de medidas constritivas como a detenção do arguido para apresentação e interrogatório, a busca pessoal e a apreensão de coisas e a proibição de o arguido se entrevistar com pessoas outras que não o advogado, quando suspeito da prática de crimes graves qual o terrorismo.

Em face de tais características pode-se concluir que “a função do Ministério Público, no direito português, é a que mais se distancia do modelo brasileiro. Não é considerado parte, mas uma autoridade judiciária, colaborador do juiz, dirigente da investigação criminal”<sup>96</sup>.

No que tange ao regime de prisão e liberdade, tem-se a liberdade como regra, cujo afastamento ocorrerá apenas quando não cabível a substituição da segregação provisória por uma das hipóteses disciplinadas nos artigos 197.º *et sequens* do CPP.

---

<sup>96</sup> CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de – **Processo penal do Brasil e de Portugal: estudo comparado: as reformas portuguesa e brasileira**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 57.

## 10 O PROCESSO PENAL BRASILEIRO

O Código de Processo Penal brasileiro (1941) é fruto do regime autoritário instalado após a Revolução de 1930, no governo de Getúlio Vargas, denominado de Estado Novo. Correntes intelectuais e políticas antiliberais e antidemocráticas, de diferentes matizes, revelaram extrema preocupação com a questão social e muito se discutia sobre novas formas de controle das massas com o intuito de evitar a eclosão de revoluções socialistas. Uma das soluções propostas era a do controle social através de um Estado forte, comandado por um líder carismático capaz de conduzir o povo no caminho da ordem.

Entre 1937 e 1943, o Estado Novo representou um hiato no desenvolvimento da política partidária, organizada em linhas classistas ou ideológicas – uma política que, em si mesma, só havia começado a tomar forma no Brasil no início da década de 30. Todos os grupos de alguma significação haviam sido desbaratados e suprimidos. Os que se alinhavam aos ideais da esquerda sofreram a repressão mais brutal.

À luz das sucedidas experiências do fascismo italiano e do nazismo alemão, países latino-americanos como Brasil e Argentina experimentaram regimes autoritários. Na altura, o nome de Francisco Campos<sup>97</sup> despontou como o principal teórico estado-novista e um dos grandes teóricos do autoritarismo no Brasil. Nomeado Ministro da Justiça dias antes do golpe de 1937, coube a Campos a missão de redigir (quase exclusivamente) a Constituição de 1937, além de articular a criação de um novo Código Penal (promulgado em 1940) e a unificação da legislação processual (Código de Processo Civil, em 1939, e o Código de Processo Penal, em 1941).

A comissão de juristas nomeada por Francisco Campos para a reforma no Processo Penal brasileiro era composta de importantes nomes daquele período: Nelson Hungria, Roberto Lyra, Cândido Mendes de Almeida, Viera Braga, Florêncio de Abreu e

---

<sup>97</sup> Francisco Campos, articulador político-jurídico do regime de Vargas, afirmava que “o novo Estado brasileiro resultou de um imperativo de salvação nacional. Como acentuou o chefe do Governo, no manifesto de 10 de novembro, quando as exigências do momento histórico e as solicitações do interesse colectivo reclamam imperiosamente a adopção de medidas que affectam os presupostos e convenções do regimen, incumbe ao homem de Estado o dever de tomar uma decisão excepcional, de profundos efeitos na vida do paiz, acima das deliberações ordinarias da actividade governamental, assumindo as responsabilidades inherentes á alta função que lhe foi delegada pela confiança publica. Identificado com o destino da Patria, que salvou em horas de extremo perigo e engradeceu no maior dos seus governos, o sr. Getúlio Vargas, quando se impoz aquella decisão, não faltou ao dever de tomal-a, enfrentando as responsabilidades, mas tambem revestindo-se da gloria de realizar a grande reforma que, pela primeira vez, integra o paiz no senso das suas realidades e no quadro das suas forças creadoras. A sua figura passa, então, do plano em que se define o valor dos estadistas pelos actos normaes da política e administração, para o relevo histórico de fundador do regimen e guia da nacionalidade” (**O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico**. 3.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1941, p. 35).

Narcélio de Queiroz. O resultado foi um código que representava os ideais políticos vigentes ao Estado Novo, declaradamente autoritário e fundado num pretense pensamento “popular-democrático”.

A base foi o *Codice Rocco* de processo penal (1930), da Itália fascista de Mussolini, quando Alfredo Rocco foi Ministro da Justiça. Diante da incumbência de reformar a legislação penal e processual penal segundo os princípios autoritários, Rocco concede a Vincenzo Manzini, sobretudo, a missão de redigir o *codice di procedura penale*, que só fez agravar a natureza inquisitória dos códigos processuais anteriores, já inseridos na lógica “mista” napoleônica.

O argumento circunstante ao surgimento do “novo” código italiano foi, em certa medida, reproduzido por Francisco Campos ao justificar a reforma brasileira. Como se pode observar nas palavras de Floriana Colao<sup>98</sup>:

No horizonte de um inquisitório ‘eterno’ – exigência profunda da sociedade italiana durante e, talvez, depois do fascismo – Alfredo Rocco queria contudo assinalar uma ruptura com o Código de 1913, que definiu como ‘democrático-liberal’, eis que marcado por um ‘sentimentalismo aberrante e mórbido em relação aos delinquentes’; o texto foi acusado de enfraquecer a repressão e favorecer a propagação da criminalidade.

Estruturalmente, as reformas processuais (penal e civil) encabeçadas por Francisco Campos trataram o processo, no melhor sentido inquisitório, como uma busca quase ilimitada da verdade, adjetivada neste momento histórico como “verdade autoritária”.

A partir desse breve retrospecto histórico, fácil é perceber a forte influência do modelo inquisitório no processo penal brasileiro e quão conflituosa se revela a sua relação com a Constituição promulgada em 1988, “fruto do mais amplo movimento democrático já visto na história brasileira”<sup>99</sup>.

Como produto de um período ditatorial, o diploma manifesta, desde a fase dedicada à investigação criminal, sua preferência pelo modelo inquisitivo de persecução penal. O inquérito policial bem reflete essa escolha ao prever o sigilo como regra<sup>100</sup>, a forma

---

<sup>98</sup> COLAO, Floriana – Processo penale e pubblica opinione dall’età liberale al regime fascista. In GARLATI, Loredna (coord.) – **L’inconscio inquisitorio: l’eredità del Codice Rocco nella cultura processuale penalistica italiana**. Milano: Giuffrè, 2010, p. 250 [Tradução livre de: “Nell’orizzonte di un inquisitorio ‘eterno’ – bisogno profondo della società italiana prima durante e forse dopo il fascismo – Alfredo Rocco voleva comunque segnare una cesura col codice del 1913, che definiva ‘demo-liberal’, perché connotato dal ‘sentimentalismo aberrante e morboso per i delinquenti’; quel testo era accusato di aver indebolito la repressione e favorito il dilagare della criminalità”].

<sup>99</sup> CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de – **Processo penal do Brasil e de Portugal: estudo comparado: as reformas portuguesa e brasileira**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 40.

<sup>100</sup> Súmula Vinculante 14 do STF: “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

sempre escrita e a impossibilidade de haver contraditório – a nosso ver recomendável até mesmo para evitar acusações infundadas ou temerárias.

A inquisição, que será conduzida por delegado de Polícia Federal ou Civil, pode ser instaurada: a) de ofício pela autoridade policial; b) por requisição do Ministério Público; c) por requerimento do ofendido; d) por comunicação oral ou escrita do facto criminoso; e) por representação do ofendido nos delitos de ação penal pública condicionada à representação; f) por requerimento do ofendido nos casos de ação penal de iniciativa privada.<sup>101</sup>

Destina-se o inquérito policial a apurar a ocorrência do ilícito penal em todas as suas circunstâncias, fornecendo subsídios para o Ministério Público exercer o direito de ação penal. Sem um mínimo de prova pré-constituída acerca da autoria e materialidade delitivas, não há justa causa para o oferecimento de denúncia; nesse caso, o inquérito resultará em arquivamento, no que também cumpriu a sua função.

No seu mister de levantar tudo quanto interesse à elucidação do facto sob apuração, poderá a autoridade policial apreender objetos, inclusive no domicílio do investigado, quando presente estado flagrancial.<sup>102</sup>

Esta, entretanto, é uma hipótese excepcional. A regra geral é a da inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI, da CF), nele só podendo adentrar-se mediante ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente. Ao delegado de polícia incumbe, também, a inquirição do investigado, observando o seu direito de ser assistido por advogado, permanecer em silêncio e de conhecer a suspeita levantada contra si no caderno investigatório. Além disso, pode a autoridade policial determinar a realização de perícias e a reconstituição do crime.

Ao final da investigação, cabe-lhe a confecção de um relatório com os aspetos mais relevantes, a fim de orientar a atuação do Ministério Público, seja para apresentar acusação formal em juízo, seja para requerer o arquivamento do inquérito<sup>103</sup>, ou ainda determinar o retorno dos autos à delegacia para a realização de diligência específica, imprescindível ao accertamento dos factos.

Em geral, os autos do inquérito tramitam entre o Ministério Público e a Polícia judiciária, sem interferência do juiz. Medidas de maior gravidade na fase pré-processual

---

competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

<sup>101</sup> BRASIL. Presidência da República – **Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. do Código de Processo Penal. Brasília: DOU, 13 out. 1941, retificado: 24 out. 1941, art. 5.º.

<sup>102</sup> *Ibidem*.

<sup>103</sup> Se o juiz não concordar com pedido arquivamento, deve remeter os autos ao Procurador Geral de Justiça, a teor do art. 28 CPP. Caso o Procurador Geral insista no arquivamento, caberá ao juiz acatar tal decisão.

(prisão cautelar, busca e apreensão etc.) não prescindem, contudo, de ordem judicial. O inquérito não é considerado indispensável para o exercício da ação penal; atualmente, o Ministério Público pode investigar diretamente, algo que está a ocorrer com frequência por meio do que se convencionou denominar Procedimento Investigatório Criminal (PIC).

Se o investigado estiver preso, a investigação deve ser concluída em 10 (dez) dias; quando solto, em 30 (trinta). Na primeira hipótese, o prazo para o Ministério Público oferecer denúncia é de cinco dias, e na segunda é de 30 dias; a inércia ministerial tem como única consequência a soltura, por excesso de prazo, do investigado preso.

Nas ações penais de iniciativa privada, concluídas as investigações os autos são remetidos a juízo, onde ficam à disposição do ofendido para a propositura da competente *Queixa-Crime*. Não exercido o direito de ação em seis meses, opera-se o instituto da decadência, com a consequente extinção da punibilidade do autor do injusto.

Enquanto a ação penal pública é regida pelos princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade, na de iniciativa privada incidem os princípios da oportunidade e disponibilidade. Instaurado o processo penal, ao juiz é permitido encetar, de ofício, diligências para sanar dúvidas sobre ponto relevante, bem assim colher o depoimento de testemunhas não arroladas pelas partes. Outra faculdade consiste na possibilidade de o magistrado corrigir a capitulação dada aos factos na denúncia, ainda que para recrudescer a situação do réu (*emendatio libelli*).<sup>104</sup>

Em face do surgimento de facto não mencionado explícita ou implicitamente na denúncia, deve o Ministério Público aditá-la (*mutatio libelli*) no prazo de 5 (cinco) dias e apresentar rol de até 3 (três) testemunhas, com igual direito concedido à defesa. Recebido pelo juízo o aditamento, reabre-se a instrução processual com a designação de data para oitiva de testemunhas e interrogatório do réu (artigo 384.º e parágrafo único do CPP). Se o Ministério Público se quedar inerte, pode o Juiz, entendendo ser o caso de aditamento, determinar a remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça para que o faça.

No mais, os poderes conferidos ao juiz na fase processual estão previstos no artigo 251.º do Código de Processo Penal, podendo ser classificados em poderes de polícia ou administrativos, que lhe permitem manter a boa ordem no processo, e em poderes jurisdicionais, pelos quais controla a prática dos atos processuais, conduzindo-o, em tempo razoável, para a sentença.

---

<sup>104</sup> BRASIL. Presidência da República – **Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. do Código de Processo Penal. Brasília: DOU, 13 out. 1941, retificado: 24 out. 1941, art. 383.

Assim como em Portugal, no curso da etapa processual é permitido ao juiz, à guisa de perquirir a “verdade real”, desempenhar atividade probatória supletiva<sup>105</sup>, tanto realizando oitivas judiciais, como se anotou acima, quanto determinando a produção de provas outras que entender necessárias ao esclarecimento pleno dos factos. Trata-se, conforme escólio de Eduardo Espinola Filho<sup>106</sup>, de “iniciativa reconhecida ao juiz, de, independentemente de qualquer alegação das partes, determinar as diligências que entender necessárias à completa e real apuração da verdade, quer, assim, beneficie os interesses da acusação, quer os da defesa”.

O Ministério Público, a sua vez, enquanto único titular da ação penal pública (*dominus litis*), está a figurar sempre no polo ativo do processo criminal, ao que se lhe atribui o status de *parte* na relação processual. Ao contrário do que sucede em Portugal, porém, não exerce função própria das autoridades judiciárias, nem pode determinar diretamente a execução de medidas constritivas em desfavor do investigado. Nos termos da Constituição, cabe-lhe tão somente o controlo externo da atividade policial. Mais recentemente, como assinalado, foi-lhe permitida a investigação direta – fazendo o Promotor de Justiça ou Procurador da República as vezes do delegado de polícia –, mas nunca a restrição de direitos sem o aval do Poder Judiciário.

À luz do princípio da obrigatoriedade, presentes autoria e materialidade delitivas, está obrigado a exercer o direito de ação penal, só havendo discricionariedade para não fazê-lo nos crimes de menor potencial ofensivo, ocasião em que, ao invés de ajuizar denúncia, pode propor ao investigado a *Transação Penal* (quando a pena máxima cominada ao delito não for superior a dois anos) e a *Suspensão Condicional do Processo* (quando a pena mínima cominada não for superior a um ano), institutos previstos, respetivamente, nos artigos 76.º e 89.º da Lei n.º 9.099/99.

Ao acusado, a Constituição Federal assegura a presunção de não culpabilidade, o que implica, de um lado, não o considerar culpado e, de outro, tratá-lo como inocente até o final do processo. Diante disso, o ônus de provar para além da dúvida razoável a efetiva ocorrência dos factos e dos elementos exigidos para a responsabilização pessoal do réu recai, por inteiro, sobre o órgão de acusação.

Daí porque o imputado pode até mesmo silenciar no exercício de sua autodefesa, sem que isso possa ser interpretado em seu desfavor. Mais: a confissão, se isolada, não

---

<sup>105</sup> Os artigos 156.º e 209.º do CPP retratam essa hipótese.

<sup>106</sup> ESPÍNOLA FILHO, Eduardo – **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado**. Vol. 2, 5.ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, p. 454-455.

legítima a prolação de um decreto condenatório; ou a acusação produz prova capaz de afastar com segurança a presunção de inocência do réu, ou mesmo a dúvida lhe absolverá (*in dubio pro reo*).

Além disso, todo arguido deverá ser assistido por advogado ou defensor nomeado pelo juiz (artigo 261.º CPP), ainda que revel, sob pena de nulidade do ato processual (artigo 564.º, III, letra c, CPP). A revelia do réu acarreta a suspensão do processo e do prazo prescricional (artigo 366.º). Quando condenado por decisão proferida em primeiro grau de jurisdição, o réu tem o direito de protestar pela apresentação de suas razões de apelação na instância superior, a teor do artigo 600.º, parágrafo 4.º do CPP, sendo-lhe permitida a juntada de documentos em qualquer fase do processo, conforme dicção do artigo 231.º da Lei Adjetiva Penal.

À semelhança do direito português, a regra é a liberdade do imputado, só tendo lugar a prisão (processual) antes do trânsito em julgado da sentença condenatória quando presentes os requisitos da prisão preventiva elencados no artigo 312.º do Código de Processo Penal.

A Reforma introduzida há pouco pela Lei n.º 13.964, de 24 de dezembro de 2019, trouxe significativas mudanças na legislação criminal, com destaque para a inserção, no campo processual penal, da figura do *juiz das garantias*<sup>107</sup>, cujo “objetivo primordial é evitar a concentração de poder nas mãos do mesmo juiz, que fiscaliza a investigação e, depois, irá conduzir a instrução para, ao final, julgar o processo”<sup>108</sup>.

A este magistrado, agora impedido de agir *ex officio* na fase de investigação, caberá o controlo da legalidade dos atos pré-processuais e a salvaguarda dos direitos individuais do investigado. A instituição do *juiz das garantias* reflete uma reivindicação antiga de parcela considerável da doutrina<sup>109</sup> no sentido de aproximar o processo penal brasileiro de paradigmas mais democráticos, de resto encontradiços em diversas legislações alienígenas, como a Portuguesa<sup>110</sup>, Chilena<sup>111</sup> e Italiana<sup>112</sup>, por exemplo.

---

<sup>107</sup> Previsto no novel artigo 3.º - A, B e D (BRASIL. Presidência da República – **Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. do Código de Processo Penal. Brasília: DOU, 13 out. 1941, retificado: 24 out. 1941).

<sup>108</sup> NUCCI, Guilherme de Souza – **Pacote Anticrime Comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 38-39.

<sup>109</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan – **Garantias Constitucionais na Investigação Criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995; LOPES JUNIOR, Aury – **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

<sup>110</sup> O CPP Português, no artigo 17.º, dispõe sobre a competência do “juiz de instrução”, em tudo diversa daquela do “juiz de julgamento”. Ademais, o artigo 40.º estabelece que nenhum juiz poderá participar “no julgamento de um processo a cujo debate instrutório tiver presidido ou em que, no inquérito ou na instrução, tiver aplicado e posteriormente mantido a prisão preventiva do arguido”.



Nesses países, o Código de Processo Penal possui, não de hoje, regras expressas quanto à separação entre os órgãos jurisdicionais de controlo da investigação preliminar e de julgamento da causa, de forma a garantir a máxima imparcialidade possível.

Outra importante alteração provocada pelo denominado Pacote Anticrime (Lei n.º 13.964) no Código de Processo Penal diz respeito à impossibilidade de o juiz decretar, de ofício, a prisão preventiva ou mesmo medidas cautelares alternativas ao encarceramento.<sup>113</sup> E quando implementada, “deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal”<sup>114</sup>.

---

<sup>111</sup> O CPP Chileno consagrou, no ano 2000, a figura do “juiz de garantia”, e a lei de Organização judiciária do Chile prevê o impedimento de atuar como julgador da causa o magistrado que houver funcionado, no mesmo procedimento, como juiz de garantias (CHILE. Ministerio de Justicia – **Ley 7.421/1943**. Código Orgánico de Tribunales. Santiago, 09 jul. 1943, última versión: 07-17 feb. 2020, art. 195.º, inciso 3.º).

<sup>112</sup> Em 1989, a Itália extinguiu a figura do “giudice istruttore” (juiz instrutor), substituindo-o pelo “giudice per le indagini preliminari” (juiz para as investigações preliminares) (art. 328 CPP), que não se confunde com o órgão de julgamento da causa. O artigo 34.2-bis do CPP, por seu turno, veda expressamente que o juiz que tenha oficiado na fase de investigação preliminar julgue o processo.

<sup>113</sup> BRASIL. Presidência da República – **Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. do Código de Processo Penal. Brasília: DOU, 13 out. 1941, retificado: 24 out. 1941, artigos 282.º, 311.º e 312.º.

<sup>114</sup> *Ibidem*, artigo 316.º.

## 11 A INDEPENDÊNCIA E A IMPARCIALIDADE COMO PRESSUPOSTOS DE EXISTÊNCIA DA JURISDIÇÃO

### 11.1 Da independência dos órgãos judicantes

A função jurisdicional, a ser exercida em qualquer instância, para ser legítima exige independência por parte do órgão julgador, de modo que o seu único compromisso seja com o ordenamento jurídico, sem qualquer subordinação aos tribunais superiores ou aos Poderes Legislativo e Executivo. Apenas desta forma o magistrado cumprirá bem e fielmente sua missão jurisdicional, colocando-se acima dos poderes políticos e a salvo de pressões não raro exercidas por parcelas significativas da sociedade sobre suas decisões.<sup>115</sup>

A independência do juiz e de seus julgamentos constitui o âmago do Poder Judiciário, que não se compreenderia subordinado a injunções de outro poder para o exercício da administração da justiça. Nessa perspectiva, Frederico Marques<sup>116</sup> ressalta:

Tão marcante é o princípio da independência do Judiciário, que nele vê RADBRUCH a consagração do Direito em frente ao Estado, como um mundo que se rege por suas próprias leis, separado da atividade governamental, da mesma forma que torna a administração da justiça, afastada da restante administração.

Ao sublinhar a importância da independência do Judiciário, Alcalá-Zamora<sup>117</sup> compara-a à disciplina nas instituições armadas. Mais contundente e direto, Calamandrei afirmava que sem independência dos juízes não é possível justiça.

Para assegurar a independência dos juízes, a Constituição brasileira lhes outorgou três garantias especiais: a) a vitaliciedade: a não permitir a perda do cargo senão por sentença judicial; b) a inamovibilidade: a impossibilidade de serem removidos compulsoriamente, a não ser por motivo de interesse público, reconhecido pelo voto da maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça (CF, arts. 95.º, III, e 93.º, VIII, da EC

---

<sup>115</sup> Nesse conceito de pressões externas, incluem-se aquelas exercidas pela mídia, conforme magistério de Simone Schreiber: “Campanhas de mídia contra a impunidade, geralmente focadas em fatos específicos e tendo por alvos pessoas determinadas, ainda que sejam manifestação da liberdade de expressão (que inclui não só o conteúdo da mensagem, mas a livre escolha da forma de veiculação, e não protege apenas o discurso neutro e inerte, mas abarca também o discurso crítico, ácido, ofensivo), indiscutivelmente refletem engajamento em uma causa e propósito deliberado de influenciar a realidade (no caso, propósito de influenciar resultados de processos criminais)” (PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo – **Processo Penal e Democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 538).

<sup>116</sup> MARQUES, José Frederico – **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. 1, 4.ª ed., rev. Rio de Janeiro: Forense, 1971, p. 146-147.

<sup>117</sup> ALCALÁ-ZAMORA, Niceto – **Derecho Procesal Penal**. Vol. 1. Buenos Aires: Guillermo Kraft, 1945, p. 194.

45/2004); c) a irredutibilidade de subsídio (art. 95.º da Constituição Federal, com redação da Emenda 19, de 04.06.1998).

De outro lado, mas no mesmo sentido de preservação da independência e imparcialidade dos juízes, a Constituição estabeleceu restrições à atividade judicante, no processo e fora dele. Nesta linha, o art. 95.º, parágrafo único, da Carta Política dispõe que “aos juízes é vedado”: i) exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério (inciso I); ii) receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo (inciso II); iii) dedicar-se a atividade político-partidária (inciso III); iv) receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei (inciso IV); v) exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração (inciso V).

Na Constituição Portuguesa, o princípio da independência judicial está consagrado no artigo 203.º, segundo o qual “os tribunais são independentes e apenas estão sujeitos à lei”. A sujeição exclusiva à lei, salienta Germano Marques da Silva<sup>118</sup>, constitui a essência da função jurisdicional. E quando se diz que o juiz, por força da independência funcional, está submetido apenas à lei, deve-se entender o termo *lei* também como *fontes de direito jurídico-constitucionalmente* reconhecidas<sup>119</sup>.

A independência dos juízes pode ser dividida em dois planos: *independência externa e interna*. A primeira, ensina o eminente jurista, caracteriza-se pela proibição de os demais poderes do Estado intervirem na atividade dos tribunais, enquanto a segunda está relacionada à não vinculação do juiz a ordens ou instruções emanadas de outros tribunais, a não ser o dever de acatamento a decisões proferidas por instâncias superiores no mesmo processo.

À não subordinação do juiz a não ser à lei, Frederico Marques<sup>120</sup> denomina *independência jurídica*. A independência política, para o notável processualista, “consiste nas garantias que cercam os membros da magistratura, tais como, *v. gratia*, a irredutibilidade de vencimentos, a inamovibilidade e vitaliciedade”.

---

<sup>118</sup> SILVA, Germano Marques da – **Curso de Processo Penal**. Vol. 1. Lisboa: Editorial Verbo, 1999, p. 225.

<sup>119</sup> Esta a lição em J. J. Gomes Canotilho, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ª. Coimbra: Almedina, 2003, p. 664.

<sup>120</sup> MARQUES, José Frederico – **Elementos de Direito Processual Penal**. São Paulo: Bookseller, 1999, p. 146-147.

Em outras palavras, pode-se dizer que é a independência política que assegura a independência jurídica do juiz. A propósito, vale conferir o ensinamento de Aury Lopes Junior, quando, ao mirar o processo penal, afirma que

(...) o fundamento da legitimidade da jurisdição e da independência do Poder Judiciário está no reconhecimento da sua função de garantidor dos direitos fundamentais inseridos ou resultantes da Constituição. Nesse contexto, a função do juiz é atuar como garantidor da eficácia do sistema de direitos e garantias fundamentais do acusado no processo penal.<sup>121</sup>

O sistema jurídico português estabelece, como corolários do princípio da independência dos tribunais, as garantias da: a) *inamovibilidade*; b) *irresponsabilidade*; c) *dedicação exclusiva* à atividade judicante; tudo na forma do artigo 216.º da Constituição da República.

A inamovibilidade diz respeito ao cargo que o juiz ocupa; ela não abrange a função em toda a sua extensão, de forma que a competência de um juiz poder ser ampliada ou diminuída sem quebra da garantia. Por *inamovibilidade*, assevera Canotilho<sup>122</sup>, deve-se entender “a proibição de transferências, suspensões, aposentações ou demissões, bem como de nomeações interinas”.

O princípio da *irresponsabilidade*, por sua vez, consubstancia a “ideia de que o juiz não pode ser condicionado na sua função pelo medo de uma punição ou pela esperança de um prêmio (*sine spe nec metu*)”<sup>123</sup>.

Por fim, o princípio da *dedicação exclusiva*, a vedar ao juiz o exercício de outra função pública ou privada remunerada. Com a habitual acuidade, Manuel Valente<sup>124</sup> aduz, a respeito, que “os magistrados devem optar pela magistratura ou pela função executiva ou política, quando convidados para desempenhar tão nobres tarefas, evitando-se futuras incongruências”.

De tudo quanto se expôs até aqui acerca da independência do Poder Judiciário, possível concluir-se que, em civilizações comprometidas com o Estado de direito, como Portugal e Brasil, a atuação do juiz deve estar a salvo de toda e qualquer espécie de pressão ou manipulação política, a guiar-se apenas pelo seu livre convencimento a partir da prova

---

<sup>121</sup> LOPES JUNIOR, Aury – **Direito Processual Penal**. 11.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 160.

<sup>122</sup> CANOTILHO, José Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 663.

<sup>123</sup> *Ibidem*, p. 666.

<sup>124</sup> VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Processo Penal**. 3.ª ed., rev., actual. e aument. Coimbra: Almedina, 2010, p. 112.

produzida no processo, garantindo-se, assim, a eficácia democrática dos direitos fundamentais, ainda que para isso tenha que julgar contrariamente à vontade da maioria.

## 11.2 Imparcialidade e jurisdição

A imparcialidade do juiz constitui princípio supremo do processo<sup>125</sup>; sem ela, resta comprometida a própria existência da atividade jurisdicional.<sup>126</sup> É dizer: jurisdição e juiz imparcial são conceitos indissociáveis, porquanto se o processo representa meio de heterocomposição de conflitos, é fundamental que o terceiro chamado a dirimir o conflito (Juiz) não tenha lado na disputa.<sup>127</sup>

Enquanto terceiro imparcial, o juiz deve se colocar para além das partes<sup>128</sup>, sem qualquer interesse no resultado do processo. Isto significa, no dizer de Germano Marques da Silva<sup>129</sup>, que ele não toma partido sobre os interesses que lhe são submetidos.

Nesta posição de indiferença às pretensões das partes – denominada de *terciariedade*<sup>130</sup> no direito português e *terzietà* na doutrina italiana –, o juiz deve estar alheio aos interesses em jogo, afastando-se, também, conforme lição de Goldschmidt<sup>131</sup>, de considerações subjetivas, olvidando-se de sua própria personalidade, na medida em que

(...) la imparcialidad es en la esfera emocional lo que la objetividad es en la órbita intelectual. También se distinguen la imparcialidad y la justicia. La primera enfoca la motivación, la segunda el contenido de los actos; la primera es negativa y ahuyenta las influencias subjetivas, la segunda es positiva y atribuye a cada uno algo, por respecto a su particular personalidad.

---

<sup>125</sup> LOPES JUNIOR, Aury – **Direito Processual Penal**. 11.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 169.

<sup>126</sup> FERNANDES, Antonio Scarance – **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 115.

<sup>127</sup> Jardim afirma que “os princípios mais importantes para o processo penal moderno são o da imparcialidade do juiz e do contraditório. Pode-se mesmo dizer que os demais princípios nada mais são do que consectários lógicos destes dois princípios. Assim, o princípio da demanda ou da iniciativa das partes, próprio do sistema acusatório, decorre da indispensável neutralidade do órgão julgador. Sem ela, toda a atividade jurisdicional restará viciada” (JARDIM, Afranio Silva – **Direito Processual Penal: estudos e pareceres de acordo com a Constituição de 1988**. 3.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 280).

<sup>128</sup> MAIER, Julio Bustos Juan. – Dimensión político-jurídica de un poder judicial independiente. In MAIER, Julio Bustos Juan. – **Antología - El proceso penal contemporáneo**. Lima: Palestra Editores, 2008. p. 495-507, p. 743-744.

<sup>129</sup> SILVA, Germano Marques da – **Direito processual penal português**. 2.ª ed. Lisboa: Universidade Católica, 2017, p. 229.

<sup>130</sup> CANOTILHO, José Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 665.

<sup>131</sup> GOLDSCHMIDT, Werner - **La imparcialidad como principio básico del proceso – (la parcialidad y la imparcialidad)** [Em linha]. Madrid: Instituto Español de Derecho Procesal, 1950. [Consult. 9 abr. 2020]. Disponível em WWW:[http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/la\\_imparcialidad.pdf](http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/la_imparcialidad.pdf).

Imparcialidade e jurisdição são termos tão íntimos, que, de acordo com Zaffaroni<sup>132</sup>, não se trata “de que a jurisdição possa ou não ser imparcial e se não o for não cumpra eficazmente sua função, mas que, sem imparcialidade, não há jurisdição”. Assim, com absoluta razão Maier<sup>133</sup> ao asseverar que “a palavra juiz não se compreende sem o qualificativo de imparcial”.

Na mesma linha, Celso Agrícola Barbi<sup>134</sup>, notável jurista e magistrado, destaca a imparcialidade como a primeira e mais importante qualidade de um juiz, que, “investido da alta missão de decidir acerca dos mais relevantes interesses das partes”, deve julgar “sem ser influenciado por quaisquer fatores que não o direito dos litigantes.” Qualquer outra deficiência moral ou técnica, enfatiza o autor, pode comprometer o exercício da atividade jurisdicional, mas o fator que é realmente capaz de preocupar a parte ou levá-la a descrer na justiça, “é a falta de confiança na isenção do juiz. Ainda que o juiz tenha todas as condições para correta atuação nas causas que, em princípio, podem ir ao seu exame, há, porém, algumas em que a sua situação pessoal, em relação às pessoas que participam do processo, ou ao interesse em litígio, pode influir no seu espírito, de modo a impedir um correto julgamento da demanda.”

E finaliza de maneira categórica:

Por esse motivo, para dar tranqüilidade aos litigantes e confiança na retidão dos julgamentos, a lei manda que o juiz se afaste de determinadas causas, e permite que a parte impugne sua presença, quando ele não se afastou espontaneamente.<sup>135</sup>

De facto, o julgador que, de boa-fé, segue sua consciência para decidir, pode julgar bem ou mal,

(...) no entanto, aquele a julgar com a vontade, nunca julgará bem. A razão é muito simples: quem julga com o entendimento, se entende mal, julga mal, se entende bem, julga bem. **Porém quem julga com a vontade, ou queira mal, ou queira bem, sempre julga mal: se quer mal, julga como apaixonado, se quer bem, julga como cego.**<sup>136</sup>

Daí porque, identificado estado de ânimo que possa ocasionar, consciente, ou inconscientemente, da parte do juiz, uma “predisposição favorável” ou uma “predisposição

---

<sup>132</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul – **Poder judiciário, crise, acertos e desacertos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 86.

<sup>133</sup> MAIER, Julio Bustos Juan – **Derecho Procesal Penal – Fundamentos**. 2.<sup>a</sup> ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2004, p. 739.

<sup>134</sup> BARBI, Celso Agrícola – **Comentários ao código de processo civil**. Vol. 1, 2.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 546.

<sup>135</sup> *Ibidem*, loco citato.

<sup>136</sup> VIEIRA, Antonio – **Sermão do segundo domingo do advento**. Vol. 1. Porto: Leilo, 1959, p. 162.

desfavorável”, para usar a terminologia do jurista José Alberto dos Reis<sup>137</sup>, deve ele afastar-se da causa, para resguardar a sua imparcialidade.

Invoca a seguir, o mesmo autor, a opinião de outro jurista português, o qual aponta para a necessidade de se averiguar o “estado de alma do juiz para com a parte; o estado de alma desta para com aquele não tem interesse. A disposição psicológica do juiz para com a parte é tal que deve considerar-se legítimo o receio de que essa disposição afete e perturbe a retidão do julgamento. Esse é que deve ser o critério geral de orientação”<sup>138</sup>.

Tem-se, assim, que a qualidade primacial de um Juiz, imanente ao exercício de sua nobilíssima missão, é a isenção, sem a qual não conseguirá manter a imparcialidade – atributos sem os quais a Justiça se degrada e se desacredita. Como asseverou Manuel Pedro Pimentel<sup>139</sup>, “somente o juiz livre, livre de preconceitos, livre de juízos apriorísticos, livre de ideias estereotipadas, livre de injunções facciosas, poderá encontrar a verdade, essa mesma verdade que é a única que nos interessa [...]”.

Eventual desafeição, ou mera antipatia, do Juiz, em relação à parte, constatável a partir de manifestações que evidenciem estar o seu espírito e sua consciência perturbados, conturbados, por mágoas, ressentimentos ou rancor, lhe retiram as condições de serenidade, isenção e imparcialidade para julgar.

A paixão revelada pelo magistrado no curso do processo, com maior razão, lhe subtrai o requisito básico para presidir e julgar o feito. E o interesse na decisão da causa pode ser tanto de ordem material quanto moral, este caracterizado por diversos aspetos, como observa Pontes de Miranda:

O interesse moral pode ser o interesse na repercussão meramente ética, não somente porque a tal interesse pode corresponder direito, pretensão, ação ou exceção. O interesse moral pode consistir em pressão psíquica sobre o juiz, com o material. A lei não distinguiu.<sup>140</sup>

Luigi Ferrajoli, na obra *Direito e Razão*<sup>141</sup>, cujo primor na exposição da matéria lhe conferiu o devido reconhecimento, nos deixa, de igual modo, a certeza de que “o juiz não deve ter qualquer interesse, nem geral nem particular, em uma ou outra solução da

---

<sup>137</sup> REIS, José Alberto dos – **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. I. Coimbra: Coimbra, 1944, p. 440.

<sup>138</sup> *Ibidem*, p. 451.

<sup>139</sup> PIMENTEL, Manoel Pedro. Discurso de posse, em 26/04/1962, no cargo de juiz do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo *apud* BITTENCOURT, Edgard de Moura – **O juiz**. 3.<sup>a</sup> ed. Campinas: Millennium, 2002, p. 141.

<sup>140</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de – **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo II, 2.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense; Brasília: INL, 1973, p. 407.

<sup>141</sup> FERRAJOLI, Luigi – **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 3.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 534.

controvérsia que é chamado a resolver, sendo sua função decidir qual delas é verdadeira qual é falsa.” De mais a mais, prossegue o catedrático da Universidade de Camerino, não deve ele ser um sujeito “representativo”, pois que “julga em nome do povo, mas não da maioria, em tutela das liberdades também das minorias.”

Lapidar, também, é a lição de Hobbes ao afirmar que “ninguém pode ser juiz ou árbitro da própria causa” e, portanto, – são ainda suas as palavras – “não pode ser juiz a pessoa à qual favoreça a esperança de obter maior utilidade ou satisfação com a vitória de uma das partes em detrimento da outra”<sup>142</sup>.

No direito português, o princípio da imparcialidade está consagrado no rol dos princípios fundamentais – artigo 266.º, n.º 2 da Constituição –, enquanto no Brasil a Carta Política não contempla, expressamente, o direito a um juiz imparcial. Inegável, entretanto, que a imparcialidade constitui *conditio sine qua non* de qualquer juiz, a representar uma garantia constitucional implícita.<sup>143</sup>

De outro lado, declarações e tratados internacionais de direitos humanos afirmam o direito de toda pessoa acusada ser destinatária de um julgamento independente e imparcial (Declaração universal dos direitos humanos, artigo 10.º; Pacto internacional de direitos civis e políticos, artigo 14.1.º; Convenção americana de direitos humanos – Pacto de São José de Costa Rica, artigo 8.1.º).

A despeito do seu caráter eminentemente subjetivo – porquanto relacionada à pessoa do julgador e seu posicionamento psíquico em face das partes –, a imparcialidade ganhou novos contornos doutrinários a partir do julgamento do caso *Piersack vs Bélgica*<sup>144</sup> pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), passando a distinguir-se entre imparcialidade subjetiva e objetiva.

Sobre a primeira,

(...) importa observar, considerada uma determinada hipótese fática, em um dado processo, a convicção pessoal do magistrado, o que pensa ele em seu foro íntimo acerca de determinada circunstância, de modo a verificar a inexistência de pré-juízos, de preconceitos que possam viciar o julgamento. Sob esse aspeto, a

---

<sup>142</sup> *Apud* FERRAJOLI, Luigi – **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 3.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 535.

<sup>143</sup> GRAU, Eros Roberto – **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 5.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 144.

<sup>144</sup> Conforme registo de Deise H. K. Lora, reconheceu-se a parcialidade do julgamento criminal colegiado em que um dos juízes atuara na instrução da causa como membro do ministério público (LORA, Deise H. K. – **Subjetividade e Imparcialidade no Processo Penal**. Florianópolis: Tirant Brasil, 2019, p. 164-165).



imparcialidade, segundo jurisprudência assentada no âmbito do TEDH, é sempre presumida até prova em contrário<sup>145</sup>.

A imparcialidade objetiva, por seu turno, consubstancia-se na aparência de imparcialidade, ou seja, o juiz ou tribunal deve estar em uma situação que elimine, no plano objetivo, qualquer dúvida acerca de sua isenção.<sup>146</sup>

Em outro julgamento histórico – *Caso De Cubber vs Belgica*<sup>147</sup> –, o TEDH decidiu que a aparência de imparcialidade era comprometida nos casos em que havia a intervenção previa do julgador na fase de investigação, proferindo decisões em que se realizasse uma antecipação quanto ao mérito da causa. Em tais situações, o jurisdicionado, e principalmente o acusado, poderia suspeitar, com razão, de que não seria julgado por um juiz ou tribunal imparcial.

A existir, pois, dúvida razoável acerca do conduzir processual imparcial do julgador, impõe-se o seu afastamento, mesmo que seu atuar não tenha, de facto, influído no processo. Cuida-se da *teoria da aparência geral de imparcialidade* a orientar os julgamentos do tribunal europeu de direitos humanos. Em face desse paradigma, não basta, para o legítimo exercício da jurisdição, que o magistrado seja subjetivamente imparcial – “é necessário que a sociedade assim o veja. Tão importante quanto o juiz ser imparcial”, frisa Badaró,

(...) é o juiz parecer imparcial. Se a sociedade não acredita que a justiça foi feita, porque ao acusado não foi assegurado um julgamento imparcial, o resultado de tal processo será ilegítimo e prejudicial o poder judiciário. A sociedade não verá em tal sentença, pouco importando se absolutória ou condenatória, uma decisão justa.<sup>148</sup>

Ao discorrer sobre a teoria da aparência na obra *Imparcialidade e processo penal*, André Machado Maya também enfatiza a importância de que, para além de fazer justiça, o Poder judiciário mostre para a sociedade que a justiça está sendo feita. Ou ainda: “o dever de imparcialidade também implica diretamente a legitimidade da jurisdição entendida como aceitação social ao instituto ou ao exercício do poder respectivo”<sup>149</sup>.

---

<sup>145</sup> MAYA, André Machado – **Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias**. 2.<sup>a</sup> ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p. 93.

<sup>146</sup> SAVOIA, Francisco Simões Pacheco – **Colaboração Premiada e o princípio da imparcialidade**. Curitiba: Juruá, 2018, p. 140.

<sup>147</sup> Neste caso, foram aceitas as suspeitas de parcialidade a deliberação proferida por juiz que participara da instrução da causa e também do julgamento recursal. Não houve justaposição entre o órgão do MP e o responsável pela decisão, mas sobreposição na titularidade da função jurisdicional propriamente dita (LORA, Deise H. K. – **Subjetividade e Imparcialidade no Processo Penal**. Florianópolis: Tirant Brasil, 2019, p. 165).

<sup>148</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy – **Processo Penal**. 2.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 10.

<sup>149</sup> Conforme definição de Deise H. K. Lora – *opere citato*, p. 164).

Sem embargo, no julgamento do caso *Mogens Hauschildt vs Dinamarca*, em 24 de maio de 1989, voltou-se a admitir a atuação do mesmo magistrado em fases distintas do processo, sem que isto importasse o reconhecimento de sua imparcialidade. Apesar da semelhança com o precedente *De Cubber vs Belgica*, entendeu-se – apesar de suscitada a dúvida sobre a imparcialidade do magistrado, que se valera da expressão ‘suspeitas confirmadas’, denotando seu pré-julgamento – que a análise não depende apenas da sobreposição de funções, sendo necessário avaliar as circunstâncias de cada caso para constatar-se a ocorrência de lesão.

Sobre os provimentos cautelar e final, o TEDH decidiu que, de plano, inexistiu ofensa à imparcialidade, pois as naturezas jurídicas das disposições são diversas. Enquanto a primeira (cautelar) destina-se à verificação sumária, a segunda estaria atrelada ao exame aprofundado de provas. Em consequência, justificou que “as questões que têm que resolver o juiz antes do processo propriamente dito não são as mesmas a que se refere à sentença definitiva”<sup>150</sup>. Por isso, a Corte declarou que, não havendo ilegalidade obrigatória, a atividade do juiz deve ser examinada de forma individual. Em outras palavras, concluiu-se que a imparcialidade se presume; a parcialidade deve ser aferida a partir das circunstâncias concretas do caso.

Com base nesta premissa, o Tribunal sentenciou: “Para resolver si *en un determinado caso hay un motivo legítimo para temer que un juez no sea imparcial, el punto de vista del acusado es importante, pero no es decisivo*”. E foi além ao proclamar que a realização de atos cautelares e probatórios por um dos juízes recursais “puede suscitar dudas em el acusado sobre la imparcialidad del juez; son comprensibles, pero esto no significa que se deban considerar como objetivamente justificadas en todos los casos. La contestación a la pregunta dependerá de las circunstancias que concurran”.<sup>151</sup>

Para Gustavo Badaró<sup>152</sup>, esta orientação, consubstanciada em uma análise casuística, “pode gerar mais insegurança e incerteza quanto ao direito a um juiz imparcial”. De facto, apesar de conveniente, a posição que vincula a imparcialidade objetiva às circunstâncias do caso concreto torna muito tênue a diferença entre as duas nuances e

---

<sup>150</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy – Direito ao julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva do juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias. In BONATO, Gilson (org.) – **Processo Penal, Constituição e Crítica: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 343-360, p. 349.

<sup>151</sup> TEDH. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – **Case of De Cubber v. Belgium (n. 9186/80)**. [Em linha] Strasbourg: TEDH, 26 out. 1984. [Consult. 25 jun. 2020]. Disponível em WWW:<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-165125>.

<sup>152</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy – *opere citato*, p. 348.

prejudica a separação antes desenvolvida. Ou seja: ao relacionar o aspeto subjetivo da imparcialidade ao ânimo do julgador e à proibição de pré-julgamentos, o TEDH bem definiu conceitos e limites, mas, em termos da vertente objetiva, a questão é outra e se refere à perceção externa, à confiança inspirada pelo exercício da jurisdição. Então, o que se afirmou no início da década de 1980 foi que tal credulidade resta afetada com a sobreposição de funções, sendo crível a redução de expectativas pelos jurisdicionados.

Se a questão está ligada ao sentimento de imparcialidade que o juiz deve inspirar na sociedade, mais vale definir critérios gerais, certos e objetivos. Afinal, se a justiça não deve apenas ser imparcial, mas parecer imparcial, é fundamental a decisão irradiar confiança, e isto está a depender do recetor ou do conjunto de observadores externos, algo que, por si, requer generalidade à investigação e impede a concentração de esforços avaliativos unicamente aos atos judiciais.

Todavia, o entendimento do Tribunal Europeu acerca da ausência de associação imediata entre parcialidade e antecipação do julgamento de mérito por atividades cautelares foi confirmado em vários casos posteriores, a exemplo de *Jean-Pierre Saint-Marie vs França*, julgado em 16 de dezembro de 1992, e *Hans Erik Nortier vs Países Baixos*, decidido em 24 de agosto de 1993. Na primeira hipótese, houve a determinação de prisão cautelar, à frente confirmada por dois juízes que também oficiaram na decisão da causa. Na segunda, o magistrado que decretou a prisão provisória foi o mesmo a prolatar a sentença condenatória, tendo os atos sido referendados, a despeito de se tratar de competência especial do juízo da infância e adolescência.

Situações similares ocorreram no julgamento dos casos *Hans Jürgen Fey vs Áustria*, em 24 de fevereiro de 1993, e *Alessandro Padovani vs Itália*, em 26 de fevereiro de 1993. Neste último, foram analisados atos probatórios considerados urgentes, ao que o TEDH deliberou estar a imparcialidade relacionada a uma atitude subjetiva e outra objetiva, não tendo havido, no que tange à primeira, “ningún elemento que permita pensar que el Juez de instancia tuviera prevenciones”.

Sobre a segunda, entendeu que “no cabe considerar que los temores del actor acerca de una falta de imparcialidad debido a las medidas adoptadas por el pretor antes del procedimiento de juicio estuvieran objetivamente justificados. De las informaciones recogidas por el Tribunal se deriva que los actos de instrucción urgente se limitaron a la audición de los

tres inculpados. Además, al emitir la orden de arresto del 26 de febrero de 1987, el citado Magistrado se basó en las propias declaraciones del señor Padovani.<sup>153</sup>

Outra decisão importante refere-se ao processo *Mikdat Bulut vs Austria*, deliberado em 26 de fevereiro de 1996. Durante a ação originária, a defesa do acusado foi questionada sobre a possível ocorrência de sobreposição funcional, tendo permanecido inerte. O questionamento ao tribunal europeu, então, referiu-se à irrenunciabilidade à imparcialidade, que, apesar de confirmada, não foi constatada, sob o argumento de que a realização de atos probatórios por parte do juiz não compromete a sua isenção para julgar.

Por fim, mas não menos relevante, o caso *Saraiva de Carvalho vs Portugal* – decidido em 22 de abril de 1994 –, no qual o TEDH validou a possibilidade de um mesmo magistrado proferir ‘despacho de pronúncia’ e julgar a causa. Na altura, a corte ratificou que “no cabe considerar que el mero hecho de que un juez haya adoptado ya decisiones antes del proceso justifica en sí aprensiones sobre su imparcialidad. Lo que cuenta es la amplitud y la naturaleza de las medidas adoptadas por el juez antes del proceso”.<sup>154</sup>

Em meio a essa nova orientação, algumas decisões pareciam resgatar o entendimento original, firmado nos casos *Piersack* e *De Cubber*, embora as violações ao dever de imparcialidade tenham sido reconhecidas mais em relação ao disposto em leis internas do que ao conteúdo dos factos. Um exemplo disto é o caso *Pfeifer y Plankl vs Austria* (22.04.1994), em que dois juízes instrutores participaram do julgamento da ação originária, contrariando o disposto na legislação austríaca.

A defesa técnica não foi informada sobre a possível anomalia, conquanto os réus tenham sido cientificados do impedimento. Então, para Aroca<sup>155</sup>, apesar da resolução final perfilhada pelo TEDH (reconhecendo o vício), não há como considerar alterada a orientação definida no caso *Mogens Hauschildt*, uma vez que as razões de decidir foram fáticas, em detrimento de ponderações teóricas acerca do tema.

Nova reviravolta, entretanto, veio a ocorrer no início do século XXI, quando se restabeleceu o paradigma fixado no início da década de 1980, a partir dos casos *Piersack* e *De Cubber*. Assim, por exemplo, nos processos *Kiprianou vs Cyprus*, julgado em 15 de

---

<sup>153</sup> TEDH. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – **Case of Fey v. Austria (n. 14396/88)**. [Em linha] Strasbourg: TEDH, 24 fev. 1993. [Consult. 25 jun. 2020]. Disponível em WWW: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-164543>.

<sup>154</sup> *Idem* – **Case of Saraiva de Carvalho v. Portugal (n. 15651/89)**. [Em linha]. Strasbourg: TEDH, 22 abr. 1994. [Consult. 26 jun. 2020]. Disponível em WWW:<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-164368>.

<sup>155</sup> AROCA, Juan Montero – **Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 46.

dezembro de 2005, *Micallef vs Malta*, de 15 de outubro de 2009, *Morice vs França*, decidido em 23 de abril de 2015, e, mais recente, *Korzeniak vs Polônia*, julgado em 10 de abril de 2017, cujo acórdão do TEDH apresenta importante retrospectiva acerca da sua jurisprudência. Em suma, reafirmou-se a necessidade de que, numa sociedade democrática, os tribunais inspirem confiança no público. Para esse efeito, faz-se imprescindível um órgão julgador imparcial, subjetiva e objetivamente.

Naquele mesmo julgado (*Korzeniak vs Polônia* – 10. 04.2017), a Corte discorreu sobre a dificuldade de aferição da imparcialidade subjetiva, presumida em razão da natureza pública da jurisdição. Para a sua constatação, pois, faz-se imprescindível a prova do comportamento inadequado do juiz e do desejo que o motiva. Sucede que, como se trata de manifestações psicológicas e dificilmente extensivas, tal demonstração constitui tarefa árdua, sendo mais factível a identificação da imparcialidade objetiva, como reconheceu o TEDH.<sup>156</sup>

Quanto à atuação do mesmo juiz em etapas processuais diferentes, o TEDH reconheceu a possibilidade de afetação à originalidade da cognição, o que, no entanto, estaria a depender da análise de circunstâncias concretas. Ou seja: ainda que a análise da imparcialidade objetiva não se refira ao contexto processual específico (porque vinculada às

---

<sup>156</sup> “Ao aplicar a prova subjectiva, o Tribunal tem consistentemente afirmado que a imparcialidade pessoal de um juiz deve ser presumida até que haja prova em contrário (ver Hauschildt contra Dinamarca, 24 de maio de 1989, parágrafo 47, série A n. e Kyprianou v. Chipre (GC), n.º 73797/01, parágrafo 119, CEDH 2005 – XIII). No que se refere ao tipo de prova exigida, o Tribunal procurou, por exemplo, averiguar se um juiz demonstrou hostilidade ou má vontade, ou se decidiu organizar um processo por conta própria (v. De Cubber c. Bélgica, 26 de Outubro de 1984, parágrafo 25, Série A n.º 86). O princípio, segundo o qual um tribunal deve ser presumido livre de preconceito ou parcialidade pessoal, está estabelecido na jurisprudência da Corte (ver, por exemplo, Le Compte, Van Leuven e De Meyere c. Bélgica, 23 de junho de 1981, parágrafo 58, Série A n.º 43, e Morice v. França (GC), n.º 29369/10, parágrafo 74, CEDH 2015). Embora em alguns casos possa ser difícil obter provas com as quais refutar essa presunção, deve ser lembrado que a exigência de imparcialidade objetiva fornece uma garantia adicional importante (ver Pullar v. The United Kingdom, 10 de Junho de 1996, parágrafo 32, Relatórios de Decisões e Decisões 1996 – III, e Micallef v. Malta (GC), n.º 17056/06, parágrafo 95, ECHR 2009). Por outras palavras, o Tribunal reconheceu a dificuldade de estabelecer uma violação do artigo 6.º devido à parcialidade subjectiva e, por essa razão, na grande maioria dos casos, levantando questões de imparcialidade, incidiu sobre o teste objetivo. No entanto, não existe uma divisão estanque entre as duas noções, uma vez que a conduta de um juiz pode não apenas suscitar dúvidas objetivas quanto à imparcialidade do ponto de vista do observador externo (o teste objetivo), mas pode também ir à questão da sua convicção pessoal (o teste subjetivo). Quanto ao segundo teste, significa determinar se, independentemente da conduta pessoal de qualquer dos membros desse órgão, existem fatos verificáveis que podem suscitar dúvidas quanto à sua imparcialidade. A este respeito, até as aparências podem ter alguma importância (ver Castillo Algar v. Espanha, 28 de outubro de 1998, parágrafo 45, Relatórios 1998 – VIII, e Morel v. França, n.º 34130/96, parágrafo 42, ECHR 2000 – V). Quando está sendo decidido se, em um determinado caso, há uma razão legítima para temer que um determinado organismo careça de imparcialidade, o ponto de vista daqueles que alegam que ele não é imparcial é importante, mas não decisivo. O que é decisivo é se o medo pode ser considerado objetivamente justificado (ver Ferrantelli e Santangelo v. Itália, 7 de agosto de 1996, parágrafo 58, Relatórios 1996 – III, Wettstein v. Suíça, n.º 33958/96, parágrafo 44, CEDH). 2000-XII, Warsicka v. Polónia, n.º 2065/03, parágrafo 37, 16 de janeiro de 2007 e Micallef, citado acima, parágrafos 96-98)” (TEDH. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – **Case of Korzeniak v. Polonian (n.º 56134/08)** [Em linha]. Strasbourg: TEDH, 10 abr. 2017. [Consult. 26 jun. 2020]. Disponível em WWW:<http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-170045>).

reações externas), é necessário demonstrar em cada hipótese situações que justifiquem a supressão da legitimidade ou, em outros termos, a perda de confiança em um julgamento justo.

Na essência, os elementos se confundem, e o que pode justificar a dúvida acerca da imparcialidade objetiva não raro poderá também evidenciar a parcialidade subjetiva. Isso significa que o acréscimo ao entendimento original da década de oitenta fragilizou a teoria propriamente dita, bem assim sua contribuição ao deslinde da questão.<sup>157</sup>

Sobre a posição do TEDH, sintetiza Giacomolli<sup>158</sup> que, com base no elemento subjetivo presumido e, portanto, de difícil comprovação, “a dúvida acerca da parcialidade há de ser fundada em circunstâncias fáticas objetivas e em um determinado caso concreto, como a situação de já ter participado de julgamentos anteriores sobre o mesmo caso”. Ainda acerca do tema, a presunção da imparcialidade subjetiva referida pelo autor é um aspeto bastante significativo, pois, para suplantar esse pressuposto, faz-se necessária uma evidência empírica.

Na esteira da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos também disciplina a matéria ao estabelecer, no artigo 8.1.º, que “toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei (...)”.

Por conseguinte, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em funcionamento desde o ano de 1979, foi criada para dirimir conflitos relacionados ao referido pacto e qualquer dos Estados parte, que atualmente são os seguintes: Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Colômbia, Costa Rica, Chile, Dominica, Equador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Suriname e Uruguai. Importante registrar que Trinidad y Tobago e Venezuela,

---

<sup>157</sup> “Ao julgar o caso *Korzeniak vs. Polonian*, o TEDH decidiu acerca de a participação do mesmo juiz em diferentes fases de um processo civil (ou penal) violar, ou não, o requisito da imparcialidade previsto no artigo 6.º, n.º 1, que a questão deve ser solucionada caso a caso, considerando as circunstâncias do caso individual e, mais importante, as características das normas relevantes do processo civil ou penal aplicadas ao caso (...). Quanto às circunstâncias do caso em apreço, o Tribunal observa que as preocupações da recorrente quanto à imparcialidade do Supremo Tribunal se devem ao facto de o mesmo juiz H.Sz., que estava anteriormente envolvido no processo de recurso, se sentar no seu banco. Pode aceitar-se que esta situação poderia suscitar dúvidas no espírito do recorrente sobre a imparcialidade desse tribunal. No entanto, o Tribunal deve decidir se essas dúvidas foram objectivamente justificadas. A resposta a esa pergunta depende das circunstâncias do caso (...)” (TEDH. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – **Case of Korzeniak v. Polonian (n.º 56134/08)** [Em linha]. Strasbourg: TEDH, 10 abr. 2017. [Consult. 26 jun. 2020]. Disponível em WWW:<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-170045>).

<sup>158</sup> GIACOMOLLI, Nereu José – **O devido processo penal: abordagem conforme a constituição federal e o pacto de são José da costa rica**. 3.ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 235.

apesar de pertencerem ao grupo original de Estados parte, denunciaram a Convenção, respetivamente em 1998 e 2012.

Algumas situações relacionadas à imparcialidade já foram apreciadas pela Corte, dentre as quais se destaca a opinião consultiva n.º 20/2009. Nela, o tribunal interamericano foi questionado pela Argentina sobre a possibilidade de participação em julgamentos relativos a determinado Estado de juízes do país envolvido. A conclusão foi de que há restrição à presença de juízes nacionais nas demandas entre Estados, mas não nas reclamações que envolvam particulares, respeitando-se, ainda, o direito de o próprio magistrado recusar participação nas decisões correspondentes.

Ao se debruçar sobre a temática, o órgão supranacional se manifestou sobre o conceito de imparcialidade e, além de vinculá-lo ao justo processo, referiu que, somado ao aspeto subjetivo, o dever a um julgamento imparcial envolve “garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad”<sup>159</sup>.

Do acórdão, extrai-se que “el juez nacional del Estado demandado no pierde su imparcialidad e independencia por esa sola calidad pues la función jurisdiccional goza de la presunción de aquellas, por lo que cualquier observación contraria debe realizarse en el caso concreto y no de manera general”. Ainda acerca da imparcialidade, estabeleceu a Corte que se

(...) asegura a las partes en el proceso la vigencia de uno de los principios fundamentales de la justicia que es el debido proceso, el cual tiene como presupuesto que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa de modo imparcial, es decir, careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio personal e, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad.<sup>160</sup>

Como se vê, o Órgão adotou a divisão proposta pelo Tribunal Europeu entre imparcialidade objetiva e subjetiva. No que tange às decisões contenciosas, tal divisão já havia sido manifestada no caso *Apitz Barbera vs Venezuela*, apreciado em 5 de agosto de 2008, e que foi citado no texto da opinião consultiva acima referida. Em síntese, por não se tratar de hipótese criminal genuína, a questão foi verificada a partir da carência de imparcialidade no processo de destituição de três magistrados (Apitz, Rocha e Ruggeri), supostamente afastados do cargo que exerciam por suas opções teórico-jurídicas.

---

<sup>159</sup> CIDH – **Opinión Consultiva solicitada por la República Argentina - OC-20/09** – Buenos Aires, 29 set. 2009.

<sup>160</sup> *Ibidem*.

Assim, além da imparcialidade, foi discutida a aplicabilidade do princípio da independência à jurisdição, quanto à interferência nas atividades desempenhadas pelos profissionais envolvidos no julgamento. Ocorre que, durante a análise dos afastamentos, alegou-se que o tribunal administrativo que processou e julgou o caso esteve sob a influência de outros Poderes do Estado e de outros órgãos do próprio Poder Judiciário, inexistindo, ainda, qualquer possibilidade legal de recusa dos julgadores, nem mesmo por inimizade ou pré-julgamento.

Neste último ponto, o tribunal analisou a impossibilidade de recusa dos juízes, pela legislação venezuelana, quando as partes desconfiam de suspeição e sustentou que “el Tribunal considera que la institución de la recusación tiene un doble fin: por un lado actúa como una garantía para las partes en el proceso, y por el otro, busca otorgar credibilidad a la función que desarrolla la Jurisdicción”<sup>161</sup>. Estabeleceu, também, a corte que, “en tal sentido, la recusación es un instrumento procesal destinado a proteger el derecho a ser juzgado por un órgano imparcial y no un elemento constitutivo o definitorio de dicho derecho”<sup>162</sup>.

Em outras palavras: o direito a recusar o juiz tem relação direta com as garantias de um julgamento justo e transcende ao que as hipóteses definidas na lei podem expressar. Não obstante, tais previsões legais são instrumentos que devem estar à disposição das partes justamente para assegurar uma atuação livre e independente da jurisdição, além de apta a inspirar confiança aos jurisdicionados.

Em consequência, a insuficiência legislativa consubstanciada no facto de a Venezuela não dispor de ferramentas legais às partes e de limitar as situações de suspeição ao reconhecimento unilateral por parte do juiz (pela lei venezuelana vigente à época, o julgador detinha o dever de manifestar situações de parcialidade, porém, em caso de inércia, nada socorreria as partes), representaria violação às condições necessárias a um julgamento imparcial.<sup>163</sup>

Outras controvérsias foram examinadas pelo tribunal supranacional, sendo possível citar os seguintes processos: *Jaime Francisco Castillo Petruzzi vs Peru*, hipótese analisada em 30 de março de 1999; *Luis Alberto Cantoral Benavides* também contra o Peru, julgado em 18 de agosto de 2000; *Humberto Antonio Palamara Iribane vs Chile*, apreciado

---

<sup>161</sup> CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos – **Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela**. San José: CIDH, 5 ago. 2008.

<sup>162</sup> *Ibidem*.

<sup>163</sup> *Idem* – **Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela**. San José: CIDH, 5 ago. 2008.



em 22 de novembro de 2005; e *Luis Jorge Valencia Hinojosa vs Ecuador*, cuja sentença foi proferida em 29 de novembro de 2016.

Os casos de Jaime Francisco Castillo Petruzzi e Luis Alberto Benavides versavam sobre atos de combate ao terrorismo perpetrado pelo grupo ‘Sendero Luminoso’. Os acusados responderam presos ao processo que tramitou na justiça militar e foram interrogados com vendas nos olhos e algemas, por juízes sem rosto. As decisões judiciais eram apócrifas e destituídas de qualquer identificação.

Ao se defrontar com o assunto, a corte interamericana proclamou a incompatibilidade entre os deveres de imparcialidade, investigação e julgamento, ao passo que, no caso, verificou que o mesmo órgão responsável pela investigação das infrações estava encarregado de prolatar a sentença. Nesse sentido, colhe-se do acórdão que

(...) el juez encargado del conocimiento de una causa debe ser competente, independiente e imparcial de acuerdo con el artículo 8.1 de la Convención Americana. En el caso en estudio, las propias fuerzas armadas inmersas en el combate contra los grupos insurgentes son las encargadas del juzgamiento de las personas vinculadas a dichos grupos. Este extremo mina considerablemente la imparcialidad que debe tener el juzgador (...). Cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a fortiori, el debido proceso, el cual, a su vez, encuéntrase íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia<sup>164</sup>.

A respeito da figura dos ‘juízes sem rosto’, afirmaram os julgadores que “la circunstancia de que los jueces intervinientes en procesos por delitos de traición a la patria sean ‘sin rostro’, determina la imposibilidad para el procesado de conocer la identidad del juzgador y, por ende, valorar su competencia. Esta situación se agrava por el hecho de que la ley prohíbe la recusación de dichos jueces”<sup>165</sup>. Reputou-se, portanto, descabido o anonimato em sede judicial; deve-se providenciar a segurança e a independência dos julgadores sem sacrificar a verificação de eventuais vícios processuais.

No caso *Humberto Antonio Palamara Iribarne vs Chile* (julgado em 22 de novembro de 2005), a controvérsia envolveu a conjunção entre os direitos à imparcialidade e liberdade de expressão, que confluíram em múltiplas ações criminais vinculadas a crimes de desobediência e desacato. Basicamente, *Palamara Iribarne*, na época em que ocupava posto de assessor técnico das forças armadas, escreveu um livro sobre aportes éticos à atividade castrense. Prestes a publicar a obra, foi impedido por superiores hierárquicos de fazê-lo. No

---

<sup>164</sup> CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos – **Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú**. San José: CIDH, 30 maio 1999.

<sup>165</sup> *Ibidem*.

entanto, se recusara a cumprir a ordem e também deixara de entregar os manuscritos, conforme determinado pelas forças armadas.

Propostas as correspondentes ações criminais por ‘descumprimento de deveres militares’ (por escrever e revelar procedimentos sigilosos) e desobediência (por publicar e recusar depósito de escritos originais), verificou-se que o conjunto de magistrados competentes para o julgamento não era idôneo. Como integrante do colégio julgador estava o Comandante Geral, indivíduo que primeiro conhecera os factos e que já declarara impedimento para o julgamento quanto às circunstâncias relativas à violação de obrigações funcionais, tendo, inclusive, prestado auxílio testemunhal.

Diante disso, a Corte interamericana constatou a ocorrência de acúmulo nas funções repressiva, investigativa (com prisão cautelar) e decisória, porquanto na apreciação dos factos houve participação direta do citado Comandante Geral ou intervenção de militares subordinados a ele. A imparcialidade, no que concerne ao seu aspeto objetivo, estava, então, comprometida pela cumulação de funções, além de ausente a independência dos julgadores, ao que proclamou a Corte: “en aras de salvaguardar la administración de justicia se debe asegurar que el juez se encuentre libre de todo prejuicio y que no exista temor alguno que ponga en duda el ejercicio de las funciones jurisdiccionales”.<sup>166</sup>

Extrai-se do julgado a seguinte e importante conclusão:

(...) la Corte toma en cuenta que en los últimos años en Chile se ha implementado una importante reforma de la justicia penal destinada a introducir las garantías del debido proceso en el sistema de enjuiciamiento penal, con el propósito de pasar de un sistema procesal inquisitivo escrito a un sistema acusatorio con garantías de oralidad. Sin embargo, se excluyó de dicha reforma procesal, la cual implicó una reforma constitucional, a la jurisdicción militar (...) el juez o tribunal debe separarse de una causa sometida a su conocimiento cuando exista algún motivo o duda que vaya en desmedro de la integridad del tribunal como un órgano imparcial.

No caso *Valencia Hinojosa vs Ecuador*<sup>167</sup>, mais recente, também restou assentado dano à imparcialidade, além de confirmada a jurisprudência anterior da corte interamericana sobre o assunto. A questão se referia à prática de homicídio/suicídio contra militar (Luis Jorge Valencia Hinojosa). O facto se dera na sequência do cometimento de falta disciplinar (embriaguez em serviço e disparo de arma de fogo, com lesão à pessoa), em que o oficial

---

<sup>166</sup> CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos – **Caso Palamara Iribarne v. Chile**. [Em linha]. San José: CIDH, 22 nov. 2005. [Consult. 29 jun. 2020]. Disponível em WWW:[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_135\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf).

<sup>167</sup> *Idem* – **Caso Valencia Hinojosa v. Ecuador**. San José: CIDH, 29 nov. 2016. Importante estabelecer também que neste acórdão, apesar de se tratar de um julgamento civil (compatibilidade entre funções militares e homossexualidade), houve referência expressa ao caso *Apitz Barbera*, o que também aconteceu ao Caso *Flor Freire vs. Ecuador*. Julgado em 31 de agosto de 2016.

Hinojosa empreendera fuga. Logo após, entretanto, o policial foi encontrado morto – também por arma de fogo – em um dos locais sujeitos à administração castrense.

Nesse processo, de igual forma, as investigações e a decisão de arquivamento foram implementadas com sobreposição de funções no âmbito da própria polícia e justiça militares. Por conseguinte, o tribunal afirmou, como em oportunidades anteriores, a impraticabilidade da coincidência funcional no contexto do dever de imparcialidade:

La Corte ha señalado que la imparcialidad exige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad.<sup>168</sup>

De concluir-se, pois, que, no mesmo sentido da corte europeia, o Tribunal interamericano mantém constante sua jurisprudência. A despeito da similitude dos conteúdos que representam a vertente subjetiva da imparcialidade, de forma diversa dos julgadores europeus, a CIDH não requer o detalhamento da imparcialidade objetiva com base em elementos específicos do caso, sendo aludida ‘confiança’ pública em termos gerais. Dessa maneira, a verificação é ampla, bastando para o reconhecimento de parcialidade que o mesmo magistrado tenha exercido atividade investigatória e decisória.

---

<sup>168</sup> CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos – **Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela**. San José: CIDH, 5 ago. 2008.

## 12 A IMPARCIALIDADE JUDICIAL EM FACE DO ORDENAMENTO PROCESSUAL PENAL PORTUGUÊS E BRASILEIRO

No processo penal português, o juiz encarregado pela decisão da causa será distinto de todos os outros que tenham atuado no feito. Esta regra, prevista nos artigos 40º e 41º da Lei Adjetiva Penal, reveste-se de absoluta importância para a preservação da imparcialidade do julgador.

A separação de funções, típica do processo de estrutura acusatória, permitirá ao magistrado responsável pelo julgamento do caso atuar de forma independente, sem pré-concepções ou impressões advindas de fases procedimentais pretéritas e que decerto influenciariam sua decisão final para além do que importa: o teor da prova colhida em contraditório judicial.

À impossibilidade de o juiz “participar, em diferentes fases e momentos, com funções diferentes, no mesmo processo<sup>169</sup>”, Gomes Canotilho e Vital Moreira denominam *Proibição de acumulação orgânica na instrução e julgamento*, algo de extrema relevância para a efetivação do paradigma processual penal previsto na Constituição e a imparcialidade do órgão julgador.

De forma didática, Manuel Valente explica<sup>170</sup>, ao discorrer sobre os princípios fundantes do processo penal português, que a separação de funções impede o juiz que tenha intervindo na fase de inquérito para aplicar medida de coação, na fase de instrução proferido decisão em recurso ou pedido de revisão, recusado o arquivamento nos termos do art. 280 do CPP, assim como a suspensão provisória nos termos do art. 281 do CPP ou a forma sumaríssima por discordar da sanção proposta, de julgar o processo, cujo impedimento pode ser suscitado pelo MP, arguido, assistente ou pelas partes civis.

Entendemos, portanto, que, ao afastar da decisão da causa o magistrado que participara de fases anteriores do mesmo processo, o legislador ordinário português foi deveras cuidadoso com o anseio constitucional de implementar um processo penal de estrutura acusatória, resguardando, por conseguinte, a imparcialidade da jurisdição.

De outro lado, no entanto, ao permitir que o juiz, com base no *Princípio da investigação*, aja *ex officio* na busca de provas que conduzam à verdade material (arts. 164,

---

<sup>169</sup> VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Processo Penal**. 3.ª ed., rev., actual. e aument. Coimbra: Almedina, 2010, p. 91.

<sup>170</sup> *Ibidem*, p. 91-92.

288, n.º 4, 290, n.º 1, 294, 340, n.º 1 e 2, 348, n.º 5 do CPP), acabou por manter no ordenamento jurídico fragmentos do processo inquisitório.

A legislação processual penal brasileira, de igual sorte, autoriza o magistrado a adotar postura ativa na busca de provas que conduzam à verdade substancial, sendo possível, inclusive, que o mesmo juiz a atuar na fase de inquérito venha a julgar o mérito do processo penal, o que, em termos de descumprimento do modelo acusatório constitucional, representa algo mais grave do que o *Princípio da investigação* português.

Não faz sentido, diante de Constituições que presumem a inocência do réu e atribuem ao Ministério Público, auxiliado pela Polícia Judiciária, a missão de desfazer essa presunção, que o juiz desenvolva atividade probatória. Como terceiro estranho à contenda, deve ele manter-se equidistante e imparcial, abstendo-se de qualquer ato instrutório.

A gestão da prova nas mãos do juiz o torna *juiz-ator*, peculiar ao processo inquisitório, cujo traço mais marcante é exatamente a concentração de poder nas mãos do órgão julgador. A nobre função de julgar não pode se confundir com a de investigar ou acusar, constitucionalmente outorgadas a outros sujeitos processuais, sob pena de se invalidar por completo o princípio – supremo do processo – da imparcialidade.

Não basta, portanto, a separação formal entre as atividades de acusar e julgar; para a adequação ao modelo acusatório escolhido pelos ordenamentos jurídicos português e brasileiro, é preciso estabelecer limites rígidos à atuação do juiz, pois dela está a depender a paridade no tratamento dispensado às partes, o contraditório e, sobretudo, a imparcialidade.<sup>171</sup>

Na análise sobre o artigo 8.º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), Hitters<sup>172</sup> deixa claro que a imparcialidade do julgador, que tem a obrigação de atuar para garantir “igualdad efectiva de las partes en el proceso”, é elemento sem o qual não cabe falar em devido processo legal.

---

<sup>171</sup> Na obra *Derecho Procesal Penal – Conceptos fundamentales y principios procesales*, editada em 1979, Jurgén Baumann já advertia para a importância de se limitar em maior medida o princípio de instrução ou inquisitivo: “Los principios de instrucción y el inquisitivo significan, de por sí, lo mismo: el tribunal debe investigar, y no solamente decidir acerca de lo que le ha sido expuesto. En este sentido, también nuestro proceso actual es un proceso inquisitivo. (De ahí que se hable con frecuencia no de un principio de instrucción, sino también de un principio inquisitivo, como lo hacen Kern-Roxin, Henkel y E. Schmidt. Pero frente al proceso inquisitivo del derecho común, existe el de la división de los papeles (principio acusatorio). No se puede negar que de esta manera no resultan excluidos todos los peligros (parcialidad judicial). **En el futuro, habría que limitar en mayor medida el principio de instrucción**” (BAUMAN, Jurgén – **Derecho Procesal Penal – Conceptos fundamentales y principios procesales. Introducción sobre la base de casos.** Traducción de la 3ª edición alemana ampliada de 1979 por el Dr. Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Ediciones Olejnik, 1979, p. 46).

<sup>172</sup> HITTERS, Juan Carlos – **El juicio oral, en material civil e y comercial.** La Plata: ELJ, 1974, p. 14.

Esse posicionamento é também expresso por Carbonell<sup>173</sup>, segundo o qual os juízes não podem, quer do ponto de vista subjetivo (íntimo), quer do ponto de vista objetivo, manifestando-se para o mundo exterior, ter qualquer tipo de vinculação com os interesses das partes processuais: a ele cabe, única e exclusivamente, em respeito à presunção de inocência, analisar as provas que lhe forem apresentadas e proferir a decisão que lhe pareça tecnicamente acertada.

Ao tratar do tema, Barreto<sup>174</sup> chama a atenção para a equidistância que o juiz deve ter em relação às partes do processo. Afinal, “no sentido de preservar a confiança de que gozam, numa sociedade democrática, os tribunais devem oferecer total imparcialidade”. E não é suficiente, como destaca o doutrinador português, que se crie uma percepção “falsa de imparcialidade”, na qual, apenas no plano formal, o julgador confira tratamento igualitário às partes. Ao revés, é imprescindível uma igualdade material, tal como também propugna Chiavario<sup>175</sup> em estudo sobre a convenção Europeia de Direitos Humanos, o que apenas se alcança caso o juiz efetivamente se ponha equidistante das partes.

Geraldo Prado<sup>176</sup> nos lembra, a respeito, que a Corte de Estrasburgo sedimentou o entendimento de que a confiança do cidadão nos Tribunais de Justiça está, em grande parte, baseada no princípio da imparcialidade, como, de resto, tem se pronunciado a Corte Internacional de Direitos Humanos (CIDH), para a qual a parcialidade invalida por completo o processo penal.<sup>177</sup>

O Supremo Tribunal Federal brasileiro, em inúmeros e históricos julgados, afirmou existir correlação intrínseca entre a imparcialidade dos julgadores e a necessidade de que seja atribuído idêntico tratamento às partes na dinâmica processual. Apenas para

---

<sup>173</sup> REMOTTI CARBONELL, José Carlos – **La Corte Interamericana de Derechos Humanos: estructura, funcionamiento y jurisprudencia**. Madrid: Lael, 2003, p. 328.

<sup>174</sup> BARRETO, Irineu Cabral – **A Convenção Europeia dos Direitos do Homem anotada**. 3.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 155-156.

<sup>175</sup> CHIAVARIO, Mario – Art. 6 – Diritto ad un processo giusto. In BARTOLE, Sergio; CONFORTI, Benedetto; RAIMONDI, Guido – **Commentario Alla Convenzione Europea Per la Tutela Dei Diritti Dell’Uomo e Delle Libertà Fondamentali**. Milano: Cedam, 2001. p. 170-189, p. 181.

<sup>176</sup> PRADO, Geraldo – Entre a imparcialidade e os poderes de instrução no caso Lava Jato: para além da iniciativa probatória do juiz. **Revista brasileira de Ciências Criminais**. Ano 24, n.º 122 (ago. 2016), p. 135-169.

<sup>177</sup> Para o catedrático de Direito Penal e Juiz do Tribunal Supremo espanhol Enrique Bacigalupo, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) pacificou a orientação de que “a imparcialidade deve ser garantida objetivamente, mediante a determinação legal das causas de incompatibilidade, e de modo subjetivo, excluindo-se do processo o juiz que nutre sentimentos especialmente adversos relativamente a alguma das partes” (*apud ibidem*).

exemplificar, no julgamento do *habeas corpus* n.º 98.006/SP<sup>178</sup>, destacou a existência de um verdadeiro “dever do juiz de se manter equidistante das partes processuais em litígio”.

De diversos outros julgados, colhem-se passagens como as seguintes: “O Estado-juiz deve primar a atuação pela guarda absoluta da imparcialidade atinente aos julgamentos”<sup>179</sup>; a “ofensa ao dever de imparcialidade judicial”, com o desrespeito à “relação de equidistância em face dos sujeitos processuais”, revela-se “apta a caracterizar transgressão à garantia constitucional”, “pois a ideia de imparcialidade compõe a noção mesma inerente à garantia constitucional do *due process of law*”.<sup>180</sup>

Dando testemunho de sua honrosa trajetória de mais de 30 anos na Corte Suprema do país, Marco Aurélio Mello ressaltou, por ocasião do julgamento do *habeas corpus* n.º 137.956/MS, que, para ele, “desde o primeiro dia como juiz, a equidistância mostrou-se verdadeira profissão de fé. O juiz não pode estar do lado deste ou daquele segmento, desta ou daquela parte”<sup>181</sup>.

Luís Roberto Barroso, no mesmo diapasão, aduz que, em nossa sistemática processual, há “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”<sup>182</sup>.

Digno de destaque, outrossim, o alerta recente de Gilmar Mendes quanto à colocação do juiz no processo. Para o eminente jurista, ao assumir a tarefa de investigar e combater o crime, “o juiz foge de sua posição legitimamente demarcada no campo processual penal. Assim, acaba por se unir ao polo acusatório, desequilibrando de modo incontornável a balança da paridade de armas na justiça criminal”<sup>183</sup>.

---

<sup>178</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – **Habeas Corpus n.º 98.006/SP**. Relator: Ministro Carlos Britto. Julgamento: 24 nov. 2009. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: DJe, 05 fev. 2010.

<sup>179</sup> *Ibidem* – **Habeas Corpus n.º 145.432/MG**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Redator do Acórdão: Ministro Alexandre de Moraes. Julgamento: 12 nov. 2019. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: DJe, 12 fev. 2020.

<sup>180</sup> MELLO, Celso de – Voto. In BRASIL. Supremo Tribunal Federal – **Habeas Corpus n.º 95.518**. Relator: Ministro Eros Grau. Redator do Acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento: 28 maio 2013. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJe, 6 jun. 2013.

<sup>181</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – **Habeas Corpus n.º 137.956/MS**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Redator do Acórdão: Ministro Roberto Barroso. Julgamento: 26 set. 2017. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: DJe, 26 set. 2017.

<sup>182</sup> *Idem* – **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.104/DF**. Relator: Ministro Roberto Barroso. Julgamento: 21 maio 2014. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe, 6 jun. 2014.

<sup>183</sup> *Idem* – **Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus n.º 144.615/PR**. Relator: Ministro Edson Fachin. Relator para o Acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento: 25 ago. 2020. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJe, 27 out. 2020.

O Superior Tribunal de Justiça<sup>184</sup> também se posicionou, há pouco, sobre o papel a ser exercido pelo juiz no processo penal e quão inadequada se revela a expectativa de vê-lo como herói a combater o crime. Ao proferir seu voto, Néfi Cordeiro atentou para o fato de que “juiz não enfrenta crimes, juiz não é agente de segurança pública, não é controlador da moralidade social ou dos destinos políticos da nação. O juiz criminal deve conduzir o processo pela lei e Constituição, com imparcialidade”.

Por sua vez, o Conselho Nacional de Justiça, órgão de estatura constitucional, ao qual o legislador originário outorgou competência para zelar pela autonomia do Poder Judiciário, pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura e pela observância dos princípios fundamentais da Administração Pública, pelos magistrados (artigo 103-B da Constituição Federal), editou, em 2008, o Código de Ética da Magistratura Nacional. Tal diploma normativo, já em seu artigo 1.º, prevê que o exercício da magistratura deve ser norteado, dentre outros, pelo princípio da imparcialidade.<sup>185</sup>

E, de acordo com as normas deontológicas criadas pelo Conselho Nacional de Justiça, é *conditio sine qua non* para que se qualifique como imparcial o julgador, que ele mantenha “ao longo de todo o processo uma distância equivalente das partes”, evitando “todo tipo de comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição ou preconceito” (artigo 8.º). É impositivo, pois, que confira “às partes igualdade de tratamento, vedada qualquer espécie de injustificada discriminação”<sup>186</sup>.

---

<sup>184</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – **Habeas Corpus n.º 509.030/RJ**. Relator: Ministro Antonio Saldanha Palheiro. Julgamento: 14 maio 2019. Órgão Julgador: Sexta Turma. Publicação: DJe, 30 maio 2019.

<sup>185</sup> Código de Ética da Magistratura (CNJ): “Artigo 1º. O exercício da magistratura exige conduta compatível com os preceitos deste Código e do Estatuto da Magistratura, norteando-se pelos princípios da independência, da imparcialidade, do conhecimento e capacitação, da cortesia, da transparência, do segredo profissional, da prudência, da diligência, da integridade profissional e pessoal, da dignidade, da honra e do decoro” (*idem*. Conselho Nacional de Justiça – **Código de Ética da Magistratura**. Brasília: DJ, 18 set. 2008, p. 1).

<sup>186</sup> Código de Ética da Magistratura (CNJ): “Artigo 1º. O exercício da magistratura exige conduta compatível com os preceitos deste Código e do Estatuto da Magistratura, norteando-se pelos princípios da independência, da imparcialidade, do conhecimento e capacitação, da cortesia, da transparência, do segredo profissional, da prudência, da diligência, da integridade profissional e pessoal, da dignidade, da honra e do decoro” (*ibidem*, art. 9.º).



### 13 A IMPARCIALIDADE E A TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA

A Teoria da Dissonância Cognitiva tornou-se conhecida na década de 50, a partir da obra *A Theory of Cognitive Dissonance*, de autoria de Leon Festinger<sup>187</sup>. Na sua pesquisa, este autor discorre acerca da cognição e do comportamento humano de forma a demonstrar o estado de angústia e tensão de que é tomado o homem ao ter de decidir diante de crenças e opiniões pessoais discrepantes, não raro de sua própria conduta em situações anteriores.

Segundo Ruiz Ritter<sup>188</sup>, a teoria da dissonância cognitiva consubstancia a ideia de haver uma inclinação natural do homem em buscar um estado de coerência entre suas crenças, pensamentos e atitudes, de forma que, quando se vê diante de cognições discrepantes, passa a enfrentar uma situação incômoda, de desconforto interno. “Logo, pode-se afirmar que há uma tendência, no ser humano, à estabilidade cognitiva, intolerante a incongruências, que são inevitáveis nos casos de tomada de decisões (...)”.

A coerência consigo mesmo e com os outros é algo muito valorizado pelas pessoas, que se sentem vulneráveis quando suas ideias, sentimentos ou comportamentos entram em conflito e possam parecer incompatíveis. A dissonância, que surge no momento de consciência da pessoa em relação às cognições relevantes e divergentes, pode decorrer da inconsistência lógica entre duas ideias, pode advir de hábitos culturais diversos, da defesa de opiniões e posições antagônicas ou ser reflexo de uma experiência passada.<sup>189</sup>

A teoria revela que a incidência de dissonância gera pressões para reduzi-la e para evitar o seu recrudescimento, o que acarreta mudanças de comportamento, mudanças de cognição e busca de novas informações, com evidente propensão humana a adequar suas atitudes e adicionar, seletivamente, dados que sustentem a consistência de sua escolha.

A teoria da dissonância cognitiva mostra, assim, que o indivíduo modifica ou ajusta seu pensamento ou atitude com o propósito de manter a coerência entre suas cognições ou crenças contraditórias, afastando a tensão psíquica que lhe gera incômodo. A busca por consonância e a tentativa de reconciliar cognições discrepantes traduzem um anseio natural do ser humano.

Porém, o que a pesquisa de Festinger desvelou — e acabou por tornar o trabalho tão marcante — é que a pessoa procura eliminar ou diminuir a dissonância mais pela mudança

---

<sup>187</sup> FESTINGER, Leon – **Teoria da dissonância cognitiva**. Tradução Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, 1975, p. 11-15. Leon Festinger era professor de psicologia social da Universidade de Stanford/EUA.

<sup>188</sup> RITTER, Ruiz – **Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 162.

<sup>189</sup> FESTINGER, Leon – *opere citato*, p. 22-23.

de atitudes pessoais do que pelo abandono da crença ou da opinião anterior.<sup>190</sup> O indivíduo passa a perseguir informações correspondentes ou consonantes à sua crença, à sua primeira ação ou decisão.

Quanto mais comprometido se está com uma posição, afirma Festinger, mais difícil será abandoná-la, ainda que as evidências militem em sentido contrário.<sup>191</sup> A esse respeito, vale recordar o que disse Pensées Joubert, pensador francês citado por Myers<sup>192</sup>: “aqueles que nunca voltam atrás em suas opiniões amam mais a si mesmos do que à verdade”; está em jogo a preservação da autoestima e da reputação perante a sociedade.

Natural, portanto, que, diante de uma situação de dissonância cognitiva, o sujeito altere seus argumentos, tentando manter a consistência entre as opiniões contraditórias ou ignore elementos cognitivos dissonantes. Pode, ainda, adicionar seletivamente mais informações, tentando aumentar o número de elementos cognitivos consonantes que justifiquem sua ação e reduzam a dissonância. Mais: pode praticar um ato ou expressar uma ideia que não condiz com sua crença ou ideia tão somente para afastar a tensão entre conceitos conflitantes.

Em suma, a pessoa pode alinhar ou ajustar suas atitudes em conformidade com seus comportamentos anteriores, de modo a buscar coerência e a poder justificar seus atos ou escolhas. Nesse contexto, parece óbvio que a presente teoria possui forte capacidade de influenciar ou distorcer o processo decisório. A necessidade de manter a coerência e preservar a imagem produz atitudes por vezes irracionais, simuladas, e não raro com o timbre da desonestidade intelectual e da hipocrisia.<sup>193</sup>

Fácil perceber, portanto, a presença constante da dissonância cognitiva na atividade de julgar, onde o magistrado está a decidir, diuturnamente, entre dois lados, sem afastar-se de suas convicções pessoais e sem parecer incoerente com entendimentos manifestados em processos anteriores.

No que interessa ao presente trabalho, portanto, a teoria conduz para a seguinte constatação: o contato do juiz com elementos informativos colhidos fora do contraditório judicial produz pré-conhecimentos que, se não servirem à convicção plena do julgador, ao menos indicarão uma determinada aparência sobre os factos em julgamento, o que, por óbvio,

---

<sup>190</sup> FESTINGER, Leon – **Teoria da dissonância cognitiva**. Tradução Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, 1975, p. 70-80.

<sup>191</sup> *Ibidem, opere citato*.

<sup>192</sup> MYERS, David G. – **Psicologia Social**. 10.<sup>a</sup> ed. Trad. Daniel Bueno, Maria Cristina Monteiro e Roberto Cataldo Costa. Rio de Janeiro: AMGH, 2014, p. 178.

<sup>193</sup> *Ibidem*, p. 126.

coloca o arguido em posição de inferioridade diante da acusação na corrida pelo convencimento do magistrado.

Para o jurista alemão Bernd Schünemann<sup>194</sup>, responsável pela aplicação da teoria da dissonância cognitiva no processo penal, é de se supor, em princípio, que, tendo o juiz participado do inquérito e nesse momento forjado determinada concepção do crime pela leitura dos autos policiais (imagem construída), não divirja do seu conteúdo. Ao contrário: a tendência é que o magistrado procure confirmar o inquérito em juízo conforme as informações supervalorizadas (consonantes) e em desacordo com as subvalorizadas (dissonantes).

Nessa perspectiva, a dimensão democrática do processo, que possui como elemento fundamental a participação das partes opostas com poderes de igualmente influenciarem a decisão jurisdicional, acaba sendo violada, já que tal circunstância somente pode ser alcançada por meio da preservação da imparcialidade objetiva do juiz.

Diante disso, imprescindível distanciar o julgador do caso penal dos elementos colhidos na investigação preliminar, evitando a sua contaminação pelas hipóteses lá formuladas e garantindo uma prestação jurisdicional imparcial. Neste aspecto, muito pertinente o pensamento de Schünemann<sup>195</sup> ao propor a recuperação e atualização dos ideais do liberalismo processual do século XIX que inspiraram o Código de Processo Penal alemão de 1877, o qual superou as deficiências do modelo inquisitorial, reconhecendo o acusado como um sujeito de direitos e ao mesmo tempo a possibilidade de o juiz, de forma limitada, buscar a verdade dos fatos.

Este modelo, que reserva à audiência de instrução e julgamento todo o seu protagonismo, propiciaria um processo equilibrado, de pesos e contrapesos, capaz tanto de assegurar o respeito à posição do arguido quanto a busca da verdade material. Apenas as provas e fatos discutidos na audiência, aos olhos de todos, poderiam servir de fundamento para a sentença.

Sobre a problemática, Jacinto de Miranda Coutinho<sup>196</sup>, na sua tese de doutorado, já defendia a retirada física do inquérito policial dos autos do processo, tal como era previsto

---

<sup>194</sup> SCHÜNEMANN, Bernd – O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental (Tradução: José Danilo Tavares Lobato). **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 11, p. 30-50, set./dez. 2012.

<sup>195</sup> *Idem* – **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**; Coordenação Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 15-16.

<sup>196</sup> COUTINHO, Jacinto N. de Miranda – **L'esigenza di garanzia dei diritti della difesa del nuovo processo penale brasiliano**. 1988. Tese (Doutorado em Direito) – Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Roma "La Sapienza", Roma, 1988, p. 239.

no Código do Processo Penal do Distrito Federal de 1924. Muito além disso, entretanto, é preciso promover mudanças de ordem substancial, diferenciando os julgadores em cada etapa da persecução penal – como determina a lei portuguesa – e reestruturando a lógica e a mentalidade dos operadores do Direito.

Há flagrante dissonância, por exemplo, quando o julgador, em sede de cognição sumária, ao analisar uma medida de urgência, exerce um juízo positivo da probabilidade do direito alegado, e depois, em juízo de cognição exauriente, verifica não haver o direito afirmado. Mesmo que o primeiro juízo tenha sido de mera probabilidade (e não de certeza), é provável que o magistrado sinta certo desconforto por ter reconhecido a plausibilidade de um direito inexistente.

Esse é o caso do juiz que, na fase inquisitória, entendendo presentes materialidade delitiva e indícios de autoria, bem assim os pressupostos da prisão preventiva, decide pela custódia processual do visado, concluindo, mais à frente, pela improcedência acusatória.

Em outra vertente, o magistrado que deferiu pedidos atinentes à intercetção telefônica e sua prorrogação se mostra mais propenso a receber a denúncia, já que soaria estranho permitir a implementação de medidas tão invasivas para, logo adiante, não instaurar o processo contra aqueles investigados.

Lopes Junior e Ritter<sup>197</sup> asseveram, nesse contexto, que o acesso aos autos do inquérito policial e a tomada de decisões na fase de investigação preliminar podem vincular cognitivamente o juiz, pois ele, de forma natural e inconsciente, depois sentirá a necessidade de manter a coerência com as informações recebidas e com as escolhas feitas na fase preliminar, o que evidencia, em definitivo, “a necessidade de implantação do juiz das garantias, sob pena de não haver sequer condições para o exercício de uma jurisdição imparcial”.

Na mesma linha de raciocínio, o magistrado Eduardo José da Fonseca Costa<sup>198</sup>, do TRF da 3ª Região, a partir de relevante estudo interseccional entre direito processual, economia e psicologia, considera inadequado ou equivocado, comprometedor da imparcialidade objetiva, “a prolação da sentença penal condenatória pelo mesmo juiz que já apreciara pedido de prisão cautelar ou de concessão de medidas na fase investigativa, como busca e apreensão, intercetção telefônica e quebras de sigilo fiscal e bancário”.

---

<sup>197</sup> LOPES JUNIOR, Aury; RITTER, Ruiz – A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**. ISSN 1807-3395. Vol. 13, n.º 73 (ago./set. 2016), p. 55-91, p. 73.

<sup>198</sup> COSTA, Eduardo José da Fonseca – **Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia**. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 160-161.

De outro lado, o juiz que rejeitou pedidos de quebras de sigilo (bancário, fiscal etc.) tende a ser mais rigoroso ao exercer o juízo de delibação. Pode haver dissonância cognitiva quando o julgador, a partir do que decidiu em sede de cognição sumária (superficial), depara-se, depois, com evidências ou elementos contrários àquela sua percepção inicial.

Natural que o magistrado fique inclinado a referendar o conteúdo da decisão produzida em cognição sumária, pois que nela já investira tempo e pesquisa para firmar sua convicção, sem falar na aparência de maior coerência. Todavia, o juízo provisório pode se sobrepor ou definir os rumos dos juízos finais. Nesse particular, é preciso muito cuidado e serenidade por parte do magistrado, pois a ingerência do primeiro juízo sobre o segundo acontece também por força de estímulos que estão abaixo do nível da consciência.

Como se sabe, e bem nos lembra Enrico Altavilla<sup>199</sup>, “não é somente com as faculdades intelectuais que o homem julga, mas também com suas faculdades instintivas, com os seus sentimentos.” Em especial no julgamento de matéria penal, ressalta o mestre, o instinto é “um fator obscuro e poderoso”, com reflexo direto em “certos movimentos sentimentais e emotivos, que dão uma orientação especial à personalidade do juiz que procede ao exame das provas.”

Outro exemplo de dissonância cognitiva pode ser extraído a partir da submissão de casos similares ao magistrado, que, por alguma razão específica, dispensa a eles soluções diversas, buscando explicitar argumentos que justifiquem o seu proceder e o tornem coerente.

Já o magistrado que defende determinada posição em obra acadêmica ou em conferência, sentirá dissonância se, ao decidir um caso concreto, tiver de assumir posição distinta, de maneira que pode se ver diante de alteração de atitudes com o propósito de diminuir ou eliminar o desconforto.

Por fim, vale mencionar, como último exemplo do fenômeno ora tratado, o julgamento por órgão colegiado, no qual o relator do processo dificilmente revê seu voto em face da divergência aberta a partir de posicionamentos técnicos mais abalizados. É natural que seja assim por uma questão de autoestima, de preservação da autoimagem.

Sobre a imparcialidade e os impactos da dissonância cognitiva no processo penal, Ritter<sup>200</sup> lembra que “decidir não é apenas fazer uma escolha. Muito mais do que isso, é

---

<sup>199</sup> ALTAVILLA, Enrico – **Psicologia Judiciária. Personagens do processo penal**. Tradução Fernando de Miranda. Vol. 5, 4.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Armênio Amado, 1960, p. 66-67.

<sup>200</sup> RITTER, Ruiz – **Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 133.

assumir o compromisso de conservar uma posição, que decisivamente vinculará o seu responsável por prazo indeterminado, já que tudo que a contraria produzirá dissonância e deverá ser evitado, ou se não for possível, deturpado”.

Ao discorrer sobre os componentes de uma decisão judicial, José Rodrigo Rodriguez<sup>201</sup> cita os sentimentos, a emoção e a intuição, mas destaca, com especial ênfase, a racionalidade, “que jamais pode ser abandonada”. Segundo o pesquisador, o uso moderado dessas forças pelo magistrado é que conduzirá à solução mais justa e adequada.

A teoria da dissonância cognitiva encerra, assim, sólida base científica para justificar as inovações processuais acima apontadas ante o receio ou o temor de que o julgador que atuou na fase investigatória ou que examinou pleitos cautelares possa não preservar a imparcialidade necessária para julgamento da causa.

O juiz deve desconfiar de si para bem cumprir sua elevada missão<sup>202</sup>; deve querer alcançar a verdade e a justiça, mas deve fazê-lo com humildade, já que suas convicções, suas ideias preconcebidas já podem estar vulneradas pelos factos e pelos argumentos de outrem.<sup>203</sup> Se não tiver grandeza e altivez para mudar de compreensão quando necessário, seu provimento pode ficar longe de realizar a justiça.

Diversos fatores podem influenciar a tomada de uma decisão judicial e podem explicar o comportamento e o raciocínio do julgador; mas a dissonância cognitiva e seus efeitos não podem ser desprezados, devendo ser investigados por aqueles que se importam com o soerguimento de decisões livres de vícios que não se harmonizam com o paradigma do Estado Democrático de Direito.

Na sua pesquisa de campo sobre os impactos da dissonância cognitiva no sistema de justiça criminal, Bernd Schünemann<sup>204</sup> acabou por confirmar várias hipóteses, dentre elas a de que quanto maior o nível de envolvimento do juiz com a investigação preliminar e o próprio recebimento da acusação, menor é o interesse dele pelas perguntas que a defesa faz em audiência e mais provável é a frequência com que ele condenará.

---

<sup>201</sup> RODRIGUEZ, José Rodrigo – **Como decidem as Cortes?: para uma crítica do direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 155.

<sup>202</sup> Eduardo José da Fonseca Costa propõe que o tomador da decisão empregue a técnica do “advogado do diabo” ou do “considerar o oposto” (COSTA, Eduardo José da Fonseca – **Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia**. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 202).

<sup>203</sup> BITTENCOURT, Edgard de Moura – **O juiz**. 3.<sup>a</sup> ed. Campinas: Millennium, 2002, p. 144.

<sup>204</sup> SCHÜNEMANN, Bernd – O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental (Tradução: José Danilo Tavares Lobato). **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 11, p. 30-50, set./dez. 2012.

Ao tratar de um dos experimentos realizados, o qual foi submetido para a apreciação de 17 (dezassete) juízes, o mestre alemão relata que todos os 17 (dezassete) magistrados que conheceram o inquérito proferiram decisão condenatória. Lado outro, 18 (dezoito) juízes que não tiveram prévio acesso ao inquérito sentenciaram com maior nível de ambivalência, resultando em 8 (oito) condenações e 10 (dez) absolvições.

Isto evidencia, a mais não poder, uma tendência do juiz em persistir com o que foi conhecido pelo inquérito, desprezando informações dissonantes e, por conseguinte, tornando letra morta o princípio da imparcialidade, uma vez que sua decisão terá em conta informações produzidas unilateralmente. Estamos a concordar com Schünemann: a primeira impressão é a que fica.

## 14 ELEMENTOS DETERMINANTES DO MODELO PERSECUTÓRIO: NÚCLEO FUNDANTE E PRINCÍPIO INFORMADOR

Para a identificação do modelo processual faz-se necessário averiguar seu *núcleo fundante e princípio informador*. Compreendido isto e reconhecendo-se que o processo tem por *finalidade*, garantidos os direitos fundamentais do arguido, a reconstrução de um facto histórico, torna-se possível estabelecer como núcleo a *gestão da prova* e, por conseguinte, consagrar os princípios *dispositivo* e *inquisitivo* como informadores de cada sistema.

Assim, na trilha da reconstituição de um facto pretérito, haverá, de um lado, um modelo que prima por conceder exclusivamente às partes a iniciativa e produção probatória, colocando o juiz como espectador da contenda entre acusação e defesa; e, de outro, um modelo que outorga ao juiz poderes ilimitados para perquirir a verdade dos factos.

O que difere, portanto, os modelos processuais acusatório e inquisitório não é apenas a separação das atividades de acusar, julgar e defender, mas, sobretudo, a postura, o posicionamento do juiz perante as partes e os poderes de que dispõe para julgar a hipótese submetida a sua apreciação. A tão só cisão formal e inicial das atividades processuais não autoriza a conclusão de tratar-se de um modelo acusatório. Mais do que isso, é preciso verificar se o julgador figura como terceiro, estranho e alheio aos interesses das partes.

De efeito, a preocupação, ao se delimitar o núcleo e princípio informador de cada sistema, deve girar em torno do binômio sistema processual/imparcialidade, sem jamais esquecer que esta última é assegurada no modelo acusatório, sacrificada no inquisitório, e que somente será efetiva quando existir, além da separação inicial das funções de acusar e julgar, um afastamento do juiz da atividade investigatória/instrutória.

Por isso, as partes devem iniciar e permanecer separadas do magistrado (respeitando-se as suas respetivas funções), “de forma que o julgador não acuse, nem defenda (preservando a sua necessária e inafastável imparcialidade), o acusador não julgue e o defensor cumpra a sua missão constitucional de exercer a chamada defesa técnica”<sup>205</sup>.

Daí a compreensão dos sistemas acusatório e inquisitório a partir de seu núcleo (*gestão da prova*) e dos princípios *dispositivo* (iniciativa probatória exclusiva das partes) e *inquisitivo* (atividade probatória a cargo do magistrado), que lhe são, respetivamente, regentes.

---

<sup>205</sup> MOREIRA, Rômulo de Andrade – O processo penal como instrumento da democracia. **Revista de Estudos Criminais do ITEC**. N.º 17 (jan./mar. 2005), p. 63-76, p. 65.



Compreendido isto, não há maior dificuldade em identificar-se as demais características que gravitam ao redor de cada modelo processual e, por mais importante que sejam, não servem para suas respectivas definições, que dependem, repita-se, do seu núcleo e princípio informador.

A título de caracterização e ratificando o que já se anotou na contextualização histórica, ter-se-á, no modelo acusatório, em linhas gerais: a) separação das funções de acusar e julgar; b) acusação realizada por qualquer do povo (em alusão ao modelo originário, hoje de titularidade do MP); c) impossibilidade de acusação de ofício; d) produção probatória a cargo exclusivamente das partes; e) possibilidade de ampla defesa; f) debates (instrução) públicos e orais; g) juiz titular exclusivo do poder de decidir; e h) prevalência do interesse particular sobre o interesse social.

Nesse paradigma de processo, às partes é conferido tratamento igualitário, com direito a uma jurisdição imparcial, em que se encontram atribuídas a pessoas distintas as funções de acusar e julgar. As demais características elencadas, como publicidade, oralidade, julgamento popular e livre convencimento, em oposição à escrita e ao segredo, ao julgamento por magistrados togados, etc., não são bastantes para definir o sistema como um todo, já que um processo escrito, por exemplo, não é necessariamente de índole inquisitória.

Por isso, para além da separação entre as atividades de acusar e julgar, cabendo às partes a iniciativa probatória, que será apreciada por um juiz imparcial, em procedimento oral, público, com ampla defesa, contraditório e duplo grau de jurisdição, sendo garantida a liberdade do acusado durante o processo, não se pode esquecer que a verdadeira definição de um sistema, substancialmente falando, somente é visível a partir da identificação do seu *núcleo* e seu *princípio informador*, aqui traduzidos pela *gestão da prova* e pelo *princípio dispositivo*, respectivamente, que são aqueles a fornecerem condições reais de imparcialidade para o julgador durante todo o processo.

No plano oposto, ter-se-á o modelo inquisitório, classificado como aquele em que: a) há concentração das atividades de acusar e julgar na mesma pessoa (ou confusão de ambas no curso do processo); b) está mitigada a ampla defesa; c) o procedimento é escrito e secreto; d) há ampla atividade probatória pelo julgador, que pode, inclusive, proceder de ofício; e) prevalece o interesse social sobre o particular, e se está em face de um ilimitado poder de punir, que ficará a critério do julgador.

Não por outra razão, ao exaltar o processo orientado pelo sistema acusatório, Montero Aroca<sup>206</sup> afirma que falar em processo inquisitório não passa de uma contradição em seus próprios termos, inexistindo neste sistema um processo propriamente dito. Nas palavras do autor, o processo inquisitivo não foi e não deve ser considerado como tal, uma vez que nele não se identifica os requisitos mínimos de um processo jurídico genuíno, formado por duas partes opostas, situadas em pé de igualdade, perante um terceiro, imparcial, que decidirá apenas à luz da prova colhida em contraditório.

Na síntese de Lopes Junior, é o sistema em que “o juiz atua como parte, investiga, dirige, acusa e julga. Com relação ao procedimento, sói ser escrito, secreto e não contraditório”<sup>207</sup>. A toda evidência, está-se diante de um sistema em que o acusado não é visto senão como objeto da investigação, levando-se a efeito um processo *unilateral*, comandado por um juiz com múltiplas funções e múltiplos poderes, sem garantias de imparcialidade.

Por fim, no que tange ao sistema misto, a despeito de todas as considerações já tecidas, sobretudo acerca de sua insuficiência conceitual, o que se tem é a cisão do processo em duas fases: na primeira (pré-processual), o sistema inquisitório, e na segunda (processual) o acusatório. Suas características são: a) a acusação reservada a um órgão do Estado; b) uma fase investigatória de cariz inquisitória, sendo escrita e secreta; c) uma fase processual com debates públicos e orais.

Um verdadeiro “monstruo, nacido de la unión del proceso acusatorio con el inquisitivo, que fue llamado proceso mixto (...)”<sup>208</sup> Por mais “monstruoso” que possa ser, dele pretendeu se valer o modelo processual penal brasileiro, em que a investigação preliminar se dá por meio de inquérito policial, conduzida de forma secreta, escrita, com ausência de contraditório e ampla defesa, na busca da confirmação da “verdade do delito” noticiado; para somente após dar-se início ao processo judicial, onde deverão estar presentes todas as garantias legais e constitucionais, de modo a assegurar ao acusado plenas condições de igualdade com o órgão acusatório no duelo em busca do convencimento do juiz.

Sucedede que o núcleo fundante de um modelo processual, como núcleo, é sempre puro e não *misto ou temperado*; e o mesmo vale para o princípio que dele se extrairá. Em razão disso, a nosso ver acertadas as posições de Ary Lopes Jr. e Jacinto Coutinho, quando

---

<sup>206</sup> AROCA, Juan Montero – **Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 106.

<sup>207</sup> LOPES JUNIOR, Aury – **Direito Processual Penal**. 11.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 102.

<sup>208</sup> FERRAJOLI, Luigi – **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. Tradução Perfecto Andrés Ibáñez et al. 3.<sup>a</sup> ed. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 566.

afirmam haver, no Brasil, um modelo predominantemente inquisitório, com algumas características de acusatório, como a separação formal das funções de acusar e julgar.

É que, a despeito da persecução desdobrar-se em duas fases – a primeira marcada pela produção sem contraditório de elementos de prova, e a segunda judicial, observado o contraditório –, as mais das vezes o material colhido na etapa inquisitorial é “confirmado” em juízo e, assim, utilizado pelo julgador para legitimar a acusação e até mesmo fundamentar uma condenação, representando a etapa judicial mera repetição aprimorada do inquérito policial, “una inútil escenificación de un simulacro de proceso acusatorio”<sup>209</sup>.

Inegável, pois, que se está em face de um ideal autoritário, que, mesmo mascarado por características híbridas (acusatórias e inquisitórias), legitima uma atividade investigativa inquisitória – tanto do delegado quanto do juiz. Conquanto por outro viés, não deixa de ser essa a crítica de Rui Cunha Martins ao sugerir o abandono dessa discussão para questionar a legitimidade do modelo misto (e também dos demais) a partir do critério da *democraticidade*, eleito como princípio unificador do modelo *democrático* e cuja função é a manutenção da adequação democrático-constitucional das práticas e elementos do processo.

Ao pontuar que “democrático” é justamente o contrário de “inquisitivo”, esclarece o autor que, no âmbito de um estado democrático de direito, somente o modelo acusatório pode ser visto como legal, já que os demais (inquisitivo e misto) são incompatíveis com os valores constitucionais (seja de forma integral – inquisitório – seja de forma parcial – misto).

À conta de tais digressões, pode-se dizer que o *sistema acusatório* é aquele mais comprometido e consentâneo com o modelo democrático, cujo núcleo (gestão da prova), vinculado ao seu princípio informador (dispositivo), orientará uma atividade judicial imparcial (durante toda a investigação criminal – fases pré-processual e processual), respeitando-se o contraditório e a ampla defesa (bem como as demais características já pormenorizadas, como oralidade, publicidade, liberdade como regra, entre outras) na busca limitada da reconstituição de um facto pretérito.

Por outro lado, no *sistema inquisitório* se está a falar de um modelo autoritário, cujo núcleo (gestão da prova), vinculado ao seu princípio informador (inquisitivo), orientará uma atividade judicial ilimitada na busca da verdade, com implicações diretas no contraditório, na ampla defesa e, sobretudo, na imparcialidade da jurisdição.

---

<sup>209</sup> ILLUMINATI, Giulio – **El sistema acusatorio en Italia**. In BACHMAIER WINTER, Lorena (coord.) – **Proceso penal y sistemas acusatorios**. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 145.

## CONCLUSÃO

As Constituições portuguesa e brasileira pretenderam preconizar um sistema processual à altura do Estado de direito democrático quando estabeleceram como seu fundamento básico a dignidade da pessoa humana. A despeito, porém, da intenção de ambas as Cartas Políticas, ousamos afirmar que tal orientação não ganhou contornos de realidade no Brasil, país cuja Constituição possui grau de garantismo elevado caso se considere os direitos fundamentais, enquanto o nível torna-se baixíssimo quando considerada sua efetiva prática.<sup>210</sup> É assim que, segundo Ferrajoli, “uma Constituição pode ser muito avançada em vista dos princípios e direitos sancionados e não passar de um pedaço de papel, caso haja defeitos de técnicas coercitivas – ou seja, garantias – que propiciem o controle e a neutralização do poder e do direito ilegítimo”.

Ademais, não se trata de discussão momentânea ou pontual, relacionada ao início da ação e seu final com a sentença penal transitada em julgado, mas sim ampla e abrangente, a envolver a função do processo penal e sua estabilidade diante de um modelo que deveria acompanhar os anseios constitucionais. Portanto, a eleição teórica e pragmática do sistema adotado transcende ao trâmite processual e se imiscui na própria relação que se deve fazer com os indivíduos face a uma sujeição à intervenção do Estado.

A vulgarização do modelo acusatório poderia retratar a antiguidade; por outro lado, a valorização do paradigma inquisitório estabelece a permanência da autodefesa do Estado, afastando todo o valor do indivíduo diante de um processo criminal, como se ele fosse apenas um objeto de investigação.<sup>211</sup> O Brasil ainda vivencia, portanto, a permanência de um modelo predominantemente inquisitório, com a presença marcante e ativa do juiz – ator e protagonista – ao longo de toda a persecução, legitimado que está, pelo *Princípio da busca da verdade real*, a procurar provas que elucidem cabalmente os factos sob apuração.

---

<sup>210</sup> FERRAJOLI, Luigi – **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 3.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 684.

<sup>211</sup> Nesse sentido, o registro histórico de Foucault: “da tortura à execução, o corpo produziu e reproduziu a verdade do crime. Ou melhor, ele constitui o elemento que, através de todo um jogo de rituais e de provas, confessa que o crime aconteceu, que ele mesmo o cometeu, mostra que o leva inscrito em si e sobre si, suporta a operação do castigo e manifesta seus efeitos da maneira mais ostensiva. O corpo várias vezes supliciado sintetiza a realidade dos fatos e da verdade da informação, dos atos de processo e do discurso do criminoso, do crime e da punição. Peça essencial, conseqüentemente, numa liturgia penal em que se deve constituir o parceiro de um processo organizado em torno dos direitos formidáveis do soberano, do inquirido e do segredo” (FOUCAULT, Michel – **Vigiar e punir – nascimento da prisão**. Tradução Raquel Ramalheite. 20.<sup>a</sup> ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 41).

Em Portugal, malgrado a existência de princípio jurídico análogo (Princípio da investigação<sup>212</sup>) a autorizar, de igual modo, a atuação de ofício do juiz na busca de provas para a melhor instrução da causa – expediente próprio do modelo inquisitivo –, houve a preocupação do legislador ordinário com a rígida separação de funções no processo, de maneira que o magistrado a decidir o mérito do processo ficasse distante da investigação e, assim, mais perto de um julgamento imparcial, fruto apenas da prova colhida democraticamente em juízo.

O dogma e o discurso acerca da *verdade material* ainda se fazem presentes na cultura jurídica de ambos os países – com maior incidência no Brasil –, a estabelecer um aparato simplório sobre o direito à prova, formando ampla discricionariedade e necessidade de demonstração dos factos delitivos, qual no sistema do tipo ofensivo, em que o magistrado, nas palavras de Beccaria<sup>213</sup>, se torna inimigo do réu.

O principal efeito dessa mentalidade inquisitória é justamente a permanência do julgador no exercício de funções que não lhe são próprias, como investigar, produzir provas e decretar prisões cautelares de ofício, tudo isso autorizado por dispositivos previstos na lei adjetiva penal (art. 5.º, II, primeira parte; art. 13.º, II; art. 156.º, I e II; art. 196.º; art. 209.º; art. 234.º; art. 242.º; art. 384.º, parágrafo primeiro; art. 385.º etc., todos do CPP brasileiro; e arts. 323, “a” e 340, n.º 1, do CPP Português).

Não é raro, contudo, achar doutrinadores que entendem acertadas essas atribuições do julgador, como Tourinho Filho<sup>214</sup>, que enxerga no juiz um sujeito processual dotado de amplos poderes investigatórios na procura da verdade, não apenas durante a instrução processual, senão também na fase preliminar da persecução. Comunga do mesmo entendimento Portanova<sup>215</sup>, para quem “o juiz, sendo o gerente do interesse público em um processo sério e justo, tem sua atividade ampliada. As partes continuam com a liberdade de

---

<sup>212</sup> De acordo com Roxin, esse princípio significa que (i) “el tribunal no está vinculado por las afirmaciones de las partes del proceso, en especial, por la confesión del acusado; es plenamente libre frente a ella; (ii) en el proceso penal – en contraposición al proceso civil – no puede haber procedimiento en rebeldía, en el cual, por el hecho de que el acusado no comparece, se extrae, sin más, la conclusión de que se reconoce culpable y de que es culpable; (iii) el tribunal no está limitado por los requerimientos de prueba: puede y debe recurrir de oficio a otros medios de prueba no solicitados ni por la fiscalía ni por el acusado. Esto rige para todas las etapas del procedimiento, para el procedimiento intermedio, para la preparación del juicio oral y, particularmente, para el juicio oral mismo” (**Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003, p. 99-102).

<sup>213</sup> BECCARIA, Cesare – **Dos Delitos e das Penas**. 2.ª ed. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos tribunais, 1997, p. 68.

<sup>214</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Vol. 1, 13.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 38-39.

<sup>215</sup> PORTANOVA, Rui – **Princípios do Processo Civil**. 6.ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 151.

atuação dentro do processo. Não obstante, esta liberdade é mitigada e compartilhada com o juiz, que também é interessado”.

O vetor precípua dessa orientação paranoica reside, a nosso sentir, na necessidade de se obter uma decisão “justa”, reflexo de uma verdade que se acredita “inteira e absoluta”. No entanto, quando o juiz se coloca à frente da função persecutória, há violação direta do princípio fundamental da jurisdição: a imparcialidade. Isto porque, se o juiz empreende comportamento ativo diante de partes que deduzem pretensões opostas em juízo, há flagrante quebra do princípio da inércia da jurisdição, com afetação imediata do postulado da imparcialidade, haja vista que “el sustantivo *imparcial* refiere, directamente, por su origen etimológico (*in-partial*), a aquel que no es parte en un asunto que debe decidir, esto es, que lo ataca sin interés personal alguno”<sup>216</sup>.

Como ensina Lopes Junior<sup>217</sup>, a “*imparcialidade* fortalece a imparcialidade, pois o não ser parte contribui definitivamente para atuar com isenção de ânimo”. Apenas nessa perspectiva, ter-se-á um juiz distante e alheio aos interesses em jogo, dotado, pois, da necessária imparcialidade para julgar. E nem se diga que o magistrado está legitimado a intervir para sanar eventual dúvida acerca da prova produzida, como sustenta Eugenio Pacelli.<sup>218</sup>

Discordamos desse posicionamento em razão de a iniciativa probatória estar intrinsecamente estruturada pela iniciativa acusatória. Ou bem a acusação cumpriu plenamente o seu ônus de provar a culpa do arguido, ou a dúvida, por mais leve que seja, deve levá-lo à absolvição, tendo em vista tratar-se de pessoa que se presume inocente à luz da Constituição da República.

De mais a mais, é possível – e sobretudo humanamente compreensível – que um juiz tenha dúvidas. Um magistrado sem dúvidas é alguém imprestável à democracia, e que mais se conforma ao inquisitorialismo<sup>219</sup>, onde os julgadores se intitulavam “senhores da verdade”. Quem se julga dono da verdade é necessariamente um ser paranoico, por assim dizer, movido por sentimentos e desejos incompatíveis com a condição humana.

---

<sup>216</sup> MAIER, Julio Bustos Juan – **Derecho Procesal Penal – Fundamentos**. 2.<sup>a</sup> ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2004, p. 154.

<sup>217</sup> LOPES JUNIOR, Aury – **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 154.

<sup>218</sup> OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de – **Curso de Processo Penal**. 10.<sup>a</sup> ed., atual. de acordo com a reforma processual penal de 2008 leis 11.689, 11.690 e 11.719. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 334.

<sup>219</sup> Não nos referimos aqui apenas a uma forma do processo penal, mas em um modelo amplo de administração de justiça, vinculado ao nascimento e desenvolvimento do Estado moderno e com uma enorme capacidade de moldar a cultura moderna da legalidade.

O ato de julgar reclama profunda circunspeção e humildade por parte de quem está a fazê-lo, de sorte a elevar e dignificar, engrandecendo o mais difícil e sublime dos ofícios humanos – a verdadeira humildade que consiste em rever e confessar os próprios erros –, virtude cuja prática sincera será motivo de orgulho do juiz, pois que o aproxima da perfeição humana.

Sobre a necessidade de conhecer melhor as suas limitações humanas e, desta forma, julgar um semelhante com ânimo absolutamente sereno e espírito desprevenido, o magistrado, ensina Carnelutti<sup>220</sup>, precisa sentir a sua própria miséria; precisa sentir-se pequeno para ser grande, “precisa forjar-se uma alma de criança para poder entrar no reino dos céus. Precisa a cada dia mais recuperar o dom da maravilha. Precisa, cada manhã, assistir com a mais profunda emoção ao surgir do sol e, cada tarde, ao seu ocaso. Precisa, cada noite, sentir-se humilhado ante a infinita beleza do céu estrelado. Precisa permanecer atônito ao perfume de um jasmim ou ao canto de um rouxinol. Precisa cair de joelhos frente a cada manifestação desse indecifrável prodígio, que é a vida.”

É preciso que o juiz se convença de que não será possível – como não o é a qualquer ser humano – alcançar a verdade dos factos e tampouco será a sentença o instrumento capaz de revelá-la. É com esse espírito que o juiz deve julgar o caso penal, cômico de que “a dúvida deve dar lugar à absolvição, não ao sofrimento. Quem não for capaz de compreender isso está no lugar errado, fazendo a coisa errada”<sup>221</sup>.

Conceber, ainda hoje, um juiz à procura da *verdade material* no processo é admitir o retorno à lógica do processo inquisitório, no qual tudo era permitido – inclusive torturar – em nome da verdade dos factos. O juiz não é um ser ungido por uma divindade, capaz de descobrir a verdade em toda e qualquer hipótese e solucionar as controvérsias sempre de forma justa. Antes de mais nada, o juiz é ser humano, e essa inafastável condição não somente lhe sujeita a toda a sorte de falhas, como também a avaliações subjetivas da realidade que o cerca.

A história já se encarregou de expor os efeitos nefastos de ideologias repressoras que acreditavam na figura do juiz *super-homem*. Mais do que nunca é hora de o Brasil, em especial, valorizar a conquista de um Estado de base democrática, conferindo validade e eficácia ao modelo acusatório de processo penal escolhido por sua Constituição, com o que estará a assegurar jurisdição verdadeiramente revestida de imparcialidade.

---

<sup>220</sup> CARNELUTTI, Francesco – **As misérias do Processo Penal**. Tradução José Antonio Cardinalli. São Paulo: Conan, 1995, p. 34-35.

<sup>221</sup> LOPES JUNIOR, Aury – **Direito Processual Penal**. 11.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 580.

De forma diversa, continuaremos reféns de práticas totalitárias, como aquelas que, em nome da *verdade* perseguida no processo inquisitivo, atribuíam poderes irrestritos aos juízes. Não se nega que o processo deva procurar aproximar-se ao máximo da verdade; no entanto, a busca frenética da verdade absoluta pelo juiz, além de comprometer a sua imparcialidade e de cercear a liberdade individual, não garante que o resultado obtido seja melhor do que o que teriam alcançado os próprios interessados.

Tem-se, portanto, que o processo de estrutura acusatória visa preservar a imparcialidade do julgador, o qual não possui função de revelador de uma verdade *real* (inexistente), devendo apenas apresentar sua convicção sobre os factos construídos em contraditório. O entendimento dessa questão é crucial, na medida em que desincumbe os magistrados de expectativas equivocadas que lhes são depositadas e influenciam negativamente sua postura profissional, que deve sempre corresponder à imparcialidade. Reconhecer o valor de tal imparcialidade como essência do processo penal acusatório permite, também, questionar toda e qualquer prática que a coloque em xeque, já que corromperá o sistema como um todo.

É o caso, por exemplo, do juiz que oficia na fase de inquérito e, depois, de julgamento da causa. Por óbvio, os elementos colhidos na investigação já terão produzido algum efeito na sua mente. O simples contato com informações que posteriormente não poderão ser utilizadas já compromete a capacidade de o juiz julgar desconsiderando a sua existência. Essa “contaminação psicológica” afeta a sua imparcialidade, porquanto o juiz é levado a decidir cominando as consequências próprias do facto que conheceu graças à sua participação na investigação, embora sem a necessidade de lhe fazer referência na sua fundamentação decisória.

A sentença é um ato do sentimento. Um juiz sabedor de “provas” produzidas unilateralmente que incriminam o arguido é capaz de indicar na sua decisão bons argumentos para uma condenação, ainda que sem citá-las. Como se sabe, não raro o juiz sente e quer o resultado primeiro, podendo sempre forjar boas fundamentações para justificar uma ou outra escolha. A vedação legal de o magistrado não fundamentar a decisão a partir de elementos probatórios colhidos à margem do contraditório judicial mais se aproxima de uma ficção jurídica, na medida em que ele deve agir como se não soubesse de algo que, na verdade, já sabe. Deve ter como inexistente o que existe no mundo fenoménico.

Não se afigura possível, do ponto de vista humano, exigir-se do magistrado que ele delete da memória as concepções já formadas sobre o investigado na fase inquisitória, e a



partir, então, do oferecimento da denúncia, tenha a isenção suficiente para decidir com imparcialidade.

Urge, assim, seja implementado no processo penal brasileiro, a exemplo do *juizado de instrução* em Portugal, o instituto do *juiz das garantias*, permitindo que o juiz da causa forme sua convicção durante a fase processual, apenas à luz da prova colhida sob o pálio do contraditório, distanciando-se dos elementos colhidos na investigação e preservando sua imparcialidade.<sup>222</sup> Isso, contudo, não será o bastante se também não mudarmos a ótica cultural e a mentalidade dos operadores do Direito, de modo que haja, de um lado, verdadeira vontade de superação da lógica inquisitorial, e, de outro, de fazer valer os anseios constitucionais de um processo acusatório em consonância com os direitos fundamentais.

Se, entretanto, o atual modelo de organização judiciária brasileiro ou a falta de recursos não permitir a substituição do juiz “contaminado”, que ao menos seja ele alertado para o risco de cometer injustiças por não perceber que ficou emocionalmente vinculado a uma pré-compreensão, ao primeiro ponto de vista, mesmo quando depois as evidências amealhadas apontavam no sentido contrário. Afinal, “a justiça humana não pode ser senão uma justiça parcial; a sua humanidade não pode senão resolver-se na sua parcialidade. Tudo aquilo que se pode fazer é buscar diminuir esta parcialidade”<sup>223</sup>.

O Brasil, como ressaltou Laurita Vaz, sem nenhuma dúvida “precisa ser passado a limpo, e o Poder Judiciário possui importante papel nessa luta. Entretanto, essa luta não pode virar ‘caça às bruxas’, com ancinhos e tochas na mão, buscando culpados sem preocupação com princípios e garantias individuais que foram construídos ao longo de séculos de civilidade”<sup>224</sup>.

---

<sup>222</sup> Vale recordar, a propósito, o voto proferido pelo juiz Dean Spielmann, do TEDH, no Caso *Fay vs. Áustria* (1993): “O impedimento de o juiz que atuou na investigação participar do julgamento do caso penal não é uma distinção entre investigações aprofundadas e investigações menos aprofundadas. Isso é uma questão de princípio”.

<sup>223</sup> CARNELUTTI, Francesco – **As misérias do Processo Penal**. Tradução José Antonio Cardinalli. São Paulo: Conan, 1995, p. 34.

<sup>224</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – **Habeas Corpus n.º 509.030/RJ**. Relator: Ministro Antonio Saldanha Palheiro. Julgamento: 14 maio 2019. Órgão Julgador: Sexta Turma. Publicação: DJe, 30 maio 2019.

## REFERÊNCIAS

- ALCALÁ-ZAMORA, Niceto – **Derecho Procesal Penal**. Vol. 1. Buenos Aires: Guillermo Kraft, 1945. ISBN 978-968-36-1605-0
- ALTAVILLA, Enrico – **Psicologia Judiciária. Personagens do processo penal**. Tradução Fernando de Miranda. Vol. 5, 4.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Armênio Amado, 1960.
- ANDRADE, Manuel da Costa – **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: Coimbra, 1992. ISBN 978-972-32-2196-1
- ANDRADE, Roberta Lofrano – **Processo Penal e Sistema Acusatório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. ISBN 978-858-44-0257-1
- ANTUNES, Maria João – **Direito Processual Penal**. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6558-8
- AROCA, Juan Montero – **Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. ISBN 978-848-00-2729-8
- BACHMAIER WINTER, Lorena (coord.) – **Proceso penal y sistemas acusatorios**. Madrid: Marcial Pons, 2008. ISBN 978-849-76-8558-0
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy – Direito ao julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva do juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias. In BONATO, Gilson (org.) – **Processo Penal, Constituição e Crítica: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. ISBN 978-85-375-0997-5. p. 343-360.
- \_\_\_\_\_ – **Processo Penal**. 2.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. ISBN 978-85-92871-02-4
- BARBI, Celso Agrícola – **Comentários ao código de processo civil**. Vol. 1, 2.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. ISBN 978-853-09-1400-4
- BARRETO, Irineu Cabral – **A Convenção Europeia dos Direitos do Homem anotada**. 3.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Coimbra, 2005. ISBN 978-972-4061-93-1

- BAUMAN, Jurgen – **Derecho Procesal Penal – Conceptos fundamentales y principios procesales. Introducción sobre la base de casos.** Traducción de la 3ª edición alemana ampliada de 1979 por el Dr. Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Ediciones Olejnik, 1979. ISBN 9501403025
- BECCARIA, Cesare – **Dos Delitos e das Penas.** 2.ª ed. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos tribunais, 1997. ISBN 85-203-1441-2
- BETTIOL, Giuseppe; BETTIOL, Rodolfo – **Istituzioni di diritto e procedura penale.** 7.ª ed. Pádua: CEDAM, 2000. ISBN 881-31-9134-0
- BITTENCOURT, Edgard de Moura – **O juiz.** 3.ª ed. Campinas: Millennium, 2002. ISBN 858-68-3356-8
- CALAMANDREI, Piero – Verità e verosimiglianza nel processo civile. In CALAMANDREI, Piero – **Opere Giuridiche – La chiamata in garantia e altri studi sul processo di cognizione e sulle prove.** Vol. 5. Roma: Trepress, 2019. (Collana La Memoria del Diritto). ISBN 978-88-32136-49-4. p. 615-640.
- CAMPOS, Francisco – **O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico.** 3ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1941.
- CANOTILHO, José Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7.ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 978-972-40-2106-5
- CARNELUTTI, Francesco – **As misérias do Processo Penal.** Tradução José Antonio Cardinalli. São Paulo: Conan, 1995. ISBN 978-858-99-1940-1
- \_\_\_\_\_ – **Lições sobre o processo penal.** Tomo I. Campinas: Bookseller, 2004. ISBN 857-46-8303-5
- CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de – **Processo penal do Brasil e de Portugal: estudo comparado: as reformas portuguesa e brasileira.** Coimbra: Almedina, 2009. ISBN 978-972-40-3658-8
- CARVALHO, Salo de – Da desconstrução do modelo jurídico inquisitorial. In WOLKMER, CARLOS, Antônio (org.) – **Fundamentos de História do Direito.** 3. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. ISBN 85-7308-759-5. p. 201-220.

\_\_\_\_\_ – Revisita à desconstrução do modelo jurídico inquisitorial. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**. ISSN 0104-3315. Vol. 4 (2005), p. 35-56.

CHIAVARIO, Mario – Art. 6 – Diritto ad un processo giusto. In BARTOLE, Sergio; CONFORTI, Benedetto; RAIMONDI, Guido – **Commentario Alla Convenzione Europea Per la Tutela Dei Diritti Dell’Uomo e Delle Libertà Fondamentali**. Milano: Cedam, 2001. ISBN 978-881-32-3105-7. p. 170-189.

CHILE. Ministerio de Justicia – **Ley 7.421/1943**. Código Orgánico de Tribunales. Santiago, 09 jul. 1943, última versión: 07-17 feb. 2020.

CHOUKR, Fauzi Hassan – **Garantias Constitucionais na Investigação Criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. ISBN 852-03-1341-8

COLAO, Floriana – Processo penale e pubblica opinione dall’età liberale al regime fascista. In GARLATI, Loredna (coord.) – **L’inconscio inquisitorio: l’eredità del Codice Rocco nella cultura processuale penalistica italiana**. Milano: Giuffrè, 2010. ISBN 978-8814153365. p. 241-270.

COSTA, Eduardo José da Fonseca – **Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia**. Salvador: JusPodivm, 2018. ISBN 978-854-42-2224-9

COUTINHO, Jacinto N. de Miranda – Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. **Revista de Estudos Criminais do ITEC**. ISSN 0104-3315. N.º 1 (2001), p. 26-51.

\_\_\_\_\_ – **L’esigenza di garanzia dei diritti della difesa del nuovo processo penale brasiliano**. 1988. Tese (Doutorado em Direito) – Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Roma “La Sapienza”, Roma, 1988.

\_\_\_\_\_ – O papel do novo juiz no processo penal. In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda – **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (coord.) – Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 3-55.

DE PIRO, Rafael – Nada normal, e menos ainda legal: sem imparcialidade não há jurisdição. [Em linha] **Consultor Jurídico**. ISSN 1809-2829. (18 maio 2021). [Consult. 02 jan.

2022]. Disponível em [www:https://www.conjur.com.br/2021-mai-18/rafael-piro-imparcialidade-nao-jurisdicao](https://www.conjur.com.br/2021-mai-18/rafael-piro-imparcialidade-nao-jurisdicao).

DIAS, Jorge de Figueiredo – **Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra, 2004. ISBN 978-972-3212-50-1

DOTTI, René Ariel. Princípios do processo penal. **Revista dos Tribunais**. ISSN 0034-9275. Vol. 82, n.º 687 (jan. 1993), p. 253-269.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo – **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado**. Vol. 2, 5.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. ISBN 978-857-46-8090-3

FERNANDES, Antonio Scarance – **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. ISBN 852-03-1802-9

FERRAJOLI, Luigi – **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. Tradução Perfecto Andrés Ibáñez et al. 3.<sup>a</sup> ed. Madrid: Editorial Trotta, 1998. ISBN 848-16-4166-9

\_\_\_\_\_ – **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 3.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. ISBN 978-852-03-3651-9

FESTINGER, Leon – **Teoria da dissonância cognitiva**. Tradução Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.

FOUCAULT, Michel – **Vigiar e punir – nascimento da prisão**. Tradução Raquel Ramallete. 20.<sup>a</sup> ed. Petrópolis: Vozes, 1999. ISBN 85.326.0508-7

GIACOMOLLI, Nereu José – **O devido processo penal: abordagem conforme a constituição federal e o pacto de são josé da costa rica**. 3.<sup>a</sup> ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. ISBN 978-852-24-8830-8

GOLDSCHMIDT, Werner - **La imparcialidad como principio básico del proceso – (la partialidad y la parcialidad)** [Em linha]. Madrid: Instituto Español de Derecho Procesal, 1950. [Consult. 9 abr. 2020]. Disponível em [www:http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/laimparcialidad.pdf](http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/laimparcialidad.pdf)

- GOMES FILHO, Antonio Magalhães – **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. ISBN 852-03-1491-0
- GONÇALVES, Manuel Lopes Maia – **Código de Processo Penal – Anotado – Legislação Complementar**. 17.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Almedina, 2009.
- GRAU, Eros Roberto – **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 5.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2009. ISBN 978-857-42-0935-7
- HITTERS, Juan Carlos – **El juicio oral, en materia civil y comercial**. La Plata: ELJ, 1974.
- JARDIM, Afranio Silva – **Direito Processual Penal: estudos e pareceres de acordo com a Constituição de 1988**. 3.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 1990. ISBN 978-858-44-0087-4
- LIRA, Roberto – Aspectos do problema da prova penal. **Revista Forense**. ISSN 0102-8413. Vol. 160 (jul.-ago. 1955), p. 27-37.
- LOPES JUNIOR, Aury – **Direito Processual Penal**. 11.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2014. ISBN 978-850-22-2157-4
- \_\_\_\_\_ – **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. ISBN 857-38-7172-5
- \_\_\_\_\_; RITTER, Ruiz – A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**. ISSN 1807-3395. Vol. 13, n.º 73 (ago./set. 2016), p. 55-91.
- LORA, Deise H. K. – **Subjetividade e Imparcialidade no Processo Penal**. Florianópolis: Tirant Brasil, 2019, p. 164-165. ISBN 978-859-47-7309-8
- MAIER, Julio Bustos Juan – **Derecho Procesal Penal – Fundamentos**. 2.<sup>a</sup> ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2004. ISBN 987-91-2000-0
- \_\_\_\_\_ – **Derecho Procesal Penal Argentino**. Buenos Aires: Hammurabi, 1989. ISBN 978-950-90-7988-5

- \_\_\_\_\_ – Dimensão político-jurídica de un poder judicial independente. In MAIER, Julio Bustos Juan – **Antología - El proceso penal contemporáneo**. Lima: Palestra Editores, 2008. ISBN 978-997-22-2470-8. p. 495-507.
- MALATESTA, Nicola Framarino dei – **A lógica das provas em matéria criminal**. Vol. 1. Tradução Alexandre Augusto Correia. São Paulo: Saraiva, 1960. ISBN 978-857-89-0015-1
- MANZINI, Vincenzo – **Istituzioni di diritto processuale penale**. 11.<sup>a</sup> ed. Padova: Cedam, 1954. ISBN 256-073-17-3030-3
- MARQUES, José Frederico – **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Bookseller, 1999. ISBN 978-857-62-5181-1
- \_\_\_\_\_ – **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. 1, 4.<sup>a</sup> ed., rev. Rio de Janeiro: Forense, 1971. ISBN 978-85-7420-938-8
- MAYA, André Machado – **Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias**. 2.<sup>a</sup> ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.
- MELLO, Celso de – Voto. In BRASIL. Supremo Tribunal Federal – **Habeas Corpus n.º 95.518**. Relator: Ministro Eros Grau. Redator do Acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento: 28 maio 2013. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJe, 6 jun. 2013.
- MESTIERI, João – **Teoria elementar do direito criminal**. Rio de Janeiro: Edição do Autor, 1990. ISBN 859-00-0131-8
- MICHELI, Gian Antonio; TARUFFO, Michele – A prova. **Revista de processo**. ISSN 0100-1981. Ano IV, Vol. 16 (out.-dez. 1979), p. 155-168.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de – **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo II, 2.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense; Brasília: INL, 1973. ISBN 853-09-1185-7
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de – **Democracia, Liberdade, Igualdade: os três caminhos**. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 1979. ISBN 978-857-46-8092-7

MOREIRA, José Carlos Barbosa – O juiz e a prova. **Revista de Processo**. ISSN 0100-1981. Ano IX, Vol. 35 (abr.-jun. 1984), p. 178-184.

MOREIRA, Rômulo de Andrade – O processo penal como instrumento da democracia. **Revista de Estudos Criminais do ITEC**. ISSN 0104-3315. N.º 17 (jan./mar. 2005), p. 63-76.

MYERS, David G. – **Psicologia Social**. 10.<sup>a</sup> ed. Trad. Daniel Bueno, Maria Cristina Monteiro e Roberto Cataldo Costa. Rio de Janeiro: AMGH, 2014. ISBN 978-85-8055-338-3

NUCCI, Guilherme de Souza – **Pacote Anticrime Comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. ISBN 978-853-09-8949-1

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de – **Curso de Processo Penal**. 10.<sup>a</sup> ed., atual. de acordo com a reforma processual penal de 2008 leis 11.689, 11.690 e 11.719. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. ISBN 978-853-75-0344-7

PORTANOVA, Rui – **Princípios do Processo Civil**. 6.<sup>a</sup> ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. ISBN 978-857-34-8836-4

PRADO, Geraldo – Entre a imparcialidade e os poderes de instrução no caso Lava Jato: para além da iniciativa probatória do juiz. **Revista brasileira de Ciências Criminais**. ISSN 1415-5400. Ano 24, n.º 122 (ago. 2016), p. 135-169.

\_\_\_\_\_ – **Sistema acusatório. A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 4.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. ISBN 978-857-38-7854-7

\_\_\_\_\_; MALAN, Diogo – **Processo Penal e Democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. ISBN 978-853-75-0419-2

REIS, José Alberto dos – **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. I. Coimbra: Coimbra, 1944. ISBN 978-972-32-0060-7

REMOTTI CARBONELL, José Carlos – **La Corte Interamericana de Derechos Humanos: estructura, funcionamiento y jurisprudencia**. Madrid: Lael, 2003. ISBN 978-846-07-6133-4



- RITTER, Ruiz – **Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. ISBN 978-859-47-7358-6
- RODRIGUEZ, José Rodrigo – **Como decidem as Cortes?: para uma crítica do direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: FGV, 2013. ASIN B01696YA90
- ROXIN, Claus – **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003. ISBN 98-791-2036-1
- SAVOIA, Francisco Simões Pacheco – **Colaboração Premiada e o princípio da imparcialidade**. Curitiba: Juruá, 2018. ISBN 978-853-62-8050-9
- SCHÜNEMANN, Bernd – O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental (Tradução: José Danilo Tavares Lobato). **Revista Liberdades**. ISSN 2175-5280. N.º 11, p. 30-50, set./dez. 2012.
- SILVA, Germano Marques da – **Curso de Processo Penal**. Vol. 1. Lisboa: Editorial Verbo, 1999. ISBN 972-22-1557-4
- \_\_\_\_\_ – **Curso de Processo Penal**. Vol. 2. Lisboa: Editorial Verbo, 1999. ISBN 972-22-1592-2
- \_\_\_\_\_ – **Direito processual penal português**. Vol. 1, 2.<sup>a</sup> ed. Lisboa: Universidade Católica, 2017. ISBN 978-972-54-0427-0
- SUANNES, Aauto – Provas eticamente inadmissíveis no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. ISSN 1415-5400. Vol. 31. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens – **Prova e Verdade**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. ISBN 978-658-60-9337-7
- TOMAS Y VALIENTE, Francisco – **El derecho penal de la monarquía absoluta**. Madrid: Tecnos, 1969.

- TORNAGHI, Helio – **Curso de Processo Penal**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Saraiva, 1989. ISBN 978-850-20-0464-1
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Vol. 1, 13.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 1992. ISBN 978-85-02-08993-8
- TUCCI, Rogério Lauria – **Direitos e Garantias individuais no processo penal brasileiro**. 3.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2009. ISBN 978-852-03-4062-2
- \_\_\_\_\_ – **Do corpo de delito no direito processual penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1978. ISBN 85-203-2319-7
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Processo Penal**. 3.<sup>a</sup> ed., rev., actual. e aument. Coimbra: Almedina, 2010. ISBN 978-972-99118-2-8
- VIEIRA, Antonio – **Sermão do segundo domingo do advento**. Vol. 1. Porto: Leilo, 1959.
- VOGLER, Richard – Adversalidad y dominio angloamericano del proceso penal. In AMBOS, Kai; LYNETT M. Eduardo (Coord.). **Constitución y sistema acusatório**. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2005. ISBN 95-861-6931-6
- ZAFFARONI, Eugenio Raul – **Poder judiciário, crise, acertos e desacertos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. ISBN 978-852-03-1298-8

## DOCUMENTOS E DIPLOMAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – **Código de Ética da Magistratura**. Brasília: DJ, 18 set. 2008.

\_\_\_\_\_. Presidência da República – **Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. do Código de Processo Penal. Brasília: DOU, 13 out. 1941, retificado: 24 out. 1941.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça – **Habeas Corpus n.º 509.030/RJ**. Relator: Ministro Antonio Saldanha Palheiro. Julgamento: 14 maio 2019. Órgão Julgador: Sexta Turma. Publicação: DJe, 30 maio 2019

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal – **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.104/DF**. Relator: Ministro Roberto Barroso. Julgamento: 21 maio 2014. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe, 6 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal – **Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus n.º 144.615/PR**. Relator: Ministro Edson Fachin. Relator para o Acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento: 25 ago. 2020. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJe, 27 out. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal – **Habeas Corpus n.º 98.006/SP**. Relator: Ministro Carlos Britto. Julgamento: 24 nov. 2009. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: DJe, 05 fev. 2010.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal – **Habeas Corpus n.º 137.956/MS**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Redator do Acórdão: Ministro Roberto Barroso. Julgamento: 26 set. 2017. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: DJe, 26 set. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal – **Habeas Corpus n.º 145.432/MG**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Redator do Acórdão: Ministro Alexandre de Moraes. Julgamento: 12 nov. 2019. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: DJe, 12 fev. 2020.

CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos – **Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela**. San José: CIDH, 5 ago. 2008.

\_\_\_\_\_ – **Caso Palamara Iribarne v. Chile**. [Em linha]. San José: CIDH, 22 nov. 2005. [Consult. 29 jun. 2020]. Disponível em [www:http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_135\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf).

\_\_\_\_\_ – **Caso Valencia Hinojosa v. Ecuador**. San José: CIDH, 29 nov. 2016.

\_\_\_\_\_ – **Opinión Consultiva solicitada por la República Argentina - OC-20/09** – Buenos Aires: CIDH, 29 set. 2009.

TEDH. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – **Case of De Cubber v. Belgium (n. 9186/80)**. [Em linha] Strasbourg: TEDH, 26 out. 1984. [Consult. 25 jun. 2020]. Disponível em [www:http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-165125](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-165125).

\_\_\_\_\_ – **Case of Fey v. Austria (n. 14396/88)**. [Em linha] Strasbourg: TEDH, 24 fev. 1993. [Consult. 25 jun. 2020]. Disponível em WWW: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-164543>.

\_\_\_\_\_ – **Case of Korzeniak v. Polonian (n. 56134/08)** [Em linha]. Strasbourg: TEDH, 10 abr. 2017. [Consult. 15 jul. 2017]. Disponível em [www:http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-170045](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-170045).

\_\_\_\_\_ – **Case of Saraiva de Carvalho v. Portugal (n. 15651/89)**. [Em linha]. Strasbourg: TEDH, 22 abr. 1994. [Consult. 26 jun. 2020]. Disponível em [www:http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-164368](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-164368).