

A INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: ESTUDO DO DEVER SER SOB O SER

Luiz Lukas Almeida de Araújo¹

Everton da Silva Rocha²

RESUMO

A presente pesquisa parte do questionamento acerca da iniciativa probatória do juiz no processo penal brasileiro, levantando o questionamento, portanto, se a referida iniciativa garante ou prejudica o princípio da imparcialidade do julgador. Para tanto, inicialmente, é feita uma interpretação jurídica quanto aos dispositivos legais que normatizam esta conduta probatória, em seguida, constrói-se uma dialética cujo objetivo final é analisar a opinião doutrinária a respeito do tema. A par do resultado colhido, realiza-se uma ponderação a respeito da iniciativa ser coerente ou não ao Estado Democrático de direito. Após a conclusão dialética, utiliza-se como exemplo de caso concreto da parcialidade de um juiz o julgamento do Habeas Corpus n.º 164.49/STF, em observância aos fatos elencados pela Suprema Corte e as consequências que delas advieram. Por fim, é realizada uma reflexão voltada para a atenção que se deve ter ao devido processo legal, elucidando acontecimentos históricos da humanidade e seus avanços em prol de um sistema processual penal com promoção da garantia imparcial.

Palavras-chave: Iniciativa probatória. Imparcialidade. Habeas Corpus n.º 164.49/STF. Filosofia.

ABSTRACT

The present research starts from the questioning about the evidentiary initiative of the judge in the Brazilian criminal process, raising the question, therefore, if the referred initiative guarantees or harms the principle of impartiality of the judge.

¹ Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: luizlukasalmeida@gmail.com.

² Docente do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: heyshura@hotmail.com.

To do so, initially, a legal interpretation is made regarding the legal provisions that regulate this evidential conduct, then a dialectic is built whose ultimate objective is to analyze the doctrinal opinion on the subject. Along with the collected result, a consideration is carried out as to whether the initiative is coherent or not with the Democratic Rule of Law. After the dialectical conclusion, the judgment of Habeas Corpus nº 164.49/STF is used as an example of a concrete case of partiality of a judge, in compliance with the facts listed by the Supreme Court and the consequences that resulted from them. Finally, a reflection focused on the attention that must be paid to due legal process is carried out, elucidating historical events of humanity and its advances towards a criminal procedural system promoting impartial guarantees.

Keywords: Evidence initiative. Impartiality. Habeas Corpus No. 164.49/STF. Philosophy.

1 INTRODUÇÃO

Compreender o sistema processual penal vai além do estudo da legislação, afinal, quando se trata de uma norma capaz de restringir a liberdade do indivíduo, toda legalidade torna-se pouca e toda verdade dubitável. Diante das incertezas do mundo jurídico, as partes do processo penal exercem um importante papel social, mediante suas alegações e provas fornecem exposições factuais, testemunhos, documentos, recursos audiovisuais, enfim, o lícito e possível a fim da condenação ou absolvição do cidadão. Em outra posição, com papel social, senão, louvável, o juiz do processo penal é responsável por atestar a legalidade do processo, é quem assegura os direitos do acusado e se além as provas alegadas sob objetivo de formar sua convicção e fundamentar sua sentença, condenação ou absolvição. Então, a prova no processo penal é o que decide se o cidadão terá sua liberdade restringida ou não.

Exsurge o questionamento se este, o juiz, além do exercício da função de julgar, pode, também, investigar, assim como é previsto na atualidade. Eis que, pondera-se, se as partes mediante suas alegações e provas fornecem ao julgador os meios para que este forme sua convicção, e assim, sentencie uma condenação ou absolvição, qual seria a segurança do princípio da imparcialidade do julgador quando este também, o juiz, pode buscar provas e condenar um cidadão com base nestas provas.

Em vista de responder este questionamento, a pesquisa analisa os dispositivos legais que autorizam a iniciativa probatória do juiz a fim de formar uma interpretação jurídica sobre a questão. Em seguida, adentra nos pensamentos doutrinários e divergentes a respeito da discussão. Nesse ínterim, busca introduzir na pauta, alguns pontos que nesta pesquisa se demonstraram válidos, do tipo, conceito de sujeito cognoscente para Kant, o conhecimento sob a ótica de Hume, o período da Santa Inquisição e o comportamento do magistrado à época dos fatos, a evolução do poder-dever-punir em face do surgimento da justiça criminal, e sobretudo, o que se sabe sobre a verdade no processo penal.

Isto posto, inicia-se com a interpretação.

2 A INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

À proporção em que o Código de Processo Penal brasileiro, de 3 de outubro de 1941 (BRASIL, 1941), se encontra em estado de vigência no ordenamento jurídico brasileiro, não se pode olvidar que os dispositivos normativos não revogados em seu bojo, são, a priori, eficazes ao direcionamento do princípio da legalidade (SILVA JÚNIOR, 2008) e ao Estado Democrático de direito. Considerando que o art. 155 e o art. 156 do Código de Processo Penal representam normas não revogadas, tais dispositivos revelam-se eficazes e propulsores do princípio da legalidade, transcendendo o sentido de direito e de vigência, suscetíveis à interpretação jurídica (SOARES, 2019). Em busca de alcançar uma interpretação de origem autêntica e de natureza literal, o art. 155, do supracitado código, normatiza um efeito declarativo, conforme ensina Ricardo Soares (2019):

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

O juiz, através da livre apreciação das provas contraditadas, buscará formar uma convicção que será fundamentada na decisão. Contudo, a fundamentação utilizada na decisão não poderá advir, exclusivamente, dos elementos de prova concentrados no inquérito policial, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e

antecipadas. Observa-se que estas espécies de prova são utilizadas como exceção à proibição acerca da exclusiva fundamentação.

Com isso, da primeira exceção, tem-se que a prova cautelar é aquela produzida celeremente, procurando-se evitar o seu perecimento. A princípio, judicialmente autorizada, e evitando-se o desfazimento da prova, o exercício do contraditório é diferido. Como exemplo, pode-se citar o procedimento da interceptação telefônica que, determinado pelo fator surpresa, gera ao interceptado o direito do contraditório ao término do procedimento (BRASIL, 1996). Da segunda exceção, aduz-se que prova não repetível é aquela relacionada aos fatores naturais e/ou temporais, não podendo ser reproduzida ou colhida novamente. A saber exemplar, o exame de corpo de delito. Por fim, clareando a terceira exceção, segundo Brasileiro (2016), prova antecipada é aquela produzida com a observância do contraditório real, perante autoridade judicial, em momento distinto daquele legalmente previsto, assim exemplificada:

É o caso do denominado *depoimento ad perpetuam rei memoriam*, previsto no art.225 do CPP. Supondo-se que determinada testemunha presencial do delito esteja hospitalizada em grave estado de saúde, afigura-se possível a colheita antecipada de seu depoimento, o que será feito com a presença do juiz, e com a participação das partes.

Isto posto, pôde-se alcançar a dedução de que se o juiz busca formar uma convicção através da livre apreciação de provas, é adotado o sistema do livre convencimento³. E, supondo que o livre convencimento vise a compreensão do conhecimento por ocasião do arcabouço probatório, logo, no conceito utilizado por Kant, o juiz é um sujeito cognoscente⁴ e as provas são as diversas representações. Em igual maneira, se o juiz busca confirmar uma verdade de acordo com a prova, esta

³ Sistema adotado nas leis processuais brasileiras segundo o qual o juiz decide pela sua convicção pessoal, sempre com respeito à apreciação das provas nos autos. Não constitui mero arbítrio, visto que, além de ater-se às provas, o juiz deve demonstrar as razões de seu convencimento e fundamentar a decisão. O mesmo que livre convicção, certeza moral. LIVRE CONVENCIMENTO. In: **Dicionário jurídico**. 23. ed. São Paulo: Rideel, 2019.

⁴ Kant expressou esse mesmo conceito ao afirmar que o ato de juízo, atividade própria do intelecto, é a síntese: "Entendo por síntese, no sentido mais amplo dessa palavra, o ato de unir diversas representações e compreender a sua multiplicidade num só conhecimento." ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. (Tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bossi; revisão da tradução e tradução dos novos textos Inove Castilho Benefetti). 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

torna-se o objeto cognoscível utilizado como fonte para alcançar a verdade mediante o sujeito cognoscente⁵.

Reitera, Soares (2019), que a interpretação literal deve ser vista como um mero ponto de partida da tarefa hermenêutica, em outros dizeres, o texto deve ser confrontado sistemicamente com o contexto jurídico-normativo. Diante do recomendado, impõe-se a aplicação da interpretação de natureza lógico-sistemática prevista no art. 155, em consonância com o art.156 do respectivo Código de Processo Penal:

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

Do resultado obtido, o teor do art.156 propõe declarar que a prova da alegação incumbirá⁶ a quem a fizer, ou seja, o juiz reveste-se da condição de mero espectador enquanto a acusação e a defesa conduzem as provas ao processo. Todavia, o supracitado artigo, também possibilita ao juiz, sujeito cognoscente, de ofício⁷, ordenar a produção de provas consideradas urgentes e relevantes, mesmo antes de iniciada a ação penal, bem como determinar diligências - buscar provas – durante a instrução processual penal. Citação interessante a respeito do sujeito cognoscente é realizada por Nicolas Abbagnano (2007):

Ao sujeito cognoscente pertence com certeza a iniciativa do conhecer, aliás, é justamente essa iniciativa que define a sua subjetividade [...]. A iniciativa do sujeito visa tornar o objeto presente ou manifesto, para tornar evidente a própria realidade, para manifestar os fatos.

⁵ O próprio Kant declara pressupor "a definição nominal da verdade como acordo do conhecimento com o seu objeto". ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. (Tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bossi; revisão da tradução e tradução dos novos textos Inove Castilho Benefetti). 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

⁶ Significado de incumbir – verbo bitransitivo e pronominal: [...] encarregar ou encarregar-se. INCUMBIR. In: **DICIO**, Dicionário Online de Português. Porto: 7Graus, 2021. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/incumbir/>. Acesso em: 20 out. 2021.

⁷ De ofício: Da expressão latina *ex officio*, significa: por iniciativa própria ou em função do cargo ou por ver de ofício. Autorização para que o órgão competente possa agir por determinação legal, não precisando de autorização. Realização de um ato processual pelo juiz, sem requerimento das partes. DE OFÍCIO. In: **Dicionário jurídico**. 23. ed. São Paulo: Rideel, 2019.

Da dedução elaborada em consonância ao citado, pode-se considerar que o juiz, ao produzir provas, buscará uma prova para tornar evidente⁸ uma realidade que ele mesmo produziu. Assim, esta realidade produzida torna-se apta a ser objeto de fundamentação em sua sentença, seja para condenar ou absolver um cidadão. Esta faculdade estabelecida ao juiz quando diante da garantia de um julgamento imparcial de um Estado Democrático de direito, leva ao questionamento da validade da iniciativa probatória do juiz no processo penal, pois, em uma análise perfunctória, a insegurança jurídica que advém da unificação de duas funções em uma só – parte composta por quem pode produzir provas e ao mesmo tempo julgá-las com base no que produziu – buscar tornar evidente uma realidade inconscientemente acreditada e que acaba por não privilegiar a garantia de imparcialidade.

Em vista deste questionamento, a partir destas linhas, a escrita se debruçará sobre posições doutrinárias divergentes acerca da iniciativa probatória do juiz no processo penal brasileiro e se revela causa de insegurança jurídica por indícios de quebra da imparcialidade.

Assim, delimitam-se as posições com fulcro em dois doutrinadores: um primeiro doutrinador a favor da iniciativa, e um segundo doutrinador contrário a iniciativa. Decerto, o vocábulo “doutrinador”, utilizado a esta dialética, é empregado no sentido daquele que propaga o conhecimento científico no bojo da comunidade jurídica. Desta forma, em ordem de compreender os discursos dicotômicos das autoridades científicas, foram estabelecidos três requisitos que atestassem seus conhecimentos e, conseqüentemente, três qualificações que validassem seus posicionamentos.

Sobre os requisitos, tem-se o seguinte: (1) possuir o título de Doutor em Processo Penal, podendo ser comprovado por intermédio de canal próprio de comunicação, excluindo falsas verdades; (2) se a sua doutrina, em algum momento, foi citada no Supremo Tribunal Federal, com comprovada frequência; (3) e se a sua obra, aqui delimitada e analisada a respeito da discussão, foi escrita após o ano de 2019, em observância ao pacote anticrime e possíveis comentários a respeito do juiz das garantias.

⁸ O que é incontestável: prova evidente. PROVA EVIDENTE. In: **DICIO**, Dicionário Online de Português. Porto: 7Graus, 2021. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/pesquisa.php?q=prova+evidente>. Acesso em: 20 out. 2021.

Das qualificações obtidas mediante o preenchimento cumulativo dos requisitos pode-se concluir que: (1) consagrando-se Doutor em Processo Penal, é detentor de vasto conhecimento desta ciência; (2) bem como, o Supremo Tribunal Federal, em alguma linha de pensamento acadêmico, reconheceu o posicionamento doutrinário e fez uso deste ao exercer jurisdição; (3) e o posicionamento adotado é recente e coerente ao surgimento do juiz das garantias.

Do método delimitador empregado dois doutrinadores merecem destaque, conforme será abordado no capítulo posterior. Assim, inicia-se a análise para além dos dois discursos⁹ divergentes que apontam os principais argumentos acerca da discussão.

2.1 O DISCURSO A FAVOR DA INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ

Em seu site, o então Desembargador da Seção Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, resume o seu currículo como bacharel em Direito pela USP, com especialização em processo. Mestre e Doutor em Direito Processual Penal pela PUC/SP. Livre-Docente em Direito Penal pela PUC/SP na cadeira de Direito Penal, atuando nos cursos de graduação e pós-graduação – mestrado e doutorado¹⁰. Por conseguinte, com base nos resultados obtidos através de pesquisa jurisprudencial no site do Supremo Tribunal Federal, o doutrinador, Guilherme de Souza Nucci, até a data de 19 de novembro de 2021, foi citado por mais de duas mil vezes entre acórdãos e decisões monocráticas sentenciadas pela Suprema Corte¹¹.

Da mesma forma, o doutrinador foi autor do livro Curso de direito processual penal (2020)¹². Isto posto, Nucci (2020), mediante explicação etimológica do vocábulo “prova”, assim iniciou o seu capítulo “conceito e sentido de prova”, vejamos:

⁹ Na filosofia grega, a razão também é chamada de logos, este termo refere-se ao que pode ser expresso mediante linguagem sob possível compreensão, pois foi racionalizada. Vale salientar que o discurso não se limita ao dito fonético, apenas representa uma variável de discurso. Sendo o escrito, o mais seguro de se perquirir, pois o conjunto de sentenças e conclusões podem ser reanalisadas sob total integridade.

¹⁰ Preenchendo o primeiro requisito, obteve o título de Doutor em processo penal e mediante veículo próprio de comunicação, possibilitou a averiguação.

¹¹ Preenchendo o segundo requisito, para fins de verificação: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Pesquisa de jurisprudência.** Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=Guilherme%20de%20souza%20nucci&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 20 out. 2021.

¹² Obteve o preenchimento total dos requisitos para análise de discurso doutrinário.

O termo prova origina-se do latim – *probatio* –, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Dele deriva o verbo provar – *probare* –, significando ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar.

Nucci (2020), induz o leitor de sua obra a deduzir que sua fundamentação e linha argumentativa doutrinária a respeito da iniciativa probatória do magistrado, parte de dois conceitos de prova derivados do latim, quais sejam: *probatio*¹³ e *probare*¹⁴. E, a respeito de uma definição exemplar do significado de prova, o autor utilizou como fonte de argumento de autoridade, as palavras do filósofo tido como o pai do utilitarismo¹⁵:

Nas palavras de BENTHAM, a prova “no sentido mais amplo da palavra, entende-se como um fato supostamente verdadeiro que se presume deva servir de motivo de credibilidade sobre a existência de outro fato”.

Mais adiante, especificamente no ponto 4.2 de seu livro, Nucci (2020) busca justificar os primórdios da necessidade de o juiz buscar provas no processo penal, assim buscou explicar o autor:

A atuação de ofício do juiz, na colheita da prova, é uma decorrência natural dos princípios da verdade real e do impulso oficial. Em homenagem à verdade real, que necessita prevalecer no processo penal, deve o magistrado determinar a produção das provas que entender pertinentes e razoáveis para apurar o fato criminoso. Não deve ter a preocupação de beneficiar, com isso, a acusação ou a defesa, mas única e tão somente atingir a verdade.

Após explicar que a iniciativa probatória do juiz decorre do princípio da verdade real e do impulso oficial, o autor comenta que “os que se posicionam contra a tal iniciativa, busca inibir o órgão julgador de satisfazer o seu livre convencimento”. (NUCCI, 2020)

¹³ *Probatio*, õnis, ensaio; exame; prova, aprovação.

¹⁴ Não foi possível constatar uma tradução certa que pudesse ser aferida nesta análise.

¹⁵ A título de curiosidade, o pai do utilitarismo, Jeremy Bentham, exerceu forte influência na construção do pensamento da justiça criminal e estabelecimentos criminais, sendo o responsável pela materialização da utopia panóptico. “O sistema panóptico – simultaneamente vigilância e observação, segurança e saber, individualização e totalização, isolamento e transparência –, uma utopia estabelecida por Bentham pode ser materializada através das Instituições penais. Por volta de 1830-1840, o Panóptico tornou-se o programa arquitetônico da maioria dos projetos de prisão. Era a maneira mais direta de traduzir, na pedra, a inteligência da disciplina; de tornar a arquitetura transparente para a gestão do poder; de permitir que a força ou as coerções violentas sejam substituídas pela eficácia suave de uma vigilância sem falhas.” FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: história da violência nas prisões. Petrópolis: Vozes, 1987.

Mais adiante, aduz que quanto mais atrelado estiver o juiz à absoluta inércia, maior dificuldade terá para formar sua convicção. Por isso, em muitos casos, acabará sendo obrigado a decidir em favor do réu (*in dubio pro reo*). À vista de firmar o seu entendimento e salientar uma prática forense da magistratura, o autor comenta que o judiciário muitas vezes supre a defesa do hipossuficiente (NUCCI, 2020). Do revelado:

Esquecem-se os adversários da verdade real que o magistrado também busca a prova em prol do acusado. Não são poucas as vezes em que praticamente supre a deficiência da defesa, valendo-se de provas importantes, por ele mesmo coletadas, a fim de absolver o acusado.

E, sendo bem verdade que o doutrinador em comento se posiciona favoravelmente à iniciativa probatória do juiz, também é verídica sua oposição desta iniciativa em fase pré-processual. O autor deixa claro que tal faculdade não faz jus ao sistema processual penal, pois transfere a posição de magistrado a outra, qual seja, a de investigar. Assim se posicionou (NUCCI, 2020):

Segundo nos parece, quando o magistrado atua, de ofício, durante a instrução processual, está em busca da verdade real e não há mal algum, a não ser que se vislumbre nítida parcialidade na sua atividade. Porém, na fase investigatória, não tem cabimento valer-se de iniciativa própria para a produção de qualquer espécie de prova, pois o inquérito destina-se ao Ministério Público (ou à vítima, em caso de ação penal privada), mas não ao juiz.

Por fim, como última análise textual da posição adotada pelo autor, este ressalta: “ao cuidarmos de provas, voltamos os nossos olhos para a busca da verdade, que no processo penal, é denominada material, real ou substancial” (NUCCI, 2020).

2.2 DO DISCURSO CONTRA A INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ

Por veículo próprio de comunicação, o Advogado e Professor Aury Lopes Júnior, sintetiza seu currículo como Graduado em Direito pela Fundação UFRG, Especialista em Direito e Doutor em Direito Processual Penal pela Universidad

Complutense de Madrid¹⁶. O doutrinador foi citado perante decisões do Supremo Tribunal Federal por mais de 400 vezes entre acórdãos e decisões monocráticas¹⁷.¹⁸

Por princípio, a obra do doutrinador ao início do capítulo “Teoria Geral da Prova no Processo Penal, 1. conceito e Função da prova”, relata que o processo penal é um instrumento de retrospectiva do suposto fato criminoso. Assim, vejamos:

O processo penal é um instrumento de retrospectiva, de reconstrução (aproximativa) de um determinado fato histórico. Como ritual, está destinado a instruir o julgador, a proporcionar o conhecimento do juiz por meio da reconstrução histórica de um fato. Nesse contexto, as provas são os meios através dos quais se fará a reconstrução do fato passado (crime).

Por conseguinte, e a fim de justificar o conceito de prova no processo penal, segundo Aury (2020): “as provas são os meios através dos quais se fará essa reconstrução do fato passado (crime). O tema probatório é sempre a afirmação de um fato (passado), não sendo as normas jurídicas, como regra, tema de prova (por força do princípio *iura novit curia*¹⁹)”. Ainda, sobre provas e processo penal e a reconstrução de um fato passado, aduz:

O processo penal, inserido na complexidade do ritual judiciário, busca fazer uma reconstrução (aproximativa) de um fato passado. Através – essencialmente – das provas, o processo pretende criar condições para que o juiz exerça sua atividade cognitiva, a partir da qual se produzirá o convencimento externado na sentença. É a prova que permite a atividade cognitiva do juiz em relação ao fato histórico (story of the case) narrado na peça acusatória. O processo penal e a prova nele admitida integram o que se poderia chamar de modos de construção do convencimento do julgador, que formará sua convicção e legitimará o poder contido na sentença.

Diante das explanações acerca da reconstrução do fato histórico, das provas e do processo penal, o autor constantemente aborda o tema da discussão em pauta e, ao relatar a atividade do juiz, escreveu:

¹⁶ Preenchendo o primeiro requisito. LOPES JUNIOR, Aury. **Sobre o autor**. Disponível em: <https://aurylopesjr.com.br/sobre-mim/>. Acesso em: 05 nov. 2021.

¹⁷ Preenchendo o segundo requisito. A fim de verificação: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Pesquisa de jurisprudência**. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=Guilherme%20de%20souza%20nucci&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 20 out. 2021.

¹⁸ Obteve o preenchimento total dos requisitos para análise de discurso doutrinário.

¹⁹ Sobre o princípio *iura novit curia*: o direito invoca-se, supondo-se, em virtude do brocardo *iura Novit curia*, que o juiz o conheça. A verdade é que o direito não se alega, o que se alega são fatos. E, a prova admitida no dispositivo, a rigor, não é prova “do direito”, mas apenas a prova do teor e da vigência de determinada norma, o que obviamente é questão que não pode ser rigorosamente qualificada como prova de direito.” MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

Assim, a atividade do juiz é sempre recognitiva, pois, como define JACINTO COUTINHO, a um juiz com jurisdição que não sabe, mas que precisa saber, dá-se a missão de dizer o direito no caso concreto. Daí por que o juiz é, por essência, um ignorante: ele desconhece o fato e terá de conhecê-lo através da prova. Logo, a prova para ele é sempre indireta.

Sobre o conhecimento obtido através das provas, segundo Aury (2020): "as provas são os materiais que permitem a reconstrução histórica e sobre os quais recai a tarefa de verificação das hipóteses, com finalidade de convencer o juiz (função persuasiva)". E, ao elucidar outra função das provas em relação ao juiz no processo penal, além da persuasiva, expressou:

[...] as provas servem para "fazer crer" que o processo penal determina a "verdade" dos fatos, porque é útil que os cidadãos assim o pensem, ainda que na realidade isso não suceda, e quiçá precisamente, porque na realidade essa tal verdade não pode ser obtida, é que precisamos reforçar essa crença.

Da mesma forma, a respeito da verdade no processo penal, Aury (2020) sintetiza: "e aqui entra mais uma variável importante: a questão da verdade no processo penal. Ou, especificamente, qual é o lugar da verdade no processo penal e na discussão sobre a epistemologia da prova?", em sua resposta, inspirado por Carnelutti, Aury escreve que a verdade não existe, pois segundo o doutrinador, é inalcançável. Assim constatado:

Com razão CARNELUTTI quando dizia (já em 1925) ser estéril a discussão a respeito de viger a verdade real (material) ou a verdade processual (formal). O problema é a "verdade". Para o autor, inspirado em HEIDEGGER, a verdade é inalcançável, até porque a verdade está no todo, não na parte; e o todo é demais para nós. Além de inalcançável, tampouco existem verdades absolutas, como a própria ciência encarregou-se de demonstrar, pois todo o saber é datado e tem prazo de validade (Einstein). Uma teoria só vale até que outra venha para negá-la. Logo, a verdade está no todo e o todo é excessivo, jamais pode ser alcançado pelo homem.

Com isso, à proporção em que o doutrinador desconstrói a ideia de verdade no processo penal, também expressa os motivos e razões da iniciativa probatória do juiz no processo penal não ser viável (LOPES JUNIOR, 2020):

É, ainda, necessário dar-se conta de que a gestão da prova está vinculada à noção de gestão do fato histórico, e, portanto, deve estar nas mãos das partes. Do contrário, atribuindo-se ao juiz, estamos incorrendo no erro (psicológico) da inquisição de permitir-lhe (re)construir a história do crime da forma como lhe aprouver para justificar a decisão já tomada (o já tratado "primado das hipóteses sobre os fatos").

Permitir que o juiz seja o gestor do fato histórico é incorrer no mais grave dos erros: aderir ao núcleo imantador do sistema inquisitório. Pior é quando eles, os juízes, sequer se dão conta de quão genial (e perverso, por evidente) é o engenho da inquisição, que os faz agir como inquisidores, sem se darem conta! Isso quando não invocam a bondade... bom para quê e para quem?

Dos discursos explanados, passa-se a conclusão.

2.3 DA CONCLUSÃO DIALÉTICA

De início, sobre a conceituação que Nucci (2020) utilizou ao construir seu entendimento a respeito do conceito de prova no processo penal²⁰, pode-se definir duas premissas: prova é confirmação; e para se obter a confirmação, requer o exercício da verificação e o reconhecimento por experiência, a fim de estar satisfeito e poder persuadir alguém.

Certamente, na visão do Nucci (2020), se a prova já é uma confirmação, se o discurso do sujeito que a obteve é fundamentado na verificação, e se essa verificação se deu em função de persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar a confirmação, conclui-se que seu conceito é revestido de relativização e, portanto, de natureza subjetiva²¹. De igual maneira, supondo que o significado de relativização²² no português quando analisado sob à ordem cronológica, documental e histórica da filosofia assemelha-se as escritas fragmentárias do pensamento primitivo da dialética do ser ou do não ser, e, portanto, da própria origem do pensamento, conclui-se que a “razão” utilizada como prova na conceituação do Nucci, nunca poderá obter uma “verdade absoluta”, ou real em suas palavras.

²⁰ “O termo prova origina-se do latim – probatio –, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Dele deriva o verbo provar – probare –, significando ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar”. NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

²¹ Gilles Deleuze (1953), autora da obra Empirismo e subjetividade: Ensaio Sobre a Natureza Humana Segundo Hume; permite concluir que, “Portanto, a idéia da subjetividade é a reflexão da afecção na imaginação, é a própria regra geral. A idéia já *não é aqui o objeto de um pensamento*, a qualidade de uma coisa; ela não é representativa. *É uma regra, um esquema, uma regra de construção*”. DELEUZE, Gilles. **Empirismo e subjetividade**: ensaio sobre a natureza humana segundo Hume. 1. ed. Editora: 34, 2001.

²² Ação ou efeito de relativizar, de descrever algo relacionando-o com outra coisa, sempre partindo do pressuposto de que nada é absoluto, completo ou restrito: após a apresentação, passaram para a relativização do problema. RELATIVIZAÇÃO. In: **DICIO**, Dicionário Online de Português. Porto: 7Graus, 2021. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/relativizacao/>. Acesso em: 20 out. 2021.

Sob a ótica do conhecimento empírico, o pensamento de David Hume parte da ideia de que só é possível alcançar o conhecimento – razão – através das experiências de vida do sujeito. Estas, obtidas inicialmente pelas sensações (visão, audição, paladar, olfato e tato) e em seguida pelas impressões (paixões, desejos emoções)²³. (HUME, 2004)

Hume, estabelece que as ações humanas são pautadas mais em sentimentos do que em razões, pois, para se chegar a uma razão, é necessário o confronto entre verdade e falsidade²⁴ o qual decorre das experiências de vida do sujeito. Com efeito, o resultado deste confronto se encontra no mundo das ideias, de suas relações, ou seja, uma ação dita racional sob o pretexto da verdade, não faz jus à uma segurança comprovada para outro que não o próprio sujeito.

Diante do exposto, não se pode olvidar que a verdade é subjetiva. Assim, pautar a atuação do juiz no processo penal diante das provas²⁵, sob o respaldo deste agir em busca de uma verdade real, nada mais é do que impossibilitar a garantia da imparcialidade do julgador.

A par dessa perspectiva, depreende-se que a busca, por si só, revela um grau de imparcialidade, afinal, o processo de busca já está condicionado ao que se deseja encontrar. Por isso, proporcionar ao juiz a produção de provas sob o pretexto de alcançar a verdade real, promove um campo fértil para a busca de uma verdade inalcançável.

Ressalta-se que, até o século XXI d.C., não se obteve comprovação de uma razão universal ou verdade real. Fato é que as tentativas de obtenção desta razão universal, ao revés do que à época se propagava, resultaram nas maiores tragédias

²³ “[...] Hume pretendia, com essa ideia, apenas defender [...] a aquisição de conhecimento se caracteriza pelo desenvolvimento de ideias ou expectativas acerca do comportamento das coisas e suas Investigações sobre o entendimento humano e sobre os princípios da moral corroboração pelas impressões que efetivamente recebemos delas.” (Investigações sobre o entendimento humano e sobre os princípios da moral. HUME, David. **Uma investigação sobre o entendimento humano**. (Tradução de José Oscar de Almeida Marques). São Paulo: UNESP, 1999.

²⁴ “A razão é a descoberta da verdade ou da falsidade. A verdade e a falsidade consistem no acordo e no desacordo seja quanto à relação real de idéias, seja quanto à existência e aos fatos reais.” (Tratado da natureza humana: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. HUME, David. **Tratado da Natureza Humana**: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. (Tradução de Débora Danowski). São Paulo: UNESP, 2001.

²⁵ “A atuação de ofício do juiz, na colheita da prova, é uma decorrência natural dos princípios da verdade real e do impulso oficial. Em homenagem à verdade real, que necessita prevalecer no processo penal, deve o magistrado determinar a produção das provas que entender pertinentes e razoáveis para apurar o fato criminoso [...]”. NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

já vistas na história. Desde torturas, exílios e morte, outras práticas se revelaram iguais desmedidas, mormente quando assentadas sob a verdade suprema de um deus ou na supremacia de uma raça em detrimento de outras.

Do exposto, o sentido de “verdade” empregado ao conceito de prova por Nucci (2020) é relativo e abre margem para que a atuação parcial de um magistrado cause insegurança jurídica, tendo em vista a reunião das funções de investigar, confirmar e julgar em uma mesma pessoa. No entendimento do doutrinador supracitado, o alcance da prova pelo juiz se dá através da suposição de uma premissa como verdadeira, de modo que esta suposição, como hipótese, carece de exata confirmação. De igual maneira, em sua lógica, o juiz interpreta a suposição do fato como verdadeiro em seu próprio fim, como meio de comprovar a própria suposição, minando as garantias de imparcialidade.

Isto posto, a questão da verdade não justifica a iniciativa do juiz diante do sistema acusatório, adotado pelo Estado Democrático de direito. Diante das questões levantadas, entre existir uma verdade ou não que seja capaz de permitir ao juiz realizar a iniciativa probatória no processo penal, é válida a exposição da distinção entre dois conceitos gregos que retratam a palavra “verdade”.

Sendo o primeiro, *mythos*, encontrada no passado em época pretérita a filosofia, a sua tradução literal – mito –, adveio de uma fonte de poder usada por governos autoritários e que pautavam suas ações através de uma narrativa de agentes sobrenaturais, cujas aventuras, lutas e façanhas formavam a trama dos mitos de “gênese” que narravam o aparecimento do mundo e a instituição da ordem, constituída por relações de força e escalas de procedência, de autoridade, de vínculos de domínio e de submissão. Para este pensamento, a experiência cotidiana se esclarecia pelos deuses “na origem”²⁶.

De outro ponto de vista, o conceito de *aletheia* colocou o surgimento do mundo e da ordem como um problema a ser resolvido, não podendo ser comparado a uma ciência por motivos de abstração, mas que pretendia investigar a ordem natural das coisas visíveis e limitadas ao pensamento humano para que, assim, se pudesse chegar o mais próximo do que pode ser entendido como verdade.

Enquanto o pensamento mítico estabelecia uma falsa ordem natural do mundo baseada em narrativas de guerra que tiveram como últimos capítulos a forma

²⁶ COLLI, Giorgio. **O nascimento da filosofia**. 2.ed. (Tradução de Federico Carotti). Campinas: Editora da UNICAMP, 1992.

dos seres na terra, o pensamento “físico” do termo *aletheia* buscava afirmar uma função de conhecimento livre de toda ordem ritual. Os pensadores da época, comumente chamados de “físicos”, seguidores da análise da *physis* (natureza, racionalidade, limitação, vida e morte), buscavam a descentralização do saber em um tipo de pensamento exterior à religião, aqui empregada como justificativa para fenômenos isolados e incompreensíveis.

Assim, se de um lado o *mhytos* significava a fonte de conhecimento do universo e a resposta para hierarquia de poder que pregava a submissão hierárquica na sociedade, de outro, o termo *aletheia*, introduzido no pensamento primitivo, significava buscar o que é, através do que não é, ou seja, mediante investigação. A grande diferença entre um conceito e outro consiste em dois fatores, quais sejam: a investigação e, o emprego da palavra.

Enquanto os detentores do *mhytos* criavam histórias sobre uma verdade, os pensadores buscavam investigar a referida verdade. A questão, quando diante da análise do processo penal, das provas e do juiz, é de suma importância, pois, em vista dos resultados obtidos mediante a dialética construída, percebe-se que o termo “verdade” jamais poderia ser utilizado como justificativa de faculdade dada ao juiz para sair ao encontro de provas e pautar a fundamentação decisória nas provas próprias que produziu.

Eis que, da dialética estabelecida entre os discursos divergentes, o doutrinador Aury Lopes Júnior (2020), o qual exerce posição contrária a iniciativa probatória do juiz no processo penal ao respaldar seu posicionamento sob devida cautela da “reconstrução de um fato histórico”, bem como da “verdade não existir”, foi o que mais se aproximou da dedução estabelecida nessa pesquisa. De modo que, do colhido, a iniciativa probatória do juiz no processo penal brasileiro é suscetível de parcialidade, revestindo-se de campo fértil para a insegurança jurídica.

Assim, compreende-se que o juiz ao produzir provas e utilizá-las na fundamentação, a pretexto da busca pela “verdade real”, incorre em incongruência ao que se propõe o Estado Democrático de direito. Por não ser possível prever a intenção do julgador durante a iniciativa probatória, sua conduta dá margem para a insegurança jurídica e fere a imparcialidade que tanto preza o devido processo legal. Em vista de mensurar as ações de um juiz parcial e quais os efeitos que a parcialidade processual podem gerar dentro de um Estado, a pesquisa abordará um caso concreto em que o juiz foi declarado parcial em decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

3 A PARCIALIDADE DE UM JUIZ NO SISTEMA ACUSATÓRIO: MENSURÁVEL VIOLAÇÃO AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus n.º. 164.493²⁷, realizou uma análise processual da iniciativa probatória do juiz tido como acusador na respectiva demanda, concluindo pela existência de sete fatos que contribuíram para a perda da imparcialidade do magistrado competente ao caso.

Os fatos elencados dizem respeito ao ex-juiz Sérgio Moro, à época julgador da Ação Penal n.º. 5046512-94.2016.4.04.7000/PR (PORTO ALEGRE, 2018), nacionalmente conhecida como “Caso do Triplex do Guarujá”, cujo principal acusado, alvo da pretensão acusatória, era o ex-Chefe do Poder Executivo, Luiz Inácio Lula da Silva. Com efeito, é notório o fato de o caso ser correlacionado à Operação Lava Jato, sendo referenciado pelo Ministério Público Federal como uma das maiores iniciativas de combate à corrupção e lavagem de dinheiro da história recente do Brasil.

Diante do caso, o exercício da pretensão acusatória em face do acusado visava auferir a comprovação das condutas ilícitas penais dos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro, envolvendo a ocultação ou dissimulação da titularidade do triplex, assim como beneficiário das reformas realizadas (HC. 164.493/STF). Em vista de que se tenha uma clara compreensão desta análise do caso, o texto não propõe uma indagação acerca da comprovação ou não dos supostos ilícitos penais, tampouco uma observância a respeito da materialidade do crime tipificada ao juízo de subsunção no julgamento do Habeas Corpus em análise.

No caso em discussão, a conduta parcial do ex-juiz é posta como exemplo de caso em que a iniciativa probatória do juiz no processo penal consagrou uma violação ao Estado Democrático de direito no momento em que feriu as regras do jogo processual penal²⁸, bem como interferiu no cenário político do Brasil, segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal. Em princípio, a Suprema Corte elucidou

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 164.493/PR. Relator: Ministro Edson Fachin, Segunda Turma. Brasília, 09 de março de 2021. **Dje**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/stf-publica-acordao-turma-suspeicao.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2021.

²⁸ As regras do jogo processual penal: expressão aqui utilizada como o estrito cumprimento aos preceitos constitucionais, tanto formais quanto materiais. A severa obediência aos ritos processuais, bem como a preservação dos direitos e garantias fundamentais do acusado. Incluindo, o respeito ao sistema acusatório sob observância a separação das partes.

que o ex-juiz autorizou a quebra de sigilos telefônicos do ex-Presidente, de seus familiares e até mesmo de seus advogados, com o intuito de monitorar e antecipar as estratégias defensivas (HC. 164.493/STF).

Diante disso, mister salientar que a atitude de monitorar e antecipar as estratégias defensivas do acusado, nada se distancia da prática inquisitorial, tão bem documentada através da escrita de Nicolau Eymerich (1993)²⁹, a despeito das inquisidores. A fim de ciência:

Eymerich tem razão [...] quando fala da total inutilidade da defesa [...]. Com efeito, a defesa tem uma função meramente nominal, diria até perversa, pois não se trata de defender o réu, mas de agilizar a sua condenação.” (Manual dos inquisidores / Nicolau Eymerich; comentários de Francisco de La Peña em 1379, p.19, 1993).

Da mesma forma, além de monitorar a defesa do acusado, o ex-juiz divulgou trechos de conversas obtidas, entre o ex-Presidente e seus familiares, por ocasião das interceptações telefônicas, além da divulgação ter sido julgada ilícita, a Suprema Corte considerou que seu vazamento se deu por motivos políticos. Segundo o STF (HC. 164.493/STF): “o vazamento das conversas aconteceu em 16.3.2016, momento de enorme tensão na sociedade brasileira, quando o ex-Presidente havia sido nomeado Ministro da Casa Civil da Presidência da República”. Ressaltando o Supremo Tribunal Federal: “[.] a decisão que ordenou os vazamentos violou a competência do STF e ainda se revelou ilícita por envolver a divulgação de trechos de diálogos captados após a determinação judicial de interrupção das interceptações telefônicas”.

Nesse ínterim, o acórdão rememorou que no julgamento do HC. 95.518/PR, o Supremo Tribunal Federal já analisou alegações de que o ex-juiz, Sérgio Moro, teria ultrapassado os limites do sistema acusatório. No rememorado, questionava-se a parcialidade do ex-juiz na Operação Banestado. Segundo o STF, o ex-juiz havia proferido, reiteradamente, decisões contrárias as ordens de instâncias superiores,

²⁹ “Nicolau Eymerich nasceu em 1320 em Gerona, no reino de Catalunha e Aragão. Fez-se dominicano, com excelente formação jurídica e teológica. Em 1357 já é inquisidor-geral do reino até 1392. Pelo excesso de zelo inquisitorial foi exilado dos territórios de Catalunha e Aragão. Mas foi compensado em 1371 com o convite para ser o Capelão do Papa Gregório IX (o criador da Inquisição) quando estava no exílio em Avinhão e depois em Roma. Em 1376, ainda em Avinhão, escreveu o Manual que o tornou famoso. Morreu em Gerona em 1399”. EYMERICH, Nicolau. **Manual dos inquisidores**. 2. ed. Brasília, DF: Rosa dos Ventos, 1993.

bem como adotado estratégias de monitoramento de advogados dos réus³⁰. (HC. 95.518/PR)

Reconheceu o Min. Celso de Mello que, o interesse pessoal que o magistrado revela em determinado procedimento persecutório, adotando medidas que fogem à ortodoxia dos meios que o ordenamento positivo coloca à disposição do poder público, transforma a atividade do julgador numa atividade de verdadeira investigação penal, revelando-se um magistrado investigador³¹. Assim sendo, é válida a citação do livro que recuperou a história da Operação Banestado, obra que perquiriu os fatos e as decisões judiciais de toda Ação Penal. Segundo o citado:

[...] o escândalo do Banestado é até hoje o maior crime financeiro da história do Brasil, com mais de US\$ 380 bilhões em remessas monetárias ilegais – o que equivale a mais de US\$ 600 bilhões em valores atuais e 30 vezes mais do que as maiores estimativas relativas à Operação Lava Jato”. O responsável pela apuração do caso Banestado foi o então juiz Sérgio Moro que, ao não anexar as provas no processo, levou à absolvição de todos os envolvidos citados [...].

Enfatiza-se que no ano de 2020, diante do julgamento do Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus n.º 144.615, o qual tratava sobre a parcialidade do ex-juiz na Operação Banestado, o Supremo Tribunal Federal declarou que:

[...] O juiz de primeiro grau exerceu funções típicas dos órgãos competentes para investigação e acusação. Com efeito, o então Juiz Sérgio Moro colheu pessoalmente os depoimentos dos colaboradores [...]. Assim, comprovada a parcialidade do magistrado, nos termos da fundamentação explicitada - e aqui, insisto, não se trata *stricto sensu* de impedimento ou suspeição, mas, sim, de parcialidade -, impõe-se a concessão da ordem³².

Coerente ao julgamento supracitado, se na operação Banestado o ex-juiz exerceu funções típicas dos órgãos acusadores competentes para investigar e acusar, além de, sem nexo processual, deixar de anexar provas durante à instrução da

³⁰ Interessante observar que, a postura inquisitorial do ex-juiz Sérgio Moro se repetiu no mesmo *modus operandi*, tanto na Operação Banestado, quanto na Operação Lava Jato, quando o ex-juiz buscou monitorar estratégias de defesas dos acusados, conduta inaceitável ao Estado Democrático de direito.

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 95.518/PR. Relator: Ministro Eros Grau, Segunda Turma. Brasília, 28 de maio de 2013. **Dje**. 27 de outubro de 2020. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1153649096/agreg-no-recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-144615-pr-4000125-1520171000000/inteiro-teor-1153649097>. Acesso em: 10 nov. 2021.

³² O documento pode ser acessado através do sítio ofício do Supremo Tribunal Federal, na aba de autenticação de documentos, sob o código 684C-E2DA-4775-3E84 e senha 8F22-756E-D069-1B56.

Operação Lava Jato, ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, o ex-juiz realizou iniciativas sem qualquer provocação do órgão acusatório (HC. 164.493/STF). Assim atestou a Suprema Corte: “Por fim, tanto a juntada do acordo aos autos quanto o levantamento do seu sigilo ocorreram por iniciativa do próprio juiz, isto é, sem qualquer provocação do órgão acusatório”.

Para não perder de vista, o Supremo Tribunal Federal se referiu ao acordo de delação premiada realizado nos autos da Ação Penal n.º 5063130 17.2016.4.04.7000 (instituto Lula). O delator do acordo, por intermédio de seu advogado, narrou supostas práticas de ilícitos penais do ex-Presidente, a fim de se beneficiar juridicamente sob pretexto de redução de pena.

Constata-se que, o levantamento do sigilo do acordo de delação ocorreu na data de primeiro de outubro de 2018, uma semana antes da votação para escolha do Cargo de Chefe do Poder Executivo do Brasil das eleições de 2018. De tal maneira que, ao final da narração dos fatos que denotaram a parcialidade do ex-juiz, constata-se a seguinte observação, não desapercibida pelo julgamento da Suprema Corte:

O último fato indicativo da perda de imparcialidade do magistrado consiste no fato de haver aceitado o cargo de Ministro da Justiça após a eleição do atual Presidente da República, Jair Bolsonaro, que há muito despontava como principal adversário político do paciente. Sergio Moro decidiu fazer parte do Governo que se elegeu em oposição ao partido cujo maior representante é Luiz Inácio Lula da Silva.

O ex-juiz foi diretamente beneficiado pela condenação e prisão do paciente.

A extrema perplexidade com a aceitação de cargo político no Governo que o ex-magistrado ajudou a eleger não passou despercebida pela comunidade acadêmica nacional e internacional.

Ante as consequências políticas comentadas no acórdão, além de ajudar a eleger o atual Presidente da República, Jair Bolsonaro, o ex-juiz, Sérgio Moro, condenou um constituinte através de iniciativas contrárias as regras processuais penais.

Vale salientar, um homem incorporado à República Federativa do Brasil, gozando da função pública de Magistrado Federal na Instituição do Poder Judiciário: investigou, julgou e condenou, sem o devido processo legal, um constituinte, ex-Presidente da República.

4 CONCLUSÃO

Isto posto, a presente escrita, através das análises obtidas, conseguiu identificar alguns pontos relevantes a respeito da posição do juiz no processo penal brasileiro. Assim, através do julgamento do Habeas Corpus nº. 164.493, foi possível constatar que as atitudes de um juiz parcial podem interferir não só na liberdade de um constituinte, mas também no cenário político. Com a chegada do Pacote Anticrime e do seu art.3-A, dispositivo este responsável por inserir a prática do Juiz das Garantias no sistema processual pátrio, surge uma expectativa, no meio acadêmico, de que tal inserção aumente a garantia de imparcialidade por parte dos julgados.

A referida expectativa, assim, deverá prosseguir aos que almejam um sistema processual penal democrático, pensar e repensar o que significa ser justo no sistema processual penal é raciocinar acerca da própria essência da humanidade: a liberdade. Não por outro motivo, o Direito Penal e Processual Penal nasceram como filosofia. E, para além da matéria penal, o que se pôde compreender durante esta pesquisa é que a discussão entre poder-punitivo e fato-injusto é uma das, senão a mais, antiga da humanidade. Do revelado, constata-se que a Bíblia Sagrada narra o primeiro homicídio da humanidade, como já citava a letra de Racionais (2002): “Desde o povo antigo foi sempre assim, quem não se lembra que Abel foi morto por Caim”. Por conseguinte, os fatos que nos séculos mais recentes são tipificados como crimes por normas legais sempre existiram, e de uma análise empírica, sempre existirão.

Ao raciocinar acerca da punição não se pretende obter uma impunidade, ao contrário, o sistema processual penal está aí para isto, constatar o fato-crime e assegurar a punição. Esta última sendo de acordo com os preceitos constitucionais e consequentemente imparciais. Este é o fato crítico de se pensar acerca do processo penal. Ao contrário do Processo Civil, o que se tem por objeto de decisão no processo penal é a garantia da liberdade, mas não um litígio de interesses quando do processo se tem o contencioso. Por fim, o que se abriu de conhecimento durante esta pesquisa resume-se em preocupação acerca do sistema processual penal brasileiro. Indaga-se se o processo penal serve para quem ou para algo. Esta é uma indagação de resposta incerta, pode-se dizer que de um lado a finalidade do processo penal é garantir uma condenação justa sob aplicação constitucional. De outro lado, do nunca imaginável a quem na carteira da academia de direito se encontra, ocorreu nos dias atuais o julgamento por um ex-juiz posteriormente tido como parcial e responsável por

influenciar uma campanha política de âmbito nacional. Eis que, mais uma vez, se repete a indagação, um processo penal para quem ou para algo?

Assim como a humanidade evolui e se transforma, as punições e julgamentos durante a história da punição também se transformaram, a vingança privada, por exemplo, advinda da ideia do poder-dever-punir, sob iniciativa familiar, alcançou seu excesso de vingança e foi regulada pela Lei do Talião, da mesma forma o Código de Hamurabi preocupado com falsas acusações estabeleceu regramento de prova, punição do acusador que não comprovar suas afirmações, o falso testemunho e a prevaricação dos juízes.

O dogma, da mesma forma que a ideia de punir, também evolui, senão, à época da concepção religiosa, São Tomaz de Aquino, mediante caridade, o amor e a fraternidade exerceu influência no Direito Canônico e as sanções espirituais, sanções essas que foram utilizadas no Direito Eclesiástico e empregado na doutrina do príncipe do magistrado, evitando-se punir mediante delegação divina. Ressalta-se que esta época foi marcada pela criação do sistema inquisitivo e a busca da verdade real por meio de tortura. Ainda, não se pode esquecer que o sistema romano em épocas da *Cognitio*, Advento da República, Império Romano e sua queda se adaptou, pois, todos estes acontecimentos decorreram da sociedade, e esta não se pode esquecer que é mutável.

Sem antes adentrar na evolução do pensamento de Beccaria mediante seu pensamento filosófico, a descentralização do poder sob passagem para concepção política do sistema de punir em fases de direito romano escrito em contraponto ao direito nacional consuetudinário, direito feudal ou vingança privada em contraponto ao direito do estado ou da pena pública, demonstram, mais uma vez, que os fatos sociais são responsáveis pelo regramento do direito de punir, ou aqui no âmbito processual, direito de averiguar o direito de punir.

Do exposto, interessante observar que, dentre todas as evoluções da história da humanidade, o responsável por inserir a concepção jurídica na concepção poder-dever-punir foi um filósofo e não um magistrado político. Beccaria, contra a tradição política que se utilizava do pretexto poder-dever-punir, escreveu o Tratado dos Delitos e das Penas sob filosofia francesa aplicada à Legislação Penal, invocando a razão e o sentido, fazendo-se porta-voz dos protestos da consciência pública contra os julgamentos secretos, estabelecendo limites entre a justiça divina e a justiça humana, entre os pecados e os delitos.

O pensamento do filósofo estabeleceu regras para o processo criminal, já que em sua ótica, o processo penal compreenderia um conjunto de normas protetivas dos direitos do homem contra os excessos que o Estado poderia praticar em nome da manutenção da ordem. De forma que, com a evolução da sociedade, criou-se a escola clássica, essencialmente filosófica e política, a escola positiva tendo como vetor a concepção do Direito Penal e Processual Penal como limitação ao direito de punir e a transferência da punição do corpo da alma para do agente.

Por conseguinte, o que se pode retirar destas constatações acerca da evolução humana e as regras do Poder-Dever-Punir se baseia ao questionamento. Questionar uma ação de um julgador que pode, ao mesmo tempo, investigar e acusar sob pretexto de alcançar uma verdade real, nada se distanciando de um paradoxolegal. A verdade real não é demonstrável e o seu uso afasta a garantia de imparcialidade do julgador.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. (Tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bossi; revisão da tradução e tradução dos novos textos Inove Castilho Benefetti). 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ALVES, Edivaldo Pereira. A vida é um desafio. *In*: [...] Quem não se lembra que Abel foi morto por Caim [...]. **1000 Trutas, 1000 Tretas**. Cosa Nostra, 2006. CD. Faixa 9.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Versão para E-book: Ridendo Castigat Mores, 1764.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 17 set. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 13 outubro. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 01 nov. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 31 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 01 nov. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 01 nov. 2021.

BRASIL. Lei n.º 9.296, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 25 de julho de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm. Acesso em: 02 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n.º 1325663/SP. Relatora: Ministra: Nancy Andrighi, Terceira Turma. Brasília, 11 de junho de 2013. **Dje**. Brasília, 24 de junho de 2013. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23541193/recurso-especial-resp-1325663-sp-2012-0024374-2-stj>. Acesso em: 28 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n.º 144.615. relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 03 de setembro de 2009. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6564853/habeas-corpus-hc-144615>. Acesso em: 10 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AG.REG. NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS: RHC 4000125-15.2017.1.00.0000 PR 4000125-15.2017.1.00.0000. Relator: Ministro Edson Fachin, Segunda Turma. Brasília, 25 de agosto de 2020. **Dje**. 27 de outubro de 2020. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1153649096/agreg-no-recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-144615-pr-4000125-1520171000000/inteiro-teor-1153649097>. Acesso em: 10 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 164.493/PR. Relator: Ministro Edson Fachin, Segunda Turma. Brasília, 09 de março de 2021. **Dje**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/stf-publica-acordao-turma-suspeicao.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 95.518/PR. Relator: Ministro Eros Grau, Segunda Turma. Brasília, 28 de maio de 2013. **Dje**. 27 de outubro de 2020. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1153649096/agreg-no-recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-144615-pr-4000125-1520171000000/inteiro-teor-1153649097>. Acesso em: 10 nov. 2021.

COLLI, Giorgio. **O nascimento da filosofia**. 2.ed. (Tradução de Federico Carotti). Campinas: Editora da UNICAMP, 1992.

DE OFÍCIO. *In*: **Dicionário jurídico**. 23. ed. São Paulo: Rideel, 2019.

DELEUZE, Gilles. **Empirismo e subjetividade**: ensaio sobre a natureza humana segundo Hume. 1. ed. Editora: 34, 2001.

EYMERICH, Nicolau. **Manual dos inquisidores**. 2. ed. Brasília, DF: Rosa dos Ventos, 1993.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: história da violência nas prisões. Petrópolis: Vozes, 1987.

HUME, David. **Uma investigação sobre o entendimento humano**. (Tradução de José Oscar de Almeida Marques). São Paulo: UNESP, 1999.

HUME, David. **Tratado da Natureza Humana**: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. (Tradução de Débora Danowski). São Paulo: UNESP, 2001.

INCUMBIR. *In*: **DICIO**, Dicionário Online de Português. Porto: 7Graus, 2021. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/incumbir/>. Acesso em: 20 out. 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado**. Salvador: Juspodivm, 2016.

LIVRE CONVENCIMENTO. *In*: **Dicionário jurídico**. 23. ed. São Paulo: Rideel, 2019.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. **Sobre o autor**. Disponível em: <https://aurylopesjr.com.br/sobre-mim/>. Acesso em: 05 nov. 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Entenda o caso da Lava Jato**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso>. Acesso em: 08 nov. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PARANÁ. Justiça Federal. Ação Penal nº. 5063130 17.2016.4.04/PR. Juiz: Luiz Antonio Bonat, 13ª Vara Federal de Curitiba. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/379241998/processo-n-50631301720164047000-do-trf04>. Acesso em: 30 out. 2021.

PORTO ALEGRE. Tribunal Regional Federal. Ação Penal n°. 5046512-94.2016.4.04.7000/PR. Relator: João Pedero Gebran Neto, Oitava Turma. Porto Alegre, 24 de janeiro de 2018. Disponível em: <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/883779302/apelacao-criminal-acr-50465129420164047000-pr-5046512-9420164047000/inteiro-teor-883779303?ref=feed>. Acesso em: 30 out. 2021.

PROVA EVIDENTE. In: **DICIO**, Dicionário Online de Português. Porto: 7Graus, 2021. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/pesquisa.php?q=prova+evidente>. Acesso em: 20 out. 2021.

RELATIVIZAÇÃO. In: **DICIO**, Dicionário Online de Português. Porto: 7Graus, 2021. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/relativizacao/>. Acesso em: 20 out. 2021.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Pesquisa de jurisprudência**. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=Guilherme%20de%20souza%20nucci&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 20 out. 2021.