

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

HERIC STILBEN

CONQUISTA NORMANDA E INFLUÊNCIAS DA EUROPA CONTINENTAL NA
FORMAÇÃO DO PROCESSO PENAL INGLÊS: POR UM DIREITO PROBATÓRIO
INDEPENDENTE DO DISCURSO DICOTÔMICO ACERCA DE SISTEMAS
PROCESSUAIS PENAIIS

CURITIBA

2021

HERIC STILBEN

CONQUISTA NORMANDA E INFLUÊNCIAS DA EUROPA CONTINENTAL NA
FORMAÇÃO DO PROCESSO PENAL INGLÊS: POR UM DIREITO PROBATÓRIO
INDEPENDENTE DO DISCURSO DICOTÔMICO ACERCA DE SISTEMAS
PROCESSUAIS PENAIIS

Dissertação apresentada ao curso de Pós-Graduação em
Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade
Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do
título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. João Gualberto Garcez Ramos

CURITIBA

2021

S856c

Stilben, Heric

Conquista normanda e influências da europa continental na formação do processo penal inglês: por um direito probatório independente do discurso dicotômico acerca de sistemas processuais penais [meio eletrônico] / Heric Stilben. - Curitiba, 2021.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2021.

Orientador: João Gualberto Garcez Ramos.

1. Processo penal - Inglaterra. 2. Prova (Direito). I. Ramos, João Gualberto Garcez. II. Título. III. Universidade Federal do Paraná.

CDU 343.1(42)

**Catálogo na publicação - Universidade Federal do Paraná
Sistema de Bibliotecas - Biblioteca de Ciências Jurídicas
Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior - CRB-9/1626**

ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE MESTRADO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE MESTRE EM DIREITO

No dia dois de agosto de dois mil e vinte e um às 14:00 horas, na sala REMOTA, CONFORME AUTORIZA PORTARIA 36/2020-CAPEES, foram instaladas as atividades pertinentes ao rito de defesa de dissertação do mestrando **HERIC STILBEN**, intitulada: **CONQUISTA NORMANDA E INFLUÊNCIAS DA EUROPA CONTINENTAL NA FORMAÇÃO DO PROCESSO PENAL INGLÊS: POR UM DIREITO PROBATÓRIO INDEPENDENTE DO DISCURSO DICOTÔMICO ACERCA DE SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS**, sob orientação do Prof. Dr. JOÃO GUALBERTO GARCEZ RAMOS. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em DIREITO da Universidade Federal do Paraná, foi constituída pelos seguintes Membros: JOÃO GUALBERTO GARCEZ RAMOS (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), GUSTAVO HENRIQUE RIGHI IVAHY BADARÓ (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP), SERGIO CRUZ ARENHART (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ). A presidência iniciou os ritos definidos pelo Colegiado do Programa e, após exarados os pareceres dos membros do comitê examinador e da respectiva contra argumentação, ocorreu a leitura do parecer final da banca examinadora, que decidiu pela APROVAÇÃO. Este resultado deverá ser homologado pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais definidos pelo programa. A outorga de título de mestre está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, JOÃO GUALBERTO GARCEZ RAMOS, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos demais membros da Comissão Examinadora.

CURITIBA, 02 de Agosto de 2021.

Assinatura Eletrônica

02/08/2021 16:22:57.0

JOÃO GUALBERTO GARCEZ RAMOS

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

02/08/2021 16:35:25.0

GUSTAVO HENRIQUE RIGHI IVAHY BADARÓ

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP)

Assinatura Eletrônica

02/08/2021 16:20:13.0

SERGIO CRUZ ARENHART

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)



TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da Dissertação de Mestrado de **HERIC STILBEN** intitulada: **CONQUISTA NORMANDA E INFLUÊNCIAS DA EUROPA CONTINENTAL NA FORMAÇÃO DO PROCESSO PENAL INGLÊS: POR UM DIREITO PROBATÓRIO INDEPENDENTE DO DISCURSO DICOTÔMICO ACERCA DE SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS**, sob orientação do Prof. Dr. JOÃO GUALBERTO GARCEZ RAMOS, que após terem inquirido o aluno e realizada a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua APROVAÇÃO no rito de defesa.

A outorga do título de mestre está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 02 de Agosto de 2021.

Assinatura Eletrônica

02/08/2021 16:22:57.0

JOÃO GUALBERTO GARCEZ RAMOS

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

02/08/2021 16:35:25.0

GUSTAVO HENRIQUE RIGHI IVAHY BADARÓ

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP)

Assinatura Eletrônica

02/08/2021 16:20:13.0

SERGIO CRUZ ARENHART

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Para meu pai, por me ensinar o valor em ajudar o próximo

Para minha mãe, por me ensinar o valor dos livros

Para meu irmão, por me ensinar o valor da igualdade

AGRADECIMENTOS

Tratando-se o trabalho de fruto de uma série de acontecimentos, sinto que seria injusto especificar determinadas pessoas, ainda que de presença constante, deixando de fora outras que tenham contribuído significativamente para o processo que percorri até esse momento, ainda que com uma simples frase ou indicação de livro.

Desta forma, resolvi que ao narrar a trajetória aqueles que cruzaram meu caminho saberão que fizeram parte de alguma forma e que, portanto, sou eternamente grato.

A ideia de fazer um mestrado sempre esteve presente desde que ingressei no Ministério Público em 2013, mas sendo Promotor de Justiça no interior, o sonho deliberadamente não era alimentado, não apenas pela distância dos grandes centros acadêmicos, mas principalmente pela rápida progressão na carreira, exigindo várias mudanças em curto espaço de tempo. Aliado a isso, havia a real perspectiva de que logo menos iria assumir uma promotoria em Curitiba, meu objetivo final na carreira, permitindo uma maior dedicação acadêmica, além de ter mais opções de programas de pós-graduação – confesso que ingressar no mestrado na UFPR era até certo ponto irrealista para mim.

As coisas começaram a se desencadear – e só me dei conta disso posteriormente – no início de 2018, quando Huber Pereira Cavalheiro, amigo e, até então, Juiz Substituto da Comarca de Medianeira, disse que iria tentar ser selecionado para a Escola Alemã de Ciências Criminais¹, que ocorreria em outubro do mesmo ano na Universidade de Göttingen, Alemanha. A presença de grandes nomes no corpo docente, como Robert Alexy, Claus Roxin, Kai Ambos, Stephen C. Thaman, Wolfgang Frisch, Luis Greco, dentre outros, além da possibilidade de ter uma experiência acadêmica internacional me estimularam a enviar currículo para o processo seletivo, mesmo sem ter um currículo acadêmico que me desse alguma chance. Por algum motivo – e sinceramente não tenho ideia qual seja – estive entre os cerca de 40 brasileiros selecionados, além de Huber.

Durante o curso, tive o prazer de conhecer – e rever – pessoas de diversas áreas do direito – advogados, promotores, juízes, professores, como Fernando Marques, Andressa Schreiber, Fábio Caliari, Luis Greco, Alaor Leite, Carlos Eduardo Gonçalves (Cady, meu eterno goleiro da Universidade Cândido Mendes/RJ), Rhyzea Morais, Ilka Moreira Lins, Rodrigo Reis, Bruno

¹ Organizado pelo CEDPAL – Centro de Estudos de Direito Penal e Processual Penal da América Latina – e pelo Departamento de Direito Penal Estrangeiro da Universidade de Göttingen.

Cunha Souza, Ivan Navarro Zonta, Diogo Mentor, pessoas que futuramente reencontraria em eventual parceria profissional e/ou acabariam se tornando grandes amigos. Dentre esses, cito especialmente a pessoa de Júlio Mello, que com Huber forma uma dupla que considero responsável pelo meu “resgate acadêmico”, até hoje proporcionando intensos e profundos debates sobre política, direito, instituições, etc em nosso grupo do *whatsapp*, cujo respeito e consideração pela opinião do outro, apesar das diferentes visões, me permite crer no modelo de democracia ideal.

Prosseguindo no desencadeamento, quase ao final do curso na Alemanha, Fábio Caligari comentou que era um admirador da obra do professor Paulo César Busato, professor da UFPR e que, sendo também membro do Ministério Público do Paraná, sugeriu “ligue para ele, de repente você entra no grupo de estudos dele, afinal, você quer mestrado não quer?”. Dei uma hesitada, já que ainda estava no interior do Paraná, mais precisamente em Toledo, e por só conhecer o Prof. Busato por nome, nunca ter dado um “oi”. De todo modo, voltei para o Brasil com isso na cabeça.

Nesse momento parecem fazer ainda mais sentido as palavras de Steve Jobs, quando no famoso discurso aos formandos da Universidade de Stanford em 2005, dizia que “os pontos só se conectam em retrospecto”. Em outros termos, é olhando para o passado que as coisas – boas ou ruins – parecem ter acontecido na exata medida para que algo pudesse ser realizado.

Um primeiro desses “pontos” foi o fato de poucos dias após ter retornado da Alemanha ter sido julgado um edital de remoção para Curitiba onde acabei sendo escolhido para assumir a 69ª Promotoria de Substituição do Foro Central, mudando para a capital no meio de outubro de 2018.

Ao chegar em Curitiba resolvi ligar para o prof. Busato. Disquei diretamente no gabinete dele quando uma voz meio brava atendeu “alô”. “Poderia falar com o Dr. Busato, por favor?”, perguntei. “É ele”, respondeu. Meio surpreso, pela ausência de uma secretária, estagiário ou assessoria atendendo, respondi sem pensar: “Boa tarde, dr. O senhor não me conhece, aqui é Heric Stilben, seu colega. Acabei de remover para Curitiba e queria fazer parte do seu grupo de estudos”, sendo rebatido de imediato “Qual deles?”. E agora? Não tinha ideia do que responder. Percebendo minha relutância na resposta, ele prosseguiu “qual o seu objetivo? É para o exercício da função, mestrado...?”. “Mestrado...”, respondi com a mesma segurança que os

zagueiros do Flamengo transmitem aos torcedores nesse ano de 2021. “Então é o grupo da FAE². Temos reunião esse sábado as 11h, apareça lá, abraços” e desligou o telefone.

Um segundo ponto coincidente foi que, por motivos que desconheço, o edital do processo seletivo para o mestrado na UFPR, geralmente publicado no início do segundo semestre, vinha sendo postergado. Como Paulo Busato era professor do programa de pós-graduação da UFPR, resolvi puxar o assunto ao final de um dos encontros, ao que me disse que só estava orientando temas que envolvessem responsabilidade penal da pessoa jurídica. Como meu interesse era em processo penal, Paulo Busato sugeriu procurar um orientador da área do processo penal, indicando o professor João Gualberto Garcez Ramos, membro do Ministério Público Federal e que estava retornando ao programa de pós-graduação.

Por conta de um texto abordado na Escola Alemã de Ciências Criminais³, vinha refletindo sobre a questão da prova penal e o tratamento dado pelo ordenamento brasileiro à garantia da não autoincriminação, aparentemente bem diverso do cenário europeu. Coincidentemente, a pesquisa do professor João Gualberto Garcez Ramos envolvia o desenvolvimento histórico de institutos processuais ligados ao direito norte-americano, dentre eles o *privilege against self-incrimination*. Terceiro ponto de ligação.

Edital publicado no fim do ano de 2018, entrei em contato com Ronaldo Mion, amigo e colega de Ministério Público, na época mestrando da UFPR, pedindo dicas sobre o processo seletivo e perguntando se conhecia o professor João Gualberto. Quarto ponto de ligação: Ronaldo não só conhecia como estava por ele sendo orientado. Durante cerca de um mês tirei o sono de Ronaldo com as inúmeras e valiosas correções que fez no meu pré-projeto de pesquisa, um dos requisitos para o processo seletivo, além da ajuda com material para estudo da prova e dicas de da última etapa do processo seletivo, uma “prova oral” com a banca.

Aprovado no processo seletivo (e em uma universidade pública, realizando – ainda que um pouco tarde – aquele velho sonho dos pais quando os filhos estão na adolescência), tive a honra de testemunhar a tarefa hercúlea enfrentada por uma universidade federal para manter o nível de excelência no ensino frente ao longínquo problema de recursos financeiros, potencializado pelo período vivenciado, em que a ciência é constantemente atacada pela tentação poderosa das

² Grupo de Estudos “Modernas Tendências do Sistema Criminal”, vinculado à FAE – Centro Universitário – Curitiba.

³ Texto posteriormente publicado em MENDES, Paulo de Sousa. **O princípio do processo equitativo na jurisprudência do TEDH**. *Revista de Estudos Europeos*. n. extraordinário monográfico 1-2019. p. 66-78.

pseudociências⁴, a Era da Grande Ilusão. Parcela responsável pela resistência acadêmica, sem dúvida, está no corpo docente, e dos que foram meus professores, cito Emerson Gabardo, Antonio Serbena, Sérgio Said Staut Junior, Alaor Leite, Ricardo Marcelo Fonseca, Guilherme Brenner Luchesi, pelos quais manifesto profunda admiração, respeito e agradecimento.

Destaco o professor Paulo César Busato por cumprir, a meu ver, a principal função de um professor tirar o aluno da zona de conforto, o que, no meu caso, significou quase uma internação voluntária em uma clínica psiquiátrica, considerando as incontáveis horas de debates sobre a *verdade*, filosofia da linguagem, Wittgenstein, Vivés Antón, Jürgen Habermas. Se tive ligeira capacidade cognitiva para absorver parcela dos ensinamentos, a segunda parte desse trabalho é fruto desses debates.

Um agradecimento mais do que especial ao professor João Gualberto Garcez Ramos, pela orientação e principalmente paciência quando recebia diversas mensagens e/ou ligações ante o entusiasmo deste que escreve por conta de algum *insight*, livro ou texto encontrado.

Ao lado do corpo docente, como integrantes da outra frente da resistência acadêmica, estão meus colegas de mestrado, alguns deles que tenho enorme carinho, como Alana Gonçalves, Fernanda Valiati, Fernando Fischer, Gabriela Varela, Isabella Castro, Ivan Navarro Zonta, Pedro Athayde e Rhayssam Arraes.

Faço ainda menção aos colegas da 4ª Geração do *Máster en Razonamiento Probatorio* da Universidade de Girona, que ao longo dos últimos dois anos vêm proporcionando valiosos debates na área do direito probatório, que muito serviram para o presente texto: Christina Fornazari, Livia Moscatelli, Robson Renault Godinho e Saulo Mattos.

Por fim, ao Ministério Público do Paraná por ter me acolhido e pelo apoio no processo de continuidade de conhecimento.

⁴ SAGAN, Carl. **O mundo assombrado pelos demônios**: a ciência vista como uma vela no escuro. 1. ed. São Paul: Companhia das Letras. 2006. p. 51.

Nullius addictus iurare in verba magistri

Horatius

RESUMO

O presente trabalho tem a pretensão de analisar os impactos gerados pela dicotomia entre sistemas processuais penais nos debates doutrinários acerca do processo penal, especificamente em tema de direito probatório, e como isso afeta as reformas legislativas. Para tal, de início é feita uma análise da relação da sociedade medieval com o direito, a fim de entender o papel deste como instrumento unificador e ordenador, e os usos pela Igreja Católica e demais instâncias de poder. Em seguida, é abordado em paralelo o desenvolvimento dos formatos de persecução criminal na Europa continental e na Inglaterra após o século XI, demonstrando que, além da origem comum de ambos, houve uma forte influência recíproca, impedindo afirmações quanto a um sistema processual puro. Na segunda parte, após demonstrar o discurso dicotômico na doutrina brasileira, será visto que o tema central do debate em direito probatório é o papel exercido pela *verdade* nos ditos sistemas processuais. Por fim, é proposta uma concepção de verdade baseada na Teoria Discursiva de Jürgen Habermas, que permite a justificação de enunciados no processo penal, aproximando-se da visão de Michele Taruffo.

Palavras-chave: Sistemas Processuais; Acusatório; Inquisitório; Processo Penal Inglês; Direito Probatório; Verdade.

ABSTRACT

The present work intends to analyze the impacts generated by the dichotomy between criminal procedural systems in the doctrinal debates about the criminal process, specifically in the subject of evidential law, and how this affects the legislative reforms. To this end, an analysis of the relationship between medieval society and law is made initially, in order to understand its role as a unifying and ordering instrument, and its uses by the Catholic Church and other instances of power. Then, the development of criminal prosecution formats in continental Europe and England after the eleventh century is discussed in parallel, demonstrating that in addition to the common origin of both, there was a strong reciprocal influence, preventing claims about a pure procedural system. In the second part, after demonstrating the dichotomous discourse in Brazilian doctrine, it will be seen that the central theme of the debate on evidential law is the role played by truth in these procedural systems. Finally, a conception of truth based on Jürgen Habermas's Discursive Theory is proposed, which allows the justification of statements in criminal proceedings, approaching Michele Taruffo's vision.

Key-words: Procedural Systems; Accusatory; Inquisitorial; English Criminal Procedure; Rules of Evidence; Truth.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
1 PARTE I – UMA REVISITA AOS FORMATOS DE PERSECUÇÃO CRIMINAL NA EUROPA PRÉ-CONTEMPORÂNEA	20
1.1 COMPREENDER O PASSADO. FRAGMENTAÇÃO SOCIAL E O PAPEL DO DIREITO NA SOCIEDADE MEDIEVAL	20
1.2 SISTEMAS PROCESSUAIS. CONTROLE DO SOCIALMENTE ORDENADO	23
1.3 PERSECUÇÃO CRIMINAL NA EUROPA CONTINENTAL. SISTEMA INQUISITIVO. SÉCULO XII.....	29
1.3.1 Inquisição: tribunal de mil faces.....	29
1.3.2 Direito canônico.....	31
1.3.3 Inquisição católica	34
1.4 PERSECUÇÃO CRIMINAL NA INGLATERRA	42
1.4.1 Fontes históricas	42
1.4.2 Do alto medievo ao método do <i>accused speaks / speaking for himself</i>	44
1.4.3 Método do <i>testing the prosecution</i> : intervenção do advogado e declínio do <i>court as a consuel</i>	52
1.5 INFLUÊNCIAS RECÍPROCAS NOS MODELOS E PRÁTICAS PROBATÓRIAS	55
1.6 SÉCULO XVII. ALARGAMENTO DO CONTÍNUO FLUXO DE INFLUÊNCIAS RECÍPROCAS	65
2 PARTE II – DESPINDO O DISCURSO DICOTÔMICO EM BUSCA DO PROCESSO JUSTO	68
2.1 ECOS DA DISTORÇÃO	68
2.1.1 Apelo ao acusatório e a figura do juiz na reforma do Código de Processo Penal	74
2.1.2 A busca da verdade como tapume de automatismo	83
2.1.3 Síntese conclusiva.....	87
2.2 POR UMA CONCEPÇÃO DISCURSIVA DE VERDADE.....	91
2.2.1 Processo justo como legitimação do controle social	91
2.2.2 O problema da verdade.....	98
2.2.3 Usos da verdade. Habermas a Taruffo.....	100
2.2.4 Pretensão de verdade e direito probatório.....	111
3 CONCLUSÃO	114
REFERÊNCIAS	118

INTRODUÇÃO

Encontram-se enraizadas nos debates da doutrina nacional e estrangeira ideias que remetem à pureza de determinado *formato* de processo penal⁵, assentadas em uma oposição rigorosa entre diferentes sistemas de justiça⁶, com características que seriam próprias de cada um, não sendo incomum comparações entre momentos separados por mais de mil anos.

Dessa polarização decorre uma série de expressões contrapostas, sendo o primeiro grupo (referenciado como “democrático”⁷) composto por *processo acusatório; adversarial; princípio dispositivo; resolução de conflitos; juiz passivo; sujeito de direitos*. Já no segundo grupo (de ordem autoritária) estariam expressões como *inquisitório; princípio da oficialidade; descoberta da verdade; juiz ativo; sujeito como objeto*, dentre outros⁸.

Ao estabelecer o que seriam características inquisitórias, vale-se parcela da doutrina processual brasileira de um recurso argumentativo quando pretende extirpar determinado instituto do debate, impondo-lhe uma suposta “origem inquisitória”⁹, criando uma visão antidemocrática em torno daquele, bem como de qualquer autor que pretenda abordá-lo¹⁰. Trata-se do *apelo ao inquisitório*, e que ganhou mais ênfase com as recentes reformas processuais trazidas pela Lei 13.694/19, o chamado Pacote Anticrime, especialmente no que tange à atuação do juiz no processo penal.

⁵ Em ampla análise: JIMENO BULNES, Mar. El proceso penal en los sistemas del Common Law and Civil Law: los modelos acusatorios e inquisitivo en pleno siglo XXI. *Justicia*, n. 2, 2013. esp. p. 206. Ver também: ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 53-54.

⁶ TARUFFO, Michele. *A prova*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 186.

⁷ ANDRADE, *op. cit.*, p. 397/398; VIEIRA, Renato Stanzola. O que vem depois dos “legal transplants”? Uma análise do processo penal brasileiro atual à luz de direito comparado. *Rev. Bras. de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4. n. 2. p. 767-806, maio-ago. 2018. p. 788; LANGER, Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure. *Harvard International Law Journal*, v. 45. n. 1. p. 1-64. 2004., com ampla referência em nota de rodapé 66 e 68; COSTA, Angelo Augusto. Para sair da conjuntura: uma agenda de pesquisa sobre a distinção entre sistema acusatório e inquisitório. In: TINOCO, Livia Nascimento *et al.* (org.). *Desafios contemporâneos do sistema acusatório*. Brasília: ANPR, 2018. p. 151.

⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. Volume único. 8. ed. rev. amp. e atual. Salvador: Juspodium, 2020. p. 42/43; THUMS, Gilberto. O mito sobre a verdade e os sistemas processuais. In: CARVALHO, Salo de (org.). *Leituras Constitucionais do Sistema Penal Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 153 e ss; KHALED JUNIOR, Salah H. *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2016. p. 154.

⁹ Lopes Jr. repetidas vezes fala no *ranço inquisitório*. V. LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2019. Já Khaled Jr. prefere a expressão *sensibilidades inquisidoras* (KHALED JUNIOR, Salah H. *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2016. p. 31).

¹⁰ Como aponta ANDRADE, Mauro Fonseca. Sobre a Processualística Universitária: o ensino do direito processual penal no Brasil e seu atual estágio. In: SILVA, Ângelo Roberto Ilha da (org.). *Temas de Direito Penal, Criminologia e Processo Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 127-172.

Ao revés, como um outro lado da moeda, institutos que seriam historicamente vinculados ao chamado sistema acusatório estariam amparados por uma premissa democrática, liberal, e, portanto, deveriam ser inseridos no ordenamento jurídico brasileiro.

Essa dicotomia, entretanto, aliada a uma ampla diversidade doutrinária na conceituação dos termos “acusatório” e “inquisitório”, leva a debates infundáveis sobre quais institutos deveriam ou não estar previstos na legislação brasileira, prejudicando o produto final, inevitavelmente. Apenas a título de exemplo, já que o tema será mais bem abordado em capítulo próprio¹¹, cite-se a incongruência legislativa quanto ao formato de atuação do juiz em termos de atividade probatória, considerando o contraste entre a parte final do artigo 3º-A e o artigo 156, I, ambos do Código de Processo Penal.

Considerando a centralidade que o papel do juiz exerce na construção de um formato processual, a presente pesquisa buscará a desconstrução das vinculações dicotômicas entre acusatório x inquisitório do ponto de vista histórico, demonstrando a ausência de qualquer vínculo necessário entre (in)atividade probatória do juiz com a ideia de processo (in)justo¹². E assentada essa ideia, prossegue-se com propostas teóricas no âmbito do direito probatório para justificar uma melhor análise dos fatos sob os quais a valoração da prova irá incidir.

Para isso, na primeira parte do trabalho será analisado o desenvolvimento histórico dos formatos de persecução criminal na Inglaterra e Europa Continental entre os séculos XII e XVIII, fazendo-se um contraponto a afirmações doutrinárias nacionais sobre como funcionaria o processo penal em determinado período. E pela absoluta extensão do tema, obviamente alguns recortes são necessários.

Primeiramente, a justificativa espaço-temporal está na chamada “Grande Divisão”, termo cunhado por Weigend¹³ para referir-se ao movimento ocorrido a partir dos séculos XII e XIII, período em que Inglaterra e Europa Continental desenvolvem diferentes sistemas para substituir as práticas existentes desde a queda do Império Romano do Ocidente, dando início aos procedimentos criminais de base na *common law* e no direito romano-germânico, as duas

¹¹ Item 2.1.1.

¹² BACHMAIER WINTER, Lorena. Sistemas procesales penales e imparcialidad del juez: Imparcialidad y prueba en el proceso penal – reflexiones sobre la iniciativa probatoria del juez. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 501-532, maio/ago. 2018; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones. **Revista Catalana de Seuretat Pública**, mayo 2010, p. 138.

¹³ WEIGEND, Thomas. The Decay of the Inquisitorial Ideal: Plea Bargaining Invades German Criminal Procedure. In: JACKSON, John; LANGER, Máximo; TILLERS, Peter. **Evidence in a comparative and international context**. Essays in Honour of professor Mirjan Damaska. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2008. p. 40.

tradições jurídicas de maior influência para o mundo ocidental nos séculos subsequentes até os dias atuais¹⁴.

Na perspectiva europeia continental, o estudo está centralizado no formato inquisitório religioso, tendo em vista a hegemonia que a Igreja Católica vinha construindo na sociedade medieval desde o século IV do nosso tempo, principalmente no ano de 380, quando o Cristianismo é oficializado por Teodósio I como religião oficial do Império Romano, protagonismo que vai se consolidando após as invasões bárbaras¹⁵.

Para falar de processo inquisitivo religioso, entretanto, far-se-á uma contextualização acerca dos motivos que levaram a Igreja a ver no direito uma ferramenta tão essencial ao ponto de ser criado um direito próprio, o direito canônico, instrumento indispensável para compreensão da especificidade de todo o direito da sociedade medieval¹⁶. A análise do direito canônico, por sua vez, terá atenções a partir também do século XII, após as reformas Gregorianas, quando a dimensão teológica até então prevaiente vai ceder espaço à dimensão jurídica, período cunhado como início do direito canônico clássico¹⁷.

Adentrando ao estudo do sistema inquisitivo, o trabalho será focado na Inquisição Medieval, uma das divisões historiográficas da Inquisição Católica, pois seu “início” coincide temporalmente com a citada “Grande Divisão” das tradições jurídicas. De maneira mais breve, por conta da ampla diferença com os demais regramentos inquisitórios¹⁸, será tratado também da Inquisição Espanhola, bem como sobre a terceira divisão da inquisição religiosa, denominada Inquisição Romana.

Não serão aprofundadas discussões sobre as diferenças entre institutos específicos em determinado regramento, mas sim eventuais influências exercidas entre eles, considerando a pretensão da pesquisa em compreender melhor as origens da noção do processo penal na sociedade medieval levando o jurista brasileiro a questionar a justificação e/ou necessidade de

¹⁴ LANGER, Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure. **Harvard international law journal**, v. 45, n. 1, 2004, p. 18. Para outras tradições jurídicas, ver: VOGLER, Richard. **A world view of criminal justice**. University of Sussex. Routledge: New York, 2017. p. 61-105; DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002; JACKSON, John; LANGER, Máximo; TILLERS, Peter. **Evidence in a comparative and international context**. Essays in Honour of professor Mirjan Damaska. Oxford and Portland: Oregon Hart Publishing, 2008.

¹⁵ LE GOFF, Jacques. **A civilização do ocidente medieval**. Bauru, SP: Edusc, 2005. p. 40; HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Europeia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 148; SHELLEY, Bruce L. **História do Cristianismo: uma obra completa e atual sobre a trajetória da igreja cristã desde as origens até o século XXI**. 1. ed. Rio de Janeiro: Thomas Nelson Brasil, 2018. Kindle. p. 142. Tornando-se oficial em 380 d.C. por Teodósio I.

¹⁶ GROSSI, *op. cit.*, p. 137.

¹⁷ *Ibidem*, p. 143.

¹⁸ “Tanto pela ferocidade na perseguição dos hereges, quanto pela forma de disciplinar o processo”. ANDRADE, Mauro Fonseca. **Inquisição espanhola e seu processo criminal**. 4. reimpr. Juruá: Curitiba, 2011. p. 11.

manutenção de determinados discursos¹⁹. Da mesma forma, não serão objeto de abordagem comparações entre ordenamentos jurídicos nas jurisdições seculares, ante as consideráveis distinções no formato de persecução penal, seja por razões políticas, econômicas, sociais, dentre outras, mas, principalmente, pelo espaço do trabalho.

Quanto ao limite temporal, levando em consideração recentes revisões históricas nas últimas décadas, em especial na obra de John Langbein²⁰, pôde-se perceber um profundo impacto no processo penal na Inglaterra ocorrido a partir do século XVII em razão do surgimento de ideias político-filosóficas que criticavam o formato criminal inglês, que posteriormente vão influenciar as reformas iluministas na Europa Continental no século XVIII, tornando-se a base de desenvolvimento dos ordenamentos criminais contemporâneos²¹.

Não se pretende estabelecer uma nova forma de conceituar determinado sistema, mas debater sobre aspectos históricos que são frequentemente considerados pela doutrina no momento de caracterizar um instituto – em nosso trabalho, a atividade probatória do juiz – como atrelado a um “sistema acusatório” ou a um “sistema inquisitório” e como tais confusões impactam nas propostas de reforma do ordenamento jurídico processual brasileiro.

Consciente do subjetivismo inevitável no processo de periodização, será usado o critério político para delimitar o início e o fim da Idade Média²², que estabelece o primeiro com a deposição do último imperador Romano do Ocidente em 476, e o segundo com a queda de Constantinopla, capital do Império Romano do Oriente (ou Império Bizantino) em 1453, mas tendo em mente que tais marcos servem apenas para fins didáticos, já que transformações das épocas sempre envolvem lentos processos, com circunstâncias que se sobrepõem²³.

Na segunda parte da pesquisa, é abordado como as categorizações decorrentes dos diversos conceitos doutrinários de sistema acusatório e sistema inquisitório impactam negativamente nos debates jurisprudenciais e nas casas legislativas do Congresso Nacional quando das reformas legislativas em temas relacionados ao Direito Probatório, em que, do

¹⁹ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 5.

²⁰ LANGBEIN, John H. **The origins of adversary criminal trial**. Oxford studies in modern legal history. Oxford University Press: New York, 2003. Kindle.

²¹ VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 172.

²² Ainda há outros critérios, como o social, que marcaria o início da Idade Média no ano de 380 d.C., quando o Cristianismo se torna religião oficial do Império Romano pelo decreto de Teodósio I, tendo como marco final o ano de 1517 com o pensamento de Martinho Lutero. Ainda, uma definição do ponto de vista econômico, que aponta como marco inicial o século VIII, quando a expansão islâmica leva ao fechamento comercial da Europa Medieval, gerando a escassez de ouro, seda, papiro e especiarias. Para esse critério, o final da Idade Média ocorreria no século XIV com a retomada do comércio através do Mar Mediterrâneo, no contexto das Grandes Navegações. Para mais: V. PIRENNE, Henri. **Maomé e Carlos Magno: o impacto do Islã sobre a civilização europeia**. Rio de Janeiro: Contraponto. Ed. PUC-Rio, 2010, esp. p. 223 e ss.

²³ LE GOFF, Jacques. **A história deve ser dividida em pedaços?** 1. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2015. p. 14; 31.

ponto de vista do autor, apresentam-se com maior frequência retóricas argumentativas baseadas na ausência de uma unidade conceitual²⁴.

Finaliza-se a segunda parte do trabalho com propostas do autor acerca de uma compreensão de sistema jurídico criminal que, independentemente de nomenclaturas, seja tratado enquanto mecanismo de controle social mais invasivo em termos de restrição de liberdades fundamentais, necessitando, portanto, legitimar-se constantemente em todos seus aspectos, seja na norma, seja na sanção, mas principalmente no processo.

Dentro dessa visão de poder punitivo legitimado enquanto mecanismo de controle social, a fim de colaborar com o assentamento de bases sólidas em matéria probatória, abordar-se-á o “problema da verdade” no processo penal²⁵, justamente pelo frequente uso retórico da “busca da verdade” como sendo um “ranço inquisitório” quando se pretende sustentar a limitação/exclusão da iniciativa probatória do juiz no processo, propondo-se uma concepção sustentada na Teoria Discursiva de Jürgen Habermas em uma visão de verdade como referência para justificação dos enunciados no processo, aproximando-se da visão de Michele Taruffo.

²⁴ ANDRADE, *op. cit.*, p. 126.

²⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. **La búsqueda de la verdade en el processo penal**. 3. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2007. p. 42.

1 PARTE I – UMA REVISITA AOS FORMATOS DE PERSECUÇÃO CRIMINAL NA EUROPA PRÉ-CONTEMPORÂNEA

1.1 COMPREENDER O PASSADO. FRAGMENTAÇÃO SOCIAL E O PAPEL DO DIREITO NA SOCIEDADE MEDIEVAL

Sem as pretensões de datações rígidas, antes de falar de sistemas jurídicos é necessário analisar a forma como o Direito era visto no período observado, exigindo-se um despreendimento de concepções modernas próprias, a fim de melhor compreender séculos de experiência jurídica.

Grossi faz o alerta de que o direito medieval deve ser percebido “como um universo jurídico-distinto e completo, ou seja, marcado por um substancial descontinuidade com o ‘clássico’ e com o ‘moderno’, e principalmente por sua completude”, cuja análise deve ser feita com base em valores fundamentais da época, sob pena de transposições de concepções descontextualizadas se tornarem uma ferramenta propícia para mal-entendidos²⁶.

Exemplo disso seria, diz o autor italiano, o uso grosseiramente errôneo do termo *Estado* para referir-se ao período medieval, visto que a estrutura do chamado moderno Estado de Direito é desenvolvida em períodos recentes e baseada numa peculiar forma de entender o direito, não sendo lícito imobilizá-lo numa espécie de modelo²⁷. Diz o autor:

[...] a noção de Estado é inevitavelmente a consolidada no decorrer da era moderna e introjetada pelo historiador como patrimônio de seu presente, ou seja, caracterizada como uma realidade político-jurídica rigorosamente unitária, na qual unidade significa, no plano material, efetividade de poder em toda a projeção territorial, garantida por um aparelho centrípeto de organização e de coação²⁸.

Uma série de acontecimentos ocorridos por volta dos anos de 235 e 284 de nossa era, e por isso denominada de Crise do Terceiro Século²⁹, levou à renúncia de nada menos do que 30 imperadores antes da assunção do poder pelo imperador Diocleciano no ano de 284. Minava-se o edifício do Império Romano, iniciando uma incapacidade na afirmação da vontade política diante das cada vez mais crescentes invasões bárbaras, culminando no declínio do Império Romano do Ocidente no ano de 476 de nosso tempo, com a deposição de Rômulo Augustulo pelo rei bárbaro Odoacro. O Império Romano do Oriente ainda subsistiria por mais mil anos,

²⁶ GROSSI, Paolo. *A ordem jurídica medieval*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. p. 10.

²⁷ *Ibidem*, p. 25.

²⁸ *Ibidem*, p. 50.

²⁹ *Ibidem*, p. 20.

com capital em Constantinopla, inclusive como símbolo de autoridade para os próprios senhores feudais. Prova disso, segundo Le Goff, está no fato de Odoacro, ao depor o imperador do Ocidente, ter enviado as insígnias imperiais ao imperador Zenão, em Constantinopla, dizendo-lhe que “apenas um imperador bastava”, além de Teodorico ter adotado o nome romano de Flavius e declarando sua submissão ao imperador. Apenas no ano 800 é que Carlos Magno, um rei bárbaro, fez-se imperador do que viria a ser conhecido como Sacro Império Romano-Germânico³⁰.

O período de confusão instaurado³¹ levou a uma fragmentação social que avançava com as mais variadas formas de regime se instalando, mas sem a pretensão totalizante no controle, regulação e absorção das relações sociais existentes em seu território³².

Portanto, uma das chaves de interpretação para compreender o direito no período medieval é ter em mente a ideia de ausência de Estado, ao menos na concepção que toma em consideração a vocação de um programa que tenda à globalidade, coincidindo o poder com as relações sociais³³. Segundo Fioravanti:

No decurso destes dez séculos, certamente não existe uma forma típica de exercício do poder. Existem potências orientadas no sentido universalista, como a imperial, mas muitas vezes mal dotadas de eficácia na vida concreta da sociedade medieval. E, ao contrário, há poderes de agente com outro grau de especificidade sobre espaços territoriais bastante limitados, muitas vezes legitimados apenas pela posse da terra, da qual deriva o mesmo exercício dos poderes de *imperium* [...] Se olhamos agora horizontalmente toda essa complexidade extraordinária, percebemos que estamos diante de formas de exercício de poderes públicos e modos de legitimação bastante diferentes, autocráticos mas também oligárquicos, mais ou menos fechados, ou talvez abertos, como costuma ser o caso das cidades, de forma mais ou menos consistente, em direção à base³⁴.

Dessa ausente vocação de completude de poder no organismo político estatal é que se eleva o papel do direito na manutenção da própria existência da sociedade, um movimento

³⁰ LE GOFF, *op. cit.*, 2005, p. 26-27.

³¹ *Ibidem*, p. 27

³² GROSSI, 2014, p. 54.

³³ *Ibidem*, p. 60.

³⁴ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**. De la Antigüedad a nuestros días. Madrid: Editorial Trotta, 2001 p. 34. No original “En el curso de estos diez siglos no existe ciertamente una forma típica del ejercicio del poder. Existen poderes orientados en sentido universalista, como el imperial, pero con frecuencia escasamente dotados de efectividad en la vida concreta de la sociedad medieval. Y existen por el contrario poderes agentes con otro grado de concreción sobre espacios territoriales bastante limitados, con frecuencia legitimados únicamente por la posesión de la tierra, de donde se deriva el mismo ejercicio de los poderes de *imperium* [...] Si se mira ahora horizontalmente toda esta extraordinaria complejidad, nos damos cuenta de que estamos frente a formas de ejercicio de los poderes públicos y modos de legitimación bastante distintos, autocráticos pero también oligárquicos, más o menos cerrados, o quizás abiertos, como ocurre con frecuencia en el caso de las ciudades, de manera más o menos consistente, hacia la base”.

natural da civilização em proteger-se contra a rebeldia e incandescência do cotidiano. Atribui-se ao direito uma autonomia em relação ao organismo político estatal em um sentido de neutralidade, porém relativa, permitindo que as diversas tradições sociais se estabeleçam enquanto normas jurídicas decorrentes de diferentes fontes de poder construídas sob um vácuo pós-declínio do poder central imperial no século V³⁵.

E se a relação do direito com o poder é parcial, por outro lado é integralmente ligada ao costume, às estruturas econômicas, aos movimentos espirituais³⁶, resultando na dimensão consuetudinária do direito, pois o costume é, por sua própria natureza, uma normativa das coisas, uma coleção de usos nascidos do solo e em constante evolução, ordenando uma comunidade humana³⁷. Ainda, segundo Fioravanti:

Na realidade, todos esses poderes, independentemente de seu raio de ação sobre as pessoas, sobre as coisas e sobre a terra, e independentemente da forma como são legitimados, têm em comum o fato de não serem poderes soberanos, de não ter nenhuma pretensão totalizadora e abrangente em relação aos sujeitos, bens, forças e ordens que existem em termos concretos dentro de suas respectivas jurisdições. Tanto na mais alta e nobre fonte do direito, como no mais humilde estatuto do cidadão, encontramos sempre a mesma característica básica: a parte mais relevante da vida dos cidadãos, especialmente a de relevância econômica e patrimonial, ocorre fora daquelas poucas previsões legais, na prática, seguindo a força normativa autônoma e primária do costume³⁸.

Os diversos grupos irão organizar-se funcionalmente mediante o próprio direito, que, apesar de consuetudinário, será compilado em documentos que imitam as codificações imperiais romanas do Baixo Império (séculos IV e V), que mais tarde viriam a ser chamadas de “leis dos bárbaros” (*leges barbarorum*)³⁹. Hespanha cita como exemplos as *leges visigothorum*,

³⁵ LE GOFF, *op. cit.*, 2005, p. 28-34; 65-67.

³⁶ GROSSI, *op. cit.*, p. 63; 191.

³⁷ LE GOFF, *op. cit.*, 2005, p. 328; PERNOUD, Régine. **Those terrible middle ages**: debunking the myths. Ignatius Press: San Francisco, 2000. p. 69; GROSSI, *op. cit.*, p. 118.

³⁸ FIORAVANTI, *op. cit.*, p. 35. No original, “En realidad, todos estos poderes, independientemente de su radio de acción sobre las personas, sobre las cosas y sobre las tierras, e independientemente de la manera de su legitimación, tienen en común el hecho de no ser poderes soberanos, de no tener ninguna pretensión totalizadora y omnicompreensiva en relación con los sujetos, los bienes, las fuerzas y los órdenes que existen em concreto dentro de sus respectivas jurisdicciones. Tanto en la más alta y noble fuente de derecho, como en el más humilde estatuto ciudadano, siempre encontramos la misma característica de fondo: la parte más relevante de la vida de los ciudadanos, sobre todo aquella de relevancia económica y patrimonial, se desarrolla fuera de aquellas escasas provisiones normativas, en la praxis, siguiendo la fuerza normativa autónoma y primaria de la costumbre”.

³⁹ Sobre as *leis bárbaras*, diz Le Goff que “a diversidade jurídica não era tão grande quanto se pode pensar, primeiro porque as leis bárbaras eram muito parecidas de um povo a outro, depois porque em cada reino um código tendeu a se sobrepor aos demais, enfim porque a marca romana, mais ou menos forte desde o começo - como no caso dos Visigodos -, visto sua superioridade, tendeu a se impor. A influência da Igreja, sobretudo após a conversão dos reis arianos, e as tendências unificadoras dos Carolíngios na passagem do século 8º para o 9º, contribuíram para o recuo ou mesmo desaparecimento da personalidade das leis em favor da territorialidade. Por

a *lex baiuvariorum*, dos bávaros do sul da Alemanha, a *lex borgundionum*, dos brunidos ou borgonheses do leste da França; a *lex salica*, dos Francos; o Edito de Rotário, dos Lombardos⁴⁰, ao lado dos quais podemos incluir o *ius ecclesias*, que sujeitava o clérigo ao direito canônico⁴¹.

Tais leis⁴², não obstante, além de se voltarem a âmbitos restritos, como direito penal e de família, ou a questões que seriam taxadas de direito público – caso dos *Capitularia*, dos monarcas francos –, tratavam-se de *consolidações* de antigos costumes não escritos, sem qualquer pretensão de neles encerrar a totalidade do ordenamento⁴³, preenchendo parcialmente aquele vazio pós-declínio do império Romano Ocidental.

Aquilo que se denomina como *concepção rudimentar do Direito* – um conjunto de comandos produto de uma autoridade dotada de poderes eficazes de coação – é uma visão moderna que só toma forma pós-século XIV⁴⁴, com o declínio da civilização política medieval, quando a “vocação por um poder político completo – se preferirmos, pelo Estado – representar o fermento das estruturas políticas”⁴⁵, uma visão que não pode ser estratificada em um modelo e transposta sem qualquer filtragem.

1.2 SISTEMAS PROCESSUAIS. CONTROLE DO SOCIALMENTE ORDENADO

Após o declínio do Império Romano do Ocidente, os diversos grupos sociais espalhados pela Europa se valeram de práticas relativamente semelhantes a fim de perseguir e penalizar condutas que aflijam a ordem social, basicamente um dever em relação ao patrimônio exercido pela comunidade⁴⁶.

A partir dos séculos XII e XIII, por motivos que abaixo serão expostos, Inglaterra e Europa Continental se dividem em duas grandes tradições jurídicas⁴⁷ que vão ser a base para

exemplo, desde o reinado do visigodo Recesvinto (649-672), o clero obrigou o soberano a publicar um novo código aplicável tanto aos Visigodos quanto aos Romanos” (LE GOFF, 2005, p. 36).

⁴⁰ HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Europeia**: síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 142.

⁴¹ GROSSI, *op. cit.*, p. 66. O desenvolvimento do direito canônico com vistas aos objetivos da Igreja será tratado abaixo.

⁴² “Não devemos nos enganar com a ambiguidade do termo *lex*, pois geralmente não corresponde à nossa noção de lei; *lex* significa *ius*, significa *Volksrecht*, constitui a redação escrita de um patrimônio consuetudinário complexo”. Bem diferente na cultura medieval, em que pouco importa quem produz a lei. “As *leges* são produzidas por uma pluralidade de sujeitos políticos: o *populus*, a *plebs*, o *senatus*, o *princeps*, a *civitas*, qualquer comunidade dotada de autonomia” (GROSSI, *op. cit.*, p. 110; 168).

⁴³ GROSSI, *op. cit.*, p. 68-69.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 23.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 53.

⁴⁶ VAN CAENEGAN, R. C. **The Birth of the English Common Law**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press: 1988, p. 89; VOGLER, *op. cit.*, p. 23.

⁴⁷ VOGLER, *op. cit.*, p. 199; WEIGEND, *op. cit.*, p. 40.

uma ampla literatura que pretende comparar países europeus e países de origem anglo-saxã em relação à forma de persecução criminal⁴⁸, com as mais variadas propostas de modelos de justiça criminal⁴⁹. Entre autores brasileiros⁵⁰, a mais difundida é aquela baseada em uma dicotomia entre “sistema acusatório” e “sistema inquisitório”⁵¹, especialmente após a entrada em vigor da Constituição de 1988.

Por essa perspectiva, um determinado sistema criminal, enquanto subsistema jurídico do Direito, estabelece normas que regulam as condutas ou comportamentos desviados face ao considerado como *socialmente intolerável*⁵², bem como as respostas que o sistema precisa adotar para a manutenção da ordem de uma determinada sociedade, cuja organização é dada pelo Direito⁵³. Trata-se de um dos diversos sistemas de controle social, ao lado de outros como a escola, religião, família⁵⁴.

Após minuciosa digressão história acerca do desenvolvimento das diversas concepções de *sistema*, Rodrigo Chemim afirma que a referência à teoria dos sistemas é fator relevante para a melhor análise e construção de um determinado modelo de persecução criminal, pois é por meio da teoria dos sistemas que são favorecidas as formas de controle e supervisão social das agências de poder, principalmente com o modelo estatal adotado pós-revoluções iluministas⁵⁵. Ilustrando a ideia aplicada ao processo penal, diz o autor:

⁴⁸ JIMENO BULNES, *op. cit.*, p. 209/210; VOGLER, *op. cit.*, p. 3-14.

⁴⁹ PARSONS, Talcott. **The Structure of Social Action: a Study in Social Theory with Special Reference to a Group of Recent European Writers**. 4. ed. Illinois: Glencoe Free Press, 1966; PACKER, Herbert L. **Two models of the criminal process**. University of Pennsylvania Law Review, 1964, v. 113, p. 1-68; GRIFFITHS, John. Ideology in criminal procedure or a third ‘model’ of the criminal process. **Yale Law Journal**, 1970, v. 79, p. 359-417; DAMASKA, Mirjan R. Structures of authority and comparative criminal procedure. **Yale Law Journal**, 1975, v. 84, p. 480-544; VOGLER, *op. cit.*, p. 11-16.

⁵⁰ BADARÓ, Gustavo. **Processo penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 101-105; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 13. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 8-15; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. v. 1. 34. ed. rev. e de acordo com a lei 12.403/2011. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 118-120; RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 46-59; LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Volume único. 8. ed. rev. amp. e atual. Salvador: Juspodium, 2020. p. 42-45; NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 12. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 81-83; ANDRADE, *op. cit.*, p. 461-473, com ampla referência; ver também: GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. **A atividade probatória Complementar do Juiz como Ampliação do Contraditório e da Ampla Defesa no Novo Processo Penal Brasileiro**. Tese (Doutorado em Direito) – Curitiba: UFPR, 2015, p. 241 e ss; KHALED JUNIOR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2016. p. 134.

⁵¹ Por todos, ver: BACHMAIER WINTER, Lorena (coord.). **Proceso penal y sistemas acusatorios**. Madrid: Marcial Pons, 2008; LANGER, Máximo. **In the Beginning Was Fortescue: On the Intellectual Origins of the Adversarial and Inquisitorial Systems and Common and Civil Law in Comparative Criminal Procedure** (December 13, 2015). Liber Amicorum in Honor of Professor Damaška (Duncker & Humblot). UCLA School of Law Research Paper, n. 16-03, 2016. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2703126>. Acesso em: 11 mar. 2021.

⁵² BUSATO, *op. cit.*, p. 270.

⁵³ *Ibidem*, p. 65.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 64.

⁵⁵ GUIMARÃES, *op. cit.*, p. 233-234.

[...] ao se pensar num processo penal democrático, que premie garantias do cidadão, que simultaneamente controle o poder do Estado e o faça operar dentro de determinados marcos principiológicos, o sistema deve se afastar do entorno potencialmente autoritário que possa querer se impor como princípio. [...] Em outras palavras, não basta pensar numa circularidade hermenêutica que opere avaliando a regra em conjunto com o princípio; é preciso ir além e garantir que esse princípio e essa regra, também eles, sejam orientados por uma ideia fundante e por princípios orientadores esculpidos a partir de uma consolidação de uma tradição histórica autêntica que premie os direitos fundamentais do cidadão no âmbito resultante de uma democracia constitucional. E, nessa medida, a importância de se manter a compreensão do processo penal à luz de um sistema vem à tona, permitindo que, uma vez identificada/precisada sua ideia fundante e seu princípio unificador, o sistema possa se distinguir de seu entorno, autorrefletindo suas estruturas e excluindo as possibilidades diversas que estão ao redor⁵⁶.

O problema surge quando doutrina adota diferentes métodos para tentar conceituar o que seriam sistemas acusatório, inquisitivo, misto ou qualquer outra denominação, havendo ampla discordância entre autores acerca do tema, nacionais⁵⁷ ou estrangeiros⁵⁸, cujo resultado mais imediato é a produção de sérias dúvidas em âmbito acadêmico, pois o que para um autor pode ser sinônimo de sistema acusatório, para outro poderá ser taxado como sistema inquisitivo⁵⁹.

Segundo Mauro Andrade, há um uso inadequado do método weberiano de formação de tipos ideais puros⁶⁰, em que é escolhido *livremente* um dos sistemas como o *melhor*, selecionando-se *características* como próprias de tal e sustentando a “expurgação” de dispositivos que sejam com o escolhido incompatíveis⁶¹, prejudicando a própria finalidade do

⁵⁶ *Ibidem*, p. 240.

⁵⁷ “[...] se analisarmos dez autores nacionais, veremos que todos eles não apresentarão um conceito de sistema acusatório, inquisitivo ou misto igual ao outro” (ANDRADE, *op. cit.*, p. 462-463).

⁵⁸ ANDRADE, *op. cit.*, p. 43. Exemplo: o Código de Processo Penal alemão de 1877 pode ser caracterizado como *inquisitivo* (AMBOS, Kai. **El principio acusatorio y el proceso acusatorio**: un intento de comprender su significado actual desde la perspectiva histórica en Fundamentos y ensayos críticos de Derecho penal y Procesal Penal; AMBOS, Kai. Editorial Palestra. 1. ed. mayo 2010. p. 16), *acusatório formal* (GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. **Garantías constitucionales en el enjuiciamiento criminal peruano em la reforma del proceso penal peruano**. Anuario de Derecho Penal, 2004. p. 107) ou *adversarial* (JIMENO BULNES, *op. cit.*, p. 244, admitindo, no entanto, possa ser considerado sinônimo de processo acusatório).

⁵⁹ Na literatura estrangeira, Langer afirma a existência de pelo menos cinco usos contemporâneos para os termos adversarial/acusatório e inquisitório, e que por vezes o mesmo autor usa a expressão em mais de um sentido. Ver: LANGER, Máximo. The long shadow of the adversarial and inquisitorial categories. In: DUBBER, Markus D.; HÖERNLE, Tatjana (ed.). **The Oxford Handbook of Criminal Law**. Oxford: Oxford University Press; ECLA School of Law Research Paper, 2014. p. 10. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2360617>. Acesso em: 30 maio 2021.

⁶⁰ ANDRADE, *op. cit.*, p. 52.

⁶¹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 51. Criticamente, Mauro Fonseca diz que “a pureza de um determinado sistema consiste na exclusão dos aspectos negativos de um sistema que o autor considera adequado, ou, ao contrário, na exclusão dos elementos positivos de um sistema processual que o autor considera inadequado. [...]” (ANDRADE, *op. cit.*, p. 53).

método, que é a de permitir que se meça e compare um tipo ideal a um modelo de processo adotado em determinado país⁶².

Em decorrência dessa inadequação, as definições de sistema inquisitivo e acusatório tornam-se artificiais, incompatíveis como fora regulado – se é que o fora – ao longo da história. Conseqüentemente, as construções decorrentes desses *tipos ideais* levam consigo as mesmas assimetrias com o modelo espelhado, tendo em vista a substituição do rigor científico em seu processo de formação pela opinião pessoal, ideologia ou puro preconceito do autor que os formula⁶³.

Rodrigo Chemim compactua e acrescenta que a confusão doutrinária se dá porque:

[...] a maioria dos doutrinadores não se ampara no conceito kantiano de sistema, na medida em que constroem os denominados “sistemas acusatório e inquisitório” a posteriori, isto é, com os olhos de hoje voltados ao passado, e selecionadas regras esparsas, agrupadas arbitrariamente em pretensos modelos ideais. Assim, justamente por se não ter a precisa compreensão dos diversos modelos antigos de processo penal, esses mesmos doutrinadores não conseguem atingir o consenso quanto aos princípios unificadores dos “sistemas” que procuraram selecionar⁶⁴.

Trata-se de prática decorrente de autores oitocentistas que, empenhados em dar ares científicos a toda e qualquer análise do conhecimento, buscaram na história modelos de processo penal a fim de extrair características que seriam próprias e categorizá-los, modelos que foram seguidos acriticamente pela maioria dos autores atuais⁶⁵.

Veja, por exemplo, que Aury Lopes Jr., em breve resumo, faz uma análise que vai da Grécia Antiga aos últimos séculos da República Romana, estabelecendo oito “notas características” de um *sistema acusatório*, quais sejam:

a) a atuação dos juízes era passiva, no sentido de que eles se mantinham afastados da iniciativa e gestão da prova, atividades a cargo das partes; b) as atividades de acusar e julgar estão encarregadas a pessoas distintas; c) a adoção do princípio *ne procedat iudex ex officio*, não se admitindo a denúncia

⁶² *Ibidem*, p. 54.

⁶³ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Inquisição espanhola e seu processo criminal**. 4. reimp. Curitiba: Juruá, 2011. p. 9-10.

⁶⁴ GUIMARÃES, *op. cit.*, p. 232-233.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 245. Segundo Langer, a forma de analisar os termos *acusatório* e *inquisitório* como sistemas processuais se deu no século XVIII, em especial, pela obra de Faustin Hélie, *5 Traité de l’Instruction Criminelle ou Théorie du Code d’Instruction Criminelle*, p. 47-65 (1853) (LANGER, *op. cit.*, p. 18). Já Chemim afirma que “a mais antiga e mais profunda análise dos denominados sistemas processuais penais é encontrada justamente na referida obra de Giovanni Carmignani” (GUIMARÃES, *op. cit.*, p. 257). No mesmo sentido Luigi Ferrajoli também aponta Carmignani como um dos precursores na correlação entre sistema acusatório e regimes democráticos e entre sistema inquisitivo e regime absolutista, assim como Franco Cordero (FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal**. Madrid: Editorial Trotta, 1995. n.r. 84. p. 636).

anônima nem processo sem acusador legítimo e idôneo; d) estava apenado o delito de denúncia caluniosa, como forma de punir acusações falsas e não se podia proceder contra réu ausente (até porque as penas são corporais); e) a acusação era por escrito e indicava as provas; f) havia contraditório e direito de defesa; g) o procedimento era oral; h) os julgamentos eram públicos, com os magistrados votando ao final sem deliberar⁶⁶.

Em seguida, segue o autor e elenca dez características que a forma acusatória teria “na atualidade”, pós-Revolução Francesa:

a) clara distinção entre as atividades de acusar e julgar; b) a iniciativa probatória deve ser das partes (decorrência lógica da distinção entre as atividades); c) mantém-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à coleta da prova, tanto de imputação como de descargo; d) tratamento igualitário das partes (igualdade de oportunidades no processo); e) procedimento é em regra oral (ou predominantemente); f) plena publicidade de todo o procedimento (ou de sua maior parte); g) contraditório e possibilidade de resistência (defesa); h) ausência de uma tarefa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional; i) instituição, atendendo a critérios de segurança jurídica (e social) da coisa julgada; j) possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição⁶⁷.

Da mesma forma, Paulo Rangel aponta como características de um sistema acusatório a separação entre funções de acusar, julgar e defender, além da publicidade dos atos processuais, o contraditório e ampla defesa, réu como sujeito de direitos, dentre outros⁶⁸.

Como visto nos capítulos anteriores, porém, até pelo menos o fim da Baixa Idade Média o caráter unificador do direito conferia-lhe um papel de organização das diversas fontes de poder, desvinculado da ideia de instrumento em prol da consecução de um projeto ou uma agenda política, tampouco havendo nos juristas da época uma pretensão de estabelecer um regramento com a conotação de *sistema* que se tem modernamente, desenvolvida somente no início do século XVII⁶⁹.

Nas pretensões de encontrar na história as características que definiriam um determinado sistema, acabou-se por vinculá-los às duas tradições jurídicas formadas por

⁶⁶ LOPES JR., Aury. **Fundamentos de processo penal**: introdução crítica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 145-146. Também fazendo uma seleção das características de cada sistema: TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. v. 1. 34. ed. rev. e de acordo com a lei 12.403/2011. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 113/114.

⁶⁷ LOPES JR., Aury. **Fundamentos de processo penal**: introdução crítica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 147.

⁶⁸ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 49. Assim também, BADARÓ, Gustavo. **Processo penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 102. No mesmo sentido, Khaled Jr. acrescentando a característica de gestão da prova exclusivamente nas mãos das partes, fator que tornava o processo inglês um processo acusatório puro: KHALED JUNIOR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2016. p. 116.

⁶⁹ GUIMARÃES, *op. cit.*, p. 211; RAMOS, *op. cit.*, p. 46. De maneira análoga, ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas...** *op. cit.*, p. 43.

Inglaterra e países da Europa Continental, onde o sistema acusatório estaria relacionado aos países de origem anglo-saxã, enquanto o inquisitório o seria em relação aos últimos, geralmente apontando que o sistema acusatório seria a *perfeição* a ser buscada⁷⁰. Khaled Jr., por exemplo, diz que o processo inglês, “em sua forma clássica”:

[...] é um procedimento de partes no qual o juiz dirige o juízo como uma espécie de condutor imparcial: trata-se de um processo acusatório puro, porque somente os fatos alegados pela acusação podem conduzir a uma condenação. [...] O processo é uma discussão, luta ou duelo entre acusador e defensor, perante o olhar imparcial do juiz. Logo, percebe-se que o sistema em questão – a exemplo dos sistemas acusatórios da antiguidade – é caracterizado tanto pela separação das funções de acusar e julgar como pela gestão da prova, que cabe exclusivamente às partes⁷¹.

Conforme Garcez Ramos:

É lugar-comum, nos debates correntes no Processo Penal brasileiro, afirmar-se que o sistema atual se filia à tradição continental e, herdeiro direto que é do fascista *Codice Rocco*, ainda é inquisitório. Segundo essa ideia, o que existe hoje, no Brasil, em termos de processo penal condenatório, seria essencialmente idêntico ao que havia no princípio dos anos 1940. E que uma das soluções para o modernizar e retirar seu caráter antidemocrático seria proceder a uma aproximação sua com o sistema processual penal anglo-americano, tornando-o acusatório. E que essa seria a solução final, espécie de “bala de prata” para reequilibrar a balança da persecução penal e fazê-la pender em favor do acusado⁷².

No intuito de demonstrar a ausência de fundamentação nessas relações históricas e categorizações, passemos a aspectos do desenvolvimento nos formatos de persecução criminal adotados na Europa Continental e na Inglaterra a partir do século XII e a relação com a ascensão do Direito Canônico.

⁷⁰ LANGER, *op. cit.*, p. 7-9. AMBOS, Kai. **O processo acusatório e a vedação probatória**: perante as realidades alemã e brasileira: com a perspectiva brasileira já de acordo com a reforma processual de 2008 – Leis 11.689, 11.690 e 11.719. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 9.

⁷¹ KHALED JUNIOR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2016. p. 113-116.

⁷² RAMOS, *op. cit.*, p. 20. No mesmo sentido, ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas...**, *op. cit.*, p. 112.

1.3 PERSECUÇÃO CRIMINAL NA EUROPA CONTINENTAL. SISTEMA INQUISITIVO. SÉCULO XII

1.3.1 Inquisição: tribunal de mil faces

A primeira premissa para tratar do tema Inquisição, um termo aliás obscurecido pelo pensamento liberal⁷³, é entender que falar de sistema inquisitorial não sugere um formato único de persecução, tampouco possuidor de características que seriam encontradas em todas as suas manifestações⁷⁴.

Trata-se de um dos grandes problemas catalisadores de concepções generalizadas e preconceituosas acerca do termo Inquisição, como se fosse um tribunal único difundido por toda a Europa, não havendo maiores cuidados por parte de autores “em realizar um recorte um espaço-temporal capaz de indicar de quais práticas inquisitórias estão a tratar, ou em apresentar os indícios que os permitiram rastrear tais práticas”⁷⁵.

O Ilustre professor Paulo Rangel, por exemplo, afirma que:

O sistema inquisitivo surgiu nos regimes monárquicos e se aperfeiçoou durante o direito canônico, passando a ser adotado em quase todas as legislações europeias dos séculos XVI, XVII e XVIII. O sistema inquisitivo surgiu após o acusatório privado, com sustento na afirmativa de que não se poderia deixar que a defesa social dependesse da boa vontade dos particulares, já que eram estes que iniciavam a persecução penal. O cerne de tal sistema era a reinvidicação que o Estado fazia para si do poder de reprimir a prática dos delitos, não sendo mais admissível que tal repressão fosse encomendada ou delegada aos particulares⁷⁶.

Mesmo autores como Tourinho Filho, apesar de avançar ao distinguir práticas seculares daquelas levadas a efeito pela Igreja, mantêm uma ideia generalizada do que seria um “processo penal canônico”:

⁷³ RUST, Leandro Duarte. Bulas Inquisitoriais: Ad Bolendam (1184) e Vergentis in Senium (1199). **Revista de História**, São Paulo, n. 166, p. 129-161, jan./jun. 2012. p. 147. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/revhistoria/article/viewFile/48532/52451>. Acesso em: 20 abr. 2021; assim como o próprio termo *medieval*, diz PERNOUD, Régine. **Those terrible middle ages: debunking the myths**. Ignatius Press: San Francisco, 2000. p. 118.

⁷⁴ ANDRADE, *op. cit.*, p. 376; AMBOS, Kai. **O processo acusatório e a vedação probatória: perante as realidades alemã e brasileira: com a perspectiva brasileira já de acordo com a reforma processual de 2008 – Leis 11.689, 11.690 e 11.719**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 10.

⁷⁵ BORGES, Clara Maria Roman. Um olhar para além dos sistemas processuais penais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 104, set. 2013. DTR\2013\9093. p. 5.

⁷⁶ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 28. ed. São Paulo: Atlas. 2020. p. 1889. Kindle. Para outros tipos ideais de “sistema inquisitivo”, ver: ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas...** *op. cit.*, p. 353-358.

Nenhuma garantia era dada ao acusado. Uma simples denúncia anônima era suficiente para se iniciar um processo. Não se permitia defesa, sob a alegação de que esta poderia criar obstáculos na descoberta da verdade... O Santo Ofício (Tribunal da Inquisição), instituído para reprimir a heresia, o sortilégio etc., era por demais temido⁷⁷.

O que se pode afirmar é a importância que a crença divina exercia em toda a sociedade medieval, de maneira que qualquer incidente sobre a ordem espiritual deveria ser repellido, pois impactaria na sociedade como um todo. Exemplo disso era a doutrina dos Cátaros, que negando a validade do juramento⁷⁸ atacava a própria essência da vida feudal⁷⁹, motivando o interesse repressivo não apenas da Igreja, mas de todo o corpo social. Segundo o historiador Henry Lea:

Não é fácil nos dias de hoje, para aqueles acostumados à tolerância universal, perceber a importância atribuída pelos estadistas no passado à unidade de crença, ou a repulsa popular por qualquer desvio do padrão do dogma. Essas convicções eram parte da fibra mental e moral da comunidade e foram o resultado dos ensinamentos assíduos da Igreja por séculos, até que foi classificado com as verdades primordiais de que era o dever supremo do soberano esmagar a dissidência em qualquer coisa a custo, e esse ódio ao herege foi imposto a cada cristão, tanto pela lei divina quanto pela lei humana⁸⁰.

Se entre estados seculares os objetivos da persecução penal variavam conforme os anseios políticos dos monarcas, no âmbito da Igreja Católica esse resultado buscado era bem definido no alcance da salvação eterna, única e verdadeira finalidade da religião cristã⁸¹. Para o trabalho, o importante é entender os meios adotados para essa finalidade, desenvolvidos por meio de um direito próprio da Igreja, que vão servir de base teórica para o formato de persecução criminal nos diversos tribunais seculares Europa afora⁸².

⁷⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. v. 1. 34. ed. rev. e de acordo com a lei 12.403/2011. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 107.

⁷⁸ PÉRON, Régine. **Those terrible middle ages**: debunking the myths. Ignatius Press: San Francisco, 2000. p. 119. Conforme José Barros, “a primeira utilização da expressão ‘cátaros’ para designar uma heresia aparece em 1163 nos Sermões contra os cátaros, do Monge Eckbert von Schönau, referindo-se a alguns heréticos que tinham sido identificados em colônia.” (BARROS, José D’Assunção. **Papas, imperadores e hereges na idade média**. Série: A Igreja na História. Petrópolis, RJ: Editora Vozes. 2012. p. 84. Apple Books).

⁷⁹ PÉRON, Régine. **Luz sobre a idade média**. Lisboa: Mem Martins: Publicações Europa – América, 1997. p. 30-31; 89.

⁸⁰ CHARLES LEA, Henry. **A history of the inquisition of Spain**. v. 1-4. Complete Edition. E-artnow. 2020. p. 727. Kindle.

⁸¹ GROSSI, *op. cit.*, p. 148.

⁸² AMBOS, Kai. **O processo acusatório e a vedação probatória**: perante as realidades alemã e brasileira: com a perspectiva brasileira já de acordo com a reforma processual de 2008 – Leis 11.689, 11.690 e 11.719. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 19.

1.3.2 Direito canônico

Desde os séculos II e III já existia no seio da comunidade cristã a necessidade de transformar a comunhão esparsa de fiéis em uma realidade orgânica e unitária, formada por três elementos – crença na mesma fé, esperança de salvação eterna e unidade disciplinar – constituintes de um *corpus* que se organizava paralelamente ao poder imperial, vivendo às escuras nas catacumbas em razão da repressão romana⁸³. A imprescindibilidade dessa organização unitária decorria de algumas razões.

A primeira reside em um caráter antropológico, alusivo à visão da Igreja da salvação eterna em decorrência da ação desenvolvida no tempo e nas temporalidades, mas resolvida em uma dimensão social, não individual, tendo em vista a visão imperfeita dos indivíduos frente a uma perfeição quando unidos em *societas*. Diz Grossi que “a comunidade é realidade sacramental, aquela que distribui a Graça por força daqueles instrumentos precisos e eficazes de santificação que são os sacramentos, indisponíveis para o indivíduo e plenamente disponíveis para a *societas*”⁸⁴.

Essa absoluta preeminência do social é o que vai tornar indispensável o caráter jurídico, de maneira a ordenar fisiologicamente a *societas* para que esta possa sobreviver. E ordenar é elevar um corpo social à dimensão da juridicidade, motivando a Igreja Romana a desenvolver um direito próprio, adequado a uma sociedade sagrada, baseada em dogmas sólidos e peculiares⁸⁵.

Não obstante desenvolver-se ao longo do primeiro milênio do período medieval, já enfrentando dificuldades externas e internas, respectivamente, com invasão de povos laicos e manifestações heréticas e, portanto, nocivas ao tecido social, as fontes básicas do direito divino nesse período voltavam-se mais ao teológico do que ao jurídico, enquanto instrumentos eficazes de repressão herética⁸⁶.

A partir do século XI, como reflexo dos movimentos reformistas do Papa Gregório VII, Yves, bispo de Chartres, rediz um amplo inventário com cartas pontifícias, cânones de concílios, fragmentos do direito Justiniano, dentre outras fontes, na tentativa de:

⁸³ GROSSI, *op. cit.*, p. 137. A associação dos cristãos às catacumbas enquanto corredores subterrâneos utilizados como cemitérios em Roma remonta à segunda metade do segundo século, quando as igrejas “começaram a adquirir campos para sepultar seus membros, sendo que um dos mais antigos campos está situado no sul de Roma, na Via Ápia, em um lugar chamados Catacumbas” (SHELLEY, Bruce L. **História do Cristianismo: uma obra completa e atual sobre a trajetória da igreja cristã desde as origens até o século XXI**. Rio de Janeiro: Thomas Nelson Brasil, 2018. p. 61. Kindle).

⁸⁴ GROSSI, *op. cit.*, p. 140.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 141.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 142-143.

[...] impedir os muitos e irrefreados fracionismos consuetudinários, que o clero contrário à reforma evoca como razão e fundamento da própria oposição; tentativa de ordenar o imenso e desordenado arsenal doutrinal teológico-jurídico acumulado no milênio, separando os textos apócrifos dos autênticos; tentativa de conciliar as *discordantie*, ou seja, as antinomias que a vida multissecular da sociedade eclesial acumulara dependendo das épocas, lugares e circunstâncias diferentes, e que agora se mostram pastoralmente escandalosas e inadmissíveis perante um governo papal centralizador e unificador⁸⁷.

Yves de Chartres se preocupa em fornecer ao leitor um guia para a correta interpretação das fontes do direito divino em favor de uma unidade substancial do direito canônico, em que seu papel instrumental para alcançar o único e verdadeiro fim da Igreja vai justificar tomar o indivíduo como destinatário, uma “criatura extremamente frágil, pecadora, vítima das mais diversas circunstâncias”⁸⁸, não podendo ser concebido como uma regra igual para todos: a ideia de igualdade que hoje nos cerca era algo inimaginável pela sociedade medieval cristã, pois *homens não são iguais* em razão de suas fragilidades próprias, daí surgindo as *discordantiae*, interpretadas como repúdio ao rigorismo formalístico⁸⁹, um fator de resistência à codificação do direito.

Paulatinamente o direito canônico vai ganhando aspectos mais racionais, científicos, um verdadeiro *projeto* de harmonização de regras canônicas, materializado na década de 1140 na coleção de Graciano, chamada *Concordia discordantium canonum*, primeira consolidação completa do direito da Igreja⁹⁰, sintetizando “uma longa trajetória de elaborações canônicas, incluindo o *Decretum* de Burchard de Worms, o *Panormia* de Yves de Chartres, a *Collection Canonum* do Cardeal Deusdedit e o texto hemônimo de Anselmo de Lucca”⁹¹.

Enquanto o papado emerge como o cargo mais poderoso na Europa, ofuscando o poderio dos monarcas seculares⁹², desenvolve-se uma ordenação jurídica religiosa baseada em uma reflexão canonista inclinada para o social, preocupada com os institutos da vida humana, expandindo-se a toda a sociedade, momento denominado como direito canônico clássico, de

⁸⁷ *Ibidem*, p. 145.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 148.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 149.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 184; 251.

⁹¹ RUST, Leandro Duarte. Bulas Inquisitoriais: Ad Bolendam (1184) e Vergentis in Senium (1199). **Revista de História**, São Paulo, n. 166, p. 129-161, jan./jun. 2012. p. 134.

⁹² SHELLEY, Bruce L. **História do Cristianismo**: uma obra completa e atual sobre a trajetória da igreja cristã desde as origens até o século XXI. Rio de Janeiro: Thomas Nelson Brasil, 2018. p. 264. Kindle.

“consciência aguçada, de elaborações dogmáticas, de definição, de manifestação plena e madura”⁹³. Segundo Shelley:

O direito canônico interferia em guerras e reconhecia a assistência às viúvas; decretava o jejum e os dias festivos; ordenava a confissão e a comunhão no mínimo uma vez por ano; e especificava quais ações excomungavam o cristão da Igreja. O primeiro sorriso galanteador entre um homem e uma mulher já colocava o casal sob a sombra vigilante do direito canônico, que também determinava pena para fornicção e adultério e estabelecia condições sob as quais o casamento poderia existir. Em suma, o direito canônico atingia não apenas todos os sacerdotes, mas também todos os leigos, lavradores ou príncipes e, além disso, professava declarar não somente o caminho necessário para a salvação, mas também a natureza dos órgãos mais íntimos de homens e mulheres⁹⁴.

Tratava-se de uma “armadura jurídica compacta para enfrentar o século, dominá-lo; oferece, em todo o seu valor, uma grande arma – a do direito – à política teocrática do Pontificado romano”⁹⁵.

Nos séculos XII e XIII, paralelamente à expansão da Igreja pela Europa continental⁹⁶, vão sendo fortificadas profundas transformações sociais, políticas e culturais⁹⁷, elevando-se a necessidade de consolidar a fé cristã como religião oficial, especialmente no sul da França e Itália⁹⁸, impedindo a progressão de outras manifestações religiosas, o que vai exigir o uso daquela armadura jurídica na formulação de uma nova forma de persecução, diferente do sistema até então adotado pela Igreja⁹⁹, dando início à Inquisição Católica.

⁹³ GROSSI, *op. cit.*, p. 143; DAMASKA, Mirjan R. **Evaluation of evidence: premodern and modern approaches**. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. p. 19.

⁹⁴ SHELLEY, *op. cit.*, p. 283-284.

⁹⁵ GROSSI, *op. cit.*, p. 252; DAMASKA, *op. cit.*, p. 19.

⁹⁶ GUIMARÃES, *op. cit.*, p. 292-295. Também em SHELLEY, *op. cit.*, p. 2657.

⁹⁷ “A estrutura da velha sociedade protomedieval se torna complexa: ao movimento imóvel dos campos uniu-se o movimento agitado, cada vez mais agitado, das cidades e transações comerciais entre cidades; à estática das relações agrárias une-se a dinâmica dos comércios; surgem novos profissionais, enquanto a práxis mercantil e a marítima cunham instrumentos econômicos novos. Em suma, é uma civilização que considera inadequadas as primitivas regras consuetudinárias, respeitadas e eficientes no passado, ou que, ao menos, requer novas regras que se coloquem lado a lado com as antigas.” (GROSSI, *op. cit.*, p. 187-188).

⁹⁸ PERNOUD, Régine. **Those terrible middle ages: debunking the myths**. Ignatius Press: San Francisco, 2000. p. 121. No sul da França, por exemplo, a vontade de Inocêncio III em exterminar a heresia Albigense coincidiu com a vontade política dos franceses do Norte em conquistar o Sul, vontades que se somaram nas cruzadas ordenadas pelo Papa em 1209 que culminaram no extermínio dos cátaros de Toulouse em 1215 (SHELLEY, *op. cit.*, p. 300).

⁹⁹ SILVA, Sandra Oliveira e. **O arguido como meio de prova contra si mesmo: considerações em torno do princípio "nemo tenetur" se "ipsum accusare"**. Tese (Doutorado em Ciências Jurídico-criminais) – Coimbra: Edições Almedina, 2018. p. 61.

1.3.3 Inquisição católica

Com a expansão da fé cristã por toda a Europa, cada vez mais são difundidas seitas paralelas que rejeitavam a fé cristã como “única e verdadeira palavra de Deus”¹⁰⁰, pondo em risco a necessária unidade de crença – e, por óbvio, a parcela de poder da Igreja Católica. Os movimentos heréticos passam a ser vistos como movimentos coletivos¹⁰¹, elevando-se a repressão ao herege como objetivo principal da Igreja¹⁰².

Internamente, ainda, era de extrema importância certificar-se de que estavam os cristãos livres de qualquer pensamento herético, especialmente os cristãos novos, garantindo que não praticavam suas antigas seitas secretamente¹⁰³.

Com exceção de Espanha e Roma, a inquisição não teve uma organização centralizada, sendo posta em prática em diversas áreas, especificamente no sul, centro e oeste da Europa¹⁰⁴, e com diferentes meios de perseguição ao longo dos próximos cinco séculos como a força bruta, a adoção de um modelo de processo específico, a concentração de conhecimento com a proibição de livros, e a expropriação de culturas¹⁰⁵, difusão de práticas que levou historiadores a dividir a Inquisição Católica em Medieval, Espanhola e Romana¹⁰⁶.

A primeira, Inquisição Medieval, teve início¹⁰⁷ no ano de 1184 com a expedição da Bula *Ad Abolendam*, de Lúcio III, depositando nos bispos as prerrogativas de erradicação da

¹⁰⁰ ANDRADE, *op. cit.*, 2011, p. 11.

¹⁰¹ “Mas é nas duas últimas décadas do século XII que assistiremos a uma verdadeira explosão de novas formas de religiosidade que os círculos eclesiásticos ligados à Reforma Gregoriana se apressaram em designar como movimentos heréticos. Então, já estaremos plenamente em um mundo onde a heresia passa a ser tratada pelos seus próprios contemporâneos como fenômeno coletivo.” (BARROS, José D’Assunção. **Papas, imperadores e hereges na idade média**. Série: A Igreja na História. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2012. p. 85. Apple Books).

¹⁰² ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas...** *op. cit.*, p. 282.

¹⁰³ CHARLES LEA, Henry. **A history of the inquisition of Spain**. v. 1-4. Complete Edition. E-artnow, 2020. p. 727. Kindle. Registra Guimarães que um dos fatores da proliferação de diferentes seitas religiosas foi o descaso por parte de padres católicos em pregar a doutrina cristã nos territórios da Europa Ocidental, preocupando-se mais em confiscar bens do povo e enriquecer pessoalmente (GUIMARÃES, *op. cit.*, p. 294). No mesmo sentido, PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001. p. 96. Assim também, AMBOS, *op. cit.*, p. 18.

¹⁰⁴ VOGLER, *op. cit.*, p. 26; RUST, Leandro Duarte. b: Ad Bolendam (1184) e Vergentis in Senium (1199). **Revista de História**, São Paulo, n. 166, p. 129-161, jan./jun. 2012. Disponível em <http://www.revistas.usp.br/revhistoria/article/viewFile/48532/52451>. Acesso em: 20 abr. 2021, p. 134.

¹⁰⁵ GUIMARÃES, *op. cit.*, p. 305.

¹⁰⁶ Mauro Fonseca divide a Inquisição em três: Medieval, Romana e Espanhola. Para mais, ver: ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas...** *op. cit.*, p. 283.

¹⁰⁷ Registre-se a consciência de que falar em “início da Inquisição” seria demasiadamente arriscado, por tratar-se de um fenômeno que, a depender de como se analisa, pode ter diversos marcos iniciais. Veja, por exemplo, que Mauro Fonseca afirma que o início da Inquisição Católica teria sido em 1178 pois foi o momento em que o Papa Alessandro III confiou ao cardeal S. Crisógono a missão de perseguir a heresia na região de Languedoc, sudeste da França (ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas...** *op. cit.*, p. 285-286). Para Bruce Shelley, a primeira forma de Inquisição teria ocorrido em 1184, “quando o Papa Lúcio III exigiu que os bispos ‘inquirissem’ as crenças dos súditos” (SHELLEY, *op. cit.*, p. 301). No mesmo sentido, GUIMARÃES, *op. cit.*, p. 306. Já Régine Pernoud diz que de fato foi em 1184 que a palavra *inquisição* passou a ter um sentido jurídico, mas que nada mais seria

“depravação das heresias”¹⁰⁸, com a repressão da Igreja em relação aos hereges, especialmente os Cátaros, doutrina amplamente difundida pela Itália, especialmente Ovierno e Viterbo, na Itália, bem como região de Albi, Sul da França¹⁰⁹. A finalidade do processo inquisitório católico não era a punição do herege, tampouco havia o estímulo à morte para expurgo da culpa¹¹⁰, mas a própria salvação de sua alma, com a conversão ao cristianismo – lembremos, o principal objetivo da Igreja é a condução do indivíduo, frágil e pecador por natureza, ao Reino de Deus.

Por outro lado, por razões diversas, o processo de *inquisitio* não gerava os efeitos pretendidos¹¹¹, tanto que por décadas os cátaros conviveram livremente nas regiões de Languedoc, sul da França, debatendo publicamente com aqueles que tentavam convertê-los, dentre eles os pregadores de Domingo de Gusmão, futuramente conhecidos como dominicanos¹¹², levando a uma ampliação do processo repressivo com a expedição da bula *Vergentis in Senium*, pelo Papa Inocêncio III em 1199¹¹³, equiparando as práticas heréticas ao crime de *lesa majestade*¹¹⁴, e com isso permitindo aos poderes temporais que encontrassem fundamento para sujeitar à excomunhão o herege declarado culpado, irradiando os efeitos da culpa sobre todo seu patrimônio – que deveria ser confiscado – bem como aos filhos, que se sujeitariam às mesmas penas e à proibição de ofícios públicos¹¹⁵.

do que uma mera recomendação para o exercício de um direito que os bispos sempre tiveram de excomungar os hereges, e que a busca por movimentos heréticos só tomaria ares mais rígidos após 1208 (PERNOUD, GUIMARÃES, *op. cit.*, p. 121-122). Registre-se a observação de Leandro Duarte Rust, no sentido de que a bula de Inocêncio III, em verdade, tratou-se de um “refreamento da violência socialmente difundida, ao invés de um vetor de agravamento da opressão manejada pelas instituições” (RUST, Leandro Duarte. Bulas Inquisitoriais: Ad Bolendam (1184) e Vergentis in Senium (1199). *Revista de História*, São Paulo, n. 166, p. 129-161, jan./jun. 2012. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/revhistoria/article/viewFile/48532/52451>. Acesso em: 20 abr. 2021. p. 144).

¹⁰⁸ RUST, *op. cit.*, p. 133.

¹⁰⁹ “Tal como os gnósticos na Igreja primitiva, os cátaros defendiam que o universo era o cenário de um conflito eterno entre dois poderes, um bom e um mau. A matéria, incluindo o corpo humano, era obra do poder maligno, o deus do Antigo Testamento, o qual, alegavam os cátaros, havia aprisionado a alma humana em um corpo terreno. Para escapar do poder da carne, o cátaro genuíno devia abster-se do matrimônio, das relações sexuais, da ingestão de carne e dos bens materiais. Essa era uma pobreza radical, mas não fundamentada no exemplo de Jesus ou na natureza do universo. Uma guerra civil cósmica era travada entre matéria e espírito, e os cátaros tomavam o lado do espírito. O bom Deus, ensinavam, tinha enviado Cristo para revelar o caminho da salvação ao homem; Cristo, para os cátaros, não era um ser humano, mas um espírito vivificante. Era-lhes impossível conceber um Cristo humano; Salvação por morte de cruz, impensável. Em outras palavras, Cristo ensinara o caminho como um Buda, não como o homem-Deus dos credos cristãos” (SHELLEY, *op. cit.*, p. 299).

¹¹⁰ RUST, *op. cit.*, p. 144.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 141.

¹¹² PERNOUD, *op. cit.*, p. 123; GUIMARÃES, *op. cit.*, p. 306.

¹¹³ *Ibidem*, p. 306.

¹¹⁴ CHARLES LEA, *op. cit.*, p. 727; ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas... op. cit.*, p. 282; BARROS, José D’Assunção. **Papas, imperadores e hereges na idade média**. Série: A Igreja na História. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2012. p. 65. Apple Books.

¹¹⁵ RUST, *op. cit.*, p. 144-145; BARROS, José D’Assunção. **Papas, imperadores e hereges na idade média**. Série: A Igreja na História. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2012. p. 87. Apple Books.

A partir de 1208 a Inquisição toma ares mais repressivos, após Raymond VI suceder o pai, Raymond V, como novo conde de Toulouse, sendo acusado de favorecer a heresia, o que motivou o envio de um legado pelo Papa Inocêncio III, o monge Pierre de Castelnau, que é ameaçado e assassinado dois dias após o encontro com o novo conde. Por conta desse episódio, aliado ao interesse político dos franceses do Norte em conquistar o Sul¹¹⁶, o papado determina uma cruzada, exortando os barões da França a pegar em armas contra Raymond VI e demais hereges do sul da França, principalmente na cidade de Albi – daí o nome *Cruzadas Albigenses*¹¹⁷.

Até aquele momento, porém, os métodos de investigação e prova usados pela Igreja Católica não diferiam daqueles exercidos pelas jurisdições laicas, práticas “mantidas pela sociedade romanizada e cristianizada, como sucedeu com tantas outras manifestações da cultura germânica”¹¹⁸. De origem nas leis bárbaras – especialmente na *lex salica*, de 507-511 d.C. – a justiça criminal por toda a Europa era basicamente um dever em relação ao patrimônio, exercido de maneira geral pela comunidade e de forma acusatória¹¹⁹, cuja iniciativa dependia do exercício pela vítima ou por seu senhor feudal em um procedimento oral, com métodos de investigação que consistiam em testemunhos, documentos, ordálios, duelo judiciário e juramento purgatório¹²⁰.

Embora tenham sido adotados, ordálios e o duelo judiciário eram vistos com reservas, sendo mais tolerados do que recomendados, levando-se a uma crescente resistência, por razões morais e dogmáticas, pelos mesmos teólogos que antes defendiam o uso¹²¹. Os primeiros eram vistos como uma constante *tentação* a Deus, um constante chamado ao Divino para que interviesse diretamente nas relações mundanas por meio de milagres; já em relação aos duelos,

¹¹⁶ SHELLEY, *op. cit.*, p. 300; LE GOFF, *op. cit.*, p. 314.

¹¹⁷ PERNOUD, *op. cit.*, p. 122.

¹¹⁸ SILVA, Sandra Oliveira e. **O arguido como meio...** *op. cit.*, p. 62; VAN CAENEGAN, *op. cit.*, p. 68. Mauro Fonseca questiona essa afirmação, dizendo que “as ordálias não surgiram com o direito germânico, após a queda do Império Romano”, tratando-se de uma derivação das formas latinas de *ordalia*, *ordallium*, que significariam *juulgamento*.” (ANDRADE, *op. cit.*, p. 280, n.r. 944).

¹¹⁹ Diz Van Caenegem que na Europa e Inglaterra, “During the archaic ‘first feudal age’ there was no essential difference in the legal landscape of customary law, largely unwritten and strongly Germanic, administered in local courts in a way that strikes us as primitive and irrational” (VAN CAENEGAN, *op. cit.*, p. 89. No mesmo sentido, VOGLER, *op. cit.*, p. 23; PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001. p. 95. AMBOS, *op. cit.*, p. 14.

¹²⁰ HUDSON, John. **The formation of the english common law**: law and society in England from King Alfred to Magna Carta. Second Edition. Routledge: London and Ney York, 2018. p. 7-8; DRESSLER, John (ed.). **Encyclopedia of crime and justice**. 2. ed. v. 1. Abortion – Cruel & Unusual Punishment. Macmillan Reference USA. Gale Group, 2002. p. 871; VOGLER, *op. cit.*, p. 24. Taruffo aponta que *ordálios* seria gênero do qual seriam espécies os duelos, prova de fogo, prova de água, juramento etc. TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 19.

¹²¹ VAN CAENEGAN, *op. cit.*, p. 68/69. Taruffo aponta que as condenações canônicas aos ordálios remontam ao Papa Estevão V, no século XI, ganhando especial intensidade a partir do século XI. Ver: TARUFFO, *op. cit.*, p. 34.

havia a efusão de sangue, condenada pela Igreja¹²²; por fim, havia dúvidas quanto à eficácia e à fragilidade como meio de revelação da verdade, em um período em que sustentavam-se os esquemas de raciocínio aplicáveis em geral ao conhecimento científico a qualquer área, incluindo na administração da justiça¹²³.

Sobre essa questão da verdade, é bom observar, era importante a certeza na decisão, pois, como dito, qualquer dúvida quanto à existência de pensamentos heréticos era fator que punha em risco a unidade disciplinar da Igreja, de maneira que mais importante do que a preocupação em não condenar um inocente era garantir que o herege não deixasse de ser punido, restabelecendo-se a ordem espiritual.

Por conta da crescente oposição, o Papa Inocêncio III proíbe efetivamente o uso de tais procedimentos no IV Concílio de Latrão (1215) – que vai impactar no modelo probatório da época, visto a seguir¹²⁴ –, ao mesmo tempo em que se tornou mais elevada a repressão aos delitos de fé¹²⁵, que diversamente dos demais crimes, era uma forma secreta e intelectual de desvio envolvendo grupos de indivíduos mutuamente ligados por obrigação de confiança¹²⁶.

Nessa categoria específica de crimes não havia “vítima” que pudesse tomar partido e, portanto, a forma acusatória até então adotada pela Igreja não tinha mais serventia, motivando uma forma especial de processo *per inquisitionem*¹²⁷, baseada no direito romano, um instrumento que servia perfeitamente às necessidades de centralização de poder e autoridade¹²⁸. Para a instauração, bastava a declaração de *infamia*¹²⁹ como requisito para instauração, que cumpria uma função garantista sucedânea à conferida à *accusatio* (acusação privada) e à *denunciatio* (informação secretamente prestada)¹³⁰.

¹²² SILVA, *op. cit.*, p. 63; PERNOUD, *op. cit.*, p. 87.

¹²³ DAMASKA, Mirjan. **Evaluation of evidence**: premodern and modern approaches. Cambridge University Press. 2019. p. 13; Também: SILVA, *op. cit.*, p. 63.

¹²⁴ Ver item 1.5.

¹²⁵ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas...** *op. cit.*, p. 282. AMBOS, Kai. **El principio acusatorio...** *op. cit.*, p. 5.

¹²⁶ VOGLER, Richard. **A world view...** *op. cit.*, p. 25.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 24; AMBOS, *op. cit.*, p. 5; ANDRADE, *op. cit.*, p. 282; THAMAN, Stephen. A comparative approach to teaching criminal procedure and its application to the post-investigative stage. **Journal of Legal Education**, v. 56, 2006, p. 466. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2591461>. Acesso em: 28 maio 2021; BARROS, José D'Assunção. **Papas, imperadores e hereges na idade média**. Série: A Igreja na História. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012. p. 87. Apple Books.

¹²⁸ PERNOUD, *op. cit.*, p. 100.

¹²⁹ “No mundo medieval, o vocábulo *fama* indicava o juízo moral positivo que a coletividade manifestava por um indivíduo, sua credibilidade – algo importante numa sociedade alicerçada em relações pessoais” (LE GOFF, Jacques. **A civilização do ocidente medieval**. Bauru, SP: Edusc, 2005. p. 328).

¹³⁰ Segundo Sandra Silva, a primeira acabou sendo abandonada nos tribunais eclesiásticos, mas mantiveram-se resquícios da *denunciatio* na figura do denunciante, que mais tarde seria um funcionário eclesiástico auxiliar do inquisidor, o *promotor*. SILVA, *op. cit.*, p. 64, n.r. 87. Vale frisar o registro de Mauro Fonseca, no sentido de que o significado original da palavra *denúncia* é de *notitia criminis*. ANDRADE, *op. cit.*, p. 282, n.r. 953; GUIMARÃES, *op. cit.*, p. 300.

O processo inquisitório acaba sendo institucionalizado por Gregório IX em 1231 com a criação de tribunais especiais e posteriormente com a previsão do uso da tortura – *Ad Extirpanda*, em 1252¹³¹. Os olhos inquisitórios voltam-se com maior ênfase aos pecados aparentes, comportamentos externos que afetavam publicamente os dogmas religiosos, exigindo o restabelecimento da verdade perturbada, atestando a superioridade da Igreja e regenerando o espírito do pecador mediante a confissão¹³². Já nos “pecados ocultos” (*peccati occulti*), bastava a confissão perante Deus, obrigatória como sacramento desde 1215¹³³, em que o valor simbólico do ato se realçava, assinando a vitória da *verdade* e a abjuração das crenças errôneas do herético¹³⁴. Diz Vainfas:

Os pecados mortais da carne, os sonhos eróticos, o mero pensar em qualquer indecência, nada disso interessava aos inquisidores como simples manifestações da fragilidade do corpo, da tentação fugaz do demônio e da corrupção geral da criatura humana resultante da primeira e irreversível queda. O pecado de um sonho “desonesto”, a intenção lasciva de um olhar ou pensamento, eis algumas faltas veniais ou mortais de que os confessores sacramentais poderiam dar conta em troca do arrependimento e da penitência do ordinário pecador. [...] Ao Santo Ofício interessavam, fundamentalmente, os erros de doutrina passíveis de serem captados não apenas em afirmações ou ideias contestatórias à verdade oficial e divina, mas em atitudes ou comportamentos que, por sua obstinação desafiadora àquela verdade, implicavam suspeita de heresia, presunção de que o indivíduo pecava e insistia em fazê-lo, recusando-se a qualquer emenda e urdindo maneiras de burlar a disciplina normatizadora da Igreja¹³⁵.

Entretanto, a inexistência de um regramento único e uniforme que disciplinasse essa perseguição religiosa acabou tendo efeito inverso, permitindo a prática de desvios e abusos por parte de inquisidores, atuando como um importante fator que só fez aumentar a proliferação de seitas e religiões diversas do cristianismo¹³⁶.

Para contornar esses problemas, foram instituídos instrumentos que se destinavam a auxiliar os inquisidores a identificar os hereges e suas práticas, bem como a orientá-los na formação e no trâmite de seus processos criminais¹³⁷. Tais instrumentos são decorrentes das

¹³¹ VOGLER, *op. cit.*, p. 27; AMBOS, *op. cit.*, p. 5; ANDRADE, *op. cit.*, p. 287.

¹³² A confissão servia como instrumento privilegiado de comprovação do pecado e sinal de arrependimento do herético, etapa indispensável do processo de reconciliação (SILVA, *op. cit.*, p. 75; AMBOS, *op. cit.*, p. 5-9; CHARLES LEA, *op. cit.*, p. 730).

¹³³ SILVA, *op. cit.*, p. 66; GUIMARÃES, *op. cit.*, p. 310-311.

¹³⁴ SILVA, *op. cit.*, p. 67, n.r. 93. Chamados *editos de graça*, segundo ANDRADE, *op. cit.*, p. 287.

¹³⁵ VAINFAS, Ronaldo. **Trópico dos pecados: moral, sexualidade e inquisição no Brasil**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011. p. 4400. Kindle.

¹³⁶ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Inquisição espanhola...** *op. cit.*, p. 11; ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas...** *op. cit.*, p. 283.

¹³⁷ *Idem*. **Inquisição espanhola...** *op. cit.*, p. 11.

bulas papais de Gregório IX no ano de 1233¹³⁸, compilações de leis, jurisprudência, formulários de autos e modelos de decisões, instrumentos que ficaram conhecidos como *Manuais dos Inquisidores*.

Dentre os principais, destacam-se o de Bernard Gui (*Practica Offici Inquisitionis heretice pravitatis*, de 1323), o de Nicolás Eymerich (*Directorium Inquisitorum*, de 1376 – o mais completo e por isso chamado de Manual do Inquisidor) e, por fim, o de Heinrich Kramer e James Sprenger (*Malleus Maleficarum*, de 1484), nomeados pelo Papa Inocêncio VIII para reprimir as práticas de bruxaria na Alemanha¹³⁹.

No final do século XV, a inquisição católica toma características na península Ibérica distintas das demais.

Na Espanha, com a finalidade de reunificação dos territórios espanhóis, os reis católicos Isabel do reino de Castilla e Fernando do reino de Aragão necessitavam também ordenar a questão religiosa, motivando um pedido ao Papa Sixto IV, que, em 1 de novembro de 1478, autoriza a instalação do Tribunal do Santo Ofício mediante a bula *Exigit sinceræ devotionis affectus* que:

[...] reproduzia os argumentos régios sobre a difusão das crenças e dos ritos mosaicos entre os judeus convertidos ao cristianismo em Castela e Aragão, atribuía o desenvolvimento dessa heresia à tolerância dos bispos e autorizava os reis a nomear três inquisidores (entre os prelados, religiosos ou clérigos seculares com mais de quarenta anos, bacharéis ou mestres em teologia, licenciados ou doutores em direito canônico) para cada uma das cidades ou dioceses dos reinos¹⁴⁰.

Tem início a Inquisição Espanhola, impondo uma ruptura com a prática da Inquisição Medieval¹⁴¹.

Se as inquisições religiosas possuíam um denominador comum na delegação papal às práticas, até então o ato de nomear os inquisidores era privativo do pontífice. Quebrando esse paradigma, a previsão contida na bula do Papa Sixto IV gerava uma subordinação da inquisição à monarquia, submetendo-a à autoridade dos reis espanhóis¹⁴², permitindo-lhes não só a nomeação, mas também a revogação e a substituição dos inquisidores pelo inquisidor-geral imediatamente após a investidura. Apesar de eclesiástico, vai servir de ferramenta de repressão

¹³⁸ *Idem. Sistemas... op. cit.*, p. 285.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 283.

¹⁴⁰ BETHENCOURT, Francisco. **História das Inquisições**: Portugal, Espanha e Itália – Séculos XV-XIX. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 17.

¹⁴¹ Mauro Andrade vai dizer que o rompimento definitivo se deu em 1561 com as instruções emitidas no período de Fernando De Valdés. ANDRADE, Mauro Fonseca. **Inquisição espanhola... op. cit.**, p. 15.

¹⁴² VAINFAS, *op. cit.*, p. 4318.

política e um forte aliado para a manutenção da unidade estatal, em uma intrínseca relação da religião das questões estatais, especialmente na consideração da heresia como noção de pecado e ao mesmo tempo descumprimento das leis do soberano¹⁴³.

Em matéria processual, apesar de inovações quanto à exigência obrigatória de um acusador público – o *Fiscal*, que deveria oferecer uma acusação formal –, bem como pela previsão de dois tipos de inquisidores, um com funções de arrecadar elementos necessários para uma *notitia criminis* ou acusação do Fiscal, com plena liberdade; e outro com funções de julgamento¹⁴⁴, não diferia muito no que tange ao sistema tarifado de provas, amplamente difundido pela Europa Continental.

Por fim, a Inquisição Romana, que teve início em 1542 sob o papado de Paulo III com a expedição da bula *Licet ab Initio*, como uma das medidas levadas a efeito pela Igreja para combater a Reforma Luterana, que se espalhava pelo norte da Europa e os ataques antipapais provenientes do rei Henrique VIII. A diferença na estruturação residia na criação de um corpo coletivo central que controlava a atuação dos inquisidores espalhados pela península Itálica:

Nessa bula, o papa nomeava uma comissão de seis cardeais que tinham a possibilidade de delegar seus poderes a religiosos ou clérigos formados em teologia ou em direito canônico. Essa comissão – conhecida como Congregação do Santo Ofício – adquiria assim plenos poderes para a instrução e a conclusão dos processos de heresia, mesmo na ausência dos bispos competentes, reservando para si a decisão final sobre o recurso dos processos de primeira instância¹⁴⁵.

Tratava-se, portanto, de uma reorganização do procedimento “para funcionar como o Supremo Tribunal da Igreja nos delitos de fé, com atribuição de definir a competência jurisdicional da Igreja Católica frente à competência dos Estados [...] em uma versão mais técnica e menos sanguinária do que a espanhola”¹⁴⁶.

¹⁴³ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas...** *op. cit.*, p. 297. As resistências suscitadas pela fundação dessa nova Inquisição conheceram desenvolvimentos diferentes em função do contexto, mas o resultado geral foi sempre o mesmo: o enraizamento do tribunal. Com efeito, os recursos a Roma, aceitos pelo Papa numa primeira fase, sofreram o protesto constante dos reis católicos e de Carlos V, até que a Coroa obteve da cúria romana a delegação ao inquisidor-geral do poder de examinar todos os recursos de última instância (BETHENCOURT, *op. cit.*, p. 21).

¹⁴⁴ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas...** *op. cit.*, p. 311.

¹⁴⁵ “No preâmbulo da constituição papal, encontramos explicitadas as seguintes motivações: o desejo de conservar a pureza da fé contra a heresia; a paralisia das instituições de controle devido às expectativas de abjuração e de regresso dos hereges à Igreja Católica; o atraso na realização do Concílio devido às guerras entre príncipes cristãos; o progresso da heresia e as ameaças constantes de ruptura da unidade da Igreja” (BETHENCOURT, *op. cit.*, p. 27).

¹⁴⁶ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas...** *op. cit.*, p. 313. Isso não significa ausência de repressão violenta, sendo tratada pelo historiador Michael White como uma *Schutzstaffel* do século XVI (WHITE, Michael. **The**

O que se vê, portanto, é que falar em Inquisição como designação única pode ser didático e muitas vezes cômodo, mas que esconde realidades muito diversas.

Nas diversas manifestações do formato de perseguição inquisitorial alastradas pelos tribunais seculares da Europa Continental – especialmente nas áreas mediterrâneas, com realidades monárquicas cada vez mais frequentes em detrimento dos senhores feudais¹⁴⁷ – as diferentes questões políticas influenciadoras de cada regulamentação impossibilitam cunhá-las sob um “sistema normativo”¹⁴⁸.

Já em relação à Inquisição Católica, apesar de aparentemente ter havido uma continuidade no formato de perseguição:

A inquisição pontificia estabelecida no século XIII desenvolve um modelo de ação estranho aos modelos (no plural) seguidos, por exemplo, pelos tribunais de Veneza, Moderna ou Nápoles do século XVI ao século XVIII; a Inquisição espanhola (criada em 1478), tal como a Inquisição portuguesa (estabelecida em 1536), tem um estatuto particular que se traduz por uma quase completa independência de ação em relação à cúria romana; os tribunais hispânicos que operam na América ou na Ásia transportam com eles estruturas, maneiras de fazer e representações comuns, mas adaptam-se a diferentes contextos¹⁴⁹.

Dessa forma, considerando os diversos modelos apresentados, concorda-se com Garcez Ramos quando diz que se pudéssemos tratar o sistema inquisitivo como um sistema concebido enquanto resultado de um projeto ou agenda política, assim o seria por conta do resultado a ser obtido, pois sempre esteve, ao menos teoricamente, voltado à busca da confissão a qualquer custo¹⁵⁰, um dos sete sacramentos da Igreja a fim de que o acusado pudesse reconciliar-se com a Igreja, atingindo a salvação eterna¹⁵¹.

pope and the heretic: the true story of Giordano Bruno, the man who dared to defy the roman inquisition. Harper-Collins e-book, 2003. p. 23).

¹⁴⁷ GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. p. 163; VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 197. Na Espanha, por exemplo, por intermédio de Alfonso X, o Sábio, no século XIII, com *As Sete Partidas*, visando fortalecer a autoridade do soberano, cuja resistência motivada pelas disputada de poder retardou sua vigência em quase um século (ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas...** *op. cit.*, p. 316-317), e posteriormente com o *Septenario*, de 1263-1265, bem como pelas ordenações de Fernando, *Fueros de Aragón*, de 1521; na França, com as *Ordonances* de Luis IX, de 1254. Fora do âmbito Europeu Ocidental, acrescenta Vogler que elementos do método também são encontrados na Hungria, Polônia, Rússia e nos Países Escandinavos nos séculos XIV e XV (VOGLER, Richard. **A world view...** *op. cit.*, p. 30-32).

¹⁴⁸ GUIMARÃES, *op. cit.*, p. 337.

¹⁴⁹ BETHENCOURT, Francisco. **História das Inquisições: Portugal, Espanha e Itália – Séculos XV-XIX**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 10.

¹⁵⁰ RAMOS, *op. cit.*, p. 45-46. No mesmo sentido, GUIMARÃES, *op. cit.*, p. 311. Contrariamente, Mauro Andrade afirma que os elementos fixos do sistema inquisitivo seriam o caráter prescindível da presença de um acusador distinto do juiz, e o fato de o processo ser instaurado por acusação, *notitia criminis* ou de ofício pelo juiz (ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas...** *op. cit.*, p. 395).

¹⁵¹ RAMOS, *op. cit.*, p. 200.

E como será visto no próximo capítulo, se o procedimento criminal inglês tornava irrelevante a confissão do acusado quanto aos fatos que lhe eram imputados, isso não implica em concluir pela ausência de métodos tormentosos – probatórios ou não – em desfavor daquele. A diferença primordial residia na centralidade que o método aplicado impunha à prestação de declaração do acusado quanto à imputação – de culpado ou inocente –, que vai ser cunhada de método do *accused speaks* ou *speaks for himself*, não se furtando os tribunais aos mais penosos meios para tomar-lhe tais declarações.

1.4 PERSECUÇÃO CRIMINAL NA INGLATERRA

1.4.1 Fontes históricas

Assim como feito em relação à Europa continental, falar de processo penal inglês vai exigir um retorno de quase 11 séculos, ao período das Conquistas Normandas, quando o Rei William invade e conquista a Inglaterra em 1066, eventos de tal importância que significaram mais do que uma simples ascensão de uma nova dinastia, mas a criação de uma sociedade dividida, cujos conflitos levariam à fusão de vários grupos minoritários (anglo-saxões, normandos etc.) em uma só nação¹⁵².

A tarefa de análise se torna mais ainda árdua dada a falta de material de pesquisa sobre a lei e sua aplicação até o século XI, à exceção de documentos como o *Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Anglie*, também chamado *Glanvill Treatise*¹⁵³, bem como pela ausência de registros dos julgamentos entre os séculos XII e XV¹⁵⁴, havendo escassos relatos a partir de 1477 na obra de Stephen, publicada em 1833¹⁵⁵.

A ausência de dados decorre de uma série de fatores, dentre eles o fato dos *law reports*, documentos publicados e comercializados em meados dos séculos XVI e XIX¹⁵⁶ e principal material de pesquisa dos historiadores ingleses, terem como objeto essencialmente demandas cíveis. Isso porque, como o público-alvo eram advogados e por estes atuarem primordialmente

¹⁵² Nação que seria unificada com a Carta Magna em 1215. VAN CAENEGEM, R. C. **The Birth of the English Common Law**. 2. ed. Cambridge University Press: Cambridge, 1988. p. 4-5.

¹⁵³ Primeiro grande tratado sobre leis e costumes do reino da Inglaterra escrito por Rannulph of Glanvill, que foi *chief justice* no reinado de Henrique II, de 1180 a 1189. V. VAN CAENEGAN, *op. cit.*, p. 90; TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 38; JIMENO BULNES, *op. cit.*, p. 219.

¹⁵⁴ RAMOS, *op. cit.*, p. 30.

¹⁵⁵ STEPHEN, James Fitzjames. **A History of the Criminal Law of England**. In Three Volumes. v. I. London: MacMillan and Co., 1883.

¹⁵⁶ LANGBEIN, John H. **The origins of adversary criminal trial**. Oxford studies in modern legal history. New York: Oxford University Press, 2003. p. 7. Kindle; LANGBEIN, John H. The criminal trial before the lawyers. **The University of Chicago Law Review**, n. 45, 1978, p. 264.

em jurisdição cível, os editores não se ocupavam de processos criminais¹⁵⁷, afinal, ante a inexistência de um mercado consumidor, motivos não havia para publicações¹⁵⁸.

Sobre funcionamento do processo criminal, a base em geral de pesquisa de Stephen, além de outros historiadores da época, como Wigmore¹⁵⁹, residia nos *State Trials*¹⁶⁰, documentos atualmente tidos como pouco confiáveis, pois os registros mais antigos – principalmente os que se referem ao período normando – foram feitos muitos anos após e por pessoas leigas¹⁶¹. O próprio Wigmore afirma que a regularidade das publicações se deu apenas após o início do século XIX, havendo mais *reports* sobre os julgamentos dos condados de Peake, Espinasse e Campbell entre os anos de 1790 e 1815 do que todos os publicados nos dois séculos anteriores¹⁶².

Além disso, possuíam um defeito irremediável enquanto fonte histórica¹⁶³, pois tratavam primordialmente de julgamentos sensacionalistas, voltados ao público leigo, sensacionalismo que justificava as publicações¹⁶⁴. Como o alvo dos *State Trials* era o povo, geralmente tratavam de processos envolvendo o alto escalão da política, como os casos de Thomas Moore, Walter Raleigh, e dos *Popish Plotters*, ignorando amplamente os processos de crimes não políticos, salvo em raras ocasiões em casos de bruxaria ou homicídio em que o status social do acusado ou a repercussão do crime justificasse a publicação¹⁶⁵. Conforme Langbein, os historiadores apenas recentemente perceberam os aspectos não confiáveis dos *State Trials*¹⁶⁶, o que ficaria claro pela citação de Stephen de que os registros eram feitos “com tal integridade

¹⁵⁷ Como se verá abaixo, a atuação do advogado ocorria em apenas determinadas formas de crime, como de traição. Ver: RAMOS, *op. cit.*, p. 36; LANGBEIN, John H. The historical origins of the privilege against self-incrimination at common law. 92. *Michigan Law Review*, 1994, p. 1049.

¹⁵⁸ LANGBEIN, John H. *The criminal trial before...* *op. cit.*, p. 264.

¹⁵⁹ V. WIGMORE, John H. *A General Survey of the History of the Rules of Evidence*. In *Select Essays in Anglo-American Legal History*. In Three Volumes. v. II. Boston: Little Brown and Company, 1908.

¹⁶⁰ LANGBEIN, John H. *The historical origins...* *op. cit.*, p. 1051.

¹⁶¹ RAMOS, *op. cit.*, p. 31.

¹⁶² WIGMORE, *op. cit.*, 1908, p. 696.

¹⁶³ O defeito enquanto fonte, segundo o autor, pode ser visto na citação de Stephen, que tratava os *State Trials* como “uma base mais do que sólida para fins de caracterização da história jurídica inglesa” (LANGBEIN, John H. *The criminal trial before...* *op. cit.*, p. 265, n.r. 4). No original, “the proceedings have been recorded in the *State Trials* with such completeness and authenticity as to give to that great collection the character of a judicial history of England” (STEPHEN, James Fitzjames. *A History of the Criminal Law of England*. In Three Volumes. v. I. London: MacMillan and Co., 1883. p. 319-320).

¹⁶⁴ LANGBEIN, John H. *The criminal trial before...* *op. cit.*, p. 265; LANGBEIN, John H. *The historical origins...* *op. cit.*, p. 1051. n.r. 15.

¹⁶⁵ SILVA, Sandra Oliveira e. *O arguido como meio...* *op. cit.*, p. 105; LANGBEIN, John H. *The criminal trial before...* *op. cit.*, p. 265-266.

¹⁶⁶ LANGBEIN, John H. *The criminal trial before...* *op. cit.*, p. 265.

e autenticidade que conferem a essa grande coleção o caráter de uma história judicial da Inglaterra”¹⁶⁷.

Por conta disso, os processos ordinários só puderam ser mais bem estudados a partir da metade do século XX por meio das atas de julgamentos criminais do Tribunal Old Bailey, de Londres, material até então desconhecido dos autores clássicos e apenas disponibilizado online no início dos anos 2000¹⁶⁸. Só assim, diz Langbein, pôde-se ter uma melhor compreensão do processo penal inglês entre os séculos XVI e XIX e os métodos desenvolvidos no período¹⁶⁹.

1.4.2 *Do alto medievo ao método do accused speaks / speaking for himself*

Nos séculos XII e XIII ocorre o que Weigend chama de “a Grande Divisão”, em que Europa Continental e Inglaterra seguem linhas distintas em relação ao formato de persecução criminal, especificamente pelo abandono da justiça comunitária na primeira¹⁷⁰, enquanto na segunda a participação popular nos julgamentos criminais ganhava força, tornando a Inglaterra uma ilha jurídica isolada em um mar romanista¹⁷¹.

As razões da manutenção e fortalecimento dos julgamentos por populares na Inglaterra têm origens na Conquista Normanda, quando Willian, o Conquistador, com vistas à ordem social, permite que as antigas tradições anglo-saxãs sejam mantidas paralelamente às novas leis feudais¹⁷², uma concessão decorrente de uma forma mais moderna de monarquia centralizada, diverso do que ocorria nos demais centros europeus, como na França¹⁷³. Dessa forma, antigos

¹⁶⁷ No original, “the proceedings have been recorded in the State Trials with such completeness and authenticity as to give to that great collection the character of a judicial history of England” (STEPHEN, James Fitzjames. **A History of the Criminal Law of England**. In Three Volumes. v. I. London: MacMillan and Co. 1883. p. 319-320). Também citado em LANGBEIN, John H. **The criminal trial before...** *op. cit.*, p. 265, n.r. 4.

¹⁶⁸ LANGBEIN, John H. **The origins of adversary criminal trial**. Oxford studies in modern legal history. Oxford University Press: New York. Kindle. 2003. p. vii. Documentos atualmente disponíveis em: <https://www.oldbaileyonline.org>. Acesso em: 10 maio 2021.

¹⁶⁹ LANGBEIN, John H. **The origins of...** *op. cit.*, p. vii.

¹⁷⁰ Na França o desaparecimento das justiças comunitárias ocorreu no século XIV, enquanto na Alemanha permaneceu por mais dois séculos, sendo substituídas por cortes centradas na figura do juiz (VOGLER, Richard. **A world view...** *op. cit.*, p. 199).

¹⁷¹ VAN CAENEGEM, R. C. **The Birth of the English Common Law**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1988. p. 105; WEIGEND, Thomas. The Decay of the Inquisitorial Ideal: Plea Bargaining Invades German Criminal Procedure. In: JACKSON, John. LANGER, Máximo; TILLERS, Peter. **Evidence in a comparative and international context**. Essays in Honour of professor Mirjan Damaska. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2008. p. 40.

¹⁷² CHURCHILL, Winston S. **The birth of Britain: a history of the english-speaking people**. v. 1. New York: Barnes & Nobles Inc, 2015. p. 320-321. Apple books; HARDING, Alan. **Medieval law and the foundations of the state**. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 133.

¹⁷³ DAVID, René. **O direito inglês**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2020. p. 4. Diz LE GOFF: “A Inglaterra, depois da conquista normanda (1066), apresenta pela primeira vez sob Henrique I (1110-1135) e sobretudo sob Henrique II Plantageneta (1154-1189) a imagem de uma monarquia centralizada. Desde 1085, o Livro do Juízo final, o *Domesday Book*, recenseia as posses e os direitos reais e dá à autoridade real uma base

tribunais comunitários – os *County Courts* ou *Hundred Courts*¹⁷⁴ –, centrados em um procedimento oral com métodos de prova baseados em depoimentos das partes sob juramento, combate e ordálios, permaneceram em vigor, paralelamente às novas cortes, onde lordes e vassallos julgavam e eram julgados, bem como cortes eclesiásticas, que aplicavam o direito canônico¹⁷⁵.

Após uma série de disputas sobre o trono inglês, Henrique II assume e inicia uma grande reforma legal no período de 1154 a 1189, especialmente no tocante à administração da justiça¹⁷⁶. Segundo Chemim:

[...] ao assumir a Coroa inglesa e visando reunificar o reino dilacerado e desordenado pelas batalhas, Henrique II se viu quase que compelido a criar três tribunais: *Court of Common Pleas* (Tribunal das Causas Comuns, civis e penais); *Court of Exchequer* (Tribunal do Tesouro) e o *King's Bench* (Tribunal do Banco do Rei), adotando uma Justiça itinerante com este último, na qual o próprio Henrique II viajava por suas terras “distribuindo justiça” nos casos criminais que lhe eram apresentados pelo caminho¹⁷⁷.

Apesar da reforma, vários métodos antigos permaneceram cruciais para a prevenção e persecução dos crimes, mostrando-se as práticas locais como as mais eficientes em lidar com atos criminosos, ante a ausente infraestrutura administrativa de governo por todo o território inglês. Recorreu-se a representantes das comunidades com poderes coercitivos em nome da Coroa, compelidos a responder sob juramento e sujeitos a penas por perjúrio¹⁷⁸ sempre que as cortes itinerantes se reunissem¹⁷⁹.

incomparável. Sólidas instituições financeiras (a *Court of the Exchequer*) e funcionários estreitamente dependentes do trono (os *sheriffs*) completaram esta obra” (LE GOFF, Jacques. **A civilização do ocidente medieval**. Bauru, SP: Edusc, 2005. p. 91).

¹⁷⁴ Que foram paulatinamente substituídas por jurisdições senhoriais de um novo tipo, conhecidas como *Courts Baron*, *Courts Leet*, *Manorial Courts* etc. DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 359.

¹⁷⁵ “Nos povoados, o antigo tribunal inglês se reunia para os ‘ingleses’ ao lado de uma corte municipal bastante separada para os ‘franceses’, que haviam chegado com os conquistadores, viviam de acordo com seus próprios costumes e gozavam de seus próprios privilégios, especialmente alguns fiscais” (VAN CAENEGAN, R. C. **The Birth of...** *op. cit.*, p. 12-13).

¹⁷⁶ HUDSON, John. **The formation of the english common law: law and society in England from King Alfred to Magna Carta**. Second Edition. Routledge: London and Ney York, 2018. p. 138.

¹⁷⁷ GUIMARÃES, *op. cit.*, p. 345.

¹⁷⁸ VOGLER, Richard. **A world view...** *op. cit.*, p. 200.

¹⁷⁹ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 37.

Com a crescente objeção pelos reis normandos aos ordálios e aos duelos¹⁸⁰, Henrique II acaba por consolidar o sistema do júri em 1166 promulgando o *Assize of Clarendon*¹⁸¹, e em 1176 o *Assize of Northampton*, reforçando certos procedimentos de apresentação aos jurados, em que um conjunto de pessoas notoriamente probas ficaria incumbido de, sob juramento, denunciar os acusados aos comissários reais aqueles crimes considerados mais graves¹⁸², independentemente da vontade da vítima (*presentment*). A fim de alargar a competência da jurisdição real, Henrique II se aproveita do conceito saxônico de “Paz do Rei”, que previa que crimes mais graves seriam de interesse real, e o amplia, possibilitando que a jurisdição criminal real se estenda por toda a Inglaterra, pois o Rei “estava em todo o lugar”¹⁸³. Esse formato representava os primórdios do que viria a ser o *grand jury*, não obstante remanescer o julgamento sob os antigos métodos¹⁸⁴. Dessa forma, após a apresentação pelos jurados, era o acusado submetido aos ordálios, e, mesmo que passasse ileso, seria banido da Inglaterra caso os jurados declarassem publicamente a má reputação daquele¹⁸⁵.

¹⁸⁰ Em um momento que crescia o esforço do soberano na persecução criminal, também crescia a objeção dos senhores feudais aos ordálios, pois frequentemente permitia que notórios criminosos fossem absolvidos, já que o “milagre” operado nesses casos era visto como uma Graça Divina, uma nova chance dada por Deus. Paralelamente, crescia a desconfiança do soberano nos clérigos que administravam os ordálios, como um episódio em que 50 pessoas acusadas de quebrar as “leis da floresta” saíram ilesas da prova de fogo e foram consideradas inocentes. O rei, William II (1060-1100), desconfiado que o clérigo teria agido para que a absolvição ocorresse, prometeu que aquela situação não se repetiria (VAN CAENEGAN, R. C. **The Birth of...** *op. cit.*, p. 69); no mesmo sentido, POLLOCK, Frederick. **The King's Peace in the Middle Ages**. In *Select Essays in Anglo-American Legal History*. In Three Volumes. v. II. History of Particular Topics. Boston: Little Brown and Company, 1908. p. 407.

¹⁸¹ O documento pode ser conferido no original em **Assize of Clarendons, 1166**. Lillian Goldman Law Library. The Avalon Project. Documents in Law, History and Diplomacy. Disponível em: <https://avalon.law.yale.edu/medieval/assizecl.asp>. Acesso em: 4 maio 2021.

¹⁸² VOGLER, Richard. **A world view...** *op. cit.*, p. 200; GREEN, Thomas A. **Verdict according to conscience: perspectives on the English criminal trial jury 1200-1800**. Chicago: University of Chicago Press, 1985. p. 7. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/books/4>. Acesso em: 29 maio 2021. “In origin the jury was a royal instrument of administrative convenience: The King had the right to summon a body of men to bear witness under oath about the truth of any question concerning the royal interest. It was through this early form of jury that William the Conqueror had determined the Crown rights in the great Domesday survey. The genius of Henry II, perceiving new possibilities in such a procedure, turned to regular use in the courts an instrument which so far had only been used for administrative purposes” (CHURCHILL, Winston S. **The birth of Britain: a history of the english-speaking people**. v. 1. New York: Barnes & Nobles Inc, 2015. p. 391. Apple books).

¹⁸³ CHURCHILL, *op. cit.*, p. 321; HUDSON, John. **The formation of the english common law: law and society in England from King Alfred to Magna Carta**. Second Edition. Routledge: London and Ney York, 2018. p. 150; STEPHEN, *op. cit.*, p. 444; POLLOCK, *op. cit.*, p. 407.

¹⁸⁴ VOGLER, Richard. **A world view...** *op. cit.*, p. 200; SILVA, Sandra Oliveira e. **O arguido como meio...** *op. cit.*, p. 86. Segundo Taruffo, “o Sistema do júri era preferível ao duelo, pois era mais equitativo e eficiente, evitava a morte de alguém e também as dúvidas que frequentemente surgiam sobre o êxito final do duelo. Além disso, o veredito era confiável, pois se fundava no juramento de doze jurados que deviam ser *de veritte certi* e que seriam punidos em caso de falso juramento” (TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 38).

¹⁸⁵ VAN CAENEGAN, R. C. **The Birth of...** *op. cit.*, p. 69-70. “Men of particular ill repute or presented for ‘murder or some other base felony’ had to ‘abjure’ the realm, that is leave England under oath never to return. The penalization of the notorious even if they passed the ordeal was not unique to the Angevin Assizes, but its use does emphasize royal single-mindedness” (HUDSON, John. **The formation of the english common law:**

Quando, então, as reformas levadas a efeito pela Igreja Católica no século XIII – nova forma *per inquisitionem* de perseguição e banimento dos ordálios – ingressam nos tribunais eclesiásticos ingleses durante o reinado de Henrique III, de 1216 a 1272, o procedimento do júri já se encontrava institucionalizado havia pelo menos dois séculos¹⁸⁶.

Com a replicação pela Coroa britânica em 1219 da proibição de julgamentos por ordálios, buscou-se no sistema já institucionalizado uma forma de substituir os juízos de Deus. Alguns daqueles que tinham a obrigação de denunciar os crimes aos comissários reais (*grand jury*) eram postos sob juramento para que decidissem acerca da culpa (*petty jury*), cabendo posteriormente ao juiz – comissário real – a determinação da pena (*conviction*)¹⁸⁷. O novo formato de *trial by jury*, portanto, substituía a *Vox Dei* pela *Vox Populi*¹⁸⁸, tornando-se o meio quase generalizado de julgamentos nos casos de crimes que ameaçavam a autoridade real e a ordem social¹⁸⁹. Um problema de ordem prática, entretanto, surgiu.

Até então sempre houve o direito do acusado de escolher a qual formato de julgamento iria se submeter, se ordálios, por duelo, direito que remanesceu quando do surgimento do julgamento pelos jurados (*trial by jury*)¹⁹⁰. Como os ordálios haviam sido proibidos e os duelos ficaram restritos a acusações privadas (inaplicáveis aos casos de *indictement* pelo *grand jury*)¹⁹¹, caso o acusado não se submetesse ao *trial by jury*, não haveria outra possibilidade de decidir¹⁹². Para contornar o problema, em 1275 é autorizada a *prison forte et dure*, “providência

law and society in England from King Alfred to Magna Carta. Second Edition. Routledge: London and New York, 2018. p. 161). No mesmo sentido, citando o texto original, GUIMARÃES, *op. cit.*, p. 350.

¹⁸⁶ POLLOCK, *op. cit.*, p. 407/408; SILVA, *op. cit.*, p. 86; LANGBEIN, John H. **Torture and the law of proof: European in the ancien régime**. Chicago: The University of Chicago Press, 2006. p. 120.

¹⁸⁷ Até 1352 os membros do *presenting jury* permaneceram atuando também como membros do *trial jury*, quando permitiu-se a insurgência pelo acusado (VOGLER, Richard. **A world view...** *op. cit.*, p. 201); POLLOCK, *op. cit.*, p. 408.

¹⁸⁸ DAMASKA, Mirjan. **Evaluation of evidence: premodern and modern approaches**. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. p. 16; SILVA, Sandra Oliveira e. **O arguido como meio...** *op. cit.*, p. 86; LANGBEIN, John H. **Torture and the law of proof: European in the ancien régime**. Chicago: The University of Chicago Press, 2006. p. 120; TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 39. Havia ainda uma forma “sumária” de julgamento criminal, que ocorria na hipótese de flagrante, o denominado *hue and cry*, em que o acusado era julgado sumariamente sem direito a declarações e executado imediatamente, procedimento que datava do século X (HUDSON, John. **The formation of the english common law: law and society in England from King Alfred to Magna Carta**. Second Edition. London and New York: Routledge, 2018. p. 50-51).

¹⁸⁹ VOGLER, Richard. **A world view...** *op. cit.*, p. 201; SILVA, Rodrigo Fauz Pereira; AVELAR, Daniel Ribeiro Surdi de. **Manual de tribunal de júri**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 75.

¹⁹⁰ CHURCHILL, Winston S. **História dos povos de língua inglesa: berço da Inglaterra**. v. 1. São Paulo: IBRASA, 2005. p. 211.

¹⁹¹ SILVA, Sandra Oliveira e. **O arguido como meio...** *op. cit.*, p. 86; VOGLER, Richard. **A world view...** *op. cit.*, p. 201.

¹⁹² Enquanto o sistema do júri era baseado nos ordálios, o acusado tinha o direito de não se sujeitar a julgamento por seus pares por conta da possibilidade de uma decisão injusta, submetendo-se apenas aos ordálios. Com a proibição destes, entretanto, não haveria como sujeitar o acusado ao julgamento, salvo se fosse obrigado a tal (SILVA, Sandra Oliveira e. **O arguido como meio...** *op. cit.*, p. 86).

muito parecida com a tortura – e até muitas vezes mais cruel”¹⁹³, cuja diferença residia no objetivo de forçar o julgamento e não a confissão¹⁹⁴. Segundo Garcez Ramos,

[...] se o réu se recusasse a tomar parte do processo judicial com uma declaração de culpa ou inocência, era colocado a ferros e submetido a um sofrimento físico atroz, até mudar de ideia. Uma das técnicas consistia em colocá-lo em uma masmorra lúgubre, deitado no chão e acorrentado, com pedras enormes sobre seu corpo, alimentando-o apenas com pão mofado e água suja. Se não mudasse de ideia morreria em poucas horas ou, no máximo, em poucos dias¹⁹⁵.

Por conta da presença dos jurados, pessoas leigas da comunidade, os procedimentos necessariamente deveriam ser céleres, preferencialmente reunindo-se o corpo de jurados em um só dia para julgar todos os casos, evitando-se que os membros ficassem afastados de suas famílias e atividades laborais por muito tempo¹⁹⁶. E justamente por serem leigos, as rígidas e complexas regras probatórias do direito canônico tornavam-se inaplicáveis ao julgamento pelo júri¹⁹⁷.

Paralelamente, do início do século XV a meados do século XVI firmou-se nos tribunais eclesiásticos ingleses e nos *Prerogative Courts* (*Star Chambers* e *Court of High Commission*) o procedimento *per inquisitionem*, que, como dito, dispensava a acusação, levando as autoridades a tentar supri-la com a confissão do interrogado¹⁹⁸ mediante imposição de juramento *ex officio*, tomado em regra “antes da pessoa investigada conhecer a matéria da imputação”¹⁹⁹:

A forma de processar era idêntica à estabelecida no direito continental e o juramento *ex officio* constituía um elemento fundamental da tramitação,

¹⁹³ POLLOCK, *op. cit.*, p. 4079; RAMOS, João Gualberto Garcez. **O devido processo legal...** *op. cit.*, p. 35; VOGLER, Richard. **A world view...** *op. cit.*, p. 133; DRESSLER, *op. cit.*, p. 871. Segundo Langbein, o termo inicial era *Peine Forte et Dure*, mas a prática acabou alterando para *Prision Forte et Dure*, tendo sido o instituto que gerou confusões nos autores acerca do uso ou não da tortura na Inglaterra. Isso não significa, entretanto, que o autor afirme que não houve aplicação da tortura no processo penal inglês, pelo contrário. Para mais, ver: LANGBEIN, John H. **Torture and the law of proof: European in the ancien régime**. Chicago: The University of Chicago Press, 2006. p. 119 e ss.

¹⁹⁴ SILVA, Sandra Oliveira e. **O arguido como meio...** *op. cit.*, p. 87.

¹⁹⁵ RAMOS, João Gualberto Garcez. **O devido processo legal...** *op. cit.*, p. 35.

¹⁹⁶ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas...** *op. cit.*, p. 211; MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos. **Revista de Processo**, v. 92, 1998. p. 87-104. out./dez. 1998. p. 90.

¹⁹⁷ VOGLER, Richard. **A world view...** *op. cit.*, p. 202.

¹⁹⁸ SILVA, Sandra Oliveira e. **O arguido como meio...** *op. cit.*, p. 96.

¹⁹⁹ SILVA, Sandra Oliveira e. **O arguido como meio...** *op. cit.*, p. 91. “Prestado solenemente no início do interrogatório, antes mesmo de o arguido conhecer as perguntas a que teria de responder (os *capitula*), o *iuramentum de veritate dicenda* (designado também como juramento *ex officio*) era um meio adequado a reforçar o dever de verdade e, apoiando-se na convicção de castigo divino em caso de perjúrio, estimular a confissão dos culpados” (*Ibidem*, p. 79).

mostrando-se indispensável para diagnosticar e prevenir – as palavras não são ao acaso – o alastramento das heresias e de outros tipos de “ideologias perigosas”. Em regra, o juramento era prestado antes de a pessoa investigada conhecer a matéria da impugnação (e ainda que não existisse uma suspeita concretamente fundada, como era comum acontecer), de tal forma que as declarações do arguido se convertiam na verdadeira origem do processo e no fundamento único da condenação (à morte)²⁰⁰.

Como essas práticas – dispensa de acusação e juramento *ex officio* – provinham de outras ordens jurídicas, os tribunais da *common law*, inarredáveis na defesa da *law of the land*²⁰¹, passaram a ter cada vez mais hostilidade, levando ao crescente uso dos *writs of prohibition*²⁰², que originalmente eram uma forma de *writ* expedido pela Coroa contra foros eclesiásticos, proibindo-os de proceder a determinado julgamento que estava fora de sua jurisdição²⁰³.

Essa defesa do direito pátrio ocorria porque desde o século XIV já se desenvolviam regras que eliminavam do rol de informações os elementos de credibilidade duvidosa, de maneira a garantir a *verdade* a ser extraída da decisão. Dentre essas regras – que formam os primórdios da *law of evidence* – encontrava-se a *disqualification for interest*, que proibia que o acusado prestasse depoimento mediante juramento²⁰⁴, pois este, enquanto essência da própria

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 91.

²⁰¹ A chamada *law of the land* tem origens em 1066, no período da conquista por William, o Conquistador, que decidiu manter as leis do rei Edward II. RAMOS, João Gualberto Garcez. **O devido processo legal. Curso de processo penal norte-americano**. São Paulo: RT, 2006. p. 39-40; VAN CAENEGAN, R. C. **The Birth of...** *op. cit.*, p. 12). Posteriormente introduzida no Capítulo 29 da Carta Magna de 1215, foi a base para interpretações que deram origem ao *due process of law*, argumento retórico mais usado para restringir a jurisdição dos tribunais de prerrogativa régia (*Prerogative Courts*) em favor dos barões. Cf. SILVA, Sandra Oliveira e. **O arguido como meio...** *op. cit.*, p. 98. No mesmo sentido, GUIMARÃES, *op. cit.*, p. 352; TARUFFO, M. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 39; BUSATO, Paulo César. **Fundamentos...** *op. cit.*, p. 151.

²⁰² Tendo sido Henrique III o autor dos primeiros *writs of prohibition*, entre 1246 e 1252 (SILVA, Sandra Oliveira e. **O arguido como meio...** *op. cit.*, p. 96, nr. 162). Com o passar do tempo, os próprios tribunais de *common law* (*King's Bench* e *Court of Common Pleas*) expediam os *of prohibition*, como forma de garantir sua jurisdição. (SMITH, David Chan. **Sir Edward Coke and the reformation of the laws: religion, politics and jurisprudence**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 271).

²⁰³ VAN CAENEGAN, R. C. **The Birth of...** *op. cit.*, p. 19. O termo *writ* vem da autorização dada pelo Chanceler, um oficial da Coroa, ao sujeito que quisesse submeter sua demanda ao julgamento pelos tribunais da Coroa. Se conseguisse justificar que sua questão era de relevância e importância para o Rei, era autorizado que a jurisdição real fosse posta em funcionamento para julgar seu caso, mediante pagamento de taxas à chancelaria. Da mesma forma, o sujeito poderia pedir diretamente aos juizes reais essa autorização. DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 362.

²⁰⁴ ALSCHULER, Albert. **A Peculiar Privilege in Historical Perspective: The Right to Remain Silent**. 94 Michigan Law Review 2625. Chicago: University of Chicago Law School, 1995. p. 2641; WIGMORE, John, H. *Nemo tenetur seipsum procedure*. **Harvard Law Review**, v. 5, n. 2, maio 15, 1891, p. 75. Salvo em casos envolvendo matéria matrimonial ou testamentária (em que o risco de perjúrio é menor). Ver: SILVA, Sandra Oliveira e. **O arguido como meio...** *op. cit.*, p. 94-96.

vida medieval²⁰⁵, somado ao sentimento religioso da época²⁰⁶, tinha seu valor tão elevado a tal ponto que o perjúrio era visto como uma monstruosidade. E diante de circunstâncias extremamente graves, era fácil perceber que o acusado não hesitaria em manter sua palavra, gerando nos jurados uma falsa impressão de que o acusado estaria sendo sincero²⁰⁷, comprometendo a *verdade* a ser extraída da decisão – daí o termo veredito, *vere dictum*²⁰⁸.

Apenas era admitido o juramento em processo envolvendo matéria matrimonial ou testamentária (em que o risco de perjúrio era menor)²⁰⁹, justamente o caso, segundo Garcez Ramos, de um dos primeiros usos documentados do *writ* para questionar a obrigatoriedade do juramento (*Cullier and Cullier*, 78 Eng. Rep. 457, de 1589), envolvendo uma acusação de adultério (*libel for incontinency*), em que o famoso advogado Edward Coke questionou a medida junto ao Tribunal de Queixas Comuns (*Court of Common Pleas*). Os argumentos, segundo Garcez Ramos, teriam origem eclesiástica²¹⁰, por conta do brocardo *nemo tenetur seipsum accusare*, cujos registros datam desde os tempos de João Crisóstono (347-407):

Segundo o clérigo de Antioquia, porque tudo está nu diante de Deus, ninguém deve ser obrigado a trair a si mesmo ou a acusar-se perante os outros. Em cima dessa doutrina os advogados práticos construíram, no seio do processo inquisitorial, o privilégio contra a autoincriminação forçada²¹¹.

Entretanto, considerando que historicamente o *writ* tinha função de garantir a aplicação da tradição legal inglesa, não se descarta que o uso do brocardo tenha razões na incorporação do direito romano três séculos antes, que exigia uma acusação, sem que se pudesse obrigar alguém a fazê-lo contra si – que inclusive também possui origens eclesiásticas²¹².

²⁰⁵ O juramento era o próprio vínculo feudal. Todo o fundamento da feudalidade estaria abalado sem o juramento. PERNOUD, Régine. **Luz sobre a idade média**. Lisboa: Mem Martins: Publicações Europa – América, 1997. p. 30-31; 89.

²⁰⁶ ALSCHULER, *op. cit.*, p. 2643.

²⁰⁷ Mesmo que estivesse o acusado sob um *cruel dilema*, qual seja, de mentir – e praticar perjúrio – ou falar a verdade e ser condenado (SILVA, Sandra Oliveira e. **O arguido como meio...** *op. cit.*, p. 80).

²⁰⁸ HOLMES JR. Oliver Wendell. **The common law**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University, 2009. p. 237-238; THAMAN, Stephen. Should criminal juries give reasons for their verdicts? The Spanish experience and the implications of the European Court of Human Rights decision in *Taxquet v. Belgium*. **Chicago-Kent Law Review**, v. 86. n. 2. 2011. 613-668. p. 613. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2647584. Acesso em: 9 jun. 2021.

²⁰⁹ Ver: SILVA, Sandra Oliveira e. **O arguido como meio...** *op. cit.*, p. 94-96; WIGMORE, John, H. *Nemo tenetur seipsum procedure*. **Harvard Law Review**, v. 5, n. 2, 15 maio 1891, p. 75.

²¹⁰ RAMOS, João Gualberto Garcez. **O devido processo legal...** *op. cit.*, p. 203.

²¹¹ *Ibidem*, p. 201. Wigmore também faz essa referência ao citar que Edward Coke se baseou no brocard *nemo tenetur seipsum proderere* (WIGMORE, John, H. **Nemo tenetur...** *op. cit.*, p. 77). Assim também: SILVA, Sandra Oliveira e. **O arguido como meio...** *op. cit.*, p. 95. Sobre as origens do direito às palavras de Cristo, a autora faz ressalvas quanto a tal vinculação histórica (SILVA, Sandra Oliveira e. **O arguido como meio...** *op. cit.*, p. 32, nota de rodapé 15, p. 61 e p. 65, nota de rodapé 88).

²¹² ALSCHULER, Albert. **A Peculiar Privilege...** *op. cit.*, p. 2640-2641.

De todo modo, após as investidas contra o uso do juramento *ex officio*, bem como a dispensa indevida de uma acusação (ou seja, duas situações distintas), autores da época como Wigmore e Levy transitaram os fundamentos para os tribunais da *common law*²¹³ unificando-os indevidamente na afirmação do “direito do arguido a não declarar sobre a matéria da imputação, ainda que a acusação tenha sido propriamente instituída e deduzida perante os tribunais comuns”²¹⁴.

Não obstante, a partir da leitura dos *Old Bailey Sessions Papers*, autores mais recentes afirmam que a abolição do juramento *ex officio* não significou propriamente um direito ao silêncio²¹⁵, tampouco atingiu a prática dos tribunais da *common law*, mantendo-se a declaração como caráter central do processo, que acabava sendo tomada à força, pois como o acusado não tinha direito a advogado²¹⁶, tampouco era-lhe permitido usar de testemunhas²¹⁷, o único meio de tentar provar sua inocência era dando sua versão (*speaks for himself* ou *accused speaks*)²¹⁸, contestando a versão do acusador, denominado sistema da alternância²¹⁹.

Diferentemente da conotação liberal que se dá atualmente, nos tribunais da *common law* no período, a mera possibilidade de ficar calado equivalia a um tormento psicológico, e,

²¹³ RAMOS, João Gualberto Garcez. **O devido processo legal...** *op. cit.*, p. 202.

²¹⁴ Os juristas da época teriam confundido aquilo que hoje configuram dois conceitos dogmáticos perfeitamente diferenciados: a afirmação do princípio da acusação como requisito de procedibilidade e o direito ao silêncio. SILVA, Sandra Oliveira e. **O arguido como meio...** *op. cit.*, p. 100.

²¹⁵ LANGBEIN, John H. **The historical origins...** *op. cit.*, p. 1054.

²¹⁶ Até o momento, como se verá a seguir, restrita à criminalidade ordinária, excluindo-se crimes de traição. Ver: RAMOS, João Gualberto Garcez. **O devido processo legal...** *op. cit.*, p. 39; LANGBEIN, John H. **The historical origins...** *op. cit.*, p. 1049).

²¹⁷ “Entendia-se que o arguido, tendo por si doze ‘testemunhas da comunidade’, escolhidas por um funcionário real em função da sua integridade e conhecimento dos fatos, não precisaria de indicar outras (e as que indicasse seriam necessariamente suspeitas)” (SILVA, Sandra Oliveira e. **O arguido como...** *op. cit.*, n.r. 142, p. 88); “Whereas prosecution witnesses were bound over by the justices to attend trial, the defence had no means of compelling witnesses, nor often even of contacting them. In any event, prosecution witnesses were examined on oath whereas any defence witnesses (at least until 1702), like the prisoner, were heard unsworn [...]. The accused was not shown the indictment and was therefore unaware of the nature of the specific allegations against him. Only in respect of the freedom from judicial torture was the prisoner in England in any better position during the pre-trial than a continental prisoner suffering under inquisition-process.” (VOGLER, Richard. **A world view...** *op. cit.*, p. 133). No mesmo sentido, LANGBEIN, John H. **The historical origins...** *op. cit.*, p. 1049.

²¹⁸ “From the middle of the sixteenth century, when sources first allow us to glimpse the conduct of early modern criminal trials, until late in the eighteenth century, the fundamental safeguard for the defendant in common law criminal procedure was not the right to remain silent, but rather the opportunity to speak” (LANGBEIN, John H. **The historical origins...** *op. cit.*, p. 1047-1052); VOGLER, Richard. **A world view...** *op. cit.*, p. 133.

²¹⁹ ALSCHULER, Albert. **A Peculiar...** *op. cit.*, p. 2654; VOGLER, Richard. **A world view...** *op. cit.*, p. 132. “A brief confrontation between the victim and the accused that was at the heart of the trial”. Segundo Sandra Silva, no século XVII havia ainda um importante fator de pressão informal sobre o acusado para que este desse suas declarações, consistente na possibilidade de que o juiz da corte recomendasse o perdão judicial caso entendesse que o veredito dos jurados era injusto (SILVA, Sandra Oliveira e. **O arguido como meio...** *op. cit.*, p. 104-105). No mesmo sentido, LANGBEIN, John H. **The historical origins...** *op. cit.*, p. 1064.

caso exercido, a um suicídio²²⁰, formato autoritário que em muito se assemelhava aos praticados na Europa continental²²¹.

Com a ascensão dos movimentos iluministas em meados do século XVIII²²², um fator vai ser determinante para o início de uma mudança substancial no formato do procedimento: a intervenção dos advogados nos processos de natureza criminal²²³.

1.4.3 Método do *testing the prosecution*: intervenção do advogado e declínio do *court as a counsel*

É comum na doutrina, especialmente brasileira, afirmações de que nos processos penais ingleses o juiz era equidistante e imparcial, recaindo toda a iniciativa processual sobre as partes, sendo estas que decidiriam de maneira competitiva quais as questões de fato seriam introduzidas no processo, restando ao juiz que preside o julgamento tão somente assegurar a correção da disputa, não interferindo diretamente na apuração dos fatos²²⁴.

Tal afirmação, entretanto, precisa ser mais bem esmiuçada.

Até o século XVIII era amplamente difundido o dogma de que o tribunal serviria em favor do acusado (*court as a counsel*), mas que em verdade – e na teoria – limitava-se à lei e não aos fatos, protegendo-o, por exemplo, contra procedimentos ilegais²²⁵. Não possibilitava, entretanto, que o acusado fosse auxiliado na formulação de uma versão defensiva, o que fazia sentido, já que como dito acima vigia o método do *accused speaks* – ou seja, o objetivo era que o acusado “falasse por si próprio”²²⁶.

Nos processos criminais ordinários, por também não ser comum a presença de advogados de acusação, cabia igualmente ao juiz o papel de auxiliar a formação da acusação²²⁷, o que incluía a função de *fact-finding*²²⁸, tomando o depoimento da vítima e de qualquer

²²⁰ ALSCHULER, Albert. **A Peculiar...** *op. cit.*, p. 2654; SILVA, Sandra Oliveira e. **O arguido como meio...** *op. cit.*, p. 33.

²²¹ “Rights-free, authoritarian and nearly as brutal as its continental counterparts” (VOGLER, Richard. **A world view...** *op. cit.*, p. 132-133).

²²² SILVA, Sandra Oliveira e. **O arguido como meio...** *op. cit.*, p. 33.

²²³ ALSCHULER, Albert. **A Peculiar...** *op. cit.*, p. 2655.

²²⁴ Ver: GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 39; no mesmo sentido, LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Volume único. 8. ed. rev. amp. e atual. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 43; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório. Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de Informação Legislativa**, Edição Especial Reforma do Código de Processo Penal, Ano 46, n. 183, p. 103-115, jul./set. 2009. p. 107; e LOPES JR, Aury. **Fundamentos de processo penal: introdução crítica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 151.

²²⁵ LANGBEIN, John H. **The historical origins...** *op. cit.*, p. 1050.

²²⁶ *Ibidem*, p. 1052.

²²⁷ *Ibidem*, p. 1051.

²²⁸ GRANDE, Elisabetta. **Dance of criminal justice**: thoughts on systemic differences and the search for the truth. In: JACKSON, John; LANGER, Máximo; TILLERS, Peter. Evidence in a comparative and international

testemunha de acusação até que entendesse que todo o possível caso estivesse pronto para ser levado aos jurados²²⁹ – algo similar à *justa causa*. Sobre o formato de atuação do juiz nos tribunais ingleses, diz Damaska:

Porém, mais eficazes em exercer controle sobre o tratamento das provas pelo júri foram os instrumentos informais que o juiz de direito comum tinha em seu kit de ferramentas. Embora, a partir da última parte do século XVII, o juiz da *common law* não pudesse mais multar ou prender os jurados por veredictos contrários à sua opinião, o juiz poderia se intrometer de maneira forçosamente na avaliação das provas comunicando informalmente suas próprias opiniões enquanto a apresentação de provas ainda estava em andamento. Poderia ainda retirar o caso do júri se suspeitasse que o veredicto iria divergir do desfecho que pretendia; poderia até rejeitar um veredicto proferido pelo júri com o qual discordasse; poderia discutir com o júri sobre a decisão a ser tomada, dar instruções adicionais nesse sentido, exigir que deliberações fossem deliberações e até mesmo ordenar um novo julgamento, já que o *double jeopardy* só se perfazia ao final do julgamento²³⁰.

A título de demonstração da falsidade do dogma do *Court as a Counsel*, cite-se o julgamento de Sir Nicholas Throckmorton em 1554, acusado por traição contra a rainha Mary Tudor, em que o juiz presidente Bromley se une ao advogado de acusação insistindo para que Throckmorton confessasse, assegurando-lhe que “seria o melhor a fazer”²³¹. Após inocentarem o réu, os jurados “saíram presos do prédio do tribunal e foram eles próprios acusados de traição perante a *Star Chambers* por não proferirem um veredicto condenatório [...]”²³².

Isso não significa que *sempre* a corte tomava partido na averiguação dos fatos, pelo contrário. Se nos processos de crimes de alta traição o Tribunal tinha um papel mais incisivo, tendo em vista o interesse da Coroa na punição do acusado, nos julgamentos por crimes comuns o fluxo assemelhava-se mais a uma linha de produção diária, em que dezenas de casos eram

context. **Essays in Honour of professor Mirjan Damaska**. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2008. p. 149.

²²⁹ LANGBEIN, John H. **The historical origins**... *op. cit.*, p. 1051.

²³⁰ DAMASKA, Mirjan. **Evaluation of evidence: premodern and modern approaches**. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. p. 131. No original: “Although, as of the later part of the seventeenth century, he could no longer fine or jail jurors for returning verdicts contrary to his views, he could forcefully intrude on their evaluation of evidence by informally communicating his own opinions while the presentation of evidence was still in progress. He could also withdraw the case from the jury if he suspected that its verdict would depart from his preferred outcome. He could even reject a proffered jury verdict with which he disagreed: he could argue with the jury about the proper decision, give additional instructions to it, require repeated deliberations, and even order a new trial, since double jeopardy then attached only at the end of the trial”.

²³¹ LANGBEIN, John H. **The historical origins**... *op. cit.*, p. 1050.

²³² RAMOS, João Gualberto Garcez. **O devido processo legal**... *op. cit.*, p. 39. Esse e outros casos como o de *Bushell's Case*, em que os jurados se recusaram a proferir um veredicto condenatório e ficaram presos por quatro dias sem comida e água até que “mudassem de ideia”, levaram ao desenvolvimento do princípio da *não coerção dos jurados (principle of noncoercion of jurors)*. Sobre o tema, ver: DRESSLER, John (ed.). **Encyclopedia of crime and justice**. 2. ed. v. 1. Abortion – Cruel & Unusual Punishment. Macmillan Reference USA. Gale Group, 2002. p. 871-880.

julgados²³³, durando não mais que poucos minutos ou mesmo julgados *em lote*²³⁴, inviabilizando qualquer análise de provas.

Em muitos casos, o juiz sequer necessitava de um papel ativo, pois o fluxo dos julgamentos desconstruía qualquer mecanismo de defesa, já que o acusado, ao ver os demais serem processados e condenados em minutos, perdia qualquer capacidade de argumentação, sem mencionar a situação degradante a que eram expostos enquanto aguardavam o julgamento²³⁵. A passividade do tribunal, portanto, quando ocorria, dava-se mais por motivo de conveniência e impossibilidade estrutural do que por um necessário *afastamento* dos juízes para garantir-lhes imparcialidade²³⁶.

Esse papel central do juiz sofre declínio com a progressiva intervenção dos advogados nos processos ordinários²³⁷, permitindo-se ao defensor a elaboração de perguntas diretamente às testemunhas de acusação – sistema do *cross examination* –, afastando a alteração²³⁸, de maneira que o acusado podia efetivamente manter-se em silêncio e ainda assim ter sua defesa garantida²³⁹. O método do *accused speaks* transita gradativamente para o chamado *testing the prosecution*²⁴⁰.

Por fim, trata-se de fator que também vai influenciar no papel de *fact-finding* do juiz, possibilitando uma maior separação entre as funções de acusar e julgar²⁴¹, transitando-se – agora sim – para uma disputa de uma acusação que quer a condenação e um defensor que

²³³ Segundo Garcez Ramos, chegava-se a julgar mais de 50 casos por dia, em que cada julgamento não durava mais do que 20 minutos (RAMOS, João Gualberto Garcez. **O devido processo legal...** *op. cit.*, p. 31). VOGLER, Richard. **A world view...** *op. cit.*, p. 133. A velocidade dos julgamentos também se deve a outro fator, como lembra Mauro Fonseca, a de que os jurados eram formados essencialmente por cidadãos comuns, cuja função obrigava-os a se afastar de seus afazeres, e julgamentos demorados afetavam diretamente o prejuízo sofrido no trabalho e na vida privada. Ver: ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas...** *op. cit.*, p. 211. No mesmo sentido, MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos. **Revista de Processo**, v. 92, p. 87-104, out./dez. 1998, p. 90; VOGLER, Richard. **A world view...** *op. cit.*, p. 202.

²³⁴ LANGBEIN, John H. **The origins of...** *op. cit.*, p. 18; THAMAN, Stephen. Two faces of justice in the post-soviet sphere. In: JACKSON, John; LANGER, Máximo; TILLERS, Peter. Evidence in a comparative and international context. Essays in Honour of professor Mirjan Damaska. Oxford and Portland: Oregon Hart Publishing, 2008. p. 117.

²³⁵ VOGLER, Richard. **A world view...** *op. cit.*, p. 133-134.

²³⁶ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas...** *op. cit.*, p. 211-212.

²³⁷ Sobre o debate acerca das razões que levaram a essa intervenção, ver: VOGLER, Richard. **A world view...** *op. cit.*, p. 140-142.

²³⁸ RAMOS, João Gualberto Garcez. **O devido processo legal...** *op. cit.*, p. 4; VOGLER, Richard. **A world view...** *op. cit.*, p. 134; ALSCHULER, Albert. **A Peculiar...** *op. cit.*, p. 2660.

²³⁹ Apesar da eficácia ainda levar tempo para ser firmada. “It is important not to overstate the immediate, practical implications of the changes. Counsel still appeared in only a small minority of cases and the new courts of summary jurisdiction operated largely without lawyers and on the basis of a presumption of guilt” (VOGLER, Richard. **A world view...** *op. cit.*, p. 139).

²⁴⁰ VOGLER, Richard. **A world view...** *op. cit.*, p. 139; ALSCHULER, Albert. **A Peculiar...** *op. cit.*, p. 2654; RAMOS, João Gualberto Garcez. **O devido processo legal...** *op. cit.*, p. 36.

²⁴¹ VOGLER, Richard. **A world view...** *op. cit.*, p. 138.

procura evitá-la²⁴², estrutura verdadeiramente adversarial e que vai ser a característica do processo inglês, mudanças que vão atravessar o Canal da Mancha e iluminar reformas nos procedimentos da Europa-continental.

1.5 INFLUÊNCIAS RECÍPROCAS NOS MODELOS E PRÁTICAS PROBATÓRIAS

Diante da complexidade do fenômeno da justiça criminal desenvolvido ao longo de séculos, torna-se dificultosa, para não dizer impossível, a tarefa de afirmar a existência de uma rígida e dicotômica separação entre sistemas processuais, especialmente tratando-se de Inglaterra pré-século XVI, estabelecendo uma linha divisória entre características que permitiriam definir tais sistemas acusatório e inquisitivo²⁴³, ao menos na pureza que a teoria geralmente lhe atribui²⁴⁴.

Os parágrafos anteriores demonstram que o processo penal inglês, pelo menos até o final do século XIX, não diferia substancialmente do autoritarismo dos procedimentos criminais levados à cabo na Europa continental²⁴⁵, estando longe de ser uma disputa entre “partes com iguais condições de armas”²⁴⁶.

Para Vogler, o equívoco decorre primeiramente daquilo que denomina como *falácia de desenvolvimento*, uma ideia que sustenta uma espécie de processo evolutivo da justiça

²⁴² RAMOS, João Gualberto Garcez. **O devido processo legal...** *op. cit.*, p. 42.

²⁴³ LANGER, Maximo. **From Legal...** *op. cit.*, p. 18. No mesmo sentido, ver: WHITMAN, James Q. No right answer? *In: JACKSON, John; LANGER, Máximo; TILLERS, Peter. Evidence in a comparative and international context. Essays in Honour of professor Mirjan Damaska. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2008. p. 271-292; LEMPERT, Richard. Anglo-american and continental systems: marsupials and mammals of the law. In: JACKSON, John; LANGER, Máximo; TILLERS, Peter. Evidence in a comparative and international context. Essays in Honour of professor Mirjan Damaska. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2008. p. 395-413; VAN CAENEGEM, R. C. **The Birth of the English Common Law**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1988, especialmente p. 88 e seguintes; WHITMAN, James. **The origins of Reasonable doubt: theological roots of the criminal trial**. Yale University Press, 1957; HUDSON, John. **The formation of the english common law: law and society in England from King Alfred to Magna Carta**. Second Edition. London and Ney York: Routledge, 2018; KUNERT, K. H. Some observations on the origin and structure of evidence rules under the common law system and the civil law system of ‘free proof’ in the German Code of Criminal Procedure. **Buffalo Law Review**, 1966, v. 16, p. 122-164; VOGLER, Richard. **A world view of criminal justice**. University of Sussex. Routledge: New York. 2017; TARUFFO, Michele. **A prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.*

²⁴⁴ RAMOS, João Gualberto Garcez. **O devido processo legal...** *op. cit.*, p. 44; ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais...** *op. cit.*, p. 376.

²⁴⁵ VOGLER, Richard. **A world view...** *op. cit.*, p. 132-133; 135; SILVA, Sandra Oliveira e. **O arguido como meio...** *op. cit.*, p. 33.

²⁴⁶ COUTINHO, por exemplo, referindo-se ao processo penal inglês no século XII diz que “a disputa entre acusação e defesa aparentemente tendia – tende – a ser legal e indicava uma paridade de condições entre os contendores” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório. Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de Informação Legislativa**. Edição Especial Reforma do Código de Processo Penal, ano 46. n. 183, jul./set. 2009, p. 107). No mesmo sentido, LOPES JR., Aury. **Fundamentos de processo penal: introdução crítica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 151; FIGUEIREDO DIAS, Jorge. **Direito processual penal**. Clássicos Jurídicos. Reimp. 1. Imp. 1974. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 247.

criminal, nos mesmos moldes do processo evolutivo da humanidade, que representou um dogma entre os autores comparatistas, aliado a um desconhecimento histórico acerca do modelo dominante de processo no mundo anglo-americano²⁴⁷.

O que se percebe, no entanto, é um entrelaçamento de ideias e influências recíprocas de experiências, especialmente nos modelos de produção de prova, não obstante a prevalência de determinado método na Inglaterra e na Europa continental.

Como visto, até meados do século XII, os mecanismos de investigação utilizados pela Igreja Católica em nada diferiam dos procedimentos acusatórios adotados pelas jurisdições seculares, baseados na oralidade, cujos métodos de prova basicamente constituíam-se de testemunhos, documentos, ordálios, duelo judiciário e juramento purgatório advindos de modelos de justiça criminal germânicos²⁴⁸. Sobre esses modelos, dizia Taruffo que:

[...] o aspecto mais importante do procedimento consistia no fato de que as partes expunham suas demandas e suas defesas à corte; essa determinava o objeto da controvérsia e decidia quais provas deveriam ser apresentadas por qual parte. Essa sentença, chamada *Beweisurteil* pelos historiadores alemães, punha fim ao trabalho da corte e era definitiva: depois dela o ordálio tinha que ser executado de acordo com os procedimentos, a fim de se decidir qual das partes vencera e qual delas sucumbira. [...] É necessário, todavia, recordar que no curso do procedimento, e antes que fosse pronunciada a *Beweisurteil*, geralmente outros meios de prova eram apresentados à corte: eram inquiridas as testemunhas e apresentados os documentos, e as partes ou seus *conjuratores* podiam prestar juramentos sobre fatos que estivessem à base da controvérsia. Somente quando esses meios de prova não produziam um resultado claro com relação a esses fatos é que a corte emanava a *Beweisurteil*, para pôr fim ao procedimento através do instrumento do ordálio – que, portanto, tinha um papel residual²⁴⁹.

²⁴⁷ VOGLER, Richard. **A world view...** *op. cit.*, p. 129. No mesmo sentido, DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 3.

²⁴⁸ HUDSON, John. **The formation of the english common law: law and society in England from King Alfred to Magna Carta**. Second Edition. London and New York; Routledge, 2018. p. 7-8; VOGLER, Richard. **A world view...** *op. cit.*, p. 23/24; DRESSLER, John (ed.). **Encyclopedia of crime and justice**. 2. ed. v. 1. Abortion – Cruel & Unusual Punishment. Macmillan Reference USA. Gale Group, 2002. p. 871; THAMAN, Stephen. Should criminal juries give reasons for their verdicts? The Spanish experience and the implications of the European Court of Human Rights decision in *Taxquet v. Belgium*. **Chicago-Kent Law Review**, v. 86, n. 2, 2011. p. 614. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2647584. Acesso em: 9 jun. 2021.

²⁴⁹ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 20. Segundo Carlos Alexandre Böttcher, o termo *Beweisurteil* tem origens no processo babilônico, que resumidamente constituía uma bifurcação do processo, algo como uma *sentença saneadora vinculante*, em que o tribunal acolhia a fundamentação da demanda e fixava os pontos de prova que iriam decidir a questão e que seriam produzidas posteriormente, algo muito similar ao procedimento adotado no período destacado por Taruffo. Sobre esse momento, afirma Böttcher que, em germânico ocidental, a sentença é denominada *Urteil*, assim como no alemão moderno. E que “nas demais línguas germânicas, era denominada *urteli*, *urdéli*, *ordél*, *ordál*...” (BÖTTCHER, Carlos Alexandre. **Judicet iudicative iubeat: reflexões sobre as origens do processo civil romano e da bipartição**. 2012. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 30-31; 40).

Como naquele período o papel do juiz não era o de pronunciar o direito, mas servir como árbitro entre as partes²⁵⁰, os métodos de investigação – ou, ao menos, os ordálios e duelos – mais do que meios de prova, constituíam efetivamente meios decisórios²⁵¹. A “‘descoberta da verdade’ objetiva não era a única nem sequer principal preocupação dos juízes’: procurava-se sobretudo restabelecer uma situação *espiritualmente desorganizada* e obter a *purificação* penitencial do acusado, a sua reconciliação com a divindade”²⁵². Importava, portanto, a observância estrita do procedimento, assegurando a validade e, conseqüentemente, a justiça e a aceitação do resultado derivado²⁵³.

Com a decadência dos Juízos de Deus, bem como pela dificuldade de satisfazer os requisitos para juramento purgatório²⁵⁴, o modelo probatório de origem bárbara sofreu um profundo impacto ao restringir-se à “palavra do homem” mediante testemunhos e confissão²⁵⁵. Segundo afirma Mauro Andrade:

Os duelos e ordálios foram substituídos por um modelo processual muito mais civilizado e adequado à realidade histórica daquela época, pois não utilizava a força como principal meio para resolver conflitos. Assim, houve a retomada pela busca da verdade como anteriormente praticavam os atenienses e romanos – baseada na palavra do homem, ao invés da força e do misticismo – o que levou Foucault a qualificar tal modelo como um sistema racional de estabelecimento da verdade²⁵⁶.

De fato, a história da evolução do conceito das provas encontra um paralelo no desenvolvimento das ciências em geral²⁵⁷, e a ciência da época ocupava cada vez mais um papel

²⁵⁰ LE GOFF, Jacques; SCHMITT, Jean-Claude. **Dicionário temático do ocidente medieval**. v. 1. Bauru/SP: EDUSC, 2006. p. 306.

²⁵¹ VOGLER, Richard. **A world view...** *op. cit.*, p. 24.

²⁵² SILVA, Sandra Oliveira e. **O arguido como meio...** *op. cit.*, p. 62.

²⁵³ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 20. Kai Ambos diz que da mesma forma que ocorreu com o processo penal romano, também no germânico foi adquirindo um significado maior a persecução de ofício, com uma crescente influência do poder do rei. Ver: AMBOS, Kai. **El principio acusatório...** *op. cit.*, p. 4. No mesmo sentido, PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001. p. 95.

²⁵⁴ “Nós podemos imaginar que um criminoso dificilmente encontraria dez ou doze compurgadores entre homens legítimos de sua comunidade – comunidades eram pequenas e as pessoas se conheciam muito bem – para confirmar na frente de todos e sob juramento que aquele era um homem inocente. Histórias assustadoras circulavam sobre a punição instantânea imposta pelo próprio Diabo àqueles que cometessem perjúrio” (VAN CAENEGAN, R. C. **The Birth of...** *op. cit.*, p. 66).

²⁵⁵ LANGBEIN, John H. **Torture and the law of proof: European in the ancien régime**. Chicago: The University of Chicago Press, 2006. p. 21.

²⁵⁶ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas...** *op. cit.*, p. 281. Abaixo veremos a questão da vinculação da “busca da verdade”.

²⁵⁷ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 17.

central na sociedade medieval no século XIII, o que permite afirmações no sentido de que o novo modelo seria mais racional²⁵⁸.

Não obstante, essa racionalidade do homem medieval – e não poderia ser diferente – estava embebida pelos valores fundantes da época, de modo que a racionalidade científica possuía a finalidade de traçar um caminho rumo à verdade, em que se encontrava Deus²⁵⁹. Dessa forma, a proibição dos “juízos de Deus” não se deu por conta de uma nova mentalidade do homem sobre a divindade, mas pela própria crença de que seria tentar a Deus o chamamento constante para intervir diretamente contra a ordem natural das coisas, realizando milagres por meio das provas de água ou provas de fogo²⁶⁰.

A própria elevação da prova baseada na palavra do homem tinha fundamento espiritual, na crença inabalável da possibilidade de extração da verdade divina por meio da confissão²⁶¹, enquanto instrumento de purificação e salvação do indivíduo²⁶², além da percepção da sociedade medieval sobre o *juramento* ser de tal forma que o sistema de provas baseado em testemunhas era tomado como de altíssimo rigor²⁶³, inclusive com prisão perpétua daquele que praticasse falso testemunho²⁶⁴.

A reforma no modelo probatório na Europa Continental levou a questionamentos sociais sobre a pessoa do próprio juiz, que agora substituíra o papel anteriormente afeto a Deus, e como iria – e se era possível – decidir adequadamente acerca da inocência ou culpa de outra pessoa. Deparam-se os sistemas jurídicos da Igreja e dos governos seculares (inicialmente

²⁵⁸ VAN CAENEGAN, R. C. **The Birth of...** *op. cit.*, p. 63-64. Taruffo critica as afirmações do que os juízos divinos seriam formas irracionais de obtenção da prova, pois seria “interpretar eventos passados de acordo com critérios modernos” (TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 20). No mesmo sentido, TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. **Prova e verdade**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 45.

²⁵⁹ “O cientista tem à sua disposição instrumentos finitos, imperfeitos, mas é o único capaz de com eles romper a prisão da finitude e alcançar o infinito, a perfeição, a verdade” (GROSSI, *op. cit.*, p. 180).

²⁶⁰ “O juízo de Deus pode manifestar-se igualmente no resultado de um duelo em que um dos combatentes é o acusado ou alguém que o substitui gratuitamente ou mediante o pagamento de um salário” (LE GOFF, Jacques. **O homem medieval**. Lisboa: Editorial Presença, 1989. p. 26-27).

²⁶¹ VOGLER, Richard. **A world view...** *op. cit.*, p. 25; GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. *op. cit.*, p. 44; 308.

²⁶² SHELLEY, Bruce L. **História do Cristianismo: uma obra completa e atual sobre a trajetória da igreja cristã desde as origens até o século XXI**. Rio de Janeiro: Thomas Nelson Brasil, 2018. p. 288. Kindle.

²⁶³ PERNOUD, Régine. **Those terrible middle ages: debunking the myths**. San Francisco: Ignatius Press, 2000. p. 67. “The oath did remain linked to the supernatural, but only in the sense that the fear of divine retribution – d whether in this life or the next – constituted an inducement to truthful testimony” (DAMASKA, Mirjan. **Evaluation of evidence: premodern and modern approaches**. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. p. 13).

²⁶⁴ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas...** *op. cit.*, p. 289. Se uma dessas testemunhas fosse de “ouvir dizer” (*hearsay*), inconsistente no depoimento ou incompetente por algum motivo, não era possível proferir uma condenação com base nessas provas, de onde surge o brocardo *testis unus, testis nullus* – uma única testemunha não é testemunha de nada. No mesmo sentido, AMBOS, Kai. **O processo acusatório e a vedação probatória: perante as realidades alemã e brasileira: com a perspectiva brasileira já de acordo com a reforma processual de 2008 – Leis 11.689, 11.690 e 11.719**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 22.

nas Cidades Estado do norte da Itália) com o problema de tornar essa mudança fundamental aceitável nas sociedades conscientes da tradição e religiosamente devotas daquela época²⁶⁵:

O poder de decidir, que antes estava nas mãos do povo [cujo instrumento utilizado era apenas uma manifestação da Vontade Divina, diga-se²⁶⁶], passou a ser concentrado exclusivamente na figura do soberano ou da Igreja Católica, sendo que ambos delegaram seu poder jurisdicional a juízes profissionais ou sacerdotes. Como resultado dessa delegação, teria que existir alguma espécie de controle sobre a atividade dos juízes – estatais ou religiosos –, controle esse que se destinava a uma dupla função. Em primeiro lugar, para que os juízes não abusassem das atribuições recebidas do poder central ou sacerdotal. Em segundo lugar, para que as decisões por eles proferidas não provocassem uma desconfiança popular, com a consequente perda de credibilidade do sistema que estava sendo implantado²⁶⁷.

A resposta foi o sistema de provas legais, método que visava racionalizar a valoração da prova e, conseqüentemente, do juízo sobre os fatos, reduzindo-se substancialmente a arbitrariedade subjetiva do juiz, método constituído pela elaboração doutrinária de uma cultura jurídica “formalista, analítica e categorizante” mediante critérios que se apresentavam como racionais para a valoração da prova²⁶⁸. Expressava-se a racionalidade geral da época, mais do que a *voluntas legis*²⁶⁹.

Sob um esquema preciso de regras de prevalência de provas – que iam do *notorium*, passava pelos *probationes plena e semiplena*, até os *indicia ad torturam*²⁷⁰–, constituído por valores predeterminados a cada meio de prova, impunha-se ao juiz que considerasse provado um fato dependendo da qualidade ou quantidade da prova obtida, ainda que “em seu íntimo”

²⁶⁵ LANGBEIN, John H. **Torture and the law of proof**: European in the ancien régime. The University of Chicago Press: Chicago, 2006. p. 22. Segundo Gomes Filho, “mais do que qualquer outro procedimento cognitivo, sobressai no probatório judicial o seu caráter social, visto que sua finalidade não está limitada à formação do convencimento do juiz, mas visa preponderantemente à obtenção do consenso do grupo em nome do qual será pronunciada a decisão” (GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 18).

²⁶⁶ GOMES FILHO, *op. cit.*, p. 18.

²⁶⁷ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas...** *op. cit.*, p. 382. “This account of what transpired following the ban on ordeals may be helpful in explaining how the administration of justice in England and on the continent began to drift apart” (DAMASKA, Mirjan. **Evaluation of evidence**: premodern and modern approaches. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. p. 16).

²⁶⁸ And since theology was exalted in the Middle Ages as the queen of all intellectual disciplines, the use of ratio in matters divine encouraged its employment in other areas, including the administration of justice. (DAMASKA, *op. cit.*, p. 18).

²⁶⁹ TARUFFO, Michele. **La Prueba de los hechos**. 2. ed. Madrid: Editora Trotta, 2005. p. 389-390; TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 43; SILVA, Sandra Oliveira e. **O arguido como meio...** *op. cit.*, p. 70. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 23.

²⁷⁰ Ver amplamente em SILVA, Sandra Oliveira e. **O arguido como meio...** *op. cit.*, p. 71-73.

não concordasse; e, por outro lado, que recusasse um fato como provado quando tais características – qualidade e quantidade – não fossem atingidas nas provas produzidas.

O novo modelo estava fundado em dois princípios básicos: i) ônus da prova é do acusador e ii) a prova tinha que ser clara – *clear than the sun at midday* para que houvesse uma condenação, princípios “garantistas” em relação ao asseguramento da certeza e à consistência da decisão²⁷¹, regulamentando-se cada meio de prova de maneira detalhada e complexa. Exemplo eram as exigências em relação ao número mínimo de testemunhas juramentadas para confirmar a *notitia criminis* e poder condenar o acusado²⁷², bem como as diversas regras de inferências para valorar a confissão²⁷³, rigidez que acabou gerando um preço alto.

Como o foco da repressão criminal eram os movimentos heréticos – concepção que abrangia qualquer movimento contrário ao dogma imposto, religioso ou não²⁷⁴ –, uma forma de criminalidade praticada às escuras e de mútua confiança entre os participantes, as rígidas regras probatórias tornavam quase impossível uma convicção segura para condenação. Aliado a isso, nenhuma sociedade aceitaria um sistema legal em que não houvesse perspectiva de condenação de pessoas que cometam crimes clandestinos²⁷⁵. E se inicialmente a saída era a possibilidade de condenação mediante confissão voluntária, diz Langbein, não houve maiores dificuldades em aceitar a confissão mediante coerção de alguém sobre o qual já recaíssem fortes indícios de culpa²⁷⁶, especialmente em uma sociedade em que há séculos aceitava como meio decisório que o acusado se submetesse às provas de fogo e de água²⁷⁷.

Consequentemente, elevou-se o papel da confissão como rainha das provas (*probatio probatissima*), bem como o uso da tortura em toda a Europa continental, tratando-se de um ciclo vicioso. O excesso de formalidade nos meios de prova elevava o valor da confissão como

²⁷¹ LANGBEIN, John H. **Torture and the law of proof: European in the ancien régime**. Chicago: The University of Chicago Press, 2006. p. 23; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 24.

²⁷² VOGLER, Richard. **A world view...** *op. cit.*, p. 28; “exigia-se um mínimo de duas testemunhas (*testis unus, testis nullus*), mas era indispensável que fossem oculares, firmes e tivessem seus depoimentos tomados em três inquirições sucessivas; ao lado disso, havia ainda um extenso rol de pessoas *reprováveis*, começando pelos parentes do acusado e terminando com os pobres e mendigos, cuja palavra não era aceita” (GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 24).

²⁷³ SILVA, Sandra Oliveira e. **O arguido como meio...** *op. cit.*, p. 75-76.

²⁷⁴ CHARLES LEA, *op. cit.*, p. 727; ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas...** *op. cit.*, p. 282; BARROS, José D’Assunção. **Papas, imperadores e hereges na idade média**. Série: A Igreja na História. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2012. p. 65. Apple Books.

²⁷⁵ LANGBEIN, John H. **Torture and the law of proof: European in the ancien régime**. Chicago: The University of Chicago Press, 2006. p. 23.

²⁷⁶ LANGBEIN, John H. **Torture and the law of proof: European in the ancien régime**. Chicago: The University of Chicago Press, 2006. p. 23.

²⁷⁷ Para Sandra Silva, inclusive, o esquema epistemológico do sistema de provas legais é o mesmo dos ordálios, qual seja, “a dedução como necessária (e não como provável) da conclusão judiciária a partir da prova experimentada e da norma que lhe confere valor probatório” (SILVA, Sandra Oliveira e. **O arguido como meio...** *op. cit.*, n.r. 99, p. 70; 77).

prova plena que, por sua vez, elevava o papel da tortura como meio de investigação mais eficiente para obtenção daquela prova²⁷⁸, não significando, entretanto, que o método fosse a regra²⁷⁹.

Sem qualquer pretensão eufemística, a tortura era uma característica rotineira do processo penal europeu continental, uma decorrência natural do modelo probatório adotado²⁸⁰, com desenvolvimento doutrinário²⁸¹ e de procedimentos legais, como a exigência de um grau mínimo de suspeita²⁸², a supervisão por um magistrado²⁸³ e a necessidade de ratificação da confissão obtida mediante tortura física perante o Tribunal²⁸⁴. Historicamente, entretanto, é incorreto vincular o procedimento como instituto relacionado exclusivamente ao sistema inquisitivo²⁸⁵.

Em solo inglês, segundo John Langbein, as torturas como meio de investigação ocorreram por cerca de um século, de 1540 a 1640, e, apesar de mais de um quarto dos *English torture warrants* terem sido expedidos em casos relacionados à criminalidade ordinária, como homicídio, roubo e furto de cavalo, eram primordialmente limitados às investigações do *Privy Council*, principalmente em casos de traição²⁸⁶. Essa “menor incidência”, por assim dizer, não decorre de uma visão *humanizada* do processo, mas do fato de o modelo de prova europeu-continental não ter sido necessário nos tribunais ingleses, seja pelo baixo nível de exigência

²⁷⁸ LANGBEIN, John H. **Torture and the law of proof**: European in the ancien régime. Chicago: The University of Chicago Press, 2006. p. 24.

²⁷⁹ THAMAN, Stephen. Should criminal juries give reasons for their verdicts? The Spanish experience and the implications of the European Court of Human Rights decision in *Taxquet v. Belgium*. **Chicago-Kent Law Review**, v. 86. n. 2. 2011. p. 615. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2647584. Acesso em: 9 jun. 2021.

²⁸⁰ LANGBEIN, John H. **The origins of adversary criminal trial**. Oxford studies in modern legal history. New York: Oxford University Press, 2003. p. 340. Kindle. No mesmo sentido, VAINFAS, *op. cit.*, p. 4352.

²⁸¹ Havia doutrina sobre os métodos e níveis de tortura em relação à gravidade do crime alegado, bem como ao grau de indícios necessários (VOGLER, Richard. **A world view...** *op. cit.*, p. 29).

²⁸² DAMASKA, Mirjan. **Evaluation of evidence**: premodern and modern approaches. Cambridge University Press. 2019. p. 70. O “coração frio” da *Constituto Carolina*, segundo AMBOS, Kai. **El principio acusatório...** *op. cit.*, p. 8.

²⁸³ Na *Constituto Carolina*, o tipo de tortura, sua duração e a intensidade ficavam a cargo de um dos critérios de um “juiz sensato e bom”, artigo 58 (AMBOS, Kai. **El principio acusatório...** *op. cit.*, p. 8).

²⁸⁴ AMBOS, Kai. **El principio acusatório...** *op. cit.*, p. 9. Se não ratificasse, voltava a ser torturado (ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas...** *op. cit.*, p. 294); CHARLES LEA, *op. cit.*, p. 143; SILVA, Sandra Oliveira e. **O arguido como meio...** *op. cit.*, p. 79.

²⁸⁵ Segundo Mauro Fonseca, em determinadas hipóteses os diretórios canônicos impunham ao inquisidor que abandonasse a prova legal, decidindo com base em uma só testemunha ou mesmo outros elementos obtidos durante sua investigação. Isso, segundo o autor, comprovaria que o sistema de prova legal não era um elemento imprescindível para a existência de um processo inquisitório (ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas...** *op. cit.*, p. 384).

²⁸⁶ LANGBEIN, John H. **Torture and the law of proof**: European in the ancien régime. Chicago: The University of Chicago Press, 2006. p. 116.

probatória para a condenação²⁸⁷, seja pela influência livremente exercida pelo juiz sobre os jurados²⁸⁸.

Como visto, quando a proibição dos ordálios pela Igreja Católica no século XIII penetra nos tribunais ingleses, o Rei Henrique III (1216-1272) se vale de um método de descobrimento de verdade já institucionalizado e legitimado socialmente para persecução criminal muito próximo ao chamado “inquisitório continental”, em que pessoas delatavam aos *sheriffs* todo tipo de delito que ocorresse nos condados²⁸⁹. Segundo Taruffo, tratava-se do método mais habitualmente usado para apurar os fatos relevantes nos procedimentos judiciais consistindo:

[...] na obtenção de respostas dadas por um grupo de sujeitos pertencentes à comunidade particular em que se tinham verificado os fatos (os assim chamados *homines de vicineto*). Supunha-se, na verdade, que esses soubessem o que acontecera e, portanto, estivessem em condições de confirmá-lo diante do juiz, já que a comunidade estava a par dos eventos principais que caracterizavam sua vida econômica e jurídica²⁹⁰.

A diferença nesse momento era que também a culpa do acusado seria decidida por um grupo de pessoas da sociedade, escolhidas pelo comissário real não por serem supostamente imparciais, mas por “serem conhecedores dos fatos”, e que, portanto, saberiam dizer a verdade²⁹¹. Assim que eram convocados tinham a obrigação de investigar os fatos que teriam que falar quando estivessem perante o tribunal²⁹².

Por conta desse sistema, o desenvolvimento de regras probatórias só começa a aparecer no século XIV com previsões que orientavam a convicção dos jurados, impedindo a inserção de informações de credibilidade duvidosa²⁹³. Além disso, sob influência também das práticas dos tribunais eclesiásticos, gradativamente foi sendo permitido o depoimento de testemunhas

²⁸⁷ *Ibidem*, p. 184.

²⁸⁸ DAMASKA, Mirjan. **Evaluation of evidence**: premodern and modern approaches. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. p. 131.

²⁸⁹ GUIMARÃES, *op. cit.*, p. 345.

²⁹⁰ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 36.

²⁹¹ Segundo Langbein, assim que os jurados eram convocados, tinham obrigação de investigar os fatos sobre os quais iriam falar quando fossem ao tribunal. Deveriam coletar depoimentos, valorá-los e dar o veredito. Os jurados medievais se dirigiam mais ao Tribunal para falar do que para ouvir. Ver: LANGBEIN, John H. **The origins of adversary criminal trial**. Oxford studies in modern legal history. New York: Oxford University Press, 2003. p. 64. Kindle. SILVA, Sandra Oliveira e. **O arguido como meio...** *op. cit.*, p. 86.

²⁹² Segundo Langbein, os jurados medievais se dirigiam mais ao Tribunal para falar do que para ouvir (LANGBEIN, John H. **The origins of adversary criminal trial**. Oxford studies in modern legal history. New York: Oxford University Press, 2003. p. 64. Kindle).

²⁹³ SILVA, Sandra Oliveira e. **O arguido como meio...** *op. cit.*, p. 88-89.

sob juramento nos processos a partir do século XV, mas apenas testemunhas de acusação²⁹⁴, o que permitia ao juiz (comissário real) fazer juízo de valor sobre o depoimento, influenciando a decisão dos jurados mediante regramentos construídos sob o direito romano-canônico, como instruções do tipo “a prova afirmativa tem mais valor do que a prova negativa”, ou o brocardo *falsus in uno falsus in omnibus*²⁹⁵:

A instrução de que os jurados deveriam dar mais crédito ao lado que produziu o maior número de testemunhas também se assemelhava a uma regra dos juristas canônicos romanos, embora [...] a versão canônica romana da regra não tenha evidenciado uma abordagem numérica para provas. Os juristas do cânone romano insistiram que um peso maior deve ser atribuído à “dignidade” das testemunhas e à força persuasiva de seu depoimento do que ao seu número²⁹⁶.

Segundo afirma Damaska, o método de apuração de fatos do *common law* só tomou as formas atuais, com liberdade do júri na valoração da prova, no século XVIII, ao mesmo tempo em que surgem regras probatórias mínimas como o *standard* probatório “além da dúvida razoável”²⁹⁷. Além do mais, a jurisprudência da Europa Continental relacionada à tortura pressupunha uma certa administração burocrática do processo, tornando inviável atribuir aos *prosecutorial corps* ingleses da época – constituídos largamente por homens do campo – o poder de torturar²⁹⁸.

Isso não significa dizer que o processo criminal inglês estivesse livre de práticas que pudessem ser consideradas tormentosas, ainda que não se possa atribuí-las o termo de tortura enquanto meio de investigação²⁹⁹.

A ideia de tortura enquanto tormento – uma concepção mais moderna, por assim dizer – estaria mais ligada aos ordálios e aos duelos, rechaçados pelos tribunais que seguiam

²⁹⁴ *Ibidem*, p. 103.

²⁹⁵ DAMASKA, Mirjan. **Evaluation of evidence: premodern and modern approaches**. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. p. 130.

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 130. No original: “The instruction that jurors should give more credit to the side that produced the greater number of witnesses also resembled a rule of Roman-canon jurists, although, as noted in Chapter 1, the Roman canon version of the rule did not evince a numerical approach to evidence. Roman-canon jurists insisted that greater weight ought to be attributed to the “dignity” of witnesses and the persuasive force of their testimony than to their number.”

²⁹⁷ *Ibidem*, p. 132. No mesmo sentido, LANGBEIN, John H. **The origins of adversary criminal trial**. Oxford studies in modern legal history. New York: Oxford University Press, 2003. p. 340; bem como SILVA, Sandra Oliveira e. **O arguido como meio...** *op. cit.*, p. 104.

²⁹⁸ LANGBEIN, John H. **Torture and the law of proof: European in the ancien régime**. Chicago: The University of Chicago Press, 2006. p. 184.

²⁹⁹ Não se pode atribuir toda e qualquer prática dolorosa, a exemplo das punições corporais, à categoria de tortura. No período medieval, esta vincula-se exclusivamente a um método de obtenção de prova (LANGBEIN, John H. **Torture and the law of proof: European in the ancien régime**. Chicago: The University of Chicago Press, 2006. p. 16).

instruções inquisitórias desde o Concílio de Latrão (1215). Tal rechaço, como visto, impactou o processo criminal inglês, pois com a replicação pela Coroa britânica em 1219 da proibição dos ordálios, caso o acusado não se submetesse ao *trial by jury*, não haveria outra possibilidade de decidir, motivando em 1275 a chamada *peine forte et dure*, método coercitivo para obrigar o acusado a ir a julgamento³⁰⁰.

Além disso, quando a acusação era apresentada ao *Justice of Peace*, instituído sob o reinado de Eduardo III em meados do século XIV, satisfeito este, era seu dever vincular a testemunha – obrigando-a a comparecer ao julgamento – e proceder ao *pretrial incarceration*³⁰¹, fluxo que já era previsto no *Assize of Claredon*³⁰². Encarcerava-se o acusado em prisões miseráveis, com elevadas taxas de doença e mortalidade, geralmente acorrentado, até a data em que a corte se reunisse, algo que podia durar meses, tormento que sem dúvida pode ser enquadrado como tortura³⁰³. Resume Vogler:

O prisioneiro nessas circunstâncias tinha apenas o status de uma fonte de prova para a corte, sem dignidade humana ou direitos. Não havia fiança, nem ônus da prova à cargo da acusação [...]. Não havia regras sobre prova, como proteção contra provas de caráter ou provas de “ouvir dizer”. Não havia direito a advogado e o direito ao silêncio era proceduralmente impossível³⁰⁴.

Apesar da “Grande Divisão” nos procedimentos criminais ocorrida nos séculos XII e XIII entre Inglaterra e Europa Continental, afirmar que haveria “sistemas” bem definidos cuja separação rígida de características permitiria até mesmo dividi-los em “democrático” e “autoritário”, além de ser uma visão reducionista³⁰⁵, traduz um severo desconhecimento histórico.

³⁰⁰ DRESSLER, John (ed.). **Encyclopedia of crime and justice**. 2. ed. v. 1. Abortion – Cruel & Unusual Punishment. Macmillan Reference USA. Gale Group. 2002. p. 871; SILVA, Sandra Oliveira e. **O arguido como meio...** *op. cit.*, p. 87; VOGLER, Richard. **A world view...** *op. cit.*, p. 133.

³⁰¹ VOGLER, Richard. **A world view...** *op. cit.*, p. 132.

³⁰² STEPHEN, James Fitzjames. **Criminal Procedure From the Thirteenth to Eighteenth Century**. In Select Essays in Anglo-American Legal History. In Three Volumes. v. II. History of Particular Topics. Boston: Little Brown and Company, 1908. p. 445; GUIMARÃES, *op. cit.*, p. 349. Pode ser conferido no parágrafo 19 do documento em **Assize of Clarendons, 1166**. Lillian Goldman Law Library. The Avalon Project. Documents in Law, History and Diplomacy. Disponível em: <https://avalon.law.yale.edu/medieval/assizecl.asp>. Acesso em: 4 maio 2021.

³⁰³ VOGLER, Richard. **A world view...** *op. cit.*, p. 133; THAMAN, Stephen. A comparative approach to teaching criminal procedure and its application to the post-investigative stage. **Journal of Legal Education**, v. 56, 2006. p. 465. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2591461>. Acesso em: 28 maio 2021.

³⁰⁴ VOGLER, Richard. **A world view...** *op. cit.*, p. 135.

³⁰⁵ GUIMARÃES, *op. cit.*, p. 342.

1.6 SÉCULO XVII. ALARGAMENTO DO CONTÍNUO FLUXO DE INFLUÊNCIAS RECÍPROCAS

Sob a influência do formato inquisitório eclesiástico com vistas à retirada da parcela de poder conferida aos senhores feudais, centralizando-o na figura do monarca³⁰⁶, a partir dos séculos XIV e XV surge um período de promulgação de diversas *ordenanzas* na Europa Continental, como as portuguesas Ordenações Afonsinas, durante reinado de Afonso V (1438-1481), bem como as alemãs *Constitutio Criminalis Bambergensis* (1507) e *Constitutio Criminalis Carolina* (1532), que introduziu o direito romano em solo germânico³⁰⁷.

Na França esse movimento surge ainda com mais força, com as codificações francesas de 1498 e 1539, tendo sido *Code Louis*, de 1670, “considerado mais rigoroso que a legislação anterior, e o código mais completo de seu tempo”³⁰⁸, perdurando por 120 anos, cujo fator de declínio tem origem no palco das Revoluções Inglesas (1642-1689), um gradativo movimento intelectual que propunha uma revisão da forma de entender o mundo e a política econômica³⁰⁹, em especial pelas ideias de John Locke³¹⁰. No direito criminal, esse movimento ganha forças nas críticas a condenações injustas, fortalecidas na recíproca renúncia à liberdade, conforme fundamentação contratualista³¹¹, clamando pelo respeito aos direitos do acusado, pressupondo-se que:

[...] todas as pessoas, incluindo acusados de crimes, gozam de direitos e da liberdade de expressar suas legítimas e independentes expectativas. Sendo o Estado tão mais poderoso do que os indivíduos, tais expectativas apenas podem ser entendidas e salvaguardadas em um processo criminal impondo ao Estado certas restrições estruturais³¹².

³⁰⁶ VOGLER, Richard. **A world view...** *op. cit.*, p. 25. Mauro Fonseca diz que para alcançar a centralização de poder na figura do monarca, um dos procedimentos utilizados para retirá-lo dos senhores feudais foi a reforma do sistema de processamento, unificando todo o poder jurisdicionais na figura do rei. Por isso buscou-se no direito canônico esse modelo, fenômeno denominado *recepção do direito romano-canônico* (ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas...** *op. cit.*, p. 280).

³⁰⁷ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas...** *op. cit.*, p. 332. Segundo Kai Ambos, a “Carolina” reconhecia dois tipos de processo, o clássico *processo acusatório privado*, iniciado pela parte, e o *processo inquisitivo oficial*. Na prática, porém, só existia o inquisitivo oficial, pois ainda que o processo fosse iniciado por um particular, caso fosse concluído sem provas, o acusado não era absolvido, transmudando-se o procedimento em inquisitivo (AMBOS, Kai. **El principio acusatorio...** *op. cit.*, p. 8). Contrariamente à ideia de que coexistiam processo acusatório e inquisitivo na Carolina, sob a premissa de ser historicamente falso que a presença de um acusador tornaria o processo em acusatório, ver: ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas...** *op. cit.*, p. 364-366.

³⁰⁸ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas...** *op. cit.*, p. 329.

³⁰⁹ VOGLER, Richard. **A world view...** *op. cit.*, p. 143.

³¹⁰ *Ibidem*, p. 130.

³¹¹ HASSEMER, Winfried. **Direito penal: fundamentos, estrutura e política**. In: VASCONCELOS, Carlos Eduardo de Oliveira (org.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed, 2008. p. 35.

³¹² VOGLER, Richard. **A world view...** *op. cit.*, p. 129-130; SILVA, Sandra Oliveira e. **O arguido como meio...** *op. cit.*, p. 121.

Esse pensamento é transportado à elite europeia por intermédio de autores como Montesquieu³¹³ (1689-1755) e Voltaire³¹⁴ (1694-1778), e principalmente na obra *Dos Delitos e Das Penas* (1766) de Cesare Beccaria (1738-1794), germinando uma onda de reformas nos procedimentos criminais na Europa continental, sendo a mais importante aquela levada a efeito no final do século XVIII na França, tornando-se um “empreendimento crucial, quase a justificação central, da Revolução Francesa”³¹⁵.

O processo de reforma criminal francês se arrastou por quase duas décadas, promulgando-se leis que inicialmente visavam adotar o sistema adversarial anglo-americano³¹⁶, como sugerido expressamente por Nicolas Bergasse em 1789³¹⁷, mas que resultaram em “uma mistura impura de dois modelos”³¹⁸, com uma fase prévia inquisitória, revivida do *Code Louis* de 1670, e uma fase de julgamento, com princípios adversariais.

Nasce o *Code d’Instruction Criminelle* em 1808, código que vai servir de base a toda uma série de legislações na Europa (Espanha, Alemanha, Itália³¹⁹) e América, no século XIX³²⁰, algumas perdurando até os dias atuais, como a *Ley de Enjuiciamiento Criminal* espanhola, datada de 1882, e o Código de Processo Penal alemão, de 1877³²¹.

³¹³ REYES ALVARADO, Yesid. **Prohibiciones de Prueba em Los sistemas de tendencia inquisitiva y adversarial en Fundamentos de Derecho Probatorio em Material Penal**; AMBOS, Kai. **Tirant Lo Blanch**. 2019. p. 204; SILVA, Sandra Oliveira e. **O arguido como meio...** *op. cit.*, p. 121. Tendo Montesquieu absorvido diretamente os ensinamentos de John Locke quando esteve na Inglaterra nos anos de 1729 a 1731.

³¹⁴ Que, assim como Montesquieu, passou alguns anos na Inglaterra e se “impressionou profundamente” com o procedimento criminal inglês (VOGLER, Richard. **A world view...** *op. cit.*, p. 46).

³¹⁵ VOGLER, Richard. **A world view...** *op. cit.*, p. 49; ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas...** *op. cit.*, p. 411.

³¹⁶ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas...** *op. cit.*, p. 411.

³¹⁷ VOGLER, Richard. **A world view...** *op. cit.*, p. 50.

³¹⁸ *Ibidem*, p. 50; ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas...** *op. cit.*, p. 413. Este último autor, no entanto, coloca sua visão mais à frente da obra, de que a origem de um sistema que poderia ser considerado misto estaria no período da Inquisição Espanhola, “mais especificamente nas Instruções de Fernando de Valdés, de 1561” (ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas...** *op. cit.*, p. 427).

³¹⁹ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas...** *op. cit.*, p. 340. Em Portugal, por exemplo, o Título XLVIII, §7 do *Código Criminal intentado pela Rainha D. Maria I* (823) previa normas voltadas a que o arguido falasse e o fizesse com verdade, não se podendo fazer valer nas suas respostas *de algum conselheiro ou advogado*, tratando-se, segundo Sandra Oliveira, de uma compreensão do processo ainda centrada na *accused speaks theory*, compreensão que foi mantida quando da chamada Novíssima Reforma Judiciária de 1841, que previa a incomunicabilidade dos arguidos nas primeiras 48 horas de prisão (Art. 973º) e a proibição de assistência de defensor no artigo 974º. Ver: SILVA, Sandra Oliveira e. **O arguido como meio...** *op. cit.*, p. 348.

³²⁰ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas...** *op. cit.*, p. 417.

³²¹ Que, a depender do autor, é caracterizado como inquisitivo (AMBOS, Kai. **El principio...** *op. cit.*, p. 16), acusatório formal (GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. **Garantias Constitucionales en el enjuiciamiento criminal peruano em La Reforma Del Proceso Penal Peruano**. Anuario de Derecho Penal, 2004. p. 107) ou adversarial (JIMENO BULNES, *op. cit.*, p. 244, admitindo, no entanto, que possa ser considerado sinônimo de processo acusatório).

No período do pós-guerra e final da Guerra Fria, observa-se uma intensificação nesse fenômeno interacional³²² em paralelo ao desenvolvimento do direito comparado como uma reação contra a nacionalização do direito produzido no século XIX³²³. Fenômenos como a chamada *norte-americanização* dos sistemas processuais europeus³²⁴ implicam em uma profunda reforma jurisprudencial acerca das regras de exclusão de prova na Europa³²⁵, assim como inversamente no âmbito da Suprema Corte Norte-Americana³²⁶. A nível mais global, percebe-se o intervencionismo crescente dos tribunais penais internacionais, “onde normas e profissionais de diferentes tradições se encontram e interagem”³²⁷, gerando uma visão do direito material e processual penal que escapa dos limites estatais costumeiros³²⁸.

Em síntese, pode-se afirmar que os formatos de persecução criminal na Europa Continental e Inglaterra desenvolveram-se sob forte influência comum³²⁹, seja na origem, por meio de práticas germânicas, já pela influência do direito canônico³³⁰, seja nas reformas sofridas

³²² LANGER, Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure. **Harvard international law journal**. v. 45, n. 1, 2004, p. 1-2.

³²³ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 3.

³²⁴ REYES ALVARADO, Yesid. **Prohibiciones de Prueba...** *op. cit.*, p. 222; LANGER, Maximo. **From Legal...** *op. cit.*, p. 3; SCH NEMANN, Bernard. ¿Crisis del procedimiento penal? (¿marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?). *In*: SCH NEMANN, Bernard. **Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milênio**. Madrid: Tecnos, 2002. p. 288-302. Em sentido contrário, Máximo Langer diz que não está havendo uma americanização, mas uma fragmentação da *civil law* (LANGER, *op. cit.*, p. 62).

³²⁵ JIMENOS BULNES, Mar. American Criminal Procedure in a European Context. **Cardozo Journal of International and Comparative Law (JICL)**, v. 21, n. 2, 2013. Para mais, MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. **El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal**. 2. ed. Barcelona: Bosch, 2004. p. 31-32. Na Alemanha, ver: GLESS, Sabine. Germany: balancing truth against protected interests. *In*: THAMAN, Stephen C. (ed.). **Exclusionary rules in comparative law**. Spring, 2013. p. 113-142; KUNERT, K. H. Some observations on the origin and structure of evidence rules under the common law system and the civil law system of ‘free proof’ in the German Code of Criminal Procedure. **Buffalo Law Review**, 1966, v. 16, p. 122-164.

³²⁶ POUCHAIN RIBEIRO, Pedro Melo. **La Regla de Exclusión de La Prueba Ilícita**: un estudio comparado desde su origen em EE.UU [livro eletrônico]. 1. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020, p. 87 e ss.; KAMISAR, Yale. **In Defense of the Search and Seizure Exclusionary Rule** (Law and Truth - The Twenty-First Annual National Student Federalist Society Symposium on Law and Public Policy – 2002). *Harv. J. L. & Pub. Pol’y* 26, n. 1, 2003, p. 113; CAMMACK, Mark. E. The rise and fall of the constitutional exclusionary rule in the United States. **American Journal of Comparative Law**, v. 58, supp, 2010, p. 657-658.

³²⁷ LANGER, Maximo. **From Legal...** *op. cit.*, p. 8. Jimeno Bulnes cita a difusão de casos em que há uma “inter-relação concreta entre as tradições legais – *civil e common law*”, a exemplo do “caso Amanda Knox” (JIMENO BULNES, *op. cit.*, p. 212); AMBOS, Kai. Estado y futuro del Derecho penal comparado. *In*: AMBOS, Kai (ed.). **Ciencias criminales en Alemania desde una perspectiva comparada e internacional**: cuarta escuela de verano en ciencias criminales y dogmática penal alemana. Serie CEDPAL, v 2. Göttingen: Centro de Estudos de Direito Penal Latino-Americano do Instituto de Ciências Criminais da Georg-August-Universität Göttingen; Göttingen University Press, 2018. p. 25.

³²⁸ AMBOS, Kai. **Treatise on international criminal law**. Volume I: Foundations and General Part. Nova York: Oxford University Press, 2013. p. 57.

³²⁹ “[...] most scholars express the view that generalisations are problematic, since we observe convergence between the adversarial model, traditionally associated with common law countries, and the inquisitorial model, traditionally associated with civil law ones.” (SIEMS, Mathias. **Comparative Law**. 2. ed. Cambridge Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. p. 107).

³³⁰ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 26.

nos séculos XVII a XIX em decorrência das ideias político-filosófico iluministas, constituindo a base dos ordenamentos criminais³³¹, que nos últimos cem anos têm seguido em larga escala as mesmas vias, convergindo devido ao contágio recíproco de experiências³³². Desconstrói-se, portanto, uma visão distorcida de uma rígida dicotomia cunhada sob a expressão “*acusatório versus inquisitório*”, principalmente em relação à visão democrática que seria extraída do processo penal inglês clássico³³³, afirmações que vão de encontro aos textos históricos.

2 PARTE II – DESPINDO O DISCURSO DICOTÔMICO EM BUSCA DO PROCESSO JUSTO

2.1 ECOS DA DISTORÇÃO

Demonstrou-se que o desenvolvimento histórico dos diversos formatos de perseguição das condutas consideradas socialmente intoleráveis dificulta uma conceituação rígida e dicotômica entre sistemas processuais definidos como *acusatório* e *inquisitivo*, pelo menos na pureza pretendida por parcela doutrinária³³⁴, tampouco – e rechaçável – quando a distinção se baseia em modelos frontalmente colidentes com qualquer documento histórico, como faz Tourinho Filho, ao afirmar que o processo penal inglês do início do século XIII constituía um *fair trial* em que o acusado era tratado como um *gentleman*³³⁵.

³³¹ HASSEMER, Winfried. **Direito penal: fundamentos, estrutura e política**. In: VASCONCELOS, Carlos Eduardo de Oliveira (org.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed, 2008. p. 34-35.

³³² GRINOVER, Ada Pellegrini. Verdade Real e verdade formal? Um falso problema. In: PEREIRA, F. C. (coord.). **Verdade e prova no processo penal: estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016. p. 3; THAMAN, Stephen. A comparative approach to teaching criminal procedure and its application to the post-investigative stage. **Journal of Legal Education**, v. 56, 2006, p. 459. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2591461>. Acesso em: 28 maio 2021; MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos. **Revista de Processo**, v. 92, 1998. p. 87-104, out./dez. 1998, p. 96; JIMENO BULNES, *op. cit.*, p. 206; BALDRESCA, Raecler. A atividade probatória e as novas habilidades dos sujeitos processuais no terceiro milênio. In: QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (coord.). **Altos Estudos Sobre a Prova no Processo Penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2020. René David diz que há uma forte tentação para falarmos de uma “família de direito ocidental”, em vez da distinção entre família da *common law* e família romano-germânica. DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 26. No mesmo sentido, SIEMS, Mathias. **Comparative Law**. 2. ed. Cambridge Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. p. 50-82.

³³³ Sobre o tema, ver: LANGER, Máximo. **From Legal...** *op. cit.*, p. 19, com ampla referência em nota de rodapé 66 e 68; ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas...** *op. cit.*, p. 397-398; VIEIRA, Renato Stanzola. O que vem depois dos “legal transplants”? Uma análise do processo penal brasileiro atual à luz de direito comparado. **Rev. Bras. de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 767-806, maio-ago. 2018, p. 788; COSTA, Angelo Augusto. **Para sair da conjuntura: uma agenda de pesquisa sobre a distinção entre sistema acusatório e inquisitório em Desafios contemporâneos do sistema acusatório**. In: TINOCO, Livia Nascimento *et al.* (org.). Brasília: ANPR, 2018. p. 151.

³³⁴ Criticamente, JIMENO BULNES, *op. cit.*, p. 206; ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 438.

³³⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. v. 1. 34. ed. rev. e de acordo com a lei 12.403/2011. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 109.

Pese essa constatação, ainda ecoam na doutrina nacional ideias acerca de determinado modelo de processo penal assentados em uma oposição rigorosa entre diferentes sistemas de justiça³³⁶, mediante análises simplificadas do ponto de vista histórico, como faz Lopes Jr., ao estabelecer “oito notas características” de um *sistema acusatório* no período que vai da Grécia Antiga aos últimos séculos da República Romana, para em seguida, sintetizando quase dois mil anos em alguns parágrafos, elencar dez características que a forma acusatória teria após “na atualidade”³³⁷. Desse discurso, acaba-se por estabelecer qual o sistema seria identificado como *melhor*, e que, portanto, deveria servir de inspiração ao processo penal brasileiro.

Dessa polarização, decorre uma série de expressões artificialmente contrapostas que acabam por servir como argumentos para sustentar a defesa ou a exclusão de determinado instituto processual, “purificando-o”³³⁸, sendo um primeiro grupo composto por expressões como *processo acusatório; adversarial; princípio dispositivo; processo de partes; resolução de conflitos; juiz passivo, imparcial e equidistante*. Tais expressões seriam, nessa visão, características de um processo tido como democrático³³⁹.

Já um segundo grupo seria composto por expressões como *processo inquisitório; princípio da oficialidade; descoberta da verdade; juiz ativo; sujeito como objeto*, dentre outros³⁴⁰, que representariam características inquisitórias, antidemocráticas por excelência³⁴¹ e que, portanto, não poderiam ser aceitas³⁴².

³³⁶ Criticando, VOGLER, Richard. **A world view...** *op. cit.*, p. 2.

³³⁷ LOPES JR., Aury. **Fundamentos de processo penal**: introdução crítica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 145-147.

³³⁸ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 53-54

³³⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**: Teoría del garantismo penal. Madrid: Editorial Trotta, 1995. p. 563; TINOCO, Livia Nascimento. Autorização judicial prévia para instauração de inquéritos por crimes eleitorais: uma análise sob a perspectiva do sistema acusatório. In: TINOCO, Livia Nascimento *et al.* (org.). **Desafios contemporâneos do sistema acusatório**. ANPR. Brasília, 2018. p. 231; LIMA, Renato Brasileiro de. **Pacote Anticrime**: comentários à Lei n. 13.964/19 – artigo por artigo. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 91. Criticando, ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas...** *op. cit.*, p. 397/398. No mesmo sentido de crítica, VIEIRA, Renato Stanziola. O que vem depois dos “legal transplants”? Uma análise do processo penal brasileiro atual à luz de direito comparado. **Rev. Bras. de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 767-806, maio/ago. 2018. p. 788; COSTA, Angelo Augusto. **Para sair da conjuntura**: uma agenda de pesquisa sobre a distinção entre sistema acusatório e inquisitório em Desafios contemporâneos do sistema acusatório. TINOCO, *op. cit.*, 2018. p. 151.

³⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**: Teoría del garantismo penal. Madrid: Editorial Trotta, 1995. p. 563; LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Volume único. 8. ed. rev. amp. e atual. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 42-43. KHALED JUNIOR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2016. p. 154; THUMS, Gilberto. O mito sobre a verdade e os sistemas processuais. In: CARVALHO, Salo de (org.). **Leituras Constitucionais do Sistema Penal Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 153 e ss.

³⁴¹ KHALED JUNIOR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2016. p. 155; FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**: Teoría del garantismo penal. Madrid: Editorial Trotta, 1995. p. 563.

³⁴² LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 51; KHALED JUNIOR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. 2.

Caso nos valêssemos de uma das principais características cunhadas pela doutrina como elementar para um sistema acusatório, qual seja, a *estrita separação nas funções de acusação e julgamento*³⁴³, poderíamos afirmar que em determinado momento a Inquisição Espanhola seguiu um modelo acusatório de processo³⁴⁴, pois exigia a presença de um acusador público, que deveria apresentar uma acusação formalizada e com respeito a determinados requisitos legais, sob pena de nulidade³⁴⁵. Por tal raciocínio, até mesmo as regras previstas no IV Concílio de Latrão, como bem lembrado por Chemim, não teriam características exclusivamente inquisitórias, considerando as preocupações em não ocupar a mesma pessoa as funções de acusador e de juiz, além da previsão do direito de defesa e publicidade do processo às partes – publicidade interna³⁴⁶.

Khaled Jr., partindo da premissa de que o processo criminal inglês era um “verdadeiro processo de partes desde sua origem”, com contraditório amplo, sem qualquer intervenção do juiz e por isso imparcial, qualifica-o como *essencialmente acusatório*, tratando-se, por isso, de um processo penal destinado a assegurar ao acusado a máxima garantia da sua liberdade e dos seus direitos individuais³⁴⁷. Prossegue afirmando ser *inegável* que o processo acusatório inglês

ed. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2016. p. 31; MARINHO MARQUES, Leonardo Augusto; SANTIAGO NETO, José de Assis. A cultura inquisitória mantida pela atribuição de escopos metajurídicos ao processo penal. *Revista Jurídica Cesumar*, v. 1. n. 2, jul./dez. p. 379-398. 2015; TINOCO, Livia Nascimento. Autorização judicial prévia para instauração de inquéritos por crimes eleitorais: uma análise sob a perspectiva do sistema acusatório. In: *Desafios contemporâneos do sistema acusatório*. TINOCO, *op. cit.*, p. 234.

³⁴³ LOPES JR., Aury. **Fundamentos de processo penal**: introdução crítica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 145-146; RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 49; FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**: Teoría del garantismo penal. Madrid: Editorial Trotta, 1995. p. 567. Para mais referências quanto à exigência deste elemento como fixo do sistema acusatório, ver: ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas...** *op. cit.*, n.r. 1296 e 1297. p. 360-361.

³⁴⁴ Com a mesma conclusão, ROBERTS, Paul. Faces of Justice Adrift? Damaška’s Comparative Method and the Future of Common Law Evidence. In: JACKSON, John; LANGER, Máximo; TILLERS, Peter. **Evidence in a comparative and international context**. Essays in Honour of professor Mirjan Damaska. Oxford and Portland, Oregon; Hart Publishing, 2008. p. 299. “Basic conceptual confusions are then compounded by florid terminological inconsistency, such that concepts such as ‘accusatorial’ are routinely claimed for both common law and modern Continental process. If ‘accusatorial’ refers to the institutional division between prosecution and adjudication, Continental criminal procedure systems became accusatorial when they dispensed with the omniscient medieval inquisitor by splitting the magistracy into two separate branches – prosecutors and judges – with clearly defined, albeit complementary, roles”. No mesmo sentido, GUIMARÃES, *op. cit.*, p. 328-329.

³⁴⁵ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Inquisição espanhola...** *op. cit.*, p. 12; ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas...** *op. cit.*, p. 300.

³⁴⁶ GUIMARÃES, *op. cit.*, p. 318-320.

³⁴⁷ KHALED JUNIOR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2016. p. 113. No mesmo sentido, TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. v. 1. 34. ed. rev. e de acordo com a lei 12.403/2011. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 109; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz no processo penal**. 2015. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal>. Acesso em: 25 maio 2021); BEGGIATO, Túlio Fávaro. O contemporâneo sistema acusatório e a velha sobreposição de funções. In: TINOCO, Livia Nascimento *et al.* (org.). **Desafios contemporâneos do sistema acusatório**. ANPR. Brasília, 2018. p. 262. Há quem diga, inclusive, que a “rigorosa observância das garantias do acusado”, visto como um sujeito de direitos e não mero objeto de investigação, já era a regra no “sistema acusatório” que preponderava até o século XII. Ver: CALDAS, Diana Furtado; LORENS, Pedro da Gama Lobo. Resquícios do

tivesse virtudes para contenção do poder, livre das influências dos “efeitos nefastos da revolução inquisitória”, uma compreensão que seria “praticamente generalizada entre os autores que trabalham na perspectiva do direito continental”³⁴⁸.

Sobre a suposta ausência de qualquer intervenção do juiz e por isso imparcial, também sustentada por Prado como um dos elementos que tornavam o processo anglo-saxão um *sistema tipicamente acusatório*³⁴⁹, como exaustivamente visto ao longo do trabalho, a visão da “equidistância” e “imparcialidade” dos jurados no processo penal inglês decorre de um profundo desconhecimento acerca do *trial by jury* estabelecido na Inglaterra no período de Henrique II, completamente distinto do regramento atual. Os homens das comunidades encarregados de denunciar os crimes aos comissários reais sob juramento eram escolhidos não por sua imparcialidade, tampouco como forma de garantia individual contra a opressão do poder, como afirmam Tavares e Casar³⁵⁰, mas por serem aqueles com maior probabilidade de saber – ou descobrir – o que de fato ocorreu³⁵¹. Mesmo em um modelo mais aproximado, como desenvolvido após o século XV, viu-se que por pelo menos mais 300 anos os juízes continuariam a dominar e controlar o procedimento³⁵². Conclui-se, portanto, não haver qualquer justificativa do ponto de vista histórico, teórico e mesmo de direito comparado que lhe dê sustentação³⁵³.

Quanto à afirmação de ser um modelo de processo destinado a assegurar ao acusado a máxima garantia da sua liberdade e dos seus direitos individuais, tampouco há correspondência histórica, a exemplo do uso da *peine forte et dure* como mecanismo tormentoso para obrigar o acusado a se submeter a um julgamento, a proibição de testemunhas de defesa, de assistência por um advogado, bem como pelos modelos de julgamento em “linha de produção”³⁵⁴ ou “em

sistema inquisitorial do processo penal brasileiro: impossibilidade de perpetuação da figura do juiz como agente de persecução penal na nova ordem constitucional. In: GOZÁLEZ POSTIGO, Leonel (org.). **Desafiando a inquisição**: Ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil. v. III. Santiago de Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas – CEJA, 2017. p. 30.

³⁴⁸ KHALED JUNIOR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2016. p. 113-115.

³⁴⁹ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001. p. 108.

³⁵⁰ TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. **Prova e verdade**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 46.

³⁵¹ CHURCHILL, Winston S. **The birth of Britain**: a history of the english-speaking people. v. 1. New York: Barnes & Nobles Inc. Apple books, 2015. p. 393; VOGLER, Richard. **A world view...** *op. cit.*, p. 200.

³⁵² VOGLER, Richard. **A world view...** *op. cit.*, p. 132.

³⁵³ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas...** *op. cit.*, p. 224.

³⁵⁴ RAMOS, João Gualberto Garcez. **O devido processo legal...** *op. cit.*, p. 31; VOGLER, Richard. **A world view...** *op. cit.*, p. 133; 202; ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas...** *op. cit.*, p. 211. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos. **Revista de Processo**, v. 92, 1998. p. 87-104. out./dez. 1998. p. 90; VOGLER, Richard. **A world view...** *op. cit.*, p. 202.

lote”³⁵⁵, que impediam qualquer tentativa de argumentação por parte do acusado que pretendesse dar sua versão³⁵⁶. Portanto, se há possibilidade de qualificar o processo penal inglês pré-moderno seria, ao revés, como *rights-free*, autoritário e tão brutal quanto os praticados no resto da Europa³⁵⁷.

Por fim, sobre um suposto *contraditório amplo*, algo que “só seria possível no sistema acusatório”³⁵⁸, inicialmente deve-se – mais uma vez – fazer o alerta dos perigos em transplantar conceitos contemporâneos para períodos absolutamente diversos em termos históricos, culturais, sociais etc., sob pena de distorção³⁵⁹. Feito o alerta, e tendo sido visto que o acusado era na maioria das vezes mantido preso até o julgamento, sendo-lhe negada assistência por advogado, negada a obtenção de testemunhas em seu favor, fornecido apenas um resumo das acusações contidas no *indictment*³⁶⁰, a fim de que “se defendesse” em processos que duravam minutos, torna-se uma tarefa hercúlea extrair alguma prática que possa ser considerada como um exemplo de “contraditório”, por mais grosseira a concepção que se pretenda atribuir ao termo.

Por outro lado, pode-se afirmar que as linhas iniciais do que hoje denomina-se contraditório efetivo e equilibrado³⁶¹ vão ser desenhadas apenas – e mesmo assim de maneira lenta – no final do século XVIII, com a possibilidade de intervenção dos advogados nos processos ordinários ingleses, permitindo-lhes elaborar perguntas diretamente às testemunhas de acusação – sistema da *cross examination* – transitando-se do método do *accused speaks* para o *testing the prosecution*³⁶².

³⁵⁵ LANGBEIN, John H. **The origins of...** *op. cit.*, p. 18; THAMAN, Stephen. Two faces of justice in the post-soviet sphere. *In*: JACKSON, John; LANGER, Máximo; TILLERS, Peter. **Evidence in a comparative and international context**. Essays in Honour of professor Mirjan Damaska. Oxford and Portland, Oregon Hart Publishing, 2008. p. 117.

³⁵⁶ Se é possível falar em um modelo defensor das liberdades e de contenção de poderes seria apenas no sentido simbólico conferido ao *trial by jury*, o que sustentou sua aceitação social ao longo dos séculos, fundado em um ato de fé de que a decisão proferida seria justa por exprimir a *vox Populi* (TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade...** *op. cit.*, p. 40-41), aliás, um argumento romântico visto até hoje na doutrina brasileira. Ver: NUCCI, Guilherme. **Tribunal do Júri**. 4. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 36-37; SILVA, Rodrigo Faucz Pereira; AVELAR, Daniel Ribeiro Surdi de. **Manual de tribunal de júri**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 95-97; STRECK, Lenio. **Tribunal do Júri: símbolos e rituais**. 4. ed. rev. e mod. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 173. Com duras críticas ao modelo adotado de Tribunal do Júri, LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2014. Apple Books. p. 1811-1824.

³⁵⁷ “Rights-free, authoritarian and nearly as brutal as its continental counterparts” (VOGLER, Richard. **A world view...** *op. cit.*, p. 132-133).

³⁵⁸ LOPES JR., Aury. **Fundamentos de processo penal: introdução crítica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 149.

³⁵⁹ GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. p. 10.

³⁶⁰ LANGBEIN, John H. **The historical origins...** *op. cit.*, p. 1049; VOGLER, Richard. **A world view...** *op. cit.*, p. 133.

³⁶¹ BADARÓ, Gustavo. **Processo penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 58-63.

³⁶² Ver itens 1.4.2 e 1.4.3.

Tal contraposição rigorosa de ideias vem demonstrar o preconceito arraigado em parcela da doutrina quando analisa institutos processuais, vinculando aqueles que não lhes convêm a uma suposta origem inquisitória, cujos “efeitos nefastos” “destruiriam” um processo penal democrático³⁶³, baseada em modelos ideais “artificiais ou meras hipóteses que não representam realmente a forma como foi regulado tal sistema ao longo da história”³⁶⁴. Impede-se que sejam buscados elementos que trouxeram benefícios em cada modelo processual – contextualizando-se, obviamente –, como a adoção de “um procedimento racional e da jurisprudência mais sofisticada dos escolásticos italianos em todas as partes da França” pelas *Ordinances* por Luis IX em 1254³⁶⁵. De maneira mais ampla, aponta Ambos que:

[...] não se deve esquecer, por outro lado, dos elementos positivos trazidos pelo processo inquisitivo original, que foram: a igualdade na persecução penal; a busca da verdade fática e a identificação do autor dos fatos delituosos (verdade material); sendo que, havia, assim, certa proteção do acusado através da regulamentação do processo, especialmente através da diferenciação que se deu entre a *inquisitio* geral e a especial; e, finalmente, houve o reconhecimento de direitos da defesa³⁶⁶.

Trazendo essa análise para o direito pátrio, acaba-se por vincular o sistema processual brasileiro a expressões cunhadas como meros slogans políticos, desfocados de suas origens, construídos sob posições ideológicas³⁶⁷. Coutinho, por exemplo, afirma que:

[...] o sistema processual penal brasileiro é, na essência, inquisitório, porque regido pelo princípio inquisitivo, já que a gestão da prova está,

³⁶³ LOPES JR., Aury. **Fundamentos de processo penal**: introdução crítica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 172; FURTADO MENDES, Carlos Hélder Carvalho; MELO, Marcos Eugênio. Mentalidade inquisitória e instrumentalidade do processo penal: transição democrática, reformas processuais e permanências autoritárias. **Arquivo Jurídico**, v. 4. n. 1. jan./jul. 2017. p. 89. Disponível em <https://revistas.ufpi.br/index.php/raj/article/view/7419>. Acesso em: 31 maio 2021.

³⁶⁴ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Inquisição espanhola...** *op. cit.*, p. 9-10.

³⁶⁵ VOGLER, Richard. **A world view...** *op. cit.*, p. 31.

³⁶⁶ AMBOS, Kai. **O processo acusatório e a vedação probatória**: perante as realidades alemã e brasileira: com a perspectiva brasileira já de acordo com a reforma processual de 2008 – Leis 11.689, 11.690 e 11.719. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 31.

³⁶⁷ GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. *op. cit.*, p. 197; ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas...** *op. cit.*, p. 463/464; MONTERO AROCA, Juan. El principio acusatorio entendido como slogan político. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 1, n. 1. p. 66-87. 2015. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/4>. Acesso em: 26 maio 2021. Simplismo reiterado que levou à adoção de diplomas inteiramente inspirados na legislação norte-americana, como as leis nº 9.613, de 1998 (“Lei de lavagem de ativos”), a Lei 11.343, de 2006 (“Lei de drogas”), e a Lei 12.850, de 2015 (“Lei das organizações criminosas”), como observa RAMOS, João Gualberto Garcez. **O devido processo legal...** *op. cit.*, p. 20. O cenário se torna mais calamitoso quando reformas legislativas ocorrem em formato de linha de produção, sem coerência, transformando diplomas em verdadeiros *frankensteins* legislativos, bastando como exemplo uma simples leitura da Lei 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos) e dos artigos do Código Penal que tratam dos crimes de Roubo, Extorsão e Extorsão Mediante Sequestro (artigos 157 a 159 do Código Penal).

primordialmente, nas mãos do juiz, o que é imprescindível para a compreensão do Direito Processual Penal vigente no Brasil³⁶⁸.

Em razão da alegada natureza inquisitória, autores assumem a existência de um problema estrutural no Código de Processo Penal que necessitaria ser corrigido por meio de uma filtragem constitucional do diploma – o que é necessário, diga-se –, porém sustentando a exclusão de dispositivos que estejam “alinhados ao núcleo inquisitório”, além de uma necessária mudança na mentalidade inquisitória dos atores jurídico-penais em favor de uma postura acusatória³⁶⁹.

O problema reside em compreender o processo penal a partir dos dois sistemas processuais penais “puros” (acusatório ou inquisitório), excluindo-se do discurso que historicamente há benefícios advindos de modelos inquisitivos³⁷⁰, em que se expressa a autoridade estatal de maneira legítima³⁷¹, bem como práticas sanguinárias em modelos considerados como acusatórios/adversariais³⁷². Baixa-se um “véu da ilusão” perante os olhos dos intérpretes, para tomar a expressão de Chemim³⁷³, impedindo a construção de um ordenamento jurídico-processual constitucionalmente adequado, cenário que ficou evidente nas propostas envolvendo a redação atual do Art. 3º-A do Código de Processo Penal, como será visto a seguir.

2.1.1 Apelo ao acusatório e a figura do juiz na reforma do Código de Processo Penal

Segundo Armenta Deu:

Em todos os códigos reformados, o apelo ao “nomen” dos sistemas tornou-se um clássico, de modo que, independentemente do seu caráter parcial ou mais amplo, todos repetem o conhecido apelo aos indiscutíveis benefícios do sistema acusatório ou adversarial, por meio de invocação que, sem maiores

³⁶⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, a. 30, n. 30, p. 163-198, 1998, p. 166.

³⁶⁹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 51; FURTADO MENDES, Carlos Hélder Carvalho; MELO, Marcos Eugênio. Mentalidade inquisitória e instrumentalidade do processo penal: transição democrática, reformas processuais e permanências autoritárias. **Arquivo Jurídico**, v. 4, n. 1, jan./jul. de 2017, p. 93. Disponível em: <https://revistas.ufpi.br/index.php/raj/article/view/7419>. Acesso em: 31 maio 2021.

³⁷⁰ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas...** *op. cit.*, p. 400-401.

³⁷¹ VOGLER, Richard. **A world view...** *op. cit.*, p. 2.

³⁷² RAMOS, João Gualberto Garcez. **O devido processo legal...** *op. cit.*, p. 53; ALSCHULER, Albert W. A nearly perfect system for convicting the innocent. **Albany Law Review**. University of Chicago. Public Law Working Paper, n. 612. p. 919-940, 2016.

³⁷³ GUIMARÃES, *op. cit.*, p. 404.

explicações, encerra qualquer julgamento desfavorável sobre sua necessidade, ou suas possíveis desvantagens³⁷⁴.

No Brasil essa retórica não seria diferente e em sede de direito probatório, por seus distintos campos, o impacto desse discurso se torna evidente³⁷⁵, como regra vinculando-se os fundamentos a um modelo idealizado de julgador, como visto em propostas que limitam, ou mesmo excluem totalmente, a atividade probatória do juiz no processo penal como um fator positivo, em favor da garantia da imparcialidade do julgador³⁷⁶, baseados em uma retórica acusatória enquanto característica de um processo penal democrático³⁷⁷.

Na última grande reforma do ordenamento jurídico criminal³⁷⁸, essa questão esteve centrada na introdução do artigo 3º-A ao Código de Processo Penal, que dispõe que “o processo

³⁷⁴ ARMENTA DEU, Teresa. Debido proceso, sistemas y reforma del proceso penal. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 121-139, 2015, p. 122. No original “En todos los códigos reformados, la apelación al “nomen” de los sistemas ha convertido en un clásico, de manera que, con independencia de su carácter parcial o más amplio, todos repiten la consabida apelación a las bondades indiscutibles del sistema acusatorio o adversativo, a modo de invocación que sin más explicaciones cierra cualquier juicio desfavorable en torno a su necesidad, o a sus posibles desventajas”. No mesmo sentido, FACCINI NETO, Orlando; RAMIRES, Maurício. **Refutando a indiferença do ceticismo**: a estrutura narrativa dos casos penais e a função do juiz na produção da prova. In: SALGADO, Daniel. de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. (org.). **A prova no enfrentamento à macrocriminalidade**. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2016. p. 28.

³⁷⁵ Breve panorama em AMBOS, Kai. **Fundamentos de Derecho Probatorio em Material Penal**. Tirant Lo Blanch, 2019.

³⁷⁶ LOPES JUNIOR, Aury. O problema da “verdade” no processo penal. In: PEREIRA, Flávio Cardoso (coord.). **Verdade e prova no processo penal**: estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016. p. 64; FURTADO MENDES, Carlos Hélder Carvalho; MELO, Marcos Eugênio. Mentalidade inquisitória e instrumentalidade do processo penal: transição democrática, reformas processuais e permanências autoritárias. **Arquivo Jurídico**, v. 4, n. 1. jan./jul. 2017, p. 89. Disponível em: <https://revistas.ufpi.br/index.php/raj/article/view/7419>. Acesso em: 31 maio 2021; KHALED JUNIOR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2016. p. 154; PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistemas de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 23. Contrariamente, GRINOVER, Ada Pellegrini. Verdade Real e verdade formal? Um falso problema. In: PEREIRA, F. C. (coord.). **Verdade e prova no processo penal**: estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016. p. 7.

³⁷⁷ FURTADO MENDES, Carlos Hélder Carvalho; MELO, Marcos Eugênio. Mentalidade inquisitória e instrumentalidade do processo penal: transição democrática, reformas processuais e permanências autoritárias. **Arquivo Jurídico**, v. 4, n. 1, jan./jul. 2017, p. 94. Disponível em: <https://revistas.ufpi.br/index.php/raj/article/view/7419>. Acesso em: 31 maio 2021. Criticando essa visão, FERRER BELTRÁN, Jordi. Los poderes probatorios del juez y el modelo de proceso. **Revista De La Maestría En Derecho Procesal**, v. 7, n. 2, 2017. p. 139. Disponível em: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/19697>. Acesso em: 27 maio 2021, bem como GUIMARÃES, *op. cit.*, p. 196.

³⁷⁸ Lei 13.964/19, que inseriu no ordenamento propostas advindas do “Pacote Anticrime”, que tinham como objetivo inicial o aperfeiçoamento da legislação penal e processual penal, prevendo em seus 20 artigos uma série de reformas que atingiram 17 leis vigentes, desde o Código Penal, passando por diversas leis penais extravagantes, até o Código Penal Militar.

penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”³⁷⁹.

Entretanto, tanto a vedação explícita à iniciativa do juiz na fase de investigação quanto a vedação à substituição da atuação probatória do órgão de acusação são frutos de um outro Projeto de Lei, número 8.045/2010 (Projeto de Lei do Senado 156/09), que tinha por finalidade a reforma do Código de Processo Penal³⁸⁰. Sobre o conteúdo do dispositivo, já dizia Coutinho no ano de 2009, quando da nomeação para Comissão de Juristas no âmbito do Senado Federal para reforma do CPP³⁸¹:

A solução inicial é mudar para o sistema acusatório, retirando a gestão das provas das mãos do juiz e se fazendo cumprir o *onus probandi* às partes. Deste modo, o juiz consciente do seu mister constitucional pode ter a possibilidade concreta de funcionar como garante da Constituição (o principal) e, por elementar, do cidadão; justo porque livre do dever referente à iniciativa probatória. Sem ele, não corre o risco de agir guiado pelos fantasmas das decisões a priori e pode se colocar corretamente no lugar de equidistância das partes, como exige a Constituição. Daí decorrem múltiplas consequências, dentre elas a que dá ao Ministério Público o lugar devido ocupado na Constituição (não de fato pela incorreta e inquisitorial sobreposição de funções entre ele e o juiz)³⁸².

³⁷⁹ O ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux, acolhendo pedido no âmbito das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 6298, 6299, 6300 e 6305, suspendeu, dentre outros, a eficácia do referido dispositivo, apesar de não possuir qualquer relação com o pedido dos autores. Não obstante, nada prejudica o que não impede o objetivo da pesquisa, inclusive pelo fato de o mesmo tema estar sendo tratado no âmbito do Projeto de Lei 8045/2010, que trata da reforma do Novo Código de Processo Penal (ver nota de rodapé infra). Para mais, ver: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>. Acesso em: 25 maio 2021.

³⁸⁰ Como bem aponta Renato Brasileiro, “Curiosamente, porém, a vedação explícita à iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação (CPP, art. 3º-A) e a figura do juiz das garantias (CPP, art. 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E, 3º-F) não constavam de nenhum desses dois projetos. Na verdade, foram ali inseridos através de emenda, reproduzindo, em grande parte, o conteúdo referente à matéria que integrava o Projeto de Lei n. 8045/2010 (Projeto de Lei do Senado n. 156/09), destinado à criação de um novo Código de Processo Penal, que até já fora aprovado pelo Senado Federal, mas que ainda aguarda apreciação por uma Comissão Especial da Câmara dos Deputados” (LIMA, Renato Brasileiro de. **Pacote Anticrime**: comentários à Lei n. 13.964/19 – artigo por artigo. Salvador: Juspodivm. 2020. p. 89. Atualmente, o projeto encontra-se com parecer do Relator Dep. João Campos. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>. Acesso em: 31 maio 2021).

³⁸¹ Atualmente em trâmite no Projeto de Lei 8.45/2010. Tramitação disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>. Acesso em: 26 maio 2021.

³⁸² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Mudar a mentalidade. **Jornal Gazeta do Povo**, Curitiba, 30 de março de 2009. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/opiniao/artigos/mudar-a-mentalidade-bi5nm9xpxmj3j11solok1jbri/>. Acesso em: 26 maio 2021. Observe-se que o autor discorda da atividade probatória do juiz em favor do réu, pois “à evidência porque se não pode dizer por completo e ex ante se a iniciativa é mesmo para sanar dúvida em favor do réu...”, ou seja, admitiria a hipótese se houvesse um mecanismo que garantisse esse objetivo, o que torna contraditório seu argumento quanto à gestão da prova contraditório.

Percebe-se, portanto, que desde os primórdios os argumentos para a reforma do CPP passavam por uma “guinada para um modelo acusatório”³⁸³, consistindo este na retirada da gestão da prova das mãos do juiz, a fim de que “não corresse o risco de agir guiado pelos fantasmas das decisões a priori”, em outros termos, não perdesse sua imparcialidade, mantendo sua “equidistância”, sob pena da “destruição completa” do processo penal democrático³⁸⁴.

Eugênio Pacelli, relator-geral da citada Comissão de Juristas instituída pela Senado Federal, afirma que o “grande passo dado pela Lei 13.964/19 foi na direção de um maior esclarecimento legislativo em torno da estrutura acusatória de processo”, tendo sido consagrado ao “deixar claro que o juiz não é detentor de iniciativa probatória autônoma”, o que viria expresso na vedação da iniciativa do juiz “como substitutiva do ônus acusatório que recai no autor da ação penal”³⁸⁵.

Seria, para o autor, um corretivo do artigo 156, II do CPP, um “resquício de um decantado princípio da verdade real”, manipulado para permitir a substituição do Ministério Público pelo juiz e que deveria ser lido no sentido de limitar o magistrado ao esclarecimento de questões ou pontos duvidosos, não impedindo, porém,

[...] que o Juiz Criminal, na fase de processo (é claro!), e quando for necessário e possível, diligencie em direção, não só do esclarecimento de dúvidas sobre as provas produzidas, mas também na busca de eventuais provas da inocência do acusado [...] mesmo não requerida ou vislumbrada pelo defensor³⁸⁶.

Ou seja, sustenta que não haveria empecilhos para uma atividade probatória autônoma do juiz durante o processo quando se estivesse diante de prova que pudesse “demonstrar a inocência do acusado”, tratando-se da hipótese outrora sustentada por Prado de que o juiz “moderadamente interviesse durante a instrução com poderes de assistência ao acusado”, buscando supletivamente provas da inocência³⁸⁷, modelo que apresenta graves problemas, sendo o primeiro deles o fato de ser contraditório com a própria ideia de imparcialidade.

³⁸³ “É justamente para resguardá-lo que o projeto de Código promove uma guinada para o modelo acusatório, seja retirando o juiz da gestão do inquérito policial, seja separando as figuras do juiz das garantias e do juiz do processo, seja atribuindo às partes a responsabilidade precípua pela produção de provas” (BRASIL, Senado Federal. Comissão de Constituição e Justiça responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. de 09 de dezembro de 2009. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4574387&ts=1594032503965&disposition=inline>. Acesso em: 26 maio 2021).

³⁸⁴ LOPES JUNIOR, Aury. O problema da “verdade” no processo penal. In: PEREIRA, Flávio Cardoso (coord.). **Verdade e prova no processo penal: estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016. p. 64.

³⁸⁵ PACELLI, Thomson Reuters. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. Kindle. Posição 1349.

³⁸⁶ PACELLI, *op. cit.*, p. 36

³⁸⁷ PRADO, Gerado. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 158-159.

Com frequência vincula-se a atividade probatória do juiz à perda da imparcialidade com base em critérios que teriam sido adotados pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), especialmente nos casos *Piersack vs. Bélgica* (1982), *Caso de Cubber vs. Bélgica* (1984) e *Caso Perote Pellon vs. Espanha* (2002)³⁸⁸, expressamente afirmando que o TEDH teria consagrado o entendimento de que:

[...] o juiz com poderes investigatórios é incompatível com a função de julgador. Ou seja, se o juiz lançou mão de seu poder investigatório na fase pré-processual, não poderá, na fase processual, ser o julgador. É uma violação do direito ao juiz imparcial consagrado no art. 6.1 do Convênio para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, de 1950. Segundo o TEDH, a contaminação resultante dos “pré-juízos” conduz à falta de imparcialidade subjetiva ou objetiva³⁸⁹.

Disso sustentou-se o transplante ao ordenamento brasileiro da impossibilidade de o juiz praticar “atos típicos de parte, como é a atuação *ex officio* na busca de provas ou na decretação de uma prisão”³⁹⁰ sob pena de transformar-se em um *inquisidor*³⁹¹, além de uma reformulação das regras de prevenção de impedimento, estando impedido de julgar o juiz que atuasse de alguma maneira durante as investigações – decretando alguma medida cautelar, por exemplo –, pois sua “imparcialidade estaria comprometida”³⁹².

³⁸⁸ LOPES JR. 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**, Porto Alegre, n. 73, ago/set. 2016, p. 16; LIMA, Renato Brasileiro de. **Pacote Anticrime: comentários à Lei n. 13.964/19 – artigo por artigo**. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 114.

³⁸⁹ LOPES JR., Aury. **Fundamentos de processo penal: introdução crítica**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019. p. 103.

³⁹⁰ *Ibidem*, p. 108.

³⁹¹ GIACOMOLLI, Nereu José. Atividade do juiz criminal frente à constituição: deveres e limites em face do princípio acusatório. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (coord.). **Sistema penal e violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 227.

³⁹² LOPES JR., *op. cit.*, p. 115. Com base nesses estudos surgiram diversas propostas “a fim de garantir a imparcialidade do magistrado” (MAYA, André Machado. **Imparcialidade e Processo Penal. Da Prevenção da Competência ao Juiz de Garantias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011), que deram origem ao capítulo do Juiz das Garantias (Art. 3º-B a 3º-F do CPP, atualmente suspensos pela decisão proferida nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 6298, 6299, 6300 e 6305). O formato *abrasileirado* do Juiz das Garantias, entretanto, é de duvidosa relação com as discussões em torno das conclusões dos julgados citados pela doutrina. Veja-se a previsão do §3º do artigo 3º-C, que *impediria* o magistrado do processo de ter acesso aos autos do inquérito policial, que em nada se assemelha à jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (ECHR. Guide on Article 6 of the Convention – Right to a fair trial (*criminal limb*). 30 abril 2021. p. 26. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_6_criminal_eng.pdf. Acesso em: 27 maio 2021. Da mesma forma, o §3º do artigo 3º-C tampouco traduz a jurisprudência do Tribunal Constitucional Espanhol (V. STS [Sala Penal] 922/2016, de 10 de marzo de 2016). Nesse sentido, MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. La prueba ilícita: la regla de exclusión probatória y sus excepciones. **Revista Catalana de Seuretat Pública**, mayo. 2010, p. 138; BACHMAIER WINTER, Lorena. Sistemas procesales penales e imparcialidad del juez: Imparcialidad y prueba en el proceso penal – reflexiones sobre la iniciativa probatoria del juez. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 501-532, maio/ago. 2018, p. 524; LÓPEZ GUERRA, Luis. **El di logo entre el tribunal europeo de derechos humanos y los tribunales espa oles**. Coincidencias y divergencias en Teoría y Realidad Constitucional, n. 32, 2013, p. 141-142.

Pouca dificuldade há, entretanto, para demonstrar uma distorção dos argumentos do TEDH – propositalmente ou não –, como visto no Caso Piersack x Bélgica, quando doutrina afirma ter sido “consagrado o entendimento de que o juiz com poderes investigatórios é incompatível com a função de julgador”³⁹³. Basta uma simples leitura da decisão para perceber que o caso concreto não se enquadra na afirmação, já que o juiz foi considerado imparcial, pois estava julgando um caso que decorreu de uma investigação que ele havia participado, mas quando era membro do Ministério Público³⁹⁴, não havendo qualquer novidade ao ordenamento jurídico brasileiro, que já previa regra de exclusão do juiz em caso análogo, bastando arguição do artigo 252, inciso II do CPP, muito menos necessidade de justificativa da separação entre as figuras dos juízes da fase de investigação e da fase de julgamento³⁹⁵.

Há perda da imparcialidade, por outro lado, quando o juiz *toma partido* por uma das partes favorecendo ou tendendo a favorecê-la por influência de circunstâncias subjetivas e alheias ao caso, ou quando externa uma prévia disposição de ânimo demonstrando que está inclinado a favorecer ou prejudicar uma das partes³⁹⁶. É dizer, se a ideia de jurisdição está indissociavelmente ligada à de um juiz imparcial³⁹⁷, para que aquela seja exercida de maneira legítima, o julgamento deve transcorrer transparecendo à sociedade que a atuação do magistrado esteve alheia ao interesse das partes³⁹⁸, mediante instrumentos como a plena observância do contraditório e principalmente a exigência de uma adequada e completa motivação na decisão judicial³⁹⁹.

Dessa forma, permitir que o juiz atue em favor do acusado na produção de provas que favoreçam a tese defensiva seria cair na mesma quebra da necessária imparcialidade exigida dos juízes, considerando o comprometimento psicológico a favor dos interesses do acusado, retirando-lhe o verdadeiro fundamento de sua existência, que é a confiabilidade social em uma decisão proferida por alguém imparcial⁴⁰⁰. Nas palavras de Badaró, “um julgamento que toda a

³⁹³ LOPES JR., *op. cit.*, p. 103.

³⁹⁴ Decisão disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57557>. Acesso em: 27 maio 2021.

³⁹⁵ Nesse sentido, BEDÊ JIUNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. O juiz das garantias no Brasil: uma escolha do legislador, não uma determinação constitucional ou de Tribunais Internacionais. *In*: SOUZA, Renee do Ó (org.). **Lei Anticrime**: comentários à Lei 13.964/2019. Belo Horizonte: D’Plácido, 2020. p. 43; ANDRADE, Mauro Fonseca. **Juiz das Garantias**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2020. p. 28.

³⁹⁶ BACHMAIER WINTER, Lorena. Sistemas procesales penales e imparcialidad del juez: Imparcialidad y prueba en el proceso penal – reflexiones sobre la iniciativa probatoria del juez. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 501-532, maio/ago. 2018, p. 510.

³⁹⁷ BADARÓ, Gustavo. **Processo penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 49.

³⁹⁸ PRADO, Geraldo. **Em torno da jurisdição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 36.

³⁹⁹ TARUFFO, Michele. **A prova**. *op. cit.*, p. 209; BADARÓ, Gustavo. **Processo penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 49; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Princípios gerais da prova no Projeto de Código de Processo Penal. Projeto nº 156/2009 do Senado Federal. **Revista de Informação Legislativa**. Edição Especial Reforma do Código de Processo Penal. Ano 46, n. 183, jul./set. 2009, p. 37.

⁴⁰⁰ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas...** *op. cit.*, p. 233.

sociedade acredite ter sido realizado por um juiz parcial será tão pernicioso e ilegítimo quanto um julgamento realizado perante um juiz intimamente comprometido com uma das partes”⁴⁰¹.

Tal modelo impacta ainda na função da presunção de inocência enquanto regra probatória⁴⁰², como apontado por Mauro Andrade:

No que diz respeito a essa regra probatória, quer ela dizer que a carga da prova está nas mãos da acusação, a quem caberá a obrigação de demonstrar a veracidade de suas afirmações para que essa presunção seja destruída. Em outras palavras, somente é possível a existência de uma sentença condenatória se aquele que atua com acusador comprovar o conteúdo de sua acusação, convencendo o julgador sobre a culpabilidade do acusado. Portanto, a presunção de inocência não necessita qualquer providência, por parte do acusado, para que esteja resguardada sua inocência⁴⁰³.

É dizer, se as circunstâncias do processo identificam que à defesa seria importante exercer a atividade probatória que lhe incumbe⁴⁰⁴, é porque a prova produzida em ser desfavorável – ou teria – o condão de cumprir o *standard* probatório mínimo necessário para superar a presunção de inocência. Se assim não fosse, não haveria qualquer necessidade de atuação probatória por parte da defesa. Dessa forma, se o juiz identifica a necessidade de produção probatória em favor do acusado, estaria “reagindo para neutralizar a prova produzida pelo acusador”⁴⁰⁵, o que em último caso representaria uma atuação voltada à limitação do exercício do poder punitivo estatal.

Por fim, uma questão levantada pelo Prof. Pacelli em favor dessa limitação feita pela parte feita do Art. 3º-A, que estaria justificada em uma distinção entre *iniciativa acusatória* e *iniciativa probatória*, sendo a primeira vislumbrada quando o juiz praticasse atividade probatória de iniciativa da acusação, que seriam aquelas impostas pela lei como ônus processual do Ministério Público, esta sim proibida pelo legislador⁴⁰⁶.

Ocorre que de acordo com a dinâmica da prova, o contexto da instrução processual é dividido em momentos distintos – mas não estanques, frise-se –, como admissão, produção e

⁴⁰¹ BADARÓ, Gustavo. **Processo penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 51. No mesmo sentido, CHEMIM, dizendo que “num pretense sistema acusatório puro, essa regra feriria a ideia de que se trata de um processo de partes que deve haver equidistância do juiz” (GUIMARÃES, *op. cit.*, p. 400).

⁴⁰² VIVÉS ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos del Sistema Penal**. 2. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011. p. 881; sobre a diferença entre a presunção de inocência como “regra de tratamento”, “regra probatória”, ou “regra de juízo”, ver: MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 359; 424-480.

⁴⁰³ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas...** *op. cit.*, p. 231.

⁴⁰⁴ Sustentando, corretamente, não haver “ônus probatório” da defesa, mas apenas “interesse em provar determinado fato”, BADARÓ, Gustavo. **Processo penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 441.

⁴⁰⁵ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas...** *op. cit.*, p. 233.

⁴⁰⁶ PACELLI, *op. cit.*, p. 429.

valoração da prova⁴⁰⁷, sendo certo que no primeiro a instrução processual está envolta em regras de admissibilidade, relevância e pertinência⁴⁰⁸, visando à maximização do conjunto probatório em relação aos fatos alegados em favor do *total evidence principle*⁴⁰⁹. Quanto à pertinência, está relacionada à conexão entre o meio de prova requerido e os fatos controvertidos, ao passo que a relevância é tida quando há aptidão na prova para demonstrar o enunciado afirmado⁴¹⁰. Entretanto, segundo Badaró, não se exige um prognóstico concreto do êxito ou a efetividade do meio de prova, concluindo que:

[...] os critérios de admissibilidade da prova baseados em fundamentos lógicos devem se referir apenas às situações que independam de qualquer verificação concreta do resultado da prova. Os limites lógicos estão ligados à relação abstrata entre o fato objeto da prova que se requer, de um lado, e o fato objeto do processo, de outro. Os limites lógicos não devem envolver juízos valorativos sobre o concreto convencimento judicial⁴¹¹.

Dessa forma, após admissão e produção da prova, será ela valorada ao lado das demais provas produzidas, julgando se o conjunto probatório fornece suporte a um enunciado fático de acordo com critérios gerais de lógica e racionalidade⁴¹². Portanto, mesmo que se admitisse como não violadora da garantia da imparcialidade a possibilidade de o juiz determinar de ofício a produção de uma prova apenas quando pudesse “demonstrar a inocência do acusado”⁴¹³, ao ser produzida e valorada, o resultado obtido poderia ser o inverso, dando suporte à tese acusatória⁴¹⁴.

E aí ficaria o questionamento: vislumbrada uma possibilidade de inocência do réu pela oitiva de uma testemunha que não havia sido arrolada pela defesa, caso o juiz determine sua oitiva e, ao final, seu depoimento lhe seja desfavorável, ou seja, reforçando a hipótese

⁴⁰⁷ Além da fase de *investigação* e da fase de *propositura*. BADARÓ, Gustavo. **Processo penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 404. Não significa, porém, afirmar que não há relação entre tais momentos. Nesse sentido, BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia Judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 154; 265.

⁴⁰⁸ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 93.

⁴⁰⁹ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 166; TARUFFO, Michele. **A prova**. *op. cit.*, p. 186.

⁴¹⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia Judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 157.

⁴¹¹ *Ibidem*, p. 157.

⁴¹² *Ibidem*, p. 200-202; TARUFFO, *op. cit.*, p. 130; GOMES FILHO, *op. cit.*, p. 127.

⁴¹³ PACELLI, *op. cit.*, p. 36.

⁴¹⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia Judiciária... op. cit.**, p. 72; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Ônus da prova... op. cit.**, p. 83; FERRER BELTRÁN, Jordi. **La carga dinámica de la prueba**. Entre la confusión y lo innecesario. *In: La prueba en el proceso – Evidence in the process: II Conferencia Internacional & XXVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*. Barcelona: Atelier, 2018. p. 142; GUIMARÃES, *op. cit.*, p. 7-8.

acusatória, qual seria o procedimento a ser adotado? A prova será descartada? E em que momento, considerando que a valoração do resultado da prova é feita na sentença? E se assim o fosse, não deveria o juiz justificar a inadmissão da prova? E se assim o fizesse, seria aplicado o §5º do artigo 157 do Código de Processo Penal, com o próprio juiz “desentranhando-se”⁴¹⁵?

Se a mera figura do juiz “inerte, equidistante” já não pode ser afirmada categoricamente como uma característica essencial de um processo acusatório, a figura do *juiz defensor* não possui relação com o sistema acusatório em qualquer momento histórico⁴¹⁶, tratando-se meramente de um tipo ideal de julgador construído a partir das convicções pessoais de seus proponentes⁴¹⁷. Indo além, não encontraria fundamentação sequer perante o conceito de princípio acusatório dado por Prado, que diferencia as funções de acusar, defender e julgar⁴¹⁸, salvo se o juiz assim atuasse “consciente de que não respeitará, em concreto, o princípio acusatório”⁴¹⁹.

Contemporaneamente, se o juiz possui, ou não, poderes instrutórios, não será esse o fator crucial para identificação do sistema adotado⁴²⁰, tampouco com um sistema político mais ou menos autoritário⁴²¹. O próprio Pacelli assim entende, quando afirma que não será o fato de se atribuir uma reduzida margem de iniciativa probatória ao juiz, na fase processual, que apontará o modelo processual penal adotado⁴²². Corroborando, há ampla lista de normas estrangeiras com previsão de poderes instrutórios do juiz, como no Código de Processo Penal Alemão, cujo § 244, II, StPO, confere poderes de investigação ao juízo durante o processo, bem como o § 162 III 1, StPO, que permite a adoção de medidas coercitivas, independentemente de

⁴¹⁵ LOPES JR. Aury. Bom para quê(m)? **Boletim IBCCRim**, ano 16, n. 188, São Paulo: IBCCrim, 2008. p. 9-10. Criticando o dispositivo, BUSATO, Paulo César. O “desentranhamento do juiz”. In: SOUZA, Renee do Ó (org.). **Lei Anticrimin**: comentários à Lei 13.964/2019. Belo Horizonte: D’Plácido, 2020; ANDRADE, Mauro Fonseca. **Juiz das Garantias**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2020. p. 43.

⁴¹⁶ As hipóteses que podem ser identificadas, na verdade, encontravam-se no sistema inquisitivo, em que o argumento em geral residia na “restrição ou impossibilidade de atuação de um defensor a favor do sujeito passivo daquele processo, sob o argumento de que o juiz não necessitava de auxiliares para a descoberta da verdade”. ANDRADE, Mauro Fonseca. O sistema acusatório proposto no projeto de novo *códex* penal adjetivo. **Revista de Informação Legislativa**. Edição Especial Reforma do Código de Processo Penal. Ano 46, n. 183, jul./set. 2009, p. 176. Curiosamente, a mesma justificativa residia no processo penal inglês para sustentação do dogma do *court as a consuel*, como visto no item 1.4.3

⁴¹⁷ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas...** *op. cit.*, p. 230.

⁴¹⁸ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001. p. 125.

⁴¹⁹ *Ibidem*, p. 215. Para a exposição – e críticas – das mais variadas concepções acerca de “princípio acusatório”, ver: ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas...** *op. cit.*, p. 254-268.

⁴²⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. Verdade Real e verdade formal? Um falso problema. In: PEREIRA, F. C. (coord.). **Verdade e prova no processo penal**: estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016. p. 7.

⁴²¹ FERRER BELTRÁN, Jordi. Los poderes probatorios del juez y el modelo de proceso. **Revista De La Maestría En Derecho Procesal**, v. 7, n. 2. 2017. p. 139. Disponível em <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprosesal/article/view/19697>. Acesso em: 27 maio 2021;

⁴²² PACELLI, *op. cit.*, p. 37.

impulso pelo Ministério Público⁴²³. Assim também no artigo 340 do Código de Processo Português, no artigo 729 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* Espanhola, além de normas previstas na própria *US Federal Rules of Evidence*⁴²⁴.

Dessa forma, caso se concordasse com Renato Brasileiro, de que seria “ingenuidade” acreditar na imparcialidade do juiz que possua poderes instrutórios como previsto no Art. 156, II do CPP⁴²⁵, deveríamos concluir que, além de ingênuos,

[...] todos os legisladores processuais europeus – cada qual a seu modo – atravessaram um momento de loucura que os induziu a atribuir ao juiz um papel ativo na produção das provas, sem se dar conta de que dessa maneira estariam pondo em risco os valores fundamentais da imparcialidade e da independência de juízo do próprio juiz⁴²⁶.

Conclui-se, portanto, ser amplamente difundida a ideia de um processo penal em que seja o juiz dotado de poderes instrutórios, independentemente da tradição jurídica – *civil law* ou *common law* – do país regulador⁴²⁷, não havendo qualquer direito à formação do convencimento do juiz por meio de provas produzidas exclusivamente pela iniciativa das partes⁴²⁸.

2.1.2 A busca da verdade como tapume de automatismo

⁴²³ Como exemplo, § 244 II do StPO, que confere ao juízo poderes de investigação durante o processo, bem como o § 162 III 1 StPO, que confere poderes para ordenar medidas coercitivas, independentemente de impulso pelo Ministério Público. Para mais, ver: WOLTER, Jürgen. **O inviolável e o intocável no direito processual penal:** reflexões sobre a dignidade da pessoa humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal. In: GRECO, Luis (org.). São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 59.

⁴²⁴ Rule 614 “Court’s Calling or Examining a Witness. (a) Calling. The court may call a witness on its own or at a party’s request. Each party is entitled to cross-examine the witness. (b) Examining. The court may examine a witness regardless of who calls the witness. (c) Objections. A party may object to the court’s calling or examining a witness either at that time or at the next opportunity when the jury is not present.” Disponível em: <https://www.rulesofevidence.org/article-vi/rule-614/>. Acesso em: 27 maio 2021.

⁴²⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. **Pacote Anticrime:** comentários à Lei n. 13.964/19 – artigo por artigo. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 100.

⁴²⁶ TARUFFO, Michele. **A prova.** *op. cit.*, p. 208.

⁴²⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. Verdade Real e verdade formal? Um falso problema. In: PEREIRA, F. C. (coord.). **Verdade e prova no processo penal:** estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016. p. 5.

⁴²⁸ Sobre a distorção da expressão *iudex secundum alligata et probata iudicare debet, non secundum conscientiam* e como vem sendo usado equivocadamente para justificar um fundamento histórico ao princípio pelo qual às partes caberia o monopólio exclusivo do requerimento nos meios de prova, ver: TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade:** o juiz e a construção dos fatos. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 47.

Tema constantemente invocado como um dos – ou o principal – componentes na caracterização das estruturas processuais inquisitória e acusatória, está a diferença quanto à concepção que cada sistema tem sobre a *verdade*⁴²⁹.

Thums, por exemplo, afirma que a busca da verdade representaria o “Santo Graal” no sistema inquisitório, utilizado como instrumento de dominação e legitimação de qualquer procedimento, incluindo a concessão de poderes investigativos ao juiz, ao passo que no acusatório teria papel secundário, encarado apenas como uma “referência”, um juízo de probabilidade sobre o fato, “condicionando-o à forma de produzir-se a prova e aos instrumentos de sua valoração”⁴³⁰.

A seu turno, Lopes Jr. sustenta que o mito da verdade real relacionado intimamente com a estrutura do sistema inquisitório:

[...] com o “interesse público” (cláusula geral que serviu de argumento para as maiores atrocidades); com os sistemas políticos autoritários; com a busca de uma “verdade” a qualquer custo (chegando a legitimar a tortura em determinados momentos históricos); e com a figura do juiz ator (inquisidor)⁴³¹.

Da mesma forma, Khaled Jr. diz que a maneira com que os diferentes sistemas processuais penais historicamente lidaram com a questão da verdade é o essencial para a própria definição como acusatório ou inquisitório⁴³². O sistema acusatório decorreria dos povos germânicos por possuírem um sistema de prova voltado à verificação de qual dos adversários estaria com a razão por meio de signos exteriores que a revelassem, em detrimento de checar objetivamente uma acusação mediante as provas. Diz o autor que nesse modelo a preocupação com a verdade era praticamente inexistente, diversamente do que ocorreria nos antigos sistemas romanos e gregos, não se destinando à demonstração do fato objetivamente, “ou seja, estabelecer a verdade sobre a hipótese objeto do processo”⁴³³.

⁴²⁹ THUMS, Gilberto. **O mito sobre a verdade e os sistemas processuais** em Leituras Constitucionais do Sistema Penal Contemporâneo. In: CARVALHO, Salo de (org.). Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2004. p. 154; PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistemas de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 33.

⁴³⁰ THUMS, *op. cit.*, 2004, p. 158.

⁴³¹ LOPES JUNIOR, Aury. O problema da “verdade” no processo penal. In: PEREIRA, Flávio Cardoso (coord.). **Verdade e prova no processo penal: estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016. p. 68.

⁴³² KHALED JUNIOR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2016. p. 32.

⁴³³ *Ibidem*, p. 52/53. Em sentido contrário, afirmando que o sistema acusatório favorece métodos contraditórios como método de investigação da verdade, FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal**. Madrid: Editorial Trotta, 1995. p. 564.

Conclui Khaled Jr. que por não ter sido o processo inglês afetado pelos “nefastos efeitos inquisitórios”, a posição de imparcialidade do juiz relegando às partes a total gestão da prova tornava-o um procedimento despreocupado com a verdade⁴³⁴. Ao revés, o sistema inquisitivo, por “ser fundado justamente a partir do famigerado princípio da verdade real”, seria antidemocrático⁴³⁵.

Parte o autor de uma premissa baseada no que, para ele, seria a verdade, ou seja, “demonstrar um fato com objetividade”, transportando-o para analisar o processo penal inglês – de maneira reducionista, como visto –, o que inevitavelmente o conduz a uma conclusão de que não haveria “preocupação com a verdade”, já que apenas era “revelada por signos exteriores”, classificando tal modelo como irracional.

Fosse válido o raciocínio, concluiríamos que a confissão no sistema legal de provas também não visaria extrair a verdade e, portanto, o sistema inquisitório também não estaria preocupado com aquela – no sentido dado por Khaled, frise-se. Isso porque a proibição dos ordálios e duelos estava ainda relacionada a aspectos religiosos, de maneira a impedir a “tentação a Deus”, e por isso restringiam-se as provas à palavra do homem, fundamentando-se na crença da sociedade na força do juramento, além da possibilidade de revelação da “verdade divina” por meio da confissão⁴³⁶. Caso fosse transportado ao período a visão de mundo atual – como faz Khaled Jr. – seria inviável caracterizá-lo como um sistema de racional. Não haveria sequer diferença entre a confissão de um acusado que está sob tortura e uma prova por ordálio, puramente simbólicas, diz Ferrajoli⁴³⁷. Ambas, entretanto, provinham da mentalidade do homem medieval no contexto de uma sociedade medieval, absolutamente crente na possibilidade de resolver conflitos sociais por meio da ordem natural das coisas e do divino. Interpretar eventos passados de acordo com critérios modernos já era um alerta feito tanto por Taruffo⁴³⁸ quanto por Gomes Filho, ao questionarem-se se é correto falar que povos primitivos eram “irracionais”, afirmando que isso dependeria de transpor para aquele tempo a visão de mundo do observador atual⁴³⁹.

⁴³⁴ KHALED JUNIOR, *op. cit.*, p. 113. No mesmo sentido, TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. v. 1. 34. ed. rev. e de acordo com a lei 12.403/2011. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 109. Contrariamente, apontando que ambas as estruturas – acusatória e inquisitória – eram destinadas à busca da verdade, PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistemas de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 20.

⁴³⁵ KHALED JUNIOR, *op. cit.*, 2016, p. 155.

⁴³⁶ Item 1.5.

⁴³⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal**. Madrid: Editorial Trotta, 1995. n.r. 84. p. 136.

⁴³⁸ TARUFFO, *op. cit.*, p. 20.

⁴³⁹ GOMES FILHO, *op. cit.*, p. 18. No mesmo sentido, TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. **Prova e verdade**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 45; Andrade também cita a crítica, inclusive dizendo que,

Prosseguindo, sustenta Prado que ambos os modelos de processo – acusatório e inquisitório – eram dirigidos à busca da verdade, por meio da obtenção de conhecimentos que configurassem a base empírica da decisão final. Em outros termos, que o objeto era o mesmo: a persecução penal dirigida à verificação da notícia crime, variando-se apenas a maneira como os instrumentos jurídicos seriam dispostos (normas jurídicas, institutos, instituições e sujeitos)⁴⁴⁰, conferindo mais ênfase ao modelo probatório em busca da verdade como elemento que vai estabelecer o tipo de processo penal.

Desde já se mostra perceptível a frequência com que se vincula a *verdade* a uma maior ou menor atividade probatória do juiz, aliada à ideia aristotélica de verdade como a concordância entre um fato ocorrido na realidade sensível, visão que por muito tempo viciou os debates acerca da estrutura penal brasileira⁴⁴¹ e ainda exerce forte influência na doutrina processual⁴⁴². Dessa premissa, sustenta-se a necessidade de buscar a verdade no processo como seu objetivo principal, o que tem levado autores europeus a ojerizarem o sistema adversarial, pois com uma maior gestão da prova na mão das partes haveria uma suposta despreocupação com a verdade⁴⁴³, preferindo-se um outro caminho identificado como uma busca “neutra e imparcial”⁴⁴⁴.

Ademais, dá ensejo a discussões atreladas a diferentes “formas de verdade”, a depender da natureza do processo, se penal ou civil, em que o primeiro lidaria com uma suposta *verdade material/real*⁴⁴⁵, que deveria ser buscada pelo juiz a qualquer custo⁴⁴⁶, e o segundo

comparativamente, a tortura seria considerada uma forma mais racional do que os ordálios, visto que era um elemento probatório regulado dentro de um processo, em vez de uma medição de forças ofensa-vingança (ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas...** *op. cit.*, p. 384-385).

⁴⁴⁰ PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistemas de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 20.

⁴⁴¹ *Ibidem*, p. 24.

⁴⁴² Como aponta ARENHART, Sérgio Cruz. Ainda sobre a verdade no processo. *In*: QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (coord.). **Altos Estudos Sobre a Prova no Processo Penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2020. p. 26. No mesmo sentido crítico, acrescentando certa confusão nas visões filosóficas acerca da verdade, GUIMARÃES, *op. cit.*, p. 19-20.

⁴⁴³ JIMENO BULNES, Mar. **El proceso penal en los sistemas del Common Law and Civil Law**: los modelos acusatorios e inquisitivo en pleno siglo XXI en Justicia, n. 2, 2013. p. 251.

⁴⁴⁴ TARUFFO, Michele. **Uma Simples Verdade**. *op. cit.*, p. 133-134.

⁴⁴⁵ FIGUEIREDO DIAS, Jorge. **Direito processual penal**. Clássicos Jurídicos. Reimp. 1. Imp. 1974. Coimbra: Coimbra Editora. 2004. p. 187; GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **As nulidades do processo penal**. 11. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 123; TOURINHO FILHO, *op. cit.*, p. 58-61; NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 12. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 81-83. Criticando a dicotomia e com ampla citação, GUIMARÃES, *op. cit.*, nota de rodapé 9, p. 4. Referindo-se a um “processo penal que dominou a realidade brasileira por muito tempo”, PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistemas de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 23.

⁴⁴⁶ Frise-se que mesmo aqueles que defendiam o “princípio da verdade real” aduziam que houvera uma distorção acerca do sentido correto da expressão, tendo sido tomada como permissão para uma liberdade absoluta do juiz penal na realização da pretensão punitiva do Estado, ao invés do sentido de uma “verdade processualmente

com uma *verdade formal*, uma dicotomia tomada atualmente por ultrapassada e inútil⁴⁴⁷, mas que ainda ecoa em decisões dos tribunais pátrios, especialmente nos Tribunais Superiores⁴⁴⁸.

A tentativa de conceituação de algo claramente impossível e inatingível para conferir respostas a um problema judicial acaba por levar ao uso da verdade como mero tapume de automatismo, expressão tomada de Marinoni e Arenhart⁴⁴⁹, dando margem a qualquer solução proposta, independentemente de razões⁴⁵⁰.

2.1.3 Síntese conclusiva

Como apontado no capítulo introdutório, a pesquisa não possui como objetivo defender o não uso, tampouco propor um novo conceito de sistema processual, mas demonstrar como a reprodução de dogmas provenientes da dicotomia *acusatório vs inquisitório*, ainda que eventualmente de maneira sincera, por vezes é utilizada como sofisma para a defesa ou rejeição

válida”. Nesse sentido, GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **As nulidades do processo penal**. 11. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 123.

⁴⁴⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. Ainda sobre a verdade no processo. In: QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (coord.). **Altos Estudos Sobre a Prova no Processo Penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2020. p. 31-32; TARUFFO, Michele. **Uma Simples Verdade**. *op. cit.*, p. 106; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Ônus da prova no processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 33; GUIMARÃES, *op. cit.*, p. 21; SILVA JARDIM, Afrânio. O princípio da verdade real no processo penal: uma explicação necessária. **Empório do Direito**, São Paulo, 24 julho 2018. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/o-principio-da-verdade-real-no-processo-penal-uma-explicacao-necessaria> Acesso em: 4 jun. 2021; LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Volume único. 8. ed. rev. amp. e atual. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 70.

⁴⁴⁸ ARENHART, *op. cit.*, p. 54. Ao tempo de sua pesquisa, Chemim apontava que dos 11 ministros do Supremo Tribunal Federal, apenas o, até então, recém nomeado ministro Edson Fachin não havia proferido algum voto invocando a busca da verdade real como argumento, concluindo que “é provável que não o faça, considerando que se trata de Professor de Direito que tem conhecimento a respeito dessa problemática” (GUIMARÃES, *op. cit.*, p. 14). Entretanto, como visto no voto proferido no AgR. no Inq. 3998, AgR/DFna QO na Petição 7.074/DF, seguiu o eminente ministro a mesma linha dos demais componentes da Corte. Para mais decisões em que a “busca da verdade real” foi usada como argumento em direito probatório, no Supremo Tribunal Federal: HC: 198450 AL 0048899-08.2021.1.00.0000, Relator: ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 27/04/2021, Primeira Turma, Data de Publicação: 05/05/2021; HC: 191613 MG 0103435-03.2020.1.00.0000, Relator: RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 20/10/2020, Segunda Turma, Data de Publicação: 04/11/2020; HC: 198450 AL 0048899-08.2021.1.00.0000, Relator: ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 05/03/2021, Data de Publicação: 10/03/2021. No Superior Tribunal de Justiça: AgRg no RHC: 132769 PE 2020/0207886-3, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 15/12/2020, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/12/2020; AgRg no HC: 549157 RS 2019/0359465-9, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Julgamento: 27/10/2020, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: REPDJe 12/11/2020 DJe 03/11/2020; STJ - RHC: 119232 SP 2019/0307777-1, Relator: Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Data de Julgamento: 02/06/2020, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/06/2020; STJ - AgRg no REsp: 1924257 MS 2021/0055542-8, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 30/03/2021, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/04/2021.

⁴⁴⁹ Que, por sua vez, tomaram de Laércio Becker em BECKER, Laércio. **Sobre a incerteza e o conteúdo ético do processo civil**. Qual é o jogo do processo? Porto Alegre: Fabris, 2012. p. 314, *apud* MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**: de acordo com o CPC de 2015. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 60.

⁴⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, *op. cit.*, p. 60.

de propostas, impactando negativamente na criação de uma legislação minimamente uniforme⁴⁵¹.

Chemim, sustentando a importância na insistência da dicotomia sob uma perspectiva político-discursiva adequada ao modelo de Estado Democrático, entende que pensar em um processo penal democrático é pensar em um processo penal que premie garantias do cidadão, que permita o controle do poder estatal e que opere dentro de determinados marcos principiológicos, afastando-se de um entorno autoritário, sendo útil, portanto, manter a compreensão do processo penal à luz de um sistema:

[...] permitindo que, uma vez identificada/precisada sua ideia fundante e seu princípio unificador, o sistema possa se distinguir de seu entorno, autorrefletindo suas estruturas e excluindo as possibilidades diversas que estão ao redor⁴⁵².

Já Lorena Bachmaier, apesar de não ver razão na insistência na definição do que é acusatório em face ao que seria inquisitório, tampouco ancorar-se na defesa do “acusatório”, por não contribuir para identificar os problemas que afetam a justiça penal, concorda com o professor paranaense quando sustenta que a reflexão deveria se dar com enfoque nos direitos fundamentais e o contrapeso de poderes, sem esquecer o elemento de eficácia⁴⁵³. Essa era inclusive a posição de Lopes Jr., que defendia o “o abandono dos termos ‘acusatório’ e ‘inquisitório’, pois excessivamente ‘rotulados’, arraigados em visões tradicionais e lutas conceituais infundáveis”⁴⁵⁴, posição que alterou em edições posteriores de sua obra⁴⁵⁵.

Mauro Andrade, por sua vez, propõe a adoção de uma definição pelo legislador – melhor se fosse o Constituinte, diz o autor – de um sistema processual, permitindo que toda a legislação infraconstitucional fosse lida e interpretada com base no elemento unificador do sistema escolhido, evitando-se as “incongruências hoje existentes, que se encarregam de aniquilar o *principium unitatis* de nosso ordenamento”⁴⁵⁶. Com base nisso, propunha que fosse

⁴⁵¹ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas...** *op. cit.*, p. 461-471.

⁴⁵² GUIMARÃES, *op. cit.*, p. 240. No mesmo sentido, BUSATO, Paulo César. **Fundamentos...** *op. cit.*, p. 274.

⁴⁵³ BACHMAIER WINTER, Lorena. Sistemas procesales: la hora de superar la dicotomía acusatorio-inquisitivo. **Ius Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.**, n. 24. 2009. p. 175. Em sentido análogo, BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia Judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 63.

⁴⁵⁴ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2014. Apple Books. p. 177.

⁴⁵⁵ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

⁴⁵⁶ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas...** *op. cit.*, p. 474.

adotado o sistema acusatório⁴⁵⁷, proposta que acabou sendo acolhida pelo legislador, inserindo-se a previsão legal no artigo 3º-A, ainda que a redação tenha gerado um efeito inverso ao pretendido pelo autor, como visto acima⁴⁵⁸.

Independentemente da posição quanto à utilidade na manutenção ou não das concepções acerca de acusatório *versus* inquisitório, fato é que ao livrar-se a doutrina de sofismas como “selos de inquisitorialidade”⁴⁵⁹ ou no constante *apelo ao acusatório*, resta fortalecido o debate sobre temas sensíveis ao direito probatório como novos meios de investigação⁴⁶⁰, regras de exclusão de prova⁴⁶¹, provas atípicas⁴⁶² ou motivação na sentença do raciocínio sobre os fatos⁴⁶³, preocupando-se mais com a indicação daqueles que são os princípios e valores indefectíveis de um sistema criminal no âmbito Estado Democrático de Direito⁴⁶⁴.

⁴⁵⁷ ANDRADE, Mauro Fonseca. O sistema acusatório proposto no projeto de novo *códex* penal adjetivo. **Revista de Informação Legislativa**. Edição Especial Reforma do Código de Processo Penal. Ano 46, n. 183. p. 167-188, jul./set. 2009, p. 170.

⁴⁵⁸ Ver: ANDRADE, Mauro Fonseca. O sistema acusatório proposto no projeto de novo *códex* penal adjetivo. **Revista de Informação Legislativa**. Edição Especial Reforma do Código de Processo Penal. Ano 46, n. 183, jul./set. 2009.

⁴⁵⁹ *Idem*. **Sistemas...** *op. cit.*, p. 403.

⁴⁶⁰ Ver: ETXERBERRÍA GURIDI, José Francisco. La prueba de adn en el futuro proceso penal español. *In*: GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis (coord.). **La Prueba de ADN en el proceso penal**. Valencia: Tirant Lo Blanch. 2014; PÉREZ ESTRADA, M. Josune. El uso de algoritmos en el proceso penal y el derecho a um proceso con todas las garantías. *In*: **Claves de La Justicia Penal: Feminización, Inteligência Artificial, Supranacionalidade y Seguridad**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019; SOARES, Gustavo Torres. **Investigação criminal e inovações tecnológicas**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017; PERRON, Walter. El adn y el proceso penal en alemania. *In*: GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis (coord.). **La Prueba de ADN en el proceso penal**. Valencia: Tirant Lo Blanch. 2014; GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. Los retos del proceso penal ante las nuevas pruebas que requieren tecnología avanzada: el análisis de ADN. *In*: GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis (coord.). **La Prueba de ADN en el proceso penal**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014.

⁴⁶¹ Na Espanha, BACHMAIER WINTER, Lorena. Spain: the constitutional court's move from categorical exclusion to limited balancing. *In*: ARMENTA DEU, Teresa. **La prueba ilícita (un estudio comparado)**. Madrid: Marcial Pons, 2008; nos Estados Unidos, KAPLAN, John. The limits of the exclusionary rule. **Stanford Law Review**, 1974, v. 26, n. 5. p. 1027-1055. Na Alemanha, GLESS, Sabine. Germany: balancing truth against protected interests. *In*: THAMAN, Stephen C. (ed.). **Exclusionary rules in comparative law**. Spring, 2013; AMBOS, Kai. **Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán – fundamentación teórica y sistematización** en *Polít. Crim.* n. 7. 2009. AI-7. p. 1-51. Nos Estados Unidos, POUCHAIN RIBEIRO, Pedro Melo. **La Regla de Exclusión de La Prueba Ilícita: un estudio comparado desde su origen em EE.UU** [livro eletrônico]. 1. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020; REYES ALVARADO, Yesid. Prohibiciones de Prueba em Los sistemas de tendência inquisitiva y adversarial. *In*: AMBOS, Kai. **Fundamentos de Derecho Probatorio en Material Penal**. Madrid: Tirant Lo Blanch, 2019.

⁴⁶² PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. Libertad probatoria y reserva de ley: “autodeterminación informacional” como derecho fundamental del imputado. *In*: AMBOS, Kai. **Fundamentos de Derecho Probatorio en Material Penal**. Madrid: Tirant Lo Blanch, 2019.

⁴⁶³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013; KUNERT, Karl H. Some observations on the origin and structure of evidence rules under the common law system and the civil law system of ‘free proof’ in the German Code of Criminal Procedure. **Buffalo Law Review**, 1966, v. 16, p. 122-164; FERRÉR BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid, Marcial Pons, 2007.

⁴⁶⁴ LANGER, Máximo. The long shadow of the adversarial and inquisitorial categories. **The Oxford Handbook of Criminal Law**. Markus D. Dubber and Tatjana Höernle (ed.). Oxford: Oxford University Press, 2014. ECLA School of Law Research Paper. p. 46. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2360617>. Acesso em:

E em se tratando o problema da verdade como um dos pilares na divisão dicotômica idealizada entre sistemas processuais, e visto como essa distorção afeta direta e indiretamente as reformas processuais em matéria probatória, nas páginas seguintes serão propostos argumentos que visem à manutenção da verdade no processo penal em uma concepção compatível com a ideia de processo justo em que se priorize o contraditório, por meio do qual se legitima o exercício do poder estatal na função de controle social.

2.2 POR UMA CONCEPÇÃO DISCURSIVA DE VERDADE

2.2.1 Processo justo como legitimação do controle social

Sarmiento e Souza Neto vão dizer que a prioridade de um constitucionalismo democrático deve residir no valor intrínseco da pessoa humana, concebido não como uma razão desencarnada, mas como um ser concreto, inserido numa comunidade, com necessidades materiais, carências e fragilidades, superando-se a perspectiva de um Estado adversário dos direitos humanos em favor do responsável pela promoção e defesa dos direitos fundamentais diante dos inerentes perigos da própria sociedade⁴⁶⁵.

O reconhecimento do valor intrínseco do indivíduo como pessoa livre para desenvolver sua personalidade conduz a um direito geral de liberdade⁴⁶⁶, permitindo-lhe fazer ou deixar de fazer o que quiser, enquanto norma permissiva, bem como norma de direito, sendo-lhe dado o direito de, em face do Estado, não ser embaraçado nas suas ações ou abstenções, salvo havendo alguma restrição⁴⁶⁷. Não implica, portanto, um discurso de legitimação de individualismo exacerbado⁴⁶⁸, já que enquanto indivíduo inserido em uma comunidade está sujeito a deveres cívicos essenciais para viabilizar a vida nessa comunidade⁴⁶⁹, decorrentes de normas sociais que:

[...] não apenas “configuram” a sociedade, permitindo compreender o modo em que essa sociedade se faz visível e se diferencia das outras que se regem por normas distintas; mas também, em outra dimensão, “configuram” as pessoas que vivem nessa sociedade e a ela pertencem. E se é certo que essas normas são tão importantes para a configuração e sobrevivência da sociedade, é lógico esperar que as sociedades cuidem e protejam esse bem tão precioso⁴⁷⁰.

⁴⁶⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e método de trabalho**. 2. ed. 3. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 239; BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 96; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 402; PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistemas de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 17; MORAES, Maurício Zanóide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 233.

⁴⁶⁶ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetória e metodologia**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 161; ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 3. reimp. Malheiros: São Paulo, 2014. p. 341-391.

⁴⁶⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Malheiros: São Paulo, 2014. p. 343.

⁴⁶⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e método de trabalho**. 2. ed. 3. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 239.

⁴⁶⁹ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetória e metodologia**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 124.

⁴⁷⁰ HASSEMER, Winfried. **¿Por qué castigar? Razones por las que merece la pena la pena**. Tirant lo Blanch: Valencia. 2016. p. 30. No original “Las normas vigentes en la sociedad, las normas sociales, no sólo «configuran» la sociedad, permitiendo comprender el modo en que esa sociedad se hace visible y se diferencia

A manutenção dessa sociedade vai depender, entretanto, da possibilidade de recorrer-se a uma força capaz de dirimir os inerentes conflitos e reprimir violações⁴⁷¹, de onde extrai-se a ideia de controle social, exercido pelos diversos sistemas – educativo, religioso, dentre outros, além, obviamente, do jurídico –, permitindo aos indivíduos a ele submetidos conhecer as regras e princípios estabelecidos e sancionando sua infração⁴⁷².

Traduz-se o direito, nesse sentido, em uma ferramenta estatal indisponível para o cumprimento de sua função primordial de organizar e manter viva uma determinada sociedade em uma convivência pacífica⁴⁷³, em uma estreita vinculação com o princípio da legalidade, que, ao mesmo tempo que garante, regula a liberdade do indivíduo⁴⁷⁴. Dentro do subsistema jurídico, o controle das condutas que mais gravemente afetem o desenvolvimento do indivíduo no meio social é exercido pelo Direito Penal⁴⁷⁵. Segundo Busato:

Para manter tal controle social, o Estado atua manejando normas, dentre as quais se situam as normas penais. [...] O Estado firma um postulado de intervenção com o Direito penal para destacar que as situações delitivas estão, ou devem estar, sob sua intervenção. Com tal atitude, o Estado impede, por um lado, que as relações sociais se conduzam mediante agressões intoleráveis contra bens jurídicos fundamentais para o desenvolvimento dos indivíduos componentes dessa mesma sociedade; e, por outro, que a própria vítima do delito reaja de modo particular e descontrolado em sua busca pessoal de satisfação do interesse lesionado⁴⁷⁶.

de otras sociedades que se rigen por normas distintas; sino también, en otra dimensión, «configuran» las personas que viven esa sociedad y pertenecen a ella. Y si es cierto que esas normas son tan importantes para la configuración y la supervivencia de la sociedad, es lógico esperar que las sociedades cuiden y protejan ese bien tan preciado. [...] El control social da a conocer, a través de diversos medios, sus normas, muestra su racionalidad y utilidad para todos, y sanciona su infracción.”

⁴⁷¹ COSTA, Pietro. **O estado de direito: história, teoria, crítica**. COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (org.); SANTORO, Emilio (colab.). São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 114.

⁴⁷² HASSEMER, Winfried. **¿Por qué castigar?** Razones por las que merece la pena la pena. Tirant lo Blanch: Valencia, 2016. p. 30; BUSATO, Paulo César. **Fundamentos...** *op. cit.*, p. 64-65. Para novas instâncias de controle social, ver: ANGÉL BELMONTE, Miguel *et al.* **Posmodernidad y control social**. Barcelona: Tirant Humanidades, 2021.

⁴⁷³ ALCHOURRÓN, Carlos E. **Sobre derecho y lógica**. Edição digital a partir de Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho. n. 13, oct. 2000. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel Cervantes, 2005. p. 12. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmck3q9>. Acesso em: 25 maio 2021; BUSATO, Paulo César. **Fundamentos...** *op. cit.*, p. 272; WOLTER, Jürgen. **O inviolável e o intocável no direito processual penal: reflexões sobre a dignidade da pessoa humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal**. GRECO, Luis (org.). São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 201; FERRÉR BELTRÁN, Jordi. **Prova e verdade no direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 24.

⁴⁷⁴ No Direito Penal, seria a pedra angular de limitação do poder punitivo. BUSATO, Paulo. **Fundamentos...** *op. cit.*, p. 147.

⁴⁷⁵ MUNOZ CONDE, Francisco. **El derecho penal en tiempos de cólera**. En Un Derecho Penal Comprometido. Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Diaz. Tirant Lo Blanch, 2011. p. 851.

⁴⁷⁶ BUSATO, Paulo César. **Fundamentos...** *op. cit.*, p. 272.

Para que o controle social se estabeleça, além da norma, dois outros níveis são exigidos, vale dizer, sanções e o processo, em qualquer mecanismo de controle social, como escola, religião, família⁴⁷⁷. A diferença é que, enquanto nos mecanismos informais de controle os três elementos citados – norma, processo e sanções – são debilmente formalizados, o Direito Penal, por ser instrumento de preservação dos interesses elementares de cada indivíduo⁴⁷⁸, necessita justificar-se a partir de métodos racionais, fazendo-se o mais transparente, previsível e controlável possível⁴⁷⁹. Trata-se de limitação de seu poder por meio de garantias e direitos de todos aqueles que possam estar sujeitos às sanções ou sentir-se ameaçados pelas agressões que devam ser controladas e sancionadas pelo Direito Penal, é dizer:

[...] os suspeitos, os acusados, as vítimas, os condenados, seus parentes e em última instância todos nós que contemplamos o Direito Penal e a Administração da Justiça, vivemos com ela, a valoramos e estamos interessado em que o controle do delito seja um controle eficaz, justo e considerado⁴⁸⁰.

Os direitos e garantias fundamentais erguem-se como primeira barreira de legitimação do exercício da atividade punitiva estatal e conseqüentemente da própria função jurisdicional⁴⁸¹. Não fossem essas características do processo, correr-se-ia o risco de aplicação de uma sanção penal inadequada enquanto instrumento de realização de controle social do

⁴⁷⁷ HASSEMER, Winfried. **¿Por qué castigar?** Razones por las que merece la pena la pena. Tirant lo Blanch: Valencia, 2016. p. 31; 36; BUSATO, Paulo César. **Fundamentos...** *op. cit.*, p. 68.

⁴⁷⁸ BUSATO, Paulo César. **Fundamentos...** *op. cit.*, p. 270.

⁴⁷⁹ HASSEMER, *op. cit.*, p. 103; BUSATO, Paulo César. **Fundamentos...** *op. cit.*, p. 68; 144; MUNOZ CONDE, Francisco. **El derecho penal en tiempos de cólera**. En Um Derecho Penal Comprometido. Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Diaz. Tirant Lo Blanch, 2011. p. 853.

⁴⁸⁰ HASSEMER, *op. cit.*, p. 103. No mesmo sentido, SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana: notas em torno da discussão sobre o seu caráter absoluto ou relativo na ordem jurídico-constitucional. In: ALEXY, Robert *et al.* (org). **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**. Florianópolis: Qualis, 2015. p. 100.

⁴⁸¹ ANDRÉZ IBÁÑEZ, Perfecto. **Prueba y convicción judicial en el proceso penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2009. p. 188-189. Assim também, BADARÓ, Gustavo. **Processo penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 389; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia Judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 18; BUSATO, Paulo César. **Fundamentos...** *op. cit.*, p. 69; VIVÉS ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos del Sistema Penal**. *op. cit.*, p. 691-692; GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **As nulidades do processo penal**. 11. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 22; PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistemas de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 16-17; MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 234.

intolerável⁴⁸², levando a um círculo vicioso de violência, afetando em última instância a própria paz social⁴⁸³. Pelas claras palavras, reproduz-se Zanoide:

[...] se, no instante de sua efetivação, tendo em vista a gravidade do crime irrogado ou as características do imputado, os poderes públicos agem fora e aquém daquele catálogo de direitos essenciais, deslegitimam-se exatamente no único momento de provarem que cumprem as normas fundamentais por eles próprios assumidas e estabelecidas. Ao descumprirem-nas, perdem a legitimidade de exigir dos cidadãos que cumpram outras normas da mesma natureza [...]. Surgiriam dois violadores, um certo e um outro ainda sujeito à verificação: este último, o agente do ilícito, suspeito a ser submetido a julgamento; e o violador certo passaria a ser o Estado, por meio de seus agentes públicos (persecutórios e judiciários). A prevalecer essas violações de ambas as partes não há paz, porquanto não haverá direitos fundamentais, Constituição, Estado de Direito e, por fim, respeito à dignidade da pessoa humana. Não haverá cidadãos, porquanto não haverá mais homens; viveríamos todos em estado de barbárie⁴⁸⁴.

Da ampla liberdade do indivíduo para desenvolver sua personalidade no meio social é que decorre o princípio da presunção de inocência, elemento-chave no processo de justificação do poder punitivo por meio do processo penal⁴⁸⁵, constituindo o *núcleo duro* dessa garantia o fato de o imputado ser tido por inocente pela prática de um fato criminoso enquanto sua culpabilidade não houver sido provada além de toda dúvida razoável⁴⁸⁶. Há, portanto, uma estreita vinculação da garantia à presunção de inocência com um processo justo, ou, como diz Vivés Antón, “duas perspectivas de análise de um único quadro valorativo, duas manifestações diretas das demandas decorrentes da dignidade humana em processo penal”, em que a violação a um importa necessariamente na violação ao outro⁴⁸⁷.

⁴⁸² Sobre os problemas decorrentes das concepções sobre os “fins” da pena atrelados aos *efeitos* que a pena provoca, e não, como sustenta Busato, atrelado à razão pela qual se pune (BUSATO, Paulo César. **Fundamentos...** *op. cit.*, p. 270-273).

⁴⁸³ HASSEMER, *op. cit.*, p. 37. No mesmo sentido, GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. *op. cit.*, p. 412-416, com ampla citação em p. 413.

⁴⁸⁴ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. n.r. 184, p. 237.

⁴⁸⁵ TAVARES, Juez. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 82-83; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia Judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 63; LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2014. Apple Books. p. 332.

⁴⁸⁶ VIVÉS ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos del Sistema Penal**. *op. cit.*, p. 881.

⁴⁸⁷ *Ibidem*, p. 889-890. No original, “el derecho a la presunción de inocencia y el derecho a un proceso justo no son sino dos perspectivas de análisis de un único entramado valorativo, dos manifestaciones directas de las exigencias dimanantes de la dignidade humana en el proceso penal, que sólo pueden tomarse en consideración separadamente para ser vistas inmediatamente después estrechamente unidas. Así, una vulneración del derecho a la presunción de inocencia comporta otra del proceso justo; y, a la inversa, cualquier vulneración del proceso justo, si determina una sentencia condenatoria, vulnera de algún modo la presunción de inocencia.”. Assim também, MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro**: análise de

A aplicação de uma sanção adequada, portanto, depende de um processo em que sejam respeitados os direitos e garantias individuais⁴⁸⁸, não descurando dos interesses de persecução e segurança⁴⁸⁹, impondo-se a aplicação de métodos que operem a correta ponderação entre os diversos valores constitucionais envolvidos, coordenando e integrando, num sistema coerente e racional, todas as garantias associadas ao exercício da função jurisdicional⁴⁹⁰, cujo ponto máximo da legitimação restará exposto na decisão judicial⁴⁹¹, fundada em um saber consistente, bem adquirido e baseado nas provas legitimamente produzidas⁴⁹². Diz Ferrajoli:

É por força da motivação que as decisões judiciárias resultam apoiadas; e, portanto, legitimadas, por asserções, enquanto tais verificáveis e falsificáveis ainda que de forma aproximada; que a “validade” das sentenças resulta condicionada à “verdade”, ainda que relativa, de seus argumentos; que, por fim, o poder jurisdicional não é o “poder” desumano⁴⁹³.

Exerce, então, o direito à prova papel fundamental no exercício de legitimação da jurisdição⁴⁹⁴, prestando-se como peça de argumentação no diálogo judicial, elemento de convencimento do Estado-jurisdição acerca das hipóteses postas em discussão⁴⁹⁵. Trata-se de garantia há muito consagrada em tratados internacionais, como no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos de 1966 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969

sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 239; 358-359.

⁴⁸⁸ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 14.

⁴⁸⁹ WOLTER, Jürgen. *op. cit.*, p. 202; BACHMAIER WINTER, Lorena. Sistemas procesales: la hora de superar la dicotomía acusatorio-inquisitivo. **Ius Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.**, n. 24. 2009, p. 198.

⁴⁹⁰ SILVA, Sandra Oliveira e. **O arguido como meio...** *op. cit.*, n.r. 435, p. 211.

⁴⁹¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação da decisão como legitimação do Estado de Direito. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**. Curitiba. Dez. 1979. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/8836>. Acesso em: 15 jun. 2021. p. 288; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 108 e ss; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia Judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 267; LIMA, Renato Brasileiro de. **Pacote Anticrime: Comentários à Lei nº 13.964/19 – Artigo por artigo**. Salvador. Juspodivm, 2020, p. 323.

⁴⁹² IBÁÑEZ, Andrés Perfecto. Garantismo y Proceso Penal. **Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada**, Granada. n. 2. 1999. p. 59; BADARÓ, Gustavo. A valoração probatória da colaboração premiada. In: QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (coord.). **Altos Estudos Sobre a Prova no Processo Penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2020. p. 651.

⁴⁹³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 573.

⁴⁹⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 134; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia Judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 40.

⁴⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 63.

(Pacto de São José da Costa Rica), ambos incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro⁴⁹⁶, mas que por longo período atraiu a atenção dos juristas e teóricos do direito a temas como distinções relativas ao termo *prova* ou quanto aos sistemas de valoração da prova, sem aprofundamentos quanto à análise dos fatos a serem provados⁴⁹⁷. Segundo Dei Vecchi:

Possivelmente as razões desta marginalização devam ser buscadas em certas concepções do processo judicial entendido como um procedimento ao qual são indiferentes em um de dois aspectos: assim, ou é concebido como um procedimento ao qual tanto a verdade dos enunciados de fato são indiferentes quanto a sua justificativa; ou então, é entendido como um procedimento que, embora a verdade de tais enunciados não seja indiferente, não se deve preocupar com sua justificativa especialmente por se tratar de uma questão externa, não relacionada e, em todo caso, já resolvida no momento da decisão⁴⁹⁸.

A apuração dos fatos, diz Zanoide, é o que justifica a razão essencial do processo penal como um instrumento de obtenção de certeza estatal quanto à necessidade de eventualmente aplicar, ou não, uma sanção penal⁴⁹⁹, impondo-se assim uma “redobrada atenção” à análise dos fatos sobre os quais se enunciam no processo⁵⁰⁰. A busca pelo “acertamento dos fatos” vem sendo reconhecida pelas cortes supranacionais de Direitos Humanos como um dos elementos disponíveis do órgão julgador para proferir um julgamento justo e devidamente fundamentado⁵⁰¹, consistindo em uma das *obrigações processuais penais positivas* impostas aos Estados Partes:

⁴⁹⁶ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 82; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia Judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 43.

⁴⁹⁷ ANDRÉZ IBÁÑEZ, Perfecto. **Sobre prueba y proceso penal**. Discusiones: Prueba y Conocimiento. n. 3. pp. 55-66. 2003. p. 56. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcb2896>. Acesso em: 28 jun. 2021; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia Judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 83. Sobre esse problema no estudo do raciocínio judicial, TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**. *op. cit.*, p. 230.

⁴⁹⁸ DEI VECCHI, Diego. La prueba judicial como conocimiento: una caracterización poco persuasiva. *In*: BELTRÁN, Jordi Ferrer; VÁZQUEZ, Carmen (coord.). **Debatiendo com Taruffo**. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 273-274. No original: “Posiblemente las razones de esa marginalización hayan de buscarse em ciertas concepciones del processo judicial entendido como procedimiento al que le son indiferentes en uno de dos aspectos: así, o bien se le concibe como procedimiento al que le son indiferentes tanto la verdad de los enunciados fácticos cuanto su justificación; o bien se le entiende como procedimiento al que, aunque no siéndole indiferente la verdad de tales enunciados, su justificación no há de preocuparle especialmente dado que se trataría de una cuestión externa, ajena, y em todo caso ya resuelta al momento de la decisión”. No mesmo sentido, BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia Judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 84.

⁴⁹⁹ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 235; 358-360; ARENHART, Sérgio Cruz. Ainda sobre a verdade no processo. *In*: QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (coord.). **Altos Estudos Sobre a Prova no Processo Penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2020. p. 26.

⁵⁰⁰ ARENHART, *op. cit.*, p. 24.

⁵⁰¹ FISCHER, Douglas. A cadeia de custódia das provas na lei 13.964/2019, as obrigações processuais penais positivas e as nulidades do processo penal. *In*: SOUZA, Renee do Ó (org.). **Lei Anticrime: comentários à Lei**

[...] de conduzir o procedimento investigativo eficiente e processo penal apto a buscar o acerto dos fatos ilícitos e a punição dos eventuais responsáveis, sob pena de violação concreta dos dispositivos das convenções regionais de direitos humanos que estipulam a salvaguarda dos direitos fundamentais envolvidos nas práticas ilícitas⁵⁰².

Como pressuposto da prova sobre os fatos, encontra-se a questão da verdade⁵⁰³, discussão que contemporaneamente reside no aprofundamento filosófico de algumas constatações triviais sobre o uso cotidiano da linguagem, a exemplo de quando é proferido um enunciado sobre um fato qualquer, não havendo necessariamente a pretensão de constatá-lo, mas de comunicar algo a um interlocutor:

Ocorre que o processo para se alcançar tal acordo – como já ficou sugerido – nem sempre é linear. Nosso interlocutor pode muito bem rejeitar nosso enunciado. E isso por dois motivos: ele pode alegar que as coisas não são ou acontecem tal como o enunciado diz serem ou acontecerem, ou ele pode rejeitar as razões pelas quais afirmamos o que afirmamos. Neste caso, devemos ou bem aceitar os argumentos de nosso interlocutor ou bem explicitar as razões que temos para sustentá-lo, lançando mão de justificações e critérios, sejam eles linguísticos ou não⁵⁰⁴.

No processo penal, se é possível ou não falar de verdade, a discussão necessariamente deve tomar como base a noção contemporânea de legitimação do exercício do poder punitivo por meio de um processo em que sejam respeitados os direitos e garantias de todos aqueles envolvidos direta ou indiretamente, mediante a melhor apuração dos fatos sob os quais o juiz irá fazer incidir a norma penal aplicável por meio de uma decisão em que se ofereça uma motivação analítica e completa, bem como racionalmente estruturada⁵⁰⁵.

13.964/2019. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. p. 43; no mesmo sentido, ANDRADE, Mauro Fonseca. **Juiz das Garantias**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2020. p. 137.

⁵⁰² FISCHER; PEREIRA, *op. cit.*, p. 69.

⁵⁰³ ARENHART, *op. cit.*, p. 30.

⁵⁰⁴ SEGATTO, Antonio Ianni. A antinomia da verdade: Putnam, Rorty e Habermas. **Cognitio**, São Paulo. v. 10, n. 1, jan./jun. 2009, p. 119.

⁵⁰⁵ TARUFFO, Michele. **A prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 208. No mesmo sentido, GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 119 e ss; FISCHER; PEREIRA, *op. cit.*, p. 75.

2.2.2 O problema da verdade

Foi visto que é por meio da ideia de vinculação do juiz aos fatos que decorre a questão do vínculo do processo com a verdade⁵⁰⁶, uma relação até certo ponto intuitiva para todo aquele que se deparar com o papel que a prova desempenha no âmbito do processo⁵⁰⁷. Hassemer, inclusive, dizia que a busca da verdade nada mais era do que preocupar-se o jurista penal com os métodos para encontrá-la⁵⁰⁸.

A questão, entretanto, é anterior⁵⁰⁹, advindo o *problema da verdade* da multiplicidade de definições e conceitos sobre o mesmo tema pelas mais variadas teorias filosóficas, levando a debates infundáveis⁵¹⁰, seja quanto ao significado do predicado *ser verdadeiro*, o que devemos fazer para estar de acordo acerca do que consideramos *verdadeiro*, seja por questões epistemológicas, a exemplo de quando podemos afirmar que algo *é verdadeiro*, como *distinguir verdadeiro de falso*, até mesmo a questionarmos *o que é a verdade*⁵¹¹.

Juan A. Nicolás e Maria J. Frápolli classificaram as principais teorias do século XX acerca da verdade no seguinte formato⁵¹²: [a] *teorias da correspondência*, divididas em *semânticas* (Alfred Tarski; E. Tugendhat; P. Hinst; H. Putnam; W.V.O. Quine; S. Kripke; D. Davidson) e *não semânticas* (John Austin; Bernard Russel; 1º Wittgenstein; R. Carnap; K. Marx; A. Schaff e M. Horkheimer); [b] *teorias pró-oracionais* (A. Ramsey; P.F. Strawson, D. Grover e C.J.F. Williams); [c] *teorias fenomenológicas* (E. Husserl; F. Brentano; J. Ortega e Gasset, P. Ricoeur; X. Zubiri); [d] *teorias hermenêutico-ontológica* (M. Heidegger, K. Jaspers, H.G. Gadamer, Michael Foucault, J. Simon); [e] *teorias coerentistas* (O. Neurath e C. Hempel, N. Rescher, L.B. Puntel); [f] *teorias pragmáticas* (W. James, Ch. S. Pierce, S. Haack, R. Rorty,

⁵⁰⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. **La búsqueda de la verdad en el proceso penal**. 3. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2007. p. 42.

⁵⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**: de acordo com o CPC de 2015. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 29; TARUFFO, Michele. **Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos**. Cuadernos de Divulgación de La justicia Electoral. n. 20. Mexico: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2013. p. 13.

⁵⁰⁸ HASSEMER, Winfried. **¿Por qué castigar?** Razones por las que merece la pena la pena. Tirant lo Blanch: Valencia, 2016. p. 41.

⁵⁰⁹ Em realidade, muito anterior, considerando que o “angustiante trajeto” vem sendo percorrido há mais de 2500 anos, conforme bem apontado por GUIMARÃES, *op. cit.*, p. 9.

⁵¹⁰ SIMÕES, Eduardo. **Wittgenstein e o problema da verdade**. Belo Horizonte, MG: Argvmentvm, 2008.

⁵¹¹ NICOLÁS, Juan A.; FRÁPOLLI, Maria J. **Teorías actuales de la Verdad** en Diálogos Filosóficos. n. 38. maio/ago. 1998, p. 149; SIMÕES, Eduardo. **Wittgenstein e o problema da verdade**. Belo Horizonte, MG: Argvmentvm, 2008. p. 24.

⁵¹² Sabedores das dificuldades, e controvérsias, em reunir determinadas teorias em grupos, definiram como critérios a “definição do conceito, determinação do critério de verdade, distinção dos tipos de verdade e fixação do lugar sistemático e da teoria no marco do saber e da ação”. NICOLÁS, Juan A.; FRÁPOLLI, Maria J. **Teorías actuales de la Verdad**. *op. cit.*, p. 151-152. Para outra classificação, ver: SIMÕES, Eduardo. **Wittgenstein e o problema da verdade**. Belo Horizonte, MG: Argvmentvm, 2008. p. 23 e ss.

I. Ellacuría); e [g] *teorias intersubjetivas* (Karl-Oto Apel; Jürgen Habermas; Karl. Lorenz, P. Lorenzen, W. Kamlah)⁵¹³.

Ao explicar a adoção dos critérios de classificação, os autores deixam claro a inevitável imbricação entre ideias, a exemplo das de Habermas e Pierce⁵¹⁴, bem como a possibilidade de determinada teoria ser incluída em outra categoria, considerando-se a influência sofrida por diversas correntes filosóficas, como a de Karl-Oto Apel, que seria “simultaneamente uma teoria pragmática, uma teoria intersubjetiva, uma teoria hermenêutica, uma teoria transcendental e inclusive uma teoria linguística”⁵¹⁵.

No âmbito do processo, e especificamente no processo penal, ainda que a ideia de que o conhecimento se dê por meio da descoberta da realidade esteja superada na filosofia⁵¹⁶, ainda é frequente, como visto em capítulo anterior⁵¹⁷, a associação ao conhecimento que se busca no processo a uma maior ou menor concordância com a realidade sensível, sustentando-se em uma desenfreada busca pela verdade como objetivo principal.

Por vezes, ao trazer à doutrina processual os debates travados na filosofia e na epistemologia, o problema da verdade dos fatos no processo acaba por ser nada mais do que uma variante específica do problema mais geral da verdade naqueles campos⁵¹⁸, gerando confusões linguísticas⁵¹⁹, como se vê nos diversos conceitos – por vezes imprecisos – como *verdade processual*, *verdade relativa*, *verdade aproximada*, *verdade material/verdade formal*, *verdade jurídica/verdade fática*, dentre outros⁵²⁰.

⁵¹³ NICOLÁS, Juan A.; FRÁPOLLI, Maria J. **Teorías actuales de la Verdad**. *op. cit.*, p. 154-155.

⁵¹⁴ *Idem*, p. 154.

⁵¹⁵ NICOLÁS, Juan A.; FRÁPOLLI, Maria J. **Teorías actuales de la Verdad**. *op. cit.*, p. 154. Para um organograma com as influências diretas e indiretas entre as mais diversas teorias da verdade, ver: HAACK, Susan. **Filosofia das lógicas**. São Paulo: Editora UNESP, 2002. p. 128.

⁵¹⁶ Como aponta ARENHART, Sérgio Cruz. Ainda sobre a verdade no processo. In: QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (coord.). **Altos Estudos Sobre a Prova no Processo Penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2020. p. 36.

⁵¹⁷ Item 2.1.2.

⁵¹⁸ TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2011. p. 25.

⁵¹⁹ HACKER, P. M. S. **Wittgenstein**: sobre a natureza humana. São Paulo: Editora UNESP, 2000. p. 13.

⁵²⁰ FIGUEIREDO DIAS, Jorge. **Direito processual penal**. Clássicos Jurídicos. Reimp. 1. Imp. 1974. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 187; GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **As nulidades do processo penal**. 11. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 123; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. v. 1. 34. ed. rev. e de acordo com a lei 12.403/2011. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 58-61; NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 12. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 81-83. Criticando a dicotomia *verdade jurídica/verdade fática* de Ferrajoli, VIVÉS ANTÓN, Tomás S. Ferrajoli y Después: una reflexión sobre los fundamentos de la teoría del derecho. **Teor a & Derecho**: Revista de Pensamiento Jurídico. Valencia: Tirant Lo Blanch, n. 13, 2013. p. 286. Criticando o uso retórico da *verdade material* com ampla citação, GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. *op. cit.*, nota de rodapé 9, p. 4-5. Também com críticas aos conceitos, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**: de acordo com o CPC de 2015. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 47; TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 107; FERRÉR BELTRÁN, Jordi. **Prova e verdade no direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 28; 34.

Por óbvio, não serão abordadas todas as implicações decorrentes das diversas teorias da verdade, mas, se não as mais importantes, aquelas que expressem o uso da verdade em contextos diversos com o mesmo significado, de maneira a permitir uma aproximação das ideias de Michele Taruffo e Jürgen Habermas tomando Jordi Ferrer Beltrán como ponte com vistas a uma concepção do termo adequado a um processo penal respeitoso com as liberdades e direitos fundamentais dos cidadãos⁵²¹.

2.2.3 Usos da verdade. Aproximando Habermas a Taruffo

De início, acerca dos *portadores da verdade*, tema que envolve definir qual entidade linguística (enunciados, sentenças e proposições) pode ser considerada como verdadeira⁵²², Haack faz um alerta de que a discussão é frequentemente confusa por conta da pouca uniformidade do uso dos termos “sentenças”, “enunciados” e “proposições”⁵²³, sendo que a qualquer um dos referidos objetos podem ser atribuídos valores de verdadeiro/falso, a depender de como o compreendemos e da forma como compreendemos a própria verdade⁵²⁴.

Para o objetivo da pesquisa, usaremos as expressões dadas por Habermas, que, perguntando-se sobre o que podemos dizer que é verdadeiro ou falso, responde que os candidatos mais promissores são as orações (*Sätze*), emissões (*Äusserungen*) e enunciados (*Aussagen*)⁵²⁵, baseando-se na Teoria dos Atos de Fala⁵²⁶, elaborada inicialmente por John Austin e desenvolvida posteriormente por John Searle⁵²⁷.

⁵²¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. **La búsqueda de la verdad en el proceso penal**. 3. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2007. p. 118-119.

⁵²² Em outros termos, qual dessas entidades linguísticas possuiria a verdade como propriedade. Ver: DUTRA, Luiz Henrique de Araújo. **Filosofia da linguagem**: introdução crítica à semântica filosófica. 2. ed. rev. Florianópolis: Ed. da UFSC. 2017. p. 45; HABERMAS, Jürgen. **Teorías de la verdad** (1973) en *Teorías contemporáneas de la verdad*. NICOLÁS, Juan A.; FRÁPOLLI, Maria J. (ed.). Madrid: Tecnos, 2012. p. 627.

⁵²³ HAACK, Susan. **Filosofia das lógicas**. São Paulo: Editora UNESP, 2002. p. 114. No mesmo sentido DUTRA, Luiz Henrique de Araújo. **Filosofia da linguagem**: introdução crítica à semântica filosófica. 2. ed. rev. Florianópolis: Ed. da UFSC. 2017. p. 46. A divergência já se evidencia quando Haack divide o termo sentença em *tipos de sentença* e *ocorrência de sentença*, havendo debates sobre os critérios de semelhança nos *tipos*. Já a *ocorrência* seria um objeto físico, uma série de marcas sobre o papel ou de ondas sonoras. Quando trata de enunciado, entende como o conteúdo do que é escrito ou proferido, em detrimento do evento do proferimento ou da inscrição da sentença. Já por proposição, entende o que é comum a um conjunto de sentenças declarativas sinônimas, ou seja, quando tiverem um mesmo significado. Ver: HAACK, Susan. **Filosofia das Lógicas**. *op. cit.*, p. 115-116.

⁵²⁴ DUTRA, Luiz Henrique de Araújo. **Filosofia da Linguagem**. *op. cit.*, p. 46.

⁵²⁵ HABERMAS, Jürgen. **Teorías de la verdad** (1973). *op. cit.*, p. 627.

⁵²⁶ *Idem*. **Teoria do Agir Comunicativo, 1**: racionalidade da ação e racionalização social. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. p. 500; ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria da argumentação jurídica racional como teoria da fundamentação jurídica. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 108.

⁵²⁷ AUSTIN, John L. **How to do things with words**. Oxford: Oxford University Press, 1962; SEARLE, John R. **Expression and Meaning**: studies in the theory of speech acts. Cambridge: Cambridge University Press, 1979.

Segundo clássica distinção de Austin, distinguem-se atos de fala em três categorias, sendo a primeira delas os atos elocutórios, que consistem *no ato do falante dizer algo*, como proferir as palavras “feche a porta!”. A segunda categoria seriam os denominados atos ilocutórios, tratando-se estes *do que o falante faz ao dizer algo*; no exemplo acima, o falante dá uma ordem ao interlocutor. Por fim, atos perlocutórios, ou seja, o *efeito/sentimento/pensamentos* que o falante espera que seja gerado no ouvinte; ainda no exemplo dado, que o ouvinte obedeça à ordem dada pelo falante, fechando a porta⁵²⁸.

No que tange à segunda categoria, Austin ordenou os atos ilocutórios, distinguindo-os em *veridictives, exercitives, commissives, behabitives e expositives*⁵²⁹. John Searle, entretanto, com exceção das ações de fala *commissives*, entendeu que as demais não teriam sido definidas de maneira satisfatória, levando o autor a dar-lhes uma conformação mais rigorosa⁵³⁰, listada por Habermas como *constatativas, comissivas, diretivas, declarativas e expressivas*⁵³¹.

Revisitando a classificação searleana, Habermas divide os atos ilocutórios em *imperativos, constatativos, reguladores, expressivos, comunicativos e operativos*⁵³² e considera que apenas os atos de fala *constatativos* poderiam ser tratados como verdadeiros ou falsos, pois por meio destes “o falante refere-se a algo no mundo, e de tal maneira que apenas pretende dar a conhecer um estado de coisas”⁵³³.

Voltando aos portadores da verdade, Habermas nega o caráter de verdade às orações, pois ainda que proferidas em línguas diversas, podem refletir o mesmo estado de coisas, ao passo que as mesmas orações podem refletir estados de coisas diversos quando proferidas em contextos diferentes de fala⁵³⁴.

Também rechaça valor de verdade à *afirmação* acerca de um estado de coisas, pois a verdade exige invariabilidade, e a afirmação possui caráter episódico⁵³⁵. Se diferentes pessoas fazem afirmações diversas, em momentos diversos, sobre um determinado estado de coisas, é o *enunciado* referido, a proposição, que podemos chamar de verdadeiro. Aderindo a Strawson,

⁵²⁸ AUSTIN, *op. cit.*, p. 147 e ss; DUTRA, *op. cit.*, p. 23; ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria da argumentação jurídica racional como teoria da fundamentação jurídica**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 63.

⁵²⁹ AUSTIN, *op. cit.*, p. 150; HABERMAS, Jürgen. **Teoria do Agir Comunicativo**, 1. *op. cit.*, p. 551.

⁵³⁰ SEARLE, John R. **Expression and Meaning: studies in the theory of speech acts**. Cambridge: Cambridge University Press, 1979. p. viii; HABERMAS, Jürgen. **Teoria do Agir Comunicativo**, 1. *op. cit.*, p. 553.

⁵³¹ Decidiu-se manter o termo *constatativa* como traduzido por Habermas. No entanto, considerando que no original Searle diz que “*we tell people how things are (assertives)...*” (SEARLE, *op. cit.*, p. viii), há obras que traduzem o termo como *assertivo*, como se vê em DUTRA, Luiz Henrique de Araújo. **Filosofia da Linguagem...** *op. cit.*, p. 23; TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**. *op. cit.*, p. 68.

⁵³² *Ibidem*, p. 561-562.

⁵³³ HABERMAS, Jürgen. **Teoria do Agir Comunicativo**, 1. *op. cit.*, p. 561.

⁵³⁴ *Idem*. **Teorías de la verdad** (1973). *op. cit.*, p. 627.

⁵³⁵ *Ibidem*, p. 627.

diz que “meu dizer algo é certamente um episódio. O que digo, não. É o segundo, e não o primeiro, o que declaramos ser verdadeiro”⁵³⁶.

Para Habermas, portanto, o valor de verdade não está na *afirmação* sobre um estado de coisas, tampouco na *oração* por meio da qual a afirmação é feita, mas sim no *enunciado* contido, e apenas aqueles enunciados que *reflitam* um estado de coisas real – e não se limitem a fingir um estado de coisas como um fato:

Certamente também os enunciados falsos, como podemos dizer, têm um conteúdo proposicional; mas quando faço um enunciado, afirmo um estado de coisas existente, isto é, um fato. Um enunciado recebe força assertiva por sua inserção em um ato de fala, pela circunstância, então, de que alguém possa afirmar aquele enunciado. Searle chamou a atenção para o fato de que o mesmo conteúdo proposicional pode aparecer em vários atos de fala, como ordens, perguntas, promessas e afirmações, mas apenas em atos de fala constatativos (afirmações) um conteúdo proposicional pode aparecer na forma de uma proposição⁵³⁷.

Dessa forma, o sentido da verdade tem referência à pragmática de uma determinada classe de atos de fala (*constatativos*), que é a pretensão que vinculamos a um enunciado ao afirmá-lo, podendo fazê-lo com ou sem razão⁵³⁸ no contexto de ações de fala orientadas pelo *entendimento*⁵³⁹, funcionando em um sentido normativo, como uma espécie de “escala ideal” a partir da qual os sujeitos capazes de falar e agir não apenas buscam alcançar um entendimento entre si, mas devem ser capazes de distinguir um entendimento efetivo ou “verdadeiro” de um entendimento enganoso ou “falso”⁵⁴⁰.

⁵³⁶ *Ibidem*, p. 628. A tradução se deu com uma correção na obra citada, visto que no texto original de Habermas a passagem está assim escrita: “Mi decir algo es ciertamente un episodio. Lo que digo, no lo es. Es lo primero, no lo segundo lo que declaramos ser verdadero”. Entretanto, o trecho original na obra de Strawson é “My saying something is certainly an episode. What I say is not. It is the latter, not the former, we declare to be true.” STRAWSON, Peter Frederick. Truth. In: **Proceeding of the Aristotelian society**: The Virtual Issue, n. 1, 2013. p. 52.

⁵³⁷ HABERMAS, Jürgen. **Teorías de la verdad** (1973). *op. cit.*, p. 628. No original: “Ciertamente que también los enunciados falsos, como podemos decir, tienen un contenido proposicional; pero cuando hago un enunciado, afirmo un estado de cosas existente, es decir un hecho. Um enunciado recibe fuerza assertórica por sua inserción em um acto de habla, por la circunstancia, pues, de que alguien pueda afirmar ese enunciado. Searle ha llamado la atención acerca de que el mismo contenido proposicional pueda aparecer em actos de habla diversos, como son los mandatos, las preguntas, las promesas y las afirmaciones, pero sólo em los actos de habla constatativos (afirmaciones) puede um contenido proposicional aparecer en forma de uma proposición”.

⁵³⁸ *Ibidem*, p. 628.

⁵³⁹ *Idem*. **Teoria do Agir Comunicativo**, 1. *op. cit.*, p. 533-534.

⁵⁴⁰ SEGATTO, Antonio Ianni. A antinomia da verdade: Putnam, Rorty e Habermas. **Cognitio**, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 119-137, jan./jun. 2009, p. 119.

Assim como o professor alemão, Michele Taruffo afirma que as narrativas são atos ilocutórios, caracterizados por uma função assertiva ilocutória⁵⁴¹, mas que contexto processual exigiria a verdade empírica⁵⁴², baseado em uma verdade como correspondência em que a verdade de uma proposição está relacionada ao mundo dos fatos⁵⁴³:

O ponto essencial é que cada enunciado fático é verdadeiro ou falso em si, em função da existência ou inexistência do evento que descreve. Isso implica a adoção, mesmo que de forma não “ingênua” e criticamente madura, de uma concepção *correspondista* da verdade, segundo a qual – justamente – a realidade externa existe e constitui a medida, o critério de referência que determina a veracidade ou falsidade dos enunciados que dela se ocupam⁵⁴⁴.

Na mesma linha, para Ferrér Beltrán, em um enunciado do tipo “está provado que *p*” possuiria uma *força* descritiva que expressaria a ocorrência de determinado fato em uma realidade externa ao processo⁵⁴⁵. Não obstante, na tentativa de afastar-se de uma teoria da verdade como correspondência, sustenta que:

[...] a hipótese de fundo é que a decisão judicial pode e [...] deve basear-se em uma reconstrução verdadeira dos fatos da causa. Assim identificando o objeto da determinação dos fatos, resulta evidente que com o termo “prova” identifica-se sinteticamente o conjunto de elementos, dos procedimentos e dos raciocínios mediante os quais se elabora, verifica e confirma como “verdadeira” aquela reconstrução. Recupera-se assim o nexos instrumental entre prova e verdade dos fatos [...]⁵⁴⁶.

Para o professor da Universidade de Girona, a fim de negar a assimilação de prova e verdade do enunciado, bastaria afirmar que “existe sentido em que se diga que o fato *p* não foi provado no processo, ainda que o enunciado que afirma sua ocorrência seja verdadeiro”⁵⁴⁷.

⁵⁴¹ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**. *op. cit.*, p. 150. Lembrando, como visto em nota de rodapé X, que o termo “assertiva” traduzido na obra de Taruffo é equivalente ao termo “constativa” para HABERMAS, ambos se referindo ao ato de fala *assertive* de SEARLE.

⁵⁴² TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**. *op. cit.*, p. 59.

⁵⁴³ HAACK, Susan. **Filosofia das lógicas**. Trad. César Augusto Mortari, Luis Henrique de Araújo Dutra. São Paulo: Editora UNESP. 2002. p. 126.

⁵⁴⁴ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade** *op. cit.*, p. 100/101 e 105.

⁵⁴⁵ FERRÉR BELTRÁN, Jordi. **Prova e verdade no direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 27. O professor da Universidade de Girona segue a classificação dada por Austin, baseando-se nos atos *judicativos* (ou *veridictives*). No entanto, Habermas pondera que “Austin nesse caso não distingue entre julgamentos de teor descritivo e normativo” (HABERMAS, Jürgen. **Teoria do Agir Comunicativo, I**. *op. cit.* p. 552). Na distinção feita por Habermas, o enunciado proposto por Ferrér Beltrán seria tido como um ato de fala operativo (HABERMAS, Jürgen. **Teoria do Agir Comunicativo, I**. *op. cit.* p. 562/563, nota de rodapé 77).

⁵⁴⁶ FERRÉR BELTRÁN, Jordi. **Prova e verdade no direito**. *op. cit.*, p. 28. Aparentemente, no mesmo sentido, FISCHER, Douglas. PEREIRA, Frederico Valdez. **Prova, verdade e as obrigações processuais penais positivas**. In: Altos Estudos Sobre a Prova no Processo Penal. QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de [coord]. Salvador: Editora Juspodivm. 2020. p. 72/76.

⁵⁴⁷ FERRÉR BELTRÁN, Jordi. **Prova e verdade no direito**. *op. cit.*, p. 29.

Com essa ponderação acaba por igualar as proposições de verdade do enunciado como *verdadeiro quando está justificado em provas* a um sentido de verdade vinculado à existência no mundo real daquilo que fora enunciado. Em outros termos, descarta a verdade como correspondência, mas permanece considerando a existência de um fato *correspondente* em direção ao qual devemos seguir, ficando explícita a ideia ao admitir ser possível falar em “decisão judicial errônea em relação aos fatos provados por falta de concordância entre os fatos declarados e os fatos realmente ocorridos”⁵⁴⁸.

Ferrajoli incorre na mesma confusão linguística, cujos destaques são importantes em termos didáticos para a explicação posterior:

Assim como permite-se pensar que uma teoria poderia ser **falsa**, mesmo que perfeitamente coerente e aceita por todos como verdadeira (ou **verdadeira** embora não compartilhada por ninguém e em contraste com outras teorias experimentadas com êxito), igualmente permite sustentar a hipótese de que um imputado poderia ser **inocente** (ou **culpado**) embora tal hipótese tenha sido rechaçada em todas as instâncias de um processo e esteja em contraste com todas as provas disponíveis⁵⁴⁹.

Como se observa, o jurista florentino usa diferentes sentenças como se tivessem a mesma proposição. Em negrito temos os termos *falsa/verdadeira* e *inocente/culpado* em um sentido ordinário, comum. Já as passagens sublinhadas possuem sentido diverso, técnico, qual seja, o de que uma teoria foi ou não aceita pelo grupo, bem como se uma afirmação foi ou não justificada no processo⁵⁵⁰.

Para Vivés Antón, o problema da ideia de que um enunciado deva *refletir* o estado real das coisas decorre de uma leitura incorreta da teoria dos atos de fala que ganhou espaço na teoria da verdade como correspondência, especificamente em relação ao trecho em que Austin diz que “para todo enunciado verdadeiro existe ‘um’ e seu próprio fato precisamente correspondente”⁵⁵¹. Não obstante, segundo Austin, a correlação entre orações e o tipo de situação ou evento é absolutamente convencional:

⁵⁴⁸ FERRÉR BELTRÁN, Jordi. **Prova e verdade no direito**. *op. cit.*, p. 36.

⁵⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 55/56.

⁵⁵⁰ Além do mais, se partirmos da premissa de um contexto jurídico, parece sem sentido dizer que um sujeito “é culpado, embora a hipótese tenha sido rechaçada em todas as instâncias”. Afinal, se estamos falando de processo penal, a oração só é adequada se utilizarmos o termo “culpado” em um sentido jurídico, e mesmo assim em um contexto de decisão penal. Dessa forma, o termo obtém sentido de um sujeito que passou por um processo penal e proferiu-se uma decisão penal condenatória, baseada em provas além da dúvida razoável. O proposto por Ferrajoli só teria cabimento caso “culpado” fosse utilizado em sentido ordinário, não técnico.

⁵⁵¹ VIVÉS ANTÓN, Tomás S. **Ferrajoli y Después**. *op. cit.*, p. 295-296.

[...] não havendo nenhuma necessidade em absoluto de que as palavras usadas ao fazer um enunciado verdadeiro “reflitam” de qualquer forma, embora indireta, qualquer característica da situação ou evento. [...] Supor que assim seja é cair mais uma vez no erro de reler para o mundo as características da linguagem⁵⁵².

Consequência dessa leitura é entender como instrumental a relação entre a verdade e a *prova* em que a finalidade principal da atividade probatória seria atingir o conhecimento da verdade sobre os fatos passados, cuja descrição será convertida em premissa do raciocínio do juiz⁵⁵³.

No mesmo sentido de relação instrumental, por meio da ideia alética da verdade, na qual “todo enunciado relativo a acontecimentos do mundo real é verdadeiro ou falso em função da existência desses acontecimentos no mundo real”⁵⁵⁴, Taruffo confere o mesmo significado a enunciados em contextos diversos, sujeitando-o às mesmas críticas de Vivés Antón:

Observe-se que a ideia de uma definição de “verdade” é entendida desta forma, muito debilitada, porque se não temos nenhum critério geral para reconhecer a verdade, dificilmente podemos defini-la, além da mera tautologia, nem parece que possamos falar de critérios de progresso em direção a uma verdade que não conhecemos⁵⁵⁵.

⁵⁵² AUSTIN, John L. Truth. **Proceeding of the Aristotelian society**: The Virtual, Issue n. 1, 2013. p. 32-33. No original: “When a statement is true, there is, of course, a state of affairs which makes it true and which is *toto mundo* distinct from the true statement about it [...] The only essential point is this: that the correlation between the words (= sentences) and the type of situation, event, etc., which is to be such that when a statement in those words is made with reference to a historic situation of that type the statement is then true, is absolutely and purely conventional. We are absolutely free to appoint any symbol to describe any type of situation, so far as merely being true goes. [...]. There is no need whatsoever for the words used in making a true statement to ‘mirror’ in any way, however indirect, any feature whatsoever of the situation or event; a statement no more needs, in order to be true, to reproduce the ‘multiplicity,’ say, or the ‘structure’ or ‘form’ of the reality, than a word needs to be echoic or writing pictographic. To suppose that it does, is to fall once again into the error of reading back into the world the features of language”; SIMÕES, Eduardo. **Wittgenstein e o problema da verdade**. Belo Horizonte, MG: Argumentvm, 2008. p. 39.

⁵⁵³ FERRÉR BELTRÁN, Jordi. **Prova e verdade no direito**. *op. cit.*, p. 28; 59. No mesmo sentido, BADARÓ, Gustavo. **Processo penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 386. Criticando essa vinculação instrumental, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**: de acordo com o CPC de 2015. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 63.

⁵⁵⁴ TARUFFO, Michele. **Uma Simples Verdade**. *op. cit.*, p. 100.

⁵⁵⁵ VIVÉS ANTÓN, Tomás S. **Ferrajoli y Después**. *op. cit.*, p. 288. No original: “Nótese que la idea de una definición de «verdad» resulta entendida de este modo, enormemente debilitada, porque si no tenemos ningún criterio general mediante el que reconocer la verdad, dificilmente podemos definirla, más allá de la mera tautología, ni parece que podamos hablar de criterios de progreso hacia una verdad que no conocemos.”

Ao tecer críticas a autores que considera como *verifóbicos*⁵⁵⁶, também chamados de *deniers* da verdade⁵⁵⁷, Taruffo diz que mesmo aqueles possuem interesse em estabelecer a verdade sobre a hora de partida de um voo, sobre as traições dos respectivos cônjuges, sobre o Concílio de Viena, sobre a velocidade da luz e sobre muitas outras circunstâncias – banais ou não – do contexto *real* em que vivem⁵⁵⁸. Isso é inquestionável, e o próprio Habermas não pisaria em uma ponte cuja estática lhe parecesse duvidosa⁵⁵⁹, mas há uma larga diferença entre contexto do mundo objetivo comum e contexto do discurso, principalmente no processo penal, em que os fatos já ocorreram, sendo inviável comparar orações que os descrevem a uma figura objetiva que esteja presente⁵⁶⁰:

As teorias epistêmicas de verdade padecem em geral do fato de procurar a verdade dos enunciados no jogo de linguagem da argumentação, ou seja, onde as pretensões de verdade tornadas problemáticas são explicitamente tematizadas. Mas as pretensões de verdade só são elevadas a objeto hipotético de uma controvérsia depois de terem se soltado dos contextos funcionais cotidianos e sido de certo modo postas em suspenso⁵⁶¹.

Não se discorda que haja sentido em julgar que o mundo externo existe e que o *external realism* seja um pressuposto necessário para a possibilidade de se ter opiniões ou teorizar sobre a realidade⁵⁶². Não obstante, dessa premissa não se pode transferir ao contexto do discurso, e especificamente do processo, que o significado de enunciado verdadeiro seja o mesmo do que tomamos por verdadeiro com relação ao mundo físico, pressupondo que entre ambos possa haver uma correspondência, ainda que relativa⁵⁶³. E isso tampouco implica negar a existência

⁵⁵⁶ Cunhou-se o termo *verifóbicos* para denominar os “inimigos da verdade” (TARUFFO, Michele. **Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos**. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de La Federación, 2013. p. 15); BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia Judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 85.

⁵⁵⁷ TARUFFO, Michele. **Uma Simples Verdade**. *op. cit.*, p. 98; ARENHART, *op. cit.*, p. 51. Veja-se que mesmo autores criticados por desconsiderarem o termo verdade estariam apenas a sustentar um sentido diverso do tradicional. Segundo Dagios, “na introdução de Verdade e Progresso, Rorty nos diz que devemos abandonar a distinção entre aparência e realidade em favor de modos de fala mais ou menos úteis. Nesse aspecto, questões como ‘natureza intrínseca da realidade’ e ‘correspondência com a realidade’ não são úteis para a filosofia. Mas não significa que ele abandona completamente as noções como ‘verdade’ e ‘falsidade’, contudo, elas não possuem o mesmo sentido tradicional, como correspondência e representação, ‘as coisas como realmente são’. Ao retirar esse sentido das noções de verdade, Rorty passa a ser acusado de possuir uma visão ‘estética’ ou ‘relativista’” (DAGIOS, Magnus. **A verdade e seu contexto: uma abordagem a partir de Habermas e Rorty em adernos de Ética e Filosofia Política**, v. 14, n. 1, 2009. p. 32).

⁵⁵⁸ TARUFFO, Michele. **Uma Simples Verdade**. *op. cit.*, p. 101.

⁵⁵⁹ HABERMAS, *op. cit.*, p. 49.

⁵⁶⁰ VIVÉS ANTÓN, Tomás S. **Ferrajoli y Después**. *op. cit.*, p. 287.

⁵⁶¹ HABERMAS, Jürgen. **Verdade e Justificação**. *op. cit.*, p. 285.

⁵⁶² TARUFFO, Michele. **Uma Simples Verdade**. *op. cit.*, p. 100.

⁵⁶³ HABERMAS, Jürgen. **Verdade e Justificação**. *op. cit.*, p. 245; SEGATTO, Antonio Ianni. A antinomia da verdade: Putnam, Rorty e Habermas. **Cognitio**, São Paulo, v. 10, n. 1, jan./jun. 2009, p. 133.

de qualquer realidade independentemente da linguagem que possa servir como parâmetro para determinar a veracidade a falsidade de uma afirmação⁵⁶⁴. Segundo Habermas:

No mundo da vida, a verdade opera como intermediária em dois campos, entre as certezas que guiam às ações e asserções discursivamente justificadas. As práticas das ações estão sustentadas por convicções implicitamente aceitas dadas como verdades. Mas quando essas certezas se dissipam e viram incertezas temos a transição do agir para o discurso, quando a antiga certeza agora vira uma hipótese suspensa e concorrente com outras hipóteses em um concurso que mostrará o melhor argumento na busca pela verdade. Enquanto atores comunicantes, necessitamos partir da certeza de um mundo objetivo, não por nós mesmos, mas como pressuposto dos jogos de linguagem, de maneira que ao realismo da práxis cotidiana corresponde um conceito – subjacente, porém, apenas de modo performativo – de verdade absoluta, de verdade sem índice epistêmico⁵⁶⁵.

Assim como Badaró sustenta que a realidade externa constitui o padrão de medida, o critério de referência, que determina a verdade ou a falsidade dos enunciados fáticos⁵⁶⁶, também como ora sustentado, não se renuncia ao “mundo real”, pois linguagem e realidade se interpenetram de uma maneira indissociável⁵⁶⁷, sendo aquele um elemento indispensável na teoria do agir comunicativo no cumprimento das funções do entendimento pela linguagem, que não pode funcionar sem que os envolvidos se refiram a um único mundo objetivo⁵⁶⁸. Exige-se do falante que faça referência a algo no *mundo* de estados de coisas ao enunciar afirmações constataivas⁵⁶⁹, que, caso seja posto em dúvida pelo interlocutor, será verdadeiro se, diante das exigentes condições de um discurso racional, resiste a todas as tentativas de refutação⁵⁷⁰.

Com isso, desnecessário seria permanecer nos árduos debates sobre se o processo deve ou não buscar a verdade, expressão que leva às mesmas confusões linguísticas apontadas, como se a verdade pudesse ser extraída do processo autenticado pela gênese das representações⁵⁷¹ e não como uma propriedade de enunciados que pode ser justificada por meio de razões,

⁵⁶⁴ TARUFFO, Michele. **Uma Simples Verdade**. *op. cit.*, p. 98.

⁵⁶⁵ HABERMAS, Jürgen. **Verdade e Justificação**. *op. cit.*, p. 30. Para melhor explanação acerca dos conceitos formais de mundo e sua relação com o *mundo da vida*, ver: HABERMAS, Jürgen. **Teoria do Agir Comunicativo, 2**: sobre a crítica da razão funcionalista. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. p. 220 e ss. Concordando com Habermas, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**: de acordo com o CPC de 2015. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 49.

⁵⁶⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia Judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 86.

⁵⁶⁷ HABERMAS, Jürgen. **Verdade e Justificação**. *op. cit.*, p. 242.

⁵⁶⁸ HABERMAS, Jürgen. **Teoria do Agir Comunicativo, 2**. *op. cit.*, p. 231; HABERMAS, Jürgen. **Verdade e Justificação**. *op. cit.*, p. 245.

⁵⁶⁹ HABERMAS, Jürgen. **Teoria do Agir Comunicativo, 1**. *op. cit.*, p. 552-553.

⁵⁷⁰ *Idem*. **Verdade e Justificação**. *op. cit.*, p. 254

⁵⁷¹ *Ibidem*, p. 233.

sustentada na garantia de que o falante pode apontar razões convincentes e sustentáveis em face da crítica que o ouvinte possa apresentar contra a pretensão de validade, o *efeito coordenativo da garantia*⁵⁷².

Mesmo quando fala em uma *busca cooperativa da verdade*, Habermas o faz num sentido de que a verdade serve como orientação à função que cumpre a argumentação discursiva no restabelecimento de certezas de ação tornadas problemáticas, porém sendo a verdade independente do contexto, isto é, incondicional⁵⁷³:

Uma asserção desproblematizada desse modo pela argumentação e reintegrada ao contexto de ação encontra seu lugar num mundo da vida intersubjetivamente compartilhado, a partir de cujo horizonte nós, os atores, nos referimos a alguma coisa no mundo objetivo. Visto que os atores precisam chegar a bom termo com “o” mundo, eles não podem evitar ser realistas no contexto de seu mundo da vida. [...]

Aqui (dimensão intersubjetiva de interpretações controversas), a consciência falibilista de que podemos errar mesmo no caso de opiniões bem fundamentadas depende de uma orientação pela verdade cujas raízes alcançam o realismo do cotidiano – realismo que é revogado no âmbito do discurso. [...] Apenas o entrelaçamento dos dois diferentes papéis pragmáticos que o conceito de verdade bifronte desempenha em contextos de ação e discursos pode explicar por que uma justificação bem-sucedida em nosso contexto leva a pensar que uma opinião justificada é verdadeira independentemente do contexto⁵⁷⁴.

Essa função reorganizadora das certezas de ação é o que nos permite conciliar a impossibilidade de transcender o horizonte linguístico das opiniões justificadas com a intuição de que enunciados verdadeiros condizem com os fatos⁵⁷⁵. Quando se esgota o potencial de objeções possíveis contra *p*, não há mais necessidade de se ficar argumentando, a cadeia de justificações chega ao fim⁵⁷⁶, mas mantém desperta nossa consciência de falibilidade⁵⁷⁷.

A mesma ideia pode ser extraída em diversas passagens da obra de Taruffo, quando, por exemplo, diz que “no contexto do processo um enunciado fático é considerado verdadeiro quando confirmado pelas provas”⁵⁷⁸ e que a verdade de um enunciado corresponde à sua *warranted assertibility*, ou seja, à existência de justificativas válidas para julgar-se verdadeiro

⁵⁷² HABERMAS, Jürgen. **Teoria do Agir Comunicativo**, 1. *op. cit.*, p. 523; SEGATTO, Antonio Ianni. **A antinomia da verdade**. *op. cit.*, p. 131.

⁵⁷³ HABERMAS, Jürgen. **Verdade e Justificação**. *op. cit.*, p. 250; SEGATTO, Antonio Ianni. **A antinomia da verdade**. *op. cit.*, p. 135.

⁵⁷⁴ HABERMAS, Jürgen. **Verdade e Justificação**. *op. cit.*, p. 257-259.

⁵⁷⁵ *Idem*, p. 241.

⁵⁷⁶ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Da certeza** (1969). reimp. ed. bilingue. Biblioteca de Filosofia Contemporânea 13. Lisboa: Edições 70, 2018. N. 204; HABERMAS, Jürgen. **Verdade e Justificação**. *op. cit.*, p. 256.

⁵⁷⁷ VIVÉS ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos del Sistema Penal**. *op. cit.*, p. 958.

⁵⁷⁸ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**. *op. cit.*, p. 72.

um enunciado⁵⁷⁹, valendo-se exatamente dos mesmos termos usados por Habermas⁵⁸⁰. Para Taruffo:

[...] um enunciado que descreve um fato pode ser considerado verdadeiro se racionalmente confirmado pelas provas produzidas no processo. [...] uma narrativa é verdadeira quando todos os enunciados relativos aos fatos são verdadeiros, ao passo que é falsa quando pelo menos um dos enunciados que a compõem não resulta provado (e, portanto, não corresponde à realidade dos acontecimentos descritos)⁵⁸¹.

Analisando a passagem, temos que para Taruffo uma narrativa é verdadeira quando todos os enunciados relativos aos fatos são racionalmente confirmados pelas provas. A passagem citada entre parênteses trata de um significado de verdade diverso do que ora confere, como faz em outro momento da obra ao dizer que “o enunciado é verdadeiro ou é falso dependendo da correspondência ou não de seu conteúdo aos acontecimentos do mundo real”⁵⁸². Em outros termos, usa como expressões sinônimas sentenças que se referem a contextos diversos: no processo e no mundo real.

Também se baseando em passagens da obra do professor italiano, Dei Vecchi identifica a mesma ambiguidade, apontando que para Taruffo a condição de aplicação correta de normas poderia ser interpretada tanto como verdade do enunciado fático correspondente com a realidade quanto como prova da verdade do enunciado⁵⁸³. Assim também perceberam Marinoni e Arenhart, identificando que entre a posição dos autores – baseados em Habermas – e a concepção de Taruffo haveria uma incompatibilidade apenas aparente, derivada de uma mera confusão linguística vista especialmente no campo processual, como destacado a seguir:

Apesar de parecer que essas ideias são absolutamente incompatíveis com aquilo que aqui se defende, um exame mais aprofundado da obra de TARUFFO demonstra que, por mais estranho que pareça, as diferenças são mais de linguagem do que de concepções.

⁵⁷⁹ *Ibidem*, p. 101-102.

⁵⁸⁰ HABERMAS, Jürgen. **Teorias de la verdad** (1973). *op. cit.*, p. 655.

⁵⁸¹ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**. *op. cit.*, p. 88-89.

⁵⁸² *Ibidem*, p. 14.

⁵⁸³ DEI VECCHI, Diego. **La prueba judicial como conocimiento**: uma caracterización poco persuasiva en Debatiendo con Taruffo. Jordi Ferrer Beltrán; Carmen Vázquez (coord.). Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 278. O autor sustenta que a ambiguidade seria apenas aparente, pois a posição de Taruffo estaria vinculada, respectivamente, a dois sentidos dados à decisão judicial a ser justificada, a saber, decisão-norma e decisão-ato, e que teria o autor adotado o posicionamento de que “a aplicação correta das normas requer somente a prova dos enunciados fáticos” (*op. cit.*, p. 280). Não obstante, Dei Vecchi diz que essa tomada de posição por Taruffo encontra-se na obra *Uma Simples Verdade*, de 2010, que como visto ao longo do texto ainda encontra trechos colidentes entre si.

É que, embora TARUFFO se refira a uma “verdade objetiva”, também ele reconhece que essa verdade, ou pelo menos o conhecimento dela, é condicionado a limitações culturais, técnicas e factuais. [...]

Ora, ao aludir a uma “verdade racionalmente cognoscível e demonstrável” e à necessidade de que se busque “justificações que mostrem que um enunciado é verdadeiro”, parece claro que TARUFFO aponta para um conceito que está longe de ser *objetivo*, mas que é racionalizado e justificado.

Mais especificamente no campo processual – que aqui é o único que interessa – a diversidade de concepção parece mostrar-se claramente linguística. Afirma TARUFFO que, no campo processual, embora se possa falar em verdade objetiva, ela é certamente relativa. E é relativa exatamente em razão das limitações da cognição humana, condicionada que é à quantidade e à qualidade das informações de que se dispõe para a formação do conhecimento⁵⁸⁴.

Resta demonstrando, portanto, que grande parte dos problemas relacionados à verdade no processo penal decorre da atribuição dos mesmos significados a orações que advêm de contextos diversos, gerando uma confusão linguística⁵⁸⁵, exatamente o mesmo problema que assola outros campos do conhecimento.

Falar, portanto, em enunciados verdadeiros é falar em enunciados dos quais não seja razoável duvidar-se⁵⁸⁶, uma *certeza* cuja constatação vai depender da construção de métodos necessariamente abertos, submetidos ao diálogo, livres de qualquer concepção rígida⁵⁸⁷, subordinando a formação do juízo de fato ao contraditório das partes⁵⁸⁸, mas que não exclua a possibilidade de adoção de critérios de racionalidade que possam garantir um mínimo de certeza na aplicação do direito⁵⁸⁹ em termos probabilísticos, porém lógicos e não matemáticos⁵⁹⁰.

Diz Habermas que se o sentido de verdade consiste na possibilidade de chegarem os discursos a uma decisão positiva acerca da justificação de uma pretensão de validade problematizada, e se a decisão a que discursivamente se tenha chegado somente pode produzir-se em forma de um consenso alcançado argumentativamente, então deve-se mostrar em que consiste a força geradora de consenso do argumento, não cabendo consistir no simples fato de poder chegar-se argumentativamente a um acordo, mas sim que este fato em si precisa de uma explicação⁵⁹¹.

⁵⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**: de acordo com o CPC de 2015. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 58-59.

⁵⁸⁵ RAMSEY, Frank Plumpton. Facts and Propositions. **Truth**: Proceedings of the Aristotelian Society. The Virtual Issue, n. 1, 2013. p. 9; VIVES ANTÓN, Tomás. S. **Ferrajoli y después**. *op. cit.*, p. 291; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**. *op. cit.*, p. 58; SIMÕES, Eduardo. **Wittgenstein e o problema da verdade**. *op. cit.*, p. 208.

⁵⁸⁶ VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos...** *op. cit.*, p. 961.

⁵⁸⁷ *Ibidem*, p. 959-961.

⁵⁸⁸ KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 46.

⁵⁸⁹ VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos...** *op. cit.*, p. 962-963.

⁵⁹⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia Judiciária e prova penal**. *op. cit.* p. 243.

⁵⁹¹ HABERMAS, Jürgen. **Teorías de la verdad** (1973) *op. cit.* p. 655/656.

Assim como defendido Taruffo⁵⁹², Habermas propõe adotar a análise de St. Toulmin acerca do uso dos argumentos⁵⁹³ como a mais adequada para uma teoria discursiva da verdade⁵⁹⁴, refletindo na forma como o magistrado deve exteriorizar o método pelo qual determinou que os fatos estão provados, motivando a decisão adequadamente. Por tal método, afasta-se um consenso tomado como um acordo que se produz de maneira contingente, o que o tornaria inquestionavelmente incapaz de servir como critério de verdade.

O esquema de argumentação de Toulmin basicamente consiste em pretensões (*claims*) que, caso postas em dúvida, podem ser justificadas por razões (*grounds*), apoiadas por garantias (*warrants*) com eventual necessidade de inserção de qualificadores que conferem maior força ao argumento⁵⁹⁵, também visto por Badaró como o melhor modelo de argumentação para fins de atividade probatória, especialmente no âmbito do processo penal, em que “normalmente, há vários pontos de fato a serem provados para caracterizar todo o perímetro dos fatos imputados”⁵⁹⁶.

2.2.4 Pretensão de verdade e direito probatório

Sem dúvida há riscos no uso da verdade como argumento para o exercício delirante do poder, e a história é testemunha de como a busca da verdade foi usada como argumento para as mais diversas práticas de tormentos psíquicos e/ou físicos para o indivíduo⁵⁹⁷, independentemente da discussão acerca da (ir)racionalidade dos métodos⁵⁹⁸. Não obstante, como bem pontuado por Fischer e Pereira:

[...] o passado também nos dá exemplos de exageros consideráveis em nome de outros valores relevantes, como a liberdade, a democracia e a própria fé, e nem por isso se cogita de desmerecer esses valores ou referenciais importantes, ou abandoná-los na idealização das instituições sociais dos modernos estados de direito⁵⁹⁹.

⁵⁹² V. TARUFFO, Michele. **La prueba del hecho**. Trad: BELTRÁN, Jordi Ferrer. Madrid: Editorial Trotta. 2002. 190-23; em solo pátrio, BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia Judiciária e prova penal**. op. cit. p. 244.

⁵⁹³ TOULMIN, Stephen Edelson. **Os usos do argumento**. São Paulo: Martins Fontes. 2001.

⁵⁹⁴ HABERMAS, Jürgen. **Teorías de la verdad** (1973) op. cit. p. 656.

⁵⁹⁵ TOULMIN, op. cit. p. 139/145. Para mais, v. ALEXYY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria da argumentação jurídica racional como teoria da fundamentação jurídica**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 89 e ss.

⁵⁹⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia Judiciária e prova penal**. op. cit. p. 231/232.

⁵⁹⁷ GUIMARÃES, op. cit., p. 21; ARENHART, op. cit., p. 54.

⁵⁹⁸ VAN CAENEGAN, R. C. **The Birth of...** op. cit., p. 63-64; TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**. op. cit., p. 20). TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. **Prova e verdade**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 45.

⁵⁹⁹ FISCHER; PEREIRA, op. cit., p. 70.

Mesmo que se aponte as dificuldades em permanecer falando em verdade no processo penal, considerando que os fatos juridicamente relevantes não podem expressar-se totalmente por meio de enunciados de fato⁶⁰⁰, seria irreal pensar no abandono da ideia de verdade, pois tão ligada a nossos hábitos de pensamento e ação⁶⁰¹, de modo que melhor que se mantenha de modo cauteloso, explicando-se adequadamente em cada contexto o que queremos dizer quando falamos de verdade⁶⁰², como faz Wittgenstein, ao referir-se ao termo *correspondência*:

[...] tudo aquilo que tratamos como evidência indica que a Terra existia muito antes do meu nascimento. A hipótese contrária não tem *nada* que a confirme. Agora, se tudo depõe a *favor* e nada contra uma hipótese, – ela é objetivamente certa? Ela pode ser *denominada* assim. Mas ela corresponde *absolutamente* ao mundo dos factos? Quando muito, ela mostra-nos o que quer dizer “correspondência”. [...] Pois em que consiste essa correspondência se não no facto de que o que é evidência nesse jogo de linguagem depõe a favor da nossa proposição?⁶⁰³.

E no contexto de um processo penal, em que os enunciados a serem provados são postos em um debate do qual resulta um consenso fundado no melhor argumento, traduzida como motivação racional⁶⁰⁴, entender a verdade pela teoria de Habermas permite tomá-la como parâmetro de referência ao menos quanto aos enunciados acerca de estado de coisas como suporte a uma decisão judicial que se oriente por uma certeza além da dúvida razoável. Justamente por isso, Habermas sustenta que a teoria deveria ser denominada como *teoria discursiva da verdade*, e não consensual, a fim de evitar mal-entendidos⁶⁰⁵. A pretensão de verdade deixa de ser um objetivo do processo e passa a ser uma das condições que legitima e justifica o discurso, na mesma linha do sustentado por Marinoni e Arenhart:

[...] ainda que a pretensão de verdade constitua uma das premissas do discurso jurídico – e, ademais, do discurso em geral – é certo que essa pretensão se impõe, mas nos seus próprios limites deontológicos [...] ou seja, essa pretensão é uma das condições que legitima e justifica o diálogo, mas está longe de refletir o seu produto ou de pautar a confiança nas conclusões a que se chega⁶⁰⁶.

⁶⁰⁰ VIVÉS ANTÓN, Tomás. S. **Fundamentos...** *op. cit.*, p. 944; 962-963.

⁶⁰¹ VIVÉS ANTÓN, Tomás. S. **Fundamentos...** *op. cit.*, p. 946.

⁶⁰² *Idem*. **Hechos, valores y normas**: Crónica de un debate filosófico-jurídico en Pensar La Libertad. Últimas reflexiones sobre el Derecho y la Justicia, 2019. p. 188-190.

⁶⁰³ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Da Certeza**. *op. cit.*, p. 203.

⁶⁰⁴ HABERMAS, Jürgen. **Teorías de la verdad** (1973). *op. cit.*, p. 655.

⁶⁰⁵ HABERMAS, Jürgen. **Teorías de la verdad** (1973). *op. cit.*, p. 655.

⁶⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**. *op. cit.*, p. 61.

Em relação ao direito à prova, a legitimação pelo discurso se dá na medida em que permite que as partes possam fixar os fatos que serão postos em debate a fim de convencer o juiz de que aquilo que enunciam é verdadeiro⁶⁰⁷, obviamente sujeitos a determinadas regras⁶⁰⁸, traduzindo-se, em síntese, em uma apuração *verdadeira* dos fatos da causa⁶⁰⁹.

Se um determinado ordenamento jurídico está ou não interessado em “descobrir a verdade”⁶¹⁰, o grau de interesse vai depender das exigências de prova para que se adote uma decisão final, ou seja, o *standard* probatório exigido para se considerar que os enunciados fáticos estão provados⁶¹¹.

No âmbito penal, o constituinte – em atividade puramente política⁶¹² – ciente do inevitável risco decorrente da atividade judicante, e considerando os bens jurídicos afetados por essa atividade, busca minimizar eventuais erros a um nível tolerável⁶¹³, impõe ao Estado o ônus probatório quanto a ocorrência do fato criminoso, aliado a adoção de um *standard* probatório de grau elevado para que se tenha como justificada a pretensão de verdade de uma afirmação em um sentido de verdade relacionada à vivência de certeza⁶¹⁴. Explicando essa relação, diz Vivés Antón:

Diante de um tribunal, o conhecimento e a verdade adquirem um sentido secular, prosaico, cauteloso. Um e outro perdem a ênfase metafísica, são reorientados para os seus usos mais comuns em que quando falamos de algo “que é verdade” queremos decidir “disso pode ter certeza”, sem acompanhar a afirmação qualquer pretensão de infalibilidade. Conhecimento e verdade são, portanto, equivalentes a segurança, certeza, e são baseados apenas nas

⁶⁰⁷ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 83; TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**. *op. cit.*, p. 198; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia Judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 40; PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistemas de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 19; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 63; FERRÉR BELTRÁN, Jordi. **Prova e verdade no direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 27.

⁶⁰⁸ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **Libertad probatoria y reserva de ley: “autodeterminación informacional” como derecho fundamental del imputado**. En *Fundamentos de Derecho Probatorio en Materia Penal*. AMBOS, Kai. Tirant Lo Blach: Madrid. 2019. p. 34; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. **El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal**. 2. ed. Barcelona: Bosch, 2004. p. 31-32; ARMENTA DEU, Teresa (org.). **La prueba ilícita (un estudio comparado)**. Madrid: Marcial Pons, 2008; HAACK, Susan. **La justicia, la verdad y la prueba: no tan simple, después de todo**. In: BELTRÁN, Jordi Ferrer; VÁZQUEZ, Carmen (coord.). **Debatiendo com Taruffo**. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 327-328.

⁶⁰⁹ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**. *op. cit.*, p. 142. No mesmo sentido, BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia Judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 19.

⁶¹⁰ VIVÉS ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos**. *op. cit.*, p. 962.

⁶¹¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia Judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 236.

⁶¹² VIVÉS ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos**. *op. cit.*, p. 695 e ss; ADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia Judiciária e prova penal**. *op. cit.*, p. 242.

⁶¹³ KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 44.

⁶¹⁴ HABERMAS, Jürgen. **Teorías de la verdad** (1973). *op. cit.*, p. 638.

declarações que normalmente não se pode duvidar, porque estão “além de toda dúvida razoável”⁶¹⁵.

Por outro lado, também são afastadas afirmações puramente retóricas de que regras probatórias que excluam provas seriam indesejadas por serem “contrárias” à busca da verdade. Ao revés, tais decorreriam justamente da necessidade de elevar-se o *standard* probatório e a rigidez no método de determinação dos fatos em razão da decisão – política, repita-se – do legislador constituinte, indo ao encontro da ideia de prova da culpabilidade além da dúvida razoável⁶¹⁶, permitindo-se compatibilizar a pretensão de verdade no processo penal e presunção de inocência⁶¹⁷.

Por fim, a correção da aceitabilidade racional apoiada por boas razões⁶¹⁸ mantém a instrumentalidade da *prova*, não com a verdade, mas com uma *pretensão* de verdade de *p*, tornando-a imune a questionamentos sobre a utilidade da verdade para o Direito⁶¹⁹, já que no contexto do discurso serviria como uma referência que transcende as justificações⁶²⁰, permitindo-nos afirmar que a justificação de *p* é a favor da verdade de *p*⁶²¹.

3 CONCLUSÃO

O texto procurou demonstrar que os formatos de persecução criminal ao longo dos séculos, apesar de sustentados em tradições jurídicas diversas, sofreram e exerceram forte influência, sendo um campo pantanoso a tentativa de atribuir características inerentes que os qualificariam como acusatório ou inquisitório, tampouco vinculando-os a um determinado modo de agir de um Estado perante os indivíduos.

⁶¹⁵ VIVÉS ANTÓN, Tomás. S. **Fundamentos...** *op. cit.*, p. 959-960. No original “Ante um Tribunal, el saber y la verdade adquiren un sentido secular, prosaico, cauteloso. Uno y outra pierden su énfasis metafísico, se reconducen a sus usos más comunenes en los que cuando decimos de algo ‘eso es verdad’ queremos decir ‘de eso puedes estar seguro, sin acompañar la afirmación de ninguna pretensión de infalibilidad. El saber y la verdade equivalen, así, a seguridad, a certeza, y se predicen sólo de aquellos enunciados de los que no se puede normalmente dudar, porque están ‘más allá de toda duda razonable’”.

⁶¹⁶ Badaró pontua que há divergência se a presunção de inocência necessariamente importaria o standard probatório além da dúvida razoável, posicionando-se que não significaria propriamente a adoção *deste* standard probatório, mas sim que no processo penal o modelo adotado represente o *mais elevado nível* de confirmação probatória racionalmente exigível. BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia Judiciária e prova penal.** *op. cit.*, p. 247,

⁶¹⁷ Neste sentido, MUÑOZ CONDE, Francisco. *op. cit.*, p. 119. Também, VIVES ANTÓN, Tomás. S. **Fundamentos...** *op. cit.*, p. 876. Contrariamente, sustentando a incompatibilidade da “busca” da verdade com presunção de inocência, KHALED JUNIOR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal:** para além da ambição inquisitorial. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito. 2016. p. 432.

⁶¹⁸ VIVÉS ANTÓN, Tomás S. **Ferrajoli y Después.** *op. cit.*, p. 298.

⁶¹⁹ Para ver as críticas, TARUFFO, Michele. **Uma Simples Verdade.** *op. cit.*, p. 99, bem como TARUFFO, Michele. **La Prueba de Los Hechos.** *op. cit.*, p. 48 e ss.

⁶²⁰ HABERMAS, Jürgen. **Verdade e Justificação.** *op. cit.*, p. 256.

⁶²¹ HABERMAS, Jürgen. **Verdade e Justificação.** *op. cit.*, p. 243.

Para isso, viu-se que ao compreender a relação que o direito possuía com a sociedade medieval, altamente fragmentada após o declínio do Império Romano do Ocidente, enquanto instrumento ordenador e garantidor da própria subsistência, é possível também compreender a opção da Igreja Católica por seu uso, criando-se um direito próprio, como uma ferramenta útil à manutenção e à expansão de seus dogmas, especialmente após os séculos XI e XII.

Para o crente medieval – e a imensa maioria na Idade Média era composta por crentes – a Igreja tinha a prerrogativa de exercitar o poder de jurisdição: na medida em que é guardiã da fé, tal prerrogativa era reconhecida por aqueles que pelo batismo pertenciam à Igreja⁶²².

Esse caráter unificador do direito e mantenedor da ordem, como visto, não foi uma criação da Igreja Católica, tampouco o próprio processo inquisitivo. Por diversas circunstâncias, e, também aqui afirmado, pela estreita vinculação das estruturas sociais com os dogmas religiosos, a forma canônica de persecução irradiou-se para as justiças seculares, servindo como uma luva aos novos reis para justificar a ampliação de sua soberania perante os senhores feudais, mediante a centralização do poder jurisdicional, bastando, como feito, que se ampliasse o significado do termo *heresia* a aspectos não religiosos⁶²³.

Assim como as demais “justiças”, a Inquisição – e agora referida de forma propositalmente genérica – foi mais uma das diversas formas de reação de uma sociedade altamente crédula na defesa da preservação de sua crença, religiosa ou não⁶²⁴, em um ambiente tomado por valores fundamentais absolutamente diversos das concepções modernas, como a ausência de direitos humanos, sendo o processo apenas um dos exemplos de manifestação do poder institucional, hoje tido como arbitrário⁶²⁵.

Isso permite concluir tratar-se de um erro histórico supor uma necessária relação entre o termo *inquisitório* a um sistema de cunho autoritário, principalmente quando tratamos sobre institutos que podem ser observados em procedimentos que seriam caracterizados como inquisitórios ou acusatórios, como a tortura, a prisão preventiva, o poder instrutório do juiz, dentre outros.

Assim como um “escritor, com o objetivo de provar que Joana D’Arc era realmente a ‘bastarda de Orleans’, omite em uma citação as quatro linhas que contradizem sua afirmação”⁶²⁶, parcela considerada e respeitável da doutrina brasileira faz referências a

⁶²² PERNOUD, Régine. *Those terrible middle ages*. *op. cit.*, p. 126.

⁶²³ CHARLES LEA, Henry. *op. cit.*, p. 727; ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas...* *op. cit.*, p. 282; BARROS, José D’Assunção. *Papas, imperadores e hereges na idade média*. Série: A Igreja na História. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2012. p. 65. Apple Books.

⁶²⁴ PERNOUD, Régine. *Those terrible middle ages*. *op. cit.*, p. 120.

⁶²⁵ VAINFAS, Ronaldo. *op. cit.*, p. 4366-4368.

⁶²⁶ PERNOUD, Régine. *Those terrible middle ages*. *op. cit.*, p. 167-168.

institutos como exclusivos de processos inquisitórios omitindo – propositalmente ou não – informações que os desmentem.

Trata-se de um preconceito que retrata apenas uma versão moderna e jurídica da antiga prática de autores *clássicos* de dar ares obscuros, toscos e brutos a qualquer aspecto do *Anciën Régime*, como “feudalismo” e “gótico”⁶²⁷, uma visão distorcida que a própria história vem servindo de instrumento de desconstrução.

Em seguida, e ainda no caminho de desconstrução de afirmações simplistas, demonstrou-se que as práticas levadas a efeito na Inglaterra ao longo dos séculos estavam distantes de permitir tratar o processo penal inglês como um procedimento respeitoso com o acusado, um “verdadeiro processo de partes”, muito pelo contrário.

Com base em estudos recentes em razão da descoberta dos processos do Tribunal de Old Bailey, de Londres, pode-se concluir que o formato de persecução criminal inglesa em nada devia aos procedimentos da Europa Continental enquanto meio apto a tormentos físicos e/ou psíquicos aos acusados, que por no mínimo 600 anos foram privados de uma defesa minimamente efetiva, além exercer o juiz inglês um papel central e dominante no processo criminal, ao contrário do sustentado por grande parte da doutrina nacional.

Indo além, se é possível falar em sistemas – e como visto, não foi o propósito do trabalho questionar esse ponto –, contemporaneamente identifica-se um sistema adversarial inglês nascido no final do século XVII que acabou por exercer forte influência nas legislações da Europa Continental, que pretendiam pôr fim a mecanismos autoritários, mas sem que tenha havido um rompimento radical com os procedimentos anteriores.

Não se sustenta que métodos levados a cabo no século XV, com todos os valores fundamentais da época, sejam retomados após 600 anos, tampouco se justificam ou amenizam os erros cometidos – e reconhecidos⁶²⁸ – pela Igreja Católica. O intuito é evitar que institutos sejam adotados ou rejeitados tão somente por uma errônea vinculação histórica, a exemplo da reiterada afirmação de que a cláusula do devido processo legal tem origens na Carta Magna Inglesa de 1215, sugerindo que o processo criminal inglês teria um cunho liberal – o que está longe de ser correto, pelo menos pelos cinco séculos seguintes –, assim como historicamente incorreto afirmar que atividade instrutória do juiz é sinônimo de parcialidade.

Passando à segunda parte do trabalho, demonstrou-se como o discurso dicotômico acerca de sistemas processuais impactou – e impacta – negativamente nos debates doutrinários

⁶²⁷ *Ibidem*, p. 21; 79.

⁶²⁸ Disponível em: <https://www.nytimes.com/2000/03/13/world/pope-asks-forgiveness-for-errors-of-the-church-over-2000-years.html>. Acesso em: 2 fev. 2021.

e jurisprudenciais acerca de um ordenamento jurídico que faça jus ao sentido da expressão: ordenado, com premissas unificadas, que possa traduzir no formato de persecução criminal a segurança jurídica necessária para que os indivíduos, enquanto elemento central na sociedade, possam desenvolver com plenitude suas capacidades.

Independentemente de taxá-lo de acusatório, inquisitório etc., *slogans* que por vezes apenas servem a propósitos políticos, o fundamental é a construção de um sistema jurídico que permita a legitimação do exercício do poder punitivo, impondo-se a aplicação de métodos que conduzam o juiz a uma decisão justa, dependendo, para tal, de um processo justo, em que sejam respeitados os direitos e garantias individuais⁶²⁹.

Dentre as confusões terminológicas que levam ao referido impacto, demonstrou-se que o tema da verdade está no epicentro da discussão, especialmente quando o *problema da verdade*, que há milênios afeta o sono dos filósofos, é transportado ao âmbito do “direito à prova”.

Com base nisso, e concluindo o texto, buscou-se na teoria de Jürgen Habermas os fundamentos para possibilitar a manutenção da verdade no processo penal, permitindo compreender a realidade por intermédio da linguagem, não se descartando a possibilidade de que o mundo externo possa servir como referência para as justificações no processo, aproximando-se a ideia das concepções de Michele Taruffo, que apesar de seguir sustentando uma teoria da verdade como correspondência, em diversas passagens de sua obra trata a verdade dos enunciados com base naquilo que é provado no processo como condição para um processo justo⁶³⁰.

No processo penal, e especificamente no âmbito do direito probatório, a construção de uma *pretensão de verdade* como um dos critérios legitimadores do processo justo e, conseqüentemente, do exercício do poder punitivo estatal enquanto meio de controle social, esclarece confusões conceituais permitindo afirmar a utilidade e a compatibilidade entre a verdade e presunção de inocência, regras de exclusão de provas, elevação de standard probatório, mantendo-se a intuição de que o mundo existe e deve ser levado em consideração para a segurança necessária na apuração dos fatos.

⁶²⁹ TARUFFO, Michele. **Uma Simples Verdade**. *op. cit.*, p. 14.

⁶³⁰ *Ibidem*, p. 142.

REFERÊNCIAS

ALCHOURRÓN, Carlos E. Sobre derecho y lógica. **Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**, n. 13. Octubre 2000. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel Cervantes, 2005. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmknk3q9>. Acesso em: 28 jun. 2021.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 3. reimp. Malheiros: São Paulo, 2014.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria da argumentação jurídica racional como teoria da fundamentação jurídica**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ALSCHULER, Albert. **A Peculiar Privilege in Historical Perspective: The Right to Remain Silent**. 94 Michigan Law Review 2625. University of Chicago Law School. 1995. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol94/iss8/9/>. Acesso em: 28 jun. 2021.

ALSCHULER, Albert. A nearly perfect system for convicting the innocent. **Albany Law Review**, University of Chicago. Public Law Working Paper, n. 612, 2016, p. 919-940. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2911206>. Acesso em: 2 maio 2021.

AMBOS, Kai. Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán – fundamentación teórica y sistematización. **Polít. Crim.**, n. 7, 2009. AI-7. p. 1-51. Disponível em: https://www.department-ambos.uni-goettingen.de/data/documents/Veroeffentlichungen/epapers/Prohibiciones%20probatorias%20PolCrim%207_2009.pdf. Acesso em: 9 jun. 2021.

AMBOS, Kai. **O processo acusatório e a vedação probatória: perante as realidades alemã e brasileira: com a perspectiva brasileira já de acordo com a reforma processual de 2008 – Leis 11.689, 11.690 e 11.719**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

AMBOS, Kai. El principio acusatorio y el proceso acusatorio: un intento de comprender su significado actual desde la perspectiva histórica. In: AMBOS, Kai. **Fundamentos y ensayos críticos de Derecho penal y Procesal Penal**. Editorial Palestra, maio 2010. p. 155-182.

AMBOS, Kai. **Treatise on international criminal law**. Volume I: Foundations and General Part. Nova York: Oxford Press, 2013.

AMBOS, Kai. Estado y futuro del Derecho penal comparado. In: AMBOS, Kai (ed.). **Ciencias criminales en Alemania desde una perspectiva comparada e internacional: cuarta escuela de verano en ciencias criminales y dogmática penal alemana**. Serie CEDPAL, v. 2. Göttingen: Centro de Estudos de Direito Penal Latino-Americano do Instituto de Ciências Criminais da Georg-August-Universität Göttingen; Göttingen University Press, 2018. p. 17-52.

AMBOS, Kai. **Fundamentos de Derecho Probatorio em Material Penal**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019.

ANDRADE, Mauro Fonseca. O sistema acusatório proposto no projeto de novo *códex* penal adjetivo. **Revista de Informação Legislativa**. Edição Especial Reforma do Código de Processo Penal, Ano 46, n. 183, p. 167-188. jul/set. 2009.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Inquisição espanhola e seu processo criminal**. 4. reimp. Juruá: Curitiba, 2011.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

ANDRADE, Mauro Fonseca. Sobre a Processualística Universitária: o ensino do direito processual penal no Brasil e seu atual estágio. *In*: SILVA, Ângelo Roberto Ilha da (org.). **Temas de Direito Penal, Criminologia e Processo Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 127-172.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Juiz das Garantias**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2020.

ANDRÉZ IBÁÑEZ, Perfecto. **Sobre prueba y proceso penal**. Discusiones: Prueba y Conocimiento. n. 3. p. 55-66. 2003. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcb2896>. Acesso em: 1 jul. 2021.

ANDRÉZ IBÁÑEZ, Perfecto. **Prueba y convicción judicial en el proceso penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2009.

ANGÉL BELMONTE, Miguel *et al.* **Posmodernidad y control social**. Barcelona: Tirant Humanidades, 2021.

ARENHART, Sérgio Cruz. Ainda sobre a verdade no processo. *In*: QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (coord.). **Altos Estudos Sobre a Prova no Processo Penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2020. p. 23-60.

ARMENTA DEU, Teresa (org.). **La prueba ilícita (un estudio comparado)**. Madrid: Marcial Pons, 2008.

ARMENTA DEU, Teresa. Debido proceso, sistemas y reforma del proceso penal. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 121-139. 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.7>. Acesso em: 20 jun. 2021.

ASSIZE of Clarendons, 1166. Lillian Goldman Law Library. The Avalon Project. Documents in Law, History and Diplomacy. Disponível em: <https://avalon.law.yale.edu/medieval/assizecl.asp>. Acesso em: 5 maio 2021.

AUSTIN, John L. **How to do things with words**. Oxford: Oxford University Press, 1962.

AUSTIN, John L. Truth. **Proceeding of the Aristotelian society**: The Virtual Issue, n. 1. p. 27-41, 2013. Disponível em: <http://www.aristoteliansociety.org.uk/the-virtual-issue/the-virtual-issue-no-1-truth/>. Acesso em: 12 fev. 2021.

BACHMAIER WINTER, Lorena (coord.). **Proceso penal y sistemas acusatórios**. Madrid: Marcial Pons, 2008.

BACHMAIER WINTER, Lorena. Sistemas procesales: la hora de superar la dicotomía acusatorio-inquisitivo. **Ius Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.**, n. 24, 2009.

BACHMAIER WINTER, Lorena. Spain: the constitutional court's move from categorical exclusion to limited balancing. *In*: ARMENTA DEU, Teresa. **La prueba ilícita (un estudio comparado)**. Madrid: Marcial Pons, 2008.

BACHMAIER WINTER, Lorena. Sistemas procesales penales e imparcialidad del juez: Imparcialidad y prueba en el proceso penal – reflexiones sobre la iniciativa probatoria del juez. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 501-532, maio/ago. 2018. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/169>. Acesso em: 3 mar. 2020.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia Judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique. A valoração probatória da colaboração premiada. *In*: QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (coord.). **Altos Estudos Sobre a Prova no Processo Penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2020. p. 650-677.

BADARÓ, Gustavo. **Processo penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

BALDRESCA, Raecler. A atividade probatória e as novas habilidades dos sujeitos processuais no terceiro milênio. *In*: QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (coord.). **Altos Estudos Sobre a Prova no Processo Penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2020. p. 96-116.

BARROS, José D'Assunção. **Papas, imperadores e hereges na idade média**. Série: A Igreja na História. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2012. Apple Books.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BEDÊ JIUNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. O juiz das garantias no Brasil: uma escolha do legislador, não uma determinação constitucional ou de Tribunais Internacionais. *In*: SOUZA, Renee do Ó (org.). **Lei Anticrime: comentários à Lei 13.964/2019**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

BEGGIATO, Túlio Fávaro. O contemporâneo sistema acusatório e a velha sobreposição de funções. *In*: TINOCO, Livia Nascimento *et al.* (org.). **Desafios contemporâneos do sistema acusatório**. Brasília: ANPR, 2018. p. 258-290. Disponível em: http://anpr.org.br/images/assets/uploads/files/publicacoes/q%20-%20s/Sistema_Acusatorio.pdf. Acesso em: 30 jan. 2021.

BETHENCOURT, Francisco. **História das Inquisições: Portugal, Espanha e Itália – Séculos XV-XIX**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

BORGES, Clara Maria Roman. Um olhar para além dos sistemas processuais penais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 104, set. 2013. DTR\2013\9093.

BÖTTCHER, Carlos Alexandre. **Iudicet iudicative iubeat**: reflexões sobre as origens do processo civil romano e da bipartição. 2012. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-02042013-111606/pt-br.php>. Acesso em: 10 ago. 2020.

BRASIL, Senado Federal. **Comissão de Constituição e Justiça responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal**, de 09 de dezembro de 2009. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4574387&ts=1594032503965&disposition=inline>. Acesso em: 29 ago. 2020.

BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um direito penal democrático**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BUSATO, Paulo César. O “desentranhamento do juiz”. *In*: SOUZA, Renee do Ó (org.). **Lei Anticrime**: comentários à Lei 13.964/2019. Belo Horizonte: D’Plácido, 2020. p. 251-263.

CALDAS, Diana Furtado; LORENS, Pedro da Gama Lobo. Resquícios do sistema inquisitorial do processo penal brasileiro: impossibilidade de perpetuação da figura do juiz como agente de persecução penal na nova ordem constitucional. *In*: GOZÁLEZ POSTIGO, Leonel (org.). **Desafiando a inquisição**: Ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil. Vol. III. Santiago de Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas – CEJA. p. 29-46. 2017. Disponível em: <https://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/5550>. Acesso em: 6 jun. 2021.

CAMMACK, Mark. E. The rise and fall of the constitutional exclusionary rule in the United States. **American Journal of Comparative Law**, v. 58, Supp. 2010, p. 631-658. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2557179>. Acesso em: 30 jul. 2020.

CHARLES LEA, Henry. **A history of the inquisition of Spain**. v. 1-4. Complete Edition. E-artnow, 2020. Kindle.

CHURCHILL, Winston S. **The birth of Britain**: a history of the english-speaking people. vl. 1. New York: Barnes & Nobles Inc. Apple books, 2015.

COSTA, Angelo Augusto. Para sair da conjuntura: uma agenda de pesquisa sobre a distinção entre sistema acusatório e inquisitório. *In*: TINOCO, Livia Nascimento *et al.* (org.). **Desafios contemporâneos do sistema acusatório**. Brasília: ANPR, 2018. p. 133-164. Disponível em: http://anpr.org.br/images/assets/uploads/files/publicacoes/q%20-%20s/Sistema_Acusatorio.pdf acesso em 20.06.2020. Acesso em: 21 dez. 2020.

COSTA, Pietro. **O estado de direito**: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, a. 30, n. 30, p. 163-198, 1998.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Mudar a mentalidade. **Jornal Gazeta do Povo**, Curitiba, 30 mar. 2009. Disponível em:

<https://www.gazetadopovo.com.br/opiniao/artigos/mudar-a-mentalidade-bi5nm9xpxmj3j11solok1jbri/>. Acesso em: 9 nov. 2020.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório. Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de Informação Legislativa**. Edição Especial Reforma do Código de Processo Penal, ano 46, n. 183, p. 103-115, jul./set. 2009. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194935>. Acesso em: 7 set. 2019.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz no processo penal**. 2015. Empório do Direito. São Paulo. 18 de abril de 2015. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal>. Acesso em: 5 jan. 2021.

DAMASKA, Mirjan R. Structures of authority and comparative criminal procedure. **Yale Law Journal**, 1975. v. 84. p. 480-544. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1590/. Acesso em: 5 mar. 2021.

DAMASKA, Mirjan R. **Evaluation of evidence**: premodern and modern approaches. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DAVID, René. **O direito inglês**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2020.

DEI VECCHI, Diego. La prueba judicial como conocimiento: una caracterización poco persuasiva. In: BELTRÁN, Jordi Ferrer; VÁZQUEZ, Carmen (coord.). **Debatiendo com Taruffo**. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 273-295.

DRESSLER, John (ed.). **Encyclopedia of crime and justice**. 2. ed. v. 1. Abortion – Cruel & Unusual Punishment. Macmillan Reference USA. Gale Group, 2002.

DUTRA, Luiz Henrique de Araújo. **Filosofia da linguagem**: introdução crítica à semântica filosófica. 2. ed. rev. Florianópolis: Ed. da UFSC. 2017.

ECHR. **Guide on Article 6 of the Convention** – Right to a fair trial (*criminal limb*). 30 april 2021. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_6_criminal_eng.pdf. Acesso em: 6 out. 2020.

ETXERBERRÍA GURIDI, José Francisco. La prueba de ADN en el futuro proceso penal español. In: GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis (coord.). **La Prueba de ADN en el proceso penal**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014.

FACCINI NETO, Orlando; RAMIRES, Maurício. Refutando a indiferença do ceticismo: a estrutura narrativa dos casos penais e a função do juiz na produção da prova. In: SALGADO, Daniel. de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (org.). **A prova no enfrentamento à macrocriminalidade**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 27-52.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**: Teoría del garantismo penal. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRÉR BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Marcial Pons: Madrid, 2007.

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

FERRÉR BELTRÁN, Jordi. Los poderes probatorios del juez y el modelo de proceso. **Revista De La Maestría En Derecho Procesal**, v. 7, n. 2. p. 137-164, 2017. Disponível em: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/19697>. Acesso em: 8 ago. 2020.

FERRÉR BELTRÁN, Jordi. La carga dinámica de la prueba. Entre la confusión y lo innecesario. *In*: **La prueba en el proceso – Evidence in the process: II Conferencia Internacional & XXVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal**. Barcelona: Atelier, 2018. p. 131-149.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. **Direito processual penal**. Clássicos Jurídicos. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

FISCHER, Douglas. A cadeia de custódia das provas na lei 13.964/2019, as obrigações processuais penais positivas e as nulidades do processo penal. *In*: SOUZA, Renee do Ó (org.). **Lei Anticrime**: comentários à Lei 13.964/2019. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. p. 137-149.

FISCHER, Douglas; VALDEZ, Frederico. Prova, verdade e as obrigações processuais penais positivas. *In*: QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (coord.). **Altos Estudos Sobre a Prova no Processo Penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2020. p. 61-95.

FURTADO MENDES, Carlos Hélder Carvalho; MELO, Marcos Eugênio. Mentalidade inquisitória e instrumentalidade do processo penal: transição democrática, reformas processuais e permanências autoritárias. **Arquivo Jurídico**, v. 4, n. 1, p. 84-99, jan./jul. 2017. Disponível em: <https://revistas.ufpi.br/index.php/raj/article/view/7419>. Acesso em: 2 ago. 2019.

GIACOMOLLI, Nereu José. Atividade do juiz criminal frente à constituição: deveres e limites em face do princípio acusatório. *In*: GAUER, Ruth Maria Chittó (coord.). **Sistema penal e violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GLESS, Sabine. Germany: balancing truth against protected interests. *In*: THAMAN, Stephen C. (ed.). **Exclusionary rules in comparative law**. Spring, 2013. p. 113-142.

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

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Princípios gerais da prova no Projeto de Código de Processo Penal. Projeto nº 156/2009 do Senado Federal. **Revista de Informação Legislativa**. Edição Especial Reforma do Código de Processo Penal, ano 46, n. 183, p. 35-45, jul./set. 2009. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194935>. Acesso em: 5 jul. 2020.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. **Garantias constitucionales en el enjuiciamiento criminal peruano em la reforma del proceso penal peruano**. Anuario de Derecho Penal, 2004. Disponível em: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2004_07.pdf. Acesso em: 12 fev. 2019.

GRANDE, Elisabetta. Dance of criminal justice: thoughts on systemic differences and the search for the truth. *In*: JACKSON, John; LANGER, Máximo; TILLERS, Peter. **Evidence in a comparative and international context**. Essays in Honour of professor Mirjan Damaska. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2008. p. 145-164.

GREEN, Thomas A. **Verdict according to conscience: perspectives on the English criminal trial jury 1200-1800**. Chicago: University of Chicago Press, 1985. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/books/4>. Acesso em: 6 nov. 2020.

GRIFFITHS, John. Ideology in criminal procedure or a third ‘model’ of the criminal process. **Yale Law Journal**, v. 79, 1970, p. 359-417. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol79/iss3/1/>. Acesso em: 8 jun. 2021.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **As nulidades do processo penal**. 11. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Verdade Real e verdade formal? Um falso problema. *In*: PEREIRA, F. C. (coord.). Verdade e prova no processo penal: estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016. p. 1-13.

GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. **A atividade probatória Complementar do Juiz como Ampliação do Contraditório e da Ampla Defesa no Novo Processo Penal Brasileiro**. Tese (Doutorado em Direito) – Curitiba: UFPR, 2015. Disponível em <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/41025>

HAACK, Susan. **Filosofia das lógicas**. São Paulo: Editora UNESP. 2002.

HAACK, Susan. La justicia, la verdade y la prueba: no tan simple, después de todo. *In*: BELTRÁN, Jordi Ferrer; VÁZQUEZ, Carmen (coord.). **Debatiendo com Taruffo**. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 311-340.

HABERMAS, Jürgen. **Verdade e Justificação: ensaios filosóficos**. São Paulo: Ed. Loyola, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do Agir Comunicativo, 1: racionalidade da ação e racionalização social**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do Agir Comunicativo, 2**: sobre a crítica da razão funcionalista. trad: Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

HABERMAS, Jürgen. Teorías de la verdad (1973). In: NICOLÁS, Juan A.; FRÁPOLLI, Maria J. (ed.). **Teorías contemporáneas de la verdad**. Madrid: Tecnos, 2012. p. 625-675.

HARDING, Alan. **Medieval law and the foundations of the state**. Oxford: Oxford University Press, 2002.

HASSEMER, Winfried. Direito penal: fundamentos, estrutura e política. VASCONCELOS, Carlos Eduardo de Oliveira (org. e rev.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed, 2008.

HASSEMER, Winfried. **¿Por qué castigar?** Razones por las que merece la pena la pena. Tirant lo Blanch: Valencia, 2016.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Europeia**: síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

HOLMES JR., Oliver Wendell. **The common law**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University, 2009.

HUDSON, John. **The formation of the english common law**: law and society in England from King Alfred to Magna Carta. Second Edition. London and New York: Routledge, 2018.

JIMENO BULNES, Mar. El proceso penal en los sistemas del Common Law and Civil Law: los modelos acusatorios e inquisitivo en pleno siglo XXI. **Justicia**, n. 2, p. 201-304, 2013.

JIMENO BULNES, Mar. American Criminal Procedure in a European Context. **Cardozo Journal of International and Comparative Law (JICL)**, v. 21, n. 2, 2013. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2276682. Acesso em: 20 jan. 2020.

KAMISAR, Yale. In Defense of the Search and Seizure Exclusionary Rule (Law and Truth - The Twenty-First Annual National Student Federalist Society Symposium on Law and Public Policy – 2002). **Harv. J. L. & Pub. Pol'y**, v. 26, n. 1, 2003, p. 119-40. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/articles/267/>. Acesso em: 5 maio 2020.

KAPLAN, John. The limits of the exclusionary rule. **Stanford Law Review**, v. 26, n. 5, p. 1027-1055, 1974. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1227690>. Acesso em: 20 ago. 2020.

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

KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

KUNERT, Karl H. Some observations on the origin and structure of evidence rules under the common law system and the civil law system of 'free proof' in the German Code of Criminal Procedure. **Buffalo Law Review**, 1966, v. 16, p. 122-164. Disponível em:

<https://digitalcommons.law.buffalo.edu/buffalolawreview/vol16/iss1/10/>. Acesso em: 1 jun. 2021.

LANGBEIN, John H. The criminal trial before the lawyers. **The University of Chicago Law Review**, n. 45, 1978. p. 263-316. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol45/iss2/2/>. Acesso em: 21 jan. 2019.

LANGBEIN, John H. The historical origins of the privilege against self-incrimination at common law. 92. **Michigan Law Review**, 1994, p. 1047-1085. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol92/iss5/2/>. Acesso em: 2 jun. 2019.

LANGBEIN, John H. **The origins of adversary criminal trial**. Oxford studies in modern legal history. New York: Oxford University Press, 2003.

LANGBEIN, John H. **Torture and the law of proof: European in the ancien régime**. Chicago: The University of Chicago Press, 2006.

LANGER, Maximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure. **Harvard international law journal**, v. 45, n. 1, p. 1-64, 2004. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=707261>. Acesso em: 3 out. 2020.

LANGER, Maximo. The long shadow of the adversarial and inquisitorial categories. *In*: DUBBER, Markus D.; HÖERNLE, Tatjana (ed.). **The Oxford Handbook of Criminal Law**. Oxford: Oxford University Press, 2014. ECLA School of Law Research Paper. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2360617>. Acesso em: 9 nov. 2020.

LANGER, Maximo. **In the Beginning Was Fortescue: On the Intellectual Origins of the Adversarial and Inquisitorial Systems and Common and Civil Law in Comparative Criminal Procedure** (December 13, 2015). Liber Amicorum in Honor of Professor Damaška (Duncker & Humblot, 2016). UCLA School of Law Research Paper No. 16-03. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2703126>. Acesso em: 2 jun. 2021.

LE GOFF, Jacques. **O homem medieval**. Lisboa: Editorial Presença, 1989.

LE GOFF, Jacques. **A civilização do ocidente medieval**. Bauru, SP: Edusc, 2005.

LE GOFF, Jacques; SCHMITT, Jean-Claude. **Dicionário temático do ocidente medieval**. v. 1. Bauru/SP: EDUSC, 2006.

LE GOFF, Jacques. **A história deve ser dividida em pedaços?** São Paulo: Editora Unesp, 2015.

LEMPERT, Richard. Anglo-american and continental systems: marsupials and mammals of the law. *In*: JACKSON, John; LANGER, Máximo; TILLERS, Peter. **Evidence in a comparative and international context**. Essays in Honour of professor Mirjan Damaska. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2008. p. 395-413.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Volume único. 8. ed. rev. amp. e atual. Salvador: Juspodium, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Pacote Anticrime**: comentários à Lei n. 13.964/19 – artigo por artigo. Salvador: Juspodivm, 2020.

LOPES JR., Aury. Bom para quê (m)? **Boletim IBCCRim**, ano 16, n. 188, São Paulo: IBCCrim, 2008. Disponível em: https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigos/224-188-Julho-2008. Acesso em: 5 jan. 2021.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação. Apple Books, 2014.

LOPES JR., Aury. **Fundamentos de processo penal**: introdução crítica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES JR., Aury. **Fundamentos de processo penal**: introdução crítica. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LOPES JR., 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**, Porto Alegre, n. 73, p. 12-25, ago./set. 2016. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10923/11252>. Acesso em: 4 set. 2020.

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

LOPES JR., Aury. O problema da “verdade” no processo penal. *In*: PEREIRA, Flávio Cardoso (coord.). **Verdade e prova no processo penal**: estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016. p. 63-107.

LÓPEZ GUERRA, Luis. **El di logo entre el tribunal europeo de derechos humanos y los tribunales españoles**. Coincidencias y divergencias en Teoría y Realidad Constitucional, n. 32. p. 139-158, 2013. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4558660>. Acesso em: 4 nov. 2020.

MARINHO MARQUES, Leonardo Augusto; SANTIAGO NETO, José de Assis. A cultura inquisitória mantida pela atribuição de escopos metajurídicos ao processo penal. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 1. n. 2, jul./dez. p. 379-398, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.17765/2176-9184.2015v15n2p379-398>. Acesso em: 5 mar. 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**: de acordo com o CPC de 2015. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MAYA, André Machado. **Imparcialidade e Processo Penal. Da Prevenção da Competência ao Juiz de Garantias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. **El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal**. 2. ed. Barcelona: Bosch, 2004.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. La prueba ilícita: la regla de exclusión probatória y sus excepciones. **Revista Catalana de Securetad Pública**, mayo 2010, p. 131-151.

MONTERO AROCA, Juan. El principio acusatório entendido como eslogan político. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 66-87, 2015. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/4>. Acesso em: 5 fev. 2021.

MORAES, Maurício Zanóide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação da decisão como legitimação do Estado de Direito. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, dez. 1979. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/8836>. Acesso em: 9 maio 2021.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos. **Revista de Processo**, v. 92, p. 87-104, out./dez. 1998.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **La búsqueda de la verdade en el proceso penal**. 3. ed. Buenos Aires: Hammurabi. 2007.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **El derecho penal en tiempos de cólera**. En *Un Derecho Penal Comprometido*. Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Diaz. Tirant Lo Blanch, 2011. pp. 851-884.

GUZMÁN, Nicolas. **El papel de la verdade** en *Fundamentos de Derecho Probatorio em Material Penal*; AMBOS, Kai. Tirant Lo Blanch, 2019. p. 51-79.

NICOLÁS, Juan A.; FRÁPOLLI, Maria J. Teorías actuales de la Verdad. **Diálogos Filosóficos**, n. 38, maio/ago. p. 149-178, 1998. Disponível em: <http://www.ugr.es/~frapolli/teoriasactuales.pdf>. Acesso em: 6 abr. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 12. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do Júri**. 4. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 13. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PACKER, Herbert. L. **Two models of the criminal process**. *University of Pennsylvania Law Review*, 1964, v. 113. p. 1-68.

PARSONS, Talcott. **The Structure of Social Action: a Study in Social Theory with Special Reference to a Group of Recent European Writers**. 4th print. Illinois: Glencoe Free Press, 1966.

PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **Libertad probatoria y reserva de ley**: “autodeterminación informacional” como derecho fundamental del imputado. En *Fundamentos de Direito Probatorio em Matéria Penal*. AMBOS, Kai. Madrid: Tirant Lo Blach, 2019.

PÉREZ ESTRADA, M. Josune. **El uso de algoritmos en el proceso penal y el derecho a un proceso con todas las garantías**. En: *Claves de La Justicia Penal: Feminización, Inteligência Artificial, Supranacionalidade y Seguridad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

PERNOUD, Régine. **Luz sobre a idade média**. Lisboa: Mem Martins: Publicações Europa – América, 1997.

PERNOUD, Régine. **Those terrible middle ages**: debunking the myths. San Francisco: Ignatius Press, 2000.

PERRON, Walter. El adn y el proceso penal en alemania. In: GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis (coord.). **La Prueba de ADN en el Proceso Penal**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014.

PIRENNE, Henri. **Maomé e Carlos Magno**: o impacto do Islã sobre a civilização europeia. Rio de Janeiro: Contraponto. Ed. PUC-Rio, 2010.

POUCHAIN RIBEIRO, Pedro Melo. **La Regla de Exclusión de La Prueba Ilícita**: un estudio comparado desde su origen em EE.UU [livro eletrônico]. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 2. ed. Rio de janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

PRADO, Geraldo. **Em torno da jurisdição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

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

POLLOCK, Frederick. The King’s Peace in the Middle Ages. **Select Essays in Anglo-American Legal History**. In Three Volumes. v. II. History of Particular Topics. Boston: Little Brown and Company, 1908. p. 403-417.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de processo penal norte-americano**. São Paulo: RT, 2006.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **O devido processo legal no contexto do processo penal adversarial e sua evolução na suprema corte dos EUA**: a proibição de buscas e apreensões desarrazoadas e o privilégio contra a autoincriminação forçada. Tese – Curitiba, 2019.

RAMSEY, Frank Plumpton. Facts and Propositions. **Truth**: Proceedings of the Aristotelian Society. The Virtual Issue, n. 1. p. 5-19, 2013. Disponível em: <http://www.aristoteliansociety.org.uk/the-virtual-issue/the-virtual-issue-no-1-truth/>. Acesso em: 12 ago. 2020.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 28. ed. São Paulo: Atlas. Kindle, 2020.

REYES ALVARADO, Yesid. **Prohibiciones de Prueba em Los sistemas de tendência inquisitiva y adversarial** em Fundamentos de Derecho Probatorio em Material Penal; AMBOS, Kai. Tirant Lo Blanch, 2019.

ROBERTS, Paul. Faces of Justice Adrift? Damaška's Comparative Method and the Future of Common Law Evidence. *In*: JACKSON, John; LANGER, Máximo; TILLERS, Peter. **Evidence in a comparative and international context**. Essays in Honour of professor Mirjan Damaska. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2008. p. 295-328.

RUST, Leandro Duarte. Bulas Inquisitoriais: Ad Bolendam (1184) e Vergentis in Senium (1199). **Revista de História**, São Paulo, n. 166, p. 129-161, jan./jun. 2012. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/revhistoria/article/viewFile/48532/52451>. Acesso em: 2 dez. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana: notas em torno da discussão sobre o seu caráter absoluto ou relativo na ordem jurídico-constitucional. *In*: ALEXY, Robert *et al.* (org.). **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**. Florianópolis: Qualis, 2015. p. 91-121.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetória e metodologia**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SCH NEMANN, Bernard. ¿Crisis del procedimiento penal? (¿marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?). *In*: SCH NEMANN, Bernard. **Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milênio**. Madrid: Tecnos, 2002. p. 288-302.

SEARLE, John R. **Expression and Meaning: studies in the theory of speech acts**. Cambridge: Cambridge University Press, 1979.

SEGATTO, Antonio Ianni. A antinomia da verdade: Putnam, Rorty e Habermas. **Cognitio: Revista de Filosofia**, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 119-137, jan./jun. 2009. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/cognitiofilosofia/article/view/13463/9979>. Acesso em: 16 jul. 2020.

SHELLEY, Bruce L. **História do Cristianismo: uma obra completa e atual sobre a trajetória da igreja cristã desde as origens até o século XXI**. Rio de Janeiro: Thomas Nelson Brasil. Kindle, 2018.

SIEMS, Mathias. **Comparative Law**. 2. ed. Cambridge Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

SILVA JARDIM, Afrânio. O princípio da verdade real no processo penal: uma explicação necessária. **Empório do Direito**, São Paulo, 24 jul. 2018. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/o-principio-da-verdade-real-no-processo-penal-uma-explicacao-necessaria>. Acesso em: 14 jun. 2021.

SILVA, Rodrigo Fauz Pereira; AVELAR, Daniel Ribeiro Surdi de. **Manual de tribunal de júri**. São Paulo: Thomson Reuters. Brasil, 2021.

SILVA, Sandra Oliveira e. **O arguido como meio de prova contra si mesmo**: considerações em torno do princípio "*nemo tenetur*" se "*ipsum accusare*". Tese (Doutorado em Ciências Jurídico-Criminais) – Coimbra: Edições Almedina. S.A., 2018.

SIMÕES, Eduardo. **Wittgenstein e o problema da verdade**. Belo Horizonte, MG: Argymentvm, 2008.

SMITH, David Chan. **Sir Edward Coke and the reformation of the laws**: religion, politics and jurisprudence. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

SOARES, Gustavo Torres. **Investigação criminal e inovações tecnológicas**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e método de trabalho. 2. ed. 3. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

SPENCER, John. R. **Hearsay evidence in criminal proceedings**. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2008.

STEPHEN, James Fitzjames. **A History of the Criminal Law of England**. In Three Volumes. Vol. I. London: MacMillan and Co., 1883.

STEPHEN, James Fitzjames. **Criminal Procedure From the Thirteenth to Eighteenth Century**. In Select Essays in Anglo-American Legal History. In Three Volumes. Vol. II. History of Particular Topics. Boston: Little Brown and Company, 1908. p. 443-530.

STRAWSON, Peter Frederick. **Truth**. In Proceeding of the Aristotelian society: The Virtual Issue n. 1. p. 52-74. 2013. Disponível em: <http://www.aristoteliansociety.org.uk/the-virtual-issue/the-virtual-issue-no-1-truth/>. Acesso em: 1 jun. 2021.

STRECK, Lenio. **Tribunal do Júri**: símbolos e rituais. 4. ed. rev. e mod. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TARUFFO, Michele. **La Prueba de los hechos**. 2. ed. Madrid: Editora Trotta, 2005.

TARUFFO, Michele. **Verdad, prueba y motivación en la decision sobre los hechos**. Cuadernos de Divulgación de La justicia Electoral. n. 20. Mexico: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2013.

TARUFFO, Michele. **A Prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

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

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

THAMAN, Stephen. A comparative approach to teaching criminal procedure and its application to the post-investigative stage. **Journal of Legal Education**, v. 56. p. 459-476, 2006. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2591461>. Acesso em: 7 out. 2020.

THAMAN, Stephen. Should criminal juries give reasons for their verdicts? The Spanish experience and the implications of the European Court of Human Rights decision in *Taxquet v. Belgium*. **Chicago-Kent Law Review**, v. 86, n. 2. p. 613-668, 2011. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2647584. Acesso em: 28 fev. 2021.

THAMAN, Stephen. Two faces of justice in the post-soviet sphere. In: JACKSON, John; LANGER, Máximo; TILLERS, Peter. **Evidence in a comparative and international context. Essays in Honour of professor Mirjan Damaska**. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2008. p. 99-119.

THUNS, Gilberto. **O mito sobre a verdade e os sistemas processuais** em Leituras Constitucionais do Sistema Penal Contemporâneo. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 153-176.

TINOCO, Livia Nascimento. Autorização judicial prévia para instauração de inquéritos por crimes eleitorais: uma análise sob a perspectiva do sistema acusatório. In: TINOCO, Livia Nascimento *et al.* (org.). **Desafios contemporâneos do sistema acusatório**. Brasília: ANPR, 2018. p. 229-246.

TOULMIN, Stephen Edelson. **Os usos do argumento**. São Paulo: Martins Fontes. 2001.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. v. 1. 34. ed. rev. e de acordo com a lei 12.403/2011. São Paulo: Saraiva, 2012.

VAINFAS, Ronaldo. **Trópico dos pecados: moral, sexualidade e inquisição no Brasil**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011. Edição do Kindle.

VAN CAENEGAN, R. C. **The Birth of the English Common Law**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

VIEIRA, Renato Stanzola. O que vem depois dos “legal transplants”? Uma análise do processo penal brasileiro atual à luz de direito comparado. **Rev. Bras. de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 767-806, maio/ago. 2018.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

VIVÉS ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos del Sistema Penal**. 2. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011.

VIVÉS ANTÓN, Tomás S. Ferrajoli y Después: una reflexión sobre los fundamentos de la teoría del derecho. **Teoría & Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico**. Valencia: Tirant Lo Blanch, n. 13, 2013. p. 281-327.

VIVÉS ANTÓN, Tomás S. **Hechos, valores y normas: Crónica de un debate filosófico-jurídico en Pensar La Libertad**. Últimas reflexiones sobre el Derecho y la Justicia, 2019.

VOGLER, Richard. **A world view of criminal justice**. University of Sussex. New York: Routledge, 2017.

WEIGEND, Thomas. The Decay of the Inquisitorial Ideal: Plea Bargaining Invades German Criminal Procedure. *In*: JACKSON, John; LANGER, Máximo; TILLERS, Peter. **Evidence in a comparative and international context**. Essays in Honour of professor Mirjan Damaska. Oxford and Portland: Oregon Hart Publishing, 2008. p. 39-64.

WHITE, Michael. **The pope and the heretic**: the true story of Giordano Bruno, the man who dared to defy the roman inquisition. Harper-Collins e-book, 2003.

WHITMAN, James Q. **The origins of Reasonable doubt**: theological roots of the criminal trial. Yale: Yale University Press, 1957.

WHITMAN, James Q. No right answer? *In*: JACKSON, John; LANGER, Máximo; TILLERS, Peter. **Evidence in a comparative and international context**. Essays in Honour of professor Mirjan Damaska. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2008. p. 271-292.

WIGMORE, John H. A General Survey of the History of the Rules of Evidence. **Select Essays in Anglo-American Legal History**. Vol. II. History of Particular Topics. Boston: Little Brown and Company, 1908. p. 691-701.

WIGMORE, John H. Nemo tenetur seipsum procedure. **Harvard Law Review**, v. 5, n. 2. maio 15, 1891. p. 71-88. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/1321425>. Acesso em: 10 mar. 2021.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Da certeza (1969)**. reimp. ed. bilíngue. Biblioteca de Filosofia Contemporânea 13. Lisboa: Edições 70, 2018.

WOLTER, Jürgen. **O inviolável e o intocável no direito processual penal**: reflexões sobre a dignidade da pessoa humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal. São Paulo: Marcial Pons, 2018.