

**O DESAFIO COGNITIVO E A FIGURA DO JUIZ DAS GARANTIAS  
QUANTO AO TRIBUNAL DO JÚRI**

*THE COGNITIVE CHALLENGE AND THE FIGURE OF THE  
GUARANTEE JUDGE AS TO THE COURT OF THE JURY*

*Christopher RAVAGNANI<sup>1</sup>*

*Thaise MATTAR ASSAD<sup>2</sup>*

*Beatriz PEIXOTO<sup>3</sup>*

**RESUMO**

O presente trabalho, por meio de uma revisão bibliográfica, analisa questões relacionadas ao atual procedimento do tribunal do júri. Dessa forma, à luz da lei n. 13.964/2019, com a criação do instituto do Juiz das Garantias, questiona-se quais possíveis impactos que isso poderia trazer ao rito do Tribunal de Júri e perpassa, como consequência da temática, quanto ao procedimento de produção de prova. Ademais, no tocante ao livre convencimento motivado do magistrado, percebe-se que, tomado de uma falsa neutralidade, abarca posicionamentos outrora manifestados pelo *parquet*. Evidenciando, ao final, que o desejo de um procedimento puramente acusatório ficou no campo das ideias, vigorando, até o momento, um sistema processual que se demonstra como eivado de aspectos inquisitoriais.

---

<sup>1</sup> Advogado criminalista. Mestre em Direito pela UNESP - Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", car.advogado@hotmail.com.

<sup>2</sup> Advogada criminalista, especialista em direito penal e processual penal, mestranda em ciências criminais pela PUC/RS, mestranda em ciências jurídicas criminais pela Universidade Autónoma de Lisboa (Portugal), vice-presidente da ABRACRIM/PR – APACRIMI, vice-presidente da comissão de defesa das prerrogativas profissionais da OAB/PR e conselheira do IBDPE – Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico, thaisemattarassad@gmail.com.

<sup>3</sup> Bacharel em direito pelo Centro Universitário – CESMAC e pós-graduanda em Direito Penal e Criminologia pela PUC/RS, beatrizvpeixoto@hotmail.com.

**PALAVRAS-CHAVE:** Processo Penal; Prova; Tribunal Do Júri; Juiz Das Garantias.

### **ABSTRACT**

The present paper, through a bibliographic review, analyzes issues related to the current procedure of the jury court. Thus, in the light of law no. 13.964 / 2019, with the creation of the institute of the Judge of Guarantees, it is questioned what possible impacts that this could bring to the rite of the Jury Court and pervades, as a consequence of the theme, regarding the procedure of producing evidence. Furthermore, as to the free motivated knowledge of the magistrate, it is clear that, taking on a false neutrality, it encompasses positions previously manifested. Finally, evidencing that the desire for a purely accusatory procedure remained in the field of ideas, with a procedural system in force that has been shown to be riddled with inquisitorial aspects.

**Keywords:** Criminal Procedure; Evidence; Jury Court; Judge Of The Guarantees.

## **1 A PRETENZA IMPLEMENTAÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS PELA LEI 13964/2019**

A problemática da originalidade cognitiva do julgador no processo penal brasileiro hoje é ponto de intenso debate. Nossa sistemática, até que se decida acerca da regra pela prevenção<sup>4</sup>, permite que o magistrado que atuou no inquérito policial, deferindo diligências probatórias, medidas cautelares e de segregação, atue também na esfera judicial, apesar de ter conhecimento de toda a carga cognitiva adquirida em sede pré-processual.

Uma das questões que apresenta maior problema dentro da dialética processual penal, é a de que o panorama do julgador se apresenta completamente

---

<sup>4</sup> Até a data final da escrita deste artigo, a entrada em vigor de parte da Lei 13.964/19 estava suspensa por decisão liminar do Ministro Luiz Fux, nos autos da ADIN 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305.

contaminado pela experiência pré-processual. Dessa forma, é a figura do magistrado como verdadeiro gestor da prova, concentrando uma tarefa que compromete sua função jurisdicional séria e acaba por acarretar vícios que interferem no desfecho do caso penal. O agravante desta desvirtuada função é a pretensão de fim do processo penal como busca da verdade real como requisito para um desejo de justiça<sup>5</sup>.

Com a aprovação da Lei 13.964 de 2019, denominada, curiosamente, como o “pacote anticrime”, tivemos a agradável surpresa de um provável caminhar para o sistema acusatório, dispondo acerca da previsão do juiz de garantias. Porém, a promessa da implementação de um sistema de matriz acusatória, trazida no bojo do art. 3-A da nova legislação, no momento, está com sua eficácia suspensa pela concessão de liminar na medida cautelar das ADI’s 6298, 6299, 6300 e 6305, em trâmite no STF, pelo Ministro Luiz Fux.

Portanto, falar sobre a necessária implementação do juiz das garantias no processo penal é, antes de tudo, falar sobre a impossibilidade de um magistrado ser hoje imparcial em nosso sistema processual brasileiro. O sistema em que estamos inseridos, de matriz inquisitorial (ou neoinquisitorial) não permite que o magistrado possa desenvolver suas potencialidades de forma imparcial.

Em nossa lógica processual, o juiz que tem contato com o acusado desde logo após o cometimento do crime, que participa ativamente da fase policial podendo requerer provas antecipadas e deliberar acerca de pedidos de interceptação telefônica, busca e apreensão, infiltração de agentes, prisão preventiva, dentre outros, é o mesmo juiz que, além de decidir pelo recebimento da denúncia, vai ser o responsável pela instrução e julgamento do caso penal, tendo como seus acompanhantes sua vivência pré-processual e o caderno investigatório, com toda carga cognitiva que lhes é inerente.

---

<sup>5</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. La búsqueda de la verdad en el proceso penal, Lección Inaugural Curso 1998-99, Universidad Pablo D Olavide Sevilla.

Ou seja, toda aquela serenidade propiciada pela originalidade cognitiva do julgador que nunca teve contato com o material da persecução penal, se perde. E assim, a partir do raciocínio de que ninguém tem compromisso com a produção de resultados injustos: perde a defesa, perde o acusado, perde o Ministério Público e perde o processo penal.

Entregar um procedimento como o nosso, carente de garantias, de contraditório e de presença defensiva, nas mãos do magistrado que irá decidir o desfecho do caso penal, torna inviável que se fale em lealdade processual e em paridade de tratamento entre acusação e defesa.

A partir da real motivação que circunda nosso Código de Processo Penal, necessário é analisarmos o processo penal sob o enfoque constitucional, mormente no que tange ao prejuízo trazido à efetivação da ampla defesa e do contraditório, princípios basilares do Estado Democrático de Direito, na não observância da imparcialidade do julgador no sistema em que estamos imersos. A posição do magistrado no processo penal é de garante dos direitos fundamentais do sujeito passivo<sup>6</sup>, não de protagonista processual ou gestor da prova, empenhado na busca incessante pela verdade do caso penal.

Diante da atual realidade do processo penal do espetáculo<sup>7</sup>, precisa-se enfrentar a manipulação do discurso enquanto finalidade para atendimento de expectativas e/ou para a busca de uma verdade suprema. O novo papel do juiz, com seus consquentes desdobramentos, merece atenção no que tange a condução processual e suas revelações psicanalíticas.

---

<sup>6</sup> LOPES JR, Aury; RITTER, Ruiz. A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial. Desafiando a inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil, p. 313. Centro de Estudos de Justicia de las Américas, CEJA. Chile.

<sup>7</sup> Expressão cunhada por Rubens Casara em sua obra "Processo Penal do Espetáculo. Ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira". Editora Empório do Direito, 2017.

Por certo, o juízo fático é elemento primordial da sentença penal, carecendo de efetivo controle por meio da esfera recursal<sup>8</sup>. A crença em um caráter evidente dos fatos reforça o exercício de seu poder contaminado, que inviabiliza a oportunidade do contraditório e da ampla defesa. Conforme Cunha Martins, “*diz-se evidente o que dispensa a prova. Simulacro de auto referencialidade, pretensão de uma justificação centrada em si mesmo, a evidência corresponde a uma satisfação demasiada rápida perante indicadores de mera plausibilidade. De alguma maneira, a evidência instaura um desamor do contraditório*”<sup>9</sup>.

Desse modo, considerando-se a importância do juízo sobre fatos e do controle sobre a valoração probatória apta a desvirtuar a imparcialidade, a análise sobre o comportamento psicanalítico do magistrado, seu novo papel, originalidade cognitiva e a figura do juiz das garantias é primordial para o estudo do processo penal brasileiro.

## **2 O DESAFIO COGNITIVO E A FIGURA DO JUIZ DAS GARANTIAS**

A partir da análise da dogmática jurídico-penal em sua aplicação prática, destituída de influências interdisciplinares, podemos notar que o que evidentemente ocorre atualmente é uma confusão entre as pretensões de verdade e justiça, fulcrada na confusão inicial dos próprios conceitos e suas finalidades, pois apesar de serem institutos diferentes e distantes, muitos julgadores, por meio da própria prática forense, insistem em fazer com que um (verdade) seja requisito para o atingimento de

---

<sup>8</sup> GASCÓN ABELLÁN, María. Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba. 3a ed. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 12.

<sup>9</sup> MARTINS, Rui Cunha. O Ponto Cego do Direito. The brazilian lessons. 2a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 03. AMARAL, Augusto J. Política da prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo. São Paulo: Almedina, 2014. p. 390-406.

outro (justiça). Assim, acabam por substituir a pretensão de justiça, por uma única pretensão de verdade, a todo custo.

Tal confusão de pretensões é vista por Tomás S. Vives Antón como uma fonte de erro: *“A causa de esos dos obstáculos -y de muchos otros que de ellos derivan -la dogmática penal ha equivocado, en mi opinión, sus pretensiones. La pretensión de rectitud o corrección (de justicia), que naturalmente debía acompañar a sus formulaciones conceptuales, ha sido substituida, más o menos perceptiblemente, por una pretensión de verdad. Esta confusión de pretensiones es, sin duda, una fuente de error”*.

Todos os valores que as normas jurídicas carregam e tentam exprimir, ainda que implicitamente, podemos referir ao ideal da justiça, sendo a justiça, desse modo, a expressão de todo o ordenamento jurídico.

Porém, para que a justiça possa ser materializada, de acordo com Vives Antón, outros requisitos precisam ser atingidos, como a segurança jurídica, liberdade, eficácia, utilidade, dentre outros, pois não se constituem apenas como meros aspectos parciais que a ideia de justiça, como central do ordenamento jurídico, pretende instaurar.

Todos estes valores citados (dentre outros) possuem alta importância no momento de se proceder à exigência de responsabilidade jurídica e criminal, produzindo certa estabilidade no sistema e coibindo abusos.

O ponto de partida de toda atividade jurídica é o fato, o qual acaba surgindo como um problema advindo da realidade, e que deve ser absorvido, em um exercício de subsunção, pela norma jurídica. Para isso, de acordo com Francisco Muñoz Conde, deve-se primeiramente averiguar como esse fato se deu na realidade, sendo tal tarefa árdua, vez que a pessoa (no caso o magistrado) que analisa o problema, por não ter tido contato direto com este, está diante de algo que está no passado.

Assim, a missão do juiz é trabalhar na reconstrução dos fatos, para tentar alcançar a maneira que eles se deram no plano real. Registra-se que tal trabalho

apenas se aproxima da realidade, pois não é possível reproduzir o fato em todos os seus detalhes e circunstâncias, vez que a situação das pessoas e das coisas efetivamente se alteram ao longo do tempo (em maior ou menor grau), tornando-se distantes do que realmente aconteceu.

Evidenciado está que a pretensão de verdade é utópica, pois inalcançável no plano da realidade humana. Sendo assim, a pretensão que deve prevalecer no procedimento penal é a de “justiça”, aquela que é tateável no mundo dos autos, diante das provas e valorações jurisdicionais, não pertencendo ao julgador a análise do campo da verdade.

Ocorre que tal pretensão, pertencente ao julgador, fica prejudicada quando este, de acordo com a regra da prevenção (que é altamente questionável e problemática), prevista em nosso sistema, atua de forma ativa na fase pré-processual e, após, fica vinculado ao mesmo caso até exarar sentença. O prejuízo citado se dá pelo fato de que o momento da valoração na formação da decisão judicial, em especial no juízo sumário pré-processual, carece de maior atenção da doutrina, visto que é comumente estudado sem maiores cautelas ou considerado como mera (e falsa) convicção pessoal do magistrado, maculado por um subjetivismo exacerbado, quase místico<sup>10</sup>, que concede à acusação *status* de presunção de veracidade no que se refere às alegações postas.

Grande parte da doutrina permanece defendendo que a função da “atividade jurisdicional criminal” é a descoberta da verdade, fato determinante no que concerne a visão em relação às provas<sup>11</sup> e a postura do julgador, mesmo que hoje já se demonstre como insustentável qualquer posição extremada neste sentido, de

---

<sup>10</sup> GASCÓN ABELLÁN, Maria. Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba. 3a ed. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 12.

<sup>11</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Processual Penal. 1a ed. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 43; BETTIOL, Giuseppe. Instituciones de Derecho Penal y Procesal. Barcelona: Bosch, 1973. p. 250.

atingimento de uma verdade “real ou material”, eis que tal ideia foi desconstruída por críticas acerca da inviabilidade de obtenção desse conhecimento pretensamente integral e inquestionável<sup>12</sup>.

A incessante busca da verdade, pautada por limitações epistemológicas e diretamente relacionadas ao mecanismo processual, é a base utilizada pelos que defendem a função cognitiva ou racionalista da prova<sup>13</sup>. Ocorre que dentro de tal função, assumem-se as limitações do conhecimento judiciário e, inclusive de problemas relacionados a linguagem, de forma a adotar, assim, a noção de probabilidade.

Por impasses relacionados às tendências autoritárias, ocasionadas pelo aceite da “busca da verdade” como elemento fundamental, mostra-se como necessário o abandono deste dispositivo na construção da teoria do processo. Sempre se sustentou a impossibilidade de sua total exclusão<sup>14</sup>, mas é certo que a verdade não pode ser concebida como o fundamento ou a função do processo penal. Deve ser aceito, por todos os protagonistas da dialética processual, mormente pelo julgador, que mesmo que o processo tenha a pretensão de “reconstrução histórica dos fatos” a partir dos dados inerentes ao processo e seus rastros do passado, de modo que a versão adotada e reconstruída refletirá tal história de um modo aproximado, mas

---

<sup>12</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. 4a ed. São Paulo: RT, 2014. p. 46-50

<sup>13</sup> TARUFFO, Michele. *Consideraciones sobre prueba y motivación. Jueces para la democracia*, Madri, v. 59, p. 71-79, jul. 2007. p. 76; FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 64.

<sup>14</sup> MARTINS, Rui Cunha. *O Ponto Cego do Direito The Brazilian lessons*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

nunca integral, abrangente e inquestionável<sup>15</sup>. Sendo assim, qual o sentido de manutenção da verdade como objeto da prova?

Questionável também é a conduta do julgador como gestor das provas que possuem como pretensão a reconstrução da verdade no processo. Se, como já foi demonstrado, a pretensão de verdade possui alta carga negativa e de periculosidade, por suas falhas, incompletudes e vícios, como aceitar que seja imposta e almejada pelo magistrado, figura que deveria se colocar em situação de completa ignorância processual, o alcance da verdade para solucionar o caso penal?

Só o contato com a produção probatória do processo, em posição de ativismo judicial, já vicia a e compromete a imparcialidade do julgador, tornando impossível a valoração de todos os elementos processuais a partir de uma originalidade cognitiva. Tal falta, compromete por completo a seriedade e a própria prestabilidade do procedimento penal.

Sabe-se que, em regra, o julgador apenas deve agir mediante provocação. Tal premissa, por decorrência das raízes autoritárias, intrínsecas ao nosso sistema, é relativizada, por exemplo, pela própria redação do art. 156 do Código de Processo Penal, a qual traz a possibilidade de o julgador ordenar, de ofício, em fase policial ainda, a produção antecipada de provas consideradas relevantes, função esta que, por uma breve análise pautada pela lógica racional processual, deveria pertencer unicamente ao órgão acusador, e não ser atribuída tal função persecutória do Estado ao magistrado que irá conduzir o processo até a sentença.

Por relativizações como esta citada acima, que acarretam na atribuição ao julgador da gestão da prova, somadas ao ativismo judicial, conclui-se que nos deparamos com o perigo da postura inquisitória do julgador e com a formação de pré-

---

<sup>15</sup> KHALED JR., Salah H. A busca da verdade no processo penal. Para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013. p. 591.

juízos, fatores responsáveis pelos imensos prejuízos cognitivos para o exercício posterior da jurisdição no processo<sup>16</sup>.

Deste modo, tendo o julgador esta postura ativa e inquisitória, o alto risco de pré-juízos e contaminações que acarretem na sua imparcialidade, sem falar nas possíveis alterações psíquicas, exigem que nosso país implante a figura do denominado juiz das garantias, com a finalidade de atuação restrita e limitada na fase pré-processual, que esteja impedido de julgar o caso<sup>17</sup>.

O juiz das garantias, é altamente fundamental em um sistema acusatório sério, possuindo competência para decidir sobre todas as questões que, durante a investigação preliminar, incidam sobre os direitos e garantias individuais. Devendo a incumbência da investigação permanecer a cargo do Ministério Público e da polícia, que exercerá controle externo ao órgão de acusação. O magistrado deve ficar em posição equidistante dos interesses e pedidos das partes.

A denominada gestão da prova, para o sistema inquisitório, reúne no julgador as funções de julgar e acusar, o tornando o senhor da prova e do processo como um todo, de forma a prejudicar frontalmente o devido processo legal. Ainda, neste mesmo panorama inquisitório, o julgador guia-se por sua visão comprometida e viciada, valendo-se do *“mecanismo natural do pensamento da civilização ocidental que é a lógica dedutiva, a qual deixa ao inquisidor a escolha da premissa maior, razão por que pode decidir antes e, depois, buscar, quiçá obsessivamente, a prova necessária para justificar a decisão”*<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> LOPES JR, Aury; RITTER, Ruiz. A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial. Desafiando a inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil, p. 313. Centro de Estudos de Justicia de las Américas, CEJA. Chile.

<sup>17</sup> LOPES JR, Aury; RITTER, Ruiz. A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial. Desafiando a inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil, p. 313. Centro de Estudos de Justicia de las Américas, CEJA. Chile.

<sup>18</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. Observações sobre os sistemas processuais penais, p. 264. Observatório da mentalidade inquisitória. Curitiba, 2018.

### 3 IMPACTOS NO RITO DO TRIBUNAL DO JÚRI

Demonstra, então, a pesquisa quantitativa realizada pelo Professo Catedrático Bernd Schünemann<sup>19</sup>, que os conhecimentos dos autos do inquérito policial costumam a influenciar o magistrado, quando da tomada de decisões. Ademais, o Juiz busca também, conforme a pesquisa realizada, a se espelhar no detentor da ação penal, o Ministério Público.

Dito isto, é imperioso mencionar que o primeiro posicionamento do juiz, durante o rito do Tribunal do Júri, é quanto ao recebimento, ou não, da denúncia ou queixa. Portanto, quando o magistrado opta por receber a peça inicial, demonstra que vislumbrou – nesse ponto, sem manifestação defensiva – mínimos aspectos de punibilidade, constatando a materialidade e indícios de autoria. Evidenciando, contudo, a permanência de um sistema inquisitorial, contrário ao que dispõe o Art. 3º-A do Código de Processo Penal.

Neste mesmo olhar, a pesquisa qualitativa realizada pelo Mestre em Antropologia Pedro Roney, analisando audiências realizadas nas varas criminais da Justiça Federal de Fortaleza/CE<sup>20</sup> em 2018, abarcou como possível solução ao sistema processual vigente, a concentração da análise de notícia-crime no Ministério Público e, também, a adoção de parâmetros objetivos gerais de viabilidade da investigação e o direcionamento das investigações pelo Ministério Público.

Aqui, portanto, faz-se a citação destes aspectos para tornar cristalino, novamente, quão monopolizada está a decisão que precede o Tribunal de Júri, ou seja, quanto ao

---

<sup>19</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental, p. 30-50. Revista Liberdades, nº 11, setembro/dezembro de 2012.

<sup>20</sup> RIBEIRO, Pedro Roney Dias. Desafiando a inquisição sem mudar a legislação: possíveis mudanças das práticas profissionais para construção de um sistema de justiça menos inquisitivo, p. 13 – 30. Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), 2019.

recebimento ou não. Aliás, está, ainda, manchada sob os termos de uma pretensa neutralidade, quando, discretamente, o magistrado acolhe o posicionamento encontrado nos autos do Inquérito Policial e a produção científica busca, ainda mais, que o *parquet* se cubra de um poder exacerbado, renegando, à defesa, o espaço de silêncio.

Ora, se Schünemann demonstrou que a defesa pouco oferece subsídios para a tomada de decisão do magistrado, ficando este à mercê do posicionamento ministerial, o que resta à defesa? Absolutamente nada, apesar de sobreviverem, hoje, técnicas de investigação defensiva, o magistrado não se espelha nesta figura processual. É de se preocupar, entretanto, quando é realizada a constatação de que o tribunal de júri se destina a punir os crimes realizados contra o bem jurídico mais caro, a vida.

Dessa forma, o instituto, outrora suspenso, só se dispõe a acrescentar aspectos à verdadeira neutralidade judicial, a qual, só será alcançada quando houver a nítida distinção entre etapas do processo criminal. Portanto, o juiz das garantias, por mais que existam questionamentos quanto a sua execução, em teoria é capaz de democratizar o rito do tribunal de júri e, só agora, equilibrar as figuras processuais.

#### **4 CONCLUSÃO**

A alta incidência da função cognitiva da prova, tende a maximizar o papel da verdade no processo a tornando um instrumento excessivo voltado ao seu descobrimento. Nesse cenário, abrem-se inevitáveis brechas para a manifestação do autoritarismo, especialmente em razão do incremento de poder do julgador. Em razão

da crença em um fantasioso mito<sup>21</sup>, o juiz acaba por sair de sua posição garantidora para uma posição ativa, buscando que o processo alcance seu objetivo de alcance da verdade, ao passo que a dúvida gerará um estado de pendência dificilmente aceitável<sup>22</sup> e facilmente substituível por suas conclusões pessoais e imotivadas, dentro deste panorama.

Tal visão, apresenta insuficiências e graves problemas, pois desconsidera as limitações da pretensão de racionalidade da modernidade<sup>23</sup> e dos inevitáveis espaços de discricionariedade subjetiva do julgar, já que, o juiz, como ser-no-mundo, carrega consigo pré-compreensões e sua historicidade<sup>24</sup>, ou seja, por mais que deva ser imparcial, neutro nunca será.

A função persuasiva da prova, portanto, aporta o “dado de realidade” ao estudo da teoria probatória, visto que considera as determinantes pessoais do juiz que podem guiar a tomada a decisão. Embora, tais elementos não se mostrem legítimos e suficientes para embasar o fundamento da prova, eles são circunstâncias, que precisam ser sopesadas para permitir a devida compreensão das relações inerentes

---

<sup>21</sup> CASARA, Rubens R. R. *Mitologia Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 165-180.

<sup>22</sup> Nesse sentido, embora apresente diversas contribuições pertinentes, Nieva Fenoll adota posição questionável, a partir de leitura da função cognitiva da prova e da busca da verdade no processo penal, ao sustentar que a dúvida deve ser evitada pelo julgador, adotando postura ativa na busca de provas, de modo que o in dubio pro reo deve ser uma alternativa excepcional e rigidamente subsidiária (NIEVA FENOLL, Jordi. *La duda en el proceso penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 127-128). Pensa-se, contudo, que a adoção de postura ativa pelo julgador acarreta potenciais prejuízos à sua imparcialidade, abrindo indevidas brechas para abusividades e arbitrariedades. Nesse sentido, mostra-se acertada a afirmação de Khaled Jr. no sentido de que “a maquiagem conceitual da busca da verdade sob o caráter matizado, relativo ou aproximativo acaba fundamentando a continuidade da estrutura inquisitória de forma velada, subvertendo o caráter democrático exigível a um processo respeitoso dos direitos fundamentais do acusado” (KHALED JR., Salah H. *A busca da verdade no processo penal*. Para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013. p. 184).

<sup>23</sup> GAUER, Ruth C. *Conhecimento e aceleração (mito, verdade e tempo)*. In: GAUER, Ruth C. (org.). *A qualidade do tempo: para além das experiências históricas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 6; LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 9a ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 570.

<sup>24</sup> KHALED JR., Salah H. *A busca da verdade no processo penal*. Para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013. p. 223; FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. 4a ed. São Paulo: RT, 2014. p. 58.

ao campo jurídico-penal. Para tanto, questiona-se o mito da verdade com a possibilidade de sua exclusão em âmbito processual penal. No dizer de Rui Cunha Martins: *afinal, é o juiz que aceita ou não, com significativa liberdade, os modos de esteio e de objectividade que lhe são propostos*<sup>25</sup>. Ou seja, a verdade enquanto objeto perseguido pelo julgador, será aquilo que ele entender como tal.

Por outro lado, a função persuasiva da prova como meio de captação do convencimento do juiz tende a fortalecer uma interpretação abusivamente discricionária da valoração probatória realizada pelo julgador<sup>26</sup>. Isso inviabilizaria, inclusive, a estruturação do regime recursal como controle da decisão judicial, ao passo que, obtido o convencimento do juízo *a quo*, mostra-se inviável a possibilidade de revisão por outro julgador.

Assim, no processo penal, a prova apresenta esta dupla função, em um sentido de relação de autolimitação. Em razão do excesso de discricionariedade e subjetivismo, que torna incontrollável o ato de julgar como mero convencimento, é necessário que se estabeleça uma ligação cognitiva com os fatos, a qual, considerando a eliminação da verdade no processo, determinará que o convencimento judicial deverá se realizar por meio de critérios racionais juridicamente legítimos, que devem ser expressados na motivação da decisão<sup>27</sup>. Por óbvio, o percurso mental do julgador e os reais motivos que podem ser considerados para a tomada da decisão são efetivamente incontrolláveis e imprevisíveis, mas a necessidade de apresentação racional e juridicamente legítima na motivação impõe, ao menos, a consideração correlata de tais critérios aceitáveis, em sentido de exercício de demonstração de tal legitimidade.

---

<sup>25</sup> MARTIS, 2010, p. 8-7.

<sup>26</sup> MAYA, André M.; URANI, Marcelo F. O princípio da identidade física do juiz e a função persuasiva da prova no processo penal. In: FAYET JR., Ney; MAYA, André M. (orgs.). Ciências penais e sociedade complexa II. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 41-42.

<sup>27</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 265.

Assim, sabe-se que a pretensão de verdade no processo penal não deve ser elemento determinante na tomada de decisão do magistrado.

Dentro desta lógica e ciclo vicioso, pode-se concluir que apenas se muda o sistema processual no Brasil, caso se mude o princípio unificador e se abandone a mentalidade inquisitória, retirando, de forma mais imediata possível, o poder jurisdicional de discricionariedade extremada, que pode acarretar no que Franco Cordero delimitou como “quadro mental paranóico” (quando torna-se o imaginário como real possível)<sup>28</sup>.

Apenas assim, poderemos, de fato, alcançar nosso caminhar a um sistema processual penal acusatório e democrático no Brasil.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Augusto J. **Política da prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo**. São Paulo: Almedina, 2014. p. 390-406.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 2a ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 265. CASARA, Rubens R. R. **Mitologia Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 165-180.

\_\_\_\_\_. **Processo Penal do Espetáculo. Ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira**. Editora Empório do Direito, 2017.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. Observações sobre os sistemas processuais penais**, p.

264. Observatório da mentalidade inquisitória. Curitiba, 2018.

---

<sup>28</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. Observações sobre os sistemas processuais penais, p. 264. Observatório da mentalidade inquisitória. Curitiba, 2018.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. 1a ed. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 43; BETTIOL, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Penal y Procesal*. Barcelona: Bosch, 1973. p. 250.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal**. 4a ed. São Paulo: RT, 2014. p. 58.

GAUER, Ruth C. **Conhecimento e aceleração (mito, verdade e tempo)**. In: GAUER, Ruth

C. (org.). **A qualidade do tempo: para além das experiências históricas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 6.

GASCÓN ABELLÁN, Maria. **Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba**. 3a ed. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 12.

NIEVA FENOLL, Jordi. **La duda en el proceso penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 127-128.

KHALED JR., Salah H. **A busca da verdade no processo penal. Para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 184.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9a ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 570.

LOPES JR, Aury; RITTER, Ruiz. **A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial. Desafiando a inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil**, p. 313. *Centro de Estudos de Justicia de las Américas, CEJA*. Chile.

MARTINS, Rui Cunha. **O Ponto Cego do Direito The Brazilian lessons**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MAYA, André M.; URANI, Marcelo F. **O princípio da identidade física do juiz e a função persuasiva da prova no processo penal**. In: FAYET JR., Ney;

\_\_\_\_\_. **Ciências penais e sociedade complexa II**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 41-42.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **La búsqueda de la verdad en el proceso penal, Lección Inaugural Curso 1998-99**, Universidad Pablo D Olavide Sevilla.

RIBEIRO, Pedro Roney Dias. **Desafiando a inquisição sem mudar a legislação: possíveis mudanças das práticas profissionais para construção de um sistema de justiça menos inquisitivo**, p. 13 – 30. *Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA)*, 2019.

# REVISTA DIREITO --- FAE

SCHÜNEMANN, Bernd. **O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental**, p. 30-50. Revista Liberdades, nº 11, setembro/dezembro de 2012.

TARUFFO, Michele. **Consideraciones sobre prueba y motivación. Jueces para la democracia**, Madri, v. 59, p. 71-79, jul. 2007. p. 76; FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 64.