

Sistema Penal & Violência

Revista Eletrônica da Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS

Porto Alegre • Volume 7 – Número 2 – p. 237-248 – julho-dezembro 2015

SISTEMAS JURÍDICO-PENAIS CONTEMPORÂNEOS

A verdade como “revelação” no processo penal

Da gênese inquisitorial ao arbítrio do sistema misto

The truth as “revelation” in criminal proceedings

The inquisitorial genesis to the discretion of the mixed system

DEISE HELENA LORA

Editor-Chefe

JOSÉ CARLOS MOREIRA DA SILVA FILHO

Organização de

JOSÉ CARLOS MOREIRA DA SILVA FILHO



A verdade como “revelação” no processo penal da gênese inquisitorial ao arbítrio do sistema misto

*The truth as “revelation” in criminal proceedings
The inquisitorial genesis to the discretion of the mixed system*

DEISE HELENA LORA^a

Resumo

O artigo objetiva analisar a configuração dos sistemas processuais penais (inquisitivo e acusatório) em sua matriz histórica e identificar a conformação brasileira atual. Para além de simples narrativa, o trabalho procura demonstrar a relação entre a disposição sistêmica, a atuação judicial e a composição da verdade. A investigação é desenvolvida através de pesquisa teórica, por meio de levantamento bibliográfico e método indutivo, para possibilitar o confronto entre matrizes jurídicas distintas e questionar a fidelidade da reconhecimento processual enquanto vertente do absoluto. Em sede de conclusão, verificou-se que o problema da verdade, enquanto fundamento processual, consiste na tangencialidade que lhe é inerente, pois variável segundo os anseios íntimos do intérprete. Assim, o processo penal democrático, deve ultrapassar a crença no “real” e substituí-la pela certeza na dignidade do ser humano, em toda dimensão de sua imperfectibilidade.

Palavras-chave: sistemas; convencimento; verdade; inquisição; arbítrio.

Abstract

The article aims to analyze the configuration of criminal procedural systems (inquisitorial and adversarial) in its historical matrix and identify the current Brazilian frame. The work seeks to demonstrate the relationship among systemic provision, the judicial role and the composition of truth. The Investigation is developed through theoretical research, bibliographical survey and the inductive method to enable a comparison between distinctive legal headquarters and question the loyalty of procedural recognition as an absolute aspect. In conclusion, it has been found that the problem of truth, as procedural grounds, is the tangibility that is inherent therefore variable according to the intimate desires of the interpreter. Thus, democratic criminal proceedings must exceed the belief in “reality” and replace it with the certainty of human dignity in every dimension of his imperfectibility.

Keywords: systems; persuasion; truth; inquisition; arbitration.

^a Professora titular da Universidade Comunitária da Região de Chapecó. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina e Doutoranda em Ciências Criminais pela PUCRS. <deise.lora@acad.pucrs.br>

1 Introdução: situando o argumento

Investigar as ciências criminais constitui tarefa complexa. Primeiro porque uma série de fatores e variáveis são responsáveis por sua constante (re)definição¹. Depois (e não menos importante), porque toda modificação operada em fundamentos jurídicos precisa ser inserida no contexto acadêmico do Direito, na *práxis* normativa e no cotidiano das situações sociais.

Enquanto integrante deste complicado mecanismo, o processo penal democrático tem tido dificuldades para efetivar seu conteúdo garantístico e solidário. Cenário que pode ser explicado pelo embate entre a vanguarda jurídica de cunho humanitário e uma equivocada compreensão do direito (nas leis, nas ruas e nos tribunais) como ciência puramente positiva, concepção paradigmática² ainda em vigor e que tem sido responsável pela manutenção de premissas que nada tem de emancipatórias.

Segundo Geraldo Prado, a ideia de direitos humanos, soberania do povo e solidariedade determinam a “autocompreensão normativa de estados de direito democráticos”, ao passo que convive com um “sistema processual ao arpejo da Constituição [...], baseado em motivações de eficiência repressiva”³.

A questão é que a trajetória das ciências criminais tem revelado distintas faces, tanto em âmbito global (neste texto, a análise será limitada ao direito ocidental), quanto na dinâmica brasileira. Sendo, ainda, comum que relações políticas e de poder estejam presentes em suas regras e postulados^{4, 5, 6}.

Neste sentido, o debate acerca da configuração do processo penal no Brasil, a partir da análise dos sistemas processuais pode, além de apontar o intrincado choque entre os *principios* inquisitivo e acusatório, revelar a necessidade de definição da “unidad fundamental del proceso” ou a demarcação “del criterio unificador”, expressões empregadas, ainda que tangencialmente, por Pedro Aragonese Alonso⁷, mas que tem o condão de estabelecer a essência da controvérsia, além de apontar para a imprescindibilidade da verificação constitucional das regras jurídicas correspondentes.

Sendo assim, as próximas páginas pretendem discorrer acerca da caracterização dos sistemas processuais penais no decorrer do tempo e, para além de simples narrativa, demonstrar a interpenetração de seus elementos fundantes no processo penal da atualidade, enquanto núcleo da atuação judicial e da composição da verdade.

2 Breves apontamentos históricos e conceituais

Um olhar para a história⁸, transcendendo a meros fatos e que pretenda “lançar algumas luzes para viabilizar o entendimento do paradigma processual em vigor (ou, pelo menos, do modelo que a Constituição brasileira pretende implementar)”⁹, implica desvelar e denunciar “mecanismos de pacificação da sociedade”,

¹ GAUER, Ruth Maria Chittó. Conhecimento e aceleração (mito verdade e tempo). In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). *A qualidade do tempo: além das expectativas históricas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 13-15. “a verdade dos fenômenos é sempre limitada pela sua velocidade [...] trata-se de reinventar uma reordenação intelectual que permita reescrever a complexidade e não eliminá-la em favor de uma verdade absolutizada. Não que o problema da verdade tenha prescrito. Ocorre que vivemos hoje num mundo marcado pela inovação, pela incerteza e pelo desequilíbrio [...].”

² KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2006, p. 30.

³ PRADO, Geraldo. Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 27-30.

⁴ GIACOMOLLI, Nereu José. Exigências e perspectivas do Processo Penal na contemporaneidade. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). *Criminologia e sistemas penais contemporâneos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010, p. 274.

⁵ LOPES JR, Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 135.

⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 46, n. 183, p. 103-115, jul.-set. 2009, p. 104.

⁷ Proceso y derecho procesal (introducción). Madrid: Editoriales de derecho reunidas, 1997, p. 330-331.

⁸ Para Jacinto Coutinho: “todo conhecimento é histórico e dialético. Histórico porque é sempre fruto de determinado momento de uma certa sociedade. Dialético porque, além de ser reflexo das condições materiais de seu tempo, atua sobre esta materialidade, alterando-a. Em outras palavras, todo saber é condicionado e condicionante. In: Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, ano 30, v. 30, 1998, p. 163-198.

⁹ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais...*, p. 62.

legitimados por suposta “perda da paz”, e que têm composto conflitos em nome de uma pretensa verdade, não necessariamente vinculada ao fato criminal^{10,11}.

Neste contexto, os sistemas processuais penais (inquisitivo e acusatório) são responsáveis por oposta demarcação material, verificável, de antemão, no que se extrai do Manual dos Inquisidores, escrito por Nicolau Eymerich: “a finalidade mais importante do processo e da condenação à morte não é salvar a alma do acusado, mas buscar o bem comum e intimidar o povo [...]”¹². E, de outro lado, no que se depreende da noção de modelo acusatório: um procedimento de partes, em que a dinâmica da situação jurídica, bem como da distribuição das “cargas processuais” resulta, equitativamente, na observância de garantias e no respeito à “dignidad del procesado como ciudadano”^{13, 14}.

Em termos cronológicos, egípcios e hebreus da antiguidade já formulavam metodologias próprias para resolução dos conflitos¹⁵, mas em sede sistemática, somente as culturas clássicas grega e romana começam a demarcar mais claramente as linhas originárias do que seriam os sistemas processuais inquisitivo e acusatório. Neste sentido, Foucault afirma a existência de um modelo acusatório primitivo somente entre os gregos, caracterizado pela participação direta do povo no exercício da acusação, implementação de julgamento oral e público, além do surgimento do culto à verdade não como justificativa ao poder punitivo, mas como limite à punição^{16,17}.

Entre os antigos romanos, tanto o sistema inquisitivo quanto o acusatório tiveram lugar, mediante a *cognitio* e a *acusatio*, observáveis nos períodos monárquico e republicano – a depender dos modelos de estado e de direito penal (mais ou menos repressivo). Nestas primeiras manifestações, a acusação popular, privada e identificada, constituía marco fundamental da *acusatio*, aliada à separação de funções, publicidade e contraditório. A *cognitio*, por sua vez, surgiu ou ressurgiu¹⁸, em resposta à insatisfação com a repressão punitiva e, principalmente, em decorrência de inúmeras perseguições motivadas por vinganças individuais, o que acabou por fundar a atuação de ofício do magistrado, tanto para acusar quanto para instruir a causa¹⁹.

Paralelamente ao disposto, Jacinto Coutinho sustenta que apesar de difusamente perceptíveis na antiguidade clássica “os sistemas – ditos puros – nasceram, na forma como os conhecemos, no início do século XIII, embora outros tenham existido, inclusive com tais nomes”²⁰. Assim, no cenário europeu medieval, as duas conjunturas processuais teriam despontado por razões substancialmente políticas, ao lado de questões teológicas, econômicas, filosóficas e jurídicas, também presentes, mas com menor expressividade.

O fato é que a gênese do sistema comercial desenvolvido no período medieval trouxe consigo novos desejos e mentalidades, diferentes das que se apresentavam nos feudos tradicionais, tanto que os entrepostos comerciais foram transformados em burgos, vilas que deram início às corporações de ofício, responsáveis pela defesa *coletiva*, de interesses individuais. À Igreja Católica, neste contexto, não importava a diferença

¹⁰ Idem, p. 67.

¹¹ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau, 1999, p. 11.

¹² EYMERICH, Nicolau. *Manual dos inquisidores*. Rio de Janeiro: Rosa dos tempos, 1993, p. 122.

¹³ GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso: problemas juridicos y politicos del proceso penal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1962, p. 117-118.

¹⁴ No mesmo sentido, ver ROSA, Alexandre. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 29-30.

¹⁵ AMARAL, Augusto Jobim do. *A política da prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2014, p. 19.

¹⁶ FOUCAULT, Michel. *A verdade ...*, p. 55.

¹⁷ KHALED JR, Salah. *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 16-19.

¹⁸ Apesar do panorama aparentemente linear, as manifestações foram muito mais circulares que retilíneas, havendo inclusive afirmações como as de Geraldo Prado, dando conta de *cognitio*, *acusatio* e *nova cognitio* entre os romanos da antiguidade.

¹⁹ LOPES JR, Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 137-138.

²⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 46, n. 183, p. 103.

entre o burgo e o feudo, mas a necessidade de domínio pleno do mundo conhecido, ameaçado pela sociedade burguesa e seu distinto modo de pensar a vida, denominado pelos clérigos de “doutrinas heréticas”²¹.

O sistema inquisitório aparece, então, no âmbito da Igreja Católica e tem seu marco histórico em 1215, através do Concílio de Latrão. Antes disso o papa Inocêncio III já havia baixado uma Bula (*Vergentis in Senium*) comparando o crime de heresia ao de “lesa majestade”. O concílio, entretanto, foi o responsável por uma opção pela força a partir dos Tribunais da Inquisição, gradativamente consolidados pelo papa Gregório IX, pela *Constitutio Excominianus*, de 1231 e com a Bula *Ad Extirpanda*, de Inocêncio IV, de 1252²².

Segundo Geraldo Prado, no período “a igreja passou a enxergar no crime não só uma questão de interesse privado mas, principalmente, um problema de salvação da alma, requisitando-se o magistério punitivo como forma de expiação de culpas”²³. Do que é possível extrair a fonte de legitimação de todo o panorama inquisitorial: o sacrilégio e a redenção individuais encobrendo uma complexa metodologia direcionada à manutenção do controle, através da junção entre determinado comportamento, o divino e o absoluto.

Aury Lopes Jr. avança, referindo que a incorporação do modelo inquisitivo religioso pelos legisladores da época, deveu-se tanto à inatividade e “parcialidade” das acusações populares do regime anterior, como pela aspiração por um processo totalmente judicial, simples e rápido, para os casos de flagrante delito²⁴.

Sucessivamente, a difusão do modelo foi ampla, de forma que “a revolução inquisitorial satisfaz exigências de dois mundos: o eclesiástico, que desejava combater as heresias e o civil, no qual a expansão econômica gerava criminalidade”^{25,26}.

Assim, originalmente o poder punitivo inquisitorial voltou-se a pensamentos religiosos dissidentes para, na sequência, atingir mulheres, “hereges” luteranos e todos aqueles que, através da confissão, estivessem preparados para a salvação da “alma”. Daí advém, segundo Lopes Jr. a crença na verdade real ou absoluta, já que se trata de um sistema fundado na intolerância, que “autoriza o combate a qualquer custo, da heresia e do herege, legitimando até mesmo a tortura”²⁷, como forma máxima de coerção processual.

Em termos instrumentais, o procedimento inquisitório se dividia em duas fases: *inquisição geral*, destinada a investigação preliminar e preparatória – admissível em razão de simples rumores – e *inquisição especial*, especificamente voltada à condenação e ao castigo. Nestes momentos, as características básicas da inquisição faziam-se indistintamente presentes, a exemplo da já mencionada verdade unilateral e absolutizada, do poder hegemônico do julgador (livre para agir de ofício e para gerir a prova), da ausência de publicidade, contraditório e oralidade, bem como de qualquer forma organizada de defesa. Neles, a prisão cautelar tornou-se regra ante a necessidade de disposição do corpo do acusado, assim acessível à tortura e à “expiação do mal” pela confissão²⁸.

A inquisição processual predominou até o final do século XVIII/início do XIX com o advento de ideais humanistas como os responsáveis pela Revolução Francesa²⁹ e a Declaração Universal dos Direitos do Homem, dando lugar a posturas mais abertas acerca da centralidade formal da pessoa na dinâmica normativa.

Ocorre que na esteira do que foi sustentado no início deste texto, com o advento de regimes totalitários posteriores, como o napoleônico, o modelo inquisitorial ressurgiu com uma opaca roupagem que persiste até os dias atuais.

²¹ Idem, p. 104.

²² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Crítica a teoria do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 23.

²³ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais...*, p. 80.

²⁴ LOPES JR, Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica...*, p. 143-144.

²⁵ KHALED JR, Salah. *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial...*, p. 42.

²⁶ No mesmo sentido: MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal*. Buenos Aires: EJEJA, 1951, tomo I, p. 52.

²⁷ LOPES JR, Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica...*, p. 146.

²⁸ Idem, p. 144.

²⁹ Idem, p. 149.

Antes, contudo, de discorrer sobre o panorama presente, necessário estabelecer as linhas gerais de uma significativa peculiaridade: a de que os sistemas inquisitivo e acusatório puros coexistiram em semelhante espaço temporal, inobstante estivessem em diferente ambiente geográfico.

Assim, no mesmo ano em que foi editado o Concílio de Latrão (1215) em terras latinas, a Inglaterra conheceu a Magna Carta *Libertarum*, no reinado de João Sem-Terra, que representou baliza oficial da *common law* enquanto embrião do sistema acusatório por excelência. A partir de então e, gradativamente, com *Bill of Rights* de 1689 e o *Act of Settlement* de 1701, “o processo inglês em sua forma clássica, desenvolveu um procedimento de partes no qual o juiz dirige o juízo como uma espécie de condutor imparcial”³⁰, mantendo-se distante da colheita das provas e garantindo aos envolvidos direitos como contraditório e ampla defesa, além de uma ação com trâmite oral, plenamente pública e de iniciativa não judicial.

Jacinto Coutinho assevera que a ascensão do modelo acusatório foi motivada, em terras britânicas, pelo embate secular de monarcas e barões, responsável por difundir questionamentos ao direito divino dos reis e por provocar uma abertura política significativa – a partir do século XII. Houve, em consequência, a introdução de uma forte “consciência de cidadania”³¹, algo que não aconteceu no restante da Europa, obscurecida que foi pelo absolutismo inquisitorial (hígido até o período revolucionário, iniciado somente vários séculos após).

Voltando ao declínio do sistema inquisitivo, a revolução política e social ocorrida na França no século XVIII, confluiu, como dito, na reformulação de matrizes jurídicas arcaicas e seculares. O direito, então, sinalizou à primazia do homem e às primeiras vertentes “modernas” pela humanização das ciências criminais, a começar pela proibição de denúncias secretas, confissões forçadas e tortura³², influenciado, ainda que parcialmente, pelo modelo inglês.

Ocorre que com Napoleão e o restabelecimento do totalitarismo, surgiu um novo arranjo processual, que pretendia a conjugação de postulados libertários recém adquiridos (e não mais inteiramente renunciáveis), com a recente ditadura.

O sistema reformado ou napoleônico, resgatou a “inquisição” e a encobriu com elementos típicos do sistema acusatório. Sua metodologia, além de devolver ao juiz o poder de agir de ofício, possuía, em síntese, duas fases: *instrução* (escrita e secreta) e *debate* (público e oral), o que garantiu a “aparência” democrática, mas não passou, em inúmeras situações, de mero processo homologatório³³.

Contraditoriamente, este modelo de dois períodos foi absorvido pela maioria das legislações ocidentais dos séculos seguintes, a exemplo do Brasil, onde a sistemática continua em vigor. A teor de Salo de Carvalho:

A tecnologia processual moderna, ao adequar os mecanismos do processo inquisitório do medievo, renomina o sistema como *misto* postulando a adequação do procedimento em dois tempos (primeira fase inquisitória e segunda acusatória). Entretanto, este *monstro de duas cabeças* (Cordero) universalizado pelo Código Napoleônico, não apenas mantém a lógica inquisitória, como recondiciona os trabalhos dos sujeitos processuais, sobretudo do juiz, na busca incessante da verdade no processo penal³⁴.

Em síntese, o sistema misto é produto de um longo e intrincado processo histórico, e conjuga muitas das características dos modelos puros, associando sigilo a publicidade, oralidade a procedimento escrito e separação de funções com a realização da prova diretamente pelo magistrado. A estrutura dual permite, em

³⁰ KHALED JR, Salah. *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial...*, p. 109.

³¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal...*, p. 35.

³² KHALED JR, Salah. *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial...*, p. 109.

³³ Idem, p. 126.

³⁴ CARVALHO, Salo. *Antimanual de criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 177.

tese, a associação de elementos claramente irreconciliáveis, o que favorece a formação de engenhos mentais conscientes/inconscientes^{35,36,37}, e que são ambiente fértil à busca tendenciosa e premeditada de elementos de “convicção” que fundamentem o ato decisório.

4 Diferença entre princípio e sistema acusatório

Em oposição ao sistema inquisitivo, Geraldo Prado afirma que o sistema acusatório apresenta características peculiares à separação de funções, além de traduzir um procedimento público, oral, vinculado ao contraditório, à ampla defesa, isonomia, imparcialidade e ao duplo grau³⁸.

Em consequência, tal *sistema* reúne uma *multiplicidade* de princípios, compatíveis e complementares entre si, mas diversos em substância e complexidade. Existe, em verdade, a “impossibilidade de um princípio ser, ao mesmo tempo, um conjunto de princípios e normas do qual ele faça parte, numa relação de continente e conteúdo”³⁹. Até porque não há como limitar o grupo a cada uma de suas frações constitutivas.

Ainda, um sistema pressupõe a coesão interna em direção a um princípio fundante, capaz de satisfazer determinada finalidade. Daí a diferença. Neste aspecto, assevera Jacinto Coutinho que é conveniente pensar em fundamento como gênese, origem, ou ainda como motivo conceitual, positivado ou não, e que revela sentidos e vontades para além do que as palavras podem expressar.

Dito isto, e a par da configuração sistêmica, importa definir o alcance dos *princípios* acusatório e inquisitivo. Para Goldschmidt⁴⁰, o primeiro sustenta-se em atributos voltados à observância de regras do jogo bem definidas, em que a ideia de acusação contrapõe-se à de defesa. Trata-se de um processo de partes, cuja marca basilar é a postura passiva do julgador, o respeito a direitos fundamentais e a isonomia. O último (inquisitivo), por sua vez, diverge essencialmente de tais elementos.

Assim, partindo da premissa que sistema e princípio acusatórios não se confundem, defende Coutinho que “todos os *sistemas* processuais penais conhecidos mundo afora *são mistos* [...] o que significa que não há mais sistemas puros, ou seja, na forma como foram concebidos”. Contudo, prossegue afirmando que “não é preciso grande esforço para entender que *não há - e nem pode haver - um princípio misto*, o que, por evidente desconfigura o dito sistema [...] assim, ser misto significa ser, na essência, inquisitório ou acusatório”⁴¹, a depender do núcleo fundante que lhe dá aderência.

Rui Cunha Martins enriquece o debate ao estabelecer que “o sistema processual de inspiração democrático-constitucional só pode conceber um e um só princípio unificador: a democraticidade [...], dizer democrático é dizer o contrário de inquisitivo, o contrário de misto e mais do que acusatório”^{42, 43}.

5 O problema do sistema misto e o quadro brasileiro

Considerando que no Brasil o processo penal abarca tanto as premissas acusatórias quanto inquisitivas, a definição do que efetivamente temos por aqui, perpassa tanto por uma verificação infra quanto diretamente constitucional.

³⁵ GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso: problemas juridicos y politicos del proceso penal...*, p. 29.

³⁶ ROSA, Alexandre. *Decisão penal: a bricolagem de significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 170.

³⁷ No mesmo sentido: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro...*, p. 189-195.

³⁸ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais...*, p. 102-103.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso: problemas juridicos y politicos del proceso penal...*, p. 112-114.

⁴¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado...*, p. 103.

⁴² MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 73.

⁴³ Também em MARTINS, Rui Cunha. O mapeamento processual da verdade. In: PRADO, Geraldo; MARTINS, Rui Cunha; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Decisão Judicial: a cultura jurídica brasileira da transição para a democracia*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 80.

Aury Lopes Jr. verifica que ao lado da designação de sistema misto, “alguns autores preferem afirmar que o processo penal brasileiro é acusatório formal” mas que, transcendendo a “maquiagem conceitual”, nosso modelo “é (neo)inquisitório”, vez que a definição entre um ou outro paradigma não é dada pela separação das atividades de acusar e julgar, mas a titularidade da gestão da prova pelas partes^{44, 45}.

Segue o autor sustentando que o nosso sistema bifásico é fraudulento porque:

a prova é colhida na inquisição do inquérito, sendo trazida integralmente para dentro do processo e, ao final, basta o belo discurso do julgador para imunizar a decisão. Este discurso vem mascarado com as mais variadas fórmulas, do estilo: a prova do inquérito é corroborada pela prova judicializada; cotejando a prova policial com a judicializada; e assim todo um exercício imunizatório (ou melhor, uma fraude de etiquetas) para justificar uma condenação que, na verdade, está calcada nos elementos colhidos no segredo da inquisição. O processo acaba por converter-se em uma mera repetição ou encenação da primeira fase.⁴⁶

Na esteira de Cunha Martins, para Salah Khaled Jr. “é importante deixar claro que o que está em jogo nessa definição não é mera etiqueta acadêmica”⁴⁷, mas a própria democracia processual. O que releva é o fato de que a construção teórica do *princípio acusatório* há de consumir-se mediante *oposição* ao *sistema inquisitivo*. De maneira que qualquer tentativa em unir os institutos, como a que vigora no Brasil é, no mínimo, contraditória.

Em que pese tais considerações, nosso Código de Processo Penal fez uma clara opção política pelo *sistema misto* e, mantendo a tradição de 1940, reproduziu os postulados inquisitoriais na reforma processual de 2008 (a exemplo da produção antecipada de provas pelo juiz e da realização de diligências para o esclarecimento de dúvidas), procedida (paradoxalmente) no contexto de uma constituição democrática.

Ademais, a problemática perpassa pela concepção de verdade no processo, até porque a justificação da atuação judicial espontânea encontra-se, desde a transição da *acusatio* para a *cognitio* romanas, na atividade “insuficiente” das partes para a condenação.

O combate à “impunidade” autoriza, assim, o desequilíbrio dos polos da ação para que o magistrado auxilie na coleta de elementos condenatórios ou, em outras palavras, contribua para a “descoberta da verdade”. O inconveniente é que em nome dessa “certeza”, tudo é possível, até mesmo a subversão da constituição, funcionando como uma instância de legitimação da arbitrariedade.

Da mesma forma e, analogicamente, Eugênio Raul Zaffaroni denuncia a figura do “inimigo”⁴⁸ nas ciências criminais. As atitudes processuais, inclusive as inconstitucionais, são então franqueadas, já que alcançar e refrear o “mal” é tão importante quanto desvelar o fato criminal, tudo para que se apure a culpa, expie-se o pecado e obtenha-se segurança, essencial, em tese, para o bem comum.

Ainda, Augusto Jobim do Amaral define o cenário criminal como permeado pela cultura do controle e da punição⁴⁹, motivada pela desigual segregação, estigmatização de condutas e pessoas, bem como pela arbitrária separação entre o eu e o outro, coisificado que é para sustentar uma ilusão de segurança, fundada no punitivismo estéril e seletivo.

⁴⁴ LOPES JR, Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica...*, p. 152.

⁴⁵ No mesmo sentido COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado...*, p. 109 e 111, “quando o juiz é senhor plenipotenciário do processo – ou quase – e pode buscar e produzir a prova que quiser a qualquer momento (na fase de investigação e naquela processual) não só tende sobremaneira para a acusação como, em alguns aspectos, faz pensar ser despiendo o órgão acusatório”.

⁴⁶ LOPES JR, Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica...*, p. 154.

⁴⁷ KHALED JR, Salah. *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial...*, p. 134.

⁴⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Crimenes de Masa*. Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2010, p. 18.

⁴⁹ AMARAL, Augusto Jobim do. *A política da prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo*. São Paulo, Almedina, 2014, p. 228 e ss.

6 O convencimento judicial e a verdade

Referir ao convencimento judicial perpassa, portanto, na análise da configuração do sistema processual em vigor: a uma, porque é nele que se depreende a gestão da prova (se aberta ao magistrado ou se restrita à atividade das partes) e a duas, porque é o princípio nuclear deste mesmo sistema processual que vai revelar a dimensão de alienação das regras e dos atores jurídicos.

O inconveniente da busca pela verdade é que, além de relativa, dado à posição do observador e intérprete, ela representa a tentativa de reconstituição de um fato histórico (passado), o que, por si só, traduz limitações intrínsecas à (re)cognição. Afinal, é no mínimo paradoxal equiparar o que foi e o que parece ter sido.

Desde Aristóteles, “a verdade está no todo, mas ele não pode, pelo homem, ser apreensível [...], a não ser por uma, ou alguma das partes que o compõe” e ainda: “aquilo que é implica, naquilo que não é”, bem como, em acepção simbolicamente coloquial, “as aparências enganam”⁵⁰.

Aury Lopes Jr. e Ricardo Gloeckner referem que “quando se aborda a fundamentação das decisões judiciais, está-se discutindo também ‘que verdade’ foi buscada e alcançada no ato decisório”^{51,52}. Neste aspecto, o que este texto referiu até aqui que o equívoco se *intensifica* quando quem decide confunde-se com aquele que “produz” a verdade, dito de outra forma, a *sua* verdade.

Prosseguem os autores sustentando que “o sistema acusatório é sempre uma limitação à busca pela verdade”, pois denuncia a lógica de que os “fins justificam os meios”. Em complementação, referem que “no processo penal, só se legitimaria a verdade processual [...], mais controlada quanto ao método de aquisição e mais reduzida quanto ao conteúdo informativo”⁵³, porque limitada em quatro aspectos:

I – a tese acusatória deve estar formulada segundo e conforme a norma; II – a acusação deve estar corroborada pela prova colhida através de técnicas normativamente preestabelecidas; III – deve ser sempre uma verdade passível de prova e oposição; IV – a dúvida, a falta de acusação ou de provas ritualmente formadas impõe a prevalência da presunção de inocência e a atribuição de *falsidade formal* ou *processual* às hipóteses acusatórias.

Ocorre que mesmo a verdade processual é inadequada quando utilizada como baliza ao processo penal. “O problema é a verdade [...], um mito, uma revelação sagrada”. O ponto chave é, assim negá-la como possibilidade^{54,55}. Neste sentido, a sentença não é, necessariamente, um ato de revelação, mas é um ato de convencimento, de “captura psíquica do juiz” pelas partes. Claro que é possível que esta persuasão coincida com a verdade, o que não se pode permitir é que a ambição por algo extremamente contingente constitua núcleo fundante da atividade judicial e processual⁵⁶.

No mesmo sentido, Cunha Matins sustenta que “o estafado problema da verdade no seio do processo penal carece, sobretudo, de um deslocamento de perspectiva”, de maneira que é necessário suprimir a consagração

⁵⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro...*, p. 191.

⁵¹ LOPES JR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 303.

⁵² Giorgio Agamben encontrou na origem do termo dispositivo, em estudos elaborados a partir de Foucault e da palavra francesa “positivité” ou positividade, um elemento histórico com carga de regras, ritos e instituições, além de uma relação destes e os indivíduos, enquanto “seres viventes.” Neste sentido, “o dispositivo encerra processos de subjetivação das regras em que se concretizam as relações de poder” e está conectado com a esfera semântica de gerir, controlar, orientar. In: AGAMBEN, Giorgio. *O que é contemporâneo? e outros ensaios*. Trad. Vinicius Nicastro Honesko. Chapecó: Argos, 2009, p. 29-34.

⁵³ LOPES JR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal...* p. 304.

⁵⁴ Idem, p. 308, 312 e 313.

⁵⁵ Até mesmo em Golschmidt, as considerações sobre a verdade merecem reparos: “El fin del procedimiento penal es la averiguación de la verdad y la verificación de la justicia. Pero hay dos distintos caminos para lograr este fin”. In: *Principios generales del proceso: problemas jurídicos y políticos del proceso penal...*, p. 112.

⁵⁶ LOPES JR, Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica...*, p. 155.

do verdadeiro como "eixo central do sistema processual", para dar lugar à "coordenação entre direito, processo e democracia", pelo caminho da Constituição⁵⁷.

Em outras palavras, o perigo da difusão da verdade como fundamento do processo penal, significa olvidar sua matriz constitucional. Assim, não se trata de obscurecer a atividade persecutória e privilegiar "culpados" (se é que existem, na complexidade das relações humanas), mas sua rejeição representa a possibilidade de o processo ser encarado na perspectiva de contenção da violência do poder punitivo, absolutamente seletivo e desigual.

Em síntese, muito mais do que a construção de uma verdade verticalizada, tanto o sistema inquisitivo quanto o "misto" produzem hecatombes constantes no cotidiano das ruas, das escolas de direito e dos tribunais. Ele permite que noções de crime e pecado, confissão e delação sobrevivam e, principalmente, impede a efetividade de valores constitucionais como os de isonomia e solidariedade, contribuindo, assim, para que o absoluto oponha-se ao que é plural.

7 (Re)situando o argumento

As páginas anteriores revelaram que a dualidade dos sistemas penais desenvolvidos durante o medievo convergiram em um arquétipo rançoso plenamente vigente no século XXI. A tortura, a crueldade e a morte, típicas do modelo inquisitorial, são hoje opacas, camufladas pela sigilosidade do inquérito policial e pela adoção de suposta acusatoriedade durante o trâmite judicial das ações.

A verdade continua, também, como objetivo maior de toda a persecução, tanto que à propósito de alcançá-la, o juiz está autorizado a comprometer a imparcialidade da decisão para produzir a prova que, consciente ou inconscientemente, lhe conduza ao resultado desejado.

O problema encontra-se, portanto, na verdade como desejo. Na verdade tangencial e obscurecida pelos anseios íntimos do intérprete. E este é um perigo terrível, pois lesiona a isonomia e submete as partes ao arbítrio da produção e efetivação do sentido unilateral. Trata-se de manifestação prática do trinômio: "eu pensei, eu demonstrei, eu decidi", tudo sob a aquiescência do legislador infraconstitucional.

Assim, no ano em que se registra os oitocentos anos do Concílio de Latrão (15 de novembro de 2015) e da Carta Magna *Libertarum* (15 de junho de 2015), a duplicidade das concepções originais pode ser vista, respectivamente, como autorização e encobrimento do arbítrio. O sistema misto permite que o princípio acusatório deixe de ser identificado como condutor de toda e qualquer atuação jurisdicional penal. Mas assim não deveria ser.

Isto porque o direito no contexto da democracia, é incompatível com a arbitrariedade, tanto legislativa quanto material. Direito é expressão de justiça, igualdade e solidariedade... de forma que não pode, ele mesmo, se revestir de caráter opressor.

Certo é, assim, que as matrizes normativas do processo penal brasileiro devem ser adequadas ao princípio acusatório, consolidando a dimensão ético valorativa de proteção ao humano, independente de qual seja a "verdade" ou a verossimilhança que possa despontar dos autos. Não há legitimidade possível quando o Direito vilipendia o motivo primordial da sua existência e duplica a violência já existente no mundos dos fatos.

Ocorre que a ação penal representa por si só a hegemonia do poder oficial retributivo. Por isso, o cuidado, inerente ao fazer democrático deve marcar toda a averiguação criminal. Algo que somente será possível mediante o abandono do pensamento inquisitorial e maniqueísta, ainda perceptível nas atividades e mentes de inúmeros juristas.

⁵⁷ MARTINS, Rui Cunha. *O mapeamento processual da verdade*. p. 72, 81-82.

Dito de outra forma, isso significa que existe um flagrante descompasso entre nossa lei fundamental, textos legislativos infraconstitucionais e a *práxis* dos atores jurídicos. Ao mesmo tempo em que a Constituição nutre um espírito de emancipação, cidadania, isonomia material, pluralidade e tolerância, a inquisição punitiva continua vigente entre nós e permite o surgimento de “justiceiros”, responsáveis pelo fortalecimento da sigilosidade do inquérito, da gestão da prova pelo magistrado e pelo julgamento sem a presença do réu.

Daí porque denunciar a prejudicialidade democrática da busca pela verdade. Lembremos, ademais, que a subjetividade que lhe é inerente aponta para a relatividade daquilo que é (re)construído no processo, enquanto objeto de interpretação de cada observador.

Então, as verdades são tantas quantas forem as concepções de controle social em julgamento e tantas quantas forem as subjetividades dos atores processuais. A questão não é, necessariamente, a contingência da verdade (a teor do prof. Aury Lopes) ou se ela é inapreensível pelo ser humano (como já defendia Aristóteles). O problema está em sua indeterminação.

Assim, de tão incerta, não pode a verdade ser o propósito do processo penal e como tal, não há como, em seu nome, justificar qualquer infração aos direitos do processado.

Já se disse neste texto que o processo, além de representar um limite ao poder punitivo e à “verdade” das estruturas de poder hegemônicas, exerce, diretamente, controle social formal e, como tal, reproduz violência.

Isso significa que para além das questões individuais (crime A ou crime B), o princípio penal acusatório constitui uma barreira ao totalitarismo porque ele reafirma que todos, inclusive nas situações mais adversas, mantém em si a dimensão humana e, como tal, detêm direito ao contraditório e à ampla defesa.

Então, a procura pela verdade é irrelevante e, se encontrada, tanto melhor... ao tempo em que a legítima atribuição do processo penal deveria ser, tão só, evitar a vingança punitiva desproporcional e zelar pela isonomia material. Assim, se a verdade não é o destino da ação criminal, o que referir sobre a decisão judicial que, a par da obrigação de imparcialidade, também traz consigo a intangibilidade de elementos contidos na mente de cada julgador.

Daí decorre um questionamento importante: a imparcialidade, enquanto elemento fundante do princípio acusatório, é pressuposto automático de toda relação processual ou significa um caminho a trilhar? Um objetivo a perseguir?

O fato é que quando o processo se contamina com a busca pela verdade, ficam autorizados não apenas a inobservância dos limites historicamente construídos à jurisdição penal, como também se torna possível a parcialidade do julgador a partir da adoção de sua verdade particular. O trinômio “eu penso, eu justifico e eu decido” torna-se uma realidade, ainda que inconscientemente empreendido pelo juiz.

Desta forma, o princípio acusatório coloca em cheque as diferenças, puramente conceituais, entre imparcialidade e neutralidade. Ou melhor, o juiz não é imparcial, ele pode se tornar imparcial se a estrutura processual assim o permitir.

Eis o ponto, nosso processo penal que se diz democrático, oferece ao julgador uma estrutura de imparcialidade? Ou permite que o magistrado reproduza a antes mencionada cultura do controle e da punição?

Em outras palavras, o juiz que tem acesso aos autos do inquérito, que decide acerca da prova da materialidade e os indícios da autoria (em sede cautelar) e que, ainda, interroga o réu e instrui diretamente o processo, não possui condições à um julgamento imparcial. Enquanto ser no mundo que é, pode, sem freios, conduzir a trajetória processual subjetivamente.

Enfim, a parcialidade, caminho a ser percorrido pela verdade absolutizada é também um dos elementos do discurso da segurança, mediante o qual, cada vez mais, se reduz o espaço de liberdade individual recriando inimigos: o antigo herege é hoje substituído pelo terrorista, pelo traficante, pelo “flanelinha”, imagem de

segregação alimentada por um magistrado com amplos poderes e que pode decretar prisão de ofício (art. 311, CPP), produzir provas (art. 156, CPP) e condenar sem pedido (art. 385, CPP).

Talvez a verdade do parlamento, das ruas, das escolas de direito e dos tribunais devesse se voltar à alteridade, para conferir ao humano o sentido da diferença, da tolerância e do limite, em detrimento da instrumentalidade do homem em coisas, poderes e violências.

Assim, a verdade possível no processo penal é aquela concebida como sinônimo do encontro com o outro. Trata-se, portanto, de uma verdade plural, que deve ser vivida e sentida por todos e por cada um... Que seja este, então, o processo penal de amanhã. Eis a tarefa.

Referências

- AGAMBEN, G. *O que é contemporâneo? e outros ensaios*. Trad. Vinícius Nicastro Honesko. Chapecó: Argos, 2009.
- ALONSO, P. A. *Proceso y derecho procesal* (introducción). Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1997.
- AMARAL, A. J. do. *A política da prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2014.
- CARVALHO, S. *Antimanual de criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- COUTINHO, J. N. de M. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 46, n. 183, p. 103-115, jul.-set. 2009.
- _____. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Crítica a teoria do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- _____. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, ano 30, v. 30, p. 163-198, 1998.
- EYMERICH, N. *Manual dos inquisidores*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993.
- FOUCAULT, M. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau, 1999.
- GAUER, R. M. C.. Conhecimento e aceleração (mito, verdade e tempo). In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). *A qualidade do tempo: para além das aparências históricas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 1-16.
- GIACOMOLLI, N. J. Exigências e perspectivas do Processo Penal na contemporaneidade. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). *Criminologia e sistemas penais contemporâneos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010, p. 274-294.
- GOLDSCHMIDT, J. *Principios generales del proceso: problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962.
- KHALED JR, S. *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*. São Paulo: Atlas, 2013.
- LOPES JR, A. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- LOPES JR, A.; GLOECKNER, R. J. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MANZINI, V. *Tratado de derecho procesal penal*. Buenos Aires: EJE, 1951. Tomo I.
- MARTINS, R. C. *O ponto cego do direito*. São Paulo: Atlas, 2013.
- _____. O mapeamento processual da verdade. In: PRADO, Geraldo; MARTINS, Rui Cunha; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Decisão Judicial: a cultura jurídica brasileira da transição para a democracia*. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- PRADO, G. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- ROSA, A. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- _____. *Decisão penal: a bricolagem de significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- ZAFFARONI, E. R. *Crimenes de Masa*. Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2010.

Recebido em: 18/06/2015

Aprovado em: 29/11/2015