

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUÍ- UESPI
CAMPUS ALEXANDRE ALVES DE OLIVEIRA
BACHARELADO EM DIREITO



GEFFERSON QUARESMA MACHADO

A VERDADE (IR)REAL NO PROCESSO PENAL

Biblioteca UESPI PHB
Registro Nº 11487
CDD 341.43
CUTTER 1149v
V 01 EX. 01
Data 15 / 03 / 16
Visto _____

PARNAÍBA-PI

2015

Trabalho de Conclusão de Curso submetido à
Universidade Estadual do Piauí-UESPI, como requisito
parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovado em ____ / ____ / ____

BANCA EXAMINADORA:

Professor Orientador: Gerson de Sousa Batista
Universidade Estadual do Piauí-UESPI

Coorientador: Leonardo Fonseca Barbosa
Defensor Público do Estado do Piauí

Integrante da Banca: Jairon Costa Carvalho
Advogado, Atuante

M149v

Machado, Gefferson Quaresma; A Verdade (IR)Real no Processo Penal / Gefferson Quaresma Machado - Parnaíba: UESPI, 2015.

51 f.

Orientador: Esp. Gerson de Sousa Batista.

Co - orientador: Leonardo Fonseca Barbosa

Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Estadual do Piauí, 2015.

1. Processo Penal 2.Sistemas 3. Princípios 4. Verdade 5. Lugar I. Batista, Gerson de Sousa II. Universidade Estadual do Piauí III. Título

CDD 341.43

Para minha amada mãe, Francisca Quaresma,
a quem devo a vida

AGRADECIMENTOS

Agradecer? É hora de agradecer. Agradecer é lembrar e aqui é importante lembrar pessoas fundamentais.

Começo a agradecer a Deus, pelo seu amor infinito, sua bondade majestosa e todas as forças que me emprestou até aqui.

Agora, agradeço aquela que me deu à luz, Francisca Quaresma, caramba, como eu te amo mãe! Não tenho palavras para dizer o tão grato eu sou e tão abençoado por ter nascido do teu ventre, EU TE AMO incondicionalmente, és o amor da minha vida. Obrigado MÃE!

Agradeço a minha avó, Maria, mulher guerreira, forte, lutadora (luta pela vida), criou sete filhos e perdi a conta dos netos (risos) todos com carinho e amor. Sempre lembrarei de todas as palavras de incentivo. Obrigado por tudo! VÓ, EU TE AMO!,

Agradeço à minhas tias, ROSA, FRANCISCA e LAURA, cada uma com suas características, amáveis por sinal. Agradeço a elas por todo o incentivo, dedicação e carinho que me deram durante todos esses anos.

Agradeço a meus tios, grandes homens. Obrigado tio Salvador, tio Antônio e tio Carlos. Tio Carlos, obrigado por todas as palavras de apoio e incentivo, assim como, a força na minha manutenção em Teresina, foi fundamental.

E por falar em Antônio, esse é o nome de um guerreiro que junto com outra guerreira (Maria), iniciaram tudo isso. Meu avô, grande homem, muita fibra e garra. Agradeço in memoriam. Deus, o Pai, o quis levar, entendemos, Deus tudo sabe!

Mas ficaram as saudades...Lembro-me que um mês antes do falecimento do meu avô tive uma conversa muito divertida com ele, contou-me sobre sua juventude – sentado em um banco de madeira, com a perna por baixo da coxa, jeito muito peculiar de sentar-se. Ele almoçava naquele momento tomando uma boa cachaça “mangueira” com coca cola, bebida quente, mas não poderia ser diferente. Só sei que apreciei aquele momento como se fosse o último, ouvindo e sorrindo, divertindo-me (aquela conversa ficará em minha memória para sempre). Meu avô, me ensinou muito, coisas incríveis. OBRIGADO, VÔ, EU TE AMO.

Agradeço a meus “bisas” FRANCISCO E MARIA, duas pessoas maravilhosas, guerreiras, muito me ensinaram. MUITO obrigado vô Francisco e vó Maria.

Agradeço a meu irmão. Gilderson, valeu cara! Divirto-me muito contigo, tu és uma pessoa maravilhosa. Como todo irmão não poderíamos deixar de ter nossos conflitos internos (bobagens, diga-se de passagem), mas o que importa de fato é o amor e o respeito que nos envolve. Obrigado por todas as palavras de incentivo. “TAMU JUNTO VÉP”!

Agradeço a meus primos, pela quantidade não citarei nomes aqui, mas cada um sabe exatamente dos meus sentimentos. Carinho e respeito a todos. VALEU GALERA, VOCÊS MORAM NO MEU CORAÇÃO!

Agradeço a meus amigos, poucos, mas valiosos. Deveria não citar nomes aqui, pois todos têm um valor especial e minhas lembranças infinitas, muitas histórias incríveis e põe incríveis nisso (risos). Nesses últimos cinco anos conheci pessoas maravilhosas. Entretanto, como disse, não deveria citar nomes, já pedindo desculpas

para os que aqui não forem citados, vocês também sabem da importância que têm na minha vida.

Por isso, tenho que começar falando aqui do meu amigo-irmão, Raimundo Nonato (sitox), como não poderia ser marcante um sujeito que conheci imitando um galo, eu disse um GALO, em plena aula de preparatório para o vestibular com mais de setenta pessoas, comédia total, o cara é raro, pessoa incrível. Preparatório??? Pois é, PASSAMOS. Muita festa. E não é que o cara veio mora na mesma cidade que eu, no dia que chegou aqui conheceu Samara (obrigado por tudo Samara) e a partir daí nasceu o amor e Luís Miguel, que por sinal sou o padrinho. Gosto muito de vocês e lhes sou grato. Agradeço também aos pais da Samara, seu José (Zezinho) e Dona Angelina. Muito obrigado por todas as palavras de incentivo, pelo carinho, pela alimentação (risos) e por deixar deitar-me no sofá de vocês sem reclamar.

Chegamos na faculdade, todavia antes disso em Parnaíba (CIDADE MARAVILHOSA). AMO PARNAÍBA (OBRIGADO, PARNAÍBA). Nessa cidade fiz inúmeros amigos (GRANDES AMIGOS), agradeço a todos pelo carinho.

Agradeço aos amigos de Faculdade (fundamentais na minha vida), João Neto, Cleutony, Bruna Barros, Adergleyson, Pedro Henrique, Gislanne, Douglas Rodrigues, Ed de Jesus, Rafael, Tancredo, Dyego Phablo, Paulo Jorge (aos que não citei peço que entendam e me perdoem, a memória é falha) todos com uma importância infinita.

Agradeço aos amigos, Jonielson Cunha, Jairon Carvalho, Rodolfo, Pedro Neto, grandes pessoas. Obrigado por tudo, por todas as palavras de apoio e encorajamento. Joni (amigo-irmão), te devo muito! Obrigado por ter me aconselhado (com sua sabedoria) em momentos difíceis, nunca esquecerei. Jairon, meu primeiro professor da faculdade, primeira aula, valeu cara, muito obrigado!

Agradeço ao amigo Joel. Grande amigo. Valeu Joel, obrigado por tudo!

Agradeço aos Mestres, sem vocês eu não seria nada. Obrigado por todo o conhecimento transmitido!

Agradeço aos Mestres da Defensoria Pública, Doutores Leonardo Fonseca, Jarbas Machado e Joacy Miranda. Devo muito a vocês!

Agradeço aos meus orientadores, Gerson Batista e Leonardo Fonseca. Muito Obrigado pelas orientações!

Agora, agradeço ao meu AMOR, Ana Caroline. Ana, o que seria de mim se não tivesse uma ANA na minha vida. Carol, obrigado por todos os momentos que estivemos juntos, alguns bons outros difíceis, mas todos lindos. Ter você na minha vida me faz querer ser melhor, pois vocês me dar forças para superar os obstáculos e é ao seu lado que pretendo enfrentá-los por toda a vida. Eu te amo!

Por fim, agradeço aos que nada fizeram.

Brindo à casa
Brinda à vida
Meus amores
Minha família

OBRIGADO A TODOS!

“A justiça é a vingança do homem em sociedade, como a vingança é a justiça do homem em estado selvagem”

Epícuro

“A injustiça, por ínfima que seja a criatura vitimada, revolta-me, transmuda-me, incendeia-me, roubando-me a tranquilidade e a estima pela vida”

Rui Barbosa

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo central procurar compreender e, em seguida, questionar o conceito de “verdade real”. Para tanto, buscou-se investigar no âmbito processual penal o sistema adequado – inquisitório, acusatório ou “misto” – para a concepção de “verdade processual” fazendo ponderações a respeito de cada um deles e, posteriormente, examinando qual o princípio norteador do Processo Penal Brasileiro. Procurou-se avaliar o Processo Penal Brasileiro em conformidade com a Constituição da República. Logo depois, foram expostas quais as pretensões do Processo Penal exibindo o pensamento doutrinário frente a temática. Ademais, pretendeu-se demonstrar que a verdade “real”, isto é, “absoluta” é apenas um mito e realizar uma desconstrução dessa crença. Além do mais, foi apontado que a verdade vista como “real” não passa de uma fonte de sede de condenação, o que favorece consideravelmente o processo penal do inimigo. Finalmente, foi estudado a verdade processual na concepção de lugar, quer dizer, não vale expulsar a verdade do processo e sim encontrar um lugar apropriado para ela em um processo penal democrático e que assegura os princípios fundamentais. Dessa maneira, é direcionado o ponto de vista mais adequado para o questionamento, no qual aqui se afirma ser de Salah Kaled Jr., que diz que a verdade é produzida pelo juiz analogicamente no processo penal a partir de uma narrativa sustentada em rastros do passado.

Palavras-Chave: Processo Penal. Sistemas. Princípios. Verdade. Lugar.

ABSTRACT

This work is mainly aimed to seek to understand and then to question the concept of "real truth." To this end, we sought to investigate the criminal justice under the appropriate system - inquisitorial, adversarial or "mixed" - to the concept of "procedural truth" doing weights on each of them and then examining what the guiding principle Process Brazilian criminal. We sought to evaluate the Brazilian Criminal Procedure in accordance with the Constitution. Soon after, which they were exposed the pretensions of Criminal Procedure displaying the doctrinal thinking forward the theme. Moreover, it was intended to demonstrate the truth "real", ie "absolute" is just a myth and perform a deconstruction that belief. Moreover, it was pointed out that the truth seen as "real" is nothing but a source of condemnation of thirst, which greatly favors the criminal enemy process. Finally, it was studied the procedural conception of truth in place, that is, not worth expel the truth of the case but to find an appropriate place for it in a democratic criminal procedure and ensures the main principles. Thus, the most appropriate point of view the question is directed, in which here is said to be of Salah Kaled Jr., who says the truth is produced by analogy judge in criminal proceedings from a sustained narrative traces of the past .

Keywords: Criminal Procedure. Systems. Principles. True. Place.

SUMÁRIO

1. NOTA INTRODUTÓRIA	09
2. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS.....	10
2.1 Ponderações Acerca do Sistema Processual Penal Inquisitório.....	13
2.2 Breve Ensaio sobre o Sistema Processual Penal Acusatório	15
2.3 O que se Entende por Sistema Processual Penal “Misto”?	17
3. PROCESSO PENAL BRASILEIRO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL	20
3.1 Acusatório, Inquisitório ou “Misto”, Qual o Sistema Adotado no Atual Código de Processo Penal Brasileiro?	20
3.2 Compreensão do Ordenamento Jurídico Constitucional no Processo Penal	23
3.3 Célere Percepção das Pretensões do Processo Penal	27
4. “VERDADE REAL”? O QUE É E COMO SE APRESENTA?.....	31
5. A “VERDADE” EM UM PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO	37
6. NOTAS CONCLUSIVAS	47
REFERENCIAS	50

1. NOTA INTRODUTÓRIA

A pesquisa dar-se-á no âmbito do Direito Processual Penal Brasileiro, especificamente com enfoque no princípio da verdade “real”. Ver-se-á indagações sobre o conceito de “verdade real” e sua posição como princípio norteador do processo penal, assim como análises de qual seria a melhor concepção de “verdade” no Direito Processual Penal, conforme os princípios fundamentais da Constituição Federal e segundo a construção de um Estado Democrático de Direito.

Em primeiro momento, será apresentado um sucinto histórico de definições dos sistemas processuais penais: inquisitório, acusatório e misto.

No segundo, serão analisados o Processo Penal Brasileiro e a Constituição Federal, com o intuito de examinar, de maneira concisa, como se deu a gênese do atual Código de Processo Penal Brasileiro, qual o sistema processual adotado e, ainda, expor se realmente existe conformidade entre a Constituição e o Processo Penal vigente analisando, finalmente, quais seriam as verdadeiras pretensões do Processo Penal.

No terceiro momento, o princípio da verdade “real” será estudado, expondo o que é e como é pensada e será feita a distinção doutrinária comparando a reflexão de alguns teóricos frente à verdade “real”, pois o intuito é apontar a base fundante, vale dizer, detectar a origem do pensamento “absoluto da verdade” e, por fim, refletir a respeito das formas como ela é vista por seguimentos distintos da Doutrina Processualista penal brasileira.

Em um quarto e último momento, o objetivo será desconstruir o mito que envolve a verdade pensada de forma absoluta. Além do mais, será mostrado um Processo Penal fundado na imagem do “inimigo” e exibir que essa ideia é resultado de uma sede “desleal” do julgador, assim, deverá ser expulsa de um Processo Penal Democratizado. Enfim, será apresentado o lugar adequado para a verdade nesse tipo de processo, já que o juiz não poderá julgar com base em sua livre consciência. É válido dizer, que ele deverá permanecer em uma posição de imparcialidade processual, respeitar os princípios fundamentais da Constituição da República e o devido Processo Legal.

2. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Escrevo sem pensar, tudo o que o meu inconsciente grita. Penso depois: não só para corrigir, mas para justificar o que escrevi.

Mário de Andrade

Ao se observar a evolução histórica da humanidade faz-se fundamental compreender dois institutos primordiais: os delitos e as penas. Dessa forma, os dois institutos são de extrema relevância para que se possa entender o estado de evolução humano, assim como as transformações do mundo contemporâneo. Nesse sentido, de uma maneira sintetizada, em primeiro plano é possível dizer que o delito nada mais é que uma espécie de violência eventual, onde os sujeitos que praticam tais atos agem de forma explosiva sem ao menos notar sua real consequência. Já a pena, enquadra-se como um ato violento que é organizado por um grupo de indivíduos ou por uma determinada sociedade para punir de forma dura e cruel certa minoria que, por algum motivo, é julgada irracionalmente e perseguida com uma justificativa banal de que esses sujeitos não passariam de meros delinquentes desregrados e destruidores de regulamentos e condutas que se intitulam com severas racionalidade e justiça.

Nessa perspectiva, ressalta Beccaria:

*“Percorramos a História e constataremos que as leis, que deveriam constituir convenções estabelecidas livremente entre homens livres, quase sempre não foram mais do que instrumentos das paixões da minoria, ou fruto do acaso e do momento, e nunca a obra de um prudente observador da natureza humana, que tenha sabido orientar toda as ações da sociedade com esta finalidade única: *todo o bem-estar possível para a maioria*”¹.*

Nessa seara, com o desenrolar histórico e todas as mudanças de fases no processo punitivo ocorridas na civilização, assim como as mudanças nos conceitos e concepções do que se entende por direito e justiça, cita-se, com efeito orientador e exemplificativo, além de acadêmico: a autotutela, autodefesa, arbitragem facultativa, em sequência, a arbitragem obrigatória e, por fim, o que se conhece atualmente como jurisdição. Esse último sendo o estágio onde surge a figura do Estado dotado de grandes poderes e incluído como o ente que tem o dever de proteção da sociedade.

¹ Beccaria, Cesare. Editora Martin Claret Ltda., 2000. Título original: *Dei Delitti e Delle Pene* (1764). p. 15 e 16.

É importante se evidenciar que o Estado foi se fortalecendo e avocando o papel de guardião da justiça e dos direitos dos cidadãos, até mesmo os direitos dos infratores de normas constituídas pelo próprio Estado. Além do mais, com o poder concentrado e uma capacidade imponente de resolução, enquadrando-se aqui principalmente os conflitos, é que veio à tona a ideia de se tentar compreender o delito e aplicar uma pena que seja coerente para os sujeitos infratores de condutas. Isso posto, nasce por consequência o chamado Processo Penal².

Seguindo essa linha, ao se tratar de Processo Penal é relevante distinguir dois importantes sistemas³ que direcionam o processo a depender do modo de pensar e do período histórico em que se está vivendo. Assim, o primeiro é o inquisitório e, logo em seguida, o sistema acusatório. De forma sintetizada, o inquisitório remete lembranças ao Tribunal da Inquisição ou Santo Ofício, no século XIII, servia para reprimir heresias e tudo que fosse contrário a “Santa” Igreja Católica. Em outras palavras, esse sistema destaca-se predominante em países que são caracterizados pelo totalitarismo e autoritarismo. Por outro lado, o sistema acusatório é dominante em países que respeitam a democracia e valorizam os direitos fundamentais.⁴

Nessa direção, Jacinto Coutinho, citado por Moraes da Rosa, assevera brilhantemente que,

O Processo Penal está situado numa estrutura que possui características diversas e se divide, historicamente, nos sistemas Inquisitório e Acusatório, surgindo contemporaneamente modelos que guardam características de ambos sem que, todavia, possam ser indicados, no que

se refere à estrutura, como *sistemas mistos*. São mistos por acolherem características de ambos os sistemas, sendo uma incongruência lógica

² De acordo com Lopes Jr., “O Estado, como ente jurídico e político, chama para si o direito e também o dever de proteger a comunidade e inclusive o próprio delinquente. À medida que o Estado se fortalece consciente dos perigos que encerra a autodefesa, assumirá o monopólio da justiça, produzindo-se não só a revisão da natureza contratual do processo, senão também a proibição expressa para os indivíduos de tomar a justiça por suas próprias mãos. A relação entre o processo e a pena corresponde às categorias de meio e de fim. Assim nasce o processo penal. retrata de forma brilhante o nascimento do processo penal.

³ Conforme Holanda Buarque Aurélio em o Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa.2.ed, revista e ampliada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. p. 1594: “Sistema: 1. Conjunto de elementos, matérias e ideias, entre os quais se possa encontrar ou definir alguma relação. 2. Disposição das partes ou elementos de um todo, coordenados entre si, e que funcionam como estrutura organizada: sistema penitenciário; sistema de refrigeração. 3 Reunião de elementos naturais de uma mesma espécie, que constituem um elemento inteiramente relacionado.

⁴ Como refere LOPES Jr. Aury., “Pode-se constatar que predomina o sistema acusatório nos países que respeitam mais a liberdade individual e que possuem uma sólida base democrática. Em sentido oposto, o sistema inquisitório predomina historicamente em países de maior repressão, caracterizados pelo autoritarismo ou totalitarismo, em que se fortalece a hegemonia estatal em detrimento dos direitos individuais”. Lopes Jr., Aury. Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 2012. p.123.

eventual denominação de um terceiro gênero, consoante adverte Miranda Coutinho.⁵

Desse modo, com o pensamento contemporâneo do Processo Penal, pode-se garantir que alguns doutrinadores, parte dos pensadores brasileiros, impetraram o sistema processual penal classificando-o como “misto”, quer dizer, para quem pensa nesse sentido, o Processo Penal seria a junção perfeita entre o sistema acusatório e inquisitório. Nessa compreensão, no sistema Processual Penal “Misto” predomina o inquisitório na “fase pré-processual” e o acusatório na “fase processual”, ficando evidenciado as peculiaridades entre eles.

Nesse diapasão, Jacinto Coutinho, citado por Kaled Jr, enfatiza de maneira contundente o que seria o atual sistema pertencente ao Processo Penal Brasileiro:

Salvo os menos avisados, todos sustentam que não temos, hoje, sistemas puros, na forma clássica como foram estruturados. Se assim o é, vigora sempre sistema misto, dos quais, não poucas vezes, tem-se uma visão equivocada (ou deturpada), justo porque, na sua inteireza, acaba recepcionando como um terceiro sistema, o que não é verdadeiro. O dito sistema misto, reformador, napoleônico é a conjugação dos outros dois, mas não tem um princípio unificador próprio, sendo certo que ou é essencial inquisitório (como o nosso), com algo (características secundárias) provenientes do sistema acusatório, ou é essencialmente acusatório, com alguns elementos característicos (novamente secundários) recolhidos do sistema inquisitório. Por isto, só formalmente podemos considerá-lo como um terceiro sistema, mantendo viva, sempre, a noção referente a seu princípio unificador, até porque está aqui, quiçá, o ponto de partida da alienação que se verifica no operador do direito, mormente o processual, descompromissando-o, diante de um atuar que o sistema está a exigir ou, pior, não o imunizando contra os vícios gerados por ele.⁶

Em última análise, para que se compreenda e consiga uma distinção, mesmo que rara, do pensamento sobre a liberdade de uma nação e a criminalidade que envolve determinado povo, faz-se necessário observar o Estado da época, os elementos de crença, as exigências do Direito Penal e a forma do Processo Penal. Assim, assegura J. Goldschmidt:

Los principios de la política procesal de una nación no son otra cosa que segmentos de su política estatal en general. Se puede decir que la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución. Partiendo de esta experiencia, la ciencia procesal ha desarrollado un número de

⁵MORAIS da Rosa, Alexandre. Decisão no processo penal como bricolage de significantes, 2004, p.141.

⁶KHALED Jr., Salah H. A busca da Verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial- São Paulo: Atlas, 2013. P.132 e 133

principios opuestos constitutivos del proceso. (...) El predominio de uno u otro de estos principios opuestos en el derecho vigente, no es tampoco más que un tránsito del derecho pasado al derecho del futuro”.⁷

Como se ver, compreender os tipos de Sistemas Processuais Penais vai muito além de um simples entendimento da figura do Processo Penal. É necessário que se analise toda uma base política, social e histórica de uma determinada sociedade. Com isso, poderá ser alcançado uma concepção mais concreta da realidade de um povo e como este é governado por seus representantes frente a direitos fundamentais como a igualdade e liberdade.

2.1 Ponderações Acerca do Sistema Processual Penal Inquisitório

Conforme o Dicionário Silveira Bueno, a palavra inquisitório refere-se a inquisição e, ainda, segundo o mesmo ela remete originariamente ao Antigo Tribunal Eclesiástico instituído para investigar e punir crimes contra a fé católica, ou seja, quanto ao Tribunal de Santo Ofício⁸.

Ademais, assevera o Almanaque Abril, que na Bula (Carta Pontificia) *Excommunicamus*, o Papa Gregório IX fundou a inquisição que servia para capturar, julgar e punir os acusados de heresias – pessoas que pregavam doutrinas ou práticas contrárias às definidas pela Igreja. As penas variavam de uma retratação pública ao confisco de bens e à prisão perpétua, convertida pelas autoridades civis em execução na fogueira ou na forca. Em 1252, o Papa Inocêncio IV aprovou o uso da tortura como forma de obter a confissão de suspeitos do tribunal.⁹

De acordo com Kaled Jr,

O sistema inquisitório remonta à Inquisição, como a própria nomenclatura claramente indica. Curiosamente, a Inquisição não tinha relação direta com a criminalidade, portanto com a defesa ou retribuição perante o dano ao patrimônio, ou à vida, mas sim ao desvio em relação aos dogmas estabelecidos pela Igreja, que se viam ameaçados pela proliferação das novas crenças heréticas, no contexto da Reforma religiosa do século XVI. O aparato de repressão inquisitorial apresentava características muito específicas e tinha como fundamentação uma série de verdades absolutas, que giravam em torno do arcabouço ideológico oferecido pelo dogmatismo

⁷J. GOLDSCHMIDT. Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal, p. 67

⁸DICIONÁRIO Silveira Bueno. Ed. Edial. 1999.p.509

⁹ALMANAQUE Abril. Ed. 2011.p.283.

religioso da época. Sem dúvida, tratava-se de um campo de saber de envergadura considerável, o que pode ser percebido pela existência de um conjunto de técnicas para atingir os fins a que se propunha, reunidas no Manual dos Inquisidores, de Eymerich.¹⁰

Nesse seara, imperioso a compreensão de Lopes Jr. a respeito do sistema Processual Penal Inquisitorial, vale ser destacada,

A estrutura do processo inquisitório foi habilmente construída a partir de um conjunto de instrumentos e conceitos (falaciosos, é claro), especialmente o de “verdade real ou absoluta”. Na busca dessa tal “verdade real”, transforma-se a prisão cautelar em regra geral, pois o inquisidor precisa dispor do corpo do herege. De posse dele, para buscar a verdade real, pode lançar mão da tortura, que se for “bem” utilizada conduzirá à confissão. Uma vez obtida a confissão, o inquisidor não necessita de mais nada, pois a confissão é a rainha das provas (sistema de hierarquia de provas). Sem dúvida, tudo se encaixa para bem servir ao sistema.¹¹

Como pode ser notado no trecho acima de Aury Lopes Jr., o sistema inquisitorial foi edificado por conceitos que atualmente estão extremamente ultrapassados. Parece ser uma base de racionalidade absoluta que acaba caindo por terra por ter perdido total fundamento, se é que em sua própria origem tivesse.

Nesse contexto, afirma-se que o sistema inquisitório é regido por uma natureza soberana, plena e incondicionada e que por esse pensamento não poderia ser tratado de outra forma nas sociedades onde é glorificado. Em virtude disso, esses corpos sociais podem ser configurados como autoritários e prevalecem neles um Estado onde o julgador das leis age como um verdadeiro caçador já que tem que provar a “verdade como perfeita” ou encontrar algo correspondente a ela.

Ferrajoli diz,

chamarei *inquisitório* todo sistema processual em que o juiz procede de ofício à procura, à colheita e à avaliação das provas, produzindo um julgamento após uma instrução escrita e secreta, na qual são excluídos ou limitados o contraditório e os direitos da defesa¹².

Ainda, conforme Goldschmidt, “o juiz é livre para intervir, recolher e selecionar o material necessário para julgar, de modo que não existem mais defeitos pela

¹⁰ S. H. KHALED Jr. O sistema processual penal brasileiro. *Civitas*, Porto Alegre, v. 10, n. 2, p. 293-308, maio-ago. 2010. Pg. 295.

¹¹ LOPES Jr., Aury. Direito processual penal. Aury Lopes Jr.- 9 ed.rev e atual- São Paulo: Saraiva, 2012.

¹² FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão, p. 452.

inatividade das partes e tampouco existe uma vinculação legal do juiz¹³. Ademais, Lopes Junior remete, “O juiz atua como parte, investiga, dirige, acusa e julga. Com relação ao procedimento, só ser escrito, secreto e não contraditório”¹⁴.

Por conseguinte, nota-se com clareza que se encontra no sistema inquisitorial a mitigação dos direitos e garantias individuais, amparado por um interesse, aparentemente, coletivo de punir o acusado.

2.2 Breve Ensaio sobre o Sistema Processual Penal Acusatório

A primeira questão que surge diante da temática sobre Sistema Processual Penal Acusatório seria uma melhor conceituação para tal forma processual. Para a doutrina, a melhor definição é aquela que afirma que o sistema acusatório é característico de sociedades democráticas onde prevalecem os direitos fundamentais e o sujeito julgador é imparcial.

Segundo Edson Mougenot,

O sistema acusatório, caracteriza-se principalmente pela separação entre as funções da acusação e do julgamento. O procedimento, assim, costuma ser realizado em contraditório, permitindo-se o exercício de uma defesa ampla, já que a figura do julgador é imparcial, igualmente distante, em tese, de ambas as partes. As partes, em pé de igualdade (par conditio), têm garantido o direito à prova, cooperando, de modo efetivo, na busca da verdade real. A ação penal é de regra pública, e indispensável para a realização do processo. Costuma vigorar o princípio oral, imediato, concentrado e público de seus atos¹⁵.

De acordo com a história do Direito, o sistema acusatório surgiu na Grécia antiga, o qual era destacado primordialmente pela figura da participação popular, ou seja, o povo como sujeito existencial na prática dos atos de acusar e julgar¹⁶. Em Roma, surgiu uma forma de Processo Penal peculiar: *cognitio e accusatio*¹⁷. A *accusatio*

¹³ GOLDSCHMIDT, James. Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal, p. 67 e ss

¹⁴ LOPES Jr., Aury. Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 2012. p.129.

¹⁵ Como remete BONFIM, Edilson Mougenot Curso de processo penal.7. ed. São Paulo. Saraiva, 2012. p.57.

¹⁶ Segundo LOPES Jr., “A origem do sistema acusatório remonta ao Direito grego, o qual se desenvolve referendado pela participação direta do povo no exercício da acusação e como julgador. Vigorava o sistema de ação popular para os delitos graves (qualquer pessoa podia acusar) e acusação privada para os delitos menos graves, em harmonia com os princípios do Direito Civil. Lopes Jr., Aury. Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 2012. p.124.

¹⁷ GIMENO Sendra, Vicente. Fundamentos del Derecho Procesal, p. 190.

(acusação) era pertencente ao povo, enquanto que a *cognitio* era própria ao Estado, ou seja, os órgãos do Estado tinham a função única de julgar.

Atualmente, o sistema acusatório está bem caracterizado, pois é fruto de interesse de muitos estudiosos na área do direito. De acordo com Lopes Jr., nos dias atuais, o Sistema Acusatório Penal mostra características muito peculiares, a saber,

Na atualidade, a forma acusatória caracteriza-se pela:

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 tarifa 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 jurisdição¹⁸.

Diante disso, o sistema acusatório é característico de sociedades democráticas, onde prevalecem os direitos fundamentais e o sujeito juiz é imparcial e não tem a ambição de procurar a “verdade”. Assim, preceitua Ferrajoli,

Pode-se chamar acusatório todo sistema processual que tem o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o julgamento como um debate paritário, iniciado pela acusação, à qual compete o ônus da prova, desenvolvida com a defesa mediante um contraditório público e oral e solucionado pelo juiz, com base em sua livre convicção¹⁹.

Dessa forma, nota-se que o sistema acusatório dá amplas garantias e um respeito apropriado ao acusado que passa a ser tratado como uma verdadeira parte do processo, além de asseverar a imparcialidade ao julgador, o que traz certa tranquilidade para o mesmo no momento de sentenciar. Assim, fica clarividente que o sistema acusatório é primordial para garantia dos direitos fundamentais de um povo e afirma ampla segurança jurídica dentro de qualquer processo democrático.

¹⁸ LOPES Jr., Aury. Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 2012. p.125 e 126.

¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão, p. 452.

2.3 O que se Entende por Sistema Processual Penal “Misto”?

A ideia de Processo Penal “Misto” nasce, segundo alguns doutrinadores, com os movimentos filosóficos da época da Revolução Francesa. Vale ressaltar que os ideais revolucionários repercutiram consideravelmente na esfera jurídica já que o modelo inquisitório começou a entrar em colapso frente ao embate ideológico. Contudo, o Estado não poderia devolver a função de julgar nas mãos de particulares. Com isso, a melhor forma de resolver a questão seria dividir o Processo Penal em fases e delegar a tarefa de acusar a uma instituição distinta, é onde nasce, portanto, o Ministério Público e se concretiza o modelo processual “misto”.²⁰

Consoante Edson Mougenot, O Sistema “Misto” foi inaugurado com o *Code d’Instruction Criminelle* (Código de Processo Penal) francês, em 1808, o qual se constituiu pela junção dos dois modelos anteriores, tornando-se, assim, eminentemente bifásico. É composto de uma primeira fase, inquisitiva, de instrução ou investigação preliminar, sigilosa, escrita e não contraditória, e uma segunda: acusatória, informada pelos princípios do devido Processo Legal, do contraditório e da ampla defesa.²¹

O Sistema Processual Penal “Misto” é para alguns juristas, como o próprio nome já assegura, uma conexão entre o sistema acusatório e o inquisitório. Todavia, sempre foi tema de calorosos debates entre os teóricos, o adequado enquadramento terminológico desse sistema processual, pois traz em sua gênese um certo conflito, pois ao afirmar que algo é “misto” diz-se que é uma coisa e outra ao mesmo tempo.

Garante Paulo Rangel que “tal sistema apresenta, da mesma forma que o acusatório e o inquisitivo, características próprias. São elas:

- a) a fase preliminar de investigação é levada a cabo, em regra, por um magistrado que, com o auxílio da polícia de atividade judiciária, pratica todos os atos inerentes à formação de um juízo prévio que autorize a acusação. Em alguns países, essa fase é chamada de “juizado de instrução” (v.g. Espanha e França). Há nítida separação entre as funções de acusar e julgar, não havendo processo sem acusação (*nemo iudicio sine actore*);
- b) Na fase preliminar, o procedimento é secreto, escrito e o autor do fato é mero objeto da investigação, não havendo contraditório nem ampla defesa, fase à influência do procedimento inquisitivo;

²⁰ LOPES Jr, Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 66.

²¹ Como remete BONFIM, Edilson Mougenot Curso de processo penal. 7. ed. São Paulo. Saraiva, 2012. p.57.

- c) A fase judicial é inaugurada com a acusação penal feita, em regra, pelo Ministério Público, onde haverá um debate oral, público e contraditório, estabelecendo plena igualdade de direitos entre acusação e defesa;
- d) O acusado, na fase judicial, é sujeito de direitos e detentor de uma posição jurídica que lhe assegura estado de inocência, devendo o órgão acusador demonstrar sua culpa, através do devido processo legal, e destruir este estado. O ônus é todo exclusivo do Ministério Público;
- e) O procedimento na fase judicial é contraditório, assegurada ao acusado a ampla defesa, garantida a publicidade dos atos processuais e regido pelo princípio da concentração, em que todos os atos são praticados em audiência.”²²

Outrossim, refere Lopes Jr. quando firma que o

“‘Sistema misto’ é absolutamente insuficiente, é um reducionismo ilusório, até porque não existem mais sistemas puros (são tipos históricos), todos são mistos. A questão é, a partir do reconhecimento de que não existem mais sistemas puros, identificar o princípio informador de cada sistema, para então classificá-lo como inquisitório ou acusatório, pois essa classificação feita a partir do seu núcleo é de extrema relevância”.²³

Assevera, ainda, Lopes Jr que é reducionismo pensar que basta ter uma acusação – separação inicial das funções – para constituir-se um Processo Acusatório. É necessário que se mantenha a separação para que a estrutura não se rompa e, portanto, é decorrência lógica e inafastável, que a iniciativa probatória esteja (sempre) nas mãos das partes. Somente isso permite a imparcialidade do juiz²⁴

Nessa perspectiva, a compreensão de Sistema Processual “Misto” mostra-se com insuficiências já que é necessário um princípio informador para que se alcance uma concepção mais concreta do Sistema Processual. Portanto, acredita-se que não existe um sistema puro propriamente dito, só por isso todos são “mistos”. À vista disso, ao analisar o sistema “misto” é imprescindível o esclarecimento de qual princípio o norteia, ou seja, inquisidor ou acusatório, pois só a partir desse instante será diagnosticado o Processo Penal fundado por um sistema processual inquisitório ou acusatório.

Com efeito, o posicionamento que deve ser tomado é observar que no Processo Penal o sujeito que julga deve ser diferente do que acusa, por isso prevalece o sistema acusatório, em outras palavras, fica evidenciada a necessidade da existência de uma

²² RAGEL, Paulo. Direito processual penal. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2014. P 52.

²³ LOPES Jr., Aury. Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 2012. p.124

²⁴ LOPES Jr., Aury. Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 2012. p.135

separação lógica entre as partes e o juiz. Consequentemente, o julgador é obrigado a manter-se afastado das partes e a permanecer ao longo do processo de forma imparcial, em obediência aos princípios constitucionais.

Diante do exposto, fica elucidada a diferença entre os sistemas acusatório e inquisitório. Como assegura Cunha Martins, “no processo inquisitório há um “desamor” pelo contraditório; já o modelo acusatório constitui uma declaração de amor pelo contraditório”.²⁵

²⁵ CUNHA Martins: no processo inquisitório há um “desamor” pelo contraditório; já o modelo acusatório constitui uma declaração de amor pelo contraditório.

3 PROCESSO PENAL BRASILEIRO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

"Eu tenho o vício da defesa da liberdade. Não escolho causas para defender alguém"

Evandro Lins e Silva

3.1 Acusatório, Inquisitório ou "Misto", Qual o Sistema Adotado no Atual Código de Processo Penal Brasileiro?

Como início para este estudo coube uma análise da origem do Processo Penal Brasileiro. Em síntese, é basilar apartar que o vigente Código de Processo Penal, que data de 1941, foi amplamente influenciado pelo Código Rocco – código italiano de 1930. Naquela época, a Itália era governada por Mussolini, ou seja, o Código Rocco teve fortes influências autoritárias.

Com esse direcionamento, o Código de Processo Penal Brasileiro surgiu em um contexto, no mínimo, perturbador de perseguição política e desrespeito aos direitos fundamentais do cidadão, a chamada Era Vargas, (que tinha Getúlio Vargas como líder), tempos influenciados por ideias autoritárias e fascistas, um período caracterizado de ditadura (Estado Novo) e no qual houve um verdadeiro "esvaziamento" do Legislativo e do Judiciário, além de inúmeras contradições de pensamentos em todos os campos de conhecimento.

É importante destacar que era um contexto histórico assinalado por um tempo ditatorial no território brasileiro e de guerra mundial – em plena Segunda Grande Guerra –, com toda certeza nota-se que não era um momento propício para a criação de um código de normas que iria resguardar, em termos processuais, a melhor maneira de direcionar a compreensão do sistema punitivo de um Estado, bem como, o modo de agir de uma sociedade. Desse modo, por aparência, em sua origem não tinha o Código de Processo Penal nada de democrático.

Além disso, o CPP (Código de Processo Penal) surgiu como um conjunto de normas supostamente "amoldadas" ou pelo menos compreendidas, por alguns (sujeitos com pensamentos autoritários), para o período que se vivenciava, no sentido de assegurar o fortalecimento político e jurídico para os que tinham o poder em mãos. Para Miranda Coutinho, o Sistema Processual Penal Brasileiro é, na essência, inquisitório,

porque regido pelo princípio inquisitivo²⁶, já que a gestão da prova está, primordialmente, nas mãos do juiz, o que é imprescindível para a compreensão do Direito Processual Penal vigente no Brasil.²⁷

Contudo, o CPP, refletido em ótica inquisitorial e constituído pelo princípio inquisitivo não estaria harmonizável com os direitos basilares que precisam valer-se em um Estado Democrático de Direito. Por isso, esse modelo de pensamento, de certo, deve ser revisto e apartado da legislação para que passe a existir garantias mínimas para os cidadãos.

Nesse ínterim, é essencial uma análise investigativa do caráter sistêmico do Processo Penal Brasileiro. Pois, para uma percentagem significativa dos juristas brasileiros o Sistema Penal não é puro, mas sim “misto”. Entretanto, existem divergências doutrinárias que serão apresentadas abaixo.

De acordo com uma parte dos doutrinadores, como inexistente uma classificação unânime do Sistema Processual Penal, ele deve ser compreendido por “misto”, pois sua composição é decorrente de dois sistemas: inquisitório na fase pré-processual e acusatório na fase processual. Contudo, diversos processualistas asseveram que o atual Sistema é essencialmente inquisitório, pois tem por base fundante a gestão de provas na posse do julgador, ou seja, o juiz tem o poder de gerir, a mando do Estado as provas dentro do processo.

Para Kaled Jr,

tais processualistas ignoram aspectos de ordem empírica e normativa que desmentem essa caracterização. O formato da investigação preliminar brasileira (assim como as condições em que ela se dá) e alguns dispositivos inquisitoriais de caráter processual mostram o quanto é equivocada essa posição²⁸.

Ainda, refere Kaled Jr (2013, p 134)

que é importante deixar claro que o que está em jogo nessa definição não é uma mera etiqueta acadêmica: não pode haver mais dúvidas de

²⁶ É importante destacar que o princípio inquisitivo é base para um sistema inquisitório, nele a gestão da prova está nas mãos do julgador. Em outro viés, o princípio dispositivo é a raiz do sistema acusatório, nele a gestão das provas encontra em poder das partes, o juiz é mero expectador.

²⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. Direito alternativo. Inseminário Nacional Sobre o Uso Alternativo do Direito. Rio de Janeiro: ADV, p. 33-45. 1994. Apud NETTO, José Laurindo de Souza. Processo Penal: Sistemas e Princípios. Curitiba: Juruá 2003, p. 25

²⁸ S. H. KHALED Jr. O sistema processual penal brasileiro. *Civitas*, Porto Alegre, v. 10, n. 2, p. 293-308, maio-ago. 2010. Pg. 300.

que a abertura de poderes para que o juiz produza provas representa uma porta aberta para reprodução da patologia inquisitória”²⁹.

Ainda, conforme Lopes Jr (2012, p, 127)

basta constatar que o atual CPP atribui poderes instrutórios para o juiz, a maioria dos tribunais e doutrinadores defende essa “postura ativa” por parte do juiz (muitas vezes invocando a tal “verdade real”, esquecendo a origem desse mito e não percebendo o absurdo do conceito), proliferam projetos de lei criando juízes inquisidores [...].

Por outro lado, alguns doutrinadores brasileiros afirmam que o CPP ao adotar o Sistema Processual Acusatório jamais poderia ser puro por essência, pois o Código de Processo Penal declara em diversos momentos sua raiz inquisitória.

Para Paulo Rangel,

O Brasil adota um sistema acusatório que, no nosso modo de ver, não é puro em sua essência, pois o inquérito policial regido pelo sigilo, pela inquisitorialidade, tratando o indiciado como objeto de investigação, integra os autos do processo, e o juiz, muitas vezes, pergunta, em audiência, se os fatos que constam do inquérito policial são verdadeiros. Inclusive, ao tomar depoimento de uma testemunha, primeiro lê seu depoimento prestado, sem o crivo do contraditório, durante a fase do inquérito, para saber se configura ou não, e, depois, passa a fazer as perguntas que entende necessária. Neste caso, observe o leitor que o procedimento meramente informativo, inquisitivo e sigiloso dá o pontapé inicial na atividade jurisdicional à procura da verdade processual. Assim, podemos dizer, pelo menos assim pensamos, que o sistema acusatório adotado entre nós é puro. Não é. Há resquícios do sistema inquisitivo, porém já avançamos muito³⁰.

Sob outra perspectiva, Miranda Coutinho diz que o sistema, assim, é tomado como acusatório somente enquanto discurso, porque não há, por definição, um sistema com tal natureza, de modo que o dizer misto, é o reconhecer como um Sistema Inquisitório recheado com elementos da estrutura do Sistema Acusatório, por exemplo exigência de processo devido, de contraditório, de parte, etc. O que lhe não retira o cariz inquisitório.³¹

À vista disso, classificar o Sistema Processual no atual CPP é uma empreitada complexa e resultado de calorosos debates entre os juristas. O que se sabe é que a

²⁹ KHALED Jr., Salah H. A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial.p.134.

³⁰ RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2014. P 53

³¹ COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. Fundamentos à Inconstitucionalidade da Delação Premiada. Boletim IBCCRIM ano 13 n° 159 fev/2006. p. 02

essência do Código é autoritária, já que não poderia ser diferente, pois é obra do tempo em que nasceu.

Conquanto, sob um ponto de vista mais coerente da matéria, Miranda Coutinho e os juristas que o acompanham são mais bem-sucedidos sobre o tema ao assegurarem que o vigente CPP tem por base fundante um sistema acusatório simbólico, uma vez que não poderia ser diferente haja vista o contexto histórico de sua gênese.

3.2 Compreensão do Ordenamento Jurídico Constitucional no Processo Penal

Para que se entenda uma lei ordinária o sujeito deve partir da análise da Constituição Federal, por isso, em termos constitucionais, a Magna Carta da República do Brasil, datada de 1988, chamada por muitos de Constituição Cidadã, já em sua parte preambular prevalece o respeito dos direitos sociais e individuais, além de garantir a segurança, cidadania e igualdade³² como princípios basilares.

De tal modo, aliando os direitos fundamentais à conjuntura processual penal e consequentemente aos sistemas envolvidos nessa matéria, aponta-se que a Constituição da República deu largos passos para o favorecimento de uma segurança jurídica mais ampla, cita-se de maneira exemplificativa dos feitos a entrega ao Ministério Público a privatividade da Ação Penal Pública³³.

Lopes Jr., afirma que, “inicialmente, não prevê a Constituição brasileira como garantia de um Processo Penal orientado pelo sistema acusatório. Contudo, não há nenhuma dúvida de sua consagração, que não decorre da “lei”, mas da interpretação de sua sistemática”.

³² Constituição. PREÂMBULO: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição Da República Federativa Do Brasil.

³³Refere PRADO. Geraldo (1999,p.171) citado por Paulo Rangel,“Se aceitarmos que a norma constitucional que assegura ao Ministério Público a privatividade do exercício da ação penal pública, na forma da lei [...] que a Carta Constitucional prevê [...] e a publicidade, concluiremos que filiou-se, sem dizer, ao sistema acusatório. Porém, se notarmos o concreto estatuto jurídico dos sujeitos processuais e a dinâmica que [...] de acordo com as posições predominantes nos tribunais [...] não nos restará alternativa salvo admitir [...] que prevalece, no Brasil, a teoria da aparência acusatória, porque muitos dos princípios opostos ao acusatório verdadeiramente são implementados todo o dia. O princípio e o sistema acusatórios são, pelo menos por enquanto, meras promessas, que um novo Código de Processo Penal e um novo fundo cultural, consentâneo com os princípios democráticos, devem tornar realidade”

Para tanto, basta se considerar que o projeto democrático constitucional impõe uma valorização do homem e do valor da dignidade da pessoa humana, pressupostos básicos do sistema acusatório. É válido ressaltar que a transição do sistema inquisitório para o acusatório é, antes de tudo, uma transição de um sistema político autoritário para o modelo democrático. Logo, democracia e sistema acusatório compartilham uma mesma base epistemológica³⁴.

Nesse sentido, faz-se compreensível garantir que o Processo Penal solidificado em uma reflexão amplamente constitucional iria por vias fulgentes controlar com mais solidez os excessos punitivos do Estado³⁵ e nesse parâmetro obter menos danos aos participantes do processo e, conseqüentemente, respeitar os direitos e garantias fundamentais.

De acordo com Prado,

a edificação de qualquer política-criminal em um estado democrático está condenada à incoerência normativa se for desenvolvida à margem do nível jurídico posterior e não considerar que o respeito à dignidade humana é o princípio e fundamento do sistema político democrático, único espaço comum para qualquer pacto democrático.³⁶

Kaled Jr., assegura que “a democraticidade impõe que o funcionamento do sistema penal deve partir do necessário respeito ao princípio maior – a dignidade da pessoa humana – em oposição à lógica persecutória que no passado organizou sistemas voltados para a implacável perseguição dos indesejáveis, tidos como inimigos. A questão fulcral é que a epistemologia inquisitória foi concebida para homogeneizar o corpo social, mantendo a diferença, enquanto o cenário democrático-constitucional brasileiro impõe, acima de tudo, o respeito ao plural”³⁷.

Ferrarezi, em artigo a respeito dos “Direitos fundamentais e Processo Penal Constitucional: Devido processo legal e seus corolários” apontou alguns valiosos pontos que o artigo 5º da Constituição Federal destaca e faz alusão ao Processo Penal, é importante ressaltar,

³⁴ LOPES Jr., Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.p.182-183.

³⁵ CAVALHO, Salo de. Antimanual de criminologia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. P. 101.

³⁶ PRADO, Geraldo. Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 28.

³⁷

Fomos buscar no artigo 5º da Constituição Federal disposições que tratassem de assuntos intimamente relacionados ao direito processual penal, e nós deparamos com diversos incisos. Vejamos alguns deles: inciso XI, trata da inviolabilidade do domicílio; inciso XII, sobre a inviolabilidade de correspondência e de comunicações telefônicas; inciso XIV, dispõe sobre o acesso à informação; inciso XXXVII, que repudia júízo ou tribunal de exceção; inciso XXXVIII, que dispõe sobre a organização do júri; inciso XXXIX, sobre a anterioridade da lei penal; inciso XLV, sobre a intranscendência da pena; inciso XLVI, sobre a individualização da pena; inciso LIII, que garante o processo e julgamento feito por autoridade competente; inciso LIV, sobre o devido processo legal para ser privado da liberdade e de bens; inciso LV, sobre o contraditório e a ampla defesa; inciso LVI, sobre a inadmissibilidade das provas ilícitas; inciso LVII, sobre a presunção de inocência; inciso LVIII, sobre a identificação criminal; inciso LX, sobre a publicidade dos atos em caso de defesa da intimidade; inciso LXI, sobre a prisão legal e fundamentada; inciso LXII, sobre a comunicação da prisão aos familiares do preso e ao juiz; inciso LXIII, sobre a informação ao preso de seus direitos; inciso LXIV, sobre a identificação do responsável pela prisão; inciso LXV, sobre o relaxamento da prisão ilegal; inciso LXVI, sobre a liberdade provisória; LXVIII, sobre o habeas corpus; inciso LXIX, sobre o mandado de segurança e o habeas data na esfera criminal; inciso LXXIV, sobre a assistência jurídica gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos; inciso LXXV, sobre a indenização, por parte do Estado, pelo erro judiciário; e LXXVIII, que garante a todos a razoável duração do processo, seja ele judicial ou administrativo.³⁸

Com efeito, vislumbra-se que a atual Carta Constitucional pretende preservar os direitos e garantias individuais frente ao poder punitivo e arbitrário do Estado, objetivando um controle mais firme a respeito do direito de defesa dos sujeitos que fazem parte do polo passivo da relação processual, ou seja, o acusado. Além do mais, confere maior segurança jurídica e traz garantias principiológicas mais amplas.

Entre os princípios constitucionais pode-se citar para nível exemplificativo, o devido Processo Legal, contraditório e ampla defesa, juiz natural e proporcionalidade, todos demonstrando um viés democrático, reafirmando sempre a preservação da dignidade da pessoa humana.

Portanto, deve-se destacar decisões que tratam da questão, assim:

PROCESSUAL PENAL. "HABEAS CORPUS". SISTEMA ACUSATÓRIO. PROVA. GESTÃO. PROVA TESTEMUNHAL PRODUZIDA DE OFÍCIO PELO JUIZ. ILEGITIMIDADE. Nulo é o ato processual em que restam agredidos os mandamentos

³⁸ FERRAREZI, Ellim Fernanda Silva. Direitos fundamentais e processo penal constitucional: Devido processo legal e seus corolários. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 118, nov 2013. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13388&revista_caderno=9>. Acesso em out 2015.

constitucionais sustentadores do Sistema Penal Acusatório. A oficiosidade do juiz na produção de prova, sob amparo do princípio da busca da "verdade real", é procedimento eminentemente inquisitório e agride o critério basilar do Sistema Acusatório: a gestão da prova como encargo específico da acusação e da defesa. - Lição de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. - Ordem concedida, por unanimidade. (Quinta Câmara do TJRS, HC nº 70003938974, Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, 24/04/2002).³⁹

MAGISTRADO. PARCIALIDADE. Na espécie, ainda na fase de investigação preliminar, antes que fosse oferecida a denúncia, o juiz, por entender que a causa era complexa, iniciou a realização do interrogatório de alguns réus. O referido procedimento não encontra respaldo no ordenamento jurídico pátrio, o que torna nulos não apenas os atos decisórios, mas todo o processo. O juiz não pode realizar as funções do órgão acusatório ou de Polícia Judiciária, fazendo a gestão da prova, pois seria retornar ao sistema inquisitivo. Assim, a Turma, por maioria, deu provimento ao recurso para declarar a nulidade de todo o processo, não apenas dos atos decisórios, bem como dos atos praticados pelo juiz durante a fase das investigações preliminares, determinando que os interrogatórios por ele realizados nesse período sejam desentranhados dos autos, de forma que não influenciem a *opinio delicti* do órgão acusatório na propositura da nova denúncia. (STJ - RHC nº 23.945-RJ, Rel. Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG), julgado em 5/2/2009).

Com essa compreensão jurisprudencial, nota-se que os atos do Processo Penal são revestidos de nulidade se não respeitarem os princípios constitucionais que sustentam o sistema acusatório, além do mais, fica negado ao juiz penalista reafirmar pensamentos contraditórios indicativos de princípios fortalecedores da concepção sistêmica inquisitorial, por exemplo a "verdade real". Por isso, o julgador no Processo Penal deve permanecer imparcial, e nunca autoritário, ditatorial, segundo os princípios da Constituição Federal, de 1988.

Ademais, é essencial reafirmar o destaque jurisprudencial feito por Lopes Jr. que lembra uma importantíssima decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a saber:

Na mesma linha, destaca-se a acertada decisão da 5ª Câmara Criminal do TJRS, cujo acórdão é da lavra do Des. ARAMIS NASSIF, proferida na Correição Parcial 70014869697, julgada em 01 de junho de 2006:

³⁹ <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/34882094/djba-caderno1-02-03-2012-pg-229>
<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/34882094/djba-caderno1-02-03-2012-pg-229>

CORREIÇÃO PARCIAL. DECISÃO EX OFFICIO. BAIXA DOS AUTOS À DP PARA EFEITOS DE RECONHECIMENTO DO RÉU. VIOLAÇÃO DO SISTEMA ACUSATÓRIO. O Juiz não pode, pena de ferir o sistema acusatório consagrado na Constituição Federal de 1988, determinar diligências policiais, especialmente reconhecimento do acusado pelas vítimas. No sistema acusatório o réu é tratado como sujeito de direitos, devendo ter, portanto, suas garantias individuais (constitucionais) respeitadas. A regra é clara e comum: O Estado acusador, através do agente ministerial, manifesta a pretensão ao agente imparcial, que é o Estado-juiz. Essa imparcialidade que se apresenta mais nítida agora, com a definição constitucional dos papéis processuais, é a plataforma na construção de uma ciência processual penal democrática, vedando a iniciativa ex-officio na produção da prova. Correição acolhida.⁴⁰

Sendo assim, mostra-se compreendida a temática a respeito da opção acusatória adotada pela Constituição Federal, por isso, todos os artigos que confirmam poderes inquisitórios ao juiz no Processo Penal serão inconstitucionais, da mesma forma será os dispositivos que atribuam poderes investigatórios.

3.3 Célere Percepção das Pretensões do Processo Penal

É notório que o ser humano é um conjunto de experiências da história e, por assim dizer, é coexistencial, pois não consegue manter-se vivo sem dependência mútua e sem contato com a natureza. Desse modo, pode-se perfeitamente caracterizar o homem como uma criatura “paradoxal” e, a partir de então, iniciar um questionamento subjetivo e até espiritual para compreender os descontentamentos que o rodeia, já que abriga dentro de suas relações pessoais uma série de atitudes diversificadas e contraditórias que resultam em conflitos sociais.

Por esse ângulo, ao se tratar de conflitos intersubjetivos e interpessoais, foi criado um método para se procurar uma compreensível análise de resolução de litigância, no qual seria a ciência jurídica⁴¹, sob pena de colocar em risco a própria manutenção da vida em sociedade. Em um contexto específico, dentro dessa majestosa ciência, surge o Direito Penal à procura da manutenção da paz social e com ele um meio para que o seja aplicado, ou seja, o Processo Penal.

⁴⁰ LOPES Jr., Aury. Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 2012. p.142

⁴¹ Refere GUIMARÃES .Deocleciano. Torrieri em Dicionário técnico jurídico “Ciência: conhecimento, instrução, sabedoria. Geral do direito: de natureza especulativa, objetiva o estudo teórico co conjunto de conhecimento filosófico do direito positivo, seu elementos, ramos, caracteres universais, técnicas de elaboração das leis, fontes, formação, fenômeno, transformações sofridas por meio dos tempos, causas, efeitos, fins, influências dos povos, etc.”. Equipe Rideel. 16. Ed. São Paulo. Rideel,2013.

Ademais, faz-se necessário a concepção a respeito do Direito Penal e, em momentâneo registro, é possível afirmar que esse é um ramo das ciências jurídicas que toma o cuidado de analisar os conflitos delituosos entre os sujeitos e, ainda, cuida de uma íntima e imprescindível relação entre delito e pena, enraizando uma estrutura básica para que seja aplicado da melhor maneira possível no universo processual.

Dessa forma, a pena existe para ser sobreposta aos delitos e o Processo Penal para justificar a punição estabelecida, isto é, são complementares, à vista disso é indispensável que sejam analisados concomitantemente. De acordo com Lopes Jr., existe uma íntima e imprescindível relação entre delito, pena e processo, de modo que são complementares. Não existe delito sem pena, nem pena sem delito e processo, nem Processo Penal senão para determinar o delito e impor uma pena⁴².

Goldschmidt⁴³ questiona,

Por que supõe a imposição da pena a existência de um processo? Se o *ius puniendi* corresponde ao Estado, que tem o poder soberano sobre seus súditos, que acusa e também julga por meio de distintos órgãos, pergunta-se: por que necessita que prove seu direito em um processo?⁴⁴.

Para Lopes Jr., a resposta para tal questionamento de Goldschmidt é clássica e está diretamente relacionada a uma leitura constitucional do processo, com isso

A resposta passa, necessariamente, por uma leitura constitucional do processo penal. Se, antigamente, o grande conflito era entre o direito

⁴² LOPES Jr, Aury. O fundamento da existência do processo penal. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 27, 23 dez. 1998. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/1060>>.

⁴³ Em brevíssima análise sobre GOLDSCHMIDT e sua obra "Der Prozess als Rechtslage" (Berlin, 1925) ("O Processo como Situação Jurídica"), Marcelo Maltouni Mendroni descreve que "Foi James Goldschmidt quem, em sua obra "Der Prozess als Rechtslage" (Berlin, 1925) ("O Processo como Situação Jurídica"), construiu a natureza jurídica do processo de uma nova perspectiva: o processo como conjunto de situações processuais pelas quais atravessam as partes até chegar a uma sentença definitiva. Fundou, por assim dizer, a teoria da relação jurídica. Numa primeira parte de sua obra, realiza Goldschmidt uma detida e minuciosa crítica à tese que concebe o processo como uma relação jurídica processual, realizando-a em uma tríplice vertente: atacando os pressupostos da relação jurídica, negando o conteúdo da mesma (a existência de direitos e obrigações processuais) e reputando, definitivamente, como estática ou metafísica a então doutrina imperante. Diz Goldschmidt que os pressupostos processuais não condicionam o nascimento da relação jurídica processual, mas são pressupostos da sentença. Em seguida volta a sua atenção para o conteúdo da relação jurídico-processual. Examina em primeiro lugar a obrigação do juiz de conhecer a demanda e chega à conclusão de que nem no Direito Romano, nem no Moderno, pode-se afirmar que tal obrigação derive ou se corresponda com uma pretensão do autor, com o que formaria a relação processual, mas que, ao contrário, provém da "obrigação estatal de administrar a justiça". Depois revisa todas e cada uma das obrigações processuais (de contestar a ação, provas, etc.) e põe em evidência que estas obrigações na realidade não o são, já que as partes a elas se submetem para evitar um efeito desfavorável. Mais que obrigações, o que existe no processo são "ônus", mediante cuja realização se evitam prejuízos a uma sentença desfavorável".
https://www.ibccrim.org.br/boletim_editorial/100-80-Julho-1999

⁴⁴ Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal, p. 7

positivo e o direito natural, atualmente, com a recepção dos direitos naturais pelas modernas constituições democráticas, o desafio é outro: dar eficácia a esses direitos fundamentais⁴⁵.

Nessa direção, é importante se analisar a finalidade do Processo Penal, assim, é possível destacar a compreensão de Goldschmidt a respeito da temática, por isso, destaca Piazza Jr., “para Goldschmidt, na busca da finalidade processual, deve-se compreender o conceito de processo. Porém, não aquele conceito metafísico [...], mas sim um conceito empírico visando sua realidade”⁴⁶. “Grifo nosso”.

Ainda, Goldschmidt, citado por Piazza Jr., assegura:

*El proceso es el procedimiento cuyo fin es la constitución de la cosa juzgada, es decir, del efecto de que la pretensión del actor valga en el porvenir ante los tribunales como jurídicamente fundada o no fundada. [...]. La cosa juzgada tiene el efecto de que lo que fue concedido por sentencia firme no puede impugnarse ya, y de que lo que fue denegado por sentencia firme no se puede hacer valer de nuevo*⁴⁷.

Assim, nota-se que “a finalidade do procedimento penal é a averiguação da verdade – de forma receptiva – e a verificação da justiça”⁴⁸.

Segundo Lopes Jr., a verídica finalidade do Processo Penal, “como instrumento de realização do Direito Penal” obriga-se a colocar-se em uma dúplici posição:

De um lado, tornar viável a aplicação da pena e, de outro, ser como efetivo instrumento de garantia dos direitos de liberdades individuais, assegurando os indivíduos contra os atos abusivos do Estado.⁴⁹

Com a compreensão de Lopes Jr. sobre a finalidade Do Processo Penal fica nítido que tal instrumento serve de fato para limitar o poder estatal e garantir os direitos previstos na Constituição Federal e não poderia em nenhum momento ser analisado sobre uma ótica punitiva que exclua tais direitos.

⁴⁵ LOPES Jr., Aury. Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 2012. p.71

⁴⁶ Refere VALMOR Júnior Cella Piazza. Artigo “A natureza jurídica do processo: relação jurídica, situação jurídica e a navegação na epistemologia da incerteza”. Revista da Esmesc, v. 18, n. 24, 2011.p.605.

⁴⁷ Refere VALMOR Júnior Cella Piazza. Artigo “A natureza jurídica do processo: relação jurídica, situação jurídica e a navegação na epistemologia da incerteza”. Revista da Esmesc, v. 18, n. 24, 2011.p.606. “O processo é o procedimento cujo fim é a constituição da coisa julgada, é dizer, o efeito que a pretensão do autor busca perante os tribunais como jurídicamente fundada ou não fundada [...]. A coisa julgada em o efeito de que aquilo que foi concedido por sentença firme, não si pode impugnar mais, e o que foi negado por sentença firme não se pode fazer valer outra vez. (Tradução Livre)”.

⁴⁸ KHALED Jr., Salah H. A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial.p.144.

⁴⁹ LOPES Jr., Aury. Introdução Crítica ao Processo Penal; p. 36.

Em vista disso, o Processo Penal, deve tomar dois pontos principais como diretrizes. O primeiro seria a tutela da liberdade jurídica dos indivíduos integrantes do Estado e, dessa maneira, deve voltar-se apenas para atos penalmente relevantes, prevalecendo aqui o princípio da intervenção mínima e da subsidiariedade do Direito Penal. Segundo, tal Processo, não pode mais buscar uma verdade absoluta, essa que alguns chamam de verdade “real”, mas, sim, uma ampla análise dos fatos para que traga segurança jurídica aos integrantes de um processo não permitindo que o julgador se coloque no lugar de acusador e julgador ao mesmo tempo. Isto é, o Processo Penal deve assumir de uma vez por todas uma forma constitucionalizada.

Portanto, no Processo Penal deve prevalecer, em um patamar superior, o princípio da dignidade da pessoa humana, pois só assim o ele alcançará um posicionamento mais justo e tratará as partes que o integram com mais respeito e dignidade, deixando de ser instrumento de punição do Estado e aparelho assecuratório de um juiz autoritário.

4 “VERDADE REAL”? O QUE É E COMO SE APRESENTA?

“Não há fatos eternos, como não há verdades absolutas”
Friedrich Nietzsche

O Século XXVII foi marcado pela corrente filosófica do racionalismo, definida como a busca da perfeição por meio do raciocínio, das ideias lógicas, do uso de proposições para se extrair conceitos puros de verdades e mentiras. Logo, era necessário construir a razão como essência do real.

Desse modo, fazia-se imperioso que somente por meio do método racional e de uma apreciação lógica seria alcançado estados perfeitos de realidades e desenvolvido análises científicas, métodos matemáticos e físicos que levassem a uma crescente fé na capacidade do intelecto. Por isso, surgiu no mundo o ser humano caracterizado como racional, pois procura a perfeição por meio de métodos e determina esse como o caminho mais correto para o futuro da humanidade.

Portanto, pode-se pensar o ser humano marcado por uma conjuntura de diversas fases históricas, momentos distintos que foram apontados por colapsos de irracionalidade e, outros, como grandes, caracterizados por abrangentes e significantes pensamentos racionais. Isso posto, nota-se que o homem é uma criatura que além de ser enquadrada como de extremo grau de racionalidade, também pode tornar-se irracional já que não mede as consequências e os prejuízos que se pode ter com buscas absolutas de verdades.

Nessa percepção, um dos maiores pensadores do racionalismo, caracterizado por alguns como o “Pai do Racionalismo”, foi o Francês René Descartes⁵⁰, que focou seus estudos principalmente na tentativa de buscar um método científico que garantisse um resultado mais eficaz possível. De fato, o que ele queria era exatamente uma verdade o mais próximo do absoluto e que não tivesse falhas, ou seja, que fosse incontestável. De acordo como Luciene Felix, Descartes criou como sua principal obra, quatro métodos fundamentais, a saber:

⁵⁰Para a FELIX. Luciene, “O Filósofo francês René Descartes (1596-1650), considerado “Pai do Racionalismo”, empreendeu significativa revolução na epistemologia que, nada mais é que o conjunto de conhecimentos que têm por objeto o conhecimento científico, visando a explicar os seus condicionamentos, sistematizar suas relações, esclarecer os seus vínculos, e avaliar os seus resultados e aplicações. A Filosofia busca o “discurso universal”, abandona o reino da *doxa* (opinião) para chegar ao lógos (razão), pois o discurso racional é próprio da Filosofia”. Felix Luciene. Artigo: “O método Cartesiano”. Carta Forense. Publicado em 02/03/2007. <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/o-metodo-cartesiano/705>

1º) Clareza e distinção ("nunca aceitar algo como verdadeiro que eu não conhecesse claramente como tal; ou seja, de evitar cuidadosamente a pressa e a prevenção, e de nada fazer constar de meus juízos que não se apresentasse tão clara e distintamente a meu espírito que eu não tivesse motivo algum para duvidar dele");

2º) Análise ("repartir cada uma das dificuldades que eu analisasse em tantas parcelas quantas fossem possíveis e necessárias a fim de melhor solucioná-las", chegando aos elementos mais simples);

3º) Ordem ("o de conduzir por ordem meus pensamentos, iniciando pelos objetos mais simples e mais fáceis de conhecer, para elevar-me, pouco a pouco, como galgando degraus, até o conhecimento dos mais compostos, e presumindo até mesmo uma ordem entre os que não precedem naturalmente uns aos outros". Defende a dedução como forma de ampliar o saber, do mais simples ao mais composto) e

4º) Enumeração ("efetuar em toda parte relações metódicas tão completas e revisões tão gerais nas quais eu tivesse a certeza de nada omitir". Para que todos os elementos sejam considerados e para verificar se a visão total está de acordo como as regras que foram aplicadas).⁵¹.

Com esse destaque fica evidenciado que prevaleciam como principais métodos do racionalismo: a clareza e a distinção, análise, ordem, enumeração. Logo, verifica-se que existiu uma necessidade no Século XVII de procurar por uma verdade perfeita, vale dizer, uma garantia da validade dos resultados, uma verdade existencial. Por isso, refere Luciene Felix, "a lição mais preciosa de Descartes é a de começar duvidando absolutamente de tudo"⁵². Consequentemente, a verdade era para os racionalistas objeto de existência e só seria possível alcançá-la por meio da razão.

Nesse ínterim, faz-se crucial explorar o conceito de verdade no âmbito do Processo Penal. A tradicional doutrina assegura que o Processo Penal tem a função basilar de busca a "verdade", pois essa seria o resultado de um pensamento racionalizado, absoluto, inatingível para os que glorificam a "verdade real" e a colocam em uma posição canônica, intocável e constroem um envoltório de crença em que ela fica contida.

Sob outra perspectiva, alguns juristas asseguram que a concepção de "verdade" é relativa e que só existe no interior do processo, assim, não pode ser a "verdade" única e absoluta. Os críticos da verdade "absoluta" asseveram que os que defendem a verdade

⁵¹ FELIX Luciene. Artigo: "O método Cartesiano". Carta Forense. Publicado em 02/03/2007. <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/o-metodo-cartesiano/705>

⁵² FELIX Luciene. Artigo: "O método Cartesiano". Carta Forense. Publicado em 02/03/2007. <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/o-metodo-cartesiano/705>

sob essa perspectiva estariam denegando a ideia de que o processo deve ser fundado na dignidade da pessoa humana e, ainda, estariam cometendo um enorme desrespeito às normas constitucionais.

Para os censuradores da verdade onipotente, não faz nenhum sentido inquiri-la dessa maneira, pois com essa abordagem o julgador no Processo Penal assume a personalidade de inquisidor e se posiciona de duas formas simultaneamente: uma, no lugar do acusador e, outra, na que deveria sempre permanecer, ou seja, julgador. Desse modo, o juiz torna-se uma figura completamente tendenciosa, o que contradiz o princípio da imparcialidade.

De acordo com Paulo Rangel,

Descobrir a verdade processual é colher elementos probatórios necessários e lícitos para se comprovar, com certeza (dentro dos autos), quem realmente enfrentou o comando normativo penal e a maneira pela qual o fez. A verdade verificada dentro dos autos pode, muito bem, não corresponder à verdade do mundo dos homens. Até porque o conceito de verdade é relativo, porém, nos autos do processo, o juiz tem que ter o mínimo de dados necessários (meios de provas) para julgar admissível ou não a pretensão acusatória. Afirmar que verdade, no processo penal, não existe é reconhecer que o juiz penal decide com base em uma mentira, em uma inverdade. Ao mesmo tempo, que dizer que ele decide com base na verdade processual, como se fosse única, é uma grande mentira.⁵³

Ademais, um questionamento a ser feito ao se abordar a verdade no Processo Penal é a produção de provas. Nesse sentido, dispositivos que atribuam ao juiz poderes instrutórios, como o famigerado art. 156, incisos I e II, do CPP, externam a adoção do princípio inquisitivo, que funda um sistema inquisitório⁵⁴. Por esse ângulo, o juiz assume o papel de ator, ou seja, toma para si um posicionamento parcial no processo e como consequência vê-se exterminado o princípio da imparcialidade.

Nessa perspectiva, nota-se que o julgador ao buscar uma “verdade perfeita”, visto que ao se converter em um “interprete” dotado de parcialidade, estaria violando o princípio acusatório. Além disso, assegura o princípio do “*in dubio pró réu*” que na dúvida deve prevalecer a inocência do acusado e o juiz deve absolver, ou seja, não faz coerência o juiz perseguir a verdade absoluta.

Destarte, em uma óptica processual penal constitucionalizada deve vigorar o princípio da presunção da inocência, por isso, se o juiz não está convencido sobre um

⁵³ RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 22 ed. São Paulo. Atlas, 2014. p. 07.

⁵⁴ LOPES Jr., Aury. Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 2012. p.140.

fato ele é obrigado a absolver o acusado. Dessa maneira, é ilegítima em um sistema processual acusatório a interferência do julgador em prol da acusação.

Todavia, em ponto de vista antagônico, existem juristas que asseveram que no Processo Penal o julgador pode, sem efeitos de consequência, valorar a prova com a justificativa de consolidar o princípio do *in dubio pro societate*, no qual aduz que na dúvida deve-se interpretar a norma em favor da sociedade. Nesse seguimento, Edsom Mougenot, afirma que

O dever de produção de provas não é apenas das partes, portanto. Havendo interesses maiores em discussão, as provas são produzidas em favor da sociedade. Para tanto, além das próprias partes, também o órgão julgador deverá diligenciar na busca de todos os elementos que permitam a reconstrução dos acontecimentos levados a juízo. Nesse sentido, o juiz, por expressa previsão legal, poderá determinar a produção de provas que repute relevantes (art. 156, I, do CPP), não obstante grande parte da doutrina entenda que o dispositivo em questão viola o princípio do *ne procedat iudex ex officio* e da imparcialidade, aproximando-se do sistema inquisitivo de produção de provas.⁵⁵

Na mesma perspectiva, Fernando Capez, um dos autores que mais defende a produção probatória por parte do juiz e a famigerada “verdade real” afirma:

No processo penal, o juiz tem o dever de investigar como os fatos se passaram na realidade; não se conformando com a verdade formal constante dos autos. Para tanto, o art. 156, II, com a redação determinada pela Lei n. 11.690/2008, faculta ao juiz, de ofício, determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante⁵⁶.

Ao contrário desses autores, contesta Lopes Jr. que,

O mais interessante é que não aprendemos com os erros, nem mesmo com os mais graves, como foi a inquisição. Basta constatar que o atual CPP atribui poderes instrutórios para o juiz, a maioria dos tribunais e doutrinadores defende essa “postura ativa” por parte do juiz (muitas vezes invocando a tal “verdade real”, esquecendo a origem desse mito e não percebendo o absurdo do conceito), proliferaram projetos de lei criando juízes inquisidores e “juizados de instrução” etc.⁵⁷

⁵⁵ Como remete BONFIM, Edilson Mougenot Curso de processo penal.7. ed. São Paulo. Saraiva, 2012. p.74.

⁵⁶ CAPEZ, Fernando. Curso de processo.. 19. ed.. São Paulo : Saraiva, 2012. Processo penal 2. Processo penal Jurisprudência. Brasil I. p.72.

⁵⁷ LOPES Jr., Aury. Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 2012. p.71

Com essa acepção, é notório que refletir a respeito de produção probatória da busca da “verdade real” que consistiria em uma volta para os tempos de selvageria da inquisição, quer dizer, um grave erro. Em continuação, bem observa Lopes Jr, citado por Kaled Jr:

o mito da verdade real está intimamente relacionado com a estrutura do sistema inquisitório[...] com sistemas 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)⁵⁸.

Nessa sequência, Kaled Jr, ainda, critica de forma coesa que

não podemos mais tolerar de forma alguma a objetificação do acusado, tão característica da epistemologia inquisitória, que justifica toda a espécie de violação em nome da sagrada obtenção da verdade e tampouco a existência de um processo penal de perseguição ao inimigo no contexto democrático contemporâneo⁵⁹.

Além do mais, Morais da Rosa aponta,

A denominada Verdade Real é mito sedutor, conveniente e ilusório. É a fraude pela qual os envolvidos acreditam que, mediante alguns depoimentos e provas (informações), podem reconstruir os fatos tal como se deram.⁶⁰

Dessa forma, é evidente que a verdade processual existe, ela só inexistente como perfeita e absoluta. Por isso, o que deve ser descoberto é o lugar adequado para a verdade no Processo Penal. Assim, observa Ferrajoli (2002, p 38): “Se uma justiça penal integralmente “com verdade” constitui uma utopia, uma justiça penal completamente “ sem verdade” equivale a um sistema de arbitrariedade”.

Consequentemente, o juiz não deve ter a função de inquisidor, caçador ambicioso de algo inexistente, isso cria carência nas decisões e transforma o acusado em inimigo. Não se pode admitir que o acusado continue sendo massacrado por um poder que atua de forma incoerente e desigual.

⁵⁸ KHALED Jr., Salah H. A busca da Verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial- São Paulo: Atlas, 2013. P.170.

⁵⁹ KHALED Jr., Salah H. A busca da Verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial- São Paulo: Atlas, 2013. P.170

⁶⁰ MORAIS da Rosa, Alexandre. Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos. Lumen juris.p. 81.

Portanto, para os juristas críticos da “verdade real” a procura no direito processual penal deve ser norteada não por uma “verdade absoluta” e sim uma concatenação entre fatos, produção probatória e posicionamento apropriado do julgador, onde a partir disso se alcançaria uma verdade mais concreta.

5 A “VERDADE” EM UM PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO

“Quem nos salva da bondade dos bons?”

Agostinho Ramalho Marques Neto

5.1. Aplicação da Verdade (Real) em um Sistema Processual Penal Democrático (Acusatório): a Desconstrução do “Mito”.

À primeira vista, como já afirmado outrora, existe (ou pelo menos alguns doutrinadores asseguram) três tipos de sistemas processuais (inquisitório, acusatório e misto), cada um com sua peculiaridade, sua essência, representações de épocas e modelo punitivos do Estado. Assim, a realidade, como já dita, é que o sistema inquisitório representa Estados autoritários, onde vigora com vasto poder um julgador arrogante que busca verdades incontestáveis – caso a deles próprios – e assume dúplice posicionamento no processo, por isso não há imparcialidade. Por outro lado, o sistema acusatório é baseado primordialmente na concepção constitucional e tem a imparcialidade como princípio fundante.

Trazendo de volta o posicionamento de Lopes Jr., não existem mais sistemas puros (inquisitório ou acusatório), ou seja, todos são “mistos”, assim, o questionamento deve ser “identificar o princípio informador de cada sistema, para então classificá-lo como inquisitório ou acusatório”⁶¹.

Para Moraes da Rosa, “a compreensão de sistema decorre da existência de um princípio unificador, capaz de derivar a cadeia de significantes dele decorrentes, não se podendo admitir a coexistência de princípios (no plural) na origem do sistema”⁶².

É fundamental, portanto, que se analise o Processo Penal brasileiro com uma visão acusatória, mesmo que em sua gênese ele seja solidificado por princípio inquisitivo. Por isso, faz-se necessário compreender um pouco da visão de alguns juristas frente à “verdade real”. Como dito noutro tempo, a “verdade real” encontra-se em contradição a princípios regentes da Constituição Federal, o que já a caracterizaria como desrespeitosa e, porque não dizer, inútil, por isso, não teria ela cabimento em um Processo Penal democrático.

⁶¹ LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012. p.124

⁶² MORAIS da Rosa, Alexandre. *Decisão no processo penal como bricolage de significantes*, 2004.

Em sequência, nessa busca incansável da “verdade” por parte do julgador são nitidamente sacrificados os princípios fundamentais, como imparcialidade e o contraditório, exterminando o Processo Penal num Estado Democrático de Direito.

De acordo com Lopes Jr.,

a imparcialidade é garantida pelo modelo acusatório e sacrificada no sistema inquisitório, de modo que somente haverá condições de possibilidade da imparcialidade quando existir, além da separação inicial das funções de acusar e julgar, um afastamento do juiz da atividade investigatória/ instrutória⁶³.

Para Kaled Jr.,

A busca da verdade pelo magistrado invariavelmente remete à epistemologia inquisitória sistematizada por Eymerich e ampliada por De La Peña, que foi preservada pelo sistema misto, ainda que de forma velada; uma epistemologia que por definição contraria o devido processo legal imposto pela leitura democrática-constitucional e, logo, que é incompatível com a estrutura de contenção regrada do poder punitivo exigível em um Estado Democrático de Direito⁶⁴.

Nesse sentido, na perseguição da “verdade ilimitada”⁶⁵ há uma gigantesca afronta ao devido processo legal e isso é inadmissível em um Processo Penal Democrático. Dessa forma, o julgador só poderia ir em busca da verdade real se prevalecesse um modelo decisionista, isto é, caso imperasse decisões autoritárias. Esse pensamento está intimamente ligado ao sistema inquisitório.

Nessa concepção vigora um crescente julgamento discricionário, por isso, o julgador cria um envoltório de subjetividade e procura valorar as provas de acordo com sua consciência⁶⁶, tudo isso não passa da busca da verdade real. Para Streck:

Esse “poder discricionário” propicia a “criação” do próprio objeto de “conhecimento”, típica manifestação do Positivismo, ou seja, a razão humana passa a ser a “fonte iluminadora” do significado de tudo o que

⁶³ LOPES Jr., Direito processual penal e sua conformidade constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. P.70.

⁶⁴ KHALED Jr., Salah H. A busca da Verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial- São Paulo: Atlas, 2013. P.147.

⁶⁵ Diga-se de passagem parte significativa (ainda majoritária) da doutrina, amparado para além disso pelo pensamento jurisprudencial, ou seja, os Tribunais Superiores acreditam que exista uma “verdade” caracterizada como “real”, assim, o mito prevalece fortalecido.

⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. Afirma que o sujeito que julga de acordo com sua consciência é um sujeito da modernidade, caracterizado por Lenio como sujeito solipsista, pois decide conforme seus valores e crenças. (O que é isto- as garantias processuais penais?, 4 ed.rev., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2012, p.45.

pode ser enunciado, sobre a realidade. As coisas são reduzidas aos nossos conceitos e às concepções de mundo, ficando à disposição de um protagonista (intérprete *lato sensu*)⁶⁷

Em contrapartida, a óptica do modelo garantista, objetiva a diminuição da discricionariedade das decisões. Esse ponto de vista vem do sistema acusatório e domina nele o regime democrático. De acordo com Karam, o garantismo é uma doutrina que tem por função basilar a limitação da discricionariedade protestativa do juiz.⁶⁸

Por esse ângulo, Morais da Rosa constrói uma crítica a respeito do posicionamento do juiz no Processo Penal e da verdade observada de forma absoluta. Ele assegura que o juiz

primeiro ocupa o lugar de portador da palavra, depois assume o papel de inquisidor na gestão da prova, em busca da mitológica Verdade Real, e, ainda, pela maneira como se enseja, acaba acreditando que é o escolhido, o mandatário Divino capaz de conceder – com as implicações psicanalísticas do termo – a segurança jurídica⁶⁹.

Nessa perspectiva, em análise do crime como elemento do tempo (esse tempo como fases históricas) e como formação de fatos (relatos, imaginação, narrativas), a verdade real, para alguns juristas, não passaria de uma correspondência⁷⁰, ou seja, verdade correspondente e não verdade real, pois é fruto de utopia.

⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz. (O que é isto-decido conforme minhas consciências? as garantias processuais penais?, 4 ed.rev., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2013, p.95 e 96..

⁶⁸ KARAM. Trindade. André. Artigo publicado no Consultor Jurídico. 08 de junho de 2013. “Raízes do garantismo e o pensamento de Luigi Ferrajoli. <http://www.conjur.com.br/2013-jun-08/diario-classe-raizes-garantismo-pensamento-luigi-ferrajoli>. É importante destacar-o-que é dito por Karam a respeito de Ferrajoli e do garantismo: “Muito embora a expressão *garantismo* possa remeter o leitor ao século XVIII — e, mais especificamente, ser associada à figura de Mario Pagano, para quem o garantismo seria, de fato, uma doutrina voltada à limitação da discricionariedade potestativa do juiz — ou, ainda, aos neologismos do século XIX, sua incorporação no universo jurídico é, com efeito, bem mais recente, conforme sinaliza Luigi Ferrajoli em entrevista concedida a Gerardo Pisarello e Ramón Suriano, em 1997, na Universidad Carlo III de Madrid: “A palavra *garantismo* é nova no léxico jurídico. Ela foi introduzida na Itália, nos anos 70, no âmbito do direito penal. Todavia, acredito que possa ser estendida a todo o sistema de garantias dos direitos fundamentais. Nesse sentido, o garantismo é sinônimo de Estado Constitucional de Direito”. Na verdade, tal expressão vem publicada, em 1970, no *Grande Dizionario della Lingua Italiana*, de Salvatore Battaglia.

⁶⁹ MORAIS da Rosa, Alexandre. Guia Compacto do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos. 2º ed ver e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.p.91.

⁷⁰ Refere FERRAJOLI algumas razões que levam a verdade processual a ser apenas correspondente. A primeira delas consiste no fato de a verdade, tanto em seu aspecto fático quanto no jurídico, não poder ser afirmada por observações diretas, como ocorre em uma investigação científica. No que tange ao aspecto fático, temos que o juiz não foi testemunha ocular dos fatos e limita-se ao que está relatado nos autos, constituindo-se uma hipótese de probabilidade. Já quanto ao aspecto jurídico, existem dificuldades para efetuar a subsunção do fato à norma, pois, não obstante a imperfeição da descrição dos fatos, os conceitos classificatórios contidos nas normas costumam admitir diversas interpretações, resultando numa verdade

Contudo, pensar em “verdade real” é assegurar que se deve buscar algo que não está em lugar algum, inexistente. Por isso, o máximo que o julgador poderá encontrar nessa tentativa ilusória de verdade “absoluta” (real) é a “calma” (tranquilidade) para sua própria consciência, ou seja, simplificando a existência do próprio mundo. Pois, em um contexto existencial filosófico a concepção de verdade já é uma contradição em si.

Nessa linha de pensamento, Moraes da Rosa assegura,

A ilusão medieval de que se poderia obter todas as informações sobre uma acusação é imaginária e joga com o viés político de legitimação autoritária da punição. O processo penal possui limitações temporais, espaciais, cognitivas e narrativas, dentre outras. Enfim, a informação sempre é imperfeita. Seria impossível dizer que todas as informações foram obtidas, dado que há um resto não perguntado, não descoberto, salvo aos que acreditam em Verdade Real. E quem acredita em Verdade Real é um jurista do século passado e bem mais feliz, assim como ingênuo.⁷¹

De acordo com Porto,

Não se pode falar em verdade “real” porque o processo assume a função de “fim”, ou seja, sua finalidade será justamente atingir esse “fim”. Em Nome Dele, cometem-se abusos, atropelam-se garantias, bem como interpretam-se institutos a partir daquele discurso (fundante finalístico)⁷².

Ademais, Warat avalia a natureza ideológica do mito e afirma que,

El mito sirve, de esa forma, para transformar una justificación en una aparente explicación. La gente tiene necesidad de que las conductas intuitivas irracionales, producidas desde el poder a los sectores interesados, parezcan lógicas. Por ello, surge todo un conjunto de explicaciones pseudológicas o pseudo-explicaciones de sus actos y se estimulará así creencias, que motivan acciones afectivas, bajo la sensación de estar obrando en forma racional. Esto explica también las continuas referencias al pensamiento mítico en el análisis sociológico. En otras palabras, la ideología, es la que provoca los mitos en el campo social.⁷³

jurídica opinativa. Ferrajoli, Luigi. *Direito e Razão*. Cruz, Rogério Schietti Machado. Verdade processual em Ferrajoli. In: *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v.9, n° 106, p.9, set. 2001.

⁷¹ MORAIS da Rosa, Alexandre. Coluna. Limite penal. Juiz não deveria ser um xerife nem detetive em busca da verdade real. Publicado em 16 de outubro de 2015. Consultor Jurídico.

⁷² PORTO, Dyedo Phablo dos Santos. O senso comum teórico dos juristas como obstáculo ao estado democrático de direito: o exemplo simbólico do art 212 do código de processo penal. p. 86.

⁷³ (Tradução) O mito serve, dessa forma, para transformar uma justificação numa aparente explicação. As pessoas têm necessidade de que as condutas intuitivas irracionais, produzidas desde o poder aos setores interessados, pareçam lógicas. Por isso, surge um conjunto de explicações pseudológicas e pseudoexplicações de seus atos e se estimula, assim, crenças que motivam ações afetivas, sob a sensação

Veja que a necessidade de provar as ideias irracionais e a vontade de torná-las lógicas estimula a crença de qualquer sujeito, o que não seria diferente do julgador no Processo Penal, isso porque o juiz é um ser humano, dotado de sentimentos e ambições, pode-se dizer que ele é resultado de um meio onde foi criado e moldado especificamente, por isso, possui valores próprios que podem ser parte de suas decisões.

Conforme Vilares, existe um fator que impede o alcance da verdade ontológica que se aplica apenas ao âmbito jurídico: é sua natureza normativa. Por essa razão é que o método de investigação deve observar algumas regras com os mais diversos fins para ser considerada válida. Algumas evitam práticas arbitrárias, outras impedem a prevaricação das partes ou ainda determinam a conduta a ser adotada em caso de dúvida, como no *in dubio pro reo*. A importância dessas regras advém tanto da necessidade de se barrar previamente condutas ilegais, quanto da necessidade de o juiz decidir mesmo no caso de incerteza.⁷⁴

Ademais, na ótica do princípio do *in dubio pro réu*, não havendo provas que confirmem a materialidade e autoria do delito praticado, ou seja, não havendo justa causa (lastro probatório mínimo), e pensando a questão da verdade em torno da prova (como de fato deve ser pensada), o juiz deverá absolver o acusado, pois não pode ele colocar-se na posição de acusador, ou seja, no caso de dúvida, o juiz é obrigado a absolver, caso contrário não mais faria sentido o Processo Penal e ele estaria por fim crucificado, morto, findado.

Portanto, não faz sentido algum o juiz valorar provas, perseguir a verdade real, ir à procura de algo que não existe, pois, o único motivo para isso é trazer tranquilidade para sua consciência, calma espiritual, já que, como afirmado anteriormente, *em caso de dúvida deve prevalecer o princípio para o réu*, ou seja, se o juiz tem dúvida ele não procura a prova para absolver, mas para condenar, porque na dúvida ele deve (é obrigado) a absolver. Nessa perspectiva, questiona Agostinho Ramalho Neto, “Quem nos Salva da Bondade dos Bons?”.

5.2 Processo Penal do Inimigo: a Verdade “Real” Como Sede de Condenação

de estar produzindo de forma racional. Isso explica também as contínuas referências ao pensamento mítico na análise sociológica. Em outras palavras, a ideologia é a que provoca os mitos no campo social. WARAT, Luiz Alberto. Epistemologia e ensino do Direito. O sonho acabou. Fundação Boiteux, Florianópolis, 2004, p.215.

⁷⁴ VILARES, Fernanda Regina. Processo penal: reserva de jurisdição e CPI's, 2012, p.128.

Nas tentativas inesgotáveis pela verdade total nasce no julgador um desejo insaciável de condenação. Ocorre que na procura “enlouquecida” pelo “real” cria-se um desejo (uma espécie de sede) ganancioso para efetivar o ato de punir (crueldade). Há nisso um desrespeito à Constituição Federal e de todas suas garantias, é nesse instante que surge a ideia de Processo Penal do inimigo. Todavia, quem é o inimigo?

Para Moraes da Rosa e Kaled Jr.,

O sistema penal deve partir do necessário respeito ao princípio maior – dignidade da pessoa humana – em oposição à lógica persecutória que no passado organizou sistemas voltados para a implacável perseguição dos indesejáveis, tido como inimigos.⁷⁵

Nessa linha de pensamento, fica evidenciado a percepção de que o inimigo é o acusado, não poderia ser diferente – algo muito ou quase igual ao encontrado atualmente – já que a parte mais sensível é o acusado e dessa maneira é visto (como INIMIGO) pelo julgador inquisidor.

Observa-se, na ideia de Processo Penal do inimigo que o acusado sofre dentro de um jogo que é negado a ele todos os seus direitos fundamentais, vale afirmar, aqui o réu não é visto como um sujeito processual, não passa de mero objeto que deverá ser punido por um Estado opressor (representado por um sujeito que tenta se aproximar da “imagem da perfeição”) que se assegura justo, contudo, não vai além de um exterminador de garantias constitucionais.

Moraes da Rosa e Kaled Jr., constroem um importantíssimo paralelo entre a inquisição e o Estado atual e avaliam o conceito de inimigo.

O paralelo que pode ser traçado entre as duas concepções não chega a ser surpreendente, uma vez que são lógicas orientadas para o extermínio dos que são tidos como inimigos pelos poderes estabelecidos. Entre Inquisição e Estado Novo, a correlação é mais do que perceptível. O que assusta é perceber o quanto a finalidade de intimidação do corpo social ainda permeia o imaginário jurídico, em pleno contexto democrático que a Constituição impõe ao nosso sistema processual. A epistemologia inquisitória ainda prepondera, em nome de uma insaciável ambição de verdade que não expressa outra coisa que um desejo irrefreável de atingir a condenação, desprezando

⁷⁵ MORAIS da Rosa e Kaled Jr. Coluna. In Dubio pro Hell: o princípio mal - dito no processo penal. Justificando. 08 de Julho de 2014. <http://justificando.com/2014/07/08/dubio-pro-hell-o-principio-mal-dito-processo-penal>.

por completo o conceito de que forma é garantia, como exige o devido processo legal. E tudo isso em nome da irrealizável promessa que nos é continuamente vendida pela criminologia midiática.⁷⁶

De acordo com Lopes Jr., o Processo Penal do inimigo segue a mesma fórmula do simbolismo cada vez maior, acrescentando-se boas doses de utilitarismo, aceleração antigarantista, eficientismo (que não se confunde com eficácia), agravado pela perigosa mania dos tribunais de flexibilizar as formas processuais através da relativização das nulidades (e conseqüente enfraquecimento das garantias do devido processo).⁷⁷

Nesse contexto, o “inimigo” (acusado) está inserido em um Processo Penal no qual o julgador (amigo) interfere diretamente na gestão da prova, o que causa danos irreparáveis para aquele. Dessa forma, a cada momento que o Processo Penal é avaliado sobre essa ótica está se encaminhando para o término de um processo fundamentado na dignidade da pessoa humana.

Tanto é assim que, mostra-se “aberrante”, oposto a qualquer pensamento constitucionalizado, acreditar que em um Processo Penal Democrático existiria a figura de um inimigo (sujeito perverso que não mereceria nem um simples contraditório ou presunção de inocência) que por assim o ser já deve de início ser condenado, queimado em praça pública (lembranças da inquisição). Ainda, não faria logicidade acreditar em um juiz (amigo) que trataria o acusado como “inimigo”.

Portanto, a busca da verdade real transcende a “insanidade” do julgador, ela vai em direção de um pensamento arcaico (inquisitorial) e de uma estrutura que capacita o Processo Penal para o extermínio do acusado, que tem como resultado a maximização da seletividade do sistema penal e destrói o Processo Penal Democrático, ou seja, glorifica o Processo Penal do Inimigo e o coloca em uma posição canônica.

5.3 O Lugar Adequado para a Verdade no Processo Penal

De acordo com alguns doutrinadores, e como já visto, existem alguns pensamentos doutrinários a respeito da verdade real no Processo Penal, um deles é o apontamento da verdade como instituto absoluto, o que já foi demonstrado que não

⁷⁶ MORAIS da Rosa e Kaled Jr. Coluna. In Dubio pro Hell: o princípio mal - dito no processo penal. Justificando. 08 de Julho de 2014. <http://justificando.com/2014/07/08/dubio-pro-hell-o-principio-mal-dito-processo-penal>

⁷⁷ Lopes Jr., Aury. Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 2012. p.561.

passa de uma questão mitológica e de crença. Em outro viés, banir a verdade do Processo Penal não faria sentido, pois indicaria que o juiz decide com base em mentiras.

Nessa direção, para Cunha Martins, se por um lado uma verdade elevada à condição canônica – transformada em objeto de adoração – conforma um Processo Penal Do Inimigo, movido por insaciável ambição de verdade, uma verdade expulsa, ou seja, *exilada* também se mostraria apta a produzir grandes danos. Portanto, interessa (re) definir o lugar apropriado para a verdade em um Processo Penal de corte acusatório e democrático, respeitoso da dignidade da pessoa humana e da presunção de inocência.⁷⁸

Assim, para alguns doutrinadores, a verdade no Processo Penal seria resultado dos fatos (como se “brotasse” deles), uma espécie de verdade correspondente, algo de neutralidade e de correspondência estrita entre o que aconteceu e o que supostamente foi verificado no processo, através da convicção do juiz⁷⁹. Por isso, segundo os que seguem esse pensamento, o juiz deverá se convencer livremente da verdade, conseqüentemente, o julgador está adstrito a obter o conhecimento do fato que melhor corresponda a realidade.

Antagonicamente, Moraes de Rosa e Kaled Jr. a respeito da verdade correspondente afirmam:

A ideia de verdade correspondente ao real não corresponde ao desafio que representa a obtenção de conhecimento sobre o passado e é manifestamente inadequada para expressar a dinâmica característica do processo. Inclusive pode ser dito que a grosseira simplificação que resulta dessa percepção impede que concepções mais condizentes com a concretude das coisas venham a prosperar.⁸⁰

Isso posto, para uma parte dos juristas no Processo Penal, jamais poderia existir verdade correspondente, pois para que existisse deveria haver uma certeza sobre os fatos e para alguns doutrinadores não existem fatos nesse tipo de Processo, o que há são simples enunciados de fatos (argumentações da acusação e da defesa), quer dizer, não há como o julgador analisar o que verdadeiramente ocorreu com certezas absolutas, visto que não teria como o juiz (posto que não é possuidor do tempo) voltar ao passado. Logo, o que existe no Processo Penal são apenas rastros do passado.

⁷⁸ CUNHA Martins, Rui. O ponto cego do direito: *the Brazilian lesson*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

⁷⁹ MORAIS da Rosa e Kaled Jr. Coluna. O olho que tudo vê enxerga a verdade real: *in dubio pro hell*, irmãos. Justificando. 09 de Setembro de 2014. <http://justificando.com/2014/09/09/o-olho-que-tudo-ve-enxerga-verdade-real-dubio-pro-hell-irmaos>.

⁸⁰ Idem.

Com essa concepção, nota-se que a verdade no Processo Penal não é encontrada, ou melhor, o juiz não descobre algo que está perdido, ele na realidade o produz⁸¹. Então, a verdade no processo penal é produzida. Isto significa que ela no Processo Penal é baseada em relatos produzidos pelo juiz para externar sua convicção e assegurar ao acusado os efeitos de sentença condenatória⁸², pois certamente é de fato responsável pelo que lhes são imputados.

Em outro viés, para Paulo Rangel, a verdade processual deve ser vista sob um enfoque da ética, e não do consenso, pois não pode haver consenso quando há vida e liberdade em jogo, pelo menos enquanto se estiver comprometido com o outro como ser igual, por sua diferença. A verdade obtida, consensualmente, somente terá validade se o for através da ética da alteridade.⁸³

Entre os doutrinadores estudados, o ponto de vista mais adequado para a indagação da verdade é de Kaled Jr., quando assegura que “a verdade é produzida analogicamente no processo penal, a partir de uma narrativa sustentada em rastros do passado”. No site desmitificando o direito⁸⁴, Kaled fala de sua obra “A busca da verdade no processo penal: Para além da ambição inquisitorial”:

Sempre que nós condenamos, condenamos analogicamente e o que significa dizer isso, significa dizer que se a verdade no processo penal é produzida analogicamente pelo juiz, isso significa dizer que em toda condenação, toda e qualquer condenação, mesmo naquela condenação que aparenta ser mais inequívoca, mesmo naquela condenação que aparenta destruir de forma irreparável a presunção de inocência do acusado, mesmo nessa condenação, sempre restará um nível irredutível de incerteza, de dúvida, porque é insuperável a distancia que nos separa do passado e a possibilidade de que tenhamos condenações equivocadas é gigantesca. É a grande ironia que consiste no fato de que quando nós dizemos que o juiz pode e deve perseguir a verdade, nós estamos maximizando o número de condenações equivocadas, nós estamos apostando em uma estrutura que já foi historicamente demonstrada como apta a produção de erros[...].⁸⁵

⁸¹ KALED Jr., Salah. Desmitificando o direito “A busca da verdade real no processo”. Publicado em 26 de abril de 2015, youtube. https://www.youtube.com/watch?v=XrWhi2mi_sw

⁸² Idem. Ibidem.

⁸³ RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 22ed. São Paulo. Atlas, 2014.p.07.

⁸⁴ Vale ressaltar que o projeto Desmitificando o Direito promove palestras gratuitas para fomentar a cultura jurídica popular. Realização Jornal Estado de Direito. Coordenação Carmela Grune. www.youtube.com/estadodedireito

⁸⁵ KALED Jr., Salah. Desmitificando o direito “A busca da verdade real no processo”. Publicado em 26 de abril de 2015, youtube. https://www.youtube.com/watch?v=XrWhi2mi_sw

Portanto, com essa reflexão analógica da verdade⁸⁶, Kaled Jr. aduz que o julgador respeitando as regras do jogo, isto é, posicionando-se em um sistema penal acusatório e com uma nítida certeza do lugar que deve ocupar, se tornará imparcial e julgará com base nos princípios constitucionais, o que tem como consequência a obediência ao devido Processo Legal e constrói um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

⁸⁶ É importante destacar que analogia é como se fosse uma substituição, correspondência.

NOTAS CONCLUSIVAS

Diante de todo o exposto, é possível notar que a verdade no Direito Processual Penal é uma questão de lugar. O julgador deve posicionar-se de forma imparcial no processo e respeitar princípios fundamentais da Constituição Federal para que só assim consiga alcançar um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Nesse seguimento, foi mostrado os sistemas processuais penais: o inquisitório, o acusatório e o “misto”. O primeiro, notou-se que prevalece em Estados opressivos, governados por sujeitos autoritários e que dominam essencialmente o totalitarismo, são lembranças dos tempos de inquisição de onde originaram-se momentos em que imperava o poder da “Santa igreja Católica” que foi justamente a criadora de tal sistema para uso de repressão das “heresias” dos infiéis (os que tinha ideias contrarias as da Igreja).

Por outro lado, identifica-se que o sistema processual penal acusatório tem como pilar a democracia e a valorização dos direitos fundamentais. Nesse sistema é nítido a separação das funções de acusar e julgar, nele é permitido o exercício de uma ampla defesa e o julgador é totalmente imparcial. Vale ressaltar ainda que as partes são colocadas em pé de igualdade, ou seja, vigora aqui o princípio do contraditório.

Depois, foi explanada a presença de um sistema processual “misto”, isto é, para uma parte da doutrina é a conexão entre o inquisitório e o acusatório. Contudo, de acordo com o pensamento de Lopes Jr., considerado até aqui o mais coerente, é afirmar que o sistema como “misto” é um reducionismo, pois não existe mais sistemas puros, a questão seria reconhecer o princípio formador do sistema e posteriormente qualificá-lo como inquisitório ou acusatório.

Sob essa perspectiva, buscou-se investigar qual seria o sistema processual adotado pelo Código de Processo Penal Brasileiro e, desse modo, foi visto que em sua gênese ele é substancialmente autoritário, dado o conceito histórico no qual nasceu. Todavia, para alguns doutrinadores, no CPPB (Código de Processo Penal Brasileiro) vigora um sistema acusatório simbólico, inundado de características de um sistema processual acusatório.

Posteriormente, foram feitas indagações a respeito das pretensões do Processo Penal, e foi avaliado sob o ponto de vista, de Goldschmidt; Lopes Jr.; Piazza Jr. e Kaled Jr. Segundo Piazza Jr., “para Goldschmidt, na busca da finalidade processual, deve-se

compreender o conceito de processo”.⁸⁷ Ainda, Goldshmidt, citado por Kaled Jr. aduz que

a finalidade do procedimento penal é a averiguação da verdade – de forma receptiva- e a verificação da justiça”⁸⁸. Segundo Lopes Jr., “a verídica finalidade do processo penal fundado pelo respeito aos princípios que se tem por sustentáculo o Estado Democrático de Direito”⁸⁹.

Sem demora, foi apresentado questionamento sobre a verdade “real” e perguntado o que é tal princípio e como se apresenta no processo? Assim, foi dito que a ideia de verdade “real” vem do racionalismo. Foi de lá que surgiu uma verdade dita como “absoluta”, pois, os racionalistas como René Descartes usavam métodos matemáticos para alcançar o que acreditavam ser “total”, sem defeitos, isto é, absoluto.

Nesse ínterim, a verdade vista como absoluta foi acoplada ao Processo Penal, colocaram-na em uma posição canônica e deram ao julgador um poder incontestável, ou seja, o pensamento foi que o julgador usando o método (Processo Penal) encontraria a verdade dos fatos. “SIMPLES”, o juiz é o “PIRATA” que acharia o “TESOURO” perdido.

Entretanto, isso não faria sentido nenhum em um Processo Penal democrático, já que o julgador (possuidor de uma personalidade própria) se tornaria parcial e, conseqüentemente, tudo isso não passaria da retomada da inquisição para a atualidade, assim como estaria exterminado um Processo Penal fundado na dignidade da pessoa humana, um Processo Penal Democrático.

Por isso, a verdade absoluta não passaria de um mito, já que na procura da verdade total o julgador extermina direitos fundamentais em um Processo Penal Democrático, pois assim, nunca poderia existir um verdadeiro Estado Democrático de Direito, caso prevalecesse uma verdade incontestável.

Todavia, não se pode afirmar que não existe verdade no Processo Penal, isso também já seria loucura, pois significaria dizer que o juiz é um sujeito totalmente mentiroso e que só julga com bases em mentiras, isso seria um enorme desrespeito com

⁸⁷ Refere VALMOR Júnior Cella Piazza. Artigo “A natureza jurídica do processo: relação jurídica, situação jurídica e a navegação na epistemologia da incerteza”. Revista da Esmesc, v. 18, n. 24, 2011.p.605.

⁸⁸ KHALED Jr., Salah H. A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial.p.144.

⁸⁹ LOPES Jr., Aury. Introdução Crítica ao Processo Penal; p. 36

todas as partes do processo. O fato é que a “verdade” no Processo Penal, conforme Kaled Jr., é produzida⁹⁰ e não encontrada.

Portanto, na linha de pensamento desse autor “a verdade é produzida analogicamente no processo penal, a partir de uma narrativa sustentada em rastros do passado”. Dessa maneira, o juiz investiga por meio de enunciados (narrativas criadas pelas partes no processo) de fatos e, a partir disso, produz a verdade no Processo Penal brasileiro.

⁹⁰ Vale ressaltar que o projeto Desmitificando o Direito promove palestras gratuitas para fomentar a cultura jurídica popular. Realização Jornal Estado de Direito. Coordenação Carmela Grune. www.youtube.com/estadodedireito.

BUENO, Silveira. **Dicionário**. Ed. Edial. 1999.p.509.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**.19.ed.São Paulo. Saraiva, 2012.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. P. 101.

COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. **Fundamentos à Inconstitucionalidade da Delação Premiada**. Boletim IBCCRIM ano 13 nº 159 fev/2006. p. 02

DEOCLECIANO, Torrieri. **Dicionário técnico jurídico**. Equipe Rideel. 16. Ed. São Paulo. Rideel,2013.

FELIX Luciene. **O método Cartesiano**. Carta Forense. Publicado em 02/03/2007. <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/o-metodo-cartesiano/705>

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**, p. 452.

_____; **Direito e Razão**. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hasssan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes (trad). 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FERRAREZI, Ellim Fernanda Silva. **Direitos fundamentais e processo penal constitucional: Devido processo legal e seus corolários**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 118, nov 2013. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13388&revista_caderno=9. Acesso em out 2015. <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/34882094/djba-caderno1-02-03-2012-pg-229>.

GOLDSCHMIDT, James. **Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal**. p. 67 e ss.

_____; **Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal**. p. 7.

HOLANDA, Buarque Aurélio. **Novo dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 2.ed, revista e ampliada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. p. 1594

KALED JR., Salah. **Desmitificando o direito: A busca da verdade real no processo**. Publicado em 26 de abril de 2015.https://www.youtube.com/watch?v=XrWhi2mi_sw

KARAM, Trindade. André. **Raízes do garantismo e o pensamento de Luigi Ferrajoli.** Artigo publicado no Consultor Jurídico. 08 de junho de 2013. <http://www.conjur.com.br/2013-jun-08/diario-classe-raizes-garantismo-pensamento-luigi-ferrajoli>

LOPES, Aury Jr. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.p.182-183.

_____. **O fundamento da existência do processo penal.** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 27, 23 dez. 1998. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/1060>>.

_____. **Introdução Crítica ao Processo Penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional.** 5ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MORAIS, da Rosa e KALED Jr. Coluna. **In Dubio pro Hell: o princípio mal - dito no processo penal. Justificando.** 08 de Julho de 2014. <http://justificando.com/2014/07/08/dubio-pro-hell-o-principio-mal-dito-processo-penal>.

_____. **Guia Compacto do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos.** 2º ed ver e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

_____. Coluna. **Limite penal. Juiz não deveria ser um xerife nem detetive em busca da verdade real.** Publicado em 16 de outubro de 2015. Consultor Jurídico.<http://www.conjur.com.br/2015-out-16/limite-penal-juiz-nao-deveria-xerife-nem-detetive-busca-verdade-real>.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 28

PORTO, Dyedo Phablo dos Santos. **O senso comum teórico dos juristas como obstáculo ao estado democrático de direito: o exemplo simbólico do art 212 do código de processo penal,2014.**

_____. Coluna. **O olho que tudo vê enxerga a verdade real: in dubio pro hell, irmãos.** Justificando. 09 de Setembro de 2014. <http://justificando.com/2014/09/09/o-olho-que-tudo-ve-enxerga-verdade-real-dubio-pro-hell-irmaos>.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal.** 22.ed. São Paulo: Atlas, 2014. P 52.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto, as garantias processuais penais?** 4 ed.rev., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2012

_____. **O que é isto, decido conforme minhas consciências? As garantias processuais penais?,** 4 ed.rev., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2013.

VALMOR Júnior Cella Piazza. **A natureza jurídica do processo: relação jurídica, situação jurídica e a navegação na epistemologia da incerteza.** Revista da Esmesc, v. 18, n. 24, 2011.p.605. https://www.ibccrim.org.br/boletim_editorial/100-80-Julho-1999

VILARES, Fernanda Regina. **Processo penal: reserva de jurisdição e CPI's**. São Paulo: Onix jur, 2012.

WARAT, Luiz Alberto. **Epistemologia e ensino do Direito**. O sonho acabou. Fundação Boiteux, Florianópolis, 2004.