



UNIVERSIDADE FEDERAL DA GRANDE DOURADOS
Faculdade de Direito e Relações Internacionais
Curso de Direito - FADIR

MATHEUS GARBULHA DIAS DOMINGOS

PROCESSO PENAL BRASILEIRO: UMA ODE À INQUISIÇÃO

Dourados-MS

2014

MATHEUS GARBULHA DIAS DOMINGOS

PROCESSO PENAL BRASILEIRO: UMA ODE À INQUISIÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Banca Examinadora da Universidade Federal da Grande Dourados, como pré-requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Me. Gassen Zaki Gebara.

Dourados-MS

2014

PROCESSO PENAL BRASILEIRO: UMA ODE À INQUISIÇÃO

BRAZILIAN CRIMINAL PROCEEDINGS: AN ODE TO INQUISITION

Me. Gassen Zaki Gebara¹

Matheus Garbulha Dias Domingos²

RESUMO: O presente artigo trata de aspectos do ordenamento processual penal brasileiro que ainda têm por fundamentos as características da inquisição e do instrumentalismo datados do século XIX. Este texto é um demonstrativo de como o ativismo e o protagonismo judicial representam uma ofensa ao devido processo legal e ao Estado Democrático de Direito, especialmente quanto à gestão (e produção) da prova e a liberdade no momento de decidir graças ao princípio do livre convencimento motivado. Conclui-se que o processo penal brasileiro ainda apresenta uma forte influência do procedimento inquisitório, fenômeno que não pode ser solucionado por simples reformas parciais do código. A adoção de um juiz das garantias, como no projeto do Novo Código de Processo Penal, representa, talvez, a estruturação do sistema acusatório, de maneira definitiva, no ordenamento processual penal brasileiro.

Palavras-chave: processo penal, inquisição, devido processo legal, gestão da prova, livre convencimento motivado.

ABSTRACT: *This paper deals with aspects of the Brazilian criminal procedural law which have based on the characteristics of the inquisition and instrumentalism dated of the nineteenth century. This text is a statement of how the judicial activism and leadership represent an affront to due process and the democratic rule of law, especially regarding the management (and production) of proof and freedom when deciding thanks to the principle of free motivated conviction. We conclude that the Brazilian criminal process still has a strong influence of inquisitorial procedure, a phenomenon that cannot be solved by simple partial reforms of the code. The adoption of a judge of guarantees, as in the New Code of Criminal Procedure project represents perhaps the structuring of the adversarial system, permanently, in the Brazilian penal procedural law.*

Keywords: criminal proceedings, inquisition, due process, evidence management, free conviction motivated.

¹ Graduado em Direito pelo Centro Universitário da Grande Dourados. Mestre em Direito pela Fundação Universidade de Brasília. Docente com experiência em Direito Público na Universidade Federal da Grande Dourados. Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil. Atualmente é professor titular da FADIR/UFGD.

² Acadêmico do Curso de Direito da Faculdade de Direito e Relações Internacionais da Universidade Federal da Grande Dourados – FADIR/UFGD.

INTRODUÇÃO

Um sistema processual, para ser configurado, deve ser analisado e, conseqüentemente, construído, percorridos os seguintes pontos: quem exerce a jurisdição; quem promove a ação penal; se acusador, juiz e defensor são pessoas distintas; se é o réu sujeito de direitos; como se dá a forma do procedimento; a maneira como se valora as provas; e existência, ou não, de recurso. Partindo destes princípios, é essencial que se conheça a contrariedade entre acusatório e inquisitivo, que nos levará a uma análise de como as reformas processuais penais são tão duramente criticadas.

O princípio do devido processo legal (Constituição Federal, art. 5º, inciso LIV) diz respeito ao princípio da dignidade humana. Porém, fala por ele mesmo. Seu sustentáculo está na ideia de que dentro do universo jurídico não se pode abrir mão do contraditório, que é a essência do litígio, portanto, fundamental.

Durante muito tempo se entendeu que o litígio tinha como fundamento a ideia do conflito. Mas o conflito não pode se dar de tal forma que quebre a proporcionalidade entre as partes. A oposição conflituosa deve trabalhar a partir de um contraditório, que é igual, e o mesmo, tanto para autor, quanto para réu.

A ideia basilar é o contraditório, não a imparcialidade do juiz. A ideia fundamental é o contraditório, não o livre convencimento do juiz. O cerne é permitir que autor e réu se utilizem dos mesmos instrumentos para que possam ter o devido, e equânime, processo legal. As partes opostas, tendo as mesmas chances, devem gerar as condições que possam levar o julgador a uma ideia de culpa (condenação) ou de inocência (absolvição).

Ainda que o juiz possa, pelo princípio do inquisitório, fazer a prova a qualquer tempo no processo quando não se convence das que lhe foram apresentadas, a ampla defesa vem no intuito de trabalhar embasada no acusatório e dirimir as arbitrariedades.

É relevante tal compreensão inicial para que se examine a previsão implícita do artigo 155, *caput*, do Código de Processo Penal, que estabelece que os elementos informativos colhidos em sede de investigação criminal podem ser utilizados na formação da convicção do juiz. Resquícios do princípio inquisitivo, que discorrerei adiante.

Utilizou-se como ferramenta de pesquisa a revisão bibliográfica, com a análise de leis, artigos acadêmicos e obras especializadas, como forma de promover uma releitura de conceitos e paradigmas do processo penal. A abordagem se deu de forma dialética, no intuito de dialogar as diferentes posições doutrinárias sedimentadas e compreender novas formas de transcender as limitações do sistema processual penal brasileiro. O trabalho não se pretende exaustivo ou definitivo, mas busca colaborar com os debates de melhoria e reconfiguração do processo no intuito de alcançar a Justiça dentro do processo judicial penal.

1. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS

O sistema acusatório surgiu “tão logo a reação a uma ofensa grave da ordem jurídica deixou de ser exercício do arbítrio do príncipe ou da vingança privada do ofendido ou de sua tribo” (FEITOZA, 2010, p. 60). Persistiu na antiguidade, mais especificamente Grécia e Roma, até ser substituído, na Idade Média (século XIII), pela inquisição.

Fundamentalmente, o sistema acusatório caracteriza-se pela *a*) separação, tanto de pessoas, quanto de poderes, que existem e atuam no processo (acusador, julgador e acusado); pela *b*) necessidade de o órgão jurisdicional atuar em sua decisão dependentemente da ação processual, a requerimento do acusador, assim como de seu conteúdo (*ne procedat iudex ex officio*); e *c*) pela resistência possível a ser exercida pelo acusado.

Neste sistema, quem exerce a jurisdição, seja um tribunal popular, seja um colégio judicial, seja até mesmo um tribunal de jurados, atua, essencialmente, como um árbitro em meio ao conflito de duas partes, quais sejam, acusador e acusado. Consequentemente, só se dá início ao processo por requerimento do acusador. Da mesma forma, a decisão a ser tomada pelo tribunal se limita ao caso e às circunstâncias uma vez narradas.

A acusação, por sua vez, poderia ser privada, onde o ofendido seria o acusador, ou, até mesmo, popular, onde qualquer pessoa do povo poderia ser acusador, tal como ocorre, ainda, em ordenamentos como o inglês e o espanhol. De forma geral, não seria o acusador um órgão estatal. As funções de acusar, julgar e defender cabiam a pessoas diferentes, ressaltado o fato de que o acusado é, sim, sujeito de direitos, em igualdade para com o acusador.

O procedimento é, em síntese, um debate (não raro, combate) público contínuo, feito oralmente e com base no contraditório. Assim sendo, o órgão julgador atuará nos limites do que lhe foi alegado e provado, prevalecendo o sistema da íntima convicção, com os fundamentos da decisão não exteriorizados. De forma geral, não havia recursos. Isto porque os tribunais populares atuavam no máximo da soberania. De certa forma, a reforma da sentença condenatória poderia ocorrer, por graça ou por perdão.

Hoje, o sistema inglês é o que mais se aproxima do sistema acusatório antigo. O sistema processual penal inglês é, essencialmente, de partes, tendo em vista que ao juiz não é permitida a produção de provas *ex officio*. Ele se coloca de maneira imparcial e equidistante das partes, não aumentando o fato trazido à baila pela acusação, tampouco as provas produzidas.

O sistema inquisitivo, no entanto, existe e tem seu fundamento na ideia de poder centralizado e absoluto. Em uma pessoa estão concentrados, na integralidade, os aspectos da soberania: a legislação, a administração e a jurisdição. A inquisição esteve presente na Europa continental dos séculos XIII ao XVIII. Seu desenvolvimento se deu graças à união de esforços (e interesses) da Igreja Católica e dos Estados Nacionais: ela, lutando contra os infiéis; eles, sob a forma de monarquia absoluta, se firmando contra o poder feudal.

Fundamentalmente, o sistema inquisitivo concedia os poderes de acusar e julgar ao órgão jurisdicional, que dava início à persecução penal, afastando qualquer possibilidade de dependência da vontade do particular. O acusado era, primordialmente, um mero objeto de investigações, que caminhavam rumo à descoberta da verdade, o principal objetivo do procedimento, que seria alcançada independentemente do meio empregado (entenda-se, tortura).

A jurisdição estava com o monarca/príncipe que, com o tempo, ganhou procuradores, principalmente na França, no intuito de denunciar e perseguir os infratores. Contudo, o processo ainda era iniciado por impulso oficial, através do inquisidor. Não havia a figura do defensor, uma vez que “se o réu era culpado, não o merecia; se era inocente, um juiz inquisidor honesto o descobriria” (FEITOZA, 2010, p. 61).

A inquisição tinha por alvo a descoberta, independente dos meios utilizados, da verdade histórica. A investigação era secreta e caminhava conforme o surgimento das

provas que, ao fim, embasavam a decisão, isolada de qualquer debate, justamente pelo fato de o procedimento ser, na essência, não contraditório.

Para o fundamento da decisão, após a colheita das provas, era utilizado o sistema da prova legal. Aqui, havia uma valoração pré-estabelecida. O exemplo mais clássico é o advindo do brocardo *testis unus, testis nullus* (um só testemunho não tem valor), que determinava a presença, ao menos, de duas testemunhas para que se provasse um fato.

O Juiz devia decidir segundo as provas existentes nos autos, e a lei exigia que tais ou quais fatos se provassem dessa ou daquela maneira; às vezes, previa-se o valor dos meios probatórios se satisfeitas certas condições ou pressupostos.

(...)

Se, num processo, uma testemunha idônea desse a sua versão e outra inverossímil houvesse sido apresentada por duas testemunhas, esta prova se sobrepunha àquela, sem embargo da sua inverossimilhança. Por outro lado, o Juiz não podia recorrer a todos os meios de prova que lhe parecessem úteis e oportunos: restringia-se às disposições legais. (TOURINHO FILHO, 2010, p. 271)

O mais importante, entretanto, não eram os meios para que fossem alcançadas as provas plenas, mas sim, as semiplenas. Quotidianamente, ademais, a tortura era utilizada para a colheita da magnitude das provas: a confissão. Assim, tortura e inquisição vieram a se tornar sinônimas, por conta da vulgarização da utilização desse meio cruel para obtenção da prova.

Da inquisição, por outro lado, ressalte-se, surgiu o que hoje conhecemos pelo recurso de apelação, em seu efeito devolutivo, já que, uma vez recebido, por delegação, o poder de jurisdição pelo inquisidor, ele podia retornar, àquele que o delegou, a possibilidade de revisão da sentença.

O ser humano parece possuir um sentido de transcendência, e a grande promessa implícita do sistema inquisitivo é a transcendência máxima, que permitiria ao juiz ir além de sua condição humana, atingir a condição divina e realizar a *Justiça Divina*.

O sistema inquisitivo afirma a crença absoluta de se poder atingir, por meio do processo penal, a “verdade real”, a verdade do que “realmente” aconteceu. Se o juiz atingisse essa “verdade real”, ele poderia julgar como Deus onisciente e fazer a suprema e divina Justiça.

Para se atingir essa “verdade real”, “tudo” pode ser feito, qualquer meio pode ser utilizado. Não importa a condição humana, quando confrontada com a condição divina. Atingida a “verdade real absoluta”, a suprema e divina *Justiça* será feita e, então, qualquer meio terá valido a pena e simplesmente não poderemos ignorá-la, a verdade real absoluta!

Com esse tipo de raciocínio os juízes inquisidores chegaram facilmente ao principal meio de prova que utilizavam – a tortura –, tanto que inquisição e tortura são empregadas, muitas vezes, como sinônimas. (FEITOZA, 2010, p. 65)

Em síntese, o sistema inquisitório (*lato sensu*) tem o início e o impulso do procedimento nas mãos do juiz, tomando conhecimento de fatos, decretando medidas cautelares e determinando provas. Por outro lado, o princípio acusatório concentra nas partes o poder de iniciativa ou impulso do procedimento. Elas delimitam, através de uma peça inicial, os fatos, os pedidos e as provas que o juiz tomará conhecimento.

O sistema brasileiro é, a princípio, acusatório, por duas razões:

a) Juiz ou tribunal dependem da propositura de uma ação penal, a pedido do acusador para instaurar o procedimento que terá por fim uma sentença condenatória ou absolutória; e

b) As partes, durante o processo, debatem em contraditório, sob o regulamento da ampla defesa.

2. A PRODUÇÃO, A GESTÃO E A APRECIÇÃO DA PROVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Por previsão constitucional, o sistema processual penal brasileiro é acusatório. Todavia

... o princípio inquisitivo domina claramente no Brasil. O juiz brasileiro pode, *de ofício*, ou seja, sem qualquer requerimento das “partes”: determinar a produção de provas em geral, seja durante a investigação criminal ou o processo penal, como busca-apreensão, interceptação telefônica, oitiva de testemunhas, oitiva do ofendido, prova documental etc.; requisitar instauração de inquérito policial (art. 5º, II, CPP); decretar a prisão preventiva (art. 311, CPP); condenar por classificação legal diversa da especificada na denúncia, sem ouvir qualquer das partes previamente (*emendatio libelli* do art. 383 do CPP); condenar por fato não alegado pelo Ministério Público na denúncia (*mutatio libelli* do art. 384, caput, do CPP); provocar o Ministério Público para ampliar a acusação (*mutatio libelli* do art. 384, parágrafo único, CPP) e insistir nisso se o Ministério Público não quiser fazê-lo na primeira provocação (art. 28 do CPP aplicado analogicamente); condenar mesmo diante de pedido de absolvição do Ministério Público; submeter o julgamento ao reexame por instância superior (“recurso de ofício” do art. 574 do CPP) etc.

(...)

A ideologia de que estamos no sistema acusatório é tão forte (...) que a maior parte dos membros do Ministério Público, dos advogados e dos juízes acredita que estamos num sistema acusatório e que o processo penal brasileiro é um processo de “partes”. Que processo “de partes” é esse em que o juiz pode “ignorar” (apenas formalmente leva em consideração na fundamentação da sentença) o que as partes alegaram e provaram e partir para a produção própria de provas, julgando segundo estas outras provas que ele mesmo produziu, inclusive para condenar e até, em certas hipóteses, por fato não contido na denúncia?

(...)

Assim, o juiz brasileiro deve recusar-se, por exemplo, a requisitar inquérito policial, imiscuir-se persecutoriamente na investigação criminal, requisitar diligências investigatórias etc., para se reservar como verdadeiro poder jurisdicional, garantidor das regras, princípios e direitos fundamentais. (FEITOZA, 2010, p. 64 e 65)

Da mesma forma, a teoria do direito vem encontrando grande dificuldade no controle da interpretação, que tem sido agravada pelo crescimento da jurisdição face à legislação. O sistema inquisitório (considerado, ainda, o instrumentalismo do processo civil) carrega em seu DNA o protagonismo judicial e a discricionariedade, sendo que não há dúvidas de que a presença de um juiz imparcial é requisito indispensável à construção de um processo penal à luz do Estado Democrático de Direito.

A título de exemplo, o art. 212 do Código de Processo Penal, com a inovação trazida pela Lei n.º 11.690/2008, traz em si um grande progresso para que, enfim, o sistema acusatório se perpetue. No entanto, as práticas judiciárias são as mesmas, e mantêm o modelo presidencial-inquisitório.

O que causa espanto é o fato de que a permanência na inquisição [protagonismo judicial] se dá por doutrina e jurisprudência caminhando, de mãos dadas, em sentido contrário ao que está, ressalte-se, democraticamente estabelecido por meio do parlamento. Neste sentido, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o HC 121215/DF,³ referendou a posição doutrinada por grandes expoentes do direito brasileiro, por maioria de votos.

A redação do artigo 212 do Código de Processo Penal passou a determinar que “as perguntas serão formuladas pelas partes, diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida”. A fim de reforçar, o parágrafo único ainda deixa claro que “sobre pontos não esclarecidos, é lícito ao magistrado complementar a inquirição”.

³ Tal inovação, entretanto, não altera o sistema inicial de inquirição, vale dizer, quem começa a ouvir a testemunha é o juiz, como de praxe e agindo como presidente dos trabalhos e da colheita da prova. Nada se alterou nesse sentido. (...) Nota-se, pois, que absolutamente nenhuma modificação foi introduzida no tradicional método de inquirição iniciado pelo magistrado. (...) A leitura apressada deste dispositivo legal pode passar a impressão de que as partes devem, inicialmente, formular as perguntas para que, somente a partir daí, possa intervir o juiz, a fim de complementar a inquirição. Não parece ser exatamente assim. (...) Melhor que fiquemos com a fórmula tradicional, arraigada na “praxis” forense, pela qual o juiz dá início às suas indagações para, depois, facultar às partes a possibilidade de, também, inquirirem a testemunha, desta feita diretamente, sem a necessidade de passar, antes pelo filtro judicial.

Ora, percebe-se que houve uma mudança fundamental na produção da prova testemunhal. E talvez nem seja correto que digamos mudança, uma vez que a história institucional recomposta desde 1988, com a promulgação da Constituição, foi feita a opção pelo modelo acusatório.

Assim, “é extremamente preocupante que setores da comunidade jurídica de *terrae brasilis*, por vezes tão arraigados aos textos legais, neste caso específico ignorem até mesmo a semanticidade mínima que sustenta a alteração” (STRECK, 2010). Ademais, com isso devemos considerar que a prática arraigada nos fóruns deste País vale mais do que uma lei aprovada pelo parlamento?

Isso demonstra o quanto a cultura jurídica brasileira está fundamentada na inquisição. Ora, mesmo diante de modificações significativas no texto, a elite da doutrina desconsidera as alterações realizadas, colocando, como a *praxis* reza, a produção da prova em função do presidencialismo (e do protagonismo) judicial.

O início de uma ruptura com a inquisição e o avanço para a concretização do sistema acusatório (trazido pela Constituição de 1988) não se dá, no entanto, por meio das inúmeras reformas parciais pelas quais tem passado o Código de Processo Penal, de origem eminentemente fascista, já que datado de 1941. Reformas parciais não vão ao núcleo do problema, isto é, ao sistema inquisitivo (e quando vão, ou ao menos tentam ir, como vimos acima, a *praxis* busca desconsiderá-las).

Nesse sentido, a redação dada ao art. 156 do Código de Processo Penal dada pela Lei nº 11.690/2008, publicada em 10.06.08,⁴ faculta ao juiz que determine, *ex officio*, a realização das diligências que entender necessárias para que sane suas dúvidas. E já que falamos de dúvidas, não há dúvidas de que tal preceito é inconstitucional. O devido processo legal, dessa forma, é rompido, formal e substancialmente.

Ora, este dispositivo permite que o magistrado, nas duas fases da persecução penal, ordene a produção, de ofício, das provas, com fundamento em termos que não possuem o mínimo grau de regramento ou generalidade como “necessidade”, “adequação” e

⁴ Art. 156 do Código de Processo Penal: A prova da alegação incumbe a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I - ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II - determinar, no curso da instrução, ou antes de proferida a sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

“proporcionalidade”, tudo relacionado a “pontos relevantes” (relevantes por que e para quem?), sendo que, após tudo isso, lhe é cobrada a equidistância para a condução e a decisão do caso penal.

Não há dúvidas de que o processo penal brasileiro padece de um vício estrutural. A estrutura, como já mencionado, é fruto da década de 40. Estruturalmente, estamos ancorados na inquisição, que é sinônimo de autoritarismo. Isso fica claro no modo como a prova é produzida, a quem é destinada e por quem é gerida. *Bingo!* Estes três itens pertencem a uma só figura: *Ah...* o protagonismo judicial.

O processo penal não pôde até hoje (é não é por meio de reformas parciais que poderá) superar a crença de ser o magistrado o destinatário principal do conjunto probatório produzido. Ainda, infelizmente, a instrução deve, obrigatoriamente, produzir a ‘certeza’ e promover a ‘convicção pessoal’ do juiz-solipsista para que ele lavre-redija-crie uma sentença.

O modelo processual eleito pelo legislador a comandar o Código de Processo Penal, nos “recentes” anos 40, é composto de nítidos elementos inquisitoriais. Óbvio. Principalmente pela presença da figura do ‘juiz presidente da instrução’. A Constituição da República, no entanto, molda um processo de características puramente acusatórias, democrático.

O sistema inquisitório é “um corolário da filosofia da consciência”. É “uma profissão de fé onde o sujeito é senhor dos sentidos, de modo que esse sujeito – e não a sociedade – que deve se convencer, ter certeza de seu julgamento” (STRECK, 2010). Ademais, considerando que o acerto de um caso penal após a reconstituição de um fato pretérito, qual seja, o crime, por meio de uma instrução probatória, o princípio unificador é identificado pela gestão da prova e da forma que ela é realizada.

Na realidade, nosso sistema não é acusatório simplesmente por comportar a existência de partes, ainda que alguns sustentem não haver mais sistemas puros. “Nesta esteira, o sistema processual penal brasileiro é, indubitavelmente, inquisitório, porque seu princípio unificador é o inquisitivo, já que a gestão da prova está, primordialmente, nas mãos do juiz, senhor do processo” (COUTINHO, 2008).

Ao senhor da prova, então, na visão que tem [cria?] do fato, dotado de protagonismo, assim como pela lógica dedutiva (mecanismo que permeia o pensamento da

civilização ocidental),⁵ é reservada a escolha da premissa maior. Assim sendo, pode ele decidir antes e, *a posteriori*, buscar, por meio da prova, a justificação de sua decisão.

A justificação, por sua vez, ocorrerá embasada no princípio do livre convencimento motivado, também chamado de princípio da persuasão racional, que estabelece que o juiz, com as provas “à mesa”, tem a liberdade para formar seu convencimento, “não estando comprometido por qualquer critério de valoração prévia da prova, podendo optar livremente por aquela que lhe parecer mais convincente” (OLIVEIRA, 2008, p. 291).

Conforme preceitua José Frederico Marques, o princípio do livre convencimento “situa-se entre o sistema da certeza legal e o sistema do julgamento *secundum conscientiam*”, assim como “leva o juiz a pesar o valor das provas segundo o que lhe pareça mais acertado” (MARQUES, 2009, p. 294).

O juiz é livre para formar seu convencimento segundo as provas dos autos e, portanto, para valorar as provas, as quais têm legal e abstratamente o mesmo valor, mas deve fundamentar, explicitando em que elementos probatórios se fundou seu convencimento.

(...)

Apesar de o juiz estar limitado às provas dos autos, é livre para estabelecer o valor de cada uma, no contexto probatório global, pois não há uma predeterminação legal do valor de cada prova, devendo, contudo, fundamentar, motivar, sua decisão, revelando em que baseou sua valoração probatória (FEITOZA, 2010, p. 745 e 748).

Tem-se, por livre convencimento, que o juiz realiza sua análise da prova de acordo com o que tem conhecimento a respeito do caso. Assim, os processualistas alegam estarem os modelos da prova legal e da livre apreciação inteiramente superados. O livre convencimento existe, segundo a doutrina, porque o juiz não pode ser proibido de pensar.

Contudo, ainda que o livre convencimento motivado seja o princípio adotado no processo penal moderno na busca pela verdade real⁶ (a que seria capaz de recompor todos

⁵ O método dedutivo, de validade monotônica, permite que se chegue ao fim com um argumento válido, independentemente das premissas que forem acrescentadas, se, ao iniciar toda a cadeia dedutiva, for utilizado um argumento dedutivamente válido.

⁶ “A superação da filosofia da consciência e a adoção de correntes processuais participativas e policêntricas, mostram, a partir de um enfoque constitucional, que o instituto da prova em consonância com os princípios do contraditório, da fundamentação e da publicidade impõem que a prova seja vista como um direito fundamental das partes, de modo que o juiz é um dos destinatários da prova, mas não o único, e deve se valer dela para convencer toda a comunidade (publicidade) que aquela é a melhor decisão para aquele caso, de modo a inviabilizar e blindar sua decisão em relação a decisões subjetivas e arbitrárias. Isto, de pronto,

os fatos da maneira como ocorreram), ele é, antes de qualquer coisa, “um mito que ocupa o espaço teórico destinado a produzir o velamento da tradição e do inconsciente na valoração judicial das provas no processo penal” (CASARA, 2012).

Neste sentido:

Sem se pensar o julgador, ser que se encontra inserido em uma tradição e no qual o inconsciente se manifesta nas descontinuidades, na fratura do sujeito, é impossível entender o que o levou à formação do seu convencimento: o julgado está condicionado pela tradição e pelo inconsciente. (...) Pensar o julgador significa compreendê-lo inserido em uma tradição, condicionado por uma pré-compreensão que o antecede, e submetido ao inconsciente, em relação ao qual não se tem acesso direto, livre e constante. As respostas fornecidas pelo passado, naturalizadas, condicionam as possibilidades no presente, inclusive as opções do julgador ao valorar as provas que lhe são apresentadas. De igual sorte, ao acreditar na liberdade de formar seu convencimento a partir (e exclusivamente) das provas que constam dos autos, ou melhor, ao crer na possibilidade de escolhas racionais sem influência de fatores estranhos ao seu controle consciente, o julgador, em atitude solipsista, nega o saber inconsciente (simbólico), o inconsciente que revela um saber que em grande parte escapa ao eu da consciência. (CASARA, 2012)

Aliás,

É preciso entender que o “sistema inquisitório” está ligado umbilicalmente ao paradigma da subjetividade, isto é, do esquema sujeito-objeto (S-O). No sistema inquisitório, o sujeito é “senhor dos sentidos”. Ele “assujeita” as “coisas” (se, se quiser, “as provas”, o “andar do processo”, etc.). Isso exsurge, como já referido, da produção da prova ex officio e da prevalência de princípios (sic) como o do “livre convencimento do juiz”. (STRECK, 2011)

Ademais,

O sujeito cognoscente não se apresenta como separado do objeto cognoscível. Quando, por exemplo, o juiz se depara com o “objeto cognoscível” (fato ou provas), ele possui uma “pré-compreensão” ou “conceitos prévios” que utiliza para construir o próprio objeto. O juiz emprega o seu “sistema de saberes, valores e crenças” (marco teórico-conceitual) para construir os fatos “provados” (ou sua convicção sobre os fatos) no processo. Ocorre um movimento circular entre os estímulos sensoriais “objetivos” que chegam ao juiz (declarações, documentos etc.) e o marco teórico-conceitual “subjetivo” do juiz, até o momento em que o juiz “constrói” sua convicção sobre a alegação de fato e, em última instância, “constrói” o próprio fato. O juiz, portanto, é um escravo de si mesmo, ao não explicitar para si mesmo seus saberes, valores e crenças que utiliza para “conformar” o fato.

(...)

O princípio da busca da verdade tem por fim a proteção dos direitos fundamentais do acusado, especialmente quanto ao direito fundamental de liberdade.

sepulta – ou deveria sepultar – o princípio (sic) da verdade real (...) Mas, por que volto e insisto no problema da “verdade real”? Ora, porque inquisitorialismo e verdade real parecem irmãos siameses. Desse modo, não se pode fazer uma crítica ao inquisitorialismo e, ao mesmo tempo, defender a verdade real; *mutatis, mutandis*, contradição desse nível pode ser encontrada na defesa concomitante do sistema acusatório e do livre convencimento. Também não tem sentido rejeitar a verdade real e defender o livre convencimento, como se estes fossem antitéticos” (STRECK, 2011).

Por esse princípio, a verdade processual é fundamento e critério de validade das decisões e julgamentos que acarretem restrição de direitos fundamentais. Desse modo, o juiz não necessita da verdade para absolver, mas sim, para condenar (FEITOZA, 2010, p. 738 e 741).

Da mesma forma, qual o fundamento (e digamos, também, a necessidade) de termos atingido o mais elevado grau do que pode ser chamado de democracia se, no momento da decisão de um processo criminal, onde estão sendo debatidos os mais importantes direitos inerentes à dignidade humana, o magistrado, a apreciar de forma livre toda a prova a ele direcionada (aí reside seu protagonismo), busca a verdade que a ele inspira ares de verdadeira?

O sistema acusatório, contudo, “é o modo pelo qual a aplicação igualitária do direito penal penetra no direito processual penal” (STRECK, 2013). Assim sendo, o Estado tratará de cuidar de modo equânime a aplicação da lei e sua persecução penal se dará de modo democrático (entenda-se, limitado, neste caso específico).

Contudo, a inquisição brasileira nos moldes do Código de Processo Penal, ainda a buscar a tal verdade real justifica a busca de elementos para que se forme a convicção do magistrado (a partir de um gerenciamento por ele mesmo realizado), assim como funciona como fundamento a motivar decisões incoerentes, de modo a relativizar direitos fundamentais em detrimento de um interesse maior, que recebe inúmeras nomenclaturas, mas que não prevaleceriam no âmbito de um processo penal acusatório.

Da mesma forma, como é possível haver a verdade real e o livre convencimento? Além disso, como pode ser ela o fundamento e o objetivo dele? Ora, ou há uma verdade real, aquela que é irrefutável e indiscutível, aquela em que se foi buscar na essência das coisas e dos fatos, ou há um livre convencimento, onde se deduz, de forma autônoma e racional o que é verdadeiro! Aqui reside o principal exemplo do que Lenio Luiz Streck classifica como mixagem de paradigmas de que padece o processo penal brasileiro. Conforme seus ensinamentos, a arcaica verdade real, apesar de toda a confusão paradigmática feita pela comunidade jurídica brasileira, é quem institucionaliza o livre convencimento, fundamentalmente estruturado no âmbito da discricionariedade positivista.

Ademais, não houve ainda um amadurecimento da ideia de que o livre convencimento e a filosofia da consciência estão intimamente ligados. No entanto, na tentativa de fundamentar essa questão, justifica-se, de forma pragmaticista, que se faz

assim porque os juízes pensam assim! Ora, se os juízes pensam assim “é porque pensam a partir do paradigma ultrapassado, em que um sujeito ‘assujeita’ o objeto” (STRECK, 2011).

Devemos primeiramente considerar que o sujeito é uma construção moderna e que tem como ápice o solipsismo.⁷ A superação da filosofia da consciência não representa a proibição, quanto ao sujeito, de pensar. Significa, no entanto, o fim da subjetividade *assujeitadora*. Aliás, quando é sustentado que o juiz não deve ter poderes discricionários, não se busca o fim de sua atividade interpretativa e, muito menos, cognitiva. O giro linguístico (*linguist turn*), cuja recepção se dá por meio do sistema acusatório, atua na relação intersubjetiva. Assim, é superado o autoritarismo do sujeito no esquema sujeito-objeto (que está intimamente ligado ao paradigma da filosofia da consciência).

O paradigma da linguagem, dentro do que ensina Lenio Luiz Streck, existe para superar o sujeito solipsista. E livre convencimento, seja qual for seu adjetivo posterior, é a representação de um sujeito a atribuir sentido a um fato de acordo com sua subjetividade. Essa questão não é simplesmente resolvida com a exigência de um fundamento de uma decisão que já foi por ele anteriormente tomada. Se pensarmos dessa forma, estaremos dando motivo para que uma decisão venha a ser tomada independente de tudo, já que, posteriormente, buscará alguma justificação ao que estava intimamente decidido.

Há um imenso problema de cunho democrático imerso neste tema. Estamos voltando ao começo de tudo. À explosão do instrumentalismo datado do século XIX. Após tanta luta por direitos fundamentais e pela “confeção” dos textos legais e constitucionais à luz da dignidade da humana a insistência em delegar ao juiz a apreciação discricionária da prova insiste em persistir.

Dizer que a convicção do magistrado é fundamentada nas provas colhidas no curso do processo, mas, ao mesmo tempo, se submete a sua própria consciência, é um retrocesso sem precedentes. É admitir que, primeiro decidindo e depois fundamentando, o juiz se contenta com alguma sobra de significação, utilizando-a como “uma capa de sentido para ‘justificar’ a decisão solipsista ‘já tomada’” (STRECK, 2011).

Ademais, é necessário ressaltar que não há nenhum indicador no sentido de que a Constituição Federal, em seu artigo 93, inciso IX, traz consigo o livre convencimento

⁷ O solipsismo é um fenômeno filosófico que consiste na negação de tudo aquilo que não conste da experiência do indivíduo, em que nada há, além daquilo que seja parte do conteúdo mental do sujeito.

motivado. Decidir não é sinônimo de escolher. Numa decisão, seu fundamento não se dá por uma escolha. Seu fundamento se dá pela compreensão do que foi construído como direito. O processo penal, portanto, necessita de uma ampla intersubjetividade, totalmente dependente da perspectiva acusatória e do respeito ao contraditório.

A decisão (judicial) “não pode ser entendida como um ato em que o juiz, diante de várias possibilidades possíveis para a solução de um caso concreto, escolhe aquela que lhe parece mais adequada” (STRECK, 2011). Há, sempre, parcialidade na escolha. Assim, frente a um caso difícil (*hard case*), para as várias possibilidades de solução, o juiz escolhe a que lhe convém. “Uma sentença não é um ato teleológico. O ato de decidir é deontológico” (STRECK, 2012).

A decisão, portanto, é um sintoma, “vez que surge no entrelaçamento entre Real, Simbólico e Imaginário” (CASARA, 2012). Assim, após ‘diagnosticado o sintoma’ (decisão), o inconsciente, que, aliás, nunca se revela por inteiro, deve ser abatido, e o magistrado buscará, à luz do Estado Democrático de Direito, razões para justificar livremente o fruto de seu trabalho jurisdicional.

Isso porque não é a razão que produz a decisão. O dever de motivar, portanto, não significa expor razões de fato e de direito. O dever de motivar é uma espécie de autoanálise, numa tentativa de verificar a legitimidade democrática da decisão e, simultaneamente, persuadir a sociedade. A fundamentação é, no entanto, nas palavras de Rubens Roberto Rebello Casara, uma (tentativa de) “interdição ao arbítrio” (CASARA, 2012).

Portanto, juiz ou tribunal não podem [não devem] julgar mediante consciência. A resposta para isso é simples: o que se passa na “consciência” de um julgador pode não ser correspondente à estrutura constitucional e legal do Estado. Aliás, no Estado Democrático de Direito, o juiz não é livre. Há, antes dele, e de tudo, o Direito.

A ambição pela verdade a que está embasado, em sua essência, o Processo Penal exige uma profunda revisão, vez que o peso da verdade, conforme os ensinamentos de Aury Lopes Júnior (2006), aprisiona o sistema ao modelo inquisitório, e que, conseqüentemente, faz subsistir o “livre convencimento”, como se o magistrado fosse alguém a apto a revelar a verdade.

A solução para o problema da gestão (discricionária) da prova não está na escolha de modelos de sua apreciação. A solução está em superá-los! Já se sabe que nenhum deles se preocupa com um processo democraticamente gerido, nem ao menos em estabelecer limites ao juiz, que figura como o titular do impulso oficial.

Ademais, de que adianta um novo modo de se proceder à gestão da prova se o “‘produto final’ dessa ‘gestão probatória’”, como menciona Lenio Luiz Streck, “permanece a cargo de um ‘inquisidor de segundo grau’ que possui ‘livre convencimento’”? Persistir em acreditar na existência e validade de um “livre convencimento motivado” significa “aceitar que o objetivo da instrução seria gerar ‘certeza’ no julgador, com relação a uma decisão que ele já traz consigo, no íntimo de sua subjetividade” (STRECK, 2011).

Ora, não se produz prova para, a partir de uma pesquisa da tradição jurídica, afirmar o “acerto” ou o “erro” da decisão, mas, sim, para compreender – corretamente – aquilo que a tradição produziu como direito e, com isso, oferecer uma interpretação coerente para o conjunto de provas que são apresentadas pelas partes. Ou seja, o juiz não deve “explicar” aquilo que o “convenceu”. Deve, sim, explicitar os motivos de sua compreensão, oferecendo uma justificação (fundamentação) de sua interpretação, na perspectiva de demonstrar como a interpretação oferecida por ele é a melhor para aquele caso (STRECK, 2011).

Na verdade, o poder de demanda é exclusivo de autor e do réu. Pelo inquisitório, deveria ser acrescentado, também, a figura do juiz, como efetivamente capaz de demandar, já que foi convocado pelas partes ao conflito. O que é, na verdade, um absurdo.

Ademais,

a imparcialidade do juiz fica evidentemente comprometida quando estamos diante de um juiz-instrutor ou quando lhe atribuímos poderes de gestão/iniciativa probatória. É um contraste que se estabelece entre a posição totalmente ativa e atuante do instrutor, contrastando com a inércia que caracteriza o julgador. Um é sinônimo de atividade e o outro, de inércia.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos, há muito tempo e em diversas oportunidades, tem apontado a violação da garantia do juiz imparcial em situações assim, destacando, ainda, uma especial preocupação com a aparência de imparcialidade que o julgador deve transmitir para os submetidos à administração da justiça, pois, ainda que não se produza o pré-juízo, é difícil evitar a impressão de que o juiz (instrutor) não julga com pleno alheamento. Isso afeta negativamente a confiança que os Tribunais de uma sociedade democrática devem inspirar nos jurisdicionados, especialmente na esfera penal. (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 84)

O juiz não pode ter este poder de demanda porque não é parte (ainda que seja). Sua condição de parte é de um avalista do poder do Estado para impedir que o conflito

transborde numa violência (entenda-se, violência física), além da violência processual-judicial, ao teor do que ensina Antônio Marcelo Pacheco.

O magistrado não pode, da mesma forma, ter a vontade efetiva de decidir a demanda dentro do conflito porque vai ferir a ampla defesa. Ora, o juiz pode determinar sua vontade sobre o autor e sua vontade sobre o réu, contudo, a recíproca não é verdadeira. A consequência disso é a sobrevivência (inconstitucional) do princípio do inquisitório.

O juiz, sempre e desde sempre, já está decidido para a decisão. Não é quando encontra as provas que chegará à conclusão. Busca-se, pela prova, reforçar e fortalecer a própria condição de condenação, inerente a sua própria consciência.

A ampla defesa, somando-se ao contraditório, compoendo a ideia do devido processo legal, conclui-se, na mesma medida, na dignidade da pessoa humana. Garantir, portanto, o devido processo legal é proteger, dentro do direito, o uso e gozo da dignidade, que, na visão universalista, é inerente a todo e qualquer ser humano. Basta ser.

3. O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: O FIM DAS RAÍZES INQUISITÓRIAS?

O novo Código de Processo Penal (Projeto de Lei n.º 156/09), em seu artigo 4º, estabelece que “O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”.

A partir daí, nota-se que a persecução estará em mãos do Ministério Público, ao passo que qualquer atuação probatória do magistrado ofenderá o devido processo legal e suas raízes, agora, efetivamente acusatórias. Na exposição de motivos, o Projeto de Lei n.º 156/09 estabelece que a limitação ao poder probatório do juiz não visa a sepultar suas funções, mas que a necessária equidistância, no momento da decisão, exista verdadeiramente, com imparcialidade e clareza.

No projeto, com a existência do ‘juiz das garantias’, há total quebra com qualquer vestígio inquisitório. O juiz visará garantir a dignidade humana do investigado, desde a fase preliminar. Assim, a atuação jurisdicional criminal será otimizada de forma exponencial e

haverá separação em relação ao juiz do processo, que proferirá a decisão de mérito, agora, distante da produção da prova.

Dá-se, assim, um passo decisivo à construção de um processo penal em conformidade com os princípios constitucionais que norteiam a persecução penal num Estado Democrático de Direito. (Re)Nasce, por conseguinte, a imparcialidade do magistrado, corolário do princípio acusatório.

A previsão da existência do “juiz das garantias” contempla, fielmente, a figura da imparcialidade. Ora, se um juiz atuar na produção e gestão da prova, certo que estabelecerá juízo de valor ao que lhe é apresentado. Consequentemente, estabelecerá convicções próprias quanto ao réu. Assim sendo, maculado estará o devido processo legal.

Por fim, “a separação e a especialização do agente judicial no tocante às fases da investigação e do processo representam a etapa de maior refinamento e de afirmação do sistema acusatório” (SILVEIRA, 2011, p. 250).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o presente trabalho restou demonstrado que o ordenamento processual penal brasileiro, embora seja classificado como tipicamente acusatório, está carregado por tendências inquisitoriais e antidemocráticas, algo esperado pelas raízes predominantemente fascistas do “atual” Código de Processo Penal, datado de 1941.

A inquisição permanece viva, sendo reconhecida na forma como o juiz-presidente atua sobre a prova, a gerindo, produzindo e, ao fim, julgando. Não há, portanto, imparcialidade e equidistância para que seja aplicada a devida tutela jurisdicional. Como exigir um julgamento livre de pré-conceitos e tendências se quem produz a prova é o mesmo que julgará conforme elas?

Como se não bastasse a autoprodução da prova, o ordenamento processual penal brasileiro atribui ao magistrado o poder de livre convencimento ao julgar. E, ao mesmo tempo, se fundamenta na busca pela verdade real. No entanto, como visto, impossível é a coexistência de tais institutos.

Ademais, o excesso de poder nas mãos de um único indivíduo na condução do processo representa, manifestamente, uma ofensa ao devido processo legal e à dignidade da pessoa humana, basilares do Estado Democrático de Direito. Ora, é sabido que não há democracia onde há um afunilamento do poder.

No entanto, embora o novo Código de Processo Penal não venha a superar a existência do princípio do livre convencimento motivado, princípio este ligado estritamente à filosofia da consciência e ao protagonismo judicial, terá em si, talvez, um dos maiores avanços do ordenamento: a criação do juiz garantidor.

O juiz garantidor será a personificação de raízes verdadeiramente acusatórias, considerando que, a partir de sua existência, o mesmo que produz a prova não será o mesmo a julgar com fundamento nelas, embora ainda subsista o livre convencimento motivado, que, como aqui demonstrado, é um mito, uma vez que representa algo que dá nome à maneira como o magistrado adequará seus conceitos internos e sua predisposição a condenar aos princípios do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado n. 156/2009. Reforma do Código de Processo Penal. Disponível em < <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=58827&tp=1>> Acesso em 20.12.2013. Texto original.

CASARA, Rubens Roberto Rebello. 2012. **O mito do livre convencimento motivado: dogmática processual versus a tradição e o inconsciente**. Disponível em <http://facha.edu.br/dmdocuments/direito1_ARTIGO2.pdf>. Acesso em 23.10.2013.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. 2008. **As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo**. Disponível em <<http://infodireito.blogspot.com.br/2008/08/artigo-as-reformas-parciais-do-cpp-e.html>>. Acesso em 20.10.2013.

FEITOZA, Denilson. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 7 Ed. Niterói, RJ: Impetus, 2010.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. volume II. 3ª atualização. Campinas: Millennium, 2009.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. **O juiz das garantias entre os caminhos da reforma do Código de Processo Penal. Processo Penal, Constituição e Crítica - Estudos em Homenagem ao Dr. Jacinto Nelson de Miranda**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.

STRECK, Lenio Luiz. 2011. **A ficção da verdade real e os sintomas da falta de compreensão filosófica da ciência processual**. Disponível em <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1325166560.pdf>. Acesso em 05.11.2013.

_____. 2010. **Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista?** Disponível em <<http://www.univali.br/periodicos>>. Acesso em 25.10.2013.

_____. 2012. **Aqui se faz, aqui se paga ou “o que atesta Malatesta”**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-out-11/senso-incomum-aqui-faz-aqui-paga-ou-atesta-malatesta>>. Acesso em 23.10.2013.

_____. 2013. **Como assim “cada um analisa de acordo com seu convencimento”?** Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-15/lenio-streck-assim-cada-analisa-acordo-convencimento>>. Acesso em 22.10.2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 32 Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.