

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS

Programa de Pós-Graduação em Direito

Richard-Paul Martins Garrell

**REFLEXOS ANTIDEMOCRÁTICOS DO PRINCÍPIO DA VERDADE REAL
NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Belo Horizonte
2013

Richard-Paul Martins Garrell

**REFLEXOS ANTIDEMOCRÁTICOS DO PRINCÍPIO DA VERDADE REAL
NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito

Orientador: Rosemiro Pereira Leal

Belo Horizonte
2013

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

G239r Garrell, Richard Paul Martins
Reflexos antidemocráticos do princípio da verdade real no processo penal brasileiro / Richard Paul Martins Garrell. Belo Horizonte, 2013.
143f.

Orientador: Rosemiro Pereira Leal
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Processo penal - Brasil. 2. Verdade. I. Leal, Rosemiro Pereira. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito.
III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 343.1(81)

Richard-Paul Martins Garrell

**REFLEXOS ANTIDEMOCRÁTICOS DO PRINCÍPIO DA VERDADE REAL
NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito

Professor Doutor Rosemiro Pereira Leal (Orientador) – PUC Minas

Professor Doutor Alexandre Morais da Rosa – UFSC

Professor Doutor André Cordeiro Leal – PUC Minas

Professor Doutor Leonardo Marinho Marques – PUC Minas

Belo Horizonte
2013

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais e familiares, por todos os livros;

Ao professor Rosemiro Pereira Leal, exemplo de dedicação e rigor acadêmico, por realizar uma orientação franca, atenta, criteriosa e profundamente respeitosa ao livre pensar;

Ao professor Leonardo Marinho Marques, pela constante interlocução e fundamental incentivo;

Aos colegas e amigos do escritório Aroeira Salles Advogados, em especial Alexandre, Marina, Mariana, Francisco, Luís, Luciana, Vitor, Ana, Flávia, Sílvia, David, Luiz e Cristiano pelo incentivo, apoio, interlocução e, principalmente, pelo companheirismo no árduo e diário exercício da advocacia em um Estado de Direito cuja democracia ainda aguarda a implementação;

Aos professores da Faculdade de Direito Milton Campos Luciano Santos Lopes, Lucas Gontijo, Eugênio Pacelli de Oliveira, Marcelo Milagres, Thiago Lopes Decat e Wander Paulo Brasil Pinto pelo constante incentivo à pesquisa jurídica ainda em minha graduação, além de inestimáveis lições de direito democrático, fundamentais para minha formação como pesquisador e advogado;

Aos professores e colegas de pesquisa científica Jânio, Emílio, Leonardo, Marcelo, Vinícius e Letícia, pelo proveitoso estudo conjunto e por compartilharmos as mesmas angústias a respeito do direito processual e da democracia;

Ao professor e colega de pesquisa científica José de Assis, pelo apoio inicial e fundamental nessa empreitada;

Aos amigos Rafael Rocha, Rafael Barbi, Rafael Almeida, Giltônio Santos e Carlos Naves, pelas ricas discussões e proveitosa interlocução no campo das ciências sociais;

Ao *hardcore punk* e ao *hip hop*, cenas culturais de grande riqueza e pluralidade, pelos shows, encartes e *fanzines* que muito contribuíram para a minha formação libertária;

Aos amigos e amigas que me apoiaram nos últimos anos de intensa pesquisa, em especial o coletivo *Alta Fidelidade*;

A Marcela, por fim mas não por último, pela paciência, companheirismo e versão original de *Le Discours de la methode*.

RESUMO

O presente trabalho promove análise crítica do princípio da verdade real no processo penal brasileiro a partir da perspectiva teórica neoinstitucionalista. Considerando a ruptura pós-moderna da crença em verdades absolutas, a reflexão de Michel Foucault a respeito do regime de verdade nas sociedades ocidentais modernas e a perspectiva de verdade proposta por Karl Popper que permite a formulação de um modelo teórico e esquemático de processo penal racional e democrático, busca-se nessa pesquisa evidenciar a origem autoritária do referido princípio e seu legado hiper-racional inquisitório, explicitar as violações a direitos e garantias fundamentais promovidas objetivando cumpri-lo, questionar sua eficácia para apontar uma verdade penalmente relevante a respeito de fatos e dos sujeitos e evidenciar o caráter solipsista e violento das decisões judiciais proferidas em sua observância, absolutamente incompatíveis com uma proposta de processo penal democrático.

Palavras-chave: princípio da verdade real, processo penal inquisitório, processo penal democrático, teoria neoinstitucionalista

ABSTRACT

This work promotes a critical analysis about the principle of real truth in Brazilian criminal procedure from the neoinstitutionalist theoretical perspective. Considering the postmodern rupture of the belief in absolute truths, the analysis of Michel Foucault about the regime of truth in modern Western societies and the truth perspective proposed by Karl Popper, which allows the formulation of a theoretical and schematic model of a democratic and rational criminal procedure, this research seeks to reveal the authoritarian origin of the principle of real truth and its hyper-rational inquisitorial legacy, to show the violations of fundamental rights and guarantees it promotes, to question its effectiveness pointing a criminally relevant truth about facts and subject and to explain the solipsistic and violent character of judgments given in its observance, absolutely incompatible with a democratic proposal of criminal procedure.

Keywords: principle of real truth, inquisitorial criminal procedure, democratic criminal procedure, neo-institutionalist theory

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	10
1.1 Reflexões preliminares.....	11
1.1.1 Repressão, punitivismo e biopolítica pós política no início do século XXI .	14
2. APONTAMENTOS SOBRE O PRINCÍPIO DA VERDADE REAL NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	25
2.1 Apontamentos sobre a busca da verdade em sociedades europeias do período pré-romano à Idade Média	26
2.2 O ressurgimento do inquérito nas sociedades europeias medievais e o retorno da busca pela verdade para o arbitramento de sanções penais.....	29
2.3 Procedimento inquisitório na Idade Média: formação, características e apuração da verdade	32
2.4 A apropriação do procedimento inquisitório pelo poder secular medieval e o exercício das práticas judiciárias pela autoridade soberana para a busca da verdade	38
2.5 A laicização do procedimento penal europeu e o sistema misto procedimental penal francês	40
2.6 A Busca pela Verdade real no Processo Criminal Imperial brasileiro	42
2.7 Estado de Exceção, o Código de Processo Penal Brasileiro – Decreto-Lei 3.689, violência sistêmica e busca da verdade real	47
2.7.1 Processo penal brasileiro: a ilusão do sistema misto, hiper-racionalidade inquisitória e o mecanismo solipsista de busca da verdade pelo julgador	54
2.8 Apontamentos a respeito do princípio da verdade real na dogmática e jurisprudência pátria	60

3. PRINCÍPIO DA VERDADE REAL NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: INEFICIÊNCIA, MITO, IDEOLOGIA E A VIOLÊNCIA DA UNIVOCIDADE DO SENTIDO	70
.....	
3.1 Teoria neoinstitucionalista do Processo como interface para um Novo Direito e sua relevância para o estudo do princípio da verdade real no processo penal ..71	
.....	
3.2 Sistema acusatório, a lógica negocial norte-americana e sua relação com a verdade no processo penal a partir de uma perspectiva neoinstitucionalista	86
.....	
3.3 A ineficiência do procedimento penal brasileiro para identificar a verdade penalmente relevante.....	89
3.3.1 Aspectos controversos do desvelamento da verdade quanto a subjetividade, autoria e comportamento do acusado	105
3.3.2 O princípio da verdade real, sua relação com a formação do convencimento a partir de entrevistas realizadas com julgadores	114
3.3.2.1 O primado da hipótese sobre os fatos na construção de conjecturas de verdade pelo juiz e sua relação com o raciocínio indutivista.....	123
3.4 “Princípio” da Verdade Real: do mito à ideologia.....	126
3.5 A “verdade” produzida no processo penal brasileiro, violência da univocidade do sentido e monopólio do discurso processual penal	135
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS	142

1. INTRODUÇÃO

O processualista alemão James Goldschmidt, perseguido pelo regime nazista até seu exílio no Uruguai¹, compreendia a estrutura do **processo penal** de uma nação como o termômetro que indica seu grau de autoritarismo (1935, p.67), perspectiva que possibilita identificar o compromisso de uma sociedade com a criação e estabelecimento de um Estado regido por uma lei democrática.

Conforme apontado pelos estudos de Michel Foucault (2001), o estabelecimento de um regime de produção da **verdade** constitui um dos elementos centrais das atuais sociedades capitalistas ocidentais, característica facilmente identificada no processo penal brasileiro, cujo núcleo estruturante é, conforme apontado pela revisão da jurisprudência e doutrina jurídica nacional, o **princípio da verdade real**².

Na presente pesquisa buscamos, sob a perspectiva teórica neoinstitucionalista do processo desenvolvida por Rosemiro Pereira Leal (2002; 2011) evidenciar que a busca da **verdade real** é ainda princípio lamentavelmente estruturante do processo penal brasileiro, porque oriundo de matriz inquisitória e, portanto, antagônico à uma perspectiva democrática do processo penal.

Pretendemos assim contribuir com as pesquisas realizadas para a construção de um novo direito processual penal, que esteja em genuína consonância com o paradigma de Estado Democrático de Direito e as garantias constitucionalizadas à vida, liberdade e dignidade, asseguradas pela Constituição de 1988.

1.1. Reflexões preliminares

O debate a respeito da pergunta “*O que é verdade?*” ocupa uma posição central na história do pensamento humano: seja na filosofia (dos filósofos clássicos aos pós-modernos), na religião, na lógica ou na linguagem, há muito tempo se busca uma

¹ A respeito da biografia e obra de Goldschmidt recomenda-se a leitura do artigo “A incompreendida concepção de processo como “situação jurídica”: vida e obra de James Goldschmidt (LÓPES JR; ALFLEN DA SILVA; 2009. Disponível em http://www.panoptica.org/novfev2009pdf/02_2009_2_nov_fev_23_48pp.pdf, acessado em 11 de agosto de 2012 às 11:45).

² Nesse sentido, reconhece-se a precisão de Juarez Cirino dos Santos ao definir o processo penal brasileiro na atual quadra, sem que tenha sido ainda submetido à irrestrita crítica e reconstrução em conformidade com a Constituição de 1988, como “*uma relação de poder instituída pelo Estado com a finalidade de descobrir a verdade de fatos criminosos e punir os autores considerados culpados*” (CIRINO DOS SANTOS, Juarez 2006, p.655).

resposta para essa questão, sem uma conclusão definitiva até o momento. Como destacam Blackburn e Simons (2010, p.02), à medida que se avança nessa discussão, fatalmente somos conduzidos a uma reflexão profundamente abstrata que leva ao questionamento das fundações básicas da realidade: “*o que é existência, no geral?*”.

O campo teórico de discussão a respeito da **verdade** é vasto e muito rico. Conforme aponta Michael P. Lynch (2001, p.3-6), orbita ao redor de duas grandes perguntas: “*A verdade possui uma natureza?*” e “*Se ela possui uma natureza, que tipo de natureza seria?*”. A partir dessas indagações, as teorias filosóficas da **verdade** podem ser categorizadas.

Assim, considerando que a **verdade** possui uma natureza, organizam-se, conforme esquema proposto por Michael P. Lynch (2001)³, as **teorias pluralistas** (a **verdade** possui mais de uma natureza), as **teorias pragmatistas** (a **verdade** é determinada pelo consenso e concordância dos seus investigadores com aquela assertiva) **verificacionistas** (se a **verdade** não pode ser verificada, então não necessariamente poderemos reconhecer que uma determinada assertiva é verdadeira), **pós-modernas** (descrentes das metanarrativas que oferecem respostas para todas as perguntas) e da **coerência** (a **verdade** possui apenas uma natureza, parcialmente epistêmica), as **teorias da correspondência** (a **verdade** é a correspondência com um fato), as **teorias primitivistas** (a **verdade** é um conceito básico e primitivo, que por ser tão primordial não pode ser excessivamente definido) e a **teoria heideggeriana** (há uma relação parcial ou entre mente e mundo) e as **teorias de identidade** (as **verdades** pensadas são a mesma coisa que fatos).

Por sua vez, tendo como premissa a **inexistência** de uma natureza da **verdade**, categorizam-se, para Lynch (2001), as **teorias minimalistas** (não há uma natureza, mas o conceito de “**verdadeiro**” expressa uma propriedade, de algum modo), as **teorias deflacionaristas** (a **verdade** não possui uma natureza), da **redundância** (o acréscimo da propriedade “for verdadeiro(a)” a uma sentença só é realizado quando sabemos e vamos dizer que uma determinada sentença é verdadeira, implicando em redundância) e

³ É impossível descrever com o mínimo grau de completude as teorias da verdade com apenas uma frase e, lado outro, não caracteriza o objeto de investigação da presente pesquisa estabelecer um panorama amplo e completo de todas as principais teorias de verdade do último século. Buscamos com essas descrições, muitas delas restritas ao pensamento de um único filósofo dentro de um vasto e determinado campo teórico, tão somente informar o leitor da extensão da discussão a respeito da verdade que vem sendo realizada na filosofia moderna.

performativas (o acréscimo das propriedades “for verdadeiro(a)” ou “é verdade” a uma sentença não denota descrição, mas sim concordância).

A presente pesquisa não propõe uma investigação a respeito da **verdade** em que todas as teorias sejam analisadas e discutidas; não ambicionamos tamanho grau de profundidade ou pretensão. Foram adotadas duas teorias a respeito da **verdade**: trabalharemos com a concepção da **verdade como correspondência** de Alfred Tarski, à luz das reflexões promovidas por Karl Popper e perspectiva de **processo penal como regime de verdade**, reflexão teórica **pós-moderna** apresentada por Michel Foucault.

A primeira teoria será utilizada para desvendar as aporias lógico-rationais e jurídicas do modelo de procedimento penal brasileiro, no qual pretensamente reconhece-se a relevância da **verdade**, mas não há a devida abertura do procedimento à crítica e problematização em contraditório pelas partes, de modo que possa constituir-se como **processo**. Já a segunda será utilizada para realizar uma análise política e funcional do procedimento penal brasileiro orientado pelo princípio da **verdade real**.

Nesse sentido, entendemos que o trabalho realizado possibilita algumas reflexões nesse campo, ressaltando-se que embora recorra à filosofia, às ciências sociais e políticas e ainda que de maneira breve, a alguns conceitos psicanalíticos, todas as suas conclusões, devidamente abertas à crítica e aprimoramento, são de ordem jurídica. Em outras palavras, ainda que as dúvidas da humanidade a respeito da **verdade** permanecem sem respostas terminativas, esperamos ter contribuído de algum modo para o estudo do direito processual penal pátrio.

A seguir, iremos tratar de maneira abrangente de conceitos introdutórios de criminologia, crise democrática e política, objetivando estabelecer o pano de fundo criminológico e sócio-político no qual a presente pesquisa se insere e cujas características inequivocamente produzem efeitos na interpretação e aplicabilidade do princípio da verdade real no processo penal brasileiro.

1.1.1. Repressão, punitivismo e biopolítica pós política no início do século

XXI

As últimas décadas do século vinte e a primeira década do século vinte um, em especial após a queda do Muro de Berlim na década de 1980, e, posteriormente, em razão dos ataques realizados em solo americano por forças terroristas em 11 de setembro de 2001, foram marcadas por forte expansão de políticas criminais maximalistas, representando um avanço do punitivismo e repressão incongruente com o pretense fortalecimento de valores democráticos no mundo ocidental posteriormente ao fim da Guerra Fria, reestabelecimento dos regimes democráticos na América Central e Latina, esfacelamento da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas e a expansão e consolidação do comunitarismo europeu.

Conforme aponta Salo de Carvalho (2010, p. 133), o maximalismo penal, historicamente sempre se relacionou às correntes políticas de direita, que elencam bens jurídicos para a tutela penal relacionados à sua esfera de interesses político-ideológicos (família, tradição, propriedade)⁴.

⁴ A distinção entre “direita” e “esquerda” é tarefa árdua, não apenas em razão da pluralidade de categorizações históricas e sócio-políticas dentro de cada um dos grupos, conforme podemos observar, por exemplo, em *Porque Virei à Direita* (COUTINHO; PONDÉ; ROSENFELD, 2012) e *A esquerda que não teme dizer seu nome* (SAFATLE, 2012), mas também pelas próprias características da tradição política nacional que, se por um lado recepcionou um pensamento de esquerda fortemente internacionalizado, possui uma direita que comunga poucos valores em comum com, por exemplo, a direita libertarianista norte-americana defensora do Estado Liberal ou a direita européia xenofóbica. Para conceituar **esquerda** recorremos a definição de Norberto Bobbio, que associa o núcleo do pensamento esquerdista (“*valor ideal*”) com a busca pela igualdade – o que no presente caso, implica também na tentativa de igualdade no arbitramento de sanções econômicas entre os patrimonializados e despatrimonializados. Por sua vez, ao nosso entender a **direita** mais expressiva no Brasil corresponde a um tipo de conservadorismo singular, que, a partir de Jessé Souza, podemos denominar economicista: “*Como toda visão superficial e conservadora do mundo, a hegemonia do economicismo serve ao encobrimento dos conflitos sociais mais profundos e fundamentais da sociedade brasileira: a sua nunca percebida e menos ainda discutida “divisão de classes”. O economicismo liberal, assim como o marxismo tradicional, percebe a realidade das classes sociais apenas “economicamente”, o primeiro caso como produto da “Renda” diferencial dos indivíduos e no segundo, como “lugar na produção”. Isso equivale, na verdade, a esconder e tornar invisível todos os fatores e precondições sociais, emocionais e culturais que constituem a renda diferencial, confundindo, ao fim e ao cabo, a causa e efeito. Esconder os fatores não econômicos da desigualdade é, na verdade, tornar invisível as duas questões que permitem efetivamente “compreender” o fenômeno da desigualdade social: a sua gênese e a sua reprodução no tempo. (...) Na sociedade moderna – e mais ainda numa sociedade “seletivamente modernizada”, como a brasileira, onde só o que conta é a economia, o dinheiro e as coisas materiais que se pegam com a mão – é a percepção economicista do mundo que permite a legitimação de toda espécie de privilégio porque nunca atenta para as precondições sociais, familiares e emocionais que permitem tanto a gênese quanto a reprodução no tempo de todo privilégio de classe*” (2011, p.18;20).

Além de estabelecerem um grande rol de condutas típicas contra bens jurídicos como “honra” e a “moral” (patriarcais), o pensamento punitivista de direita reprime com grande intensidade as condutas delituosas praticadas contra a propriedade (patrimonialismo liberal) e contra os crimes violentos (conservação do corpo do trabalhador). Tais enfoques, conforme destaca Michel Foucault (2005), decorreram de grandes alterações sócioeconômicas a partir do século XVIII, com reflexos profundos no direito e tendo como consequência última o manejo dos corpos pelo Estado⁵ – a transição da soberania real para as tecnologias disciplinares e biopolíticas⁶, cuja

⁵ Conforme aponta Luis Alberto Warat, o Estado é “o fundamento simbólico de um sistema de instituições. É o poder mistificado em um discurso unitarista que encarna a autoridade e nos brinda segurança. O Estado como discurso de poder, vigilância e disciplina social supõe a existência de uma língua legítima que censura e manipula o imaginário dos sujeitos para constituir a cultura oficial”, constituindo-se “(...) como o lugar de realização de uma intertextualidade totalitária”. (WARAT, 2002, p.61-62).

⁶ Para Michel Foucault, o direito de vida e de morte era um dos atributos fundamentais da teoria clássica da soberania, na qual o soberano é constituído como aquele dotado do poder de “fazer morrer ou de deixar viver” (2005, p.285-286). Para o autor, a partir dos “(...) séculos XVII e XVIII, viram-se aparecer técnicas de poder que eram essencialmente centradas no corpo, no corpo individual. Eram todos aqueles procedimentos pelos quais se assegurava a distribuição espacial dos corpos individuais (sua separação, seu alinhamento, sua colocação em série e em vigilância) e a organização, em torno desses corpos individuais, de todo um campo de visibilidade. Eram também as técnicas pelas quais se incumbiam desses corpos, tentavam aumentar-lhes a força útil através do exercício, treinamento, etc. Eram igualmente técnicas de racionalização e de economia estrita de um poder que devia se exercer, de maneira menos onerosa possível, mediante todo um sistema de vigilância, de hierarquias, de inspeções, de escriturações, de relatórios: toda essa tecnologia, que podemos chamar de tecnologia disciplinar do trabalho.” (2005, p.288). Mas de maneira paralela às técnicas disciplinares surge uma nova tecnologia de poder, que subverte a teoria clássica do soberano, invertendo o velho direito de soberania: passa-se do direito de fazer morrer ou de deixar viver para o de fazer viver e de deixar morrer (FOUCAULT, 2005, p.287). Essa nova técnica de poder não é dirigida ao corpo, como a disciplina, mas à vida, dirigindo-se à uma multiplicidade de homens como uma “massa global, afetada por processos de conjunto que são próprios da vida, que são processos como o nascimento, a morte, a produção, a doença, etc” Desse modo, Foucault conclui que “logo depois de uma primeira tomada de poder sobre o corpo que se fez consoante o modo da individualização, temos uma segunda tomada de poder que, por sua vez, não é individualizante mas que é massificante, se vocês quiserem, que se faz em direção não do homem-corpo, mas do homem-espécie. Depois da anátomo-política do corpo humano, instaurada no decorrer do século XVIII, vemos aparecer, no fim do mesmo século, algo que já não é uma anátomo-política do corpo humano, mas que eu chamaria de uma “biopolítica” da espécie humana” (2005, p.289). Assim, enquanto a teoria da soberania tratava da relação entre os indivíduos (cedentes de direitos) e a sociedade (constituída por essa cessão voluntária ou implícita dos direitos dos indivíduos, concedendo ao soberano o direito sobre a morte de seus súditos) e as técnicas de disciplina referem-se às relações de poder sobre o indivíduo e seu corpo, o biopoder exerce-se sobre um novo ator: a população: “A biopolítica lida com a população, e a população como problema político, como problema a um só tempo científico e político, como problema biológico e como problema de poder” (FOUCAULT, 2005, p.293). Assim, a biopolítica exerce seu poder de maneira muito distinta do “grande poder absoluto, dramático, sombrio, que era o poder da soberania, e que consistia em poder fazer morrer, eis que aparece agora, com essa tecnologia do biopoder, com essa tecnologia do poder sobre a “população” enquanto tal, sobre o homem enquanto ser vivo, um poder contínuo, científico, que é o poder de “fazer viver” (FOUCAULT, 2005, p.294). No entanto, se a biopolítica é uma superação da teoria clássica de soberania, não é a ruptura das técnicas disciplinares: pelo contrário, “pode-se mesmo dizer que, na maioria dos casos, os mecanismos disciplinares de poder e os mecanismos regulamentadores [biopolíticos] de poder, os mecanismos disciplinares do corpo e os mecanismos regulamentadores da população, são articulados um com o outro” (FOUCAULT, 2005, p.299). Michel Foucault não chegou a desenvolver em detalhes reflexões a

continuidade dos estudos é assumida por Giorgio Agamben a partir de *Homo Sacer* (2007).

Em fenômeno percebido com grande clareza no Brasil a partir do início da década de noventa do século XX, o discurso criminológico crítico, que ganha relevo após o colapso do modelo soviético (CARVALHO, 2010, p.132) e a consequente ressonância em governos com forte influência de bases políticas de esquerda, mostra-se incapaz de implementar as políticas criminais alternativas e descriminalizadoras que apontava como via distinta ao punitivismo tradicionalmente promovido pelas correntes políticas conservadoras.

Ao contrário, o pensamento criminológico crítico passa a promover “*a inversão de seletividade do direito penal, estabelecendo contrapoder proletário*” (CARVALHO, 2010, p.133), objetivando, conforme Alessandro Baratta (2002, p.201-202), “*uma maior representação processual em favor dos interesses coletivos*” por meio do “*reforço da tutela penal, em áreas de interesse essencial para a vida dos indivíduos e da comunidade: saúde, a segurança no trabalho, a integridade ecológica, etc*”, com foco nos “*mecanismos da reação institucional para o confronto da criminalidade econômica, dos grandes desvios criminais dos órgãos e do corpo do Estado, da grande criminalidade organizada*”, buscando a punição das condutas desviantes que decorrem “*da relação funcional que intercorre entre processos legais e processos ilegais da acumulação e da circulação do capital, e entre estes processos e a esfera política*”.

Para Salo de Carvalho (2010, p.133) as políticas de hipercriminalização de direita das últimas décadas (“*voltadas à máxima repressão dos delitos violentos e dos desvios de conduta*”) foram potencializadas pelas propostas jurídico-criminais de esquerda, voltado para a criminalidade econômica e comunitária (meio ambiente, saúde, trabalho). Nesse sentido, Larrauri (1991, p.218) aponta, de acordo com tradução nossa, que

grupos de direitos humanos, de antirracistas, de ecologistas, de mulheres, de trabalhadores, reivindicam a introdução de novos tipos penais: movimentos feministas exigem a introdução de novos delitos e penas maiores para delitos contra as mulheres; os ecologistas reivindicam a criação de novos tipos penais e a aplicação dos existentes para proteger o meio ambiente; os movimentos antirracistas pedem que se eleve a categoria de delito a conduta discriminatória; os sindicatos de trabalhadores pedem que se penalize a

respeito da interseção entre as técnicas biopolíticas e disciplinares, que tem sido objeto de pesquisa por Giorgio Agamben desde *Homo Sacer* (2007).

infração à legislação trabalhista e os delitos econômicos de colarinho branco; as associações contra a tortura, depois de criticarem as condições carcerárias, reivindicam penas de reclusão mais elevadas para o crime de tortura.

Desse modo, ao invés de percebermos uma mudança de rumo na implementação de um projeto libertário de direito penal, com a promoção pelas correntes políticas e jurídicas de esquerda de soluções alternativas e descriminalizadoras para aqueles delitos (tutelados pela direita) decorrentes da “*dinâmica das relações de produção e de distribuição, em determinada fase do desenvolvimento da formação econômico-social*” (BARATTA, 2002, p.201), o que se percebe é a manutenção, e até mesmo aumento, da repressão penal.

Essa conduta é associada agora à tutela repressiva de novos bens jurídicos econômicos e comunitários (como, por exemplo, a probidade administrativa e o meio-ambiente), acelerando a expansão do encarceramento no Brasil⁷, país reconhecido internacionalmente por apresentar uma estrutura penitenciária que promove diariamente reiteradas violações aos direitos constitucionalizados à vida, dignidade e liberdade⁸.

Assim, Manuel Cancio Meliá (2008, p.62) ao destacar o ressurgimento do punitivismo tanto por correntes políticas de direita quanto de esquerda, ressalta que “a

⁷ Ao analisar os efeitos da promulgação de normas penais maximalistas como a Lei 8.072/90 - Lei dos Crimes Hediondos e a Lei 10.792/03 - Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), Fonseca conclui que “*essa nova estrutura legal claramente exprime a conjugação de uma perspectiva simbólica e instrumental, produzindo um agudo aumento no número de prisioneiros no país (Zaffaroni; Batista et al., 2003). A manutenção de perfis de alto risco em períodos mais longos de aprisionamento busca proteger os interesses da comunidade funcionando como outra técnica de gerência do risco. Esse tratamento austero a infratores, no entanto, também se dirige a sentimentos públicos em relação ao crime por meio de uma representação simbólica de justiça expressiva. No Brasil, como ocorreu em muitas sociedades ocidentais, essas medidas tem “uma escala expressiva, punitiva, que utiliza os símbolos da condenação e sofrimento para comunicar sua mensagem; e um registro instrumental, sintonizado com a proteção do público e gerência do risco” (Garland, 2000, p.350). Entretanto, essa é a pura expressão de um projeto excludente, no qual o bem-estar penal é substituído pela segregação em uma política criminal punitiva simbolicamente carregada*”(FONSECA, 2012, p.321-322).

⁸ Destacando apenas um dentre diversos documentos nesse sentido, o Relatório da Assembleia Geral das Nações Unidas, na 14ª Sessão do Conselho de Direitos Humanos, realizado em 28 de maio de 2010, pelo Relator Especial Philip Alston sobre execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrárias no Brasil, em missão realizada em 2007, as Nações Unidas identificaram que dentre as razões por trás da violência nas prisões do Brasil, destacam-se a superlotação, as condições precárias e a prática de entregar a responsabilidade da administração interna prisional para gangues e prisioneiros poderosos, responsáveis por tarefas como a distribuição de comida e remédios. Nesse ano, foram realizadas uma série de recomendações para o governo brasileiro objetivando a solução das graves violações aos direitos humanos promovidas pelo sistema prisional pátrio, incluindo a redução do encarceramento por meio de medidas alternativas à restrição de liberdade, bem como a retomada da administração prisional pela Administração Pública, e não por encarcerados filiados à gangues. No entanto, no relatório elaborado em 2010, o Relator Especial constatou que as autoridades brasileiras não adotaram quaisquer medidas para retomar o controle interno das prisões de gangues, tendo ocorrido, na realidade, diversas rebeliões e assassinatos de presos desde 2007, concluindo que “*a situação para internos do Brasil é atroz e requer imediata intervenção*”. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2010).

esquerda política tem aprendido o quanto rentável pode resultar o discurso da law and order, antes monopolizado pela direita política”, o que, na prática, “gera uma escala na qual ninguém está disposto a discutir, verdadeiramente, questões de política criminal no âmbito parlamentar (...).”

Ou seja: *“a crítica ao sistema punitivo é abandonada, produzindo inúmeras e variadas teorias legitimadoras que ofuscam os limites entre direita e esquerda punitivas”,* passando a ocupar o centro da legitimação da política criminal maximalista teorias de legitimação de caráter moralizador (CARVALHO, 2010, p.133). Assim, o pesquisador conclui que *“ao intentar realizar justiça social através do sistema penal, a criminologia radical incorreu em falácia idêntica aquela que anteriormente era objeto de sua crítica”* (CARVALHO, 2010, p.134), o que promove, conforme Jesus-Maria Silva Sánchez aponta, *“a ideologia da lei e da ordem em versão de esquerda”* (2001, p.70).

De fato, a dissolução dos limites entre direita e esquerda punitivas parecem decorrer menos de um fracasso específico da criminologia crítica, e mais em razão de uma crise teórico-política de maior abrangência, mas com reflexos terríveis no direito penal e processual penal, constituindo a nova modalidade política predominante que Slavoj Žižek, a partir dos apontamentos traçados por Giorgio Agamben e Jacques Rancière, denomina *“biopolítica pós-política”*:

a pós-política afirma ter virado as costas para as velhas lutas ideológicas para se concentrar na administração e gestão de *experts*, enquanto a biopolítica, tem como objetivo principal a regulação da segurança e bem estar dos indivíduos. Resta claro que essas duas dimensões se sobrepõem: quando renunciamos às grandes posições ideológicas, o único desafio continua a ser a gestão eficaz da vida ...ou quase. De fato, com uma administração especializada, despolitizada, socialmente objetiva, associada à coordenação de interesses como o grau zero da política, a única maneira de injetar um pouco de paixão ao debate [político?] e mobilizar as massas é através do medo, constituinte fundamental da subjetividade atual. É aqui que a biopolítica é semelhante, em última instância, a uma política de medo, obcecada com a defesa das vítimas potenciais ou prevenção contra o assédio⁹ (ŽIŽEK, 2012, p.58-59).

⁹ Tradução nossa para *“la “postpolitique, prétend avoir tourné le dos aux vieilles luttes idéologiques pour se concentrer sur le management et la gestion d’ experts, tandis que la “biopolitique” a pour objectif principal la régulation de la sécurité et du bien-être des individus. Toutefois, il est clair que ces deux dimensions se chevauchent: lorsqu’on a renoncé aux grandes positions idéologiques, l’unique enjeu demeure la gestion efficace de l’existence...ou presque. Car en fait, avec une administration experte, dépolitisée, socialement objective, et la coordination des intérêts comme degré zéro de la politique, le seul moyen d’injecter un peu de passion dans le débat et de mobiliser les foules est de recourir à la peur, constituant élémentaire de la subjectivité actuelle. C’est en cela que la biopolitique s’apparente, au final,*

A biopolítica pós-política apontada por Žižek e o caráter moralizador do punitivismo vigente, conforme crítica de Carvalho, são muito claros no Brasil, onde nas últimas décadas foram promulgadas diversas leis de caráter repressivo maximalista, com grandes restrições de direitos e garantias fundamentais, focadas em medidas cautelares de emergência e, por vezes, baseadas nos chamados crimes de perigo abstrato, cuja fundamentação é justamente o medo diante das ameaças ocultas e incertas (como exemplos, cita-se a Lei dos Crimes Hediondos – Lei 8.072/90¹⁰, a “Nova” Lei de Drogas – 11.343/06, a Lei de Crimes Ambientais – 9.605/98¹¹, e a recente reforma para

à une politique de la peur, obsédée par la défense des victimes potentielles ou la prévention contre le harcèlement.” (ŽIŽEK, 2012, p.58-59).

¹⁰ Explica David S. Fonseca que “No começo dos anos de 1990, a mídia foi assolada por uma ampla exibição de crimes violentos, em que cada episódio era seguido por uma forte comoção popular. Como resultado, o medo do crime violento instantaneamente aumentou no meio da sociedade, acarretando uma susceptibilidade política para reformar o tratamento da justiça criminal para certos tipos de crimes. Demandas por punições mais severas se espalharam, e o governo foi forçado a implementar uma resposta rápida para combater essa situação de descontrole (Monteiro, 1991). Os políticos responderam a essas ansiedades e medos por meio do mecanismo mais simples de retórica política, a saber, a expressão de sentimentos punitivos. A Lei 8.072 de 1990, foi, assim, sumariamente aprovada, mudando as disposições legais já disponíveis para determinadas ofensas. (...) obviamente as taxas subsequentes de criminalidade não foram afetadas por essas provisões e mesmo taxas crescentes puderam ser encontradas em vários pontos do país (Monteiro, 1991). Um dos principais aspectos envolvidos na Lei dos Crimes Hediondos é o aumento geral do tempo de prisão para indivíduos condenados por vários crimes que se encontram ali regulamentados (Leal, 2002). Os limites mínimos e máximos das penas para diversos delitos foram substancialmente aumentados e a probabilidade de um condenado passar todo o tempo da sentença na prisão também cresceu, já que a progressão de regime também se encontra vedada. O processo penal também foi afetado, já que alguns dos direitos dos acusados foram restringidos. Enquanto aguarda julgamento, o acusado não teria direito ao benefício da liberdade provisória, podendo ser mantido em custódia por um período mais longo, sem que sequer a fiança seja admitida. Desse modo, embora a presunção de inocência deva ser observada, os indivíduos acusados de cometerem crimes hediondos tem, na maioria das vezes, negado o direito de aguardar o julgamento em liberdade (Leal, 2002). A possibilidade de apresentar uma defesa apropriada durante o julgamento torna-se, assim, dificultada em inúmeras possibilidades. (FONSECA, 2012, p.319-320).

¹¹ Como é ressaltado por David S. Fonseca, “A gerência do risco tem sido integrada às racionalidades dos sistemas de justiça criminal após já ter sido aplicada em outras áreas e setores. Muitas atividades importantes tem agora uma ligação direta com procedimentos orientados pelo risco devido ao seu extraordinário potencial para consequências danosas, enquanto o princípio de precaução tem guiado a autorização, manutenção e proibição de muitos programas científicos e industriais, cujos resultados podem ser controversos. A regulação estatal de muitas atividades na sociedade tem sido crescentemente implementada, enquanto as agências estatais tem se tornado responsáveis por assegurar padrões mínimos de segurança. Esses padrões são estabelecidos mediante normas administrativas detalhadas, que especificam a natureza da atividade e seus níveis admissíveis de risco. Essas leis normalmente possuem inúmeros mecanismos de controle e sanções a serem aplicadas no caso de qualquer desobediência. (...) Entretanto, as pressões da sociedade civil levaram essas medidas administrativa para além e, para assegurar a obediência a essas normas, algumas de suas violações passaram também a estar sujeitas a investigação e processo criminal. Esse tipo de disposição criminal subsidiária reside em um nível muito mais simbólico (Hassemer, 1998), no qual a punição é estabelecida principalmente para fornecer uma ameaça posterior. A Lei dos Crimes Ambientais é um claro exemplo dessa interconexão entre regulamentações administrativas e procedimentos criminais. A depredação de recursos naturais, obviamente, apresenta um risco para a sociedade, que agora tenta controlar seu potencial perigo por meio de mecanismos preventivos. (...) Entretanto, para garantir uma mais firme proteção a esses recursos, a legislação brasileira implementou inúmeras disposições criminais interligadas com a quebra de normas administrativas. Em outras palavras, se alguma disposição administrativa é desobedecida, poderá haver uma subsequente punição criminal, além das próprias implicações administrativas. Por sua

a persecução penal “mais eficiente” dos crimes de lavagem de dinheiro - Lei 12.683/12).

Essas leis baseadas no terror social possuem uma enorme rentabilidade política e buscam reconstruir, de algum modo, o “Paraíso Perdido” desfeito pela “crise de certezas” da pós-modernidade e pelo mundo globalizado, tentando reestabelecer uma sensação de **segurança** e coesão social que, por óbvio, não cabe ao direito penal resgatar, sob o duvidoso argumento, conforme critica Eugenio Raúl Zaffaroni (2007, p.76), de que “*um mundo em desordem pode ser ordenado com disciplina imposta através de repressão indiscriminada*”.

Esse autoritarismo denominado *cool* (ZAFFARONI, 2007) é oscilante e de fácil absorção, alimentado por tendências, argumentos e fluxos e refluxos de conteúdo teórico vazio ou questionável, influenciado pelas mais voláteis e rasteiras correntes políticas, em um movimento que se parece muito mais com aquele que constitui a **moda** (*fashion*), conforme apontamentos de Gilles Lipovetsky (2009) sobre essa manifestação cultural, que a firmeza e consistência teórica, seja autoritária ou libertária, retrógrada ou progressista, que deveria permear os debates de política criminal.

O **autoritarismo cool** advém da grande exposição midiática conduzida por empresários morais¹², com seus programas sensacionalistas de violência urbana que acompanham, em tempo real e com linguagem cinematográfica, o crime nas cidades e a atuação violenta, vingativa e romantizada, em uma metalinguagem circular, que vai do cinema para as ruas e das ruas para o cinema, das forças policiais e dos “inimigos da vez” desse discurso autoritário, sendo conduzidos na televisão e em vídeos na *internet* por duvidosos “*experts*”, especializados, na realidade, em denegrir “*a opinião técnica jurídica e criminológica, obrigando os operadores políticos a assumir idêntica postura de desprezo*” (ZAFFARONI, 2007, p.74,).

vez, as pessoas jurídicas não eram sujeitas aos processos criminais, mas o advento da lei dos crimes ambientais alterou essa tradição e agora elas também possuem responsabilidade penal nessa área.” (2012, p.325-326).

¹² Zaffaroni esclarece que “*o conceito de empresário moral foi enunciado sobre observações relativas a outras sociedades, mas na nossa pode ser tanto o comunicador social, após uma audiência, um político em busca de admiradores ou um grupo religioso à procura de notoriedade, quanto um chefe de polícia à cata de poder ou uma organização que reivindica os direitos das minorias, etc. Em qualquer dos casos, a empresa moral acaba desbocando em um fenômeno comunicativo: não importa o que seja feito, mas sim como é comunicado. A reivindicação contra a impunidade dos homicidas, dos estupradores, dos ladrões e dos meninos de rua, dos usuários de drogas, etc não se resolve nunca com a respectiva punição de fato, mas sim com urgentes medidas punitivas que atenuam as reclamações na comunicação ou permitem que o tempo lhe retire a centralidade comunicativa.*” (2006, p.45).

O discurso publicitário dissolve discussões de política criminal em *slogans* e bordões punitivistas popularescos de fácil assimilação (“*Bandido bom é bandido morto*”, “*Queria ver se fosse com a sua mãe ou com a sua filha*”, “*Para o bandido tem direitos humanos, e para o trabalhador?*”), promovendo a ilusão que maior segurança é obtida mediante a promulgação de leis que criam novos tipos penais, aumentam as penas daqueles já existentes ou promovem medidas cautelares mais severas.

Para Eugenio Raúl Zaffaroni (2007, p.76) a propaganda (político-comercial) do autoritarismo *cool* é difusa, sequer sendo capaz de apontar um inimigo claro: “*sucedem-se sem somar-se*”, sendo esse novo autoritarismo desprovido até mesmo “*de um discurso acadêmico rasteiro*” ou de qualquer afiliação ideológica partidária, biopolítico póspolítico conforme a crítica de Slavoj Žižek (2012).

A moderna cultura popular brasileira reserva nos filmes da série *Tropa de Elite* um interessantíssimo exemplo dessa dissolução entre os discursos de direita e esquerda, na qual impera somente um autoritarismo punitivista descartável e promíscuo, gravitando sem compromisso entre a beira do abismo fascista e a vingança de classe.

No primeiro filme da série, que constituiu genuíno fenômeno cultural, com seus bordões e personagens que passaram a integrar o imaginário popular, o personagem central é um policial branco e de classe média do Batalhão de Operações Policiais Especiais – BOPE da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro dedicado a treinar um aspirante negro, de origem pobre, mas que com esforço perseverou até adentrar na faculdade de direito, para substituí-lo.

Ao longo da narrativa, mestre e aprendiz deflagram uma guerra contra o domínio do narcotráfico e seus soldados negros e pobres em uma favela na cidade do Rio de Janeiro, onde, para cumprirem sua missão, torturam traficantes com espancamentos e asfixias mecânicas promovidas com auxílio de sacos plásticos, perseguem policiais corruptos que não se enquadram em seus códigos particulares de conduta, reafirmam os belicosos valores do militarismo em duros treinamentos de guerra e direcionam seu ódio aos intelectuais “*dos direitos humanos*”, obcecados com as obras de Michel Foucault e retratados de maneira caricatural como estudantes de ciências sociais coniventes com a criminalidade e financiadores do narcotráfico.

A truculência do Capitão Nascimento e seus métodos de tortura foram apontados na época de lançamento do filme por veículos de comunicação de direita como um “suspiro de alívio” da classe média brasileira, as agressões destinadas ao usuário de drogas leves promoveram atrasos nas discussões públicas sobre a descriminalização dos entorpecentes e a postura do aspirante André Mathias no curso de direito, policial pobre e negro que não se rendeu aos encantos do narcotráfico, representou um ataque à crítica criminológica marxista do sistema jurídico-criminal.

Assim, muito embora não se possa negar que a violência do protagonista é retratada como elemento corrosivo às suas relações familiares e pessoais, o que seria capaz de trazer profundidade e tridimensionalidade ao personagem, o filme é marcado, entre a neutralidade e a apologia, por uma edição (*closes*, ângulos, fotografia, sons, músicas) que exalta, muito mais que reprime, as condutas violentas e autoritárias promovidas pelos policiais protagonistas, caracterizando a obra, independentemente dos lamentos e manifestações públicas de repúdio dos envolvidos, como, ao nosso ver, a mais importante e contundente peça de propaganda do conservadorismo punitivista nacional desde aquelas promovidas pela Ditadura Militar.

Já em *Tropa de Elite II*, cujo subtítulo é “*O Inimigo agora é Outro*” a torrente de violência não é mais direcionada contra o pobre negro e “*malandro*” (ou seja, que preferiu o narcotráfico à vida sofrida, mas digna, como a do aspirante André Mathias) ou ao usuário de drogas da classe média, que também merece ser surrado por “*financiar o narcotráfico*”: como o nome do filme indica, o **inimigo da vez** agora é completamente distinto daqueles retratados na primeira obra.

O alvo do Capitão Nascimento, agora promovido ao cargo de Tenente-Coronel, é o “*Sistema*”, organização ampla que inclui policiais civis e militares reunidos em milícias que promovem extorsões nos subúrbios cariocas, políticos influentes e desonestos que representam o fracasso da democracia representativa e serventúrios públicos corruptos, intimamente relacionados com essas organizações que financiam campanhas políticas com dinheiro proveniente das extorsões milicianas, promovendo um círculo aparentemente inquebrável de corrupção e violência: os “verdadeiros bandidos” em contraste com “os bandidos pés de chinelo” do primeiro filme.

Nascimento e André Mathias ainda são protagonistas, mas desta vez acompanhados por um obstinado mas gentil deputado estadual defensor dos direitos

humanos, bastião ético em uma câmara dos deputados fluminense imersa na corrupção, corporativismo e ineficiência.

Nessa sequência cinematográfica, o ápice do gozo não se dá com as torturas promovidas pelo protagonista, nem por seus comandos e bordões autoritários, mas na cena em que o Tenente-Coronel Nascimento constitui sua própria milícia, uma “milícia justiceira”, para se vingar e surrar um deputado corrupto, em uma catarse daquilo que se poderia denominar **justiça revolucionária**.

Assim, se no primeiro filme o discurso ideológico punitivista vigente convergia à direita, em *Tropa de Elite II* o traficante pobre e negro não é mais o inimigo da vez, tendo sido substituído pelo “bandido de terno e gravata”, aquele que acastela-se nas instituições e desvela o suposto caráter intrinsecamente falho e inoperante da ordem jurídica democrática vigente, o que torna legítima e aceitável a sua dissolução momentânea e transitória para o exercício da vingança corporal.

Já o usuário de drogas ilícitas integrante da classe média é repentinamente humanizado na figura do filho do Tenente-Coronel Nascimento, tornando-se um problema de saúde pública e não mais de justiça criminal, torção idêntica a que a esquerda criminal busca promover na legislação pátria.

E se em *Tropa de Elite* o intelectual que “defende os direitos humanos” e revela a violência inerente às estruturas de dominação é um empecilho à justiça e a “limpeza” da criminalidade que circunda o narcotráfico, por ser, inclusive, conivente com esse comércio ilícito, n’*O Inimigo Agora É Outro* é reconhecido e admirado por sua *moral* entre criminosos perigosos. Sua ética e humanidade sustentam o Tenente-Coronel Nascimento nas agruras que enfrenta, legitimando a constituição da milícia *cool* do protagonista, responsável por “fazer o que “todo” brasileiro gostaria” ao surrar impiedosamente um deputado, ao invés de exercer seu poder de polícia para prendê-lo conforme determina a legalidade.

Como fica claro, ambos os filmes são constituídos de premissas ideológicas absolutamente distintas. O que surpreendentemente, no entanto, é não causam qualquer estranheza em razão disso: tratam-se, na realidade, de um reflexo cristalino da atual quadra **pós-política** no qual estamos inseridos.

De fato, o único elemento genuinamente comum em ambas narrativas cinematográficas é a sensação de medo e insegurança que permeia a sociedade brasileira, cuja solução para preservação dos corpos (**biopolítica**) “só pode estar” na exacerbção da violência institucionalizada que atinge e cerceia os direitos fundamentais (vida, dignidade, liberdade) dos inimigos da vez, eleitos conforme as conveniências dos grupos político-sociais-culturais dominantes do momento.

Desse modo, o que se conclui é que o discurso autoritário de segurança como o antídoto para o medo e da impunidade oriunda das “leis fracas” na prática apenas amplifica e reproduz a sensação de terror e insegurança que permeia a atual quadra da história, dando sustentabilidade para uma legislação penal e processual penal de emergência que, ao nosso entendimento, a partir da leitura de Giorgio Agamben (2011), configura-se como uma tecnologia tremendamente eficaz de violência institucionalizada, característica do Estado de Exceção (cujo conceito será melhor explorado no capítulo 2).

Se durante a ditadura de Getúlio Vargas e, posteriormente, o regime ditatorial promovido pelas Forças Armadas após o golpe de 1964, o Estado de Exceção suspendia o exercício de um grande número de direitos fundamentais, com o retorno da democracia participativa (que não pode ser confundido com a implantação de uma efetiva democracia) no período de colapso da dicotomia política direita x esquerda ou Estado Liberal x Estado Social e transição para a biopolítica pós-política a Exceção tornou-se abrangente e indiscriminada, embora, ao mesmo tempo, difusa e indeterminada. Identifica-se nessa nova forma de exercício político um grande potencial para a lesão dos direitos à vida, dignidade e liberdade de todos, independentemente de categoria étnica, social ou econômica, fortalecida por (ou tendo como consequência) um aumento generalizado do punitivismo.

É imperativa a desconstrução do processo penal excepcional, presença fantasmagórica entre o autoritarismo e o direito, a partir dos ganhos teóricos da proposta de direito processual neoinstitucionalista, e o momento de discussão de um novo código no âmbito da Função Legislativa torna o debate ainda mais oportuno. E, para tanto, torna-se fundamental compreender as origens e efeitos (ou causas e consequências) daquele elemento central ao processo penal brasileiro que se convencionou denominar **princípio da verdade real**.

2. APONTAMENTOS SOBRE O PRINCÍPIO DA VERDADE REAL NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Em 1973, o filósofo francês Michel Foucault realizou uma série de conferências na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro a respeito dos estudos que vinha realizando desde o início da década de 70 do século XX sobre a produção de discursos de **verdade**, com enfoque naqueles constituídos nas práticas judiciárias, desde a Grécia Antiga até a contemporaneidade. Partiremos da análise foucaultiana para realizar breve e sintética reconstrução da relação social e história entre processo penal e **verdade** (real), objetivando promover uma prévia contextualização antes de adentrarmos em uma análise do **princípio da verdade real** no processo penal brasileiro.

Conforme a reconstrução histórico-política realizada nas conferências fluminenses, a tragédia *Édipo-Rei* de Sófocles representou a ritualização da história do processo na Grécia antiga, marcando um importantíssimo ponto de mudança na relação entre **verdade**, poder e saber que irá ecoar por séculos nas sociedades ocidentais. Em síntese, até o quinto século antes de Cristo, havia uma justaposição entre saber (divino) e poder (político) na sociedade helênica, herança cultural dos antigos impérios orientais.

O que a tragédia retrata é a ruptura da relação entre poder e saber, mediante a conquista por todos do direito “*de opor uma **verdade** sem poder a um poder sem **verdade**”* (FOUCAULT, 2009, p.48;54), possibilitando, mediante o exercício do testemunho (memória empírica), contestar as **verdades** míticas provenientes daqueles sujeitos imbuídos de autoridade real e saber divino, que, a partir desse momento, passam a ter a legitimidade desse saber-poder contestada.

O autor aponta que os avanços no direito grego decorreram de uma grande revolução político-cultural helênica a partir do século V A.C que possibilitou o estabelecimento de determinados elementos caracteristicamente associados ao apogeu da civilização grega: a filosofia, os sistemas racionais, os sistemas científicos e a retórica. A constituição dessa matriz de saberes filosóficos, retóricos e empíricos possibilitou, conforme aponta Michel Foucault (2009), a produção de conhecimento racionalizado por meio do inquérito, no qual o fato era reconstruído não por meio da afirmação autoritária do oráculo ou do soberano imbuído de divindade, mas a partir do testemunho e da lembrança.

No entanto, com o declínio da cultura grega clássica, o inquérito se mostra incapaz constituir-se como “*um conhecimento racional capaz de se desenvolver indefinidamente*” (FOUCAULT, 2009, p.55) e só irá ressurgir muito tempo depois, na Baixa Idade Média européia, de uma maneira tão sofisticada, inovadora e revolucionária que “*seu destino será praticamente coextensivo ao próprio destino da cultura dita europeia ou ocidental*” (FOUCAULT, 2009, p.55).

2.1. Apontamentos sobre a busca da verdade em sociedade europeias do período pré-romano à Idade Média

Anteriormente à romanização das tribos saxãs, os litígios penais nas sociedades germânicas, tal qual no direito arcaico grego anterior à revolução jurídica do século V, não eram regulamentados por procedimento racionalizado de reconstrução dos fatos para o arbitramento de sanção. O sistema jurídico germânico era caracterizado pela ausência, a rigor, de noção semelhante à “ação pública”, tratando-se de modalidade de resolução de controvérsias iminente privada.

Não havia ninguém dotado de legitimidade para representar a tribo (*sippe*) à qual os indivíduos eram filiados, tratando-se de litígio estabelecido via de regra entre duas partes individuais, integrantes da mesma comunidade: aquela que alegasse ter sofrido o dano e o suposto agressor. De fato, Michel Foucault explica que haviam apenas dois casos em que a comunidade como um todo se insurgia contra uma parte supostamente autora de conduta considerada ofensiva: nas hipóteses de traição e homossexualidade (2009).

Excluídas tais ocorrências, cabia às partes resolverem seu litígio de maneira independente da atuação da comunidade, que, por sua vez, não exercia qualquer condenação de natureza moral ou espiritual dos atos praticados entre aqueles sujeitos. Instaurada a controvérsia capaz de romper o equilíbrio e a paz (*fridr*) da tribo (*sippe*), iniciava-se, conforme leciona Batista (2002, p.33), um estado de inimizade (*Fehde* ou *faida*), no qual as partes conduziam uma “guerra particular” por meio de práticas rituais estabelecidas costumeiramente, seria a reparação, simbólica ou efetiva (BATISTA, 2002, p.34) do dano pelo ofensor.

Como em toda guerra, havia a possibilidade da interrupção dos atos de conflito mediante o estabelecimento de um acordo entre as partes, reduzindo as suas

consequências nefastas. A análise foucaultiana (2009) revela que esse tratado de paz era um ritual mediado por um terceiro sujeito, um árbitro eleito pelas partes que observaria se as condições para o fim do conflito haviam sido atendidas.

No entanto, não havia qualquer relação entre esse personagem externo e a contenda estabelecida entre os dois sujeitos: cabia a ele tão somente atentar-se à observância das regras de liquidação firmadas entre as partes, não se operando qualquer envolvimento desse indivíduo com o “mérito” do embate. Dito de outra forma, a sociedade em momento algum promovia julgamento ou mediação com relação ao conflito, não intervindo como um poder exterior, mas, no máximo, como um observador externo.

Assim, por meio do acordo firmado (que, normalmente envolvia a troca de bens valorizados pela comunidade) cessavam-se as hostilidades e uma das partes ganhava a paz, impedindo que a outra ganhasse a guerra, e, com isso, reconquistava seu direito à vida.

A dimensão da **verdade** é irrelevante para o velho direito saxão, que, conforme Batista (2002, p.33), constituía uma *Hausherrschaft*, jurisdição doméstica que convergia para a boa convivência entre os integrantes do clã.

De acordo com os estudos foucaultianos, métodos semelhantes de resolução de conflitos se faziam presentes de maneira abrangente no direito feudal europeu da Alta Idade Média, com a implantação de um sistema de “jogos de provas”¹³: disputas sociais, verbais, físicas ou mágico-religiosas para a resolução de conflitos.

Assim, havendo um conflito de natureza penal entre dois indivíduos, a questão era solucionada de maneira privatística por meio de *épreuves* que não evidenciaram a **verdade** a respeito daquele fato, mas “*a força, o peso, a importância de quem dizia*” (FOUCAULT, 2009, p.59).

Dentre esses jogos de provas, os *ordálios* representavam a submissão do indivíduo a uma luta contra seu próprio corpo, fosse por meio de suplícios, como

¹³ Conforme esclarece Michele Taruffo, a expressão francesa “*épreuve*” é uma tradução de “*probatio*”, expressão latina que “*indicava mais uma forma de desafio que a aquisição de elementos de cognição em um contexto processual que visava mais à composição do conflito processual do que a busca da verdade*” (2012, p.21). Assim, para fins de clareza da pesquisa e objetivando evitar confusões conceituais, trataremos “provas” nessa concepção arcaica sempre como “*épreuves*” ou “*jogos de provas*”, evitando confusão com o instituto da prova, presente no procedimentos inquisitório e acusatório.

afogamentos ou caminhar sobre brasas, ou através do *duelo*, onde as partes ou campeões duelavam perante um árbitro. Seja qual fosse a modalidade de *épreuve* costumeiramente utilizada naquele caso, seu resultado indicaria não a **verdade** sobre determinado fato pretérito, mas qual das partes era a mais forte, razão pela qual constituíam sistemas probatórios irracionais (TARUFFO, 2012, p.20), muito embora contextualizados com as sociedades europeias medievais¹⁴.

Os ordálios dispensavam a figura de um terceiro sujeito responsável por dizer o direito ou ponderar as circunstâncias do caso. Eventuais personagens externos, como o árbitro no duelo, serviam tão somente para observar a regularidade do pactuado entre as partes, não se envolvendo de modo algum com o mérito das questões tratadas.

Assim, essa figura de autoridade não proferia qualquer juízo de **verdade**, mas tão somente atestava o cumprimento do ritual, assegurando o caráter privatístico da resolução do conflito. Nesse sentido, toma-se como exemplo ilustrativo o *Beweisurteil* do direito saxão, descrito por Taruffo: expostas as demandas e argumentos de defesa pelas partes perante a corte, o ponto da controvérsia era fixado e o ordálio estabelecido. O seu resultado determinava a parte vencedora e solucionava a controvérsia (2012, p.21-22).

Inexistindo uma preocupação com a **verdade** nos ordálios, Michel Foucault aponta que não havia nesse sistema uma noção de sentença, uma vez que, conforme sua concepção, uma “*sentença consiste na enunciação, por um terceiro, do seguinte: certa pessoa tendo dito a verdade tem razão, uma outra tendo dito uma mentira não tem razão*” (2009, p.61). Assim, o que se tinha na *épreuve* era tão somente a declaração de vitória ou fracasso¹⁵, em conformidade com as regras daquela disputa, sem, contudo, constituir um conteúdo reputado **verdadeiro** a respeito de um determinado caso.

¹⁴ Destaca-se que os ordálios eram coerentes com a cultura e organização europeia vigente, na qual a violência e a crença na intervenção corriqueira do demoníaco e do divino era muito forte, de modo que a interseção entre o mundano e o sagrado na resolução de litígios era absolutamente razoável, o que torna as *épreuves* “*funcionalmente racionais*”, conforme ressaltado por Taruffo (2012, p.20), embora não atendendo aos padrões contemporâneos de racionalidade.

¹⁵ Não se pode deixar de destacar que a insistente presença de uma noção de “vitória” e “derrota” no procedimento jurisdicional moderno revela de maneira profunda e simbólica, como estamos ainda afastados de uma noção cientificamente avançada, racional e democrática de direito processual.

2.2. O ressurgimento do inquérito nas sociedades europeias medievais e o retorno da busca pela verdade para o arbitramento de sanções penais

De acordo com a pesquisa de Foucault, a partir do final do século XII o sistema de resolução de litígios das *épreuves* gradativamente irá desaparecer em razão do ressurgimento do inquérito (2009).

Em uma concepção que pode ser definida como administrativista, o inquérito foi empregado para a reunião de informações e gestão do Império Carolíngio¹⁶ (séculos VII-IX), e posteriormente, por Guilherme, o Conquistador, na ocupação normanda da Inglaterra no final do século XI, para a reunião de informações a respeito de propriedades, tributos e as regras do sistema jurídico vigente¹⁷. Nesse ponto, é preciso observar que a fragmentação das práticas e costumes jurídicos na Idade Média torna o apontamento dos exatos momento e local do surgimento do inquérito nos sistemas processuais penais medievais tarefa difícil e imprecisa¹⁸.

¹⁶ Taruffo aponta que “No plano da cultura geral recorda-se que alguns historiadores falam de um “renascimento carolíngio”, fazendo referência ao movimento que, em diversas áreas da cultura, caracterizou o final do século VIII e o século IX, não somente recuperando alguns aspectos da antiga cultura europeia, mas também introduzindo importantes novidades (por exemplo, na literatura e na organização do ensino). Também no âmbito da cultura jurídica ocorreram, especialmente nos séculos X e XI, diversos desenvolvimentos importantes. Por exemplo, no Reino Itálico eram utilizadas sínteses de regras jurídicas, como a *Concordia Gothana* (a partir do início do século IX) e o *Liber legis Longobardorum* (também chamado de *Liber Papiensis*, uma coleção de códigos longobardos e capitulares francos, bem conhecida e largamente utilizada). Em geral, pois, as normas jurídicas eram citadas com frequência nos documentos judiciais e notariais. (...) Esse renascimento [carolíngio] não constituiu um momento singular e isolado, visto que a tendência carolíngia foi continuada pelos Otões no século X e que o panorama da cultura europeia era bastante ricos e sofisticado no curso do século XI. Na realidade, esses importantes desenvolvimentos constituíram as premissas para a efetiva grande transformação cultural que é amplamente conhecida como “renascimento cultural do século XII”. É sobretudo nesse século, com efeito, que a cultura fez relevantes progressos em todos os campos da ciência à teologia, filosofia e lógica, bem como na organização dos estudos das artes do trívio e do quadrívio. (...) O estudo do direito fazia parte do trívio, junto com a retórica e a lógica, tornando-se muito difundido, pois podia abrir caminhos para o ingresso em carreiras públicas e na prática profissional privada.” (2012, p.29-30).

¹⁷ Esse inquérito histórico normando, denominado *Domesday Book*, é exemplar único no mundo e permanece preservado. Parte do seu conteúdo pode ser acessada online, gratuitamente, no seguinte endereço: <http://www.domesdaybook.co.uk/> (Acessado no dia 10 de novembro de 2012, às 11:50).

¹⁸ Nesse sentido, aponta Taruffo: “A complexa evolução da prática dos ordálios e a transição desses meios de decisão a sistemas probatórios mais modernos e “racionais” não pode ser aqui analisada em todos os seus aspectos. Há, todavia, um exemplo dessa evolução que merece consideração particular: trata-se do direito probatório longobardo. Esse exemplo é interessante por pelo menos duas razões. A primeira é que ocorre em Pavia, que foi por mais de quatro séculos a capital do Reino Itálico, primeiramente com os reis longobardos e, posteriormente, com os reis francos. Pavia era, por conseguinte, o centro da administração do reino, e no palatium do rei tinham sede o tribunal supremo e uma escola de direito muito importante. Nessa escola o direito longobardo e outras legislações romano-barbáricas eram ensinados a pessoas cultas destinadas a tornarem-se juízes ou notários. O direito

O inquérito configurou-se não apenas como um instrumento novo e aprimorado de resolução de conflitos, mas como uma forma inédita de conhecimento direcionada para a obtenção da **verdade**, em que o soberano carolíngio, defrontando-se com um “*problema de direito, de poder, ou questões de impostos de costumes, de foro ou de propriedade, procedia-se a algo perfeitamente ritualizado e regular: a inquisitio, o inquérito*” (FOUCAULT, 2009, p.68). Representantes do poder real reuniam notáveis conhecedores dos costumes, do direito e da propriedade e sob um juramento de dizer a **verdade**, os inquiriam a respeito de determinado fato, do que haviam observado, requerendo a deliberação desses especialistas para a solução desse determinado problema¹⁹.

Com a queda dos impérios da Alta Idade Média e o esquecimento, de modo geral, do procedimento de inquérito, a Igreja Católica resgata no século XI essa sistemática para a inquirição espiritual de seus fiéis e administração de seus territórios e bens, mantendo ativa uma prática²⁰ que já vinha sendo realizada pela instituição eclesiástica²¹ nas dinastias Merovíngia e Carolíngia.

romano era também bem conhecido e ensinado, em um ambiente cultural de nível bastante elevado em que a língua do direito – usada também pelos juristas longobardos – era um bom latim. A segunda razão de interesse é que a experiência lombarda pertence a um período de evolução precoce (mas muito importante); é representativa da transição do sistema originário dos ordálios ao sistema moderno das provas, que, em épocas sucessivas, verificou-se no resto da Europa. Na realidade, o direito longobardo antecipou em muitos aspectos aquilo que viria a ocorrer alhures muito mais tarde; esse foi elaborado no decorrer de vários séculos e era constituído por um conjunto rico e complexo de normas; essas faziam dele uma legislação de relevante importância no panorama europeu, também devido à influência que o direito romano nela exercera”. (2012, p.23).

¹⁹ Dentre as características desse procedimento político de inquérito, Michel Foucault destaca as seguintes: 1) *O poder político é o personagem essencial.* 2) *O poder se exerce primariamente fazendo perguntas, questionando. Não sabe a **verdade** e procura sabe-la.* 3) *O poder para determinar a **verdade**, dirige-se aos notáveis, pessoas consideradas capazes de saber devido à situação, idade, riqueza, notabilidade, etc.* 4) *Ao contrário do que se vê no final de Édipo-Rei, o poder consulta os notáveis sem força-los a dizer a **verdade** pelo uso da violência, da pressão ou da tortura. Pede-se que se reúnam livremente e que dêem uma opinião coletiva. Deixa-se que coletivamente digam o que consideram ser a **verdade**.*” (2009, p.69)

²⁰ Como é ressaltado por Mircea Eliade em sua ampla obra a respeito da história das religiões, durante toda a Alta Idade Média os mosteiros católicos funcionaram como repositórios de cultura e conhecimento: “*Em seus primórdios, a sociedade medieval era uma comunidade de pioneiros. Seu modelo, de certa forma, era constituído pelos mosteiros beneditinos. O patriarca do monarquismo ocidental, são Bento (c.480-c.540), havia organizado uma cadeia de pequenas comunidades inteiramente autônomas sob o aspecto econômico. A destruição de um ou vários mosteiros não acarretava a ruína da instituição. As invasões dos bárbaros nômades, a que se seguiram as incursões dos vikings, tinham aniquilado as cidades e, portanto, os centros de cultura. Os destroços do legado cultural clássico sobreviviam nos mosteiros. Por volta do ano 700, a cultura ocidental se havia refugiado nos mosteiros da Irlanda e da Nortúmbria. Foi de lá que, um século mais tarde, iriam descer os eruditos, os teólogos e os artistas.*” (2011, p.90).

²¹ Também pontua Mircea Eliade que “*o sistema feudal e sua ideologia são de origem germânica. Foi graças a essa instituição que o Ocidente pôde eliminar as consequências de inúmeras crises e catástrofes*

Um bispo, após um período de ausência, percorria sua diocese realizando a *visitatio*, oportunidade na qual inquiria os notáveis (idosos, sábios, virtuosos) daquela comunidade por meio da instauração de um procedimento de inquérito conhecido como *inquisito generalis* a respeito de questões de natureza espiritual (pecados, faltas ou crimes cometidos) ou administrativas (bens, proveitos reunidos, acumulados, distribuídos), apurando-se o que havia acontecido de maneira ampla durante a ausência dessa autoridade eclesiástica (FOUCAULT, 2009, p.70-71).

Identificada a ocorrência de alguma ofensa de natureza espiritual, instaurava-se a *inquisito specialis*, cuja finalidade era revelar a **verdade** a respeito desse ato lesivo aos preceitos da fé.

Conforma a análise foucaultiana, o inquérito cria a noção absolutamente nova de infração, uma falta moral que não ocorria nos procedimentos litigiosos germânicos ou da Alta Idade Média, razão pela qual será entendido “*como olhar tanto sobre os bens e as riquezas, quanto sobre os corações, os atos, as intenções*” (FOUCAULT, 2009, p.71).

A *inquisito generalis* tratada por Foucault pode ser entendida como a evolução do procedimento da *synodalia judicium* aplicado pela Igreja no século IX. Adhémar Esmein destaca em clássico estudo do século XIX que na *synodalia judicium* sete dos mais respeitados membros de uma paróquia eram reunidos em assembleia por uma autoridade eclesiástica, devendo, sob juramento (constituindo-se como *juratores synodi*) responder a uma série de questões a respeito de delitos apontados pelo sacerdote, indicando os culpados. Nessa oportunidade, caso os acusados admitissem sua culpa, receberiam uma penitência do clérigo. Na hipótese de negativa de autoria do delito, deveriam se desculpar por meio do juramento²² caso fosse um homem livre ou, se fosse

que se sucederam a partir do século V. A coroação de Carlos Magno em Roma pelo papa (em 800), como imperador do “Sacro Império Romano”, não poderia ser imaginada meio século antes.” (2011, p.90).

²² Em estudo a respeito do tema que integra sua série de pesquisas *Homo Sacer*, Agamben esclarece que “o juramento não tem a ver com o enunciado como tal, mas com a garantia da sua eficácia: o que nele está em jogo não é a função semiótica e cognitiva da linguagem como tal, mas sim a garantia da sua veracidade e da sua realização. Tanto as fontes quanto os estudiosos parecem concordar em afirmar que o juramento, nas suas diferentes formas, tem a função precípua de garantir a **verdade** e a eficácia da linguagem. (...) o juramento parece ser um ato linguístico destinado a confirmar uma proposição significativa (um dictum), garantindo sua **verdade** ou sua efetividade. É dessa definição – que estabelece uma distinção entre o juramento e seu conteúdo semântico – que precisamos verificar a correção e as implicações.” (2011, p.12-13).

um servo, submeter-se à *épreuve* do ordálio, conforme a tradição germânica (1882, p.71-72).

No entanto, tanto em razão da oposição de comunidades europeias à *synodalia judicia* - conforme apontado por Eismen, “*nos séculos XII e XIII, os habitantes de Flandres e do norte da France resistiam a essa jurisdição*” (1882, p.74) - quanto em consequência dos entendimentos expostos pelo Papa Inocêncio III de que a *synodalia judicia* “*trespassa o infligir de punição digna*”²³ (por recorrer ao ordálio), e, aliada à necessidade teológico-política que tornava necessário o aumento da repressão eclesiástica às heresias²⁴, essa sistemática será substituída pelo procedimento *per inquisitionem* (EISMEN, 1882, p.74) ou procedimento inquisitório.

2.3. Procedimento inquisitório na Idade Média: formação, características e apuração da verdade

O Quarto Concílio de Latrão de 1215 convocado pelo Papa Inocêncio III definiu importantes cânones da Igreja Católica, como a condenação das heresias cátara e valdense, bem como o estabelecimento de procedimentos detalhados para a perseguição de hereges²⁵.

²³ Tradução nossa para o original latino “*debitam poenam transgressoribus infligendo*”.

²⁴ Aponta Mircea Eliade que os cátaros (cujo nome advém de *katharós*, “*puro*” em grego e que conforme o historiador “*impõe-se somente por volta de 1163*”) tem origem no bogomilismo da Bulgária, movimento cristão que contestava diversos ritos da Igreja Ortodoxa e estabeleceu-se em Constantinopla por volta do século IX, expandindo-se posteriormente para a Europa central e ocidental em razão da perseguição religiosa, onde mescla-se com tradições locais de protesto ao cânone eclesiástico, dando origem a movimentos cristãos independentes, como o catarismo. O pesquisador ensina que “*os cátaros não acreditavam no Inferno nem no Purgatório; o domínio de Satanás era o mundo; ele criara-o, aliás, para aprisionar o espírito na matéria. Satanás era identificado a Javé, o Deus do Antigo Testamento. O verdadeiro Deus, bom e luminoso, encontra-se longe deste mundo. Foi ele que enviou Cristo para nos ensinar o método da libertação. Sendo puro espírito, o corpo de Cristo não era mais do que uma ilusão. O ódio à vida lembra certas seitas gnósticas e o maniqueísmo (...). Pode-se afirmar que o ideal cátaro era o desaparecimento da humanidade, por meio do suicídio e da recusa a ter filhos, pois aos cátaros agradava mais a devassidão que o matrimônio.*” (2011, p.178-179).

²⁵ Relata Mircea Eliade que “*na abertura do IV Concílio de Latrão, alude Inocêncio III aos bispos que se preocupam exclusivamente com seus “prazeres carnis”, sem instrução espiritual e desprovidos de zelo pastoral “incapazes de divulgar a palavra de Deus e de governar o povo”. Por outro lado, a imoralidade e a venalidade do clero afastavam progressivamente os fiéis. (...) Nas primeiras décadas do século XII, são Domingos (1170-1221) tenta combater a heresia, mas sem êxito. A seu pedido, Inocêncio III funda a ordem dos Irmãos Pregadores. Mas, tal como acontecera com os legados enviados antes pelo papa, os dominicanos não lograram impedir o progresso do movimento cátaro. Em 1204 travou-se, em Carcassone, a derradeira discussão pública entre teólogos cátaros e católicos. Em janeiro de 1205, Pedro de Castelmare, a quem Inocêncio III incumbira de exterminar a heresia no sul da França,*

Embora a primeira Inquisição tenha sido estabelecida em Languedoc, na França, no ano de 1184 para a perseguição dos cátaros, o Quarto Concílio de Latrão promoveria, conforme Franco Cordero (2000, p.19), a “*Revolução Inquisitória*”, ao autorizar a instauração de um inquérito secreto (*inquisitivo famae*) de ofício, por um juiz, com vistas à apuração da **verdade**, para investigar aquele que tivesse sido acusado (*infamatio*) de praticar conduta supostamente herética (EISMEN, 1882, p. 75)²⁶.

Instaurada a *inquisitio*, o inquirido (*inquisitus*) deveria então se apresentar perante os chefes de acusação (*capitula*), que recebiam do juiz o rol de testemunhas e seus depoimentos por escrito. Nessa oportunidade, poderia apresentar suas exceções e defesa, mas deveria jurar, perante a *capitula*, que estava falando a **verdade**, podendo ser submetido ainda à tortura (EISMEN, 1882, p.76).

O procedimento se tornou ainda mais rígido com o avanço do combate da Igreja Católica aos seus inimigos políticos e teológicos: a *inquisitio hereticae pravitatis* deixou de ser competência exclusiva dos bispos (conforme havia sido determinado no Concílio de Latrão de 1215) e, a partir de 1230 passou a ser conduzida na prática por comissões especiais que promovem a *inquisitio delegata*, inicialmente em caráter provisório e itinerante e posteriormente em caráter permanente (EISMEN, 1882, p.77).

manifestou intenção de renunciar a seu mandato e recolher-se num mosteiro. O papa, contudo, respondeu-lhe “A ação prepondera sobre a contemplação”. Por fim, em novembro de 1207, Inocêncio III proclama uma cruzada contra os albigenses, endereçando-se sobretudo aos grã-senhores do norte, o duque de Borgonha, os condes de Bar, de Nevers, da Champagne e de Blois. (...) A primeira guerra prolongou-se de 1208-09 a 1229, mas teve de ser reiniciada, persistindo ainda durante muitos anos. Somente por volta de 1330 a Igreja cátara da França deixou de existir. A sinistra “cruzada contra os albigenses” é importante por várias razões. Por uma ironia da história, foi ela a única [cruzada] vitoriosa. Suas consequências políticas, culturais e religiosas foram consideráveis. A unificação e ampliação do reino da França foram obra sua, o mesmo acontecendo com a ruína da civilização meridional (especialmente a destruição da obra de Eleonor e de suas “Cortes de Amor”, com a exaltação da mulher e a poesia dos trovadores). No que se refere às consequências de ordem religiosa, a mais grave foi o aumento de poder, cada vez mais ameaçador, da inquisição. Instalada em Toulouse, durante a guerra, a Inquisição obrigou todas as mulheres com mais de doze anos e todos os homens com mais de quatorze anos a abjurar a heresia. O sínodo de Toulouse, em 1229, proibiu a posse da Bíblia em latim ou em língua vernácula; os únicos textos tolerados eram o breviário, o Salteário e o Livro de Horas da Virgem, todos em latim. Os albigenses que, em pequeno número, se refugiaram na Itália acabaram sendo descobertos pelos agentes da Inquisição, pois, com o tempo, esta conseguiu instalar-se em quase todos os países da Europa ocidental e central. Acrescenta-se, porém, que a guerra contra os hereges incitou a Igreja a reformas urgentes e serviu de estímulo às ordens missionárias dos dominicanos e dos franciscanos. A maneira como os albigenses foram aniquilados constitui uma das páginas mais negras na história da Igreja romana.” (2011, p.180-181).

²⁶ Jacinto Nelson Coutinho esclarece que o procedimento inquisitório canônico também apresentou, historicamente, outras sistemáticas: “[o processo canônico] comportava três modalidades de procedimento, conforme o impulso de seu início fosse dado por acusação, por denúncia ou por inquisição: o ofendido apresentava uma acusação, que era reduzida a termo, no primeiro caso; o fato era simplesmente denunciado ao juiz, sem que o delator precisasse prová-los, no segundo; por fim, no mesmo sentido deste último, bastava que a notícia de um crime chegasse ao conhecimento do juiz para que desse início, ele mesmo, às investigações” (2009, p.225).

De acordo com Eismen, essas mudanças estruturais foram acompanhadas por mudanças procedimentais que tornaram a Inquisição muito mais dura: o predomínio do debate oral é substituído pelas manifestações escritas, o acusado passou a não ter mais acesso ao nome das testemunhas, sendo que seus depoimentos passaram a ser entregues fragmentados e incompletos²⁷, de modo a dificultar a identificação de sua autoria, e a tortura se tornou o meio ordinário de instrução²⁸ (1882, p.77-78).

²⁷ O *Directorium Inquisitorum*, manual prático para inquisidores escrito por Nicolau Eymerich em 1376 e revisto e ampliado por Francisco de la Peña em 1578 tem diversos trechos de grande riqueza para a presente pesquisa, por expor, com clareza e objetividade, a ideologia e método do procedimento inquisitório. Na seção “*O inquisidor é obrigado a tornar público os nomes das testemunhas, delatores e acusados?*”, esclarece que “*são raros os casos em que poderá divulgar os nomes dos delatores. Falo por experiência! É bem mais perigoso divulgar os nomes dos delatores de um pobre-diabo (alicui pauperi), cujos cúmplices e amigos não passam de rebeldes e homicidas, que só tem a pele a perder, do que divulgar os nomes dos delatores de uma pessoa generosa ou rica. Em todo caso, a divulgação dos nomes coloca o delator e seus familiares sob risco de morte ou de sérios atos de maldade (roubo, etc.). Na instância inquisitorial, atualmente, não se divulgam mais os nomes das testemunhas e delatores, por razões óbvias, já enumeradas por Eymerich. (...) Evidentemente que não se pode ceder, de modo algum, aos pedidos, à insistência de um acusado que quisesse saber os nomes de seus delatores para se defender melhor: se o acusado apelasse e se fundamentasse a apelação nesta questão específica, não seria atendido. A única exceção a este princípio geral: uma vez provada a culpa do acusado – e só então – se ele solicitar, poderá tomar conhecimento do teor dos depoimentos de seus delatores, dos quais, previamente, será eliminada qualquer indicação de lugar e tempo, bem como qualquer nome que pudesse permitir ao acusado descobrir quem o delatou.* (1993, p.223).

²⁸ Em resposta a pergunta “*O inquisidor e o bispo podem expor qualquer pessoa a interrogatórios e torturas? Em caso afirmativo, em que condições?*” Eymerich e La Peña apontam sete regras, “*na falta de jurisprudência respeito*”. Assim, “*tortura-se o acusado que vacilar nas respostas, afirmando ora uma coisa, ora outra, sempre negando os argumentos mais fortes da acusação. Nestes casos, presume-se que esconde a verdade e que pressionado pelo interrogatório, entra em contradição. Se negar uma vez, depois confessar e se arrepender, não será visto como “vacilante” e sim como herege penitente, sendo condenado. O suspeito que só tem uma testemunha contra ele é torturado. Realmente, um boato e um depoimento constituem, juntos, uma semi-prova, o que não causará espanto a quem sabe que um único depoimento já vale como indício. Dir-se-ia testis unus, testis nullus? Isto vale para a condenação, mas não para a presunção. Portanto, uma única acusação é o suficiente. (...) O suspeito contra quem se conseguiu reunir um ou vários indícios graves deve ser torturado. Suspeita e indícios são suficientes. Quanto aos padres, basta a suspeita. (...) Vai para a tortura quem tiver um único depoimento contra si em matéria de heresia e contra quem, além disso, houver indícios veementes ou violentos. Será torturado aquele contra quem pesarem vários indícios veementes ou violentos, mesmo se não se dispuser de nenhuma testemunha de acusação. Com muito mais razão, será torturado, à semelhança do caso anterior, quem tiver, além de tudo, contra si, o depoimento de uma testemunha. Quem tiver apenas uma difamação, uma única testemunha, ou ainda, um único indício isolado, não será torturado: cada uma dessas condições, isoladamente, não basta para justificar a tortura” (1993, p.208-209). Nessa mesma seção, esclarecem ainda que “*embora não haja, [com relação à tortura] (...) privilégios relacionados à importância da pessoa e à sua posição, há exceções à regra geral baseadas na idade e no estado dos acusados; não se torturam crianças, velhos e mulheres grávidas. Quanto à idade, os menores de vinte e cinco anos serão torturados, mas não as crianças de menos de quatorze anos. Elas serão aterrorizadas e chicoteadas, mas não torturadas. O mesmo para os velhos.*” (1993, p.212). Por fim, elucidam a eventual dúvida do inquisidor consultante do manual: “*Não existe contradição entre o primeiro princípio – submissão à tortura por parte do acusado que “vacia” – e a sétima – não torturar, se não se dispuser de nenhum indício? Parece que apenas a “Vacilação”, a mentira, a palidez, o embaraço ou o tremor não constituem indícios que justifiquem a tortura, mas levantam, unicamente, certa suspeita. Porém, o acusado não é muito estúpido (omnino stupidus), nem é totalmente desprovido de memória: ora, ele “vacila” e se contradiz quando é interrogado sobre fatos precisos, que aconteceram num período bem definido e geralmente curto...Neste caso, a “vacilação” poderia ser considerada como um indício suficiente para justificar a tortura. (...) Por fim, deveria ser torturado quem, seriamente ou por**

Nesse sentido, o processualista italiano Franco Cordero aponta que o procedimento inquisitório transformou o juiz de “*espectador impassível*” em “*protagonista do sistema*”, convertendo-se em figura militante e revestida de “*mística*” aura de combatente das heresias e forças infernais, agente laico que conta com o apoio dos irmãos inquisidores e uma postura temente a Deus na aplicação de sanções, pois havia a crença que “*Deus ipse ad vindictam exurgit*” ou o próprio “*Deus se lança à vingança quando os juízes não castigam o suficiente*” (2000, p.19;21).

Também promoveu mudanças técnicas, ao substituir o debate em contraditório pelo sigilo, passando o acusado a figurar passivamente como **objeto investigado**: “*culpado ou não, sabe algo e está obrigado a dizê-lo*”, oportunidade na qual se estimula, por meio da tortura, os “*fluxos verbais contidos*” para a revelação da **verdade** (CORDERO, 2000, p.19).

Para Franco Cordero, o procedimento inquisitório é **introspectivo**, constituindo-se a partir da noção que “*culpado ou não, o acusado sabe coisas importantes*”, que devem ser cuidadosamente extraídas e minuciosamente examinadas pelo inquisidor (CORDERO, 2000, p.21)²⁹. Ressalta ainda o processualista italiano que “*a tortura é um*

brincadeira, confessasse, fora do processo, práticas heréticas e também quem fosse encontrado com livros heréticos. Em todos esses casos, não se deve esquecer de que as confissões obtidas sob tortura devem ser ratificadas, depois, na presença do escrivão inquisitorial”. (1993, p.212-213).

²⁹ Na seção “*Como interrogar o acusado*”, o *Directorium Inquisitorum* ensina que “*De acordo com as respostas [do acusado] o inquisidor orientará suas próprias perguntas para parecer que voltou naturalmente à pergunta. Pergunta-lhe, se num determinado lugar, não ouviu falar de um certo assunto (do qual, sem que ele saiba, é acusado): por exemplo, não ouviu falar da pobreza do Cristo, dos apóstolos ou da visão beatífica? [temas centrais das heresias dos séculos XII e XIV]. Se disser sim, será pressionado com perguntas, registrando-se as respostas; perguntarão se ele próprio falou isso e qual a sua opinião sobre o assunto. Assim, o inquisidor prudente (prudens inquisitor) vai cercando cada vez mais a questão fundamental da acusação, até chegar a **verdade**. Concluída a confissão, lavram-se os autos. Se o inquisidor, através das testemunhas, percebe que o acusado está completamente consciente de sua culpa; que se traiu através da própria confissão; ou que nega, embora consciente de sua culpa, ou da fonte suspeita, manda prendê-lo e o trancafia no seu próprio cárcere, se o tiver, para que não fuja. Se não dispuser de cárcere privado, mandará prendê-lo no palácio episcopal ou na cadeia civil, se julgar oportuno. Mas é sempre melhor utilizar as prisões da cúria eclesiástica, pois o bispo é o juiz ordinário, e sem ele o inquisidor não poderá condenar, definitivamente, por heresia, nem recorrer a métodos para fazê-lo confessar, ou seja, à tortura. Com o acusado na cadeia, o inquisidor irá interrogá-lo e ouvi-lo, com bastante frequência, sobre tudo aquilo que ele nega, que já foi provado ou que é bastante provável. O inquisidor vai insistindo nesta direção até que o acusado deixe escapar algo de novo; nesse caso, as informações obtidas serão reunidas pelo escrivão e testemunhas inquisitoriais, juntando-se nos autos o que foi negado ou as confissões anteriores. A ordem das perguntas deve ser deixada ao arbítrio de cada inquisidor, que modificará o interrogatório de acordo com cada caso. Depois das perguntas de ordem geral citadas por Eymerich, e pelas quais, evidentemente, convém começar, é bom que o inquisidor pergunte ao acusado se sabe por que foi preso; se suspeita de alguém – e neste caso, quem – que o tenha denunciado; de acordo com as respostas obtidas, o inquisidor verá como cercar cada vez mais a **verdade**. O inquisidor dirá ao acusado que se mostrará misericordioso com ele, se confessar com clareza e rapidez. É bom que essa promessa de misericórdia seja feita por três vezes durante os dez primeiros dias de detenção. O interrogatório pode legalmente ultrapassar o teor da acusação (...). Porém, o*

meio clássico para arrancar a **verdade**” resgatada do *Corpus Iuris Civilis* romano pelo direito canônico³⁰, convertendo-se em instrumento padrão de atuação inquisitorial: “*inquisitio ad eruendam veritatem per tormenta et corporis dolorem*”³¹ (2000, p.22). A despeito do discurso pretensamente “caridoso” do Papa Inocêncio III ao condenar a barbárie dos ordálios, Michel Foucault destaca que a própria tortura inquisitória possui um elemento de *épreuve*, constituindo, na realidade, um método de **produção ritual da verdade**, tal qual os jogos de prova anteriores:

o processo do tipo inquisitorial tem um lastro de elementos do sistema acusatório, em que a demonstração escrita precisa de um correlato oral; em que as técnicas da prova administrada pelos magistrados se misturam com os procedimentos de provas que eram desafios ao acusado. O corpo do acusado, corpo que fala, se necessário, sofre, serve de engrenagem aos dois mecanismos (...) Sofrimento, confronto e verdade estão ligados uns aos outros na prática da tortura; trabalham em comum o corpo do paciente. A investigação da **verdade** pelo suplício do “interrogatório” é realmente uma maneira de fazer aparecer um indício, o mais grave de todos – a confissão do culpado; mas também a batalha, é a vitória de um adversário sobre o outro que “**produz**” **ritualmente a verdade**. A tortura para fazer confessar tem alguma coisa de inquérito, mas tem também de duelo. (...) O corpo interrogado no suplício constitui o ponto de aplicação do castigo e o lugar de extorsão da verdade. E do mesmo modo que a presunção é solidariamente um elemento de inquérito e um fragmento de culpa, o sofrimento regulado da tortura é ao mesmo tempo uma medida para punir e um ato de instrução. (2010, p.41-43)

Dotado de característica carga negativa, o procedimento inquisitório medieval estrutura-se a partir de um “*marco cultural pessimista*” que considera que o “*animal*

inquisidor tem que ser prudente: deve tomar cuidado para não se tornar irritante, porque não fará outra coisa senão despertar raiva no acusado. Por outro lado, deve também tomar cuidado para não deixar encoberto nada que possa interessar ao corpo de delito e, se o acusado começar a confissão, não se deve interrompê-lo sob qualquer pretexto. (...) Durante o interrogatório, é bom que o acusado se sente numa cadeira mais baixa, mais simples que a cadeira do inquisidor. O interrogatório será conduzido de maneira a evitar induzir o acusado para o que se quer, indicando-lhe, deste modo, como fugir das perguntas críticas. (...) Induzir o acusado ao motivo da acusação, a fim de que possa escapar às armadilhas do interrogatório, constitui, em termos inquisitoriais, um delito muitíssimo grave: o inquisidor que fosse culpado disso pegaria pena especialmente prevista pelo Concílio de Viena para tais casos. (EYMERICH; LA PEÑA, 1993, p.113-114).

³⁰ Luigi Ferrajoli destaca que “(...) as primeiras formas de processo inquisitório se desenvolveram na Roma imperial com os procedimentos de ofício para os delicta publica, a começar pelos crimina laesae majestatis de subversão e conspiração, em que se presume ofendido um direto interesse do príncipe e a parte ofendida se identifica com o Estado. Faltando o sentimento cívico e o costume de liberdade que na República [romana] havia permitido o funcionamento da iniciativa acusatória por parte de qualquer cidadão, “a acusação pública se transformou na denúncia fatal” e na “calúnia oculta”, que “se tornaram instrumento da tirania”. Nasceu assim, com a cognitio extra ordinem, o procedimento inquisitório, desenvolvido e decidido ex officio, secretamente e em documentos escritos por magistrados estatais delegados do príncipe (os irenarchi, os curiosi, os nunciatores e os stationarii), baseado na detenção do acusado e na sua utilização como fonte de prova, acompanhada bem de perto pela tortura.” (2006, p.520-521).

³¹ “Pesquisar para extrair a **verdade** pela tormenta e dor corporal”, conforme tradução nossa.

humano nasce culpado, estando o mundo corrompido, bastando escavar em um ponto qualquer para que aflore o mal”, uma concepção que *“elimina todo o escrúpulo da investigação”* (CORDERO, 2000, p.22-23).

O processualista italiano observa que o inquisidor, de sua posição soberana, *“elabora hipóteses dentro de um marco paranoide”*, promovendo, como método de obtenção da **verdade**, um *“modelo indutivo-experimental conforme a cultura do século XIII”* (CORDERO, 2000, p.19;22). Nessa modalidade de procedimento penal, o inquisidor³² concebe uma hipótese e, a partir dela, promove **induições**: *“a falta do debate [em] contraditório abre um portal lógico ao pensamento paranoide, [em que] tramas complicadas eclipsam os fatos”* (CORDERO, 2000, p.23). Nesse sentido, a relação entre *‘tempo, lugares, pessoas e coisas’* assume contornos oníricos, sendo dotada de plasticidade.

O inquisidor molda suas premissas da maneira que acha mais conveniente, e dispõe as informações fáticas de modo que possam preencher e conformar o raciocínio indutivo já desenvolvido no início da investigação; os dados são selecionados de modo a convalidar a conjectura previamente formulada, o que reveste o julgador com um *“sentimento narcisista de onipotência no qual desaparece qualquer cautela de autocrítica”* (CORDERO, 2000, p.23). Jacinto Nelson Coutinho denuncia que a estrutura inquisitória opera a *“fusão das funções de acusador e juiz e a conseqüente confusão entre o que seriam métodos para acusar e métodos para jogar”* (2009, p.225).

Por sua vez, a extensa aplicação da tortura e o profundo mergulho do inquisidor em um *“espaço psíquico”*, trazem como conseqüência a redução da confiabilidade das conjecturas propostas e dados coletados; o procedimento inquisitório se torna um espaço amplo para o desenvolvimento da ficção (CORDERO, 2000, p.23). Assim, em síntese, conforme Cordero o procedimento inquisitório caracteriza-se como *“um sistema legalmente amorfo, pois o segredo, seu método introspectivo e o compromisso*

³² A esse respeito, Michel Foucault escreveu que, no procedimento inquisitório já integrado à Justiça Comum do reino (fenômeno que será descrito no próximo ponto), *“o magistrado tinha o direito de receber denúncias anônimas, de esconder ao acusado a natureza da causa, interrogá-lo de maneira capciosa, de usar insinuações. Ele constituía sozinho e com pleno poder, uma verdade com a qual investia o acusado; e essa verdade, os juízes a recebiam pronta, sob a forma de peças e de relatórios escritos; para eles, esses documentos sozinhos comprovavam; só encontravam o acusado uma vez para interrogá-lo antes de dar a sentença. A forma secreta e escrita do processo confere com o princípio de que em matéria criminal o estabelecimento da verdade era para o soberano e seus juízes um poder exclusivo.”* (2010, p.37).

ideológico daqueles que atuam excluem vínculos, formas e términos: o que conta é o resultado” (CORDERO, 1882, p.19).

2.4. A apropriação do procedimento inquisitório pelo poder secular medieval e o exercício das práticas judiciárias pela autoridade soberana para a busca da verdade

A partir do século XII os soberanos e os nascentes estados medievais percebem a imperiosa necessidade de controlarem as práticas judiciárias para, com isso, terem domínio sobre a circulação das riquezas medievais. Dessa forma, ocorre o surgimento de uma função judiciária submetido a um poder soberano ou estatal que irá se apropriar os ganhos em eficiência promovidos pelo direito canônico. Gradativamente a autoridade secular medieval abandona o sistema saxão de *épreuves* e passa a adotar a busca pela **verdade** proporcionada pelo procedimento do inquérito, identificando-o como um “*um processo de governo, uma técnica de administração, uma modalidade de gestão; em outras palavras, o inquérito é uma determinada maneira do poder se exercer*” (FOUCAULT, 2009, p.73).

O exercício do poder judiciário pelos reis será realizado por uma figura até então inédita: o procurador. Trata-se de sujeito imbuído do comando real, que passará a manifestar-se quando há uma lesão ou crime praticada entre dois indivíduos. Conforme relata Michel Foucault,

o procurador vai dublar a vítima, vai estar por trás daquele que deveria dar a queixa, dizendo: “Se é verdade que este homem lesou um outro, eu, representante do soberano, posso afirmar que o soberano, seu poder, a ordem que ele faz reinar, a lei que ele estabeleceu, foram igualmente lesados por esse indivíduo. Assim, eu também me coloco contra ele.”(2009, p.66).

Desse modo, o soberano passa a intervir de maneira direta e autoritária em uma relação que por séculos foi absolutamente privatística, estabelecendo a inédita noção da infração, não como uma ofensa entre dois indivíduos de uma comunidade, que será solucionada de maneira privada pelo ofensor e ofendido por meio de um procedimento ritualizado de guerra, mas como uma lesão causada ao próprio Estado. A partir desse momento, um crime representa uma ofensa “*à soberania, à lei, ao poder*”, razão pela qual o procurador passa a atuar (FOUCAULT, 2009, p.74).

Paralelamente, além de uma ofensa à autoridade do soberano, o crime também passa a ser revestido de uma conotação religiosa: “*lesar o soberano e cometer um pecado são duas coisas que começam a se reunir*” (FOUCAULT, 2009, p.74). Ao mesmo tempo, as heresias passam também a serem sancionadas pelo reino, passando o juiz secular a integrar, progressivamente, o procedimento inquisitório canônico. Aponta Salo de Carvalho que

Com a identificação formal entre as categorias delito e pecado, e com a recuperação do Direito Romano imperial, a nascente burocracia europeia ocidental é inserida na rede repressiva, sendo sua absorção corolário da natureza mista do crime de lesa-majestade divina. O próprio *Malleus Maleficarum*, no capítulo “que trata das Medidas Judiciais no Tribunal Eclesiástico e no Civil a Serem Tomadas Contra Bruxas e também Contra Todos os Hereges”, define: “[a feitiçaria] (...) não há de ser confundida com outras heresias simples, mas de crime parcialmente eclesiástico e parcialmente civil.” Assim, lembra João Bernadino Gonzaga que “passaram a coexistir três jurisdições penais: a central, exercida pelos juízes do rei; a local, de cidades, ou conforme o país, de regiões mais ou menos extensas; a eclesiástica, restrita às questões que importavam à Igreja”. (2010, p.72)

O procedimento penal medieval adotado pelos estados nascentes promove um sincretismo entre o direito canônico e o direito dos civis, absorvendo a moralidade cristã e toda a sistemática procedimental inquisitória para a obtenção da **verdade**, do inquérito à tortura – tortura essa que, como ressalta Michel Foucault, orbita entre a *épreuve* e o inquérito, permanecendo por séculos como um resquício da irracionalidade dos ordálios (2009, p.75).

A reconstrução foucaultiana aponta não se exigirá mais no procedimento penal o resgate da paz por meio de pagamento à parte, mas a reparação daquela ofensa contra o Estado, suas leis e seu regente. O débito do ofensor com a sociedade seria quitado por meio do confisco de bens e propriedades, possibilitando que o Estado enriquecesse por meio da administração do poder judiciário, aumentando seus domínios e riquezas.

Para que essa nova forma de exercer o poder administrativo e econômico pudesse se realizar, não seria possível ou viável a intervenção do procurador na guerra ritualizada que caracterizava as práticas judiciárias da Alta Idade Média.

Resgatou-se então a noção do flagrante delito, já presente no direito germânico clássico: quando a comunidade presenciava uma conduta criminosa sendo realizada, poderia realizar ali, naquele instante, uma intervenção coletiva, aplicando uma sanção ao infrator. No entanto, quase nunca era possível que a comunidade como um todo presenciasse a conduta criminosa.

Esse sistema jurídico nascente irá servir-se do inquérito, como um procedimento racionalizado de estabelecimento da **verdade**, um saber-poder “*pelo qual se procurava saber o que havia ocorrido*”, reatualizando “*um acontecimento passado através de testemunhos apresentados por pessoas que (...) por sua sabedoria ou pelo fato de terem presenciado o acontecimento – eram tidas como capazes de saber*” (FOUCAULT, 2009, p.87-88) para reconstruir o flagrante delito, possibilitando que a sanção seja aplicada pelo representante do poder soberano.

Assim, o procedimento inquisitório ultrapassa os limites do direito canônico, assumindo um caráter ordinário, “*generalizando-se para todos os tipos de crimes*” e “*organizando-se segundo um complexo código de provas legais, técnicas inquisitórias, práticas de tortura e cânones de magistratura*” (FERRAJOLI, 2006, p.521).

Trata-se, em síntese, de uma profunda revolução no procedimento penal europeu, pois pela primeira vez desde a antiga Grécia, torna-se novamente importante o descobrimento da **verdade**: o rito judiciário penal passa a ser um método da reconstrução e revelação de fatos pretéritos a respeito de uma determinada conduta que se suspeita ser criminosa.

2.5. A laicização do procedimento penal europeu e o sistema misto procedimental penal francês

A cisão entre procedimento penal europeu e a dogmática religiosa só começará a ocorrer lentamente a partir do século XV, com o avanço científico, político e cultural promovido pelo Renascimento. Essas profundas mudanças abrem as portas da sociedade europeia para a dessacralização do mundo e possibilita, nos séculos subsequentes, a partir dos ganhos políticos e teóricos promovidos pelo Iluminismo, com a gradual revogação da persecução penal dos delitos de heresia, sem, contudo, desviar seu foco da obtenção de uma **verdade absoluta** a respeito de um fato pretérito.

Em pesquisa a respeito do tema, Salo de Carvalho aponta que a edição das *Ordonnances* Reais francesas em 1670 e 1680 “*apesar de não romper com a lógica inquisitorial do processo penal, visto manter concentrada nas mãos do julgador a gestão da prova (princípio unificador do sistema) instaura procedimento de partes*” (2010, p.79).

Nesse sentido, a *Ordonnance Criminelle* de 1670 apresenta artigo restringindo o uso da tortura, condicionando-a a autorização do Tribunal de Paris (CARVALHO, 2010, p.79-80). Já na *Ordonnance Criminelle* de 1862, os crimes de lesa-majestade divina deixam de ser mencionados e “*a feitiçaria passa a ser considerada superstição e, gradualmente, é substituída por outras classes de injusto (envenenamento e sedução)*” (CARVALHO, 2010, p.80).

Os ganhos promovidos pelo Iluminismo e a Revolução Francesa tornaram possível a secularização dos procedimentos penais continentais europeus, absorvendo características do **sistema acusatório** ou **adversarial** (*adversarial system*) inglês. É o que leciona Salo de Carvalho, ao apontar que

com o ápice do movimento ilustrado na Revolução de 1789 e o constituinte francês (1791) e posteriormente os atores do Poder Legislativo (v.g Lei 16/1791), importando as técnicas processuais inglesas que desde a Magna Carta de 1215 fixavam o sistema acusatório, reorganizam a estrutura do processo penal. (2010, p.84).

A respeito desse sistema, Luigi Ferrajoli entende que “*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*” (2006, p.520). Aponta o jurista italiano que a defesa no sistema acusatório é exercida “*mediante um contraditório público e oral*”, cabendo ao juiz decidir em conformidade com a sua livre convicção (FERRAJOLI, 2006, p.519-520).

Por sua vez, Jacinto Nelson Coutinho aponta que no sistema acusatório o juiz ocupa o papel de “*garante das regras do jogo*”, assegurando a licitude e regularidade do processo (procedimento em contraditório) (2009, p.224). O julgador exerce um papel de árbitro, não possuindo iniciativa probatória ou gestão da prova nos moldes inquisitórios (2009, p.224).

Nesse sentido, Luigi Ferrajoli ressalta que a separação entre o juiz e a acusação constitui o elemento mais importante do sistema acusatório, garantia que, por um lado representa “*condição essencial do distanciamento do juiz em relação às partes em causa*” (2006, p.522) e, por outro, constitui “*um pressuposto dos ônus da contestação e da prova atribuídos à acusação*” (2006, p.522). No entanto, embora o sistema

acusatório possibilite mitigar o espírito autoritário no processo penal, a recepção das influências desse sistema não chegou a alterar o eixo fundante do processo penal ao redor da noção de busca pela **verdade**, conforme a velha proposta inquisitória.

Pior, tratou-se de avanço inacabado, cuja maturidade jamais foi conhecida: a ascensão de Napoleão Bonaparte e os trabalhos de desenvolvimento do Código de Napoleão representam duro golpe na tentativa de desenvolvimento de um procedimento penal não-autoritário. O direito napoleônico trouxe a proposta do **modelo misto**, no qual há uma fase inquisitória e secreta preliminar e uma etapa pública posterior, cuja função é confirmar as acusações formuladas em sigilo, mantendo, no entanto, o juiz como gestor da prova. Para Carvalho,

A institucionalização do sistema acusatório pela Revolução Francesa e a breve experiência [acusatória] (1789-1810) sepultada pelo poder autoritário apenas revelam que, nos países de tradição jurídica romano-germânica, das garantias processuais gozadas desde 1215, na tradição do Common Law, restou apenas o gosto de triunfo não gozado. (2010, p.85).

Será esse o modelo adotado no processo penal brasileiro a partir das reformas legislativas ocorridas no século XIX, pretensamente acusatório em sua fase processual, mas integralmente contaminado pelas bases ideológicas e dogmáticas inquisitórias e obcecado com a busca da **verdade**, conforme será exposto a seguir.

2.6. A Busca pela Verdade Real no Processo Criminal Imperial brasileiro

A busca pela **verdade** como elemento estruturante do processo penal já era perceptível no direito brasileiro desde o período colonial³³, ganhando adensamento a partir das codificações nacionais do século XIX.

³³ Roberto Kant de Lima aponta que as Ordenações Manuelinas, codificação portuguesa vigente no período colonial, recepcionou um complexo sistema de fundo inquisitorial oriundo das Ordenações Afonsinas e Filipinas: “*havia [nas Ordenações Afonsinas, medieval] o inquérito propriamente dito, que exigia a presença do acusado, e a devassa, que era a inquirição feita ex-officio (por iniciativa do Estado) sem o concurso do acusado. (...) foi a inquirição devassa que, “Favorecendo os progressos do processo secreto e o procedimento das justiças”, dispensando o concurso das partes, tornou-se depois o instrumento de todo o processo criminal ex officio. Também a denúncia dispensava a intervenção das partes no processo, que se centrava nas mãos do juiz a não ser nos casos de querelas, em que a acusação e a iniciativa eram da parte lesada.*” (2009, p.136-137). Destaca que nas Ordenações Manuelinas surge a figura do promotor de justiça: “*aqui a nominis delatio do processo romano, isto é, a fórmula pela qual o acusador nomeava o acusado qualificava o crime e estabelecia as questões do processo, foi pouco a pouco ficando a cargo do juiz, até se transformar na pronúncia, ou sentença de pronúncia sobre a devassa ou sobre a querela, pela qual o juiz declarava o nome do réu, o crime e o modo de livramento. Estabeleceram-se também devassas gerais e devassas especiais. As gerais eram realizadas quando os delitos eram incertos, anualmente, quando os juizes iniciavam seus trabalhos. Havia mesmo devassas sobre certos crimes que se chamavam Janeirinhas, porque se realizavam em janeiro de todo ano. Já as*

Em *Apontamentos sobre processo criminal brasileiro*, obra de 1857 de Pimenta Bueno, o Marquês de São Vicente, a respeito do Código de Processo Criminal do Império de 1832³⁴ destaca que

os tramites do processo devem ser traçados de antemão pela lei; a via que os juizes devem percorrer deve ser fixa e certa. As formulas, termos e detalhes que ella emprega, devem ser meditados Segundo o valioso fim a que se destinão, e que não é menos do que proteger os direitos das partes, seus meios de acção e defesa, **a manifestação da verdade**, e a proscricção de todo o arbítrio e parcialidade; são balizas que não podem ser menosprezadas: qualquer erro a respeito póde ser fatal. (1857, p.II).

Assim, entre a defesa do princípio da legalidade (“*os tramites do processo devem ser traçados de antemão pela lei; a via que os juizes devem percorrer deve ser fixa e certa*”) e a restrição de uma hermenêutica anti-liberal (“*As formulas, termos e detalhes que ella emprega devem ser meditados Segundo o valioso fim a que se destinãõ...*”), a finalidade do processo penal passa a ser apontada, conforme a perspectiva iluminista, como a proteção dos direitos das partes e restrição do arbítrio do Estado no percurso para a manifestação da **verdade**. De fato, conforme ressalta Roberto Kant de Lima,

Durante todo o Império, os chamados liberais e os chamados conservadores irão definir como uma importante arena de suas polêmicas o processo penal, hoje tão esquecido [década de 80], como modelo de suas estratégias de controle social estatal. Alternam-se, assim, estratégias que valorizam a “participação popular” e a descentralização na administração da Justiça, favoráveis ao trial by jury system em sua versão inglesa (que era aristocrática, não universal, de julgamento pelos pares) e as que valorizam o papel dos magistrados profissionais, atribuídas a influência e tradições francesas. (2009, p.140).

Essa concepção iluminista é reforçada na mesma obra oitocentista de Pimenta Bueno, quando o clássico jurista, ao definir os três ramos do direito criminal, aponta o “*direito criminal ou penal em sentido restricto*”, a “*organização e divisão policial e judiciaria*” e

devassas especiais supõem a existência do delito, apenas sua autoria é desconhecida, As devassas, sendo inquirições feitas sem a citação das partes, não eram consideradas inquirições judiciais para efeitos de julgamento, sem que as testemunhas fossem reperguntadas. Mas para efeito da prisão preventiva, não havia necessidade dessa reiteração: supunha-se já, sua culpa. (2009, p.137-138).

³⁴ Conforme destaca Barros, no Código de 1832 “*foram extintos os cargos de juizes de fora, juizes ordinários, ouvidores de comarca, bem como a jurisdição criminal que algumas autoridades mantinham desde o período da Idade Média. Cada distrito passou a contar com um juiz de paz; cada termo com um Conselho de jurados, um juiz municipal e um promotor público; cada comarca com um juiz de direito. A Justiça eclesiástica passou a cuidar apenas de matérias puramente espirituais e as matérias devassas foram abolidas definitivamente. A denúncia poderia ser oferecida pelo promotor público ou por qualquer do povo. A querela, sob nova forma, passou a denominar-se queixa, sendo legitimados para oferecê-la o ofendido, seus genitores, tutor, curador ou cônjuge*”. (2011, p.70).

o ultimo [direito criminal] que determina os termos, marcha que as jurisdicções criminaes devem seguir para descobrir a **verdade** nas questões penaes e applicar as respectivas leis, ou, por outra, o que estabelece o modo, as fórmãs, os meios por que os agentes e autoridades criminaes devem funcionar, este denomina-se processo prolicial ou criminal no seu sentido restricto. No sentido lato o processo comprehende tambem a parte que anteriormente referimos. (BUENO, 1857, p.02)

Tratando-se de texto anterior à cisão promovida em 1868 por Oskar Von Bülow entre direito material e direito processual, por ocasião da publicação de sua obra *Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias* (CORDEIRO LEAL, 2008), *Apontamentos sobre processo criminal brasileiro* realiza confusão entre procedimento, jurisdição, direito administrativo e iguala direito processual a direito material, mas novamente evidencia que “*descobrir a verdade*” é elemento central dentre as características do processo penal.

Nesse sentido, a justiça criminal seria um conceito complexo que une organização judiciaria, administração pública, e defesa social, que se dispõe, para constituir uma jurisdição de matriz liberal cujo exercício condiciona-se ao desvelamento da **verdade**:

[a justiça criminal] representando propriamente a organização, a competência, a parte da administração judiciaria, que exerce o poder de aplicar a lei, que reprime os delictos graves, ella deve proceder madura e reflectidamente; grave, imparcial, protectora da sociedade e dos indiciados, da ordem publica e da inocência, desprendida de toda a suspeita, **examina pousadamente a verdade**, suas provas e todas as suas circunstanciais, para que só depois de bem esclarecida a questão, haja de exercer a sua importante missão de julgar ou applicar definitivamente a lei. (BUENO, 1857, p.27)

De fato, a redação original de 1832 do Código de Processo Criminal já delegava ao julgador a **gestão da prova**, ao prever que o juiz seria responsável pela “*formação da culpa*” mediante a constituição de documento que incluía interrogatório de suspeito realizado pelo próprio juiz, o “*auto de corpo de delicto*” (realizado por peritos ou, na falta deles, por “*pessoas de bom senso*”, conforme art. 135) e a inquirição de testemunhas mesmo sem que houvesse denúncia formulada pelo Promotor Público. Reunidas essas informações, caso se convencesse da existência do delito, encaminharia o acusado a prisão e remeteria a culpa formada para julgamento pelo júri.

Também estabelecia em seu art. 46, 6o, que competia ao juiz de direito, “*Lembrar ao Conselho todos os meios, que julgar ainda necessaries para o descobrimento da verdade*” (pois, na época, o julgamento era realizado por júri) e dispondo, em seu art. 80, que “*Os Juizes devem fazer ao denunciante, ou queixoso as*

*perguntas, que lhe parecerem necessarias, para descobrirem a **verdade** e inquerir sobre ellas testemunhas”.*

A reforma do Código de Processo Criminal de 1841 (Lei n. 261/1841), realizada logo após o então infante Dom Pedro II assumir o trono, promoveu as modificações que Pimenta Bueno recepcionou em sua obra. A nova redação do art. 25 foi emblemática ao desvelar o caráter inquisitório do procedimento penal imperial brasileiro (que, como se verá, permanece marcante até a presente data na legislação patria) ao autorizar expressamente o julgador à buscar o “*amplo conhecimento da **verdade***” naquelas hipóteses em que a acusação fosse apresentada pelo Promotor Público. A partir da Lei n.261/1841, conforme disposição do art. 25, 3o, passou a competir aos Juizes de Direito das Comarcas

Proceder, ou mandar proceder ex-officio, quando lhe fôr presente por qualquer maneira algum Processo crime, em que tenha lugar a accusação por parte da Justiça, a todas as diligencias necessarias, ou para sanar qualquer nullidade, ou para **mais amplo conhecimento da verdade**, e circumstancias, que possão influir no julgamento. Nos crimes em que não tiver lugar a accusação por parte da Justiça, só a poderá fazer a requerimento de parte. (Lei 261/41)

Nesse mesmo sentido, o art. 50, que integra o Capítulo V – Formação de Culpa, estabelecia que

Os Juizes Municipaes, quando lhes forem presente os processos com as pronuncias para o sobredito fim, poderão proceder a todas as diligencias que julgarem precisas para a retificação das queixas, ou denuncias, para emenda de algumas faltas que induzão nullidade, e para **esclarecimento da verdade** do facto, e suas circumstancias, ou seja ex-officio ou a requerimento das partes; com tanto que tudo se faça o mais breve, e summariamente que fôr possível.

A reforma do procedimento penal imperial não apenas reforçou a gestão da prova pelo julgador como evidenciava o primado da hipótese sobre os fatos, nos termos propostos por Franco Cordero (2000). Tal característica é perceptível na própria redação do texto centenário, que, ao tornar dever do julgador adotar todas as medidas necessárias para o “*amplo conhecimento*” da **verdade**, aponta que deverão ser investigados aqueles elementos que possam “*influir no julgamento*” do juri³⁵.

³⁵ Destaca-se que de imediato que é impossível um magistrado promover as diligências necessárias para identificar elementos que poderão “*influir no julgamento*”, uma vez que a influência ocorre posteriormente à obtenção de alguma informação a respeito do caso, e não anteriormente – a menos, é claro, que objetivasse, naquele momento, obter determinadas informações que imprimiriam aos jurados

Posteriormente, a promulgação da Lei 2.033 em 1871 reduziu os poderes instrutórios do julgador, revogando, ressalvadas algumas exceções, o procedimento *ex officio* de formação de culpa pela magistratura e delegando essa função à Autoridade Policial, que passou a ser responsável pela reunião de provas sobre a existência de delitos por meio da constituição dos inquéritos³⁶.

A Constituição republicana de 1891 possibilitou que cada Estado-membro promulgasse legislação processual penal própria, autonomia revogada pela Constituição da República de 1934, logo substituída pela Constituição dos Estados Unidos do Brasil de Getúlio Vargas em 1937.

Constituído sobre as noções de “*desordem*” e “*crise*”³⁷, como genuíno instrumento para restaurar uma ordem social³⁸ supostamente ameaçada (objetivando, portanto,

uma determinada concepção daquele fato que já tivesse sido formada previamente. Nesse sentido, as diligências seriam realizadas somente para fundamentar decisão constituída, na realidade, nesse momento anterior na consciência do julgador, pouco importando os argumentos apresentados pelas partes.

³⁶ Art. 10. Aos Chefes, Delegados e Subdelegados de Policia, além das suas actuaes attribuições tão sómente restringidas pelas disposições do artigo antecedente, e § único, fica pertencendo o preparo do processo dos crimes, de que trata o art. 12 § 7º do Código do Processo Criminal até a sentença exclusivamente. Por escripto serão tomadas nos mesmos processos, com os depoimentos das testemunhas, as exposições da accusação e defesa; e os competentes julgadores, antes de proferirem suas decisões, deverão rectificar o processo no que fôr preciso.

§ 1º Para a formação da culpa nos crimes communs as mesmas autoridades policiaes deverão em seus districtos proceder ás diligencias necessarias para descobrimento dos factos criminosos e suas circumstancias, e transmittirão aos Promotores Publicos, com os autos de corpo de delicto e indicação das testemunhas mais idoneas, todos os esclarecimentos colligidos; e desta remessa ao mesmo tempo darão parte á autoridade competente para a formação da culpa.

³⁷ Em obra a respeito do imaginário político da década de 30, Eliana de Freitas Dutra aponta que a ideologia governamental vigente à época entendia que “*a ordem, com suas regras, princípios e regulamentos é o que garante uma sociedade sobre controle, é a garantia do previsível, na qual elementos contrários não se misturam, não convivem e não se revertem. É preciso manter delimitados os campos do dia e da noite, do bem do mal, da razão e da loucura, do velho e do novo, do atraso e do progresso. Negá-los ou subvertê-los é viver a experiência da desordem, e quem vive a desordem transgride, profana, comete sacrilégio, viola a ordem. E a violação da ordem é delito passível de punição. (...) [É] necessário ressaltar que, entre 1935 e 1937, em diferentes registros do social, assoma, por um lado, a definição de que o momento vivido pela sociedade é assolado pela desordem; de outro lado, surge a tradução da idéia de desordem pela imagem da crise. E a desordem, como a crise, é aquilo que está fora do lugar. A crise, tal como é pensada por Chauí (1978), “é imaginada como um movimento da irracionalidade que invade a racionalidade, gera desordem e caos e precisa ser conjurada para que a racionalidade (anterior ou outra, nova), seja restaurada”. (2012, p.218) (...) O Estado Novo surge, assim, no discurso governamental para por termo à crise de autoridade e à dispersão aterrorizante procoda pelas disputas sociais, pelos interesses divergentes, pela oposição de classes. A autoridade nacional pressupõe uma ordem una e orgânica, e o princípio da autoridade é reforçado como um pilar em torno do qual se constrói a nacionalidade.” (p.218)*

³⁸ Para Roberto Kant de Lima, “*em uma tradição ibérico-católica [como a processual penal brasileira] o conflito se constitui em uma desarrumação da ordem social, a ser evitada a qualquer custo, a não ser em casos de delitos muito graves, os quais, como os pecados na tradição católica, quando descobertos, de acordo com sua gravidade, devem ser punidos pela penitência, repreensão e condenação e purgados pela confissão e consequente absolvição e cumprimento da penitência, para garantir a estabilidade da ordem*

atingir escopos meta-jurídicos), o autoritário Código de Processo Penal – Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941, restringiu direitos e garantias do acusado e reforçou os poderes instrutórios do julgador, constituindo-se como o instaurador de um estado de exceção processual penal que permanece em vigor até hoje.

2.7 Estado de Exceção, o Código de Processo Penal Brasileiro – Decreto-Lei 3.689, violência sistêmica e busca da verdade real

O Código de Processo Penal brasileiro insere-se em um contexto político, filosófico, social e jurídico complexo, cujo resultado autoritário relaciona-se diretamente com uma concepção de **verdade** antidemocrática, que privilegia a univocidade do sentido produzido de modo solitário na consciência do julgador, em detrimento de uma abertura democrática e racional à possibilidade de uma pluralidade de sentidos.

Assim, a breve incursão à esses elementos que dão forma ao nosso Código de Processo Penal revela-se necessária ao nosso entender, para a adequada progressão da pesquisa.

A definição do **Estado de Exceção** (aquele, que de maneira sintética, advém da suspensão do Estado de Direito) em Giorgio Agamben, vai além dos estudos de soberania realizados por Carl Schmitt - “*Soberano é quem decide sobre o estado de exceção*” (2006, p.07) – superando a problemática schmittiana sobre quem aplica ou suspende a lei, e focando na própria aplicação da lei ou de *alguma coisa* que, embora se aplique, está em um patamar anterior à lei.

A partir da análise do seminário apresentado por Jacques Derrida (2010) ao *Cardozo School of Law* de Nova Iorque, em 1989, oportunidade na qual o filósofo

social preexistente. As formas de reprodução e manutenção da ordem, além deste julgamento exemplar dos infratores, deve consistir em conciliar e repreender, abafando o conflito e não exarcebando-o. Ora, tal representação da ordem em sociedade é exatamente oposta aquela da cultura jurídica anglo-americana, fundada na negociação explícita da verdade e da culpa. De forma idêntica à de nosso sistema processual penal leigo, a necessidade de purgar a simples presunção da existência do pecado com uma sentença – que o condene ou o absolva – impede a negociação, o acordo, uma vez iniciado o processo, porque já se colheram indícios da existência do delito e da culpa do acusado. A obrigatoriedade de uma sentença judicial ao final de um julgamento também obrigatório, mesmo quando o acusado se considera culpado – e no Brasil, em alguns casos de um veredicto dos jurados, em um julgamento que tem de júri apenas a semelhança do nome, pois nada tem a ver com o ritual [anglo-saxão] aqui descrito – se faz necessária para purificar a sociedade da mácula suspeitada. O sistema, claramente, está baseado na suspeita permanente e no prêmio moral à confissão – ou à delação – do pecado.” (2009, p.210-211).

francês realizou exposição a respeito do conceito que denominou **Força de Lei**, Agamben identifica o paradoxo que exprime a Exceção: um estado no qual “*de um lado, a norma está em vigor, mas não se aplica (não tem “força”) e em que, de outro lado, atos que não têm valor de lei adquirem sua “força”*”. Desse modo, para o filósofo italiano, “*o estado de exceção é um espaço anômico onde o que está em jogo é uma força de lei sem lei*” (2011, p.61), um espaço vazio que não é jurídico, e cujo estudo busca justamente “*definir o sentido, o lugar e as formas de sua relação com o direito*” (2004, p.80). Assim, Agamben esclarece que

A situação que vem a ser criada na exceção, possui, portanto, este particular, o de não poder ser definida nem como uma situação de fato, nem como uma situação de direito, mas institui entre estas um paradoxal limiar de indiferença. Não é um fato, porque é criado apenas pela suspensão da norma; mas, pela mesma razão, não é nem ao menos um caso jurídico, ainda que abra a possibilidade de vigência da lei. É este o sentido último do paradoxo formulado por Schmitt, quando escreve que a decisão soberana “*demonstra não ter necessidade do direito para criar o direito*”. Na exceção soberana trata-se, na **verdade**, não tanto de controlar ou neutralizar o excesso, quanto, antes de tudo, de criar e definir o próprio espaço no qual a ordem jurídico-política pode ter valor. (AGAMBEN, 2010, p.25).

A Exceção exprime-se como “*uma forma de exclusão*” (AGAMBEN, 2010, p.24), na qual aquele que foi banido (excluído) pelo povo, o *homo sacer*, julgado por um delito, é abandonado pela lei “*ou seja, exposto e colocado em risco no limiar em que a vida e direito, externo e interno se confundem*” (AGAMBEN, 2010, p.35). Seu sacrifício é ilícito, mas quem o mata não será considerado um homicida.

Assim, podemos afirmar que a tecnologia do Estado de Exceção é uma tecnologia de exclusão, responsável por abandonar aqueles indivíduos especificamente condenados pelo povo à sua mera existência biológica (*zoé*), desprovidos de qualquer cidadania e, portanto, acesso aos seus direitos fundamentais.

Nesse sentido, Candiotti esclarece que “*o exercício do poder estatal de deixar morrer nos limites legais ou de atuar de maneira homicida em estado de exceção tem como pretexto a multiplicação da vida*” (2011, p.88). É importante destacar que a expansão da zona fantasmagórica de suspensão normativa da Exceção não se traduz, necessariamente, em um Estado Totalitário. A grande constatação perturbadora da modernidade, a conclusão sombria de Agamben, é que não há mais fronteiras entre os Estados modernos e o Estado de Exceção. A tecnologia bipolar da exclusão se faz

presente inclusive nos Estados do Bem Estar Social pois, como Candioto destaca a partir de Michel Foucault,

nas sociedades liberais securitárias, governar é antes administrar a desordem. Estimula-se a produção da delinquência pela circularidade da reincidência como forma de combater os ilegalismos e enfraquecer tentativas de desobediência civil. Não se busca eliminar a violência urbana decorrente da disputa pelo controle do tráfego de armas e de drogas, justamente para que sintamos a necessidade de um aparato policial reforçado. (CANDIOTTO, 2011, p.93-94).

Em síntese, conforme Agamben esclareceu para Vladimir Safatle em entrevista realizada no ano de 2005, “*A segurança, juntamente com o estado de exceção, é o paradigma fundamental da política mundial*” (AGAMBEN, 2005, p.05).

A partir das reflexões filosóficas propostas no início do século XX por Walter Benjamin, Giorgio Agamben passa à análise da expressão *reine Gewalt*, ou “violência pura”, que traduz o método de atuação do Estado de Exceção. Conforme a leitura agambeniana de Benjamin (2011, p.95-97), haveria aquela violência que poderia ser categorizada como mítico-jurídica, conceituada como um meio relativo a um fim (o direito) e a violência pura, somente um meio, sem uma clara finalidade.

Enquanto a violência que funda o direito e o estabelece como poder (*Macht*) permanece umbilicalmente ligada às formas jurídicas, a violência pura representaria o oposto, a evidência de ruptura entre direito e violência, por não ser “*a violência que governa ou executa (die schaltende)*”, mas aquela que simplesmente é, que tão somente “*age e se manifesta (die waltende)*” (AGAMBEN, 2011, p.96).

Não se nega aqui a relação fundante, que, conforme exposto detalhadamente em Jacques (2010), existiu entre direito e violência³⁹, ou como diz Slavoj Žižek à partir de

³⁹ Em sua exposição, Derrida esclarece que “*o próprio surgimento da justiça e do direito, o momento instituidor, fundador e justificante do direito, implica uma força performativa, isto é, sempre uma força interpretadora e um apelo à crença: desta vez, não no sentido de que o direito estaria a serviço da força, instrumento dócil, servil e portanto exterior do poder dominante, mas no sentido do que ele manteria, com aquilo que chamamos de força, poder ou violência, uma relação mais interna e mais complexa. A justiça – no sentido do direito (right or law) – não estaria simplesmente a serviço de uma força ou de um poder social, por exemplo econômico, político, ideológico, que existiria fora dela ou antes dela, e ao qual ela deveria se submeter ou se ajustar, segundo a utilidade. Seu momento de fundação ou mesmo de instituição jamais é, aliás, um momento inscrito no tecido homogêneo de uma história, ele o rasga por uma decisão. Ora, a operação de fundar, inaugurar, justificar o direito, fazer a lei, consistiria num golpe de força, numa violência performativa e portanto interpretativa, que nela mesma, não é nem justa nem injusta, e que nenhuma justiça, nenhum direito prévio e anteriormente fundador, nenhuma fundação preexistente, por definição, poderia nem garantir nem contradizer ou invalidar. Nenhum discurso justificador pode, nem deve, assegurar o papel de metalinguagem com relação à performatividade da linguagem instituinte ou à sua interpretação dominante. O discurso encontra ali seu limite: nele mesmo,*

Karl Marx, “*a violência não é um acidente de nossos sistemas, ela é o fundamento*”⁴⁰. O que o conceito de *reine Gewalt* evidencia, quando observado em conjunto com as noções de Estado de Exceção já expostas, é que operou-se uma mudança de categoria, uma vez que na Exceção há somente a violência sem fim, ou melhor, sem *fins*, finalidades.

A análise do Código de Processo Penal brasileiro da Era Vargas explicita que Walter Benjamin estava correto ao afirmar que “*o estado de exceção em que vivemos tornou-se a regra*” (BENJAMIN, 1942, p.697 *apud* AGAMBEN, 2011, p.90), confirmando a reflexão de Giorgio Agamben.

A leitura da Exposição de Motivos da referida lei revela uma intensa e histórica aversão do processo penal pátrio à democracia, que se impõe como obstáculo determinante para a implementação de um direito emancipatório, refundado em conformidade com as bases e postulados de uma teoria da lei democrática pós-moderna e passiva de crítica e revisão pela via do devido processo legal.

Seguindo o estudo realizado por Rosemiro Pereira Leal ao identificar as matrizes ideológicas e os propósitos metajurídicos da Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1973 (2011), o texto introdutório do Código de Processo Penal (2005) inicia-se explicitando que a reforma realizada na lei processual penal durante a ditadura varguista objetivou “*maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem*”, abolindo “*a primazia do indivíduo sobre o da tutela social*”, objetivando aliviar o processo penal “*dos excessos de formalismo e joeirado de certos critérios normativos que [...] se transige com a necessidade de uma rigorosa e expedita aplicação da justiça penal*”, uma vez que para a ditadura varguista cujo barbarismo sobrevive na legislação penal pátria, “*não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum*”⁴¹.

em seu próprio poder performativo. É o que proponho aqui chamar, deslocando um pouco e generalizado a estrutura, o místico. Há ali um silêncio murado na estrutura violenta do ato fundador.” (DERRIDA, 2010, p.24-25).

⁴⁰ Tradução nossa de “*La violence n’est pas un accident de nos systèmes, elle en est la fondation.*” (ŽIŽEK, 2012).

⁴¹ Barros realiza uma análise interessante a respeito desse trecho: apontaria uma transição do modelo de Estado Liberal para o de Estado Social, indicando, no âmbito do processo penal, a “*superação do processo liberal de luta das partes para um processo de modelo de Estado Social construído a partir do ativismo judicial*” (2009, p.338).

A dureza e urgência das medidas, sempre presente nos Estados de Exceção, é então defendida pelo legislador pátrio por meio de citação a Alfredo Rocco, Ministro *di Grazia e Giustizia* na Itália entre 1925 e 1935, sob o regime fascista de Benito Mussolini, do qual era colega no *Partito Nazionale Fascista*, que, na época das reformas que conduziu no direito penal italiano, proferiu as seguintes palavras ao temer a investida dos críticos: “*Já se foi o tempo em que a alvoraçada coligação de alguns poucos interessados podia frustrar as mais acertadas e urgentes reformas legislativas*”.

Em trecho posterior, que apresenta uma justificativa com linguagem técnica e protocientífica para o regime de provas adotado, é exposto que no processo penal brasileiro o juiz, via de regra, não estará submetido a restrições ou hierarquias entre as provas, sendo “*livre na apreciação destas*”, para formar “*honestamente e lealmente, sua convicção*”. Assim, “*se é certo que o juiz fica adstrito às provas constantes dos autos, não é menos certo que não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, através delas, a verdade material*”.

Portanto, na concepção sustentada no código processual de Getúlio Vargas e defendida até a presente data ferozmente sob a alcunha de “ativismo judicial”, o juiz não é

um expectador inerte da produção de provas. Sua **intervenção** na atividade processual é permitida, não somente para dirigir a marcha da ação penal e julgar a final, mas também para ordenar, de ofício, as provas que lhe parecerem úteis ao esclarecimento da **verdade** (BRASIL, 2005, p.421).

Desse modo, como resta evidenciado, o Código de Processo Penal brasileiro de 1941 teve como eixo fundante a busca pela **verdade** objetivando ordenar o caos, conduzida por um juiz ativo e investigador, buscando a mais enérgica e intensa repressão contra “*aqueles que delinquem*”, que não mais podem recorrer a seus “*pseudodireitos*” para escaparem da mais rigorosa punição.

Ocorre que mesmo após a promulgação da Constituição de 1988, que estabeleceu um rol sólido de direitos e garantias fundamentais, o Código Processual Penal varguista permanece em pleno vigor, ainda em conformidade com suas razões instituintes, e é a carta constitucional que vem sofrendo restrições! É o caso das deformações provocadas pela supracitada Lei de Crimes Hediondos, de caráter altamente segregacionista e excepcional (**direito penal do inimigo**), relegando o texto constitucional à inoperância

e inexequibilidade de seus principais ganhos democráticos, incapaz de assegurar aos cidadãos seus direitos à vida, liberdade e dignidade.

A manutenção do Código de Processo Penal de Vargas é a pura violência (*es ist reine Gewalt*): sua diária aplicação com força de lei sobre toda a população brasileira obrigatoriamente implica na suspensão dos direitos e garantias constitucionalizados que deveriam tê-lo desarticulado, tornando explícito que o Estado de Exceção está em pleno funcionamento.

Não se trata aqui da violência configurada como antítese à organização e racionalidade do Estado, caótica, a “*negatividade abstrata*” de Hegel identificada por Žižek nos protestos dos jovens imigrantes pobres ingleses e franceses (2012, p.341) e que pode ser observada no Brasil, de forma análoga, na violência das torcidas organizadas de futebol, manifestada pela destruição gratuita do patrimônio privado e lesão corporal. De igual modo, também não pode ser caracterizada somente como a violência que a crítica criminológica latino-americana associa às instituições estatais.

Nesse sentido, utilizando conceitos enunciados por Slavoj Žižek, a **violência** do processo penal brasileiro não nos parece ser constituída exclusivamente pela “*violência subjetiva*”, exercida por agentes sociais como “*indivíduos mal intencionados, aparelhos repressivos disciplinares, fanáticos loucos*” (ŽIŽEK, 2012, p.22), que podemos associar, conforme as pesquisas de Eugenio Raúl Zaffaroni e Nilo Batista, às agências de criminalização primárias e secundárias⁴², que promovem, principalmente a partir dos agentes de polícia e do sistema prisional, agressões e violações aos direitos

⁴² Em seus estudos, Zaffaroni define uma “agência” como um “ente ativo”. Para o penalista, “*o processo seletivo de criminalização se desenvolve em duas etapas denominadas, respectivamente, primária e secundária. Criminalização primária é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas. Trata-se de um ato formal fundamentalmente programático: o deve ser apenado é um programa que deve ser cumprido por agências diferentes daquelas que o formulam. Em geral, são as agências políticas (parlamentos, executivos) que exercem a criminalização primária, ao passo que o programa por elas estabelecido deve ser realizado pelas agências de criminalização secundária (policiais, promotores, advogados, juízes, agentes penitenciários). Enquanto a criminalização primária (elaboração de leis penais) é uma declaração que, em geral, se refere a condutas e atos, a criminalização secundária é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que acontece quando as agências policiais detectam uma pessoa que supõe-se tenha praticado certo ato criminalizado primariamente, a investigam, em alguns casos privam-na de sua liberdade de ir e vir, submetem-na à agência judicial, que legitima tais iniciativas e admite um processo (ou seja, o avanço de uma série de atos em princípio públicos para assegurar se, na realidade, o acusado praticou aquela ação); no processo, discute-se publicamente se esse acusado praticou aquela ação e, em caso afirmativo, autoriza-se a imposição de uma pena de certa magnitude que, no caso de privação da liberdade de ir e vir da pessoa, será executada por uma agência penitenciária (prisionização).*” (2006, p.43).

fundamentais dos apenados, suas famílias e mesmo das vítimas, abandonadas de qualquer assistência pelo Estado.

A **violência pura** do processo penal pode ser interpretada também a partir de uma leitura da “violência objetiva” de Žižek: para esse filósofo, a violência objetiva é aquela sistêmica e anônima, que, a partir da noção hegeliana de “excesso objetivo”, sempre se impõe de maneira mecânica, em absoluto desprezo aos sujeitos que atinge. Decorre, conforme sua crítica marxista, da sofisticada circulação do capital e do contraste entre as percepções errôneas dos especuladores financeiros da realidade social e as consequências terrivelmente reais nas sociedades dessas transações econômicas (ŽIŽEK, 2012, p.24).

Embora as considerações da presente pesquisa não se constituam a partir do marxismo (pois a relação entre direito e violência não pode ser traçada somente como econômica, política, social ou ideológica), a apropriação do conceito de Žižek é, ao nosso entender, válida e esclarecedora, pois a **violência objetiva** é inequivocamente sistêmica, anônima e impõe-se de maneira mecânica. Agamben aponta que

Enquanto a violência como meio fundador do direito nunca depõe sua relação com ele e estabelece assim o direito como poder (*Macht*), que permanece “intimamente e necessariamente ligado a ela” (ibidem, p.98), a violência pura expõe e corta o elo entre direito e violência e poder, assim, aparecer ao final não como violência que governa ou executa (*die schaltende*), mas como violência que simplesmente age e se manifesta (*die waltende*). (AGAMBEN, 2011, p.96).

Assim, na atual quadra da sociedade brasileira, qualquer finalidade da violência foi desarticulada e substituída pela possibilidade de alternância de objetivos e discursos característica da biopolítica pós-política e do autoritarismo *cool*.

A estruturação do processo penal na busca da **verdade** como uma tentativa de trazer a “ordem social” já perdeu a muito seu papel de sustentáculo do punitivismo do Estado Novo, com seu dogmatismo pseudocientífico, mas permanece como uma força fantasmagórica de manutenção de constantes violações a direitos e garantias fundamentais, seja de maneira objetiva, legitimando violações aos direitos individuais (como a privacidade e a intimidade, devassados por escutas telefônicas de questionável legalidade, posteriormente “vazadas” para veículos de imprensa), seja de maneira subjetiva, impossibilitando o exercício do contraditório ao impor, de maneira autoritária a “**ditadura do sentido único**” expressa pelo primado da hipótese sobre os fatos e o

quadro mental paranóico. E, nesse sentido, reitera-se que o processo penal brasileiro constitui a violência pura, não servindo a ninguém e, ao mesmo tempo, amoldando-se a qualquer discurso punitivista que dele temporariamente se aproprie.

E conforme será detalhado no próximo capítulo, o princípio da **verdade real** no procedimento penal é um dos mais fortes emblemas da Exceção, por suspender o devido processo legal e promover a univocidade do sentido do julgador, embora, paradoxalmente, não sirva hoje a mais ninguém: a finalidade da violência processual penal brasileira é opaca e intangível, sendo nada mais que um espaço vazio dotado de plasticidade e flexibilidade, aplicável, a qualquer momento, sobre o **inimigo da vez**.

2.7.1 Processo penal brasileiro: a ilusão do sistema misto, hiper-racionalidade inquisitória e o mecanismo solipsista de busca da verdade pelo julgador

Conforme aponta Jacinto Nelson Coutinho (2009), as numerosas reformas promovidas no Código de Processo Penal brasileiro desde sua promulgação na ditadura de Vargas foram incapazes de receptionar a totalidade dos ganhos teóricos processuais presentes na Constituição de 1988, constituindo “*mudanças para tudo permanecer como sempre esteve*”, ineficazes para alterar a característica inquisitória (e autoritária) nevrálgica desse sistema: um **princípio da verdade real** que entrega e impõe a **gestão da prova** ao julgador.

Para Aury Lopes Jr., o modelo processual penal brasileiro pode ser classificado como **neoinquisitório**, tratando-se o sistema processual misto de uma construção jurídica falaciosa (2011, p.70-71). Conforme o processualista gaúcho, o engodo do sistema misto (bifásico) “*reside no fato de que a prova é colhida na inquirição do inquirido, sendo trazida integralmente para dentro do processo e, ao final, basta o belo discurso do julgador para imunizar a decisão*”, complementando ainda que “*mesmo que [o julgador] não faça menção expressa a algum elemento do inquirido, quem garante que a decisão não foi tomada com base nele?*” (LOPES JR., 2011, p.70-71). Ressalta ainda a ligação entre os princípios da imparcialidade do julgador, uma vez que

não basta termos uma separação inicial, com o Ministério Público formulando a acusação e depois, ao longo do procedimento, permitir que o juiz assumira um papel ativo na busca da prova ou mesmo na prática de atos tipicamente da parte acusadora, como, por exemplo, permitir que o juiz de ofício determine uma prisão preventiva (Art. 311), uma busca e apreensão (art. 242), o sequestro (art. 127), ouça testemunhas além das indicadas (art. 209), proceda ao interrogatório do réu a qualquer tempo (art. 196), determine

diligências de ofício durante a fase processual e até mesmo no curso da investigação preliminar (art. 156, incisos I e II), reconheça agravantes ainda que não tenham sido alegados (Art. 385), condene ainda que o Ministério Público tenha postulado a absolvição (art. 385), altere a classificação jurídica do fato (art. 383), etc

Assim, entende o jurista que a previsão no Código de Processo Penal de normas como “*o famigerado art. 156, incisos I e II, do CPP, externam a adoção do princípio inquisitivo, que funda um sistema inquisitório pois representam uma quebra da igualdade, do contraditório, da própria estrutura dialética do processo.*” (LOPES JR., 2011, p.75).

Em análise de fundo antropológico a respeito da **verdade** no processo penal brasileiro, Roberto Kant de Lima aponta a contaminação (“entranha”) do mesmo pela juntada do inquérito policial, de características notoriamente inquisitoriais:

Em nosso sistema, portanto, na prática, a culpa e não a inocência é presumida, pois o inquérito policial, inquisitorial por definição – como todos nossos inquéritos administrativos – é anexado aos autos do inquérito judicial, tornando-se parte integrante dele – “entranha nos autos”, segundo a expressão técnica. Os dados que nele constam informam a “denúncia” do promotor e o “interrogatório” do “indiciado” no inquérito policial, agora promovido a “réu”, em uma progressiva escala de presunção de sua culpa. (2009, p.204).

Também explicita o simbolismo inquisitorial presente no Tribunal do Júri, ao apontar que

Diferentemente do *trial by jury system*, onde acusação e defesa sentam-se lado a lado, em oposição ao juiz e aos jurados, no Tribunal do Júri a defesa se encontra à frente dos jurados, enquanto a promotoria, ao lado do juiz, entre este e o banco dos jurados, acusa, como que a explicitar o caráter inquisitorial do juiz neste sistema, que, no entanto, é chamado de contraditório, e considerado pelos juristas como equivalente ao *jury trial*. (KANT DE LIMA, 2004, p.148).

Leonardo Marinho Marques apresenta uma análise do modelo inquisitório, que, ao nosso ver, avança a crítica processual brasileira a respeito do conceito e apresenta importantes considerações para nossa pesquisa. O processualista mineiro rejeita a utilização da expressão “sistema” ou “modelo” inquisitório, substituindo-a por **procedimento inquisitório**, uma vez que haveriam algumas aporias na noção sistêmica da inquisição.

Primeiramente, embora, conforme exposto, tenha sido no medievo que o método inquisitório foi profundamente aprimorado e estruturado conforme uma concepção mais apurada de sistema (“*sistema inquisitório*” referencia-se de maneira primordial à Inquisição medieval), existem vestígios históricos desse método que remetem a épocas

longínquas como o Egito Antigo e a Roma imperial. Mais importante, Marques identifica que o conceito de procedimento pode ser definido como

instrumento de jurisdição, limitando assim a atividade decisória à consciência do julgador ou à forma como ele supostamente interpreta o fato, apreende os valores sociais e passa a adequar o direito à realidade, perpetuando a mentalidade inquisitória e o instrumentalismo processual idealizado por Bullock no final do século XIX. (2011, p.478)

Desse modo, **procedimento inquisitório**, muito mais que **sistema inquisitório** traduz a real dimensão da carga jurídica autoritária que essa conceituação apresenta e sua vinculação ao decisionismo solitário do julgador.

Conforme aponta processualista (2011, p.478-479), o procedimento inquisitório tem uma origem iminentemente política, associando-se às noções já apontadas de combate ao crime, tutela de direitos sociais e coerção penal, promovendo a interface entre a (política de) segurança pública e a autoridade do poder central. Salaria que a história confirma sua tese: “*no Império Romano, o procedimento inquisitório substituiu o acusatório justamente quando “a fonte da soberania se deslocou da cidadania para o Imperador”*; por sua vez, na Idade Média, “*o procedimento inquisitório apareceu associado à formação dos estados nacionais e ao surgimento das monarquias absolutistas, sempre reforçando a idéia de unidade de poder*” (MARQUES, 2011, p.479).

Nesse sentido, também destacamos idêntico fenômeno no processo penal brasileiro, que, conforme apontado, estruturou-se modernamente de maneira autoritária a partir da busca obsessiva e violenta do governo varguista pela ordem e controle social.

Destaca Leonardo Marinho Marques que com a secularização do procedimento inquisitório, houve sua associação ao método de busca da **verdade** proposto por René Descartes. Constituído a partir da “*crença no poder crítico da razão humana individual*”, o pensamento **cartesiano** é uma das pedras angulares do **racionalismo**, ao propor um método claro, simples e objetivo capaz de fundamentar uma proposta de ciência (MARCONDES, 2010, p.164-174). Conforme aponta Kwame Anthony Appiah, Descartes apresenta uma proposta dualista, crendo que “*mente e corpo são dois tipos de coisas bastante diferentes, dois tipos daquilo que ele chama de substância*” (2006, p.21).

Partindo da afirmativa *cogito ergo sum* (eu penso, logo eu sou)⁴³, o filósofo apresenta a possibilidade de uma certeza (supostamente) imune ao questionamento, que se reduz tão somente ao ato primordial de pensar: havendo dúvidas sobre a existência corporal (uma vez que o corpo nada mais é que um objeto no mundo externo), a única certeza irrefutável é a “*existência da substância pensante*”.

A crença na exclusividade da substância pensante reforça o dualismo corpo/mente ou sujeito/objeto característico do pensamento cartesiano, característico da **filosofia da mente**, também denominada **filosofia da consciência** (*philosophy of mind*)⁴⁴: “*o cogito, portanto, nos revela apenas isso: a existência do pensamento puro, o que é possível pela evidência do próprio ato de pensar.*” (MARCONDES, 2010, p.174). Do *cogito*, extrai-se o

solipsismo cartesiano, o isolamento do eu em relação a tudo mais: ao mundo exterior e ao próprio corpo, que também é um elemento externo. O **solipsismo** é resultado da evidência do *cogito*, uma certeza tão forte que exige critérios tais que não são aplicáveis a nada mais. (MARCONDES, 2010, p.174).

Nesse mesmo sentido, Richard L. Kirkham entende que o pensamento **solipsista** pode ser definido como “*a crença que tudo no universo é simplesmente uma idéia ou sensação (ou uma combinação de idéias ou sensações)*”, construída e localizada na própria mente do sujeito (1995, p.74).

Para René Descartes, a mente é composta de idéias, que podem ser **verdadeiras** ou falsas. Conforme a perspectiva cartesiana, uma idéia será **verdadeira** quando possuir um “*conteúdo representacional*” que corresponda a um objeto (MARCONDES, 2010, p.176). Dessa forma, Descartes introduzir um “*princípio*

⁴³ Conforme tradução nossa de *Discours de la methode*, “*Notando que esta verdade eu penso, logo eu sou, era tão firme e tão certa que todas as demais extravagantes suposições dos céticos não teriam capacidade de abalá-la, eu julguei que poderia aceitá-la, sem embargo, por primeiro princípio da filosofia que eu buscava*”. (2000, p.110)

⁴⁴ Esclarece-se que a reflexão platônica ocupa posição precursora na **filosofia da consciência**. Conforme pontua Manfredo A. de Oliveira, o povo grego conferia ao **pensamento** a propriedade de uma “*visão intelectual, a contemplação do ser verdadeiro*” (2006, p.19). O pensamento transcenderia o mundo sensível e penetraria no Mundo das Idéias (*eidós*), onde os conceitos – como a **verdade** - são imutáveis e absolutos. Para Platão, “*o puro pensar, a contemplação das Idéias, é um diálogo sem palavras, da alma consigo mesma*; sua filosofia entende que “*na linguagem não se atinge a verdadeira realidade (alétheia ton onton) e que o real só é conhecido verdadeiramente em si (aneu ton onomaton) sem palavras, isto é, sem a mediação linguística. A linguagem é reduzida a puro instrumento, e o conhecimento do real se faz independentemente dela.*” (OLIVEIRA, Manfredo A. de, 2006, p.22). Assim, a **verdade real** para o platonismo é fruto solitário da atividade intelectual do sujeito conhecedor, operando exclusivamente em sua subjetividade, no isolamento de sua consciência.

clássico da correspondência para garantir a correlação entre a ideia na mente e a coisa a ser conhecida no mundo externo” (MARCONDES, 2010, p.176).

Tendo em vista que não havia para o filósofo qualquer certeza da realidade fática, Descartes recorre a existência de Deus para estabelecer uma correlação de **verdade** entre mente e corpo: se é **verdade** que Deus é entendido, pelo pensamento puro, como um ser perfeito, e a perfeição implica na existência, e considerando que o Demiurgo criou todas as coisas do mundo, passa a ser possível justificar, pela providência divina, toda a realidade. Conforme explica Danilo Marcondes ao tratar da proposta cartesiana,

passamos assim de um idealismo – no qual a única realidade de fato capaz de ser conhecida é o pensamento, o mundo interior, sendo que tudo o mais é conhecido através dele e a partir dele – para um realismo, no qual a existência e a inteligibilidade do mundo externo são garantidas pela existência de Deus, sendo o conhecimento a representação **verdadeira**, a correspondência entre a ideia e o objeto externo. (MARCONDES, 2010, p.177).

Rosemiro Pereira Leal aponta que o “*puro eu*” cartesiano nada mais é que um “*vazio racional*”, que substitui a metafísica pela ciência mas mantém Deus na condição “*axioma garantidor da pureza racional*” (2011, p.33).

Conforme o filósofo da ciência Karl Popper, para Descartes “*conhecer é uma atividade e pressupõe a existência de um sujeito conhecedor. É o ser subjetivo quem conhece*” (1999, p.77). Essa noção define a categoria de conhecimento que denomina “*conhecimento subjetivo*” (POPPER, 1999, p.77), que relacionamos diretamente ao solipsismo e a filosofia da consciência, “*o paradigma da subjetividade*” conforme apontado por Lênio Luiz Streck (2012, p.14). Assim sendo, sob a perspectiva subjetivista/solipsista “*o conhecimento [é] possuído por algum sujeito conhecedor*” (POPPER, 1999, p.77).

Essa concepção opõe-se a uma idéia de conhecimento objetivo, constituído pelo “*conteúdo lógico de nossas teorias, conjecturas, suposições*”, que não necessariamente precisam estar presentes no mundo físico e serem capturadas por nossos sentidos (POPPER, 1999, p.78). A partir dessas considerações, o filósofo inglês apresenta sua teoria dos mundos: o mundo físico (Mundo 1), o “*mundo de nossas experiências conscientes*” (Mundo 2) “*e o mundo dos conteúdos lógicos de livros, bibliotecas e memórias de computador*” (Mundo 3) (POPPER, 1999, p.78).

Leonardo Marinho destaca que a **filosofia da consciência**, marco teórico que rege o procedimento inquisitório, promove um “*ambiente [procedimental]*”

antidemocrático, dominado por uma razão superior e excludente, que a um só tempo se funda e se legitima, desconhecendo os pontos de vista contrários” (2011, p.480).

Assim, para Marques, é a apuração da **verdade** pelo julgador, secreta por operar-se em primeiro lugar em sua mente, afastada do “*debate oral, público, contínuo, em contraditório*”, que irá constituir o eixo central do conceito que denomina **hiper-racionalidade inquisitória** (2011, p.480), e que representa a transposição de toda a lógica e método inquisitorial para a atuação dos sistemas sociopolíticos modernos e pós-modernos.

A esse respeito, Cullen Murphy realizou interessante estudo sobre o papel fundamental que a Inquisição teve para a constituição da modernidade (2012). Conforme aponta, as sociedades ocidentais modernas recepcionaram não apenas as técnicas da Inquisição (cuja organização do inquérito e a classificação dos indivíduos em conformidade com categorias abrangentes são apenas alguns dos métodos mais importantes desenvolvidos pela instituição), mas também o que denomina **impulso inquisitorial**, decorrente da inabalável “*confiança da adequação de uma [determinada] causa*” (MURPHY, 2012, p.233). No entanto, conforme destaca o articulista norte-americano em tradução nossa,

A confiança sozinha nunca é suficiente. O que separa uma inquisição de outras formas de intolerância é seu poder permanente. Ela recebe apoio institucional – criando o seu próprio ou contando com aquele que já existe. (...) Hoje, os elementos básicos que podem sustentar uma inquisição – burocracia, comunicações, as ferramentas de vigilância e censura – são mais prevacentes e enraizados, em muitas ordens de magnitude, que eram nos dias do [Papa] Gregório IX ou de Tomás de Torquemada. E nenhum deles será reduzidos em importância nos próximos anos. Eles se tornarão apenas mais poderosos. (MURPHY, 2012, p.233-234).

Sob essas perspectivas, unindo as reflexões de Leonardo Marinho Marques à Cullen Murphy, o impulso inquisitorial que conduz a busca pela verdade vale do instrumento jurídico da **gestão da prova**, que representa a encarnação “*da razão hegemônica*” e o exercício do “*monopólio da investigação*” pelo julgador, que, solitariamente, “*começa a pesquisar, como quem enxerga o mundo de fora, acreditando que sua consciência e sua inteligência bastam para alcançara verdade. Sua neutralidade é a garantia de que a verdade não será distorcida*” (MARQUES, 2011, p.480). Na relação sujeito/objeto do método cartesiano aplicado na hiper-racionalidade inquisitória, o acusado é coisificado, transformado em objeto de exploração e experimento psíquico.

Presume-se não a inocência do acusado mas sim a sua culpabilidade, “*subsistindo a cultura pessimista de que o animal humano nasce culpado*” (MARQUES, 2011, p.481). Aponta ainda que a razão absoluta “*institucionaliza o discurso, transformando-o em fala autorizada do Poder*”, tendo como reflexo a “*erradicação da argumentação jurídica*” (MARQUES, 2011, p.482). Ressalta ainda que

com a oficialização do discurso, a autoridade passa a ter a prerrogativa de proferir a **verdade** e de promover a justiça. O procedimento se converte no instrumento pelo qual a Instituição declara o direito (instrumento de jurisdição). Abandona-se o caráter discursivo do processo acusatório. A autoridade constitui a fonte natural de todo o conhecimento. (MARQUES, 2011, p.482).

Nesse ponto, observamos as considerações elaboradas por André Cordeiro Leal a respeito do caráter autoritário da instrumentalização do processo (2008). Ao vincular a **legitimidade das decisões procedimentais penais à autoridade** do julgador, a hiper-racionalidade inquisitória transforma o processo em “*instrumento do poder (de criação e do dizer o direito pelo juiz)*”, uma tecnologia de acerto da jurisdição definida anti-democraticamente como atividade do juiz (CORDEIRO LEAL, 2008, p.65), atividade essa, por sua vez, que poderá estar a serviço de uma série de flexíveis ideologias pós-políticas implementadas por grupos hegemônicos.

2.8 Apontamentos a respeito do princípio da verdade real na dogmática e jurisprudência pátria

Predomina na dogmática brasileira a aplicabilidade do **princípio da verdade** no processo penal, com ampla prevalência de uma concepção ampla (**verdade real** ou material), sobre uma restrita (**verdade formal**).

Em linhas gerais, Luigi Ferrajoli pontua que o direito penal sofre influências de dois grandes grupos de doutrinas: as substancialistas (que trabalham com conceitos metajurídicos como moralidade, natureza, materialidade, sociedade, etc, possuindo um caráter de direito natural) e as formalistas (que submetem-se à estrita legalidade, podendo ser considerada positivista). A crença na **verdade material** (ou **real**) seria comum nas doutrinas substancialistas, podendo ser definida como

uma verdade absoluta e onicompreensiva em relação às pessoas investigadas, carente de limites e de confins legais, alcançável por qualquer meio para além das rígidas regras procedimentais. É evidente que esta pretendida “**verdade substancial**”, ao ser perseguida fora de regras e controles, e sobretudo, de uma exata predeterminação empírica das hipóteses de indagação, degenera em juízo de valor, amplamente arbitrário de fato, assim como o cognitivismo ético sobre o qual se baseia o substancialismo penal resulta inevitavelmente solidário com uma concepção **autoritária** e **irracionalista** do processo penal. (FERRAJOLI, 2006, p.47-48)

Lado outro, o processualista italiano pontua que

a verdade perseguida pelo modelo formalista como fundamento de uma condenação é, por sua vez, uma verdade formal ou processual, alcançada pelo respeito a regras precisas, e relativa somente a fatos e circunstâncias perfilados como penalmente relevantes. (FERRAJOLI, 2006, P.48).

Na processualística pátria, conforme entendimento de Fernando da Costa Tourinho Filho,

a função punitiva do Estado, preleciona Fenech, só pode fazer valer em face daquele que, realmente, tenha cometido uma infração; portanto, o Processo Penal deve tender à averiguação e descobrimento da **verdade real**, da **verdade** material, como fundamento da sentença. (...) Na **verdade**, enquanto o Juiz não-penal deve satisfazer-se com a **verdade** formal ou convencional que surja das manifestações formuladas pelas partes, e a sua indagação deve circunscrever-se aos fatos por eles debatidos, no Processo Penal o Juiz tem o dever de investigar a **verdade real**, procurar saber como os fatos se passaram na realidade, quem realmente praticou a infração e em que condições a perpetuou, para dar base à certa justiça. (1997 p.40).

Nesse mesmo sentido, Júlio Fabrinni Mirabete, leciona que

com o princípio da **verdade real** se procura estabelecer que o jus puniendi somente seja exercido contra aquele que praticou a infração penal e nos exatos limites de sua culpa, numa investigação que não encontra limites na forma ou na iniciativa das partes. Com ele se exclui os limites artificiais da **verdade** formal, eventualmente criados por atos ou omissões das partes, presunções, ficções, transações, etc Decorre desse princípio o dever do juiz de dar seguimento à relação processual quando da inércia da parte e mesmo determinar, ex officio, provas necessárias à instrução do processo, a fim de que possa, tanto quanto possível, descobrir a **verdade** dos fatos objeto da ação penal. (1994, p.44-45)

Já para Sérgio Luiz Souza Araújo

A natureza pública do interesse repressivo exclui limites artificiais que se baseiam em atos ou omissões das partes. A força incontestável desse interesse consagra a necessidade de um sistema que assegure o império da **verdade**, mesmo contra a vontade das partes. (1999, p.180).

Na terceira edição revista e ampliada de *A Busca da Verdade no Processo Penal*, Marco Antônio de Barros realiza importante e esclarecedor trabalho de síntese do pensamento majoritário da doutrina e tribunais brasileiros a respeito da constituição, conceituação e aplicação do princípio da **verdade real** no processo penal pátrio.

Passaremos a seguir a fazer uma breve análise de sua exposição, objetivando depurar o estado atual da dogmática processual brasileira dominante a respeito da questão.

Conforme pontua, o processo penal seria um **instrumento** (concepção instrumentalista de processo) dotado de uma “*função social*” (escopo meta-jurídico) que impõe, como um poder-dever, a função ao juiz de “*suprir as deficiências dos litigantes, a fim de superar as desigualdades e favorecer a par condicio*”, visando “*eliminar as falhas e omissões cometidas pelas partes e assim apagar as deficiências que podem interferir prejudicialmente no seu livre convencimento*” (BARROS, 2011, p.141-142) papel esse que, conforme acertadamente aponta, foi claramente estabelecido na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal.

A partir de Santo Agostinho (2011, p.22.), a **verdade** será “**real**” por representar a conformação do intelecto com a realidade. Nesse sentido, “*o verdadeiro se encontra principalmente na inteligência e secundariamente nas coisas*” e, com base no pensamento de São Tomás de Aquino, conclui que “*as coisas devem ser inteligíveis para que possam ser declaradas verdadeiras*” (BARROS, 2011, p.22-23.).

Dessa maneira, não há qualquer **verdade** (ou falsidade) “*se não existissem as mentes*”, razão pela qual a **verdade** seria um “*atributo de um juízo, não de uma prova*” (BARROS, p.24, 2011).

E, conforme destaca, na atividade jurisdicional ocorre a “**verdade de fato**” e a “**verdade de direito**”. A primeira decorre do acertamento entre “*o juízo de valor que o julgador forma acerca de certo caso*” e “*as provas existentes a seu respeito*” (BARROS, 2011, p.24-25). Já a segunda categoria equivale a declaração pelo juiz “*da regra que dá o verdadeiro sentido ao fato, em conformidade com o pensamento que apreende do legislador*” ” (BARROS, 2011, p.24-25.).

Logo, o autor destaca uma “*afinidade*” entre o direito e a **verdade**, uma vez que um processo baseado na “*mentira*” ou no “*falso*” é, em última instância, inválido (BARROS, 2011, p.30). A obtenção da **verdade** é justamente o elemento de validade do processo penal. Conforme essa concepção, só há justiça (critério moral) no processo penal se há **verdade**: “*a busca da verdade traduz um valor que legitima a atividade jurisdicional penal*” (2011, p.143).

Barros também identifica a partir da análise da doutrina processual penal clássica um princípio da **verdade** no processo penal que se subdividiria em um princípio da **verdade formal** e um princípio da **verdade material**. Conforme aponta, o princípio da **verdade formal** representaria um “*vetusto dogma*” no qual o juiz seria mais “*condescendente na apuração dos fatos, sem que tenha de submeter-se ao rigor da exigência de diligenciar ex officio com o objetivo de descobrir a verdade*”, hipótese de mínima ou nenhuma iniciativa do juiz na produção probatória na qual “*a reprodução jurídica do fato exaure-se nas provas e manifestações trazidas aos autos pelas partes*” (p.35, 2011).

A **verdade formal** também seria fruto do intelecto do julgador, que mesmo não coincidindo por completo com a realidade fática, produziria uma “*verdade judicial*” com base nas provas dos autos, razão pela qual não implicaria em inconveniente à atividade jurisdicional, que se compreende como invalidade do processo, a partir da concepção instrumentalista do autor de processo como instrumento da jurisdição (2011, p.36).

Por sua vez, o princípio da **verdade material**, antigo princípio do processo penal de grande importância no século passado, “*correspondia à regra em razão da qual o juiz vela pela conformidade da postulação das partes com a verdade real, a ele revelada pelos resultados da instrução criminal*” (2011, p.33). Nesse sentido, a **verdade material**, ou **verdade real**, é o “*resultado intelectual da reprodução plena de um fato*” (2011, p.34), configurando interesse público que o juiz tenha poderes instrutórios para persegui-la no processo penal.

Conforme aponta o autor, as últimas décadas foram marcadas pelo enfraquecimento da dogmática processual penal clássica por se passar a entender que uma concepção de **verdade real** caberia à filosofia e não ao direito processual, o que se traduz como uma superação da necessidade de verificação absoluta da **verdade** no processo penal, “*de modo que o princípio da verdade material significa hoje simplesmente a tendência a uma certeza aproximada da verdade judicial*” (BARROS, 2011, p.41).

E a aplicação do referido princípio estaria vinculada a uma “*regra moral*” e a “*princípios éticos*” que compõem uma “*barreira intransponível que prejudica a reconstituição fiel e integral de fatos*”, tratando-se do “*preço a ser pago em benefício da preservação de direitos e garantias individuais proeminentes*” (BARROS, 2011,

p.41). Assim, em síntese, caberia hoje ao processo penal tão somente “*descobrir a verdade*”, sem maior comprometimento com a **verdade real**, embora não aponte com clareza qual seria a diferença entre “*a verdade*” e a “*verdade real*”.

No entanto, mesmo sob essa nova concepção do processo penal, que se contenta com a “simples” **verdade**, entende que o juiz deve permanecer empenhado na busca da **verdade**, devendo apurar “*a realidade dos fatos*” (2011, p.113).

No sentido dessas reflexões, reconhece a existência de poderes inquisitivos ao juiz penal, mas compreende que não há qualquer confusão desses poderes com o processo penal inquisitório, pois esse teria ocorrido exclusivamente em uma determinada quadra histórica (direito romano e direito canônico), e seria caracterizado somente pelo sigilo e atuação de ofício do juiz independentemente da apresentação de acusação (BARROS, 2011, p.144).

Assim, em síntese, a partir das reflexões promovidas pelo processualista, constata-se que a doutrina processual tradicional compreende que o processo penal brasileiro constitui um “império da **verdade**”, sendo estruturado por um princípio da **verdade real** que impulsiona o procedimento em direção ao desvelamento de uma **verdade** pretensamente absoluta a respeito dos fatos pretéritos, conferindo, para tanto, poderes instrutórios e de gestão da prova ao julgador.

Em um direito altamente jurisprudencializado como o brasileiro, que oscila entre a *Common Law* e a *Civil Law*, avançando cada vez mais em direção à ruptura com a discussão teórica-legislativa para a entrega absoluta da compreensão do sistema aos Monastérios dos Sábios, a análise das decisões dos tribunais revela de maneira apurada como o **princípio da verdade real** tem sido efetivamente operacionalizado, independentemente dos ganhos teóricos (ou retrocessos) promovidos pela teoria processual penal pátria.

Em tese de doutoramento a respeito da **verdade** no processo penal, publicada sob o oportuno nome “*Introdução Crítica ao Processo Penal*”, o processualista mineiro Felipe Martins Pinto realizou abrangente pesquisa jurisprudencial a respeito da aplicação do princípio da **verdade real** nas cortes superiores do Brasil. Conforme aponta, a concepção de **verdade real** tem sido aplicada recorrentemente como um “*coringa hermenêutico*” ou um meta-argumento,

em geral utilizado para compensar a carência de argumentos concretos e jurídicos, especialmente no que tange à fundamentação de hipóteses que impliquem na limitação de garantias individuais e na mitigação dos limites legais para o exercício jurisdicional. (PINTO, 2012, p.30;46).

O pesquisador aponta que o princípio da **verdade real** tem sido utilizado⁴⁵ “*como justificativa para a substituição do exame do e corpo de delito em crimes que deixam vestígio por outros meios de prova*” (2012, p.32), em absoluta ofensa ao art. 158 do Código de Processo Penal⁴⁶ e, por consequência, ao princípio da legalidade.

Nesse mesmo sentido, o **princípio da verdade real** tem servido para embasar decisões que admitem “*não apenas a substituição do exame de corpo de delito por outro meio de prova, mas [aditem] inclusive a utilização da confissão para compensar a ausência do referido exame pericial*” (PINTO, 2012, p.35), de maneira igualmente contrária ao artigo 158 do Código de Processo Penal e à interpretação adequada do art. 197⁴⁷ do mesmo texto legal, uma vez que, conforme o pesquisador destaca, “*a confissão será uma prova [somente] se outros elementos a ratificarem*” (PINTO, 2012, p.37).

Também têm sido proferidos entendimentos⁴⁸ negando o desmembramento de processo em razão do princípio da **verdade real**, muito embora, como ressalta o autor (PINTO, 2012, p.37), a separação facultativa dos processos vincula-se à previsão legal ou ao motivo relevante, dotado de concretude e especificidade. Esses elementos por óbvio não podem ser atendidos pela busca da **verdade real**, especialmente se considerarmos que todo processo penal, conforme suas bases estruturantes apontadas pela própria dogmática majoritária, volta-se para a busca da **verdade real**, de modo que

⁴⁵ RHC. PROCESSUAL PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. CONDENAÇÃO. PROVA DA MATERIALIDADE. PERÍCIA CONTÁBIL. SUPRIMENTO POR OUTROS MEIOS DE PROVA. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO DO JULGADOR E DA **VERDADE REAL**. Nos delitos materiais, a ausência do exame de corpo de delito pode ser suprida por outros meios de prova. Precedentes desta Corte e do Col. STF. Recurso desprovido. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso em *Habeas Corpus*.10996;PB;QuintaTurma;Rel.Min. José Arnaldo Fonseca; Julg. 28/06/2001; DJU 10/09/2001. No mesmo sentido, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial. 924.254;Proc.2007/0027015-1;RS;Sexta Turma; Rel. Min. Hamilton Carvalhido; Julg. 27/09/2007; DJU 22/10/2007.

⁴⁶ CPP, art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

⁴⁷ CPP, art. 197. O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância.

⁴⁸ Constitui faculdade e não obrigação do magistrado o desmembramento do processo, de acordo com o art. 80 do CPP, devendo o mesmo aferir, em seu juízo de conveniência, a existência de motivo relevante que restaria por entrar a instrução processual, em prejuízo para a apuração da **verdade real**. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso em *Habeas Corpus*. 11520; CE; Sexta Turma; Rel. Min. Vicente Leal de Araújo; Julg. 20/11/2001; DJU 04/02/2002; pag.00549. Ementa Parcial.

se essa fosse uma razão relevante de maneira autônoma, seria desnecessário o desmembramento.

A pesquisa de Felipe Martins Pinto identifica que o princípio da **verdade real** também é invocado para indeferir requerimento de prova da defesa, sob o argumento que a produção probatória se faz desnecessária quando “*o juiz tem implementado todas as medidas necessárias a fim de esclarecer a verdade real dos fatos*”⁴⁹ (PINTO, 2012, p.41-42).

Destaca também que a busca pela **verdade real** tem servido para mitigar o direito à intimidade⁵⁰, e como um instrumento que possibilita a exceção do disposto na lei para o exercício do *jus puniendi*, servindo como motivação para a ausência de declaração de nulidade em processos com deficiências de defesa (PINTO, 2012, p.43-50). Tal apontamento resta evidenciado no julgamento do Habeas Corpus 29554-SP⁵¹, quando o Superior Tribunal de Justiça decidiu “*que a sanção processual por deficiência de defesa prescinde de demonstração inequívoca de comprometimento do exercício do contraditório e de prejuízo à verdade real*” (2012, p.48-49).

⁴⁹ Não se acolhe alegação de nulidade por falta de realização de exames periciais solicitados pela defesa, se evidenciado que o Julgador de 1º grau vem providenciando todas as medidas necessárias a fim de esclarecer a **verdade real** dos fatos, devendo ser ressalvado que a instrução criminal ainda não está encerrada. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA; Recurso em Habeas Corpus, 13901; SC; Quinta Turma; Rel. Min. Gilson Langaro Dipp; Julg. 18/03/2003; DJU 28/04/2003; pág. 00212. (Ementa parcial). No mesmo sentido, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA; Habeas Corpus. 64.657; PR; Quinta Turma; Relatora Min. Laurita Hilário Vaz; Julg. 20/11/2007; DJU 17/12/2007. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Habeas Corpus. 29296; SP; Quinta Turma; Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca; Julg. 04/09/2003; DJU 13/10/2003.

⁵⁰ DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. PEDIDO DE QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. DIREITO NÃO-ABSOLUTO A INTIMIDADE. INDÍCIOS DE AUTORIA. **VERDADE REAL**. DEFERIMENTO. JUÍZO DE VALOR SOBRE A PROVA PRETENDIDA, RECURSO DESPROVIDO. I. É certo que a proteção ao sigilo bancário constitui espécie do direito a intimidade consagrado no art. 5º, X, da Constituição, direito esse que revela uma das garantias do indivíduo contra o arbítrio do Estado. Todavia, não consubstancia ele direito absoluto, cedendo passo quando presentes circunstâncias que denotem a existência de um interesse público superior. Sua relatividade, no entanto, deve guardar contornos na própria lei, sob pena de se abrir caminho para o descumprimento da garantia a intimidade constitucionalmente assegurada. II – Tendo o inquérito policial por escopo apurar a existência do fato delituoso, completa dever ser a investigação criminal, em prestígio ao princípio da **verdade real** ínsito ao direito processual penal. III – É impossível exercer, ab initio, um juízo de valor a respeito da utilidade do meio de prova pretendido, tendo em vista que ele pode ser válido ou não diante do contexto de todas as provas que efetivamente vierem a ser colhidas. STJ; AGINNQ 187; DF; Corte Especial; Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira; Julg. 21/08/1996; DJU 16/09/1996; pág. 33651.

⁵¹ Na linha do pensamento da Suprema Corte, tem professado esse Tribunal o entendimento de que a deficiência da defesa não equivale à sua inexistência, de modo que a pretensão anulatória, por esse norte, só pode se concretizar a partir da comprovação inequívoca do prejuízo ao contraditório e à **verdade real**. STJ; HC 29554; SP; Quinta Turma; Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca; Julg. 06/04/2004; DJU 10/05/2004; Pág. 313. Ementa parcial. No mesmo sentido, STJ; HC 33037; SP; Quinta Turma; Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca; Julg. 09/03/2004; DJU 05/04/2004; pág. 00302. STJ; HC 17399; BA; Sexta Turma; Rel. Min. Vicente Leal de Araújo; Julg. 14/05/2002; DJU 17/06/2002; pág. 00303.

Dentre as utilizações mais duras do princípio da **verdade real** em decisões judiciais, ressalta-se a busca da **verdade** como subterfúgio para “*compensar a escassez de fundamentos sólidos e específicos para a decretação da prisão provisória*” (PINTO, 2012, p.50-51).

A pesquisa analisa a decisão proferida no julgamento do *Habeas Corpus* 41092-SP⁵², no qual a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu “*que a continuidade da prisão em flagrante estaria justificada na medida em que o juiz que a decretou apontou a conveniência da instrução criminal e a necessidade de apuração da verdade real*” (2012, p.51).

Também expõe o julgamento do *Habeas Corpus* 6240-MS⁵³, no qual o Superior Tribunal de Justiça denegou a ordem sob o argumento que “*a complexidade da instrução necessária para a busca da verdade real elidiu o reconhecimento do excesso de prazo como argumento para o relaxamento da prisão cautelar*” (PINTO, 2012, p.54). O princípio da **verdade real** também fundamenta o exercício de ofício de poderes instrutórios pelo julgador. Conforme destaca Felipe Martins Pinto,

Outra questão que carece de comentários diz respeito à instrução *ex officio* pelo juiz de primeiro grau, de corte notoriamente inquisitivo, incluindo-se a tomada de depoimento de testemunhas determinada de ofício, a oitiva de testemunhas além do limite legal em favor de uma das partes e até mesmo a inquirição determinada após o encerramento da instrução de testemunhas que não foram nem ao menos referidas em outros depoimentos. Tais hipóteses que apesar de afrontarem princípios constitucionais, escoram-se na **verdade real** como meio de afirmação. (2012, p.56)

⁵² A continuidade da prisão em flagrante mostra-se justificada quando o julgador demonstra a conveniência da instrução criminal e a necessidade de apuração da **verdade real**, sobretudo porque são vários os crimes com múltiplos agentes. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Habeas Corpus. 41092; SP; Quinta Turma; Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca; Julg. 24/05/2005; DJU 01/07/2005. (Ementa parcial).

⁵³ HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO. 1. Não se verifica excesso de prazo quando, na busca da **verdade real**, faz-se necessária a audiência de 17 testemunhas, uma delas residente fora do distrito da culpa. A demora, em face da complexidade dos fatos e em se tratando de crime violento, cometido por 03 co-reus, contra estabelecimento bancário, na hipótese, situa-se nos limites da razoabilidade. 2. Ordem denegada. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Habeas Corpus 6240; MS; Sexta Turma; Rel. Min. Fernando Gonçalves; Julg. 24/11/1997; DJU 15/12/1997. No mesmo sentido. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Habeas Corpus. 33417; SP; Quinta Turma; Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima; Julg. 09/11/2004; DJU 17/12/2004. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 15789; RS; Sexta turma; Rel. Min. Fernando Gonçalves; Julg. 03/04/2001; DJU 23/04/2001. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Habeas Corpus 7302; RJ; Sexta Turma; Rel. Min. Fernando Gonçalves; Julg. 30/06/1998; DJU 24/08/1998. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Habeas Corpus 6314; MS; Sexta Turma; Rel. Min. Fernando Gonçalves; Julg. 10/11/1997; DJU 01/12/1997.

A partir desse raciocínio, o processualista aponta que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o recurso em Habeas Corpus 62054-RJ⁵⁴ que “questionava a oitiva de testemunhas de ofício pelo juiz de primeira instância, julgou desprovido o recurso com respaldo na busca da **verdade material**” (PINTO, 2012, p. 56-57), legitimada pelo art. 209, *caput*, do Código de Processo Penal⁵⁵.

Já na ocasião do julgamento do Habeas Corpus 35256⁵⁶, “o Superior Tribunal de Justiça “preteriu os princípios da igualdade das partes e do contraditório em prestígio à “busca da **verdade real**” quando convalidou a oitiva de testemunhas do Ministério Público além do limite imposto pelo Código de Processo Penal” (PINTO, 2012, p.57-58).

Em outra oportunidade, o Superior Tribunal de Justiça denegou a ordem no Habeas Corpus 22915-SC⁵⁷ mesmo tendo sido suscitada a nulidade processual “gerada pela oitiva de testemunhas que não foram nem ao menos referidas em outros depoimentos, de ofício e após o encerramento da instrução, estando os autos conclusos para sentença”, sob o argumento da busca da **verdade real** para a formação da convicção pelo magistrado (PINTO, 2012, p.58).

⁵⁴ HABEAS CORPUS. ART-209 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. TESTEMUNHA NÃO ARROLADA PELAS PARTES. BUSCA DA **VERDADE MATERIAL**. O ART-209 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL CREDENCIA A OITIVA, PELO JUIZ, DE PESSOAS OUTRA QUE NÃO AS ARROLADAS COMO TESTEMUNHA PELAS PARTES, NA BUSCA DA **VERDADE MATERIAL** – ENCARGO QUE O DISTINGUE DO JUIZ CÍVEL. RECURSO DESPROVIDO. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso em Habeas Corpus. 62054; RJ; Segunda Turma; Rel. Min. Francisco Rezek; j.24-08-84; publ. 14-09-84. No mesmo sentido, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Habeas Corpus 31.294; Proc. 2003/0191765-5; PR; Sexta Turma; Rel. Min. Hamilton Carvalhido; Julg. 19/08/2004; DJU 09/10/2006. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial. 505972; SC; Sexta Turma; Rel. Min. Paulo Geraldo de Oliveira Medina; Julg. 20/11/2003; DJU 09/12/2003. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial. 4932; RN; Sexta Turma; Rel. Min. Paulo Roberto Saraiva da Costa Leite; Julg. 23/04/1991; DJU 20/05/1991. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Embargos de Declaração em Habeas Corpus. 3866; SP; Quinta Turma; Rel. Min. Jesus Costa Lima; Julg. 28/09/1994; DJU 17/10/1994.

⁵⁵ Art. 209. O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes.

⁵⁶ 3. O Ministério Público pode arrolar quantas testemunhas entender necessárias na denúncia, sem qualquer violação à igualdade das partes, porquanto o julgador determinará, posteriormente, quais serão ouvidas como testemunhas de acusação ou do juízo, à luz do princípio da busca da **verdade real**. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA; Habeas Corpus. 3526; SP; Quinta Turma; Rel. Min. Laurita Hilário Vaz; Julg. 02/02/2006; DJU 20/03/2006; Pág. 311. (Ementa parcial).

⁵⁷ CRIMINAL. HC. HOMICÍDIO CULPOSO. OITIVA DE TESTEMUNHAS APÓS O ENCERRAMENTO DA INSTRUÇÃO. FACULDADE DO JUIZ. INOCORRÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA. I. Não se verifica ilegalidade na oitiva de testemunhas após o encerramento da instrução, mesmo que não tenham sido referidas durante o sumário da culpa e os autos já estejam conclusos para sentença. II. Trata-se de providência tomada com o fim de esclarecer a situação do feito, buscando formar a convicção do Magistrado, em busca da **verdade real**. III. Inteligência do art. 209 do Código de Processo Penal. IV. Ordem denegada. STJ; HC 22915; SC; Quinta Turma; Rel. Min. Gilson Langaro Dipp; Julg. 09/09/2003; DJU 06/10/2003; pág. 00289.

Nesse sentido, o princípio da **verdade real** também tem sido utilizado como “*elemento de fundamentação da instrução de ofício pelo Órgão revisor no Tribunal de Apelação*” (PINTO, 2012, p.67), conforme se observa a partir da análise do entendimento exposto pelo Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* 69335-SP⁵⁸, ocasião na qual o órgão “*decidiu que a realização que a realização de novo interrogatório, a re-inquirição de testemunhas e a determinação de novas diligências, além da autorização legal, estariam norteadas pela “busca da verdade real ”*” (PINTO, 2012, p.67).

Por fim, o processualista mineiro ainda observa que a **verdade real** tem chancelado “*a possibilidade do juiz pessoalmente carrear provas ao processo, uma autorização que revela uma preocupante obstinação na perquirição mítica da verdade real*” (PINTO, 2012, 69-70), conforme se constata a partir de análise da Ação Direita de Inconstitucionalidade com Medida Cautelar 1517⁵⁹, julgada pelo Supremo Tribunal Federal.

⁵⁸ RECURSO. DILIGÊNCIA. Ao órgão revisor é assegurada a possibilidade de levar a efeito novo interrogatório do acusado, a reinquirição das testemunhas e determinar outras diligências – artigo 616 do Código de Processo Penal. Tal procedimento é norteado pela busca da **verdade real**, não se podendo cogitar de limitação consideradas as balizas do recurso interposto. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus. 69335; SP; Segunda Turma; Rel. Min. Marco Aurélio; Julg. 09/06/1992; DJU 07/08/1992. (Ementa parcial).

⁵⁹ MENTA: MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 9.034, DE 03/05/95: ART. 3º E SEUS PARÁGRAFOS: DILIGÊNCIA REALIZADA PESSOALMENTE PELO JUIZ. PRELIMINARES: LEGITIMIDADE ATIVA "AD CAUSAM"; PERTINÊNCIA TEMÁTICA. AÇÃO CONHECIDA. FUNÇÃO DE POLÍCIA JUDICIÁRIA: USURPAÇÃO NÃO CONFIGURADA. DEVIDO PROCESSO LEGAL: INEXISTÊNCIA DE OFENSA. IMPARCIALIDADE DO JUIZ: NÃO HÁ COMPROMETIMENTO. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE: OFENSA NÃO CARACTERIZADA. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA. 1. Preliminar: legitimidade ativa "ad causam": tem-se como já pacificado o reconhecimento da legitimidade ativa "ad causam" da ADEPOL, em face dos precedentes desta Corte, entendendo tratar-se de entidade de classe de âmbito nacional, com capacidade para agir em sede jurisdicional concentrada, atendendo assim o disposto no art. 103, inciso IX, da Constituição Federal. 2. Preliminar: pertinência temática: de reconhecer-se, uma vez que o objetivo social da Autora, segundo seus estatutos, é atuar na defesa das prerrogativas, direitos e interesses dos Delegados de Polícia, pugnando pela preservação das Polícias Federal e Cíveis dos Estados e do Distrito Federal como instituições permanentes e independentes, destinadas ao exercício, com exclusividade, das funções de polícia judiciária, o que caracteriza o interesse na causa. 3. Mérito do pedido cautelar: a) a Lei nº 9.034/95 é lei especial, tendo em vista que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por grupos de organizações criminosas e constitui-se em medida de alta significação no combate ao crime organizado; b) não há dúvida que a Lei nº 9.034/95 subtraiu da Polícia a iniciativa do procedimento investigatório especial, cometendo-o diretamente ao juiz, pelo fato peculiar de destinar-se o expediente o acesso a dados, documentos e informações protegidos pelo sigilo constitucional, o que, mesmo antes do seu advento, já estava a depender de autorização judicial para não caracterizar prova ilícita; c) aceitável, em princípio, o entendimento de que se determinadas diligências, resguardadas pelo sigilo, podem ser efetuadas mediante prévia autorização judicial, inexistente impedimento constitucional ou legal para que o próprio juiz as empreenda pessoalmente, com a dispensa do auxílio da polícia judiciária, encarregando-se o próprio magistrado do ato; d) o art. 3º da Lei nº 9.034/95 está inserido em um sistema que, tendo por corolário o dever do Estado, objetiva a prestação da segurança pública, a apuração das infrações penais e a punição dos infratores; e) as normas contidas no art. 144, § 1º, inciso IV, e § 4º não devem ser interpretadas como

Assim observa-se uma vasta gama de aplicações do **princípio da verdade real** nos tribunais brasileiros, atendendo a diversas finalidades jurídicas e a discursos políticos variáveis, constituindo-se como pano de fundo para graves violações e restrições a direitos e garantias das partes.

3 PRINCÍPIO DA VERDADE REAL NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: INEFICIÊNCIA, MITO, IDEOLOGIA E A VIOLÊNCIA DA UNIVOCIDADE DE SENTIDO

No capítulo anterior, foi demonstrado que o princípio da **verdade real** configura-se como elemento central de legitimação decisória no processo penal brasileiro. Conforme a estruturação sistêmica vigente do processo penal pátrio, a busca pela **verdade real** teria o condão de assegurar uma decisão justa, adequada e segura e, por essa razão, legitimaria a ausência de observância ou a explícita violação a direitos e garantias fundamentais das partes.

E, como consequência da busca pela máxima observância desse princípio, há uma sobrecarga das funções do julgador, que passa a ser figura produtora privilegiada de provas, muito embora não tenhamos garantias que a gestão das provas será livre de um direcionamento prévio em um determinado sentido.

O atual quadro abre a ampla possibilidade de questionamentos e críticas. Nesse capítulo realizaremos um apontamento sintético a respeito da teoria processual adotada para realizar a análise do princípio da **verdade real**. Em seguida, trabalharemos alguns questionamentos a respeito do princípio da **verdade real**. Questionaremos,

limitativas do dever da prestação jurisdicional, cuja extensão vai desde a apuração dos fatos até a decisão judicial, elástico esse compreendido no conceito de exercício da magistratura; f) competindo ao Judiciário a tutela dos direitos e garantias individuais previstos na Constituição, não há como imaginar-se ser-lhe vedado agir, direta ou indiretamente, em busca da **verdade** material mediante o desempenho das tarefas de investigação criminal, até porque estas não constituem monopólio do exercício das atividades de polícia judiciária; g) a participação do juiz na fase pré-processual da persecução penal é a garantia do respeito aos direitos e garantias fundamentais, sobretudo os voltados para a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem da pessoa acerca de quem recaem as diligências, e para a inviolabilidade do sigilo protegido pelo primado constitucional; h) não há cogitar-se de violação das garantias constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, pois os §§ 3º e 5º do art. 3º da Lei nº 9.034/95 até asseguram o acesso das partes às provas objeto da diligência; i) a coleta de provas não implica valorá-las e não antecipa a formação de juízo condenatório; j) a diligência realizada pelo juiz, sob sigilo de justiça, não viola o princípio constitucional da publicidade previsto no inciso LX do art. 5º, que admite restringi-lo. 4. Medida cautelar indeferida. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade com Medida cautelar. 1517; UNIÃO FEDERAL; Rel. Min. Maurício Corrêa; Tribunal Pleno; j.30-04-97; publ. 22-11-02.

primeiramente, a eficácia do processo penal brasileiro para atingir a **verdade**. E, a partir das conclusões a respeito dessa primeira análise, questionaremos o que pode ser o princípio da **verdade real** no processo penal brasileiro, para, finalmente, identificarmos a ofensa ao devido processo legal que decorre da aplicação do referido princípio.

3.1 Teoria neoinstitucionalista do Processo como interface para um Novo Direito Processual e sua relevância para o estudo do princípio da verdade real no processo penal

A pesquisa que vem aqui sendo desenvolvida constitui-se a partir de uma tríade de elementos que integram a **teoria neoinstitucionalista do processo** desenvolvida por Rosemiro Pereira Leal, e cujos apontamentos se fazem necessários para a continuidade da incursão no tema proposto, bem como para a compreensão de alguns apontamentos que serão realizados nos tópicos subsequentes.

Assim, demonstraremos nesse ponto *(i)* a constituição da proposta neoinstitucionalista como uma teoria crítica do processo, *(ii)* sua proposta de processo democrático e efetiva implementação do paradigma democrático traçado na Constituição de 1988 e *(iii)* a possibilidade de leitura crítica do processo penal brasileiro e, por consequência, do princípio da verdade real a partir desse marco teórico.

O neoinstitucionalismo, cujo trabalho de adensamento teórico encontra-se em plena expansão, constitui uma teoria radicalmente emancipatória, promovendo uma investigação genealógica inédita do direito processual, a partir dos estudos filosóficos de Karl Popper, Giorgio Agamben, Michel Foucault e Jacques Derrida, da psicanálise de Jacques Lacan e da pesquisa jurídica processual realizada por Elio Fazzalari, José Alfredo de Oliveira Baracho e Aroldo Plínio Gonçalves. Esta teoria possibilita o esclarecimento a respeito dos elementos ideológicos e dogmáticos que ainda constituem o processo, tornando possível, no presente caso, explicitar as sequelas autoritárias no direito processual penal brasileiro decorrentes da busca pela **verdade real**.

Quando Walter Benjamin, a partir de Franz Kafka, afirma que o “*direito não mais estudado e só praticado é a porta para a justiça*” (BENJAMIN, 1934, p.437, *apud* AGAMBEN, 2011, p.96), Giorgio Agamben vislumbra a possibilidade de um novo direito, liberto de sua relação com a violência e o poder (ou, conforme Michel Foucault,

livre da disciplina⁶⁰) cujo devir acaba sendo castrado pelo Estado de Exceção (violência pura), que, ao mesmo tempo, opera a suspensão do direito e mantém a norma em fantasmagórica execução.

A matriz teórica apresentada por Rosemiro Pereira Leal estabelece as premissas processuais democráticas básicas que podem tornar possível a superação do aspecto disciplinar, excludente (sob a perspectiva biopolítica) e violento do processo penal, revogando o Estado de Exceção. Tal operação se dará não pela figura carismática do soberano e de sua teoria do poder, mas pela **soberania popular da comunidade jurídica**⁶¹, substituindo-o por um *novo direito* (utilizando a expressão foucaultiana) que preencha, pela via devido processo, o vazio da Exceção com a criação normativa emancipada da violência do direito até então instituído, finalmente em conformidade com as importantes conquistas promovidas pela Constituição de 1988.

Esclarece-se que a proposta neoinstitucionalista para o direito processual é constituída na **pós modernidade** em conformidade com as linhas epistemológicas da **teoria**, da **ciência** e da **crítica** (2011; 2011).

A **pós-modernidade** é, conforme compreendida por Rosemiro Pereira Leal (2011), a ruptura das crenças de coerência, plenitude, certeza e **verdade** absoluta, que até então regiam o pensar humano, pensamento finalmente submetido ao reconhecimento de sua falibilidade, o que possibilita as reflexões que conduzem à teoria neoinstitucionalista.

Para o processualista mineiro, boa parte das chamadas “teorias” do direito são, na realidade, doutrinas jurídicas, afirmadas mas não esclarecidas, “*posições ideologizadas*

⁶⁰ Durante a aula de 14 de janeiro de 1976 em curso ministrado no Collège de France e reunida no livro *Em Defesa da Sociedade*, Michel Foucault afirma que “*soberania e disciplina, legislação, direito da soberania e mecânicas disciplinares são duas peças absolutamente constitutivas dos mecanismos gerais de poder em nossa sociedade. Para dizer a verdade, para lutar contra as disciplinas, ou melhor, contra o poder disciplinar, na busca de um poder não disciplinar, não é na direção do antigo direito da soberania que se deveria ir; seria antes na direção de um direito novo, que seria antidisciplinar, mas que estaria ao mesmo tempo liberto do princípio da soberania.*” (FOUCAULT, 2005, p.47).

⁶¹ Conforme esclarece Rosemiro Pereira Leal, na perspectiva neoinstitucionalista do processo, o coletivo denominado “*povo*” é a comunidade jurídica co-institucionalizada, o conjunto de legitimados ao processo que rompe, a partir da criação e recriação da sociedade oferecida pelo processo, com a mitificação de um Estado de Direito constituído a partir de um ordenamento político não jurídico-processual-constitucionalizado. Assim, um povo livre, de iguais, ou comunidade jurídica co-institucionalizada, é atribuído em razão do acesso e efetivo exercício dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, e não do arcabouço ideológico do liberalismo. (LEAL, 2010, p.59-60).

(idéias dominantes em períodos históricos) não inteiramente explicadas por seus próprios autores” (LEAL, 2011, p.07).

A concepção neoinstitucionalista procura realizar um contraponto a essas posições, caracterizando-se como **teoria** por se constituir como um protocolo suscetível de ordenação e simplificação (LEAL, 2011, p.39) para o “*esclarecimento do Direito, através da formulação e organização de idéias críticas para elucidar as contradições existentes na realidade jurídica produzida pelos diversos agrupamentos humanos*” (LEAL, 2011, p.07). A idéia de “esclarecimento do Direito” nos conduz a uma reflexão que entendemos importante para a pesquisa a respeito do **princípio da verdade real** sob a perspectiva crítica fornecido pela teoria neoinstitucionalista.

No manuscrito *Qu'est c'est les Lumières?* (2001; 2010), Michel Foucault analisa a resposta de Immanuel Kant à pergunta formulada pelo *Berlinische Monatschrift* e publicada nesse periódico sob a forma do texto *Was ist Aufklärung?*, em dezembro de 1784, cuja tradução do título mais aproximada para o português é “*Que é o Esclarecimento?*”⁶².

Conforme esta análise foucaultiana (2001, p.1383), Kant teria considerado o Esclarecimento (ou Iluminismo) como um processo ou fenômeno em plena continuidade, fenômeno este que possibilitou a modificação da relação prévia existente entre a vontade, a autoridade e o uso da razão, possibilitando uma saída do estado de “imaturidade” ou “menoridade” da vontade, no qual se aceitava, até então, a autoridade de outro para nos conduzir em domínios que invocam o uso da razão. Para o kantismo, o Esclarecimento também possuiria um *Wahlspruch*, um distintivo, que se faz reconhecer

⁶² Nas notas introdutórias da tradução de *Dialektik der Aufklärung (Philosophische Fragmente)* de Theodor W. Adorno e Max Horkheimer realizada por Guido Antônio de Almeida para a Jorge Zahar Editor, o filósofo explica que traduziu o título do livro como “*Dialética do Esclarecimento*” e não “*Dialética do Iluminismo*”, expressão costumeiramente utilizada em língua portuguesa para se referir à Época das Luzes, dentre outras razões, por entender que “*Aufklärung não é apenas um conceito histórico-filosófico, mas uma expressão familiar da língua alemã*” e o “*conceito histórico-filosófico está ligado ao sentido coloquial do termo e não é por outra razão que foi escolhido como palavra de ordem e senha de identificação pelos espíritos esclarecidos dos tempos modernos*”. Além disso, pondera que “*ilustrar e ilustrado, por sua vez, significam antes a instrução pelo estudo e pela leitura do que o esclarecimento que resulta da reflexão e da crítica*” e tem se tornado cada vez mais comum a tradução para o português de *Aufklärung* como esclarecimento, conforme já ocorrido em “*Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung*” texto de Kant que tratamos aqui e que foi traduzido por F. de Sousa Fernandes como “*Resposta à pergunta: ‘Que é ‘Esclarecimento?’*”. Assim, embora tenhamos partido da tradução francesa adotada por Foucault, cuja transposição mais correta para a língua portuguesa conforme nosso entendimento seria “*O que é o Iluminismo*”, pelas razões expostas por Almeida preferimos uma tradução do sentido que considerados mais aproximado do original. (ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. *Dialética do esclarecimento: fragmentos filosóficos*. Tradução: Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1985.).

- tal qual a insígnia de uma determinada ordem ou organização. O distintivo do Esclarecimento é *Aude sapere*: “a coragem, a audácia para conhecer”.

Assim, de acordo com a análise de Foucault (2001, f.1384; 1386), em Kant o Esclarecimento é ao mesmo tempo um processo e um ato de coragem, o momento em que a humanidade fará uso de sua própria razão, sem submeter à qualquer autoridade.

Embora não apresente nesse texto suas razões com clareza, Foucault considera que a resposta kantiana ao Iluminismo não é nada satisfatória⁶³, seja filosoficamente, politicamente, ou sociologicamente, mas reconhece que o artigo kantiano possui um apelo único, por ser o primeiro texto no qual o filósofo teria refletido a respeito de um momento particular no qual escreve (e porque escreve), constituindo, dessa forma, uma preocupação crítica com o agora.

Dessa maneira, a partir de *Was ist Aufklärung?*, Foucault investiga e destaca uma ligação que pode conectar a presente pesquisa à reflexão iluminista: não a fé ou observância à ampla e complexa doutrina iluminista (como sua tradição racionalista), mas uma atitude limite, um *ethos* filosófico de crítica permanente ao direito processual presente.

Esse comportamento crítico não deve se preocupar com respostas metafísicas ou transcendentais, mas sim realizar a investigação “*dos eventos que nos levaram a nos constituir e nos reconhecer como sujeitos do que estamos fazendo, pensando e dizendo*”⁶⁴, identificando a formação dos homens como sujeitos que exercem ou se submetem ao poder, e possibilitando, quem sabe, encontrarmos a resposta para uma questão central: **como pode ser rompida a relação entre crescimento das capacidades econômicas, produtivas e tecnológicas e a intensificação das relações de poder?**

⁶³ De igual modo, a teoria neoinstitucionalista não aceita o criticismo kantiano: para Leal, a crítica em Kant seria caracterizada por “*saberes apriorísticos advindos de uma reta razão inata e virtuosamente performativa e desinteressada*”. (LEAL, 2011, p.172).

⁶⁴ Tradução livre do original “*...mais comme enquête historique à travers les événements qui nous ont amenés à nous constituer à nous reconnaître comme sujets de ce que nous faisons, pensons, disons*”. FOUCAULT, Michel. *Dits et écrits 1954-1988, II 1976-1988*. Paris: Éditions Gallimard, 2001, p.1393.

Desse modo, conforme a análise de Foucault, a investigação crítica pode auxiliar na obtenção dessa resposta, “*por meio de um trabalho paciente dando forma à nossa impaciência por liberdade*”⁶⁵.

Essa concepção de investigação crítica pode ser apropriada para a compreensão da teoria proposta por Rosemiro Pereira Leal, que, sob esse prisma, revela seu caráter altamente libertário, constituindo-se como proposta de teorização do direito processual radicalmente emancipatória, mirando o desenvolvimento genuíno do Estado Democrático de Direito. Com esse objetivo, a teoria neoinstitucionalista promove a organização de ideias que denunciem as contradições e falhas de uma realidade jurídica, que, por meio de ideologias, mitos e dogmas, recria e consolida uma narrativa histórica de submissão ao poder, na qual constatamos que o **princípio da verdade real** no processo penal decorrente da busca compulsiva pela verdade nas sociedades ocidentais ocupam posição de grande relevo.

Sendo teórica e crítica, a proposta neoinstitucionalista também constitui-se como **ciência do direito processual** (“*conjunto de conhecimentos autoproduzidos e recriadores da técnica*”) e não somente como uma técnica (“*conjunto de procedimentos eficientes*”) de direito processual (LEAL, 2011, p.03).

A ciência do direito processual é ciência jurídica e caracteriza-se como uma

conquista teórica pós-moderna da humanidade, em bases de múltiplos sistemas de explicação do direito, equivale uma permanente conspiração da consciência dos povos contra o absolutismo das idéias jurídicas formadas em teorias destituídas de problematicidade e com propósitos de manutenção dos privilégios dominantes pelo eufemismo da igualdade formal de direitos e defesa gráfica dos direitos humanos (...), ocorrida após séculos de dominação da técnica e das diversas teorias da técnica que prevaleceram e prevalecem por várias gerações para a sobrevivência, controle, subjugo de classes, raças, nações, pela criação de utilidades, artefatos, mitos, fetiches, ritos, dogmas, cânones, costumes, leis, métodos, sistemas, de extrema eficiência governativa ou opressora, como se vê da história dos povos antigos, considerados modelos de civilização, como gregos e romanos, pelo laborioso trabalho que hoje se chama mídia que nada mais é do que ideologias das técnicas agrupadas e direcionadas para disciplinarização jurídico-política e, conseqüentemente, econômica, mercadológica e de dominação cultural. (LEAL, 2011, p.05; 36)

É importante destacar que a noção de ciência na teoria neoinstitucionalista parte dos avanços epistemológicos promovidos por Karl Popper, avanços que refutam o

⁶⁵ Tradução livre do original “...*c’est-à-dire un labeur patient qui donne forme a à l’impatience de la liberté*”. FOUCAULT, Michel. *Dits et écrits 1954-1988, II 1976-1988*. Paris: Éditions Gallimard, 2001, p.1393.

dogmatismo científico da modernidade, e que nos permitem classificar seu pensamento como **falibilista falsificacionista**. Para Popper,

a ciência nada tem a ver com a busca da certeza, da probabilidade ou da confiabilidade. Não estamos interessados em estabelecer que as teorias científicas são seguras, corretas ou prováveis. Conscientes de nossa falibilidade, nosso interesse é criticá-las e testá-las, na esperança de descobrir onde erramos, aprender com os erros e, se tivermos sorte, conceber teorias melhores. (POPPER, 2010, p.186).

Assim, conforme a teoria neoinstitucionalista (LEAL, 2011, p.05), a ciência jurídica deve concentrar-se, fundamentalmente, na permanente formulação e busca por resposta da indagação “*o que é direito?*”. Nessa empreitada, deverá recorrer a conhecimentos cuja referência e produção ocorrerão externamente à concepções clássicas do direito natural ou do direito positivista, de caráter subjetivo ou objetivo, que buscam a “*estabilização da vida social e econômica, numa artificiosa justiça sem qualquer vínculo com as realidades jurídicas e relações econômicas interagentes da sociedade capitalista*” (LEAL, 2011, p.05).

Se, por um lado, a ciência jurídica não deve se render ao realismo, constituindo-se como mera reprodutora de saberes previamente constituídos, por outro, também não deve estar recolhida no idealismo, ignorando os reflexos das complexidades sociais e econômicas da sociedade capitalista na teorização, produção e aplicação do direito.

Nesse sentido, a linha epistemológica da crítica realiza, conforme a concepção neoinstitucionalista, uma associação do “*pensamento abstrato ao pensamento dialógico da verificação intelectual, como pressupostos necessários ao esclarecimento do discurso científico*”, possibilitando separar, a partir das reflexões Karl Popper⁶⁶, as teorias piores das teorias melhores.

Sob esse viés epistemológico, a teoria neoinstitucionalista dá nova forma aos conceitos do direito processual, conceitos cuja pesquisa de Rosemiro Pereira Leal revela terem sido produzidos a partir de dogmas, mitos e ideologias.

⁶⁶ Ao longo de sua produção intelectual, Karl Popper parte da premissa que “*deveríamos abandonar a ideia de fontes supremas do saber e admitir que todo conhecimento humano é humano e está mesclado com nossos erros, preconceitos sonhos e esperanças, que só podemos tatear em busca da verdade, mesmo que ela esteja fora de nosso alcance*”, entendendo que “*não existe conhecimento fora da crítica*”. (POPPER, 2010, p.55-56). O teste dos “sistemas teóricos” por meio de submissão dos mesmos a “situações problemáticas” ocorreria no espaço que já descrevemos no capítulo anterior denominado *Mundo 3*, autônomo ao mundo físico (*Mundo 1*) e ao mundo de estados de consciência (*Mundo 2*) (POPPER, 2010, p.57).

De acordo com a perspectiva neoinstitucionalista, o desafio da pós-modernidade é a criação da democracia, e não a mera discussão a respeito de qual será a “democracia”⁶⁷ a ser recebida, adotada, homologada, dissimulada, repetida, mimetizada, reconstruída ou refeita pela via histórica, cultural ou metafísica (LEAL, 2010, p.24), onde muda-se muito para que tudo permaneça como está: perverso, violento e excludente⁶⁸.

⁶⁷ Também nesse sentido, Vladimir Safatle destacou em conferência improvisada no Vale do Anhangabaú, no hipercentro de São Paulo em outubro de 2011, “o regime que nos governa pode não ser uma ditadura nem um sistema totalitário, mas ainda não é uma democracia. E nenhum de nós quer viver nesse limbo, no purgatório entre um regime de absoluto autoritarismo e uma democracia esperada. Não queremos uma democracia em processo contínuo, incessante, de degradação, que já nasce velha. Por isso, quando as manifestações de ocupação insistem que ainda falta muito para alcançarmos uma democracia real, elas colocam uma questão que até o momento não podia ter direito de cidadania, porque nos ensinaram que, se criticarmos a democracia parlamentar tal como ela funciona hoje, estaremos, no fundo, fazendo a defesa de alguma forma velada de autoritarismo. Quantos não se comprazem em nos olhar e dizer: o que vocês querem? Vocês não querem um Estado democrático de direito? Então vocês querem o que? No entanto, se há algo que a verdadeira política democrática nos exige é só falar de democracia no tempo futuro, só falar de democracia como democracia por vir. Quando se acredita que a democracia já está realizada no nosso ordenamento jurídico, já está realizada no nosso Estado, na situação social presente, então todas as imperfeições do presente ganham o peso da eternidade, aparentam ser eternas e impossíveis de superar. Na verdade, parece ser criminoso tentar superá-las sem respeitar os procedimentos jurídico-normativos criados, na maioria das vezes, exatamente para que nenhuma superação real seja efetiva.” (SAFATLE, 2012, p.47-48).

⁶⁸ Em *Ahora Todos Somos Demócratas*, Wendy Brown identifica que o que se denomina “democracia” hoje é uma deturpação perversa de uma proposta política apropriada por diversos grupos de interesse, um verniz de legitimidade que serve, justamente, para legitimar e justificar sua distorção. Nesse ensaio, a pesquisadora ressalta que na contemporaneidade “a democracia goza de uma popularidade sem precedentes na história, mas o certo é que, em termos conceituais, nunca foi marcada por um caráter mais indefinido e substancialmente vazio” (2010, p.59). Na atual quadra, “a democracia se desenvolveu como uma nova religião mundial – não como uma forma específica de poder e cultura política, mas como um altar no qual se curva o Ocidente e seus admiradores, um desígnio divino de conduta a conceber e legitimar as cruzadas imperiais do Ocidente.” (2010, p.60). Nesse sentido, “Berlusconi e Bush, Derrida e Balibar, os comunistas italianos e o Hamas – agora todos somos demócratas” (2010, p.60). Para Brown, “se é difícil conhecer os motivos pelos quais a democracia goza de tanta popularidade, é mais sensato realizar um esboço dos processos que reduzem a própria democracia liberal (ou seja, a democracia parlamentar, burguesa e constitucional) a uma mera sombra do que foi um dia.” (2010, p.61). Assim, destaca a expansão do poder de grandes grupos e corporações, sufocando a esperança de uma governança política popular, aponta que “as eleições ‘livres’, o mais importante ícone democrático, embora superficial, converteu-se em um exercício circense de comércio e gestão, tratando-se de espetáculo para arrecadação de fundos ou de cerimônias de ‘mobilização’ de eleitores”, com candidatos moldados por *experts* em marketing político expondo plataformas de governo que são tratadas muito mais como bens de consumo que benefícios públicos (2010, p.63). Aponta também que o neoliberalismo compreendido como racionalidade política promoveu um “ataque frontal” aos princípios básicos do constitucionalismo, substituindo igualdade perante a lei, liberdade política e civil, autonomia política e inclusão universal por critérios mercantis voltados eficiência, rentabilidade e eficácia (2010, p.63-64). Além da racionalidade política neoliberal, percebe-se nas últimas décadas um avanço dos Poderes Executivo e Judiciário sobre todas as instâncias políticas, abalando as instituições e princípios democráticos: “é cada vez maior o número e a diversidade das questões políticas que são levadas aos tribunais, incluindo aquelas que geram movimentos sociais internos de cada nação e campanhas internacionais em prol de direitos humanos. E quando chegam aos tribunais, os *experts* jurídicos promovem tantos malabarismos e submetem as decisões políticas a tais sutilezas analíticas, por meio de uma linguagem complexa e arcana, que suas decisões mostram-se incompreensíveis para todos aqueles que não são especializados no tema. Ao mesmo tempo, os próprios tribunais passam a decidir o que estão proibidos de decidir e o que não estão – em poucas palavras: passaram de desempenhar uma

Nesse sentido, a teoria neoinstitucionalista não busca a construção de qualquer “sociedade civil”, tendo em vista que os civis, conforme investigação promovida por Rosemiro Pereira Leal, seriam aqueles patrimonializados, predestinados e filantropos, responsáveis pela definição das ideologias estruturantes, dotados de grande habilidade na ciência do controle e governo (*civilitas*) (2005, p.01).

Nessa concepção, o cidadão não é o civil, mas sim o habitante da cidade, originalmente integrante do povo (os indivíduos livres, “*de vida errante, vadia e despossuída*”, *bíos* na concepção aristotélica, o *homo sacer* para Agamben) que foi adotado pela benevolência ideológica dos civis – “*não são pessoas inatamente portadoras de liberdade, são cidadãos livres no sentido de libertados da errância e desorganização [do povo]*” (LEAL, 2005, p.01).

Por essa razão, não é à toa que correntes teóricas de baixa aderência democrática consideram o processo civil como o instrumento da ação e da jurisdição dos civis, sempre empenhada em fortalecer, resguardar e propagar as ideologias civilizatórias dos patrimonializados com vistas à permanente domesticação dos cidadãos e exclusão do povo (*homo sacer*) (LEAL, 2005, p.01).

De igual modo, o Estado não pode ser entendido como “*um lugar de encontro intersubjetivo de indivíduos com naturais propósitos e já ligados por uma affectio-societatis e relações humanas histórica e constitucionalmente acolhidas*” (LEAL, 2010, p.19), bem como não é aceitável considerar que o Estado seria o “*autor pressuposto*” do Direito e da Sociedade ou, ainda, que a Sociedade seria a “*autora pressuposta*” do Estado (LEAL, 2010, p.19). De maneira oposta a essas concepções míticas de Estado e Sociedade, a teoria neoinstitucionalista do processo

é fundante do projeto de sociedade a ser construída na dinâmica da normatividade constitucionalizada (discurso jurídico), que, por sua vez, agrega a essa teoria instituições instrumentais (Estado, União, governo, órgãos, funções, ministério público, advocacia, associações, sindicatos, plano, propriedade, empresas) de realização de fins e direitos-garantias compartilhadamente alcançáveis e caracterizadores do modelo de Estado Democrático de Direito na pós-modernidade (espaço normativo processualizado) nas bases epistemológicas da relação teórico-proposicional e mundo humano. (LEAL, 2010, p.39).

função limitativa à realizar um trabalho legislativo que usurpa a tarefa classicamente destinada à política democrática” (Brown, 2010, p.65), em uma operação que “*transfere poder e politiza uma instituição que não tem caráter representativo*” (Brown, 2010, p.65).

A partir dessas concepções, conclui-se que, na teoria neoinstitucionalista, o Estado Democrático de Direito é a **sociedade aberta**⁶⁹ à toda a comunidade jurídica para a irrestrita criação, fiscalização, modificação e extinção das teorias jurídicas e dos textos legais que melhor possibilitem a fruição dos direitos fundamentais à **vida, liberdade e dignidade**, constituindo-se a partir das teorias mais resistentes à crítica, por possibilitarem a submissão de “*seus próprios conteúdos à uma testabilidade geral*” promovida pela via do **devido processo legal**.

Em seus estudos de biopolítica, Giorgio Agamben explica que os gregos antigos possuíam duas palavras para expressar vida: “*zoé, que exprimia o simples fato de viver comum a todos os seres vivos (animais, homens ou deuses) e bíos, que indicava a forma ou maneira de viver própria de um indivíduo ou grupo*” (AGAMBEN, 2010, p.09), uma “*vida qualificada*” (AGAMBEN, 2010, p.09) capaz de contrastar com o simples viver biológico. É importante esclarecer que na perspectiva da teoria neoinstitucionalista, vida, liberdade e dignidade **não** são direitos individuais de concepção liberal, nas quais

supostos cidadãos já estariam aptos à sobrevivência por direitos subjetivos historicamente já apropriados ao tempo (ou apesar) da constitucionalização das garantias protetivas da continuidade de suas formas de vida de fruição de liberdade, dignidade, igualdade e segurança política e patrimonial (...).” (LEAL, 2012, p.81).

Vida, liberdade e dignidade são, na realidade, **direitos fundacionais** (fundamentais) “*de personalidade composta de vida, liberdade e dignidade estruturantes de sua individualidade não egressa de uma “natureza humana” posta pelo saber metafísico*”, que constituem aquele indivíduo como sujeito de direito, e não como sujeito natural, “*que nada tem a não ser o seu patrimônio biológico*” entendido aqui como o *zôe* ou o *homo sacer* na perspectiva de Agamben (2007), também

⁶⁹ Conforme Karl Popper, uma sociedade mágica, tribal ou coletivista seria uma “*sociedade fechada*”. Para o filósofo, “*uma sociedade fechada, no seu aspecto mais completo, pode ser justamente comparada a um organismo. A chamada teoria orgânica ou biológica do estado pode ser-lhe aplicada em considerável extensão. (...) Os aspectos que tenho em mente prendem-se ao fato de que, numa sociedade democrática, muitos membros lutam por elevar-se socialmente e tomar os lugares de outros membros. Isto pode levar, por exemplo, a um fenômeno social tão importante como a luta de classes. Não podemos encontrar nada de parecido à luta de classes num organismo. (...) Visto como nada há no organismo que corresponda a uma das características mais importantes da sociedade democrática, a competição por posição entre seus membros, a chamada teoria orgânica do estado baseia-se numa falsa analogia. A sociedade fechada, por outro lado, não conhece muito tais tendências. Suas instituições, incluindo suas castas, são sacrossantas – tabus. A teoria orgânica não cabe tão mal aí. Não é, portanto, de surpreender que muitas tentativas de aplicar a teoria orgânica à nossa sociedade sejam formas veladas de propaganda para um retorno ao tribalismo.*” Assim, a sociedade aberta, ou democrática, seria aquela “*a sociedade em que os indivíduos são confrontados com decisões pessoais*”. (1998, f.188-189)

identificado como sujeito individual “*com seus direitos históricos já definidos-individuados quanto a si, seu patrimônio biológico (o corpo e a força de trabalho) e a seus vínculos interativos e dominiais*” (LEAL, 2012, p.82).

A compreensão de vida, liberdade e dignidade como direitos fundamentais, na perspectiva neoinstitucionalista, possibilita a *desconstrução* dessas concepções subjetivistas de origem mítica que, na realidade, pouco trazem de efetivo para o cidadão, constituindo mero simbolismo e fetiche.

Conforme aponta Aroldo Plínio Gonçalves (2012), a concepção de processo como um instrumento da jurisdição (instrumentalismo), cujos fins, conforme proposto por Cândido Rangel Dinamarco, “*não seriam apenas jurídicos, mas, também, sociais [compreendendo a “pacificação com justiça e a educação”] e políticos [a participação, a “afirmação da autoridade do Estado e de seu ordenamento]”* (2012, p.157), não pode ser aceita após os avanços teóricos promovidos por Elio Fazzalari. A partir da proposta fazzalariana, o

processo é um procedimento do qual participam (são habilitados a partir) aqueles em cuja esfera o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades. (FAZZALARI, 2006, p.118-119).

No entanto, embora tenha promovido genuíno giro copernicano na ciência processual, o desenvolvimento teórico realizado por Elio Fazzalari ocorreu anteriormente aos avanços promovidos pelo constitucionalismo, cujas discussões foram recepcionadas pela teoria neoinstitucionalista formulada por Rosemiro Pereira Leal, que constitui-se como uma “*teoria constitucional de direito democrático de bases legitimantes na cidadania (soberania popular)*” (2011, p.72). Assim, sob a perspectiva neoinstitucionalista, o **processo** é a instituição constitucionalizada “*teórico-jurídico-linguístico-autocrítica*” (LEAL, 2010, p.71) de

estruturação dos procedimentos (judiciais, legiferantes e administrativos) de tal modo que os provimentos (decisões, leis e sentenças decorrentes), resultem de compartilhamento dialógico-processual na Comunidade Jurídica Constitucionalizada, ao longo da criação, alteração, reconhecimento e aplicação de direitos, e não de estruturas de poderes do autoritarismo sistêmico dos órgãos dirigentes, legiferantes e judicantes de um Estado ou Comunidade. (LEAL, 2011, p.72)

É importante observar que a leitura de constitucionalismo realizada no marco neoinstitucionalista é distinta daquela empreendida nas chamadas teorias constitucionais do processo. Conforme o neoinstitucionalismo, essas teorias entendem o processo

“como modelo construído no arcabouço constitucional pelo diálogo de especialistas (numa Assembléia ou Congresso Constituinte representativo do povo estatal)”, ao passo que Rosemiro Pereira Leal propõe uma

teoria da constituição egressa de um espaço processualizado em que o povo total da Comunidade Política é, por direito de ação coextenso ao procedimento, a causalidade dos princípios e regras de criação, alteração e aplicação de direitos. (2011, p.72).

Dessa maneira, o processo sob a perspectiva neoinstitucionalista torna possível a criação da democracia

pela implantação de um sistema em bases constituintes e constituídas, que ofereça a todos uma testabilidade processual incessante (controle difuso, amplo e irrestrito da legalidade) dos fundamentos jurídicos de sua produção, atuação, aplicação (cumprimento), modificação ou extinção. (LEAL, 2010, p.71).

Nessa concepção, o **contraditório**, a **ampla defesa** e a **isonomia** são institutos que alicerçam o direito processual. Como aponta Rosemiro Pereira Leal, “o *contraditório é instituto do Direito Constitucional e não mais uma qualidade que deve ser incorporada por parâmetros doutrinários ou fenomênicos ao procedimento pela atividade jurisdicional*”, que promove “a *dialogicidade necessária entre interlocutores (partes) que se postam em defesa ou disputa de direitos alegados, podendo, até mesmo, exercer a liberdade de nada fazerem (silêncio), embora tendo direito-garantia de se manifestarem*” (2011, p.81). Sem o **contraditório**, aponta Leal, o processo perde “sua *base democrático-jurídico-principlológica*” e *converte-se em “meio procedimental inquisitório”* (2011, p.81).

Já a **isonomia** na perspectiva neoinstitucionalista não advém da noção clássica de “*tratamento igual a iguais e desigual a desiguais*”, entendida por Rosemiro Pereira Leal como tautológica, uma vez que as bases processuais democráticas não são constituídas a partir de uma “*distinção jurisdicional de economicamente igual ou desigual*”, mas pela garantia de oportunidade igual de todas as partes participarem na construção do provimento (2011, p.81). Nesse ponto, Leal considera oportuno distinguir o instituto da isonomia daquele da simétrica paridade, que significa “a *condição já constitucionalmente assegurada dos direitos fundamentais dos legitimados ao processo quanto à vida digna, liberdade e igualdade (direitos líquidos e certos) no plano constituinte do Estado Democrático de Direito*” (2011, p.81).

A **ampla defesa**, por sua vez, define-se dentro do espaço processualizado oriundo da aplicação dos institutos do contraditório e da isonomia, que irão definir os limites da amplitude da defesa (LEAL, 2011, p.82). Aponta Rosemiro Pereira Leal que [a defesa] “há de ser ampla, porque não pode ser estreita (comprimida) pela sumarização do tempo a tal ponto de excluir a reflexão cômoda dos aspectos fundamentais de sua produção eficiente” (2011, p.82). O processualista conclui que esse instituto integra a

cláusula do devido processo legal, em sentido substancial (substantive due process), equivalente ao velho e cognominado direito material, mas já em concepções atualizadas, de garantias fundamentais do cidadão, como a do devido processo em sentido processual (procedural due process), em perspectivas de direito democrático, traduzindo a garantia da plenitude da defesa em tempo e modo suficiente para sustenta-la (LEAL, 2011, p.82).

E, nesse sentido, o devido processo legal será definido na proposta da teoria neoinstitucionalista

como paradigma meta-linguístico a ser constitucionalmente adotado para nomear o Estado Democrático de Direito, tem sua compreensão na virada linguística popperiana que impõe uma fiscalidade incessante (crítico-discursiva) por uma linha de problematização constante e aberta processualmente a todos (controle difuso de constitucionalidade), da internormatividade teoricamente escolhida a reger o advir de uma Sociedade que, assim delineada e construível pela comunidade jurídica constitucionalizada, se qualifique democrática”. (LEAL, 2010, p.29).

Para Giorgio Agamben, “a política existe porque o homem é o vivente que, na linguagem, separa e opõe a si a própria vida nua e, ao mesmo tempo, se mantém em relação com ela numa exclusão inclusiva.” (2010, p.16). Assim, conforme o filósofo italiano, ao habitar a *pólis*, o vivente exclui dela a própria vida nua, exclusão inclusiva pela via política (2010, p.15-16).

Concordamos com Agamben que a grande dicotomia da política ocidental moderna não é aquela instaurada entre amigo/inimigo, mas inclusão/exclusão entre vida nua (*zoé*) e existência política (*bíos*) (2010, p.15), compreendida aqui como a existência cidadã do sujeito de direito. No entanto, ao nosso entender, a partir das conjecturas apresentadas por Rosemiro Pereira Leal, não é o habitar da *pólis* com exercício da política que possibilita ao homem operar a transição entre vida nua e vida cidadã. Será, na realidade, o **processo**, conforme a concepção neoinstitucionalista, a via capaz de promover a conversão da vida nua (*zoé*) em forma de vida (*bíos*), possibilitando “encontrar o *bíos* da *zoé*” (2010, p.17), ou seja, possibilitar transformação que Giorgio Agamben associa à democracia moderna e que aqui associamos ao processo

democrático, via capaz de promover a exequibilidade dos direitos fundamentais líquidos e certos que possibilitam a transição de sujeito natural para sujeito de direito.

Desse modo, compreendemos que a implantação do Estado Democrático de Direito não se dá por uma teoria da constituição ou por uma teoria constitucionalista do processo, mas a partir de uma perspectiva do processo como teoria da lei democrática: é o **processo** que “*institui o sistema jurídico-democrático*” (LEAL, 2010, p.71), possibilitando a aplicabilidade do discurso constitucional, e não o contrário.

Portanto, a teoria neoinstitucionalista possibilita a explicitação das teorias (ou ausência delas) que se fazem presentes nas leis instituídas, o que inclui o texto constitucional, razão pela qual Rosemiro Pereira Leal considera que

Se a constituição é lei e só é válida juridicamente porque é lei, logo é a lei que primeiro tem que ser perquirida para sabermos a origem conteudística de sua imperatividade (coerção-coercitividade) e não primeiro se mormente o discurso (texto constitucional) que lhe é derivado e que assume por causa da lei as qualidades normativo-diretivas para todo o sistema adotado. A ameaça histórica de que a lei tem ser cumprida há de sofrer continuadas incursões. Queremos leis, mas no pré-saber esclarecido de sua validade e legitimidade. (LEAL, 2010, p.71).

Essa reflexão pode parecer, em um primeiro momento, um paradoxo: se a teoria neoinstitucionalista advém dos direitos constitucionalizados ao contraditório, isonomia e ampla defesa, como então o texto constitucional pode ser perquirido em uma etapa anterior à sua própria aplicabilidade?

Conforme esclarece Rosemiro Pereira Leal, seria impossível retroagir até a “*procedimentalidade estruturante*” ao tempo “*da criação e co-institucionalização dos direitos fundamentais*”, de modo que a análise da legitimidade constitucional sob a perspectiva democrática é realizada *a posteriori* (LEAL, 2005, p.23).

No entanto, essas interrogações são realizadas por intermédio daqueles direitos fundamentais processualmente pré-decididos pelo constituinte, e portanto, dotados de liquidez (autoexecutividade), certeza (infungibilidade) e exigibilidade incondicionada, que possibilitem a imediata inquirição das bases discursivas e teóricas da Constituição já apontadas neste capítulo: os direitos à isonomia, ampla defesa e contraditório (LEAL, 2005).

É a partir desses direitos fundamentais que se torna possível, pela via do processo, a fiscalidade irrestrita do texto constitucional e das demais normas do ordenamento jurídico à identificação das teorias que sustentam seu discurso ou, de outro modo, tornará explícita a ausência das mesmas e a influência das ideologias, dogmas e mitos.

Assim, a partir da isonomia, contraditório e ampla defesa, a Constituição e todas as demais normas do ordenamento jurídico estão abertas para a testabilidade, refutação, criação e recriação por toda a Comunidade Jurídica por meio do processo, instituto capaz de realizar uma hermenêutica e fiscalidade (controle) da Constituição de uma maneira genuinamente democrática, e não mais submissa ao crivo do “*juridicismo*” do “*Monastério dos Sábios*”⁷⁰, tribunais que, sejam eles jurisdicionais ou administrativos, esquecem que todo o poder emana do povo (comunidade jurídica) e avocam para si o papel de intérpretes únicos das leis, imunizados contra qualquer influência externa legítima (ou seja, manifestada pela via do processo).

Como se percebe dessa sintética exposição de alguns de seus principais conceitos, a teoria neoinstitucionalista não é exclusiva do direito processual civil, caracterizando-se como proposta de teoria geral do processo que abrange o processo legislativo, o processo administrativo e o processo jurisdicional, seja ele cível ou penal.

Nesse sentido, reconhece-se a crítica feita por Aury Lopes Júnior (2011, p.33-36) ao “*pancivilismo*” que permeia as teorias gerais do processo, que, quando abrangem de maneira ampla processo civil e processo penal, acabam impondo equivocadamente institutos processuais cíveis à processualística penal (dentre os exemplos, o autor aponta as errôneas aplicações da fumaça do bom direito e perigo da demora nas prisões cautelares, do “princípio” de *pas nullité sans grief* nas nulidades penais e das condições processuais cíveis à processualidade penal).

No entanto, ao nosso ver, essas críticas não são aplicáveis à teoria neoinstitucionalista do processo, que não impõe conceitos do processo civil ao processo penal, mas estabelece uma matriz institucional comum a partir da Constituição de 1988 e de seus princípios (institutos) processuais.

⁷⁰ De acordo com Warat, o juridicismo é “*a mentalidade teológica do poder que serve para garantir o funcionamento sacralizado dos saberes da lei no interior do sistema das instituições sociais do ocidente, uma mitologia da onipotência*” (2002, p.84).

Inclusive, embora tenha sido esquematizada sob a perspectiva de um modelo constitucional do processo (ANDOLINA; VIGNERA, 1997) e submetida à adequadas críticas por Rosemiro Pereira Leal⁷¹, entendemos que é possível a aplicabilidade no âmbito da teoria processual neoinstitucionalista o conceito de microssistemas processuais (BARROS, 2009): há uma teoria geral, com uma base principiológica uníssona (BARROS, 2009), como a isonomia, a ampla defesa e o contraditório, e uma rede de princípios (microssistemas) adequados às particularidades do processo civil, penal, legislativo e administrativos (exemplos: tributário, ambiental, controle interno e externo da Administração Pública).

Assim, os microssistemas acoplam-se ao conjunto de princípios da teoria geral, submetendo-se, sem dúvida alguma, a uma interpretação em conformidade à teoria maior que passam a integrar. No caso do processo penal, Barros (2009, p.336) destaca que a própria Constituição de 1988 apresenta um microssistema principiológico próprio⁷². Desse modo, defendemos a plena compatibilidade da teoria

⁷¹ Conforme aponta Rosemiro Pereira Leal, “A expressão “modelo constitucional do processo” vem firmando uma convicção inabalável, por força de mal-entendidos já assentados em obras e artigos jurídicos, de que uma constituição (ou teoria constitucional) que acolha em seu amago os princípios do processo (contraditório, ampla defesa e isonomia) e da soberania popular para o manejo dos conteúdos de um ordenamento jurídico já seria apontadora de um Estado Democrático de Direito tal qual instituído no Brasil pela Constituição de 1988 (art. 1º). É exatamente essa versão (compreensão) errônea do constitucionalismo brasileiro que deve ser discutida (...) Confundir (a) instituição do processo como paradigma linguístico-autodiscursivo (teórico-fundante-operacional) de um sistema jurídico co-institucionalizado (constitucionalizado) com “o modelo constitucional de processo” aos moldes aludidos por Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera, que claramente recepcionam, em obra-guia de seu ensino, “Os Fundamentos Constitucionais da Justiça Civil” a abrigarem “o modelo constitucional do processo civil italiano”, é excluir o estudo do que é civil nesse “processo” que tanto pode servir, com êxito, ao estado liberal quanto ao estado social de direito em suas múltiplas tiranias. No estado procedimentalista (proceduralista) habermaseano essa “sociedade civil” pressuposta não desaparece, uma vez que lhe é reservada uma residência fantasística com uma o nome de “esfera pública” (locus dos ativistas criativos e aperfeiçoadores do mundo jurisdicalizado). Note-se que o processo é por ensino de Andolina e Vignera, “espécie de procedimento instrumental de atuação da jurisdição civil, entendendo-se esta como atividade desenvolvida pelo órgão judicial institucionalmente destinado à tutela dos direitos subjetivos”. Portanto, há de se compreender em Andolina e Vignera uma jurisdição civil de juízes histórica e subjetivamente tutores e tutelaeres (pouco importando a especialidade competencial) comprometidos com a resolução de conflitos de direitos subjetivos alegadamente lesados ou ameaçados (inerentes aos sujeitos já objetiva e socialmente portadores de direitos intersubjetivos, apesar das constitucionalizações e das leis escritas) e não uma “jurisdição” democraticamente expressa e advinda dos conteúdos normativos criadores de direitos para os que nada tinham e (ou) nada teriam e já constitucionalmente antecipados e tutelados a exigirem pronto cumprimento (satisfação). Quando falamos que “ficou explícito, por estudos de Ítalo Andolina, que o Processo, em seus contornos teóricos na pós-modernidade, apresenta-se como instituição constitucionalizada”, não se afirmou que Andolina e seus seguidores trabalham processo como instituição, mas que, ao sustentar o processo como “modelo”, Andolina faz uma desenvoltura ainda deficiente a exigir uma enunciação institucionalista do processo fora das concepções de “Justiça Civil”, o que se oferece na teoria neoinstitucionalista do processo. (LEAL, 2012, p.73, 77-78).

⁷² “(...) com o direito de conhecer o responsável pela prisão (Art. 5º, LXIV, CR/88), desnecessidade de identificação criminal para o civilmente identificado (art. 5º, LVII, CR/88), e a proibição de qualquer

neoinstitucionalista do processo à pesquisa e recriação da processualidade penal brasileira, de sua matriz inquisitória/pós-inquisitória para um modelo genuinamente democrático.

3.2 Sistema acusatório, a lógica negocial norte-americana e sua relação com a verdade no processo penal a partir de uma perspectiva neoinstitucionalista

A compatibilidade do **sistema acusatório** com a proposta neoinstitucionalista do processo também precisa ser vista com ressalvas, embora, inequivocamente, o processo penal necessite ser rediscutido a partir do marco adversarial, em que há a prevalência do amplo debate, da ampla defesa e do contraditório, configuração que possibilita retirar do domínio exclusivo do juiz a univocidade do sentido da verdade, oportunizando a construção participativa do provimento, conforme apontado por José de Assis Santiago Neto (2012, p.215).

A crítica central reside na contaminação da tradição acusatorial anglo-saxã pelo chamado “*poder negocial*” (PRADO, 2012, p.50), característica que instrumentaliza o processo penal acusatório como ferramenta de pacificação social (que também pode ser lida, no contexto sócio-político norte-americano, como o encarceramento em massa de determinadas minorias étnicas) mediante a negociação (muitas vezes desprovida de isonomia) entre as partes.

A respeito do assunto, Luigi Ferrajoli aponta que no sistema acusatório norte-americano a propositura da ação pelo “Ministério Público” (*district attorney*) é absolutamente discricionária, havendo a disponibilidade das imputações e da produção probatória pelo órgão, o que abre a possibilidade da “*transação entre o acusador público e o imputado (plea bargaining) [e] da declaração de culpabilidade (guilty plea) em troca de uma redução do peso da acusação ou de outros benefícios penais*” (2006,

tipo de tratamento desumano ou degradante e da tortura (art. 5º, III, CR/88). Assim, somando todas as garantias relacionadas à liberdade do cidadão nos casos de prisão (como, por exemplo, o art. 5º, LXI, LXII, LXIII, LXIV, LXV, LXVI, LXVIII, da CR/88) pode-se perceber que há especificidades para o processo penal, em razão do próprio direito fundamental que se pretende amparar: o direito de liberdade. Liberdade do indivíduo, vista aqui não só no contexto de liberdade de ir, vir ou permanecer, mas no sentido da sua intimidade e privacidade, verificadas nas diversas cláusulas de inviolabilidade (art. 5º, X, XI, XII, CR/88) ou na liberdade de convicção ou crença e na proibição de qualquer tipo de discriminação (art. 5º, XLI, CR/88).” (BARROS, 2009, p.336).

p.523). O jurista italiano destaca que a aplicação dos institutos do *plea bargaining* e do *guilty plea* constitui

uma fonte inesgotável de arbítrios: arbítrios por omissão, não sendo possível qualquer controle eficaz sobre os favoritismos que podem sugerir a inércia ou a incompletude da acusação; arbítrios por comissão, sendo inevitável, como a experiência ensina, que todos inocentes declarem-se culpados em vez de submeterem aos custos e aos riscos do juízo. (...) se o processo misto de tipo francês e italiano, nascido da justaposição de uma instrução inquisitória e de um juiz acusatório, é um “monstro”, não menos monstruoso é o processo anglo-saxão, também ele fruto de uma híbrida união entre a publicidade da acusação e dos órgãos a ele designados, que é de derivação inquisitória, e a sua discricionariedade, que é de ascendência acusatória. (2006, p.524).

Nesse ponto, concordamos, respeitadas as devidas ressalvas, com a crítica formulada por Michele Taruffo. Adverte o processualista italiano que o sistema acusatório estadunidense transfere a ética do mercado para os tribunais, constituindo-se a partir dos valores ideológicos do liberalismo clássico, o que instaura uma reprovável falácia no interior do sistema: embora constituído a partir de uma premissa de isonomia entre as partes, privilegia sobremaneira “*as partes que podem permitir ter a defesa mais eficaz*” (e nesse ponto, fazemos um importante adendo: privilegia também a acusação, não raro dotada de conceitos racistas e xenofóbicos, em detrimento do acusado, incapaz de arcar com uma defesa técnica de qualidade) (TARUFFO, 2012, p.132).

Também ressalta Taruffo que a partir da lógica negocial instaurada no sistema adversarial, alcançar a **verdade** revela-se um empecilho para a finalidade de pacificação social desse modelo, uma vez que além de tomar tempo, pode promover o acirramento do conflito entre as partes, prejudicando a célere solução da controvérsia (2012, p.133). Recepcionamos a crítica do processualista italiano ao sistema adversarial norte-americano, e entendemos que o sistema acusatório deve sim buscar a **verdade**, não como critério de legitimação ético-moral-ideológica (**verdade** como justiça), mas como critério de racionalidade democrática.

É importante destacar, no entanto, que contrariamente ao que expôs Taruffo, não podemos afirmar categoricamente que o sistema adversarial norte-americano não objetiva a produção de qualquer verdade.

Por se tratar de ponto periférico da presente pesquisa e considerando a relativa dificuldade em encontrar produção processual penal norte-americana no Brasil, restringimo-nos a análise de um único grande manual de processo, referente a legislação do Estado do Wisconsin. O texto, ao direcionar-se ao julgador, é enfático em afirmar

(conforme tradução nossa) que “*embora seja um dever [do julgador] conceder ao dependente o benefício de toda a dúvida razoável [em razão da presunção de inocência], você [juiz] não deve procurar a dúvida. Você deve procurar a verdade*” (REMINGTON; DICKEY; SCHULTZ, 2010, p.140), o que pode desestabilizar as afirmações do processualista italiano. No entanto, entendemos que o tema merece uma pesquisa específica e aprofundada, razão pela qual expressamos a posição de Taruffo mas nos consideramos incapazes, nesse momento, de endossá-la ou, lado outro, apresentar contraponto robusto.

A adoção do sistema da livre convicção pelo sistema acusatório também é sujeita à críticas, conforme apontamento realizado por Rosemiro Pereira Leal. Para o processualista mineiro, a livre convicção

tem suas bases em juízos de equidade e conveniência pela apologia dos julgadores nobres e magnânimos, em que o interesse coletivo é regado secundum conscientizam por temperamentos cívicos e humanitários e pela discricionariedade na escolha da melhor conduta, legal ou não, para a solução dos conflitos na sociedade. Os critérios desse sistema geraram o processo dispositivo que, ainda na Inglaterra e Estados Unidos, mostra-se exitoso pela hegemonia econômica que ostentam, dispensando leis prévias para assegurar direitos fundamentais de sobrevivência e dignidade econômica para a maioria de seus povos, porque estes vivem em padrões privilegiados pelo aprofundamento da miséria e dominação que infligem ao Terceiro Mundo. (LEAL, 2011, p.171).

Uma perspectiva democrática de processo acusatório, conforme aponta Leal, se dá mediante a aplicação do **sistema de persuasão racional**, instituído “*em bases normativas com apoio no princípio da reserva legal, pelo qual a convicção do julgador se condiciona a juízos secundum legis.*” (2011, p.171).

Assim, o que se propõe não é a transposição do sistema acusatório anglo-saxão ao direito processual penal brasileiro, mas o aproveitamento de seus princípios clássicos para a instituição de um **direito processual penal acusatório**, mas **democrático** conforme a proposta neoinstitucionalista, que organize-se sob a lógica de abertura, fiscalidade e diálogo do Estado Democrático de Direito e não conforme as perspectivas de negócio características do Estado Liberal⁷³.

⁷³ Essa reflexão se torna ainda mais importante e urgente quando se observa que no Projeto de Lei n. 156/2009 que reforma o Código de Processo Penal, aprovado no Senado e que encontra-se em trâmite na Câmara dos Deputados estabelece em seu artigo 4º 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.*”

3.3 A ineficiência do procedimento penal brasileiro para identificar a verdade penalmente relevante

Conforme trabalhado preliminarmente no Capítulo I, essa pesquisa encontrou-se, ao longo do seu desenvolvimento, diante de um dilema determinante para seu avanço: *Existe uma verdade (real)?*

Diversas reflexões realizadas desde o fim do século XIX vem questionando concepções absolutistas de verdade, abrindo a reflexão humana às dúvidas e incertezas que caracterizam a pós-modernidade. Toma-se, por exemplo, a profundamente impactante filosofia de Friedrich Wilhelm Nietzsche, responsável por promover um duro golpe na crença inquestionável na ciência e na existência de certezas e verdades absolutas.

O filósofo alemão identifica na oposição dos princípios apolíneo e o dionisíaco (conceito que irá revisitar e interpretar ao longo de sua obra) as bases para o questionamento da ciência moderna, fundada em elementos culturais helênicos ancestrais (MEGILL, 1985, p.38). Conforme o pensamento nietzschiano, o símbolo apolíneo representaria o formalismo, o conhecimento científico categorizado, a luz e a beleza, oferecendo “*respostas aos indivíduos ao traçar limites ao seu redor*”, envolvendo-os com o “*véu da ilusão*”⁷⁴ que os protegeria da dura e terrível realidade (MEGILL, 1985, p.38). Em oposição, o símbolo dionisíaco representaria a cruza, o visceral, o explícito, capaz de promover uma ruptura do véu da ilusão profunda, terrível e sublime que ameaçaria a própria civilização (MEGILL, 1985, p.41).

Em apertada síntese, na concepção nietzscheana, a fé inabalável na ciência e a vontade de verdade que caracteriza o conhecimento científico ocidental invadem o campo da moral, caracterizando-se como uma crença metafísica (NIETZSCHE, 2012, p.208-2010). Como aponta Oswaldo Giacoia Junior a respeito do aforisma no qual Nietzsche expressou essa idéia,

Ao refletir sobre si mesma, a consciência filosófica, animada pela vontade de verdade, descobre uma forma típica de avaliação por detrás, ou no fundamento, da oposição entre verdadeiro e falso. A veracidade repousa, pois, sobre uma avaliação da verdade lógica como valor absoluto. Ora, a instituição de valores incondicionais constitui a atmosfera vital da moral,

⁷⁴ Do sânscrito *Māyā*, definido por Simon Blackburn, em tradução nossa, como “*o véu de ilusão: o caminho como o mundo é experimentado e no qual se disfarça a verdadeira unidade da realidade*”. (2005, p.227).

razão pela qual é necessário reconhecer que a antítese entre verdadeiro e falso – e com ela, a veracidade científica – tem sua raiz última numa forma de avaliação tipicamente moral. (2010, p.79)

A natureza moral da **vontade de verdade** identificada na reflexão nietzscheana afasta a ilusão de que haveria qualquer “*amor à verdade*” na civilização ocidental: “*o que se chama verdade é uma obrigação que a sociedade impõe como condição de sua própria existência, uma obrigação moral de mentir conforme uma convenção estabelecida*” (MACHADO, 1999, p.101). Nesse sentido, Roberto Machado observa que para Nietzsche,

Verdades são ilusões que foram esquecidas como tais. Atrás da suposição de possuir um conhecimento do real existe, portanto, uma convenção social que oculta as diferenças ao identificar o não-idêntico através do conceito. O homem supõe possuir a verdade, mas o que faz é produzir metáforas que de modo algum correspondem ao real: são transposições, substituições, figurações. (MACHADO, 1999, p.101)

Assim sendo, não há genuína possibilidade de considerar que a **vontade de verdade** que impulsiona a ciência seja capaz de apresentar soluções plenas aos homens, mas tão somente promover ilusões apolíneas capaz de reconfortá-lo.

Lado outro, diversos avanços científicos apontaram uma ruptura com uma concepção cartesiana de **verdade** absoluta, metodologicamente auferível. É o caso, a título ilustrativo, da física quântica, uma forma de “filosofia experimental” para Jim Baggot (2012). Em 1927, o físico Werner Heisenberg formula o princípio da incerteza, ao detectar que não era possível realizar uma medição quântica sem promover uma alteração no objeto estudado, de uma maneira absolutamente imprevisível (BAGGOT, 2012, p.93). Essa constatação auxiliou a ruptura da crença na possibilidade da física prever todos os resultados de suas observações e decretou o fim da relação física entre causa e efeito (causalidade), conforme aponta o cientista:

‘Quando nós conhecemos o presente precisamente, nós podemos prever o futuro’; não é a conclusão, mas a hipótese. Mesmo em princípio nós não podemos conhecer o presente em todos os detalhes. Por essa razão, tudo observado é uma seleção de uma plenitude de possibilidades e uma limitação sobre o que é possível no futuro. Como o aspecto estatístico da teoria quântica é tão intimamente relacionado com a inexatidão de todas as percepções, alguém poderá ser conduzido a presumir que por trás do mundo estático e perceptível, se esconde um mundo real em que a causalidade reside. Mas essas especulações nos parecem, para dizer explicitamente, infrutíferas e sem sentido. A física deve descrever apenas a correlação entre as observações. Assim, é possível expressar o estado **verdadeiro** das coisas dessa maneira: porque todos os experimentos estão sujeitos às leis das mecânicas quânticas...segue-se que a mecânicas quânticas estabeleceu a derrota final da causalidade. (BAGGOT *apud* HEISENBERG, 2012, p.94).

De maneira radical, o epistemólogo Paul Feyerabend destaca que a crença inabalável na ciência confunde-se com o próprio irracionalismo dogmático, e propõe que a ciência seja considerada um “*conhecimento interessante*”, mas de modo algum exclusivo para a compreensão do mundo (2007, p.225).

Entendemos que não há resposta conclusiva para a conceituação da **verdade**, e, a partir das mudanças filosóficas e epistemológicas ocorridas no século XX, na quadra histórica denominada pós-modernidade, com o duro questionamento da **verdade** e certeza absoluta, bem como observa a instrumentalização do **princípio da verdade real** no processo penal pátrio para a promoção de uma série de violações a direitos e garantias fundamentais, torna-se imperativa a revisitação da noção de uma **verdade** dita “**real**” como princípio condutor do processo penal brasileiro.

A adoção da proposta de **verdade** apresentada por Karl Popper delimita um caminho razoável de reflexão, possibilitando a ruptura com métodos de obtenção da **verdade** apresentados como inquestionáveis, embora incapazes de sobreviver a uma reflexão crítica mais atenta (como é o caso do princípio da **verdade real** no processo penal brasileiro), sem, contudo, incorrer na armadilha do relativismo ou do irracionalismo, cuja aplicação parece inapropriada para um sistema que necessariamente trabalha com fatos que devem ser submetidos ao conhecimento, crítica e fiscalidade pelas partes, como é o caso do processo penal.

A partir da concepção semântica de **verdade** proposta por Alfred Tarski⁷⁵, integrante do amplo fenômeno filosófico ocorrido no século XX denominado **giro**

⁷⁵ No texto *The Semantic Conception of Truth and the Foundations of Semantics*, Alfred Tarski busca apresentar o que denomina uma “definição satisfatória de **verdade**”. A partir dessa proposta, define uma estrutura de equivalência entre duas sentenças que pode ser expressa da seguinte forma: (V) **X é verdadeira** se, e somente, se, *p*. Assim, temos o seguinte clássico exemplo: “*A neve é branca*” é **verdadeira** se, e somente se, *a neve é branca*. (TARSKI, 2001, p.335). Conforme aponta POPPER, “*essas formulações (...) soam quase banais*”, mas foi graças a “*descoberta tarskiana de que, para podermos falar em correspondência aos fatos (...), devemos usar uma metalinguagem em que possamos falar de duas coisas: os enunciados e os fatos a que se referem (Tarski chama isso de metalinguagem “semântica”; a metalinguagem em que podemos falar de uma linguagem-bojeto, mas não dos fatos a que ela se refere, é chamada “sintática”*”). Uma vez reconhecida a necessidade de uma metalinguagem (semântica), tudo se esclarece [Note-se que, enquanto (...) *João telefonou é verdade*” constitui, essencialmente, um enunciado pertencente a tal metalinguagem, (4) “*é verdade que João telefonou*” pode pertencer à mesma linguagem que “*João telefonou*”. Portanto, a construção “*é verdade que*” – a qual, tal como a dupla negação, é logicamente redundante – difere muito do predicado metalinguístico “*é verdade*”. Este último é necessário para observações gerais do tipo “*se a conclusão não for verdadeira, nem todas as premissas serão verdadeiras*”, ou “*certa vez, João fez uma afirmação verdadeira*.”]. (POPPER, 2010, p.180-181).

linguístico ou **reviravolta linguística** (*linguistic turn*⁷⁶), Karl Popper passa a desenvolver sua própria concepção de **verdade** aplicável à ciência (POPPER, 2010, p.179).

A proposta popperiana enquadra-se no campo das teorias de **verdade** como correspondência com a realidade, embora em uma concepção que não pode ser necessariamente considerada “clássica”. Nesse sentido, Leal esclarece que

Quando Popper exalta a teoria de Tarski como reabilitadora das palavras “**verdadeiro**” e “falso”, não está dizendo que teorias ou palavras sempre correspondem a fatos (representacionismo sintático-semântico) de tal sorte a excluir hipóteses de proposições poderem ser falas ou **verdadeiras** ou poderem ser sempre “falsas” ou serem sempre “**verdadeiras**”. O que Popper anota é que, entre teorias falsas, há teorias **verdadeiras**, porque “se uma proposição não for **verdadeira**, então a sua negação é **verdadeira**”. (LEAL, 2010, P.218).

Conforme foi brevemente tratado no capítulo anterior, para Karl Popper haveriam dois grandes grupos de teorias da **verdade**: as teorias objetivistas, como a teoria de Tarski, e as teorias subjetivistas (como as teorias da coerência, as teoria da evidência e as teorias pragmáticas).

As teorias subjetivistas seriam “teorias da crença **verdadeira**”, na medida “*que todas provem da atitude subjetivista fundamental, que só concebe o conhecimento como um tipo especial de estado mental ou como uma predisposição ou um tipo especial de crença*” (POPPER, 2010, p.181-182).

Assim, as teorias subjetivistas operam conforme uma “*probabilidade subjetiva*”, equivalente ao “*grau de crença racional baseada em nosso conhecimento total*” (*probabilidade subjetiva*), de modo que, por exemplo, o enunciado “*a neve é branca*” poderia ser substituído por “*creio que a neve é branca*” ou, até mesmo, “*à luz de todos os dados disponíveis, creio ser racional acreditar que a neve é branca*”

⁷⁶ De acordo com Manfredo A. de Oliveira em livro dedicado ao tema, “*a linguagem se tornou, em nosso século [XX e início do século XXI] a questão central da filosofia*” (2006, p.12). Identificando do giro linguístico em dois momentos, num primeiro formou-se uma “*nova maneira de articular as perguntas filosóficas*” (assim, por exemplo, ao invés de se perguntar “pela essência ou conteúdo do conceito “causalidade”, pergunta-se agora pelo “uso da palavra” “causalidade”) (OLIVEIRA, Manfredo A. de, 2006, p.12-13). O adensamento dessas reflexões tem como consequência a **reviravolta linguística**, por meio da qual “*a linguagem passa de objeto da reflexão filosófica para a “esfera dos fundamentos” de todo pensar*”, o que promove a “*radicalização da crítica do conhecimento, como ela foi articulada nos últimos séculos, pois a pergunta pela verdade dos juízos válidos é precedida pela pergunta pelo sentido, linguisticamente articulado, o que significa dizer que é impossível tratar qualquer questão filosófica sem esclarecer previamente a questão da linguagem.*” (OLIVEIRA, Manfredo A. de, 2006, p.13).

(POPPER, 2010, p.183-185), um enunciado que enquadra-se em uma concepção autoritária, retrógrada e obscura de método científico, conforme ressalta Rosemiro Pereira Leal:

Aduz-se que se chamar “método científico” aquele que pudesse obter (organizar-ordenar) um conhecimento **verdadeiro**, seguro, justificável, encampa-se, segundo Popper, a falsa crença de que a Ciência se sobrepõe a uma pseudocência pela autoridade ou argúcia (senso comum do conhecimento) de seus pensadores. (LEAL, 2010, p.171).

Dessa maneira, para Popper, as teorias subjetivistas

dizem, mais ou menos, que a **verdade** é aquilo em que é justificável acreditarmos ou que é lícito aceitarmos, de acordo com algumas regras ou critérios sobre origens ou fontes de nosso conhecimento, sobre confiabilidade, estabilidade, êxito biológico ou força de convicção, ou ainda por ser impossível pensar de outra maneira. (POPPER, 2010, p.182)

A perspectiva subjetivista sedimenta a chamada teoria do **senso comum do conhecimento**: para Karl Popper, o senso comum liga-se a uma idéia de cunho empirista, na qual a compreensão do mundo é realizada pelo sujeito mediante o exercício dos seus sentidos (1999, p.66), o que constitui uma relação entre sujeito (captando o mundo por meio de seus sentidos e processando-o em conhecimento na sua mente) e objeto (o mundo auferível por seus sentidos).

Na teoria do senso comum, a mente do sujeito opera como uma *tabula rasa*, “em que os sentidos gravam suas mensagens” (POPPER, 1999, p.66), “ignorando a existência de conhecimento no sentido objetivo” (POPPER, 1999, p.79), uma vez que a constituição de teorias (como no exemplo fornecido pelo filósofo inglês, a descoberta dos números primos) não se dá pela mera prospecção do mundo pelos sentidos.

Uma consequência da natureza solipsista do senso comum é a crença na **verdade** (ou certeza) absoluta, uma vez que o subjetivismo associa “a procura do conhecimento com a procura da certeza” (POPPER, 1999, p.81). Como a origem da crença subjetivista é pura - no caso do pensamento cartesiano, em razão de sua origem divina, ou, conforme David Hume, em decorrência de sua força para influenciar as mentes (POPPER, 1999, p.80) – seu resultado só pode ser certo, absoluto e verdadeiro: “é a pureza da origem [da fonte do conhecimento] que garante a liberdade contra o erro e, assim, a pureza do conteúdo” (POPPER, 1999, p.81).

Como pontua Karl Popper, trata-se de proposta absurda e insustentável, especialmente à luz do conhecimento objetivo.

As teorias objetivistas do conhecimento constituem-se com base em premissas absolutamente distintas: a **verdade** é independente dos estados mentais, da crença ou da convicção, constituindo-se como correspondência aos fatos do mundo. A probabilidade de uma determinada assertiva não será avaliada conforme uma crença (ainda que seja a crença na racionalidade e certeza dos dados), mas com base em critérios abertos à crítica e refutação. Por distinguir-se da crença, uma teoria objetivista da **verdade** permite a formulação de assertivas mesmo que ninguém acredite nelas ou não tenhamos razão para aceitá-las de imediato, uma vez que não parecem, subjetivamente, **verdadeiras** (POPPER, 2010, p.182).

A teoria da **verdade** popperiana que trataremos aqui pelo nome regularmente utilizado de **teoria da verossimilhança** é uma teoria objetivista falsificacionista. Não há, para o filósofo, a possibilidade de assegurarmos que uma determinada teoria (ou proposição) seja **verdadeira**, ou seja, correspondente, de maneira absoluta e precisa, aos fatos⁷⁷: “*nada há, assim, que se assemelhe a certeza absoluta em todo o campo de nosso conhecimento*” (POPPER, 1999, p.81), razão pela qual “*todas as teorias, por conseguinte, permanecem conjecturais*” (POPPER, 1999, p.83). O epistemólogo inglês ressalta que

a racionalidade da ciência não reside no hábito de recorrer a evidências empíricas para apoiar seus dogmas – os astrólogos também fazem isso –, mas unicamente na abordagem crítica: uma atitude que, é claro, envolve a utilização crítica das provas empíricas (especialmente nas refutações), entre outros argumentos. Para nós, portanto, a ciência nada tem a ver com a busca da certeza, da probabilidade ou da confiabilidade. Não estamos interessados em estabelecer que as teorias científicas são seguras, corretas ou prováveis. Conscientes de nossa falibilidade, nosso interesse é criticá-las e testá-las, na esperança de descobrir onde erramos, aprender com os erros e, se tivermos sorte, conceber teorias melhores. (POPPER, 2010, p.186).

Nesse sentido, embora Popper entenda que desde a proposta semântica de Tarski a ciência constitua-se inequivocamente como a busca da **verdade** interessante (ou seja,

⁷⁷ Nesse sentido, Leal destaca as advertências popperianas: “*não há método que estabeleça coerência máxima, exatidão, precisão aos enunciados; conteúdos lógicos de um enunciado são as suas consequências não-tautológicas deduzíveis (Popper-Tarski); conteúdos informativos são o conjunto de enunciados que não ocultam incompatibilidades (afirmações-negações) intrínsecas; nunca sabemos tudo acerca do que falamos; é impossível um conceito possuir fronteiras bem delimitadas (Popper versus Frege) não há conceitos sem ambiguidade ou de fronteiras nítidas; não é possível falar de maneira que os mal-entendidos sejam completamente afastados; não existe o que se possa denominar “elucidação” ou conceito totalmente “explicado” ou “preciso” (Popper versus Carnap)*”. (LEAL, 2010, p.171).

aquela capaz de trazer soluções úteis para problemas), não é a comprovação empírico-sensorial ou a confirmação probalística que apontariam se uma teoria ou conjectura corresponde melhor aos fatos, tendo em vista que nunca haverá certeza absoluta a respeito da qualidade (correspondência com os fatos) desses resultados, mas sim a adequação daquela teoria com determinados graus de verossimilhança.

Assim, mesmo inexistindo “*critérios gerais que nos permitam reconhecer a verdade (...), existe algo que se poderia chamar de critério de progresso em direção à verdade*” (POPPER, 2010, p.183), de modo que a **verdade** pode figurar como um princípio regular metodológico (POPPER, 2010, p.183), mas não como um princípio finalístico de desvelamento do real.

Desse modo, mesmo que não se negue a existência da **verdade** como apontamento fático único (Popper não trata de múltiplas **verdades** sobre o mesmo fato), na dúvida a respeito de sua comprovação, o que resta, objetivamente, é a possibilidade de avaliar a resistência daquela conjectura ou teoria às críticas formuladas. Conforme destaca Leal, a partir de Karl Popper não se pode crer

que a natureza (realidade) seja portadora de “**verdades**” intrínsecas e absolutas (não excepcionáveis ou infalíveis) como querem os indutivistas. O que Popper nos ensina é que a relação semântica entre o enunciado e o mundo não é **verdadeira** porque antes ocorrera a crença de que seria **verdadeira**, mas é verossímil pelo médium linguístico teórico-dedutivo de asserções hipotéticas ou conjecturais abertas à crítica (testes de resistência), visando à obtenção de conhecimento objetivo. Em Popper, ao contrário de Peirce, não há um “fim” da investigação científica como “**verdade**”. (LEAL, 2010, p.278-279).

Logo, torna-se possível constituir a seguinte proposição:

Presumindo que o teor de **verdade** e o teor de falsidade de duas teorias, T1 e T2 sejam comparáveis, podemos dizer que T2 tem uma semelhança mais estreita com a **verdade**, ou corresponde melhor aos fatos, do que T1, se e somente se

- (1) o teor de **verdade** de T2, mas não seu teor de falsidade, ultrapassar o de T1;
- (2) o teor de falsidade de T1, mas não seu teor de **verdade**, ultrapassar o de T2. (POPPER, 2010, p.192).

A teoria da verossimilhança de K. Popper permite identificar, sem recorrer ao subjetivismo, quais conjecturas são objetivamente mais resistentes às críticas e, por consequência, mais verossímeis e aproximadas dos fatos **verdadeiros**. É importante destacar que

A crítica em Popper, como enunciado teórico *ad-hoc* de interrogação de certezas, nada tem a ver com o criticismo kantiano de saberes apriorísticos advindos de uma reta razão inata e virtuosamente performativa e desinteressada. E nada tem a ver com a extração de conhecimentos pela repetição (indutivismo ou nomologia compreensiva). Popper substitui o método indutivo da Ciência pelo método da tentativa e da eliminação de erros (crítica). Separando-se o pensamento dogmático do pensamento crítico, isto é, distinguindo-se indução e demarcação, seria possível afastar o método indutivo que preconiza um esclarecimento a partir da falsa crença de um conhecimento **verdadeiro** pela repetição, embora, segundo Popper, não possa haver “fase crítica sem uma fase dogmática anterior”. Assim, a metodologia dedutiva de feições popperianas considera que “as teorias científicas, se não forem refutadas, devem continuar com o caráter de hipótese ou conjectura. (LEAL, 2010, p.171-172).

Embora tenha sido desenvolvida sob uma perspectiva epistemológica, objetivando trazer avanços ao método científico ao oferecer um caminho de ruptura com a teoria do senso comum do conhecimento, a proposta de Popper permite reflexões de grande relevância a respeito do processo penal e dos obstáculos encontrados para a descoberta de uma suposta verdade no caso penal.

Suponhamos que o **princípio da verdade real**, cuja constituição doutrinária e jurisprudencial preponderante estabelece que o processo penal brasileiro é capaz de revelar **verdades** absolutas e irrefutáveis a respeito de fatos e sujeitos, seja substituído por um **princípio da verossimilhança racional**.

Nesse sentido, ao trabalhar a concepção popperiana de verdade nos estudos constitutivos de seu Sistema Garantista (SG), Luigi Ferrajoli valeu-se da concepção de **verdade** em uma teoria científica proposta por K. Popper para apresentar uma idéia de **verdade processual como verdade aproximativa**, possibilitando a constituição de um **princípio regulador** (2006, p.53).

No entanto, o processualista italiano comete grave equívoco ao entender que se trataria de um “*princípio regulador (ou um modelo limite) na jurisdição*” (grifo nosso), que explicita seu errôneo entendimento à respeito do processo como instrumento da jurisdição (FERRAJOLI, 2006, p.53).

Nesse mesmo sentido, ao tratar da “*presunção de inocência*”, Luigi Ferrajoli aponta que “*a jurisdição é a atividade necessária para obter a prova de que um sujeito cometeu um crime (...)*” (2006, p.53), definição que se aproxima da atrasada perspectiva criticada por Rosemiro Pereira Leal da jurisdição como “*atividade dos juízes para*

resolver conflitos com eficiência pedagógica como resposta corretiva às chamadas ameaças ou lesão a direito” (2010, p.199).

Ora, conforme já demonstrado, desde Elio Fazzalari não se pode mais entender o processo como instrumento da jurisdição, conforme proposto pela escola instrumentalista do processo. Nesse sentido, é o **processo**, a instituição constitucionalizada teórico-jurídico-linguístico-autocrítica aberta de maneira dialógica às partes para a tutela da produção de provimentos (LEAL, 2011, p.55), a via devida para a produção probatória capaz de identificar se um sujeito cometeu ou não uma determinada conduta delituosa.

A **jurisdição**, sob a perspectiva neo-institucionalista, é a “*atividade estatal subordinada aos princípios e fins do processo*” na qual o órgão julgador deve “*cumprir e fazer cumprir o direito positivo*” (LEAL, 2011, p.54-55). Por essa razão, a jurisdição é “*instituto fundamental da Teoria do Estado, e não da Teoria do Processo*” (LEAL, 2011, p.55), não fazendo sentido inserir um **princípio regulador da verdade** no campo específico e restrito da jurisdição, quando sua aplicabilidade se dá no âmbito do **processo**, provocando reflexos na atividade jurisdicional em razão da **subordinação da jurisdição ao processo** e não o contrário.

Assim, este princípio só pode desenvolver-se de maneira compatível com a Constituição de 1988 (**processo constitucional**) caso estruture-se a partir da premissa que o **processo** (e não a jurisdição!) é um espaço democrático capaz de submeter, racionalmente, conjecturas a respeito de fatos e sujeitos a críticas, testando seu teor de **verdade** e de falsidade e constituindo, conforme expressão utilizada por Rosemiro Pereira Leal, uma **verdade ad hoc** que irá trazer validade à decisão (LEAL, 2010, p.219). Para a teoria neo-institucionalista, a **verossimilhança processual**

há de ser conteúdo instantâneo da alegação (meio lógico-jurídico) pelo nexó material do elemento e do instrumento de prova já existentes nos autos e perpassados pelo contraditório (...), não sendo a verossimilhança mera cogitação de possibilidade ou probabilidade pela qual o julgador compatibilize alegações de fatos e a lei, porque, como se discorreu, a sua caracterização é induzida da base empírica precógnita, ou seja, pela já existência, nos autos (suporte físico) do procedimento, do instrumento pré-constituído da prova. (LEAL, 2011, p.139).

Nesse sentido, ao nosso entender o **princípio da verossimilhança racional** pode ser definido como um método aplicável ao processo penal na concepção neoinstitucionalista, a partir das reflexões popperianas, uma formulação ou

reformulação *ad hoc* “para aumento de compreensão, clareza, ou precisão de um significado e não uma fórmula cabal para obter compreensão, clareza ou precisão absoluta” (LEAL, 2010, p.171). Não há compatibilidade entre verossimilhança racional e uma pretensa “**verdade real**” – como aponta Rosemiro Pereira Leal,

seria tautológica (asserção de conteúdo zero) a verossimilhança se sua aferição estivesse adstrita ao senso absolutista de **verdade** (juízos incontrovertidos) ou probabilidades engenhosas e não na verossimilitude que traduz, com efetividade, os conteúdos da teoria da prova articulável pelas alegações autorizadas na lei. (20110, p.139).

Chamaremos esse modelo teórico de processo penal brasileiro que se submete ao princípio da verossimilhança racional, constituído a partir da teoria neoinstitucionalista, de **processo penal democrático**.

No processo penal democrático, vigora o **princípio da presunção da não-culpabilidade**⁷⁸, de modo que todos os cidadãos revestem-se de uma conjectura principiológica imperativa (que denominaremos *Conjectura 1* ou *CI*): *quando um cidadão é acusado em um processo penal, não é culpado até que se prove o contrário*.

Nesse modelo, quando o Ministério Público apresenta uma denúncia (ou o advogado, uma queixa-crime), está formulando, tipicamente a partir de um inquérito policial concluído, uma conjectura de acusação (que chamaremos de *Conjectura 2* ou *C2*), objetivando demonstrar, por meio do apontamento detalhado da materialidade e da autoria, que suas alegações são mais verossímeis que a pressuposta não-culpabilidade do acusado – ou, de outro modo, que a não-culpabilidade do acusado é revestida de um teor de falsidade tão elevado, que supera seu teor de **verdade**.

Nesse ponto, Luigi Ferrajoli destaca que “a hipótese acusatória deve ser, antes de tudo, confirmada por uma pluralidade de provas ou dados probatórios. A tal fim,

⁷⁸ A respeito do princípio da presunção de inocência (não-culpabilidade), Aury Lopes Jr., aponta as seguintes características: “a) É um princípio fundante, em torno do qual é construído todo o processo penal liberal, estabelecendo essencialmente garantias para o imputado frente à atuação punitiva estatal; b) É um postulado que está diretamente relacionado ao tratamento do imputado durante o processo penal, segundo o qual haveria de partir-se da idéia de que ele é inocente e, portanto, deve reduzir-se ao máximo as medidas que restrinjam seus direitos durante o processo (incluindo-se, é claro, a fase pré-processual); c) Finalmente, a presunção de inocência é uma regra diretamente referida ao juízo do fato que a sentença penal faz. É sua incidência no âmbito probatório, vinculado à exigência de que a prova completa da culpabilidade do fato é uma carga da acusação, impondo-se a absolvição do imputado se a culpabilidade não ficar suficientemente demonstrada”. (2006, p.187-188) Por sua vez, para Rosemiro Pereira Leal, sob a perspectiva neoinstitucionalista o princípio da não-culpabilidade pode ser definido como a “*expectativa do direito fundamental da ampla defesa de maneira exauriente*” (2012).

deve ser formulada de tal modo que implique a verdade de vários dados probatórios e a explicação de todos os dados disponíveis” (2006, p.143).

Dessa maneira, no processo penal democrático, o papel da acusação deve ser buscar, pela via processual, submeter o teor de **verdade** da *Conjectura 1* à **crítica e testabilidade**, mediante a produção probatória democrática em juízo, de modo que o pressuposto de não-culpabilidade possa ter sua verossimilhança confirmada ou refutada.

Por sua vez, o papel da defesa deve ser apontar as aporias na *Conjectura 2*, explicitando que o teor de falsidade das afirmações de acusação é elevado, ao mesmo tempo em que reforça o teor de **verdade** da *Conjectura 1* naqueles pontos em que eventualmente tenha sido submetido à críticas pela *Conjectura 2*. É importante destacar que por força do princípio da presunção da não-culpabilidade, no processo penal democrático a defesa não precisa confirmar a *Conjectura 1* em juízo, o que implicaria em um “princípio de culpa”, mas tão somente refutar supostas falsidades contra essa conjectura constitucionalmente pressuposta que tenham sido suscitadas pela acusação, propriedade denominada “*prevalência da falsidade processual das hipóteses acusatórias*” por Luigi Ferrajoli (2006, p.48).

Logo, a partir do modelo popperiano, podemos apresentar o seguinte esquema básico do processo penal democrático⁷⁹:

⁷⁹ Embora esse esquema seja distinto e tenha objetivos diferentes do esquema nomológico-dedutivo da explicação causal elaborado por Luigi Ferrajoli, e sua abordagem popperiana advenha da influência do pensamento de Karl Popper na teoria neoinstitucionalista, **é imprescindível pontuar que há uma influência, ainda que difusa, da pesquisa de Ferrajoli em sua elaboração, em especial na disposição estrutural apresentada pelo jurista italiano no capítulo II – Modelos de Direito Penal de *Direito e Razão*** (2006, p.135-147). Também é fundamental destacar que, conforme indicado, trata-se de um esquema básico a respeito do funcionamento da construção de conjecturas em um sistema processual penal democrático. Em razão do escopo restrito e específico dessa pesquisa, não adentramos no esquema nomológico-dedutivo da explicação causal proposto por Luigi Ferrajoli em conformidade com seu **Sistema Garantista (SG)**, que de maneira muito mais complexa, propõe-se a apresentar uma solução lógica para a distinção entre conjecturas **verdadeiras** e falsas no processo penal. De igual modo, também não exploramos a proposta da **decisão processual penal por meio da bricolagem de significantes** proposta por Alexandre Morais da Rosa (2006), que também oferece, por uma via epistemológico-psicanalista, uma interessante via de solução decisória a partir de uma crítica da **verdade**. Rosemiro Pereira Leal também desenvolve uma **teoria do discurso jurídico no Estado Democrático de Direito** que, ao recepcionar a proposta de **verificação** de Edward Lopes, conclui que “*não há “verdades” democráticas a serem asseguradas se não correspondem aos fundamentos do sistema jurídico legalmente criado a partir de um interpretante que permita, argumentativamente, para todos, como devido processo, pensar de modo prospectivo e retrospectivo, os níveis fundantes (co-instituintes) do direito co-institucionalizado no seu percurso interpretativo-aplicativo*” (LEAL, 2010, p.278). Pela mesma razão, optamos por não tratar em maiores detalhes da **Teoria consensual da verdade** de Jürgen Habermas, no qual, em síntese, o filósofo alemão estabelece que a verdade implica “[n]uma pretensão de validade que deve poder ser legitimada discursivamente, isto é, por meio de argumentos”, de modo que “*um consenso*

Presumindo-se que a *C1* tem estreita semelhança com a **verdade**, ou corresponde melhor aos fatos, o julgador poderá dizer que a *C2* tem uma semelhança mais estreita com a **verdade**, ou corresponde melhor aos fatos, do que *C1*, se e somente se

- (1) o teor de **verdade** da *C2*, mas não seu teor de falsidade, ultrapassar o da *C1*;
- (2) o teor de falsidade da *C1*, mas não seu teor de **verdade**, ultrapassar o da *C2*.

Assim, em síntese, caberá ao julgador em sua decisão, (i) avaliar se a *C1* resistiu às críticas formuladas pela *C2* que estejam devidamente embasadas em provas, (ii) desconsiderar as críticas formuladas pela *C2* que não sejam referentes à fatos (afastando, portanto, o direito penal de autor) e (iii) avaliar a extensão e grau de reprovabilidade da conduta do agente para o arbitramento da sanção penal.

As ponderações a respeito da verossimilhança, do teor de **verdade** e do teor de falsidade de *C1* e *C2* não se confundem com o desvelamento de qualquer **verdade** irrefutável, ao mesmo tempo em que não implicam em um processo penal irracional, desconexo do mundo fenomênico. Nesse sentido, o próprio Karl Popper promoveu uma reflexão a respeito da aplicabilidade de sua concepção de verdade ao processo penal (restrito, em seu exemplo, ao Tribunal do Júri), ainda que para fins ilustrativos:

Se você é chamado ao tribunal como testemunha, você é exortado a dizer a verdade. E, supõe-se, com razão, que você compreenda esta exortação: sua asserção deve corresponder aos fatos: não deve ser influenciada por suas convicções subjetivas (ou pelas de outras pessoas). Se sua asserção não corresponde aos fatos, você mentiu ou cometeu um engano. (...) A certeza também é relativa no sentido de que ela sempre depende do que está em jogo. Suponho, portanto, que ocorre aqui uma confusão entre verdade e certeza; e em vários casos isso também pode ser demonstrado.

Isso tudo é de grande importância para a jurisprudência e a prática legal. A fórmula “No caso da dúvida, a favor do réu” e a idéia de tribunal do júri mostram isso. O que os jurados tem de fazer é julgar se o caso que se lhes apresenta é ainda um caso de dúvida ou não. Quem já foi jurado compreenderá que a verdade é algo objetivo, e a certeza, algo subjetivo. Isso se exprime com máxima clareza na situação do tribunal do júri.

*legitimado é um consenso racional e funciona como critério para distinguir o falso do verdadeiro consenso”, sendo o homem racional aquele “aberto ao parceiro do diálogo e aos objetos falados e não permite que sua conversa seja determinada por suas emoções ou puras tradições” (OLIVEIRA, Manfredo A. De, p.313-314, 2006). No entanto, compreendemos que o Sistema Garantista de Ferrajoli, a bricolagem de significantes de Moraes da Rosa a Teoria Consensual de Habermas, e a teoria do discurso jurídico neoinstitucionalista são propostas teóricas imprescindíveis para o estudo do processo penal após a ruptura com o princípio da **verdade real**, e certamente reclamarão uma análise futura.*

Quando os jurados chegam a um acordo – a uma “convenção” – isso se chama o “veredicto”. A convenção está longe de ser arbitrária. É o dever de cada jurado tentar encontrar a verdade objetiva, segundo seu melhor conhecimento e de acordo com sua consciência. **Mas ao mesmo tempo, ele deve estar ciente de sua falibilidade, de sua incerteza. E no caso de uma dúvida racional quanto a encontrar a verdade, ele deve votar a favor do réu.**

A tarefa é difícil e carregada de responsabilidade; e aqui se vê claramente que a transição de busca da verdade para o veredicto formulado verbalmente é matéria de uma resolução, uma decisão. E o mesmo se dá na ciência. (2006, p.16-17).

Produz-se no âmbito do processo penal democrático, portanto, aquilo que Luigi Ferrajoli chama de **verdade processual**: *“alcançada pelo respeito a regras precisas e relativa somente a fatos e circunstâncias perfilados como penalmente relevantes”*, não pretendendo *“ser a verdade; não é obtida mediante indagações inquisitivas alheias ao objeto pessoal; está condicionada em si mesma pelo respeito aos procedimentos e às garantias de defesa.”* (2006, p.48).

No processo penal democrático, a produção probatória é exclusiva das partes, afastando o juiz da gestão das provas e rompendo com esse aspecto do modelo inquisitório de procedimento penal.

Não é necessário que o magistrado se envolva com a produção de provas caso tenha dúvidas sobre a *CI*, pois em conformidade com a Constituição de 1988, que delimita e modula o convencimento motivado do julgador (de modo que jamais poderá ser plenamente livre), todos não são culpados até se prove o contrário – assim, não há, na realidade, a necessidade do julgador produzir provas de ofício objetivando contrapor a *C2* e reforçar o teor de **verdade** da *CI*.

E, por outro lado, incumbe ao Ministério Público, por expressa determinação constitucional, o exercício da função acusatória na maior parte dos crimes⁸⁰, tratando-se da instituição competente e plenamente capaz de submeter a *CI* a crítica, em razão não apenas de previsão legal mas também por seus quadros funcionais de elevada capacidade técnica, de modo que se mostra absolutamente descabida a invasão da competência institucional do MP e a sobrecarrega do julgador com vistas a reforçar a conjectura de acusação.

⁸⁰ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

Nesse mesmo sentido, não há margem para dúvidas a respeito de *CI*: pressupõe-se automaticamente verossímil. A instauração de dúvida, que corresponde ao teor de falsidade, deverá ser ponderada com o teor de **verdade** de *CI*.

Prevalecendo o teor de **verdade** da conjectura já pré-instaurada por força constitucional, significa dizer que a *C2* não foi capaz de refutar a não-culpabilidade do acusado. Sobressaindo-se o teor de falsidade, a *CI* foi desconstituída no exercício de testabilidade e crítica processual, e o magistrado passará a avaliar o grau de reprovabilidade e extensão da conduta do agente. E, havendo dúvida (equilíbrio entre *CI* e *C2*), por determinação normativa deve vigorar o **princípio *in dubio pro reo***⁸¹, impondo-se a absolvição do acusado.

Passamos agora à análise da sistemática de funcionamento vigente no **processo penal brasileiro**.

Estruturando-se a partir do princípio da **verdade real**, o processo penal brasileiro busca ser um método para elucidar a **verdade** plena a respeito de fatos pretéritos, de modo que possa avaliar (*i*) a necessidade do arbitramento de sanção, (*ii*) o grau da sanção e (*iii*) a extensão da sanção.

Assim como no modelo teórico de processo penal democrático apresentado, vigora no processo penal brasileiro o princípio da presunção da não-culpabilidade (que também chamaremos de *Conjectura 1* ou *CI*). Por sua vez, cabe à acusação, seja ela realizada pelo Ministério Público ou por advogado, desconstituir esse princípio por meio da demonstração da **verdade real** a respeito de fatos pretéritos, em uma estrutura binária: há **verdade** ou não há **verdade** (também chamaremos essa conjectura de *Conjectura 2* ou *C2*).

Conforme a jurisprudência, a dogmática predominante e a Exposição de Motivos do Código de Processo Penal apontam, cabe ao juiz o papel central de desvelar a **verdade real**, podendo produzir provas em conformidade com hipóteses que tenha

⁸¹ Conforme aponta Aury Lopes Jr., “Ao lado da presunção de inocência, como critério pragmático de solução da incerteza (dúvida) judicial, o princípio do *in dubio pro reo* corrobora a atribuição da carga probatória do acusador. A única certeza exigida pelo processo penal refere-se à prova da autoria e da materialidade, necessárias que se prolata uma sentença condenatória. Do contrário, em não sendo alcançado esse grau de convencimento (e liberação de cargas [perspectiva teórica goldschmidtiana]), a absolvição é imperativa” (2006, p.190).

formulado em sua mente, independentemente da participação das partes (o que constitui uma terceira conjectura, que denominaremos *Conjectura 3* ou *C3*).

É importante destacar que embora por força do **princípio da motivação das decisões** (art. 93, IX da Constituição de 1988) o magistrado precise fundamentar as razões que o levaram a requerer de ofício a produção probatória, ele não é obrigado, por sua vez, a explicitar as razões que o levaram a *não* determinar a produção de *outras* provas. De fato, pela própria estrutura solipsista da hiper-racionalidade inquisitória, não há a explicitação (e explicação) possível para todas as hipóteses e conjecturas que formula em sua consciência, nem, lado outro, possibilidade prática de abordar todas as outras razões e perspectivas que deixou de tratar.

Desse modo, inexistente no processo penal brasileiro qualquer mecanismo de controle genuíno e racional que impossibilite o magistrado de privilegiar a *C1* (cujos princípios da não-culpabilidade e *in dubio pro reo* já asseguram o privilégio) ou a *C2* (que por força constitucional deveria competir exclusivamente ao Ministério Público, ressalvadas as ações penais em que, por previsão de lei, decorrem de apresentação de queixa crime, hipótese que, no entanto, não exclui a participação do *Parquet*).

Ademais, percebe-se que no processo penal brasileiro há uma tendência muito maior dos magistrados buscarem exercer sua gestão probatória de maneira contrária a *C1*, em razão da secular política criminal autoritária brasileira, com grande influência sobre a concepção do Código de Processo Penal varguista e das leis processuais penais subsequentes. É apontada como função extraconstitucional (ou *exceptio*-constitucional) do magistrado apurar a **verdade**, mas em razão do binômio de princípios não culpabilidade/*in dubio pro reo*, a **verdade** já se encontra apurada preliminarmente: o acusado não praticou qualquer conduta delituosa, a não ser que a *C2* demonstre-se mais robusta.

Portanto, se já existe uma verdade previamente constituída, não há nada a se buscar pelo decisor.

Sua complexa tarefa consiste em analisar as provas e os argumentos produzidos pela acusação e consolidados na *C2*, dispensando qualquer iniciativa probatória. A não ser, é claro, que essa iniciativa probatória do magistrado seja direcionada em *outro*

sentido, uma função oculta, mas codificada no sistema processual penal pátrio pela ideologia autoritária do Estado de Exceção.

Na realidade, ao constituir o julgador como um investigador/inquisidor hiperracional o Código de Processo Penal brasileiro busca agredir o binômio da não culpabilidade/*in dubio pro reo*, atendendo à sua proposta de redução dos “*pseudodireitos individuais*” que prejudicariam o “*bem comum*” definida na Exposição de Motivos, interpretando-se o “*bem comum*” aqui como o atendimento da ideologia punitivista pós-política da vez (na época, a ideia de lei, ordem e repressão da cultura de inspiração fascista da ditadura de Getúlio Vargas).

Ocorre que se há uma **verdade** a ser buscada pelo julgador, significa dizer que, na prática, não se presume a não-culpabilidade do acusado, uma vez que a primazia da ausência de culpa como **verdade** pré-constituída não se sustenta.

Assim, a partir dessas considerações podemos constituir o seguinte esquema para o processo penal brasileiro, constituído sob a égide da **hiper-inquisitorialidade**:

Presumindo-se que *C1* possa ser a **verdade real**, ou possa corresponder aos fatos, o julgador poderá dizer que *C1* é a **verdade real** ou corresponda aos fatos, se e somente se

- (3) *C2* não demonstrar que *C1* não é a **verdade real**, ou não corresponde aos fatos;
- (4) *C3* não demonstrar que *C1* não é a **verdade real**, ou não corresponde aos fatos;
- (5) *C3* não demonstrar que *C2* não é a **verdade real**, ou não corresponde aos fatos;

Percebe-se que a *C3*, formulada pelo julgador, abrange as duas outras conjecturas: a “busca da **verdade**” pelo magistrado pode tanto desconstituir *C1*, que, a despeito do binômio da não-culpabilidade/*in dubio pro reo*, é visto como uma possibilidade e não um fato até que se prove o contrário, quanto fortalecer a *C2*, que, de premissa fraca por determinação constitucional, é elevada à paridade com *C1*.

O esquema suscita duas indagações principais, que serão investigadas a seguir: 1º) o processo penal brasileiro é capaz de alcançar a **verdade real**, ou seja, recompor todos os fatos pretéritos a respeito de um crime, tanto de natureza objetiva (materialidade) quanto de natureza subjetiva (autoria)? 2º) há a observância ao princípio

da imparcialidade quando o julgador deve conjecturar sua própria proposta de **verdade real**?

3.3.1 Aspectos controversos do desvelamento da verdade quanto a subjetividade, autoria e comportamento do acusado

O direito penal e processo penal brasileiro realizam ampla análise da subjetividade: trabalham com teorias da culpa e pretendem compreender, com profundidade, toda a dimensão do sujeito. A culpabilidade do agente implica na determinação de noções como sua compreensão a respeito dos fatos, sua vontade e seu domínio em direção ao resultado final que ofenda um bem jurídico tutelado pela legislação penal material, sendo este, portanto, penalmente relevante.

Expressões como “*temperamento*”, “*caráter*” e “*personalidade*” estão presentes como elementos instrutórios do inquérito policial que acompanha o processo penal⁸². Por sua vez, o Código de Processo Penal apresenta sistemática própria para a avaliação da saúde mental do acusado, critério para a análise da imputabilidade penal e eventual arbitramento de sanção penal ou medida de segurança.

No entanto, a breve análise das discussões realizadas ao longo do último século tanto na psiquiatria quanto na psicanálise apontam a existência de um abismo entre esses avanços e a teoria e o procedimento penal brasileiro, que se mostra incapaz de se aproximar de uma concepção verossímil e racional a respeito do sujeito, constituindo-se, na realidade, como mero reproduzidor de uma “**verdade**” unívoca, legitimada somente por sua derivação de um rito estatal, característica do pensamento solipsista e do senso comum do conhecimento.

A seguir realizaremos alguns breves e sintéticos apontamentos a respeito de discussões sobre o sujeito e a sociedade que se mostram cruciais para uma tentativa de

⁸² Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

(...)

IX - averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuam para a apreciação do seu temperamento e caráter.

aproximação da compreensão de condutas desviantes (e que portanto, poderiam conduzir a algum grau de verossimilhança ou “**verdade**”), objetivando demonstrar a ineficiência para atingir qualquer “**verdade**”, ainda que precária, pelo processo penal vigente no Brasil.

A noção de periculosidade inata dominou a criminologia do século XIX, fragmentando a resposta punitiva “*entre o direito penal e a psiquiatria, conforme o diagnóstico de sua patologia (criminoso ou doente)*” e definindo os papéis a serem desempenhados tanto pelo discurso jurídico-penal quanto médico-psiquiátrico, com resultados sociais catastróficos (CARVALHO, 2010, p.163) advindos da violência do encarceramento em massa:

a cisão artificial entre normais e loucos, entre pessoas sadias e enfermas – traduzida no direito pela reprodução discursiva dos entereótipos que opõem criminosos e não-criminosos -, é sustentada pelo espaço institucional dos manicômios (e dos cárceres). Do ponto de vista da fundamentação teórica e da produção da linguagem técnica de controle, a imagem do anormal, bem como o local de isolamento a ele destinado, assegura a construção e a manutenção de estigmas justificadores da intervenção correcionalista. (CARVALHO, 2010, p.166).

A antipsiquiatria surge como reação filosófica, social, científica e jurídica ao fracasso dos manicômios e das políticas de encarceramento, estudando “*fundamentalmente as doenças que não tem substrato biológico, que se constituem em atitudes do indivíduo julgadas sobre critérios éticos e culturais e que são vivias por ele com uma linguagem própria*” (CASTRO, apud CARVALHO, 2010, p.165).

As reflexões antipsiquiátricas evidenciam que “*a loucura não se encontra ‘numa pessoa’, porém num sistema de relacionamentos em que o ‘paciente’ rotulado participa*” (COOPER, apud CARVALHO, 2010, p.167) e explicitam que “*a psiquiatria serve à função de rotulação de indivíduos como doentes e, em consequência, a criação de bodes expiatórios psiquiátricos*” (CARVALHO, 2010, p.167). Assim, a partir dessas críticas, se torna flagrante que o

conceito de doença mental funcionara, pois, como misto, visto inexistir ‘a’ doença mental senão desde sua própria elaboração conceitual como juízo de valor. Distingue[-se], portanto, as doenças orgânicas do cérebro que produzem déficits neurológicos inquestionáveis, das *doenças da mente*, as quais não se pode explicar como defeito ou alteração do sistema nervoso, mas como *problemas do viver*. (CARVALHO, 2010, p.167).

Dessa maneira, Salo de Carvalho defende a inexistência de “*diferença conceitual que justifique tratamento diferenciado entre os usuários dos serviços de*

saúde mental que praticaram e aqueles que não praticaram atos previstos em lei como delito” (2010, p.176).

Esses avanços na psiquiatria ainda carecem de reflexos no processo penal brasileiro, no qual ainda se realiza um exame “médico-legal” de “insanidade”⁸³ para a avaliação da inimputabilidade do sujeito, e não uma análise pautada no reconhecimento de problemas do viver, que supere e elimine a noção de inimputabilidade (CARVALHO, 2010, p.177) em prol de uma avaliação técnica amplamente aberta à participação das partes e “*que contenha garantias materiais e judiciais às pessoas que necessitam dos serviços de saúde mental*” (CARVALHO, 2010, p.177).

De igual modo, Jacinto Coutinho (2006, p.69) aponta que a interseção entre direito e psicanálise se mostra cada vez mais necessária, embora, por outro lado, também inspire grande cautela. Em análise a respeito dessa relação, Salo de Carvalho destaca que todas as teorias modernas do delito orbitam na tensão entre dois pressupostos da responsabilidade penal: a consciência e a vontade do agente (2010, p.243).

A psicanálise desestabiliza por completo esses pilares, uma vez que “*a inserção da categoria psicanalítica inconsciente no direito penal desencadeia processo de esfacelamento da teoria dogmática do delito análogo ao provocado na filosofia da consciência*” (CARVALHO, 2010, p.243), e explicita que “*a consciência não é soberana e que o eu não é autônomo*” (CARVALHO *apud* BIRMAN, 2003, p.59). Nesse sentido, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho aponta que

⁸³ Art. 149. Quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, o juiz ordenará, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado, seja este submetido a exame médico-legal.

§ 1º O exame poderá ser ordenado ainda na fase do inquérito, mediante representação da autoridade policial ao juiz competente.

§ 2º O juiz nomeará curador ao acusado, quando determinar o exame, ficando suspenso o processo, se já iniciada a ação penal, salvo quanto às diligências que possam ser prejudicadas pelo adiamento.

Art. 150. Para o efeito do exame, o acusado, se estiver preso, será internado em manicômio judiciário, onde houver, ou, se estiver solto, e o requererem os peritos, em estabelecimento adequado que o juiz designar.

§ 1º O exame não durará mais de quarenta e cinco dias, salvo se os peritos demonstrarem a necessidade de maior prazo.

§ 2º Se não houver prejuízo para a marcha do processo, o juiz poderá autorizar sejam os autos entregues aos peritos, para facilitar o exame.

Art. 151. Se os peritos concluírem que o acusado era, ao tempo da infração, irresponsável nos termos do [art. 22 do Código Penal](#), o processo prosseguirá, com a presença do curador.

Pela lição da psicanálise, pode-se dizer que o ego é um refém de várias tensões, com a tarefa árdua de medir os imperativos do ego e do *id*. Exatamente por isso, ele não detém a palavra final, que pertence a outras instâncias. Aparenta exercer um poder de organizar o psiquismo do indivíduo, mas é subserviente ao superego, seu controlador, o fiscal de suas ações, e que lhe impõe um sentimento de culpa se não for atendido. (2012, p.104).

Por sua vez, para Rosemiro Pereira Leal,

a psicanálise ocupou-se pioneiramente do não saber (o inconsciente) como novidade científica trazida por Freud e discutida por Lacan no influir do séc. XX, o que permaneceu (e ainda permanece) olvidado pelos juristas, restando a estes alguns esforços pela escola legendreana, que, reforçando Kelsen (o nome do pai miticamente autocrático), traz um enfoque psicológico-corretivo (sancionário) que, por paradoxal, piora o quadro positivista do direito atualmente praticado, transformando a psicanálise em psiquiatria, psicologia e psicoterapia, como instrumento auxiliar da readaptação (ressocialização) do infrator a uma comunidade política paranoica cujos começos e fins dogmáticos não são esclarecidos ou perquiridos. (2011, p.85)

Assim, se mostra impossível a absoluta compreensão a respeito da consciência e da vontade do agente sem uma incursão na dimensão do inconsciente. É importante ressaltar que a psicanálise não funciona como um instrumento racionalizado de navegação nesses domínios, que poderia, conforme o projeto de racionalidade da civilização ocidental moderna, trazer a tona uma “**verdade real**” sobre as intenções do agente. De fato,

a ausência de elementos estáveis ou mínimos de verificabilidade da consciência da ação excluiria qualquer possibilidade de atribuição de responsabilidade penal, visto ser, segundo a construção da teoria do delito, inadmissível aplicação de sanção desprovida do adjetivo consciência. Entendida a consciência, segundo a dogmática do delito, como capacidade de escolha livre da conduta delitiva, ou seja, vinculada à possibilidade de anuência com resultado juridicamente ilícito da conduta. (CARVALHO, 2010, p.243-244).

Nesse sentido, a psicanálise apresenta (e representa) teorias radicais da **verdade** que impossibilita a sua estrita e imediata aplicabilidade ao direito penal e processo penal: “*conforme sinaliza Freud, a construção da **verdade** na análise é independente de qualquer correspondência, por menor que seja, com quaisquer fatos provenientes da experiência do paciente*” (CARVALHO, 2010, p.246). Ou, conforme aponta Žižek, a partir de sua leitura de Lacan⁸⁴,

⁸⁴ Conforme destaca Gilson Ianni, “*Lacan aceita o desafio perspectivista, em consonância com Nietzsche: ele recusa soluções metafísicas para o problema da verdade, como a essência platônica ou o Deus veraz cartesiano; ao mesmo tempo, rejeita pensar a verdade sob a rubrica de uma revelação originária do Ser, nos quadros da hermenêutica heideggeriana. Por outro lado, recusa as soluções lógico-positivistas, de cunho correspondencialista ou verificacionista; assim como não endossa as*

o inconsciente freudiano causou tamanho escândalo não por afirmar que o eu racional está subordinado ao domínio muito mais vasto dos instintos irracionais cegos, mas porque demonstrou como o próprio inconsciente obedece à sua própria gramática e lógica: o inconsciente fala e pensa. O inconsciente não é terreno exclusivo de pulsões violentas que devem ser domadas pelo eu, mas o lugar onde uma **verdade** traumática fala abertamente. Ai reside a versão de Lacan do moto de Freud *Wo es war, soll ich werde* (Onde isso estava, devo advir): não “O eu deveria conquistar o isso”, o lugar das pulsões inconscientes, mas “Eu deveria ousar me aproximar do lugar da minha **verdade**”. O que me espera “ali” não é uma **Verdade** profunda com a qual devo me identificar, mas uma **verdade** insuportável com a qual devo aprender a viver. (ŽIŽEK,2010, p.09).

Observa-se que a **verdade** do inconsciente não pode ser revelada pelo processo penal, sob o risco de instrumentalizá-lo em uma “*psicoscopia*”, com o réu mais uma vez transformado em objeto ao pior estilo inquisitorial, substituindo a **verdade** que emana dos fatos pela **verdade** construída a partir do método psicanalítico, o serviria “*somente para justificar a pena, potencializando a lógica inquisitiva*” (CARVALHO, 2010, p.246-248).

Como fica claro, tanto o Código Penal quanto o Código de Processo Penal desconsideraram em larga medida as disciplinas que proporcionaram ao longo do último século uma densa reflexão a respeito do sujeito, provendo a possibilidade de releitura e crítica às próprias bases das disciplinas jurídicas, instituídas na modernidade a partir de correntes positivistas etnológicas, biopsicológicas, deterministas e psiquiátricas.

O processo penal brasileiro condiciona uma possibilidade de diálogo com a experiência da desrazão apenas em situações extremas, como a inimputabilidade e a semi-imputabilidade, sempre submetidas aos critérios de *experts* legitimados pela força do provimento emanado do Estado-Juiz, ou, pior ainda, a um perigoso senso-comum, os “*jargões morais jurídicos*” que, conforme aponta Alexandre Morais da Rosa, servem retoricamente para trazer a ilusão de uma fundamentação tecnicamente legítima, e, na prática, somente agravam a pena (2006, p.349).

Portanto, tratar dos conceitos de culpa, vontade e consciência no processo penal brasileiro, em absoluta desconsideração dos ganhos intelectuais promovidos pela psicanálise, pode ser uma solução paliativa para o enfrentamento de questões de grande

teorias semânticas da verdade advogadas pela tradição anglo-saxã. A concepção lacaniana de linguagem, que concede à tese da impossibilidade da meta-linguagem um lugar privilegiado, embarga, ao mesmo tempo soluções metafísicas, hermenêuticas e lógico-semânticas. Dizer que não existe metalinguagem “ou, mais aforisticamente, que não há Outro do Outro” (E. P.827), é vetar a possibilidade de um discurso primeiro – seja a metafísica, a poesia ou a ciência – que legitime discursos particulares. Nem metadiscursos, nem instâncias extradiscursivas servirão como fiadores da verdade.” (2012, p.23).

complexidade no nível teórico-institutivo-legislativo da normatividade processual penal, mas definitivamente explicita a impossibilidade do processo penal aproximar-se de qualquer **verdade** genuína a respeito dos sujeitos processuais e sua subjetividade.

É inegável que a psicanálise implica obrigatoriamente na redefinição de toda a estrutura penal e processual penal de modo a recepcionar, ou, ao menos, problematizar as noções de desvio, violência e inconsciente sob uma perspectiva distinta do racionalismo eminentemente positivista que ainda impera nas ciências penais, de modo que sua aplicação simplesmente não pode ocorrer mediante pequenas e pontuais modificações legislativas ou de hermenêutica legal.

Enquanto tais mudanças radicais não são discutidas e submetidas à crítica séria por meio do processo legislativo democrático, uma profunda dimensão de **verdade** a respeito de todos os sujeitos envolvidos diretamente e indiretamente no processo penal – agentes, vítimas, a própria sociedade, as agências de criminalização primárias e secundárias, a mídia – permanecerá absolutamente negligenciada na estrutura atual do processo penal brasileiro.

Uma crítica semelhante pode ser desenvolvida à preocupação do processo penal com a conduta social: os “*bons antecedentes*” e a “*vida pregressa*” do acusado. Além de analisar o “ânimo”, “temperamento” e “caráter” do suspeito (elementos que só poderiam ser devidamente avaliados sob o prisma das ciências *psi* e da psicanálise), a autoridade policial, em fase de inquérito, deve, conforme disposto no art. 6º, IX, do Código de Processo Penal “*averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica...*”. Destaca Alexandre Morais da Rosa que

a conduta social, também na linha da mentalidade criminológica (Rauter) vasculha qualquer situação da vida pessoal para ali encontrar, retoricamente, um motivo para majoração da pena. Qualquer pessoa possui na sua ‘história pregressa’ situações traumáticas, geradoras de situações psicológicas (neuroses, psicoses, etc) e qualquer acontecimento é pescado para justificar a majoração da pena. O passado é retomado, não no sentido que pretende a psicanálise, mas para justificar o presente, a pena. (2006, p.352).

Embora a pequena reforma processual de 2008 tenha revogado o art. 594 do Código de Processo Penal⁸⁵, que impossibilitava a apelação em liberdade, ressalvada a

⁸⁵ ~~Art. 594. O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto~~

exceção somente de réu primário e de bons antecedentes, critérios subjetivos e sociais como “periculosidade”, “bons antecedentes” e “profissão lícita” (confundida com a noção de emprego formal), permanecem sendo decisivos para revelarem a **verdade** a respeito das “condições pessoais” do acusado, critério este que, conforme o art. 282, II, do Código de Processo Penal⁸⁶, deverá ser observado para a decretação e revogação das medidas cautelares, incluindo a prisão cautelar⁸⁷.

Ademais, o procedimento de execução penal permanece sendo diretamente influenciado pelos “antecedentes” do apenado⁸⁸, informações determinantes para a permanência ou não do cidadão no sistema prisional. No entanto, a constituição da **verdade** a respeito dos antecedentes do indivíduo, do inquérito policial à execução penal, permanece sendo realizada de maneira precária, à margem de uma série de campos do saber (ciências sociais, ciências políticas, criminologia, ciências médicas) que possibilitariam a constituição de relatórios técnicos em contraditório.

⁸⁶ Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

(...)

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado

⁸⁷ Nessa perspectiva, é importante observar que conforme Rosemiro Pereira Leal destaca, “A cautelaridade decisória ou a tutelaridade antecipada, em suas variáveis procedimentais, preventivas, preparatórias, inibitórias, mandamentais ou executivas, somente se legitimam na constitucionalidade do direito democrático, se realizadas sob o devido processo constitucional, no qual os princípios do contraditório, ampla defesa e isonomia que lhe são institutivos, à finalidade de liminar atendimento *inaudita altera parte*, já tenham sido atendidos, na estrutura procedimental constituinte, em devido processo legislativo de criação normativa das situações jurídicas (direitos-garantias) de fundamentalidade não cambiáveis (liberdade, igualdade, dignidade, patrimonialidade), desde que também suscetíveis de ampla e intercorrente correição na estrutura espaço-temporal discursiva dos procedimentos instaurados ao pleito das denominadas tutelas de urgência. (2002, p.157).

⁸⁸ Art. 696. O juiz poderá suspender, por tempo não inferior a 2 (dois) nem superior a 6 (seis) anos, a execução das penas de reclusão e de detenção que não excedam a 2 (dois) anos, ou, por tempo não inferior a 1 (um) nem superior a 3 (três) anos, a execução da pena de prisão simples, desde que o sentenciado: [\(Redação dada pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977\)](#)

I - não haja sofrido, no País ou no estrangeiro, condenação irrecoorrível por outro crime a pena privativa da liberdade, salvo o disposto no parágrafo único do [art. 46 do Código Penal](#); [\(Redação dada pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977\)](#)

II - os antecedentes e a personalidade do sentenciado, os motivos e as circunstâncias do crime autorizem a presunção de que não tornará a delinquir.

(...)

Art. 714. O diretor do estabelecimento penal remeterá ao Conselho Penitenciário minucioso relatório sobre:

I - o caráter do sentenciado, revelado pelos seus antecedentes e conduta na prisão;

(...)

Art. 736. O Conselho Penitenciário, à vista dos autos do processo, e depois de ouvir o diretor do estabelecimento penal a que estiver recolhido o condenado, fará, em relatório, a narração do fato criminoso, examinará as provas, mencionará qualquer formalidade ou circunstância omitida na petição e exporá os antecedentes do condenado e seu procedimento depois de preso, opinando sobre o mérito do pedido.

Da maneira em que esses dados são produzidos, a noção de “bons antecedentes” insere-se no círculo vicioso produtor da delinquência esquematizado por Michel Foucault:

O sistema polícia-prisão corresponde a uma delinquência manejável. Esta, com sua especificidade, é um efeito do sistema; mas torna-se também uma engrenagem e um instrumento daquele. De maneira que se deveria falar de um conjunto cujos três termos (polícia-prisão-delinquência) se apoiam uns sobre os outros e formam um circuito que nunca é interrompido. A vigilância policial fornece à prisão os infratores que esta transforma em delinquentes, alvo e auxiliares dos controles policiais que regularmente mandam alguns deles de volta à prisão. (...) a justiça penal com todo o seu aparelho de espetáculo é feita para atender à demanda cotidiana de um aparelho de controle meio mergulhado na sombra que visa engrenar uma sobre a outra polícia e delinquência. Os juízes são empregados, que quase não se rebelam, desse mecanismo. (2010, p.267)

Assim, a clientela das agências de criminalização primárias e secundárias (que, conforme já ressaltado nas considerações realizadas no primeiro capítulo da presente dissertação, comportam-se hoje em observância às agendas do punitivismo pós-político, identificando “inimigos da vez” tanto entre as camadas sociais despatrimonializadas quanto entre as mais abastadas) não escapa, via de regra, à produção de uma **verdade** a respeito de seu passado que os constituem como sujeitos dotados de “maus antecedentes”.

Visados pela polícia ostensiva e judiciária e transformados em delinquentes pelo aparelho prisional (sejam as medidas sócio-educativas de internação provisórias e permanentes aplicadas aos adolescentes infratores ou a inserção cautelar e permanente no sistema penitenciário), serão sempre indivíduos perigosos, cujo histórico reclama a intervenção cautelar e posterior condenação e manutenção no cárcere (ocorrências que, por sua vez, também “sujam” ainda mais a “ficha” desses sujeitos, fazendo a engrenagem girar...).

Assim, conforme aponta Alexandre Morais da Rosa, “*os antecedentes se constituem, pois, na ‘ficha de pecados’ do acusado e devem ser lidos, no mínimo conforme a Constituição, a fim de se evitar a estigmatização eterna*” (2006, p.346).

Desse modo, a **verdade** que o processo penal brasileiro produz a respeito dos antecedentes do acusado no processo penal é frágil, míope. A implantação de uma avaliação multidisciplinar de antecedentes, produzida em contraditório pelas partes, com seus marcos teóricos explicitados – uma versão radical e democrática dos relatórios

psicossociais do direito infracional – poderia ser uma alternativa capaz de produzir dados mais fidedignos para embasarem o juízo penal.

Enquanto medidas como essa não são adotadas pelo legislador pátrio, o processo penal brasileiro permanece incapaz de produzir antecedentes **verdadeiros** a respeito de quem quer que seja, contentando-se em enquadrar tais medidas às exigências sócio-político-midiáticas, externas ao processo.

Portanto, como fica claro, uma análise sintética e breve a respeito de dois elementos constituintes do sujeito no processo penal brasileiro, com profundos reflexos na definição da autoria e arbitramento de sanções encontram-se em absoluto descompasso com as modificações teóricas ocorridas no último século.

De fato, embora o déficit de debate democrático no âmbito do processo legislativo brasileiro seja assombroso, pois independentemente da adoção ou não desses novos marcos a sua discussão aberta a todos os integrantes da Comunidade Jurídica já deveria ter sido a muito promovida, é inequívoco que sempre haverá um atraso teórico entre as norma penal os avanços científicos, sociais, filosóficos ou psicanalíticos a respeito da constituição do sujeito (ou até mesmo da própria matéria), o que torna qualquer “**verdade**” produzida no âmbito do processo penal, mesmo no processo penal democrático, necessariamente precária.

Nesse sentido, é como Cleverson Leite Bastos e Kleber B.B CandiOTTO destacam a respeito da proposta popperiana de verdade: “*tem relevância especial nos casos em que sabemos que precisamos trabalhar com teorias que são, na melhor das hipóteses, aproximações*” (2008, p.94).

A partir dessa perspectiva, é necessário deixar claro que mesmo a aplicabilidade de um **princípio da verossimilhança racional** é tão somente uma solução paliativa ou, conforme aponta Alexandre Morais da Rosa ao tratar da verdade processual, o “*fazer o possível, mesmo que o resultado não seja perfeito*” (2006, p.368), para um problema de complexidade ainda maior (cujo escopo foge a presente pesquisa) e que deve ser enfrentado por qualquer estado constitucional que queira ser denominado “democrático”: como e porque arbitrar sanções restritivas de direitos, em especial do direito à liberdade, à dignidade e, por vias reflexas, à vida.

3.3.2 O princípio da verdade real, sua relação com a formação do convencimento a partir de entrevistas realizadas com julgadores

O capítulo anterior evidenciou sob uma perspectiva conceitual como o princípio da **verdade real** estrutura, impulsiona e legitima a atuação do julgador, pautada esta pelo primado da hipótese sobre os fatos. Durante o levantamento bibliográfico do presente trabalho, tivemos acesso à pesquisa de campo realizada por Regina Lúcia Teixeira Mendes intitulada “*Verdade real e livre convencimento: O processo decisório judicial brasileiro visto de uma perspectiva empírica*” (2010), na qual a pesquisadora realizou diversas entrevistas com magistrados objetivando compreender a formação do livre convencimento, tendo identificado, nesse percurso, íntima relação entre o princípio da **verdade real** e o livre convencimento do julgador. Passaremos a analisar a seguir alguns trechos dessa entrevista à luz da discussão que vem sendo desenvolvida na presente pesquisa, objetivando ilustrar e consolidar os apontamentos realizados.

Sobre a atividade decisória, o magistrado *J4* aponta o seguinte:

Você é o julgador mesmo. Ali é escutar... Pesar os prós e os contras, se está convencido para absolver ou condenar: sentença e pronto e acabou. Se não está convencido, o artigo 157 [ainda do CPP] me dá essa brecha de buscar provas quantas vezes eu quiser. Eu posso, por exemplo, interrogar uma testemunha dez vezes. Faço sempre. Principalmente quando a prova é conduzida por outro. Por exemplo, posso citar que tem desembargadores aqui e colegas juízes que se você dá um processo criminal pra decidir ele vai ler o que está escrito e vai decidir de acordo com o que está escrito e pronto. Se tiver alguma dúvida ele aplica o princípio do *in dubio pro reo*, absolve e acabou. Por exemplo, uma testemunha presencial que faltou, uma testemunha que viu o crime, mas não foi à audiência. O promotor desistiu, a defesa desistiu, ele pura e simplesmente homologou a desistência e absolveu o caso. Fez justiça? (MENDES, 2010, p.446).

Embora o princípio da **verdade real** seja estruturante do processo penal, o próprio magistrado reconhece (talvez de maneira imperceptível), o caráter questionável da postura de juiz-investigador que adota ao afirmar que o artigo 157 do Código de Processo Penal lhe dá uma “*brecha*” para buscar a prova “*quantas vezes quiser*”.

A expressão “*brecha*” é costumeiramente utilizada tanto no direito quanto em outros campos científicos ou culturais que desempenham alguma análise das práticas jurídicas (como a mídia, por exemplo) para denotar o dispositivo legal (ou a ausência dele) que possibilita a prática de uma conduta lícita, embora originalmente inesperada pelo legislador, além de socialmente reprovável (o conhecido discurso midiático que aponta o advogado, por exemplo, como o ator processual que trabalha identificando

“brechas na lei” para “salvar” seus clientes, já previamente julgados e condenados pela opinião pública midiática, dos ferros da prisão).

Para esse julgador, a aplicação do princípio do *in dubio pro reo* também parece vinculada a uma noção de fracasso, incompetência ou preguiça das partes: a testemunha presencial faltou, “*o promotor desistiu, a defesa desistiu*” e o juiz “*simplesmente*” aplicou a previsão do *in dubio pro reo*, o que configuraria uma “injustiça”, pois, implicitamente, decisão justa é aquela que revela a **verdade** – mas a inocência do réu jamais pode ser a **verdade**...

Ao estabelecer uma tensão entre aplicar a norma e “*fazer justiça*”, o magistrado enquadra-se ao velho preceito de conduta proposto por Francesco Carnelutti e criticado por Rosemiro Pereira Leal. Conforme aponta Leal, para Carnelutti o

decididor (juiz) não é o achador de um preceito de direito (*Rechtsfinder*), mas um achador (descobridor) de um preceito ético diluído na névoa dos tempos só sensibilizável por um *sentire* divinatório do descobridor da sentença (*Unteilsfinder*), que é a “fórmula” que reúne, por essa catarse pitônica do decididor, o preceito e a sanção. (...) O descobridor-decisor é nesse ensino “aquele que escuta a voz de Deus” (sic) imanente de regras éticas de validade universal. (2002, p.19).

Em outro trecho de sua entrevista, o julgador *J4* reforça que a busca da **verdade real** seria o caminho para o processo penal produzir uma decisão justa (e, portanto, legítima):

Há juízes que interpretam literalmente isso aqui, considerando como livre apreciação da prova somente o que o Ministério Público oferece e o que a defesa oferece. Mas isso, em matéria penal, processual penal, se você se limitar ao texto da lei, é perigoso. Porque você corre o risco de não fazer justiça e às vezes cometer uma injustiça. O cometimento de uma injustiça pode ser, por exemplo, a não condenação de um cidadão quando ele merece a condenação, se você aprofundar na apreciação da prova. Na busca, a apreciação da prova, nesse caso, na busca do que costumam chamar de **verdade real**. Eu acho que por esse dispositivo, 157, você não tem limites na busca dessa **verdade real**. Tanto que ele te remete a outros dispositivos. (MENDES, 2010, p.465).

É interessante observar que assim como em sua narrativa anterior, esse magistrado traça uma relação de oposição entre “*se limitar ao texto da lei*” (princípio da legalidade), e apreciar tão somente as provas produzidas pela acusação e defesa, e “*correr o risco de não fazer justiça*”. No entanto, logo em seguida o julgador busca fundamentar sua postura hiper-racional inquisitória invocando um dispositivo normativo processual, no qual, conforme afirma, asseguraria que o magistrado “*não tem limites na busca dessa verdade real*”.

O conflito em sua fala evidencia o próprio dilema do sistema processual penal brasileiro: a revolução democrática promovida pela Constituição de 1988 estabeleceu um macrossistema principiológico expresso no devido processo constitucional que rechaça a busca, de ofício pela “**verdade real**” e abre a possibilidade de desmantelamento da procedimentalidade inquisitória. É o que reconhece o magistrado quando avisa sobre as consequências de “*se limitar ao texto da lei*”: o texto legal em questão, ainda que não expresso (fantasmático), é a própria Constituição da República, pois o Código de Processo Penal, de viés autoritário e ao qual o julgador recorre em seguida para justificar sua conduta, permanece autorizando a produção da **verdade** pelo Estado-Juiz.

Na esteira da linha de entendimento exposta pelo julgador supracitado, o processualista italiano Michele Taruffo, ao escrever a respeito de sistema processual que apresenta diversas semelhanças históricas, ideológicas e estruturais com a normatividade processual pátria, revela-se um grande defensor da relação entre **verdade**, legitimidade e justiça, tendo influenciado a doutrina pátria majoritária nesse sentido.

Para Taruffo, a observância das normas processuais e dos direitos e garantias das partes não seria suficiente, por si só, para assegurar o acerto e a justiça de uma decisão, uma vez que as partes “*podem não ter qualquer interesse na descoberta da **verdade**; os advogados utilizam-se geralmente de sua habilidade profissional para que isso aconteça e, em geral, não se pode dizer que o confronto entre as partes conduza à **verdade***” (2012, p.142). Assim, por considerar que

a apuração da **verdade** dos fatos no processo é possível, bem como que tal apuração é necessária, disso deriva que o processo é justo se sistematicamente orientado a fazer com que se estabeleça a **verdade** dos fatos relevantes para a decisão; é, por outro lado, injusto na medida em que for estruturado de modo a obstaculizar ou limitar a descoberta da **verdade**, já que nesse caso o que se obstaculiza ou se limita é a justiça da decisão com que o processo se conclui. (TARUFFO, 2012, p.143)

Para que a **verdade** seja apurada no âmbito do processo, o processualista italiano defende a ideia de que o

juiz não deve se limitar a ocupar uma posição de terceiro e de equidistância em relação às partes, e tampouco de indiferença em relação ao objeto da controvérsia: ele deve também orientar o próprio comportamento com o fim da apuração da **verdade** dos fatos com base nas provas. (2012, p.144)

Nesse sentido, o juiz seria “*verdadeiramente imparcial quando busca de modo objetivo a **verdade** dos fatos, fazendo dela o **verdadeiro** e exclusivo fundamento*

racional da decisão” (TARUFFO, 2012, p.144). Michele Taruffo também apresenta sua perspectiva referente à crítica (que também trazemos na presente pesquisa) a respeito da impossibilidade de imparcialidade e gestão da prova. Para o processualista, haveria um problema caso o juiz

exercesse seus poderes de modo parcial, ou seja, com o intuito de favorecer uma ou outra parte; isso não acontece, entretanto, quando ele o exercita de modo imparcial, ou seja, com o escopo objetivo de obter conhecimentos relevantes e úteis para a apuração da **verdade**. Naturalmente, se as provas obtidas de ofício pelo juiz tiverem êxito positivo, incidirão na decisão final no sentido de direcionar a decisão sobre os fatos para um sentido ou para outro; portanto, no sentido de determinar a vitória de uma parte ou de outra, sem que isso signifique o juiz tenha sido parcial por ter determinado a produção daquelas provas. Por assim dizer, é a **verdade** dos fatos que determina o êxito da controvérsia, não o juiz. (TARUFFO, 2012, p.146)

A partir dos apontamentos realizados na presente pesquisa, não podemos concordar com Taruffo. Primeiramente, a despeito das discussões a respeito da ausência de imparcialidade do Ministério Público por determinação constitucional⁸⁹, trata-se de órgão a serviço da ordem jurídica e do regime democrático, sendo absolutamente incompatível com sua função legal a assunção de conduta parcial.

Convencido dos indícios de autoria e materialidade, deve o Ministério Público apresentar denúncia, e, do mesmo modo, deve requerer a absolvição ou a extinção da punibilidade quando faticamente e legalmente cabível, sendo vedado à promotoria falsear os fatos do processo, produzindo “mentira” ao invés de **verdade**.

Lado outro, o exercício da defesa no processo penal não reclama qualquer perseguição da **verdade**, uma vez que por força dos princípios da não-culpabilidade e do *in dubio pro reo*, presume-se, até que uma conjectura mais forte seja formulada e provada pela outra parte, que o acusado nada fez.

Assim, independentemente da realidade fática a respeito do exercício das funções de promotor e advogado, que certamente reclamam ajustes no que tange à observância da lei, sob a perspectiva normativa não há cabimento delegar ao juiz poderes instrutórios e de gestão da prova sob a justificativa que as partes (e, em especial, o advogado, “príncipe das mentiras”) constituiriam, de algum modo, um

⁸⁹ Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

obstáculo ao processo (entendimento que, aliás, era vigente entre os inquisidores medievais): uma concepção processual democrática reclama a sua imprescindível superação.

Por outro lado, a relação entre gestão da prova promovida pelo princípio da **verdade real** e imparcialidade se mostra muito mais complexa que o simples esquema traçado por Taruffo. É importante ressaltar que quando se fala da formulação arbitrária de conjecturas pelo julgador (primado da hipótese sobre os fatos) e da imparcialidade que aí decorre, não se busca aviltar a magistratura ou apontar qualquer falha funcional.

Na realidade, conforme se busca demonstrar nessa pesquisa, o intrincado funcionamento do **princípio da verdade real** no processo penal brasileiro impõe ao magistrado a elaboração de conjecturas prévias, de maneira solipsista, a respeito dos supostos fatos tratados no processo: de qual outra maneira poderia atuar de ofício, com vistas a produzir provas? E na elaboração de conjecturas, por óbvio irão se fazer presentes suas crenças, impressões e ideologias, além de “*emoções, desejos e complexos*” do julgador, conforme ressaltado por Alexandre Morais da Rosa (2006, p.277).

No entanto, se não houver uma **explicitação** desses conteúdos para que sua compatibilidade com a Constituição de 1988 seja rigorosamente fiscalizada pelas partes por meio da via processual, o que resta é apenas uma decisão autoritária.

Nesse sentido, observa-se que no desenvolvimento de sua **teoria processual da decisão jurídica**, Rosemiro Pereira Leal alerta que as decisões comumente balizam-se em *topoi* (“*pontos de vista, opiniões correntes, costumes, lugares comuns*”) para “*fornecer aos decididores os argumentos e os raciocínios possíveis para a resolução de problemas em bons níveis de aceitabilidade pelo povo*” (2002, p.52).

Ao produzir de modo solipsista as conjecturas que buscará comprovar na estrutura procedimental por meio da gestão da prova, o decididor penal o faz com base nesses *topoi* de cunho ideológico adequados à agenda pós-política da vez (“*grau de periculosidade*”, “*tendências criminosas*”, “*frio e calculista*”, “*manipulador*”, “*contraventor*”, “*corrupto*”, “*lei e ordem*”, “*a sociedade precisa de uma resposta rápida e dura*”, “*até quando as pessoas de bem vão ficar amedrontadas*”, “*grande injustiça*”, “*comoção social*”, “*bárbaro*”, “*revoltante*”, “*já basta de apenas pobre ir*

para a cadeia”...), de maneira invariavelmente comprometida com a preservação dos sistemas jurídico-políticos.

Nessa operação, os julgadores escolherão, dentre as propostas compatíveis com seus marcos ideológicos, “*os melhores valores para fundamentar suas decisões*” (LEAL, 2002, p.55), acoplando normas e princípios jurídicos (inclusive o próprio princípio da **verdade real**) aos fatos selecionados pelo julgador a partir de uma operação binária de aceitação ou refutação probatória. Assim, o ato decisório é cuidadosamente engendrado justamente para

evitar a explosão da sociedade pelo caminhar seguro de guias habilidosos (assembleia de especialistas ou república dos eruditos), que, ao desenvolverem uma interpretação preventiva das perturbações sociais (*praeter legem*), indicam soluções salvadoras da ordem jurídica. (LEAL, 2002, p.67).

Nos parece impossível ao julgador escapar de algum grau de parcialidade no atendimento ao princípio da **verdade real**. Nesse mesmo sentido, ao formular suas hipóteses e procurar gerir a prova com vistas a atender às mesmas, por óbvio a tendência é que de uma maneira ou de outra, as provas que produza tenham “êxito” – afinal, caminham em direção ao preenchimento das lacunas de uma reconstrução fático-histórica cujo roteiro já foi previamente estabelecido pelo julgador.

Ademais, como aponta Rosemiro Pereira Leal, é absurda a utilização do princípio da **verdade real** como um “*balizador hermenêutico*” de maneira contrária a lei (2011, p.47), agredindo frontalmente o devido processo legal e seus princípios corolários (ampla defesa, contraditório e isonomia das partes).

Conforme apontado na análise jurisprudencial tratada no início dessa pesquisa, a aplicação autoritária do **princípio da verdade real** para relativizar os princípios instituintes do processo inaugura “*uma nova forma legiferante sobreposta ao ordenamento em vigor*” (LEAL, 2011, p.47), o que ofende a legalidade processual e mantém o processo penal democrático à devir (**instituição constitucionaliza**) preso na estrutura retrógrada da mera procedimentalidade, conforme uma concepção instrumentalista de **procedimento como instrumento do poder** (CORDEIRO LEAL, 2008, p.65).

Dando sequência a análise dos depoimentos, a respeito do ato de julgar, o magistrado *J9* define a função decisória como

[...] chegar à **verdade**, só que essa **verdade** nunca é única. A **verdade** é muito difícil, por quê? Quando eu atuei em vara de família eu via isso. A parte que chegava lá, a mulher, ela tinha a **verdade** dela, e a outra parte jurava que a história era completamente diferente. E é com base nesses fatos que o juiz tem que decidir. Então, na **verdade**, eu tenho a sensação de que o juiz nunca vai chegar a uma **verdade** absoluta. Porque ele vai chegar à nossa **verdade** com base naquelas **verdades** apresentadas e isso a gente sabe que gera uma série de variantes. Primeira variante: será que a parte teve meios de apresentar tudo aquilo que ela poderia apresentar? Será que ela teve uma assistência boa pra chegar ali e apresentar toda a **verdade** dela? Então, às vezes, a **verdade** que ela apresenta não é a **verdade** que ela vê. Cansei de ouvir a parte chegar pra mim e dizer: “Poxa! Mas eu tinha tanta prova pra produzir pro senhor chegar a essa conclusão que o senhor falou, e eu não tive essa oportunidade. Então, esse é um problema”. (MENDES, 2010, p.474).

Ressalta Regina Lúcia Teixeira Mendes que “*essa passagem do discurso deixa claro que o julgador representa a **verdade** como valor absoluto, representando que é possível a parte não ver a **verdade***” (2010, p.474). Nesse sentido, é claramente perceptível a decepção do magistrado com a possibilidade das partes produzirem conjecturas autônomas a respeito da **verdade** dos fatos, contrariando a lógica da hiper-racionalidade inquisitória.

De acordo com esse depoimento, a participação dos sujeitos processuais parece ser antes um ruído que perturba o julgador na identificação da **verdade** dos fatos - uma triste constatação e consequência do processo -, do que uma óbvia e necessária condição para o proferimento de uma decisão justa e legítima sob uma perspectiva democrática.

Sobre a **verdade**, o juiz entrevistado também faz as seguintes ponderações:

É tentar e tentar ver a **verdade** dos fatos, me inserir naquele contexto que eles vivem, porque também não adianta eu querer aplicar um conceito de um padrão de sociedade pra uma situação que você vê que não é a realidade deles. Porque às vezes você vai dizer: “Isso não pode.” “Como não?” “Porque aquilo pra ele é comum. Eu sempre brinco quando eu dou aula de direito de família. Ah, um chamar o outro de galinha, de veado, não sei o quê. No meio que a gente vive, talvez isso seja uma agressão, o marido chamar a mulher de cachorra. Mas no contexto deles, chamar a mulher de cachorra, de repente é até um elogio, a mulher vai se sentir o máximo sendo cachorra. Então, quer dizer, quando eu tento decidir buscando aplicar a justiça, eu tento analisar o caso concreto e me inserir na realidade dele e ver o que naquela realidade seria o conceito mais adequado pra aquela situação. É lógico que aí eu tenho que comparar aquilo com a norma posta. Agora, aqui eu confesso, se eu tiver que criar, inventar, se eu tiver que dar uma volta porque eu estou convencido de que aquela decisão é a mais justa, eu vou dar volta. Eu vou sair atrás de artigo, eu vou lá na Constituição, eu vou lá no princípio da dignidade da pessoa humana e vou aplicar ao caso concreto. Porque se eu não fizer isso, eu vou achar que eu sou um computador. Porque eu estou diante de um caso pra pegar a lei e pra aplicar. Pra que eu estou ali, então? Então vamos economizar dinheiro no pagamento do juiz, do promotor e tal e vamos colocar o caso no computador. (...) Eu tenho um problema com a norma

posta, na hora do julgamento, porque a realidade social é muito afastada daquela norma que é colocada. Eu não estou querendo dizer que eu vou julgar pela minha cabeça, mas eu acho que a gente tem que tentar fazer uma interpretação com base nessas orientações, até mesmo constitucionais, pra chegar a uma decisão mais justa que é aquela mais adequada. (MENDES, 2010, p.470-471).

(...)

Outro problema é que, na **verdade**, a gente tem que lidar sempre com a mentira. Muita gente mente e a gente sabe que às vezes aquilo que é apresentado pra gente é uma mentira. Então, uma das grandes dificuldades que eu sempre tenho é tentar peneirar, daquilo que me é apresentado, o que faz um conjunto que me possa conduzir ao fato **verdadeiro**. Porque é a partir daquele fato **verdadeiro** que eu posso apresentar o direito. O direito eu poderia aplicar através daquilo que me é apresentado. Só que nem sempre isso é possível em razão de todos esses problemas. (MENDES, 2010, p.476).

Essa fala apresenta grande riqueza para a compreensão da aplicação e consequências do princípio da **verdade real** no processo penal brasileiro. Conforme aponta Regina Lúcia Teixeira Mendes, o magistrado afirma dispender grande esforço intelectual para se “*transportar para a realidade do jurisdicionado*”, “*partindo de seus próprios preconceitos*” (MENDES, 2010, p.470) mas, ao mesmo tempo, não expressa entender que a construção da realidade do jurisdicionado não deve ser realizada de maneira solipsista, na consciência/intelecto do próprio julgador, mas sim produzida pelo próprio cidadão por meio do exercício do devido processo constitucional. Nesse sentido, Rosemiro Pereira Leal aponta que sob a perspectiva neoinstitucionalista,

a tomada de decisões na atualidade do direito democrático não mais comporta a aceitação de uma fenomenológica casualidade espaço-temporal e sintetizadora das angustiosas contradições do existir humano pelos corolários intersticiais e escatológicos dos mitos e das utopias que possam marcar *ad aeternum* e pendularmente o destino das sociedades políticas. A idéia de justiça das decisões substantivada em saberes, poderes e autoridade, com escopos metajurídicos, por interpretações solipsistas extraídas de bases axiológicas dessa MÍTICA sociologista avassaladora da aprendizagem democrática e impeditiva da inclusão de todos no espaço discursivo da problematização dos conteúdos jurídicos da estatalidade pelo devido processo constitucional. (2002, p.156)

Observa-se que conforme aponta o processualista mineiro, a tentativa do magistrado de auferir a “*realidade social*” esbarra em um comportamento “*mítico sociologista*” e não necessariamente sociológico (ciência social). Trata-se, em síntese, dos “*influxos axiológicos da sociedade*”, que Cândido Rangel Dinamarco entende como sendo cabíveis ao processo recepcionar (1994, p.60). Como já foi apontado anteriormente, a compreensão do contexto psicossocial do acusado não pode ser realizada por meio do **senso comum**, impregnado por ideologias e preconceitos,

devendo ser realizada mediante a perícia técnica, do mesmo modo que ocorre com demais campos do conhecimento estranhos ao direito e, por óbvio, submetidos à impugnação pelas partes.

Nessa entrevista, mais uma vez a “*norma posta*” (positivada) surge como um empecilho para o desvelamento da **verdade real**, em razão do seu afastamento da “*realidade social*”. No entanto, ao invés de aplicar os princípios da não-culpabilidade e do *in dubio pro reo*, cuja incidência é confundida com uma prática computacional (ou seja, erroneamente interpretada como positivista), o magistrado recorre ao entendimento incorreto que a Constituição possuiria uma dimensão principiológica plástica que poderia ser moldada pelo julgador para atender à hipótese que constituiu sobre os fatos, sobrepondo essa sua conjectura às normas – a mesma compreensão que se aplica ao **princípio da verdade real como meta-argumento**, no sentido exposto por Felipe Martins Pinto (2012).

Rosemiro Pereira Leal denuncia a assunção do papel de “corretor” da legislação pátria pelo magistrado, quando critica a atitude refratária de julgadores às novas teorias e perspectivas do processo promovidas pela Constituição de 1988:

Essa disciplinarizada rejeição a novos paradigmas é que põe o decisor do lado externo do direito democrático como observador imparcial de uma ficção (criada por uma comunidade de legisladores românticos) que por ele deve ser corrigida para ajustá-la a uma ordem de valores a ser preservada em nome de uma ética social e de uma moral tradicionalmente em vigor por séculos antes das leis ou em nome de fenômenos sociais e econômicos de extrema mobilidade só estabilizáveis pela inteligência ágil do julgador. (...) É curioso que o decisor, nessas circunstâncias, assim se comporta em nome de uma justiça instrumental que o habilita afirmar, por uma inabalável crença pessoal, que o processo ou o procedimento é meio de realização do direito” que, pouco importado se forem ou não atendidos os princípios jurídico-institutivos do devido processo constitucional ou do procedimento (devido processo legal) em paradigma (proposição normativa dada à crítica processual) de direito democrático, deve cumprir uma escatologia de “Economia, celeridade e garantia” (sic) por suas qualidades insitamente ônticas, como “*modo de servir ao seu destino*” (sic) e como instrumento seguro do juiz para promover justiça rápida e “pacificação dos conflitos” (sic) na sociedade. (2002, p.94)

A partir do depoimento, percebe-se que o julgador desconsidera que o sentido do texto constitucional é ditado pela concepção de Estado Democrático de Direito e, portanto, na realidade não comportando esse tipo de torção – ainda que eventualmente aplicada com vistas ao favorecimento do acusado (o que se depreende da invocação do princípio da dignidade da pessoa humana). Nesse sentido, não há necessidade do juiz promover qualquer “malabarismo hermenêutico”: *in dubio, pro reo*.

3.3.2.1 O primado da hipótese sobre os fatos na construção de conjecturas de verdade pelo juiz e sua relação com o raciocínio indutivista

Por sua vez, o magistrado *J8* explicita o funcionamento do primado da hipótese sobre os fatos na construção de uma conjectura de verdade pelo julgador, cujo processo irá legitimar:

É. Olha lá, tão lá indiciados a Polícia Federal... Então são condenados. Aí vamos procurar no processo as provas. Aí você achou as provas, confirmou a tendência. Não achou as provas? Infelizmente fica no esquecimento. Fica no esquecimento porque a sua tendência era condenar. Então não há um livre convencimento absoluto. Há um livre convencimento contaminado pela ideologia. Eu chamo de ideologia as ideias preconcebidas colocadas por alguém na sua cabeça. Ou pela mídia, ou pela sua religião, ou pelos amigos, ou pela sua sociabilidade. De alguma forma você está contaminado. (MENDES, 2010, p.476).

De imediato, o julgador entrevistado revela que não há, na realidade, qualquer “*livre convencimento*”, mas sim a construção de um convencimento prévio (hipótese/conjectura) constituído a partir da combinação das conclusões expostas no relatório final do inquérito policial que “condena” os indiciados com o arcabouço ideológico do próprio magistrado (não raro, influenciado pelo agenda da vez do punitivismo pós-político, conforme reconhecido pelo entrevistado ao elencar as “idéias preconcebidas” formuladas a partir da mídia, religião e relações sociais).

Como já exposto por Franco Cordero (2000, p.22), o primado da hipótese sobre os fatos constitui uma modalidade de raciocínio indutivo – e, conforme complementa Alexandre Morais da Rosa, no processo penal brasileiro, se faz presente um “*indutivismo ingênuo, advindo de generalizações causais, a conclusão das premissas é mascarada*” (2006, p.317). Para Leonardo Marinho Marques, “*a hegemônica racionalidade inquisitória se edifica no terreno da indução. A culpa do acusado – premissa maior – deriva de referenciais específicos – premissas menores, que são introduzidas na investigação pelo Juiz inquisidor*”(2011, p.481).

Conforme Karl Popper, uma **inferência indutiva** é aquela que decorre de “*casos repetidamente observados para casos ainda não observados*” (2010, p.102). No processo penal brasileiro, falaciosamente considerado “misto”, as conjecturas formuladas no inquérito policial são, via de regra, aproveitadas pelo Ministério Público em sua denúncia, devendo ser confirmadas em juízo. Nesse sentido, o inquérito policial pode ser considerado um “caso anterior” cuja repetição em um caso ainda não

observado o julgador espera encontrar na via processual. Leonardo Marinho Marques aponta que

De acordo com a lógica indutiva, se as premissas sustentam a conclusão, a **verdade** foi encontrada. O problema é que referenciais equivocados podem gerar uma conclusão aparentemente correta, mas sem validade universal. Os significantes são coletados na primeira fase do procedimento inquisitório, denominada formação antecipada da culpa. Estrategicamente fiel ao pensamento platônico-cartesiano, a hiper-razão inquisitória decompõe o crime em corpo (materialidade) e mente (autoria). No primeiro instante, ela se concentra nas evidências, não na autoria, como se as circunstâncias apontassem um provável autor desde o primeiro momento. Lógica perversa que afasta a defesa do procedimento em nome do interesse público.

Forma-se, então o auto de corpo de delito, composto pelo depoimento de testemunhas que declaram a existência do fato e descrevem as suas circunstâncias. Confirmada a materialidade da infração penal, parte-se para o reconhecimento da culpa por parte do acusado. (2011, p.481)

A aplicação do raciocínio indutivo atrai uma série de problemas, tanto de ordem lógico-científica quanto jurídica.

De acordo com a crítica popperiana, formulada a partir de David Hume, a indução é um método inválido, que não se justifica racionalmente, uma vez que não há qualquer razão lógica que sustente a repetição de um fato passado. Podemos falar em critérios de probabilidade, mas jamais em “*certeza de situações que não experimentamos*” (POPPER, 2010, p.107). Popper aponta que no pensamento de Hume, a escolha pelo indutivismo teria um fundo psicológico de resposta simples: costume ou hábito (2010, p.107). O empirista entendia que seríamos “*condicionados pela repetição*”; “*sem esse mecanismo de condicionamento, segundo Hume, dificilmente conseguiríamos sobreviver*” (POPPER, 2010, p.107).

Popper discorda: não há, na realidade, a aplicação do indutivismo na ciência, mas a ponderação das propostas que pareçam mais razoáveis e prováveis (o que não afasta, no entanto, a influência de “*crenças irracionais*”) (POPPER, 2010, p.112). A transposição das conclusões popperianas para o processo penal brasileiro demanda alguns ajustes.

Diferentemente da atividade científica, na qual, como aponta Popper “*não devemos confiar em nenhuma teoria, pois nenhuma foi nem pode ser comprovada como verdadeira (ou “confiável”)*” (2010, p.113), o processo penal possui uma conjectura forte, cuja previsão constitucional impõe a “confiança” (para mantermos em uso a mesma expressão popperiana), formada pelo binômio não-culpabilidade/*in dubio pro*

reo. Nesse sentido, recepciona-se a desconfiança popperiana com relação às **verdades** absolutas tangíveis, mas deve-se ponderar que o processo penal, por disposição constitucional, já trabalha com uma **verdade** pré constituída (embora decorrente de um ganho teórico histórico e não de qualquer correspondência comprovada com a realidade).

Assim, no processo penal, as conjecturas de acusação e defesa devem ser submetidas à confrontação pela via do devido processo legal e o julgador deve optar, em sua decisão, pela conjectura que se mostrar mais resistente. Contudo, a princípio, é a não culpabilidade do acusado a hipótese mais forte e, portanto, mais confiável. Por essa razão, as opiniões pessoais (que se confundem com crenças irracionais) do julgador a respeito da razoabilidade ou probabilidade de uma conjectura de acusação (ou defesa) pouco deveriam importar, pois somente deve ser válido aquilo que for produzido em ampla defesa e contraditório, de maneira isonômica.

Ademais, também em razão dos princípios da presunção da não-culpabilidade e do *in dubio pro reo*, é absurdo que o julgador tenha qualquer concepção prévia a respeito do caso. Não deve, conforme as palavras do juiz entrevistado, “*procurar no processo as provas*” para condenar o acusado, sob pena de violação da presunção de não culpabilidade. E, lado outro, não há qualquer necessidade de procurar provas para “inocentar” o acusado, pois por força do princípio do *in dubio pro reo*, o defendente não é culpado a não ser que o contrário seja solidamente provado pela acusação (e não pelo magistrado).

Como se busca demonstrar, é a aplicação do princípio da **verdade real** que impulsiona o julgador a atuar conforme essa conduta, uma vez que para que possa “*encontrar a verdade*”, inclusive por meio da produção probatória de ofício, deverá, por óbvio, formular suas hipóteses prévias a partir dos fatos, dos documentos presentes no inquérito policial, da denúncia e do substrato político-social-ideológico que buscará confirmar ao longo do processo.

O quadro mental paranoico apontado por Franco Cordero (2000, p.19;22) pode ser observado em duas manifestações distintas: tanto na formulação de irracionais acusações prévias (uma vez que conforme a crítica popperiana, não há qualquer racionalidade no método indutivista de conhecimento), quanto no temor do fracasso (cometimento de “injustiça”), apontado reiteradamente nos depoimentos reunidos por

Regina Lúcia Teixeira Mendes (2010), derivando ambas as categorias do princípio da **verdade real**⁹⁰.

Conforme buscamos apontar, o processo penal brasileiro se mostra incapaz de produzir um conhecimento verossímil a respeito do sujeito, gerando interpretações fragmentadas, carentes de técnica e contaminadas pela ideologia.

E, como também já tratado, o princípio da **verdade real** condiciona o julgador a formular hipóteses de maneira solipsista, a partir de uma amálgama entre suas impressões dos autos (com destaque para o inquérito policial e denúncia), ideologias e reverberações político-sociais, realizando a gestão da prova de modo que as suas conjecturas sejam confirmadas por alguns fatos do processo, e não possibilitando que as conjecturas das partes sejam confrontadas entre si pela via do devido processo legal.

3.4 “Princípio” da Verdade Real: do mito à ideologia

A partir da perspectiva neoinstitucionalista, constitui definição grosseira conceituar “princípio” como “*a fonte dogmática de um texto, discurso ou exposição sobre um determinado assunto*” (LEAL, 2011, p.80). Rosemiro Pereira Leal aponta que é inconcebível ao direito democrático a estruturação de princípios como um “*ponto*

⁹⁰ Nesse sentido, a poesia de Tom Zé em *Todos os Olhos* evidencia a angústia e conflito do quadro mental paranóico:

*“De vez em quando
todos os olhos se voltam pra mim,
de lá de dentro da escuridão,
esperando e querendo
que eu seja um herói/ Mas eu sou inocente,
eu sou inocente,
eu sou inocente/ De vez em quando
todos os olhos se voltam pra mim,
de lá do fundo da escuridão
esperando e querendo
que eu saiba/Mas eu não sei de nada,
eu não sei de ná,
eu não sei de ná/De vez em quando
todos os olhos se voltam pra mim,
de lá do fundo da escuridão
esperando que eu seja um deus
querendo apanhar, querendo que eu bata,
querendo que eu seja um Deus/Mas eu não tenho chicote,
eu não tenho chicote,
eu não tenho chico/ Mas eu sou até fraco,
eu sou até fraco,
eu sou até fraco. (1973)”*

arquimédico de demonstrações pela afirmação ou negação de um ser ou um dever-ser estabilizante de “verdades” pela repetição prolongada de regularidades fenomênicas e linguísticas (sociais, normativas, físicas)” (2011, p.191), no qual, de maneira plástica, *“tudo se justifica, verifica-se ou se supõe”* (2011, p.191).

No direito democrático (teoria neoinstitucionalista), **princípios** são *“regras jurídicas normativas da argumentação constante e reprodutiva de liberdade (contraditório, ampla defesa e isonomia)”* (LEAL, 2011, p.193), jamais podendo ser aplicados como **verdades** irrefutáveis e refratárias à crítica processualizada (seja ela no processo legislativo, administrativo ou judicial).

O princípio da **verdade real** assume no processo penal uma perspectiva absolutamente contrária a esse conceito democrático esquematizado por Rosemiro Pereira Leal, caracterizando-se justamente por (i) sua aplicação dogmática e irrefutável, (ii) elevado grau de plasticidade, possibilitando que princípios instituintes do devido processo legal sejam autoritariamente relativizados e (iii) incoerência teórica, uma vez que não operacionaliza, na prática, o encontro de qualquer **verdade** pelo processo penal.

Por essa razão, embora nominalmente referenciado conforme essa categoria jurídica, é inequívoco que o princípio da verdade real não pode ser adequadamente caracterizado como instituto principiológico. Nesse sentido, manteremos até o final da presente pesquisa a referência ao conceito estudado como **“princípio”**.

Ainda que a partir de marcos teóricos distintos, diversos processualistas penais brasileiros, vinculados às teorias críticas, têm apontado o caráter “mítico” do “princípio” da **verdade real**. Nesse sentido, para Eugênio Pacelli de Oliveira há um *“mito e dogma da verdade real”* no processo penal, e o “princípio” da **verdade real** foi responsável

pela disseminação de uma cultura inquisitiva, que terminou por atingir praticamente todos os órgãos estatais responsáveis pela persecução penal. Om efeito, a crença inabalável segundo a qual a **verdade** estava efetivamente ao alcance do Estado foi a responsável pela implantação da idéia acerca da necessidade inadiável de sua persecução, como meta principal do processo penal (2007, p.281).

Por sua vez, conforme Aury Lopes Jr.,

existe uma insuperável incompatibilidade entre **verdade** e o paradoxo temporal ínsito ao ritual judiciário, em que um juiz, no presente, julga um

fato do passado, gerando efeitos para o futuro. O crime sempre é passado, logo história, fantasia, imaginação. Depende, acima de tudo, da memória. Logo, existe um obstáculo temporal insuperável para a tal **verdade**: o fato de o crime ser sempre passado e depender da presentificação dos signos do passado, da memória, da fantasia e da imaginação.

(...)

A **verdade** na sentença é um mito, enquanto revelação sagrada. Dai a importância da compreensão do ritual judiciário, com sua arquitetura eivada de estátuas, a toga, o latim, a confissão atenuando a pena etc. Ou seja, o ritual (e o seu caráter sacral) reforça e presentifica o mito e, sublinha-se, através dele, o juiz passa a fazer parte do mito (como alguém capaz de ser o portador da revelação).

É importante compreender que o rito (e o ritual judiciário) presentifica e reforça o mito (da **verdade**). O mito fundante do processo (notoriamente o inquisitório) é a **verdade**, logo, isso estrutura um ritual e um procedimento que dê conta dessa função. Não sem razão, vem todo o simbólico do sagrado no ritual judiciário (arquitetura dos tribunais, a toga, o latim, a confissão, os juramentos etc.) para reforçar a crença de que a **verdade** é uma revelação sagrada. Nesse contexto, é necessário dotar o juiz de poderes instrutórios para que ele possa “ir atrás” de tudo aquilo que possa conduzir à revelação da sagrada **verdade**. (2011, p.558).

Já Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho aponta que

O Direito, na versão formalista da modernidade, está inexoravelmente infiltrado pela ideologia e assim revela sua feição mítica. É abstrato, absoluto, geral, rígido e possui autoridade. Expressa-se na lei e a lei é justiça. Os mitos se sucedem: monismo jurídico, lei, legalidade, segurança, certeza, neutralidade do julgador, jurisdição como poder de dizer a lei, indiscutibilidade ou o manto sagrado da coisa julgada, **verdade real**, igualdade processual, etc

o mito de que a jurisdição é o poder de dizer a lei, de aplicar a lei no caso concreto, de dar a cada um o que é seu de proclamar a **verdade**, serve para satisfazer aqueles que acham que detém poder, mas, na realidade, não o detém inteiramente, ou só o detém minimamente, condicionadamente. Michel Foucault demonstrou que, a partir do século XVIII, o poder se tornou capilar, circular e que somente funciona em cadeia. (...) O mesmo Foucault acentuou que a **verdade** não existe fora do poder, ou sem poder. A história da prova judiciária demonstra como a **verdade** era obtida e manipulada no interesse do poder, da cultura da época e do sistema político dominante, do que foi exemplo marcante e degradante o processo inquisitivo. Não era a **verdade** que se buscava, mas a satisfação do poder. (2012, p.93;99-100)

Conforme a concepção antropológica de Claude Lévi-Strauss, o pensamento mítico opera conforme determinadas oposições de “*imagens emprestadas do mundo sensível*”:

“céu e a terra, a terra e a água, a luz e a escuridão, o homem e a mulher, o cru e o cozido, o fresco e o podre...Elabora assim uma lógica de qualidades sensíveis: cores, texturas, sabores, ruídos e sons” (2012, p.63)

Para o antropólogo francês, as sociedades primitivas buscam, por meio dos mitos, explicar “*a ordem do mundo que nos cerca e a estrutura da sociedade onde*

nascemos” (2012, p.65). Conforme sua análise, na modernidade não recorremos mais aos mitos para compreender o mundo que nos cerca – utilizamos as disciplinas científicas específicas para a resolução de cada um dos problemas que nos defrontamos. No entanto, o antropólogo francês aponta que para compreendermos determinados fenômenos sociais, recorremos a eventos passados constituídos a partir de uma perspectiva histórica.

Nesse sentido, Lévi-Strauss interroga se a história teria *“um papel comparável ao dos mitos”* (2012, p.66). Há, no entanto, uma diferença: *“cada mito parece contar uma história diferente, e descobrimos que, no mais das vezes, é a mesma história, cujos episódios são dispôs de modo diferente”* (LÉVI-STRAUSS, 2012, p.66); enquanto isso, *“acreditamos de bom grado que há somente uma História, quando na realidade cada partido político, cada meio social, cada indivíduo às vezes conta uma história diferente”* (LÉVI-STRAUSS, 2012, p.66).

Por sua vez, a astrofísica moderna refuta as leis eternas newtonianas e aponta que *“nos tornamos cada vez menos capazes de controlar pelo pensamento fenômenos que, por suas ordens de grandeza espacial e temporal, escapam a nossas capacidades mentais”* (LÉVI-STRAUSS, 2012, p.67). Assim, destaca que

a história do cosmo se torna, para o comum dos mortais, uma espécie de grande mito: ela consiste no desenrolar de acontecimentos únicos e cuja realidade jamais se poderá provar, porque eles só se produziram uma única grande vez (LÉVI-STRAUSS, 2012, p.67).

Logo, o antropólogo vislumbra uma possibilidade de uma convergência entre o pensamento mítico e o pensamento científico, o que suscitaria investigações antropológicas.

Nessa perspectiva, embora o “princípio” da **verdade real** estabeleça uma relação de dualidade conceitual (**verdade**/mentira), não trabalhando com elementos auferíveis no mundo sensível, também se presta a constituir alguma ordem na complexidade social, tal qual o pensamento mítico (e, de fato, o objetivo do “princípio” da **verdade real** é justamente estabelecer o processo penal como pretense instrumento de aferição do mundo sensível).

Assim, o “princípio” da **verdade real** revela características míticas na perspectiva antropológica proposta por Lévi-Strauss. No entanto, essa conclusão não

parece suficiente para a compreensão da totalidade do espectro mítico do “princípio” da **verdade real**, além de ser demasiadamente neutra: ao nosso entender, a concepção mitológica encarcera, e não emancipa, uma sociedade.

Nesse sentido, a visão crítica de Rosemiro Pereira Leal esclarece que

o mito cria a sua própria mística da eternidade, multiplicando-se autopoieticamente em imaginosas versões como anestésico aos delírios e alucinações pessoais e coletivas, desencorajando o “homem comum” a perquirir suas origens, aceitando-o docilmente, porque, em se transformando numa crença popular, o mito ingressa nas “ciências” e saberes humanos como regra heurística, erística, tópica, retórica e doxóloga de generalizado convencimento. (2010, p.115)

Sob essa perspectiva, os mitos destinam-se “*a servir as ideologias mais perversas e duráveis*” (LEAL, 2010, p.115-116). O sistema mítico proposto por Luiz Alberto Warat sustenta-se como ponto que possibilita convergir tanto a concepção antropológica de Lévi-Strauss quanto a perspectiva crítica de Leal. O teórico do direito propõe uma conceituação do mito apta para a compreensão do convencimento jurídico, afastando-se da definição clássica de Lévi-Strauss.

Para Luiz Alberto Warat, o mito seria uma “*condição necessária e suficiente do efeito do convencimento (ele estaria na base do raciocínio persuasivo)*” (1994, p.104). A partir da estrutura mítica, se originam os princípios “*que governam a produção social do convencimento*” (WARAT, 1994, p.104). O mito atua como

um discurso cuja função é esvaziar o real e pacificar as consciências, fazendo com que os homens se conforme com a situação que lhes foi imposta socialmente, e que não só aceitem como veneram as formas de poder que engendraram essa situação. (WARAT, 1994, p.105)

Dessa maneira, para Warat “*a função básica dos mitos é a de criar a sensação coletiva de despolarização e neutralidade, a qual permite a apresentação da força social em termos de legalidade supra-racional e apriorística*” (1994, p.105). Indo além das considerações cautelosas de Lévi-Strauss, o jurista também entende que “*se pode reconhecer no mito o fundamento da racionalidade moderna: uma racionalidade impessoal e anônima que opera como lei universal*” (WARAT, 1994, p.105).

Assim, a produção do conhecimento é diretamente influenciada pelo mito, fundamentando-se “*menos na percepção da realidade*” e mais em um determinado modelo de discurso considerado legítimo conforme uma ideologia política (pós-

política?). Nesse sentido, “o processo mitológico sempre coloca suas crenças a serviço de uma ideologia”, integrando-se o mito em um “modelo axiológico geral” (WARAT, 1994, p.104).

Por sua vez, “para o receptor das mensagens míticas, o mito não é percebido como um sistema ideológico, já que sua função socializadora não está oculta mas disfarçada como fato natural” (WARAT, 1994, p.107). Destaca Warat, que “o mito constrói-se por justaposição de discursos diferentes identificáveis pelo fato de pertencerem a um único sistema de valores ou, a uma mesma forma ideológica de representação do mundo”, razão pela qual é possível classificar o mito também como “uma técnica de controle social” (1994, p.108).

A partir desse ponto, passamos a encarar a noção de mito como “técnica de controle social” a partir de uma perspectiva proposta por Giorgio Agamben ao tratar do conceito foucaultiano de positividade para propor sua definição de dispositivo.

O filósofo italiano percebe que Michel Foucault extraiu a noção de positividade de um conceito apresentado por Georg Wilhelm Friedrich Hegel: na filosofia hegeliana, “positividade” será o conceito utilizado pelo jovem Hegel para expressar toda a “carga de regras, ritos e instituições impostas aos indivíduos por um poder externo, mas que se torna, por assim dizer, interiorizada nos sistemas das crenças e dos sentimentos” (AGAMBEN, 2010, p.32).

Conforme Agamben, **dispositivo** é termo que “nomeia aquilo em que e por meio do qual se realiza uma pura atividade de governo sem nenhum fundamento no ser”, tratando o filósofo italiano de gestão do ser numa concepção arcaica/teológica: o dispositivo realiza uma *oikonomia*, expressão grega que significa a administração da casa, utilizado na teologia para descrever a atuação da Divina Trindade cristã e da “delegação” à Cristo da “economia”, administração e governo dos homens (AGAMBEN, 2010, p.36;38).

Logo, ao assumir esse caráter econômico (*oikonomia*) o dispositivo integrará “um conjunto de práxis, de saberes, de medidas, de instituições, cujo objetivo é gerir, governar, controlar e orientar, num sentido que se supõe útil, os gestos e pensamentos dos homens” (AGAMBEN, 2010, p.39).

Nessa perspectiva, o mito, como um dispositivo, promove uma “gestão econômica” dos homens, simplificando complexidades, universalizando contingências, neutralizando valorações e idealizando a história (WARAT, 1994, p.111): “*no discurso mítico, como no raciocínio dos juristas, produz-se um entendimento que não exige explicações. Em ambos produz-se uma clareza de constatação, não de explicação.*” (WARAT, 1994, p.111).

Pelo exposto, torna-se mais clara a configuração do “princípio” da **verdade real** como um dispositivo que é um mito ou dispositivo mítico, modernamente construído a partir da crença racionalista-cartesiana na possibilidade de desvelamento da **verdade** por meio do trabalho intelectual solitário do julgador, recepcionado na legislação e jurisprudência pátria com vistas a oferecer o máximo poder ao decisor para o controle do caos social mediante o exercício de intensa repressão.

Essa operação, ao mesmo tempo em que possibilita que o procedimento penal seja instrumentalizado para se tornar a mera via de legitimação de conjecturas prévias formuladas pelo magistrado, também o afasta de maneira irremediável da possibilidade de aproximação racional e democrática de qualquer **verdade**, instaurando o angustiante quadro mental paranóico.

De fato, o mito/dispositivo da **verdade real** busca sempre atender duas ideologias⁹¹ conexas, ao mesmo tempo em que oportuniza-se às influências pós-políticas do momento. Presta serviço à ideologia dominante evidenciada por Rosemiro Pereira Leal, definida como

a linguagem estratégica da preservação do Estado liberal e do Estado do bem-estar social, [que] reclama, como preconiza Karl Engish, uma técnica de conjectura tópico-retórica aprimorada e só acessível aos praticantes exitosos

⁹¹ Conforme aponta Danilo Marcondes, “*o conceito de ideologia origina-se da obra do pensador iluminista francês Antoine Destutt de Tracy, autor do tratado Les éléments de l'idéologie (1754-1836), e que pertenceu a um grupo de pensadores que incluía o filósofo Degerando, o médico Cabanis e o matemático Condorcet, que passaram a ser conhecidos nesse período como “ideólogos” (idéologues). A proposta desses pensadores era formular uma ciência das ideias como uma espécie de história natural das ideias, examinando a origem e o processo de formação das ideias no homem. (...) O sentido negativo do termo “ideologia” deriva de fato da obra de Marx e Engels, que o entendem como “falsa consciência”, em sua crítica aos hegelianos de esquerda, sobretudo Feuerbach e sua análise da religião, já mencionada. Segundo Marx e Engels, a interpretação de Feuerbach acaba por ser ideológica e não verdadeiramente crítica, porque não chega às verdadeiras causas do fenômeno religioso. Não é porque os homens são crédulos e supersticiosos que se tornam presas fáceis da dominação, mas porque existe a necessidade de manter a dominação que surgem as superstições. De acordo com esse sentido crítico, a ideologia é uma visão distorcida, é o mascaramento da realidade – de uma realidade opressora, que faz com que seu caráter negativo seja ocultado – tornando-se assim mais aceitável e vindo a ter uma justificativa aparente*” (2008, p.235).

do sistema em que se permite que as decisões sejam contra as partes, mas sempre a favor do sistema vigente. (2002, p.53-54).

E também se submete à hiper-racionalidade inquisitória denunciada por Leonardo Marinho Marques (2011), ideologia cartesiano-racionalista que se põe à disposição da preservação dos estados liberais e do bem-estar social, absorvendo uma carga conceitual própria a partir dessas duas ideologias e abrindo-se às demais influências externas que garantam a preservação (sistêmica) do *status quo*.

Nessa perspectiva, podemos entender que o “princípio” da **verdade real** é um dispositivo que se enquadra como um Aparelho Ideológico do Estado (AIE), jurídico e de natureza pública, conforme a proposição de Louis Althusser (2010, p.115-116). Nesse sentido, o “princípio” da **verdade real** promove ideologias dominantes por meio da repressão (violência), ainda que oculta e sutil, que advém do primado da hipótese sobre os fatos e a univocidade do sentido daí decorrente (ALTHUSSER, 2010, p. 116).

Ao se explicitar o caráter redutor de complexidades e de salvaguarda de uma realidade social autoritária, vislumbra-se a possibilidade de inserção do “princípio” da **verdade real** em outro aspecto da ideologia, a partir de uma proposta apresentada por Slavoj Žižek.

Originalmente, o filósofo esloveno definia a ideologia como sendo “*a ilusão que preenche a lacuna da impossibilidade, e a impossibilidade intrínseca é transposta para um obstáculo externo, donde o que precisa ser feito é reafirmar a impossibilidade original*” (ŽIŽEK, 2006, p.89).

No entanto, em sua revisitação ao conceito ocorrida em entrevista conduzida pelo cientista social Glyn Daly, Žižek propõe a revisitação de seu conceito de ideologia mediante uma inversão: “*a operação ideológica suprema é o inverso, isto é, a própria elevação de algo à condição de impossibilidade, como meio de adiar ou evitar o encontro com isso*” (ŽIŽEK, 2006, p.89).

Assim, a ideologia, a partir de uma concepção psicanalítica particular, como é característica de suas reflexões, “*parece envolver a sustentação e a evitação [sic] no*

tocante ao encontro com a Coisa” (ŽIŽEK, 2006, p.89), objetivando justamente evitar o trauma do encontro, cuja ocorrência é excessivamente traumática⁹².

E nesse sentido, *“uma das estratégias usadas para evitar enfrentá-lo é, precisamente, situá-lo como um ideal indefinido, que é eternamente adiado”* (ŽIŽEK, 2006, p.91). A partir dessa concepção, podemos formular o seguinte questionamento: e se o mais forte aspecto ideológico do “princípio” da **verdade real** não for o suposto caráter ilusório de se encontrar alguma **verdade** (“não há **verdades**”), mas justamente o contrário, a falsa crença de que não há *qualquer verdade*?

O “princípio” da verdade real, com todas as falhas que buscamos apontar nesse trabalho, serviria justamente para impossibilitar o trauma do encontro com uma **verdade** genuinamente relevante ou interessante (utilizando a expressão popperiana), ainda que não seja absoluta ou “**real**”, mas tão somente verossímil (**princípio da verossimilhança racional**) e constituída pela via do devido processo legal.

Impede, assim, o enfrentamento com as duras realidades a respeito do sujeito, seja sob uma perspectiva psicanalítica-(anti)psiquiátrica (a teoria do delito precisa ser absolutamente reestruturada, pois não se pode afirmar categoricamente que um sujeito possui controle ou consciência sobre sua vontade, e inimputabilidade e semi-imputabilidade são categorias de fundo muito mais social que fisiológico), seja com relação às abordagens críticas da criminologia (o crime é elemento integrante das sociedades, a prisão é mecanismo de produção da delinquência).

E o que é pior: nessa operação, a aplicação do “**princípio**” da **verdade real** poderia se valer de uma deturpação da crítica pós-moderna para se afirmar, de maneira descompromissada, que *“se não há verdade, que seja feita a ‘justiça’”* ou o *“bem comum”*, o *“interesse da sociedade”*, o *“clamor público”*, o *“bem”*, o *“certo”*, o *“habitual”* ou qualquer outro conceito de ordem moral-valorativa que possibilite o arbítrio solipsista pelo julgador e eclipse o exercício do processo penal democrático, aberto a irrestrita fiscalidade e participação das partes.

⁹² Assim, também podemos afirmar que, sob uma perspectiva nietzschiana, o **princípio da verdade real** integra o símbolo apolíneo, protegendo a sociedade dos civis daqueles apontamentos que ressaltariam, com grande precisão, as graves aporias do direito penal e processual penal advindas da constituição desses saberes conforme uma trama de valores morais imposta por retrógradas e antidemocráticas teorias liberais e do bem-estar.

3.5 A “verdade” produzida no processo penal brasileiro, violência da univocidade do sentido e o monopólio do discurso processual penal

A partir dos apontamentos realizados nessa pesquisa, podemos constatar que a “**verdade**” no processo penal brasileiro corresponde a uma concepção foucaultiana de produção de conteúdos considerados **verdadeiros** em razão da “autoridade da razão” do seu decisor privilegiado, conforme a racionalidade hiper-inquisitória denunciada por Leonardo Marinho Marques (2011).

Conforme destaca C.G Prado (2006, p.81), Michel Foucault não apresenta uma teoria única da **verdade** ou uma definição clara do seu conceito. De fato, a pesquisa foucaultiana preocupa-se não com a “história do **verdadeiro**” ou a “história do falso”, mas sim com a compreensão do funcionamento dos regimes veridicionais, mediante a “*análise da constituição de certo direito da **verdade** a partir de uma situação de direito, com relação direito/**verdade** encontrando sua manifestação privilegiada no discurso*”, de modo que possa identificar “*o conjunto das regras que permitem estabelecer, a propósito de um discurso dado, quais enunciados poderão ser caracterizados, nele, como **verdadeiros** ou falsos*” (FOUCAULT, 2008, p.49). Nesse sentido, Michel Foucault aponta que seu problema

é saber como os homens se governam (eles mesmos e os outros) por meio da produção de **verdade** (Repito ainda, por produção de **verdade**: não entendo a produção de enunciados **verdadeiros**, mas a disposição de domínios em que a prática do **verdadeiro** e do falso pode ser ao mesmo tempo regrada e pertinente). (1994, p.26-27).⁹³

Assim, ao invés de definir a **verdade**, Foucault preocupa-se em apresentar elementos e características que explicitam a forma de produção dos **discursos** considerados **verdadeiros**. Conforme a concepção foucaultiana,

Chamaremos de **discurso** um conjunto de enunciados, na medida em que se apoiem na mesma formação discursiva; ele não forma uma unidade retórica ou formal, indefinidamente repetível e cujo aparecimento ou utilização poderíamos assinalar (e explicar, se for o caso) na história; é constituído de um número limitado de enunciados para os quais podemos definir um conjunto de **condições de existência**. O discurso, assim entendido, não é uma forma ideal e intemporal que teria, além do mais, uma história; o problema não consiste em saber como e por que ele pôde emergir e tomar corpo num determinado ponto do tempo; é, de parte a parte, histórico - fragmento de história, unidade e descontinuidade na própria história, que coloca o problema de seus próprios limites, de seus cortes, de suas transformações,

⁹³ Tradução de Cesar Candioto em “*Foucault e a Crítica da Verdade*” (2010, p.19).

dos modos específicos de sua temporalidade, e não de seu surgimento abrupto em meio às cumplicidades do tempo. Finalmente, o que se chama "prática discursiva" pode ser agora precisado. Não podemos confundir-la com a operação expressiva pela qual um indivíduo formula uma idéia, um desejo, uma imagem; nem com a atividade racional que pode ser acionada em um sistema de inferência; nem com a "competência" de um sujeito falante, quando constrói frases gramaticais; **é um conjunto de regras anônimas, históricas, sempre determinadas no tempo e no espaço, que definiram, em uma dada época e para uma determinada área social, econômica, geográfica ou lingüística, as condições de exercício da função enunciativa.** (2008, f.132-133).

A partir de reflexões promovidas por Friedrich Nietzsche nos aforismas de *Gaia Ciência*, o filósofo francês identifica a ruptura entre correspondência, **verdade** e Deus presente na filosofia ocidental desde René Descartes: “*para demonstrar que o conhecimento era um conhecimento fundado em verdade, nas coisas do mundo, Descartes precisou afirmar a existência de Deus*” (2009, p.19).

Em sua leitura nietzschiana, Foucault entende que o filósofo alemão não reconhece uma “*essência do conhecimento*” ou “*condições universais para o conhecimento*”, mas sim considera que o “*conhecimento é, cada vez, o resultado histórico e pontual de condições que não são da ordem do conhecimento*” (2009, p.24).

Dessa maneira, o conhecimento é “*sempre uma relação estratégica em que o homem se encontra situado*”, sendo que essa relação estratégica (política, jurídica, político-jurídica) irá definir o próprio conhecimento (FOUCAULT, 2009, p.25). Sob influência de Nietzsche, Foucault considera ser o conhecimento algo parcial, oblíquo, perspectivo (2009, p.26). E ainda partir do pensamento nietzschiano, Foucault compreende que a relação entre conhecimento e as coisas não se manifesta como “*continuidade natural*” ou “*adequação ao objeto*” (correspondência), mas sim como uma relação de “*distância e dominação*” (2009, p.18;22).

Logo, o conhecimento, na concepção foucaultiana, é produzido muito mais em uma dimensão política-jurídica que filosófica-epistêmica. Por essa razão, a pesquisa foucaultiana a respeito dos regimes veridicionais também pode ser interpretada como uma análise política da **verdade** (FOUCAULT, 2009, p.23). Para o autor, a “*economia política da verdade*” na sociedade ocidental pode ser caracterizada por cinco importantes traços:

A **verdade** está centrada na forma do discurso científico e nas instituições que o produzem; está submetida a uma constante incitação econômica e política (necessidade de **verdade** tanto para a produção econômica quanto para o poder político); é objeto, de várias formas, de uma imensa difusão e de

um imenso consumo (circula nos aparelhos de educação ou de informação, cuja extensão no corpo social é relativamente grande, não obstante algumas limitações rigorosas); é produzida e transmitida sob o controle, não exclusivo, mas dominante, de alguns grandes aparelhos políticos ou econômicos (universidade, exército, escritura, meios de comunicação); enfim é objeto de debate político e de confronto social (as lutas ‘ideológicas’). (FOUCAULT, 2000, p.13).

Dessa maneira, conforme aponta Cesar Candiotto, para Michel Foucault, o que nas ciências – ou na mecânica decisória do processo penal brasileiro – é “*convencionado como **verdadeiro** (...) configura a justificação racional de sistemas excludentes de poder que atuam nas práticas institucionais e científicas*” (2010, p.50). Destaca o filósofo que, no pensamento foucaultiano, “*a pura e simples **verdade** não é condição suficiente para que uma proposição pertença a uma disciplina; para que tal aconteça, ela precisa obedecer à vontade de **verdade***” (2010, p.53).

E qual é essa vontade de **verdade**? Remetendo novamente a um aforisma de Friedrich Nietzsche, “*a força do conhecimento não está no seu grau de verdade, mas na sua antiguidade, no seu grau de incorporação, em seu caráter de condição para a vida*” (2012, p.128). Assim, ao nosso entender a partir de Foucault, é justamente a pacificadora vontade de **verdade** que subsuma-se as ideologias conservadoras, míticas, tradicionalistas e falsamente progressistas engendrados por todas as categorias de civis, descartáveis e moldáveis na atualidade pós-política.

Nesse sentido, para o filósofo francês, uma determina conjectura precisa pertencer a um “*horizonte teórico determinado*” (CANDIOTTO, 2010, p.53) para ser considerada **verdadeira**, de modo que a racionalidade de uma determinada ciência (ou de um sistema jurídico) “*não precisa necessariamente ser medida pela **verdade** que ela possa produzir; pelo contrário, como pano de fundo daquela racionalidade, persiste a arbitrariedade e o acaso, um ritual que envolve desejo e poder*” (CANDIOTTO, 2010, p.55).

É importante pontuar, conforme ressalta C.G Prado, que a abordagem de Michel Foucault não pode ser confundida com o irrealismo. Isso porque o filósofo francês jamais buscou estabelecer uma teoria da **verdade** nos moldes filosófico-epistemológicos tradicionais, não trabalhando, por exemplo, com uma relação epistêmica de **verdade** em sentenças, conforme, por exemplo, a teoria da **verdade** como correspondência de Alfred Tarski) (2006, p.100).

De fato, Foucault busca identificar como a **verdade** é aplicada na prática, não se envolvendo em uma discussão a respeito da existência ou inexistência **verdade** objetiva (PRADO, 2006, p.100-101). Em outras palavras, o filósofo francês não nega a existência da **verdade**, mas busca demonstrar que **discursos** considerados **verdadeiros** são produzidos de maneira político-jurídico sem necessariamente corresponder à realidade objetiva – exatamente o que buscamos demonstrar que ocorre no processo penal brasileiro.

Uma reflexão de Slavoj Žižek, ainda que constituída sob bases filosóficas distintas de Michel Foucault, ilustra com muita precisão como a “**verdade**” é produzida nas sociedades contemporâneas, servindo, analogicamente, à presente discussão:

(...) a **Verdade** é caracterizada não pelas características inerentes das proposições **verdadeiras**, mas pelo mero fato formal de que essas proposições foram ditas a partir da posição da **Verdade**. Consequentemente, num exato paralelo com o fato de que o sujeito é puro mensageiro, um apóstolo da **Verdade**, quaisquer que sejam suas propriedades inerentes, a própria **verdade** não é propriedade das declarações, mas o que as torna **verdadeiras**. A **Verdade** é como a arte ready-made: um mictório é obra de arte quando ocupa o lugar da obra de arte; nenhuma propriedade concreta distingue o mictório de Duchamp [*A Fonte*] do mictório que está no banheiro público ao lado. (2011, p.203).

A partir do exposto, sequer podemos afirmar que o “princípio” da **verdade real** no processo penal equivale à aplicação ou tentativa de aplicação de uma teoria da correspondência. Na realidade, há pouquíssima (ou nenhuma) relação entre a “**verdade**” produzida no processo penal brasileiro e uma correspondência fática que pareça verossímil, o que significa dizer, em termos popperianos, que o critério de progresso em direção à **verdade** do processo penal brasileiro é muito baixo, mesmo sendo estruturado a partir de um “princípio” da verdade real.

É como escreveu Thomas Pynchon em seu romance *Mason & Dixon*: “*Quem se arroga a Verdade, abandona a Verdade...*” (2012).

Não se nega que seja possível a coincidência e convergência dessas perspectivas, e seria equivocado e excessivo considerar que todas as decisões judiciais sejam arbitrárias e indevidas. Mas a adequação da reconstrução fática (objetiva/material e subjetiva/sócio-psicológica-psiquiátrica) proporcionada pelo processo penal brasileiro com a **verdade** dos fatos é, no máximo, ocasional, uma vez que a processualística penal brasileira objetiva, em termos práticos, tão somente legitimar uma **verdade** constituída de modo solipsista pelo julgador, que a partir da gestão da prova, busca reunir

fragmentos fático-probatórios que confirmem a conjectura que formulou, de modo que o sistema judiciário possa oferecer respostas esperadas (conforme a ideologia pós-política da vez) e aceitáveis para a sociedade dos civis.

Impulsionado pela estrutura perversa do “princípio” da **verdade real**, o julgador, ao produzir hipóteses (enunciados) de **verdade** na cela solitária de sua consciência, um espaço mental “*acrítico (sem processo)*” (LEAL, 2010, p.163), blinda os diversos sentidos do caso a qualquer possibilidade de crítica pela via processual, estabelecendo uma autoritária univocidade do sentido que violenta todas as partes envolvidas no processo – inclusive outros julgadores, na hipótese de revisão da decisão pela via recursal.

Em termos foucaultianos, se considerarmos que a **decisão penal** é composta de enunciados formulados ao longo do processo, caracterizando-se como o **discurso** (conclusivo) do processo penal, o “**princípio**” da **verdade penal** promove o **monopólio do discurso do processo penal brasileiro** pelo julgador, que se afigura como o detentor exclusivo das condições de exercício da função enunciativa.

Assim, o processo penal brasileiro encontra-se permeado por uma indissociável e paradoxal circularidade: é um sistema jurídico formalmente aberto às partes, mas considerado legítimo por produzir decisões que oferecem uma “**verdade**” formada exclusivamente pelo julgador no vazio de sua mente. Nessa relação entre conjecturas solipsistas, “**verdade**” e legitimação que reside o mais autoritário aspecto do processo penal brasileiro.

Ocorre que a partir da concepção democrática de processo proposta pela teoria neoinstitucionalista, não é a autoridade do julgador expressa na formulação de conjecturas legitimadas por meio de uma gestão da prova estratégica que traz qualquer validade à decisão, mas sim a possibilidade das partes participarem pela via do devido processo legal (em condição de isonomia e simétrica paridade, mediante o exercício da ampla defesa e do contraditório) da testabilidade processual incessante de todas as conjecturas válidas (ou seja, que tenham relevância na construção da decisão).

No entanto, a estrutura de pensamento indutivista/solipsista que emana da hiper-racionalidade inquisitória instauradora do princípio da **verdade real** impede a irrestrita fiscalidade de todas as conjecturas válidas pelas partes, suspendendo o devido processo

legal recepcionado na Constituição de 1988, pela restrição da ampla defesa e do contraditório, o que insere o procedimento (pois processo, nessa perspectiva jamais será) penal brasileiro no vazio do Estado de Exceção.

Dito de outra forma, não há direito processual sem a ampla abertura de todos os argumentos e construções à participação construtiva, modificativa ou extintiva pelas partes; há somente procedimento como uma tecnologia a serviço do autoritarismo e violência, ainda que cuidadosamente revestido de uma pretensa legitimidade procedimental.

O Projeto de Lei do Senado n.156/2009, que reforma o Código de Processo Penal, embora expressamente passe a estruturar processo penal brasileiro como acusatório e vede a substituição da atuação probatória do Ministério Público pelo julgador, cometeu grave deslize (condenado inclusive por Jacinto Miranda Nelson Coutinho, que integra a Comissão dos Juristas responsável pela elaboração do texto⁹⁴) ao manter a faculdade do juiz de “*esclarecer dúvida*”, de ofício, a respeito das provas produzidas pelas partes:

Art. 162. As provas serão propostas pelas partes.

Parágrafo único. Será facultado ao juiz, antes de proferir a sentença, esclarecer dúvida sobre a prova produzida, observado o disposto no art. 4o.

⁹⁴ Jacinto Nelson Coutinho destaca que com a recepção do sistema acusatório no novo Código de Processo Penal, “(...) *juiz pode ter – se ganhar consciência de seu principal mister constitucional – a possibilidade concreta de funcionar como garante da Constituição (talvez o principal) e, por elementar, do cidadão; justo porque livre do dever referente à iniciativa probatória. Sem ele, não corre o risco de agir guiado pelos fantasmas das decisões a priori e, portanto, pode se colocar corretamente no lugar de equidistância das partes, como exige a CR. Disto decorrem múltiplas consequências, embora a mais importante seja aquela que dá ao Ministério Público o lugar devido, já ocupado na Constituição mas não de fato, por certo pela incorreta e inquisitorial sobreposição de funções entre ele e o juiz. Restaria, por fim, dizer sobre a situação do juiz, no processo, diante da dúvida, ou seja, quando produzida a prova (sempre por iniciativa das partes) permanecer uma indefinição (razoável) sobre ponto capital do caso penal. Nesta hipótese, optou a Comissão de Juristas do Senado (contra minha posição e do Min. Hamilton Carvalhido, ilustre Presidente dela) que o juiz poderia ter a iniciativa probatória se fosse em favor do réu. A posição é de duvidosa constitucionalidade (embora lotada de boas intenções), à evidência porque se não pode dizer por completo e ex ante se a iniciativa é mesmo para sanar dúvida em favor do réu e, assim, faz-se uma exortação à ética dos magistrados, dificultando-lhes a vida dado se estar diante de questão que pode demandar o gasto desnecessário de muita energia psíquica e, portanto, sofrimento. Em definitivo, não parece de bom alvitre a proposta se se precisa de um juiz bem resolvido e o mais equilibrado possível. Ademais, em processo penal, conforme consagrado na modernidade (embora já existisse antes dela), se terminada a instrução restar dúvida (razoável), o réu deve ser absolvido. É o princípio do in dubio pro reo. Não foi assim que entendeu a Comissão, porém, e a quem não concordou coube se conformar.”* (<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1242740455174218181901.pdf>, acessado em 09 de dezembro de 2012 às 22:29).

Assim, embora mitigado e de alguma maneira oculto ao longo da redação do projeto da codificação, o “**princípio**” da **verdade real** no (provável) futuro código de processo penal brasileiro, assegurando a violência da univocidade do sentido e espaço processualmente vago da Exceção.

O direito penal e o processo penal são os mais explícitos exemplos do caráter violento e opressivo do Estado, reclamando uma revisitação crítica de extrema profundidade, capaz de promover a refundação de suas bases conforme uma concepção democrática, livre das ideologias, dos mitos e dos dogmas que promovem, desde tempos imemoriais, a exclusão do povo e a submissão dos cidadãos, em conformidade com as tramas das teorias civis.

Não há solução única, nem proposta de fácil implementação.

No entanto, para que o procedimento penal rompa o caráter excepcional vigente desde a Era Vargas e possa, finalmente, ser recepcionado como **processo** nas bases jurídico-epistêmicas do Estado Democrático de Direito, é fundamental que o princípio da **verdade real** seja expurgado de toda e qualquer concepção processual penal, substituindo o autoritarismo da racionalidade dogmática, que impõe ao julgador o domínio sobre o sentido único da decisão penal (**monopólio do discurso processual penal**), pelo caráter emancipatório da racionalidade crítica (**princípio da verossimilhança racional**).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. Observa-se nas sociedades ocidentais contemporâneas a superação das grandes narrativas políticas, sublimando antigos debates entre direita e esquerda, e estabelecendo-se uma tecnologia governamental **biopolítica** (gestão estratégica dos corpos) e **panóptica** (dispositivos de vigilância eletrônica).
2. Constata-se também um aumento do punitivismo estatal, com grandes restrições de liberdades individuais (direito processual penal), endurecimento da legislação criminal (direito penal), políticas públicas de encarceramento e segregação (política criminal), bem como elevado grau de vigilância eletrônica (sociedade disciplinar).
3. A **nova onda do punitivismo** não se associa mais necessariamente às políticas conservadoras, comportando-se de maneira pós-política em movimento pendular entre discursos de direita e esquerda, conforme a conveniência dos empresários morais.
4. Objetivamos na pesquisa desenvolvida analisar a compatibilidade entre o “**princípio**” da verdade real e uma concepção democrática de processo penal, referente jurídico discursivo que, pelos institutos da isonomia (dignidade), da ampla defesa (liberdade) e do contraditório (vida), possibilitando a construção dos provimentos pelas partes legitimadas.
5. Como hipótese, consideramos que o “**princípio**” da verdade real é incompatível com o **processo penal democrático**, sendo um dispositivo mítico-ideológico utilizado como argumento que busca legitimar decisões que, na realidade, pouco ou nada tem de próximas de qualquer verdade.
6. A construção dessa hipótese remonta, preliminarmente, à observância do “princípio” da verdade real no processo penal brasileiro. A **doutrina majoritária** considera que a função do processo penal é revelar uma verdade real, absoluta, certa a respeito de fatos pretéritos.
7. Por sua vez, a jurisprudência pátria tem recorrido ao “**princípio**” da verdade real como um meta-argumento capaz de relativizar uma série de direitos e garantias fundamentais do acusado.
8. Uma breve incursão na formação do processo penal no ocidente explicita sua **gênese autoritária**. O procedimento inquisitório manifesta uma produção **ritual**

da verdade, no qual o julgador, primeiramente eclesiástico, posteriormente secular, irá constituir no isolamento de sua mente uma premissa que irá buscar comprovar por meio daqueles fatos pinçados no processo, sem a participação das partes.

9. Na modernidade, o procedimento inquisitório recepciona o marco subjetivista cartesiano, configurando-se como **hiper-racionalidade inquisitória**, na qual a certeza de se alcançar a verdade se dá pela via intelectual solitária do julgador.
10. Constatamos que esse marco é recepcionado na legislação processual penal pátria desde o século XIX e é radicalizado à partir da legislação processual penal de Getúlio Vargas, que constitui genuína tecnologia procedimental de Exceção, com elevada carga de violência (anônima, sistêmica). Nesse sentido, o Código de Processo Penal Brasileiro, ao basear-se na crença de uma verdade certa e conceder o poder da gestão da prova ao juiz e basear, estabelece a base normativa para a atuação **hiper-racional inquisitória**.
11. Identificamos que discussões filosóficas (como a reflexão nietzschiana e o giro linguístico-pragmático na filosofia) e as profundas mudanças nas ciências desestabilizaram ao longo do século XX a crença na possibilidade desvelamento de uma **verdade real**, absoluta, por meio
12. Nessa perspectiva, a concepção de verdade elaborada pelo epistemólogo austro-britânico Karl Popper, recepcionada pela teoria neoinstitucionalista do processo, mostrou-se útil para a elaboração de um modelo experimental de processo penal democrático cuja comparação com o processo penal brasileiro possibilita evidenciar sua incompatibilidade com uma concepção democrática de direito.
13. A verdade em Popper enquadra-se, a princípio, em uma concepção **correspondencialista**. No entanto, não há para o filósofo a possibilidade de confirmarmos com absoluta certeza se uma determinada conjectura é verdadeira. Podemos, no entanto, identificar por meio da testificação, com certo grau de acerto, quais conjecturas são falsas.
14. Sob essa perspectiva, é possível identificarmos que o processo penal, sob uma perspectiva constitucional (que pressupõe a vigência do **princípio da não-culpabilidade**, a **separação entre julgador e acusador** e a **produção probatória entregue as partes**), trabalha com uma conjectura previamente estabelecida, equivalente a verdade: o acusado é inocente até que se prove o contrário (C1). Cabe, portanto a acusação demonstrar que sua conjectura de acusação (C2) possui

um teor de verdade mais elevado que *CI*, ou explicitar que o teor de falsidade de *CI* é mais elevado que seu teor de verdade.

15. Logo, racionalmente se percebe que não é necessário que o juiz se envolva na produção probatória, tanto em razão da exclusividade da função acusatória do MP proposta no texto constitucional, tanto porque já há uma conjectura de verdade, expressa pelo princípio da não culpabilidade. Havendo dúvida entre ambas as conjecturas, também por força constitucional prevalece a *CI*, em razão do princípio *in dubio pro reo*. Nessa perspectiva, o processo penal democrático não se submete a um “princípio” da verdade real, mas sim a um **princípio da verossimilhança racional**.
16. A partir desse modelo experimental, podemos vislumbrar que o **processo penal brasileiro** funciona de maneira muito distinta, uma vez que embora por determinação constitucional formal existam também as conjecturas *CI* (princípio da não-culpabilidade) e *C2* (conjectura de acusação), há ainda uma terceira conjectura (*C3*) expressa pelo princípio dispositivo.
17. Essa conjectura não está aberta à testificação e crítica pelas partes, e não pode ser suprida mesmo por uma decisão rigorosamente fundamentada pelo juiz, pois é até possível que fundamente as razões para produzir determinadas provas, mas é impossível, lado outro, fundamentar todas as razões que não levaram a produzir outras provas.
18. Buscamos em seguida analisar se o *(i)* processo penal brasileiro seria capaz de atingir alguma verdade, ainda que aproximadamente e *(ii)* reforçar os apontamentos críticos previamente levantados à respeito da utilização do princípio da verdade real pelo julgador.
19. Realizando brevíssima análise a respeito da culpabilidade, identificamos que o processo penal brasileiro, ao desconsiderar a psicanálise e a anti-psiquiatria, põe-se a margem de uma riquíssima discussão a respeito da constituição do sujeito, o que empobrece sua aproximação da verdade sob a perspectiva subjetiva. De igual modo, também desconsidera as vertentes criminológicas do último século em sua formação a respeito dos antecedentes e vida pregressa do sujeito.
20. Recorremos a análise empírica desenvolvida por pesquisadora para fortalecer os apontamentos realizados nos pontos anteriores. Em análise de depoimentos coletados, restou evidenciado que juízes confirmam que *(i)* deve o processo penal encontrar uma verdade absoluta, *(ii)* o princípio da verdade real dá legitimidade à

decisão penal, tornando-a “justa” (conforme apontado, a título de exemplo, por Taruffo) e (iii) a construção da verdade passa por filtros psíquicos, sociais e culturais.

21. Assim, identificamos que o princípio da verdade real **não seria um princípio** sob a perspectiva neoinstitucionalista, por não se tratar de norma argumentativa (conceito neoinstitucionalista de princípio), mas, pelo contrário, de disposição contrária à livre argumentação propiciada pela observância ao contraditório, ampla defesa e isonomia.
22. A partir de processualistas penais críticos, constatamos que esse “princípio” entre aspas possui aspecto de **mito**, constituindo técnica de controle social que justapõe diferentes discursos de segurança e previsibilidade (decisão supostamente “justa”).
23. Identificamos que também configura-se como **dispositivo** conforme concepção agambeniana, por constituir uma tecnologia do procedimento hiper-racional inquisitório para propiciar o controle dos homens por meio de produção de decisão penal.
24. Podemos entender que possui ainda um caráter **ideológico** na perspectiva zizékiana, promovendo uma falsa crença de que não é possível produzir uma verdade democraticamente válida, o que possibilita o preenchimento do processo penal por valores abertos objetivando atender o “*ao menos farei justiça*”, “*atenderei o clamor social*” ou “*resguardarei o bem comum*”.
25. Assim, conforme a construção foucaultiana, o “**princípio**” da verdade real produz uma verdade que não é medida por seu grau de verossimilhança racional, mas por emanar de autoridade competente, exclusivamente autorizada para a produção daquele determinado **discurso jurídico**.
26. Valendo-se da metáfora zizékiana, **a verdade dita real no processo penal brasileiro equivale ao mictório de Duchamp**: o objeto cotidianando torna-se obra de arte por ocupar, na galeria o espaço de obra de arte, e não por seu conteúdo artístico. A verdade dita real no processo penal é verdade por não por seu conteúdo racionalmente verdadeiro em uma concepção processual democrática, mas por ter sido criada nos autos pela força da autoridade.
27. Assim, torna-se imperativa a desconstrução do processo penal excepcional (presença fantasmagórica entre o autoritarismo e o direito) mediante a substituição do “**princípio**” da verdade real, constituído a partir do dogmático hiper-

racionalismo inquisitório, por um **princípio da verossimilhança racional**, a partir das bases jurídico-epistêmicas da teoria neoinstitucionalista do processo.

BIBLIOGRAFIA

ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. *Dialética do esclarecimento: fragmentos filosóficos*. Tradução: Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1985.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção – Homo Sacer II, 1*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004.

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer - O Poder soberano e a vida nua I – 2 ed*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

AGAMBEN, Giorgio. *O que é o contemporâneo? E outros ensaios*. Chapecó: Argos, 2009.

AGAMBEN, Giorgio. *O Sacramento da Linguagem – Arqueologia do juramento (Homo sacer II, 3)* – Belo Horizonte: Editora UFMG, 2011.

ALMEIDA, Andréa Alves de. *Espaço Jurídico Processual na Discursividade Metalinguística*. Curitiba: Editora CRV, 2012.

ALTHUSSER, Louis. *Ideologia e Aparelhos Ideológicos de Estado (Notas para uma investigação)* In *Um Mapa da Ideologia* Org. Slavoj Žižek. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modelo costituzionale del processo civile italiano. 2. Ed. Ampliata e aggiornata*. Torino: G. Giappichelli, 1997.

APPIAH, Kwame Anthony. *Introdução à Filosofia Contemporânea*. Petrópolis: Vozes, 2006.

ARAÚJO, Sérgio Luiz Souza. *Teoria Geral do Processo Penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3^a ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal – Introdução à Sociologia do Direito Penal 3a ed.* Rio de Janeiro: Editora Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BARROS, Flaviane de Magalhães; MORAIS, José Luis Bolsan de. *Reforma do processo civil: perspectivas constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BARROS, Flaviane de Magalhães. *O modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição* In CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (org.). *Constituição e Processo – A Contribuição do Processo no Constitucionalismo Democrático Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2009.

BARROS, Marco Antônio de. *A Busca da Verdade no Processo Penal. 3a ed. Rev. e amp.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BASTOS, Cleverson Leite; CANDIOTTO, Kleber B.B. *Filosofia da Ciência*. Petrópolis: Vozes, 2008.

BATISTA, Nilo. *Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro I*. Rio de Janeiro: Editora Revan, ICC, 2002.

BENJAMIN, Walter. *O anjo da história*. Belo Horizonte: Autêntica, 2012.

BLACKBUN, Simon; SIMMONS, Keith. *Truth*. Oxford: Oxford Readings in Philosophy, 2010.

BLACKBURN, Simon. *Dictionary of Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

BLACKBURN, Simon. *Truth: a Guide*. Oxford: Oxford Readings in Philosophy, 2005.

BOBBIO, Norberto. *Direita e Esquerda – Razões e significados de uma distinção política. 2.ed rev. e ampl.* São Paulo: Editora UNESP, 2001.

BRASIL. *Código Penal, Código de Processo Penal, Legislação Penal e Processual Penal e Constituição Federal*. 11a. ampl. e atuali. Ed. RT Minicódigos. Organização de Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2009.

BRASIL. Senado. *Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. Anteprojeto*. Brasília: Senado Federal, 2009. Disponível em < <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84496> >, acesso em 02 de janeiro de 2013.

BROWN, Wendy. *Ahora todos somos demócrata*. In ŽIŽEK, Slavoj...et al. *Democracia en Suspenso*. Madrid: Ediciones Casus Belli, 2010.

BUENO, Pimenta. *Apontamentos sobre processo criminal brasileiro*. Rio de Janeiro: Empreza Nacional do Diario, 1857. Disponível em http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=353 (Acesso realizado em 1º de dezembro de 2012).

CANDIOTTO, Cesar. *Foucault e a crítica da verdade*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2010; Curitiba: Champagnat Editora, 2010.

CANÊDO, CARLOS; FONSECA, David S. *Ambivalência, Contradição e Volatilidade no Sistema Penal*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia, 3.ed., rev. E ampl.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CHAVES, João. *O problema do direito em Michel Foucault – Entre Imagens Jurídicas e a proposta de um Direito Novo*. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000, tomo 1.

COUTINHO, Jacinto Nelson. *A contribuição da Constituição democrática ao processo penal inquisitório brasileiro*. In CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (org.). *Constituição e Processo – A Contribuição do Processo no Constitucionalismo Democrático Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2009.

COUTINHO, Jacinto Nelson. *Novo Código de Processo Penal, Nova Mentalidade*. Brasília: Ordem dos Advogados do Brasil, 2009. Disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84496> (acessado em 09 de dezembro de 2012 às 22:29).

COUTINHO, João Pereira; PONDÉ, Luiz Felipe; ROSENFELD, Denis; prefácio Marcelo Consentino. *Por que Virei à Direita*. São Paulo: Três Estrelas, 2012.

DALY, Glyn ; ŽIŽEK, Slavoj. *Arriscar o Impossível – Conversas com Žižek*. São Paulo: Martins, 2006.

DERRIDA, Jacques. *Força de Lei: o fundamento mítico da autoridade*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

DESCARTES, René. *Discours de la méthode*. Paris: Librairie Générale Française, 2000.

DUTRA, Eliana de Freitas. *O Ardil Totalitário – Imaginário político no Brasil dos anos 1930*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.

ECO, Umberto. *O Nome da Rosa – 2ed.* Rio de Janeiro: Record, 2010.

ELIADE, Mircea. *História das Crenças e das Idéias Religiosas III*. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

ESMEIN, Adhémar. *Histoire de la procédure criminelle en France: et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIIIe siècle jusqu'a nos jours*. Paris: L. Larose et Forcel, 1882.

EYMERICH, Nicolau; LA PEÑA, Francisco. *Manual dos Inquisidores*. São Paulo: Rosa dos Tempos, 1993.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Campinas: Bookseller, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal. Prefácio da 1. Ed. Italiana. Norberto Bobbio. 2.ed rev. e ampl.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FEYERABEND, Paul. *Contra o Método*. São Paulo: Editora Unesp, 2007.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2009.

FOUCAULT, Michel. *A Arqueologia do Saber*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

FOUCAULT, Michel. *Dits et écrits 1954-1988, II 1976-1988*. Paris: Éditions Gallimard, 2001.

FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)* – São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FOUCAULT, Michel. *Nascimento da Biopolítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FOUCAULT, Michel. *The Foucault Reader*. New York: Vintage Books, 2010.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. 38.ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

GIACOIA, Oswaldo Junior. *A Autossupressão como catastrophe da consciência moral* In *Estudos Nietzsche*. Curitiba: v. 1, n. 1, p. 73-128, jan./jun. 2010, disponível em <http://www2.pucpr.br/reol/index.php/estudosnietzsche?dd1=4333&dd99=view>. (Acesso realizado em 02 de maio de 2013, às 15:28).

GOLDSCHMIDT, James. *Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal*. Barcelona: Bosch, 1935.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo 2 ed.* Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática – 2.ed. rev., amp., e atual. Pela BBR 14.724 e atual. Pela ABNT 30/12/05*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

IANNINI, Gilson. *Estilo e Verdade em Jacques Lacan*. Belo Horizonte: Autêntica, 2012.

JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Cancio. *Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2008.

KANT DE LIMA, Roberto. *Ensaio de Antropologia e de Direito – Acesso à Justiça e Processos Institucionais de Administração de Conflitos e Produção da Verdade Jurídica em uma Perspectiva Comparada 2ª tiragem*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

KIRKHAM, Richard L. *Theories of truth: a critical introduction*. Massachusetts: Massachusetts Institute of Technology Press, 1995.

LARRAURI, Elena. *La Herencia de la Criminología Crítica*. México: Siglo XXI, 1991.

LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do Processo em Crise*. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Comentários críticos à exposição de motivos do CPC de 1973 e motivos para elaboração de um novo CPC*. Franca: Lemos e Cruz, 2010.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Modelos Processuais e Constituição Democrática In Temas de Direito Processual Democrático* Coord. Joseli Lima Magalhães. Teresina: Editora EDUFPI, 2012.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo Civil e Sociedade Civil*. Disponível em: <<http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2005/Docentes/PDF/processo%20civil%20e%20sociedade%20civil.pdf>>. *Virtuajus*, ano 4, n. 2, dezembro de 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do processo: primeiros estudos – 10 ed.* Rio de Janeiro: Forense, 2011.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. Belo Horizonte: Editora Landy, 2002.

LÉVI-STRAUSS, Claude. *A antropologia diante dos problemas do mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

LIPOVETSKY, Gilles. *O Império do Efêmero: A Moda e seus destinos nas sociedades modernas*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional, volume I 5ed.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional)*, 4ª edição Rev. At. Amp. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LYNCH, Michael P. *The Nature of Truth: Classic and Contemporary Perspectives*. Massachusetts: Massachusetts Institute of Technology Press, 1995.

MACHADO, Roberto. *Nietzsche e a Verdade*. Rio de Janeiro: Graal, 1999.

MARCONDES, Danilo. *Iniciação à História da Filosofia – dos Pré-Socráticos a Wittgenstein*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2010.

MARQUES, Leonardo Marinho. *A Hiper-racionalidade Inquisitória*. In BONATO, Gilson (org.). *Processo penal, constituição e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MEGILL, Allan. *Prophets of Extremity – Nietzsche, Heidegger, Foucault, Derrida*. Berkeley: University of California Press, 1987.

MENDES, Regina Lúcia Teixeira. *Verdade real e livre convencimento: O processo decisório judicial brasileiro visto de uma perspectiva empírica*. in DILEMAS Vol. 5 - JUL/AGO/SET 2012 - pp. 447-482, disponível em <http://revistadil.dominiotemporario.com/doc/DILEMAS-5-3-Art4.pdf> (Acesso realizado em 26 de abril de 2013 as 12:01).

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal 3.ed. rev. e atual*. São Paulo: Atlas, 1994.

MURPHY, Cullen. *God's Jury – the Inquisition and the Making of the Modern World*. New York: Houghton Mifflin Harcourt, 2012.

NETO, José de Assis Santiago. *Estado Democrático de Direito e Processo Penal Acusatório: a participação dos sujeitos no centro do palco processual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

NIETZSCHE, Friedrich. *A Gaia Ciênica*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

NIETZSCHE, Friedrich. *Além do bem e do mal*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da Moral – Uma polêmica*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

NIETZSCHE, Friedrich. *Sobre Verdade e Mentira*. São Paulo: Hedra, 2008.

OLIVEIRA, Manfredo A. de. *Reviravolta Linguístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea*. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Relatório da Assembleia Geral das Nações Unidas, na 14ª Sessão do Conselho de Direitos Humanos*. Organização das Nações Unidas: 2010. Disponível em

<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/Pages/HRCIndex.aspx> . (Acesso realizado em 02 de dezembro de 2012).

PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de Processo Penal 8a edição*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

PENCO, Carlo. *Introdução à filosofia da linguagem* - Petrópolis: Vozes, 2006.

PINTO, Felipe Martins. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

POPPER, Karl Raimund. *Conhecimento Objetivo*. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 1999.

POPPER, Karl Raimund. *Em Busca de um mundo melhor*. São Paulo: Martins, 2006.

POPPER, Karl Raimund. *O Mito do Contexto – Em defesa da ciência e da racionalidade*. Lisboa: Edições 70, 2009.

POPPER, Karl Raimund. *Sociedade Aberta e Seus Inimigos vol. 1*. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 1998.

POPPER, Karl Raimund. *Textos escolhidos*. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2010.

PRADO, C.G. *Searle and Foucault on Truth*. New York: Cambridge University Press, 2006.

PRADO, Geraldo; MARTINS, Rui Cunha; CARVALHO, I. G. Grandinetti Castanho de. *Decisão judicial – a cultura jurídica brasileira na transição para a democracia*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

PRADO, Geraldo. *Poder Negocial (sobre a pena), Common Law e o processo penal brasileiro: Meta XXI em busca de um milhão de presos? In BONATO, Gilson (org.). Processo penal, constituição e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PYNCHON, Thomas. *Mason & Dixon*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

REMINGTON; Frank J.; DICKEY, Walter J.; SCHULTZ, David E. *Substantive Criminal Law: Cases and Materials*. Madison: University of Wisconsin Law School, 2010.

ROSA, Alexandre Morais. *Decisão penal: a bricolage de significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SAFATLE, Vladimir. *A esquerda que não teme dizer seu nome* – São Paulo: Três Estrelas, 2012.

SAFATLE, Vladimir. *Amar uma idéia in HARVEY, David...et al. Occupy*. São Paulo: Boitempo – Carta Maior, 2012.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *La Expansion del Derecho Penal. 2. Ed.* Madrid: Civitas, 2001.

SOUZA, Jessé. *A Ralé Brasileira – Quem é e como vive*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2011.

STRECK, Luiz Lênio. *O que é isto – decido conforme minha consciência? 3.ed.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade – o Juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal 19 ed. rev. e atual.* São Paulo: Saraiva, 1997.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito II – A epistemologia juridical da modernidade*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1994.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Editora Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2007.

ŽIŽEK, Slavoj. *A visão em paralaxe*. São Paulo: Boitempo, 2008.

ŽIŽEK, Slavoj. *Pour Défendre Les Causes Perdues*. Paris: Bliibliothèque des saviors, 2012.

ŽIŽEK, Slavoj. *Violence: Six réflexions transversales*. Vauvert: Au diable vauvert, 2012.