

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Natalie Ribeiro Pletsch

FORMAÇÃO DA PROVA NO JOGO PROCESSUAL PENAL:

o atuar dos sujeitos
e a construção da sentença



SÃO PAULO
2007



© Desta edição – IBCCRIM

Produção Gráfica: Método Editoração e Editora Ltda.

Fone: (11) 3289-1366 – Fax: (11) 3262-4729

Capa: Lili Lungarezi – lililungarezi@uol.com.br

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO NA FONTE
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ

Pletsch, Natalie Ribeiro

Formação da prova no jogo processual penal : o atuar dos sujeitos e a construção da sentença / Natalie Ribeiro Pletsch. - São Paulo : IBCCRIM, 2007.

Bibliografia

1. Prova criminal. 2. Sentença (Direito processual). 3. Processo penal. I. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. II. Título. III. Série.

07-0692.

CDU: 343.1

ISBN 978-85-99216-11-8

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS (IBCCRIM)

Rua 11 de Agosto, 52, 2.º andar

CEP 01018-010 – São Paulo, SP, Brasil

Tel.: (xx 55 11) 3105-4607 (tronco-chave)

<http://www.ibccrim.org.br> — e-mail: monografia@ibccrim.org.br

Tiragem: 4.300

TODOS OS DIREITOS DESTA EDIÇÃO RESERVADOS

Impresso no Brasil – *Printed in Brazil*

2007

IBCCRIM – Diretoria para o biênio 2007/2008

Diretoria executiva

Presidente

Alberto Silva Franco

1.º Vice-Presidente

Sérgio Mazina Martins

2.º Vice-Presidente

Theodomiro Dias Neto

1.º Secretário

Carlos Alberto Pires Mendes

2.º Secretário

Paula Bajer Fernandes Martins da Costa

1.º Tesoureiro

Ivan Martins Motta

2.º Tesoureiro

Sílvia Helena Furtado Martins

Conselho Consultivo

Carlos Vico Mañas, Marcio Bártoli, Marco Antonio Rodrigues Nahum, Maurício Zanoide de Moraes e Tatiana Viggiani Bicudo

Comissões especiais – Presidentes

Código Penal

Mariângela Gama de Magalhães Gomes

Convênios

André Augusto Mendes Machado

História

Roberto Maurício Genofre

Justiça e Segurança

Renato Campos Pinto de Vito

Melo Ambiente

Adilson Paulo Prudente do Amaral

Mesas de Estudos e Debates

Paulo Sérgio de Oliveira

Monografias

Andrei Koerner

Núcleo de Jurisprudência

Rui Stoco

Política Nacional de Drogas

Maurides de Melo Ribeiro

Sistema Prisional

Alessandra Teixeira

Seminário Internacional

Carlos Vico Mañas

Coordenadores – chefes dos Departamentos

Biblioteca

Sérgio Salomão Shecaira

Boletim

Carina Quilo

Cursos

Cristiano Ávila Maronna

Comunicações

Renato Sérgio de Lima

Estudos e Projetos Legislativos

Guilherme Madeira Dezem

Iniciação Científica

Thaís Aroca Datcho Lacava

Internet

Heloisa Estellita

Núcleo de Pesquisas

Jacqueline Sinhoretto

Pós-Graduação

Helena Regina Lobo da Costa

Relações internacionais

Marcos Alexandre Coelho Zilli

Representantes do IBCCRIM junto ao Olapoc

Flávia D'Urso, Glauber Callegari e Renata Flores Tybirica

Revista Brasileira de Ciências Criminais

Juliana Garcia Belloque

Coordenadores Regionais

1.ª Região (Amapá, Maranhão e Pará)

João Guilherme Lages Mendes

2.ª Região (Acre, Amazonas e Roraima)

Fabiola Monteconrado Ghidalevich

3.ª Região (Piauí, Ceará e Rio Grande do Norte)

Patrícia de Sá Leitão e Leão

4.ª Região (Parabaíba, Pernambuco e Alagoas)

Oswaldo Trigueiro Filho

5.ª Região (Bahia e Sergipe)

Wellington César Lima e Silva

6.ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo)

Marcio Gaspar Barandier

7.ª Região (Distrito Federal, Goiás e Tocantins)

Pierpaolo Bottini

8.ª Região (Minas Gerais)

Felipe Martins Pinto

9.ª Região (Mato Grosso, Mato Grosso do Sul e Rondônia)

Francisco Afonso Jewnsnicker

10.ª Região (São Paulo)

Janaina Paschoel

11.ª Região (Paraná)

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

12.ª Região (Rio Grande do Sul e Santa Catarina)

Rafael Braude Canterji

Comissão de Monografias Jurídicas – 2007

monografia@ibccrim.org.br – www.ibccrim.org.br

Presidente

Andrei Koerner

Membros da Comissão de Monografias

Ana Lúcia Pontes Menezes Vieira

Ana Sofia Schmidt de Oliveira

Claudio do Prado Amaral

Davi de Paiva Costa Tangerino

Ela Wiecko Volkmer De Castilho

Flavia Schilling

Flávio Américo Frassetto

José Henrique Rodrigues Torres

Maira Rocha Machado

Wânia Pasinato Izumino

Tadeu Antonio Dix Silva

Aos meus pais, Protásio e Marileda, porque o
nosso convívio é memória, mas o amor
não está atrelado ao espaço.

“Na música de Mahler, como na minha poesia, há uma inquietação terrível, aqueles motivos que nunca chegam... Que nunca chegam a uma solução.... Mas, pelo menos, acho que expressamos a nossa angústia.... Ele na sua música, eu na minha poesia... Música é poesia... E ao escrever, estou mais perguntando do que respondendo. Nunca cheguei a uma resposta... felizmente. Porque se chegasse a uma certeza... sobre a poesia ou outras coisas... estaria morto.” – MÁRIO QUINTANA.

SUMÁRIO ■

INTRODUÇÃO	11
1. O JOGO E AS SUAS REGRAS	19
1.1 O passado no presente: tempo e memória no processo penal	19
1.1.1 Fixidez e movimento do crime: o passado irreversível e o presente contingente	19
1.1.2 O jogo do passado no presente: processo de conhecimento ou de criação?	27
1.2 A dinâmica e a incerteza processual: o processo como um jogo	34
1.2.1 O jogo encenado	45
1.3 Regras mínimas: a forma processual e a inércia do julgador	47
1.3.1 A forma do processo	48
1.3.1.1 O Garantismo como estratégia	54
1.3.2 A forma e a verdade na construção dos limites nas partidas	57
1.3.3 O local do jogo e o jogo como local	60
1.3.4 A inércia do julgador	65
2. OS JOGADORES E SUA PARTICIPAÇÃO NO JOGO	75
2.1 As estratégias: As partes processuais e a parcialidade das teses	76
2.1.1 Atuação do acusador e o ônus de provar suas alegações	77

2.1.2 Atuação do acusado e a presunção de inocência ...	85
2.1.3 A vítima: o sujeito fora da jogada.....	94
3. O RESULTADO	99
3.1 As jogadas possíveis na apreciação da prova	99
3.2 A subjetividade no final da partida	107
3.3 O garantismo em jogo	117
3.4 Placar final: a eleição de um relato possível	127
CONSIDERAÇÕES FINAIS	137
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	143
RELAÇÃO DAS MONOGRAFIAS PUBLICADAS	153

INTRODUÇÃO ■

Se o “processo é um meio utilizado pela jurisdição para fazer o acerto do fato”,¹ é pela possibilidade de esta fala (*iuris dictio*) aplicar uma pena que o processo deve ser permeado de garantias, evitando uma punição arbitrária. Isto porque é o Estado o único que pode, legitimamente, condenar alguém e, como este poder não é compartilhado, deve ser, ao menos, restringido.

Limitar o poder punitivo estatal é – sobretudo – demarcar até onde se pode avançar no exercício da jurisdição. A contenção deste poder não está atrelada unicamente à quantificação da pena, mas a toda atividade que a antecede, em particular à produção da prova, já que é ela que sustenta a afirmação de existência – ou não – do crime narrado na denúncia. Em outras palavras, é por meio do conjunto probatório que o passado se torna presente, possibilitando que o juiz decida absolver ou condenar o acusado. Seguindo os preceitos da exposição de motivos do Código de Processo Penal² e a produção teórica dos proces-

¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá Editora, 1998. p. 111.

² Segundo a Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, “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*”. Acrescenta que o juiz não é “espectador inerte da produção de provas. Sua intervenção na atividade processual é permitida, não somente para dirigir a marcha

sualistas mais consultados no cenário nacional,³ os tribunais costumam reconhecer que o juiz deve alinhar estes elementos probatórios em direção à verdade. Neste entendimento, as provas conduzem a um único relato – o verdadeiro –, e quando o magistrado, mesmo utilizando seus poderes instrutórios, não for capaz de identificá-lo, o dilema é resolvido pela absolvição por insuficiência de provas.

O poder estatal e as garantias processuais, a partir da perspectiva probatória, têm tematizado variados debates no campo jurídico. Esses, em sua maioria, dirigem-se a questões pontuais como a imprescindibilidade de o Ministério Público provar a argumentação que expõe na denúncia; a garantia de o acusado ser presumido inocente, portanto, estar dispensado de provar suas alegações; a motivação fática das decisões judiciais; a impossibilidade de utilização de provas ilícitas; a autorização (ou não) do órgão acusador conduzir as investigações etc.

É evidente que tais discussões, especialmente quando instigadas pelas ponderações garantistas, são fundamentais para a consolidação de uma dogmática crítica apta a operar em consonância com a Constituição da República. No entanto, a ausência de investigações, para além do Direito, sobre como se constitui o ato decisório ante a formação da prova, torna praticamente inócua qualquer tentativa de estabelecer obstáculos (mecanismos de contenção) ao abuso estatal.

Os papéis dos sujeitos – o conjunto probatório e a decisão judicial – raramente têm sido confrontados com o ideal de verdade. Na prática, perdura o ideal da ciência moderna que despreza a subjetividade e confia no potencial da racionalidade humana para o conhecimento imaculado. Assim a atividade jurisdicional é considerada apta para captar “o” passado e, reunindo os esforços dos atores processuais, reconstruir o “real”, ainda que imperfeitamente.

da ação penal e julgar ao final, mas também para ordenar, de ofício, as provas que lhe parecerem úteis ao esclarecimento da *verdade*”.

³ Por todos, Damásio de Jesus, *Código de Processo Penal anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 142.

De fato, os poucos processualistas que se detêm sobre esta problemática o fazem para rejeitar a verdade real (absoluta), substituindo-a pela verdade processual (relativa), em um jogo argumentativo que mantém o julgador no controle da prova, por meio de um encadeamento jurídico no qual a lei fundamenta a jurisprudência que alimenta a doutrina que, ao final, sustenta as decisões judiciais seguintes. A resposta permanece articulada no próprio âmbito jurídico.

Em geral, o que os juristas não percebem (ou não querem perceber) é que as problemáticas não estão compartimentalizadas nos âmbitos dos saberes. Se não há como forjar um enquadramento para que estas se ajustem à geografia dos conhecimentos estabelecidos, deve-se, necessariamente, ultrapassar as fronteiras das disciplinas, em particular quando se tenta entender a complexidade da atividade processual no que se refere à decisão judicial como a “versão verdadeira”.

O presente trabalho focaliza justamente esta problemática, ou seja, por meio de uma leitura interdisciplinar, se pretende identificar como o atuar dos sujeitos processuais repercute na formação da prova e na construção da sentença, a partir do marco teórico garantista.

O Garantismo subsidia importante reflexão, posto que situa as garantias processuais como limites ao poder punitivo do Estado, inclusive na construção do ato decisório. Mais que isso, anuncia expressamente que estas são mecanismos de tutela do acusado e que, portanto, não podem ser violados, sob qualquer alegação, inclusive da verdade. Assim, “o fundamento da legitimidade da jurisdição e da independência do Poder Judiciário está no reconhecimento da sua função de garantidor dos direitos fundamentais inseridos ou resultantes da Constituição. Nesse contexto, a função do juiz é atuar como garantidor dos direitos do acusado no processo penal”,⁴ e não como responsável pela busca da verdade.

⁴ LOPES JR., Aury. A instrumentalidade garantista no processo penal. Disponível em <<http://www.aurylopes.com.br/art0002.html>>. Acesso em 26 nov. 2005.

Ferrajoli disponibiliza critérios que orientam a atividade punitiva, ou seja, que permitem deslegitimar atuações arbitrárias, indicando os princípios da jurisdicionalidade, da presunção de inocência, acusatório, da verificabilidade probatória, do contraditório e da ampla defesa. Por meio desta principiologia, define as “regras do jogo” do direito penal dos Estados democráticos de direito” e – portanto – “os vínculos formais e materiais de validade das normas e decisões”.⁵ Além disso, o autor descola a atividade judicial de sua busca incansável pela verdade, já que sua perseguição ilimitada e desconectada de tais princípios resulta em um processo penal autoritário e violador de garantias.

Embora seja possível identificar em Ferrajoli uma abertura para os outros saberes, pois invoca autores não-jurídicos para pensar a decisão penal, como Tarski e Popper, o autor não enfrenta questões fundamentais para a formação da prova e atuação dos sujeitos processuais como o tempo e a memória, por exemplo. A teoria garantista permanece atrelada à verdade, ainda que a qualifique como aproximativa, desconsiderando que o único fato que existe no processo penal é aquele narrado na denúncia. Assim, se por um lado avança negando a verdade absoluta, por outro, como a doutrina em geral, não se desvencilha de um referencial que orienta o resultado.

Evidentemente que o desprezo pelas questões do tempo e da memória, bem como a manutenção da verdade na atividade processual penal não apagam a importância desta teoria. É fundamental a desmistificação que realiza do ideal de verdade e, conseqüentemente, a rejeição dos procedimentos autoritários para alcançá-la. Portanto, o garantismo funciona como marco teórico para esta investigação na medida em que fixa limites ao poder estatal, estabelecendo que “a prova válida será somente aquela produzida conforme as normas que estabelecem as regras do jogo”.⁶

⁵ CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 89.

⁶ DUCLERC, Elmir. *Prova penal e garantismo: uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 147.

No jogo processual, para além da regulamentação da partida, a atuação dos sujeitos na construção da prova e da sentença consubstancia aspectos fundamentais como o tempo, a memória, o movimento, a fixidez, a criatividade, a subjetividade, os quais o Direito, isoladamente, sequer consegue identificar. A dissonância entre as idéias que norteiam a teoria e prática jurídica ante os estudos realizados em outros campos do saber evidencia a insustentabilidade da verdade como meta da atividade instrutória, o que possibilitaria pensar a sentença penal não como “o” relato, mas como “um” relato.

Este trabalho parte, pois, da hipótese de que, considerando a irreversibilidade dos acontecimentos, a dinâmica e a incerteza do atuar dos sujeitos no jogo processual, as provas são possibilidades de um fato passado e, portanto, a decisão judicial é apenas uma narrativa, dentre várias possíveis. E, em assim sendo, não há como justificar que as garantias processuais continuem sendo preteridas ao ideal de verdade. Em outras palavras, a sentença não mais percebida como o único relato – verdadeiro – deixa de legitimar os ilimitados esforços, em especial do julgador por meio dos poderes instrutórios.

O questionamento desta possibilidade – hipótese – se dará pela troca entre os saberes, na tentativa de se afastar da “arrogância penal [que] sempre consumiu, após evidentes processos e apropriação, os discursos alienígenas, impondo-lhes a etiqueta de auxiliaridade”.⁷ O que não significa a justaposição de conhecimentos de diferentes áreas, mas seu entrelaçamento.

Considerando que “não existe fórmula nem modelos de interdisciplinaridade” e que “ela se realiza em cada caso de um modo específico”,⁸ a experiência desta abordagem é feita pela

⁷ CARVALHO, Salo de. A ferida narcísica do direito penal (primeiras observações sobre as (dis)funções do controle penal na sociedade contemporânea). In: GAUER, Ruth M. Chittó. *A qualidade do tempo: para além das aparências históricas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 181.

⁸ PAVIANI, Jayme. Disciplinaridade e interdisciplinaridade. *Revista de Estudos Criminais*, Sapucaia do Sul, n. 12, 2003. p. 59-85.

metáfora do jogo, aproveitando-se da teorização de Calamandrei, bem como das análises de Goldschmidt do processo como situação jurídica. Para tanto são traçadas algumas estratégias, como demonstrar, a partir da dinâmica processual, a possibilidade de identificação do processo como um jogo; delinear a atividade probatória atentando para o deslocamento do passado no presente experimentado no processo; demonstrar que a forma e a inércia do julgador constituem garantias mínimas do jogo processual; delimitar a atuação das partes e sua implicação na parcialidade das teses argüidas; verificar como a reunião dos elementos probatórios repercute no resultado do jogo; e, por fim, como a apreciação da prova no processo penal está permeada pela subjetividade do julgador.

Como mecanismo de enfrentamento destes objetivos, a preocupação está centrada, em um primeiro momento, em definir o jogo e suas regras, ou seja, como o passado e o presente (tempo e memória) integram a formação da prova; como a criação está inscrita no Processo Penal de Conhecimento; e como a dinâmica do jogo permeia toda a atividade processual. Além disso, as regras do jogo e a figura do árbitro são confrontadas com as idéias de inércia e movimento. Delineado o contexto da formação da prova, são estudadas, a seguir, as atuações das partes – acusação e defesa – e a exclusão da vítima do jogo processual. E, por fim, como se entrecruzam todos esses dados na apreciação da prova e na construção da sentença penal, ou seja, no resultado do jogo.

São essas considerações preliminares que dão início ao enfrentamento do referido tema, pretendendo-se identificar o atuar dos sujeitos processuais na formação da prova e na construção da sentença. Tem-se presente, porém, que a leitura interdisciplinar proposta é apenas mais uma perspectiva de se verificar a problemática, pois experiências como estas não podem ficar “enclausuradas em si mesmas, sob pena de configurarem nova dogmática ou religião a serem apresentadas como o novo paradigma que dará conta dos problemas contemporâneos. O fechamento importaria a negação do espírito crítico e constantemente inquieto que está na base da idéia de transdisciplina-

ridade”.⁹ Tanto é assim que a crítica aos diálogos interdisciplinares de Ferrajoli não é sua substituição por uma interpretação verdadeira. Tenta-se apenas pensar a complexidade por outras vias.

⁹ CARVALHO, Salo. Criminologia e transdisciplinaridade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 56, 2005, p. 813.

O JOGO E AS SUAS REGRAS

SUMÁRIO: 1.1 O passado no presente: tempo e memória no processo penal; 1.1.1 Fixidez e movimento do crime: o passado irreversível e o presente contingente; 1.1.2 O jogo do passado no presente: processo de conhecimento ou de criação?; 1.2 A dinâmica e a incerteza processual: o processo como um jogo; 1.2.1 O jogo encenado; 1.3 Regras mínimas: a forma processual e a inércia do julgador; 1.3.1 A forma do processo; 1.3.1.1 O Garantismo como estratégia; 1.3.2 A forma e a verdade na construção dos limites nas partidas; 1.3.3 O local do jogo e o jogo como local; 1.3.4 A inércia do julgador;

1.1 O PASSADO NO PRESENTE: TEMPO E MEMÓRIA NO PROCESSO PENAL

1.1.1 Fixidez e movimento do crime: o passado irreversível e o presente contingente

"A ciência manipula as coisas e renuncia habitá-las. Estabelece modelos internos delas e, operando sobre esses índices ou variáveis as transformações permitidas por sua definição, só de longe em longe se confronta com o mundo real. Ela é, sempre foi, esse pensamento admiravelmente ativo, engenhoso, desenvolto, esse parti pris de tratar todo ser como 'objeto em geral', isto é, ao mesmo tempo como se ele nada fosse para nós e estivesse no entanto predestinado aos nossos artifícios." – MERLEAU-PONTY.

Não raras vezes, a atividade processual é descrita como a busca, no presente, de um fato ocorrido no passado,

ou, em última análise, como o resgate, na memória, de algo acabado, imutável e verdadeiro. Pode-se com isso afirmar que as observações sobre processo penal permanecem, pois, atreladas à concepção moderna de ciência “como um ponto privilegiado para a revelação da verdade”.¹ E, para diversos juristas, com contornos de uma ciência exata, bastando descobrir o *local* onde se encontram as lembranças para que sejam apreendidas.²⁻³

Dentre as inúmeras possibilidades de leitura do processo penal, esta se destaca não só por ser a mais usual, mas

¹ Explica Ruth Gauer que “na modernidade, a vinculação do conhecimento ao modelo galilaico-newtoniano e a consideração da ciência como um ponto privilegiado para a revelação da verdade fundam a matriz de conhecimento mais relevante da tradição ocidental moderna” (Conhecimento e aceleração: mito, verdade e tempo. In: ———. (org.) *A qualidade do tempo*: para além das aparências históricas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 1.).

² “A permanência do estilo inquisitivo calcado na investigação da verdade, suavizado pela inversão ideológica do discurso liberal humanitário e pela racionalidade científica moderna, alimenta o sonho narcísico dos sujeitos processuais de extração, através dos mecanismos de prova, de dados que reconstruam o fato pretérito em precisa correspondência àquela realidade distante. A aspiração de encontrar adequação simétrica da realidade passada (fato-crime) nos autos, a partir dos elementos probatórios trazidos pelas partes dá sustentação à finalidade que passará a reger a ciência processual penal: ‘verdade real’” (CARVALHO, Salo de. Memória e esquecimento nas práticas punitivas. *Revista de Estudos Ibero-Americanos*: Revista do Programa de Pós-Graduação em História da PUC-RS, Edição especial, Porto Alegre, 2006, n. 2, p. 82).

³ Nesse sentido, Nilo Brum pontua que “costuma-se definir o termo método como significando ‘caminho racional da inteligência para alcançar o conhecimento e a demonstração de uma verdade’. Essa concepção cartesiana de método conquistou a preferência da maioria dos juristas dogmáticos, convencidos de (ou tentando convencer) que a interpretação da lei é um ato de conhecimento e não de vontade e de que, tal como nas ciências exatas, as questões jurídicas podem resolver-se em proposições de falso e verdadeiro” (*Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: RT, 1980. p. 14).

principalmente por atribuir ao processo uma fixidez que, desde um primeiro olhar, mostra-se incompatível com o contexto no qual se insere e com a atividade sobre a qual se detém. Refletindo sobre esta última, duas questões que lhe são indissociáveis – tempo e memória – abalam essa leitura de imobilidade. Os processualistas, ao se debruçarem sobre “a” verdade, que crêem inscrita no passado, querem memória, mas acabam por aniquilar o movimento. Se por um lado não se pode negar a ocorrência irreversível do delito, por outro não se pode amarrá-lo ao tempo passado em que aguarda ser descoberto. Em última análise, a fixidez limita-se à sua irreversibilidade.

Ora, o crime, por ser irreversível, não pode ser dissociado da flecha do tempo e inscrito numa idéia de simetria temporal, característica da ciência clássica, de Newton a Einstein, segundo a qual passado e presente são equivalentes, sendo possível transitar entre ambos em qualquer sentido. Em que pese esta distinção, vinculada à seta do tempo, parecer uma obviedade cotidiana, já que “a direção do tempo é, para cada um de nós, a dimensão existencial fundamental”,⁴ a Física deparou-se (e se depara) com a questão de ser tal diferenciação apenas uma criação humana ou uma realidade física.⁵ Os recentes estudos de Prigogine permi-

⁴ PRIGOGINE, Ilya. O reencantamento do mundo. In: —; MORIN, Edgar. *A sociedade em busca de valores: para fugir à alternativa entre o ceptismo e o dogmatismo*. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. p. 230.

⁵ Esclarece Moretto que “para a Física [...] o passado e o futuro só há pouco mais de um século podem ser considerados coisas diferentes. Dissemos ‘podem ser’, visto que, para os que defendem a reversibilidade, tal suposição não tem fundamento, especialmente quando são pesquisadas partículas elementares isoladas com mais profundidade. Como num passe de mágica, o tempo para pesquisas com partículas isoladas parece desaparecer, ao contrário do que ocorre com o estado do sistema, no qual a entropia e a auto-organização mostram-se essenciais e, portanto, a flecha do tempo irreversível” (*Complexidade, tempo e aceleração: tempo social acelerado x tempo prisional estático*. 162 p. Dissertação. (Mestrado em Ciências Criminais). Faculdade de Direito, PUC-RS, Porto Alegre, 2003, p. 63-64).

tiram-lhe declarar que “não somos nós que geramos a flecha do tempo. Muito pelo contrário, somos seus filhos”.⁶

Diante da forma como o tempo é tradicionalmente considerado pelos físicos, as investigações de Prigogine repercutem de forma decisiva no seu campo de atuação. Contudo, seus trabalhos não podem ficar restritos a esse meio científico, especialmente porque se referem a questões como processos irreversíveis, sistemas instáveis, pontos de bifurcação, criatividade, caos, complexidade, imprevisibilidade, ou seja, temáticas constantes nas Humanidades em geral. Neste trabalho, suas verificações pautam não só as análises sobre a impossibilidade de repetição do passado e de criatividade na construção da decisão, como as idéias de bifurcação, em detrimento de um único caminho possível (e verdadeiro) para o ato decisório. Por hora, faz-se um recorte de suas investigações para o qual é imprescindível a síntese de Moretto: “se, para os substancialistas, o tempo existe e é independente do sistema, para os relacionistas esse não passa de uma criação humana, portanto, para esses o espaço-tempo constitui-se em uma ficção, só existindo, por assim dizer, em presente *continuum*. Ora, ainda que aceitável fisicamente, visto que tal visão enquadra-se na descrição do eletromagnetismo, há um problema maior, ou seja, não existindo tempo, não há como se ter mudança e, portanto, evolução de um universo em construção como prevê Prigogine”.⁷

O que há de fixo no processo penal é a impossibilidade de retorno ao tempo passado, de se voltar atrás, posto que o crime está datado em um tempo que “já não é mais”. Contudo, no processo penal tenta-se inverter esta direção, ou seja, na

⁶ PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas: tempo, caos e as leis da natureza*. São Paulo: Unesp, 1996. p. 12.

⁷ MORETTO, Rodrigo. *Complexidade, tempo e aceleração: tempo social acelerado x tempo prisional estático*. 162 p. Dissertação. (Mestrado em Ciências Criminais). Faculdade de Direito, PUC-RS, Porto Alegre, 2003, p. 63-64.

contramão do fluxo do tempo, o passado é trazido para o presente. Nas palavras de Garapon, “o presente do processo é algo bastante singular. Trata-se mais de um passado feito presente pelo ritual do que uma recordação do passado”.⁸

A presentificação, ou seja, o deslocamento do passado para o presente é, pois, mobilidade e, necessariamente, capacidade de mudança, de sofrer variações. Essa compreensão do processo penal atrelada ao movimento pode ser entendida como uma reescrita, na perspectiva das reflexões de Lyotard, ainda que estas não estejam direcionadas ao processo penal. O autor trabalha com a reescrita da modernidade, partindo de Aristóteles para concluir que é impossível diferenciar o que aconteceu do que está para acontecer sem situar o fluxo dos acontecimentos em relação a um “agora” que não pode ser contido, já que não cessa de se dissipar. Na tarefa de reescrever a modernidade, rejeita uma anulação do passado, um retorno a um ponto de partida, ou seja, um começo isento de quaisquer pressupostos, o que se mostra claramente inaplicável também ao processo penal, posto que, embora não se limite ao passado, deste não se pode descolar.⁹

Lyotard trabalha a reescrita ligada à concepção freudiana de perlaboração, instrumentalizando uma leitura muito apropriada do processo penal,¹⁰ especialmente porque retira deste qualquer pretensão de alcançar “a” verdade: “contrariamente à memorização, a perlaboração definir-se-ia como um trabalho sem fim, e, portanto, sem vontade: sem fim, no sentido de não ser guiado pelo conceito de um objectivo, mas não sem finalidade”.¹¹ Esta técnica psicanalítica pode servir

⁸ GARAPON, Antoine. *Bem julgar*: ensaio sobre o ritual judiciário. Lisboa: Instituto Piaget, [s.d.], p. 68.

⁹ LYOTARD, Jean-François. *O inumano*: considerações sobre o tempo. Lisboa: Editorial Estampa, 1997. p. 33-35.

¹⁰ Idem, *ibidem*, p. 38.

¹¹ Segundo Lyotard, Freud distingue repetição, memorização e perlaboração. Qualquer tentativa de aplicar a memorização ao processo

como um novo instrumento de compreensão do processo penal na mesma medida em que possibilita a reescrita da modernidade, pois não é o raciocínio, argumento ou mediação que conduzem esta reescrita, mas o sentimento, ou melhor, a escuta do sentimento.

Por intermédio deste mecanismo, há a aproximação de uma cena que é descrita, mas que se ignora o que seja, exceto que guarda relação com o passado. Este, entretanto, não é representado como num quadro porque é o que representa os elementos do quadro: é o próprio passado o protagonista, fornecendo os elementos com os quais a cena vai se formar. “Reescrever”, entende Lyotard, é registrá-los. Contudo, é a pontual observação do autor que permite densificar a reflexão sobre o processo penal: “a cena não pretende produzir fielmente a pretensa ‘cena primitiva’. Ela é nova porque é sentida como tal. Pode-se dizer que o já acontecido ainda está presente, vivaço, vivo. Não presente como um objecto, se é que um objecto pode estar presente, mas como uma *aura*, como uma brisa que sopra ligeira, como uma alusão”.¹²

Lyotard não só dirige a reescrita para a subjetividade ao transformá-la como escuta do sentimento, mas identifica, ainda que assim não denomine, um processo de criação: a cena é e sempre será nova, pois, nas palavras de Salo de

penal esbarra no fato de que “ao lembrarmos queremos mais ainda. Queremos agarrar o passado, apreender o que se torna passado, dominar, exibir o crime inicial, o crime original, perdido, manifestá-lo como tal, como se ele pudesse desembaraçar-se do seu contexto afectivo, das conotações do erro, da vergonha, do orgulho, da angústia, as quais ainda hoje se fazem sentir e que justamente motivam a idéia de uma origem”. E, ainda, “se é verídico que o conhecimento histórico exige que o seu objeto seja isolado e subtraído a qualquer investida libidinal vinda do historiador, então é certo que desta maneira de ‘redigir’ a história, mais não resultará que uma maneira de a ‘reduzir’” (*O inumano*: considerações sobre o tempo. Lisboa: Editorial Estampa, 1997. p. 38).

¹² LYOTARD, Jean-François. Ob. cit., p. 40.

Carvalho, ainda que sobre os valores que fundam as punições, inexistiu uma “cena de inauguração ou de estréia”.¹³ Ora, “a reconstrução mnemônica do passado, com frequência, diz mais sobre o presente (em que se dá a reconstrução) do que sobre o passado (o qual, a rigor, não pode ser verificado fácticamente, senão sob a ótica e o filtro da reconstrução, isto é, do presente)”.¹⁴

Cada ato de lembrar é, pois, um ato de movimento. Se sequer o que é estático pode ser considerado imutável, tampouco o que está se movendo. E, em se tratando de uma presentificação ligada ao sentimento e, ou melhor, aos sentimentos, não há que se falar em um único sentido viável. Além disso, como atenta Hassemer, o caso “se modifica en el transcurso del tiempo con las transformaciones de todos los elementos que estan en su derredor y que se relacionan con él. El caso se transforma especialmente con la propia transformación de las personas que intervienen en él”.¹⁵ Tem-se, então, no processo penal a construção de uma narrativa, que é redigida a partir de variadas lembranças, em que pesem as contribuições da vítima e do réu, a prova testemunhal é de fundamental importância, ainda que não haja “neutralidade possível no resgate mnemônico, nem objetividade, por mais sincera que seja a testemunha”.¹⁶ O

¹³ CARVALHO, Salo de. Memória e esquecimento nas práticas punitivas. *Revista de Estudos Ibero-Americanos*: Revista do Programa de Pós-Graduação em História da PUC-RS, Edição especial, Porto Alegre, 2006, n. 2, p. 65.

¹⁴ SOARES, Luiz Eduardo; GUINDANI, Miriam. A construção social de uma acusação criminal: desconstruindo o uso de provas periciais. *Revista de Estudos Criminais*, Sapucaia do Sul, ano 04, n. 19, 2005, p. 49.

¹⁵ HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1984. p. 152.

¹⁶ SOARES, Luiz Eduardo; GUINDANI, Miriam. A construção social de uma acusação criminal: desconstruindo o uso de provas periciais. *Revista de Estudos Criminais*, Sapucaia do Sul, ano 04, n. 19, 2005, p. 50.

mesmo ocorre com os documentos juntados aos autos, pois “a história documental permite rememorar eventos que dão testemunho escrito de experiências vividas, por vezes, com extrema violência. Essa rememoração se dá em um *entre* lugar, no interstício, já que não é o autor do documento que fala, mas a presentificação, com a utilização de experiências vividas para testar um mundo que se esconde por trás de aparências”.¹⁷

Pode-se afirmar que não há fato, mas falas sobre o narrado na denúncia, que não estão sedimentadas em relação a um tempo passado, nem revelam a essência de um fato histórico que aguarda ser descoberto, ou seja, ser anunciado pelo juiz na sentença penal.¹⁸ Argumenta Salo de Carvalho que “da mesma forma que não existem fatos a serem julgados, no processo penal inexistente verdade a ser atingida. A prática processual nada mais é do que a representação cênica de inúmeras interpretações possíveis do ‘caso penal’. Não por outro motivo é possível sustentar que o papel do magistrado não é o decidir sobre a existência de fatos, mas sim sobre a maior ou menor adequação das falas (interpretações) no ‘caso penal’ apresentado”.¹⁹ O desafio então, como detecta Ruth Gauer, “estaria em redefinir a relação do passado (continuidade), como um presente disjuntivo: encenando o passado como mito, memória, história, uma

¹⁷ GAUER, Ruth M. Chittó. *O reino da estupidez e o reino da razão*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 8.

¹⁸ É importante destacar que a idéia de movimento aqui trabalhada não é aquela procedimental decorrente do princípio do contraditório pelo qual as partes têm direito de expor suas teses e refutar argumentos contrários, ou seja, de participar alternadamente da atividade processual. A discussão gravita no “movimento do crime” enquanto passado/presente.

¹⁹ CARVALHO, Salo de. Memória e esquecimento nas práticas punitivas. *Revista de Estudos Ibero-Americanos*: Revista do Programa de Pós-Graduação em História da PUC-RS, Edição especial, Porto Alegre, 2006, n. 2, p. 82-83.

temporalidade interativa que reinscreve as 'lições do passado' na textualidade do presente".²⁰

1.1.2 O jogo do passado no presente: processo de conhecimento ou de criação?

"Não quero ter a terrível limitação de quem vive apenas do que é passível de fazer sentido. Eu não: Quero é uma verdade inventada." — CLARICE LISPECTOR.

As reflexões de Lyotard transportadas para o direito fragilizam tanto a concepção do processo como a reconstrução histórica de um fato verdadeiro quanto a sentença como uma aproximação da verdade,²¹ defendida por Ferrajoli, que, entre outros, compõe o referencial teórico deste trabalho. A teoria garantista invoca Popper para sustentar a verdade processual como uma aproximação da verdade objetiva, entendida como "modelo" ou "idéia regulativa", inviável de igualar, mas passível de aproximação.²² Em que pese afastar qualquer referência topográfica, trabalha com "um" modelo, como se houvesse existido "um" fato e, neste caso, "um" referencial (ideal inalcançável).

²⁰ GAUER, Ruth M. Chittó. Conhecimento e aceleração: mito, verdade e tempo. In: ———. (org.). *A qualidade do tempo*: para além das aparências históricas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 12.

²¹ O Garantismo desconsidera a possibilidade de se obter a verdade objetiva ou absoluta, pois considera que a única verdade possível no processo penal é a "verdade" das teorias científicas e de qualquer argumentação empírica, ou seja, aquela limitada aos conhecimentos disponíveis (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*: teoría del garantismo penal. Madri: Trotta, 1997. p. 50).

²² Ressalva, entretanto, que não podem ser associadas a tal noção conotações desorientadoras de tipo ontológico ou espacial. Este princípio regulativo permite asseverar que uma tese ou teoria é mais plausível ou mais aproximativamente verdadeira e, assim, preferível a outra em razão de seu maior poder explicativo.

O único referencial que existe é o fato narrado (interpretado) pelo órgão acusador na denúncia, que não pode funcionar como “modelo”, exceto se compreendido como norte da prova a ser produzida pela acusação. Se não há “um” fato, não há “uma” referência e, neste caso, não se pode acreditar (e defender) uma aproximação ou mesmo correspondência. Mais, não se pode orientar a atividade probatória como a constituição de um fato histórico, mas com a construção de uma fala sobre o crime.

O recebimento da denúncia dá início ao que o Código Processual Penal denomina Processo de Conhecimento. A instrução probatória dirige-se ao julgador para que, *conhecendo*, possa dizer o direito no caso concreto. Ocorre que, se não houve “o” crime, este não pode ser reconstruído, e a formação da prova torna-se uma construção; em última análise, criação – um ato criativo que não pode ser entendido no sentido pejorativo que a racionalidade moderna empresta ao termo, mas como um ato que se assume doador de sentido. Aliás, esta é a perspectiva nietzscheana traduzida na leitura de Roberto Machado, quando este observa que “o conhecimento nada tem a descobrir; ele tem é que inventar. A vontade de verdade traduz uma impotência da vontade de criar. [...] ao criador não interessa reproduzir, mas produzir o real”.²³

A criatividade, no Direito, soa como perigosa, posto que geradora de insegurança. Ironicamente, sob o manto da verdade cometem-se grandes atrocidades. Assumir que a formação da prova e a sentença judicial são atividades criativas não é negar a instrumentalidade garantista do

²³ Nas palavras de Nietzsche: “A verdade não é alguma coisa que existiria para ser encontrada e descoberta, mas alguma coisa que *deve ser criada* e que dá nome a um processo, mais ainda, a uma vontade de ultrapassar que não tem fim: introduzir verdade como *processus in infinitum, determinação ativa* e não como devir consciente de algo <que> seria ‘em si’ firme e determinado. Nome próprio da vontade de potência”. Apud MACHADO, Roberto. *Nietzsche e a verdade*. Rio de Janeiro: Rocco, 1989. p. 118-119.

processo penal, transformando-o na construção de uma narrativa qualquer,²⁴ mas, ao contrário, é assumir o ato decisório como o *sentire* do julgador²⁵ e reafirmar o papel de garantidor daquele que soluciona o caso penal, função abandonada quando o juiz se torna gestor da prova, protegido pelo argumento da busca da verdade.

Se não há um caminho que conduza à sentença penal, mas caminhos, o percurso está repleto de escolhas (instabilidades e bifurcações), não havendo como vincular o processo penal à certeza – verdade –, negando a criatividade.²⁶ Além disso, as provas, os documentos, embora não possam significar qualquer coisa, comportam, em regra, múltiplas e plausíveis leituras “de allí que la tarea del intérprete sea, en la mayor parte de los casos, no sólo imprescindible sino, al

²⁴ Nesse sentido afirma Jacinto Coutinho que “A norma criada, porém, não pode dizer qualquer coisa, quicá em uma bela conclusão metafísica. Há, todavia, de se ter um marco em que a assertiva não seja tão-só retórica, propiciando a quem anuncia a possibilidade de, só, fazer o contrário do que se anuncia, com o risco de se tornar – embora impossível, um *veritas dominis*” (Dogmática crítica e limites lingüísticos da lei. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. 1, n. 3, 2005, p. 43).

²⁵ Estas observações estão direcionadas à apreciação da prova, mas comportam, igualmente, reflexões sobre a interpretação da lei. Explica Agostinho Ramalho que “pode-se contrapor, aqui, a objeção de que o significado da norma jurídica, por mais que o legislador se empenhe nesse sentido, jamais é unívoco, mas sim plurívoco e equívoco, de modo que a interpretação não reproduz ou descobre o ‘verdadeiro’ sentido da lei, mas *cria* o sentido que mais convém a seu interesse teórico e político. Neste contexto, sentidos contraditórios podem, não obstante, ser verdadeiros. Em outras palavras, o significado da lei não é autônomo, mas heterônomo. Ele vem de fora e é atribuído pelo intérprete” (Subsídios para pensar a possibilidade de articular direito e psicanálise. In: ———. *et al. Direito e neoliberalismo*: elementos para uma leitura interdisciplinar. Curitiba: Edibej, 1996. p. 29).

²⁶ Esta afirmativa encontra respaldo por analogia às reflexões de Prigogine na física (*O fim das certezas*: tempo, caos e as leis da natureza. São Paulo: Unesp, 1996. p. 194).

mismo tiempo, constitutiva. [...]. Ello explica – entre otras razones – por qué casos muy similares, son resueltos por distintos jueces de manera diversa y, a pesar de ello, sus sentencias resultan igualmente válidas”.²⁷

A criatividade não exclui critérios que pautem a decisão judicial, sequer o jogo processual. A possibilidade de conciliação da criatividade e processo penal pode ser alcançada a partir da observação que parte, curiosamente, do físico-químico Prigogine, de quem se poderia esperar muito mais fechamento para a subjetividade, como é tradicional na área em que atua, quando afirma que “é estranho que a criatividade científica seja com tanta frequência subestimada. Todos sabem que se Shakespeare, Beethoven ou Van Gogh tivessem morrido prematuramente, ninguém jamais teria realizado suas obras. Que dizer a este respeito dos cientistas? Se não tivesse havido um Newton, alguma outra pessoa não teria descoberto as leis do movimento? Faz-se sentir a personalidade de Clausius na formulação do segundo princípio da termodinâmica? Há algo de verdadeiro nesse contraste. A ciência é um empreendimento coletivo. A solução de um problema científico deve, para ser aceita, satisfazer exigências e critérios rigorosos. No entanto, esses constrangimentos não eliminam a criatividade, são desafios para ela”.²⁸

Assim como na Física, a criatividade no processo penal e a necessária abertura que esta impõe não eliminam a relevância da definição e respeito às regras do jogo. Para que seja dado início ao jogo processual, é imprescindível que o órgão acusador evidencie indícios de autoria e materialidade, assim como a necessidade de uma sentença fundamentada

²⁷ MARÍA CÁRCOVA, Carlos. Derecho, literatura y conocimiento. In: SÁNCHEZ RUBIO, David; HERRERA FLORES, Joaquín; CARVALHO, Salo de. *Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos (2001/2002)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 246.

²⁸ PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas: tempo, caos e as leis da natureza*. São Paulo: Unesp, 1996. p. 198.

na prova colhida durante a instrução criminal e devidamente documentada nos autos. Funcionam também como exigências e critérios rigorosos as garantias processuais penais, em particular a presunção de inocência. Todas estas tutelas refletem a existência de limites que não podem ser transpostos impunemente, especialmente porque é de poder punitivo estatal que se está tratando.

O diálogo que se estabelece, neste momento, com a Física poderia ser compartilhado com outros ramos do conhecimento que, ao contrário do Direito, assumem a subjetividade sem torná-la excludente da racionalidade. Seu fechamento ou, em outras palavras, “o encantamento do homem teórico com sua racionalidade, manifestação exemplar do narcisismo dos cientistas da modernidade – e dentre eles os teóricos das ciências criminais –, impediu de perceber a limitação da técnica”.²⁹ No processo penal, a criatividade está imbricada na criação da narrativa final (sentença), aparecendo de diversas maneiras como na definição das técnicas (estratégias) defensivas e acusatórias, na interpretação dos textos legais (direito material e direito processual), na leitura dos elementos probatórios etc.

A criatividade rompe com a crença de que a única direção possível é aquela da verdade. Entretanto, quando se combate o determinismo na ciência, em especial no processo penal, não se está exaltando o acaso. Aliás, em assim sendo, estar-se-ia incidindo na própria armadilha determinista. Procura-se um equilíbrio, uma terceira via entre a concepção “de um mundo regido por leis que não deixam nenhum lugar para a novidade, e a de um mundo absurdo, acasual, onde nada pode ser previsto nem descrito em termos gerais”.³⁰

²⁹ CARVALHO, Salo de. Memória e esquecimento nas práticas punitivas. *Revista de Estudos Ibero-Americanos*: Revista do Programa de Pós-Graduação em História da PUC-RS, Edição especial, Porto Alegre, 2006, n. 2, p. 85.

³⁰ PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas*: tempo, caos e as leis da natureza. São Paulo: Unesp, 1996. p. 198.

A rejeição a qualquer forma de subjetividade, neste caso específico, da criatividade denota o transparente descompasso da área jurídica diante dos demais ramos do saber e fechamento para seu entorno. Por insistir em não dialogar com os demais saberes acabou por perder os sentidos: não ouve, não vê, não sente sequer as investigações das outras disciplinas.³¹ Salo de Carvalho detecta que este encantamento “dos cientistas [do direito penal] com sua imagem refletida nos espelhos teóricos encena o triste quadro de serem eles os únicos satisfeitos com a técnica desenvolvida. A vontade de verdade (vontade de sistema), eleita como fim último da própria atividade, revela a incapacidade de diálogo; e a incapacidade de escuta das angústias das partes envolvidas nos conflitos”.³²

Esse isolamento voluntário e arrogante revela a forma como o conhecimento interdisciplinar é percebido pelos operadores do Direito, como fator desestabilizante de sua prática autoritária, neste caso específico, centrada na verda-

³¹ Os diferentes campos do saber foram reconhecendo que os problemas ultrapassam as fronteiras disciplinares, pelo que se torna imprescindível inter-relacionar o conhecimento. Contudo, a precariedade ou ausência de interdisciplinaridade assume feição especial quando envolve os juristas, porque “muito embora seja natural atualmente o entrelaçamento das ciências, criando novos campos de saber e/ou diálogo entre estas na tentativa de melhor conduzir os processos de conhecimento, a dificuldade em iniciar discussões de tal ordem no âmbito jurídico é real, parecendo estar sempre associada à ostentação, por parte dos operadores do direito (e, neste caso, dos penalistas), de um saber ‘puro’, auto-suficiente, alheio das especulações mundanas” (CARVALHO, Salo de. *A ferida narcísica do direito penal: primeiras observações sobre as (dis)funções do controle penal na sociedade contemporânea*. In: GAUER, Ruth M. Chittó. *A qualidade do tempo: para além das aparências históricas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 181).

³² CARVALHO, Salo de. *Memória e esquecimento nas práticas punitivas*. *Revista de Estudos Ibero-Americanos*: Revista do Programa de Pós-Graduação em História da PUC-RS, Edição especial, Porto Alegre, 2006, n. 2, p. 85.

de. Esta conclusão é viável a partir das considerações de Agostinho Marques Neto, para quem “uma questão importante que a Psicanálise pode colocar aqui é a de saber de que modo se constitui a própria possibilidade de um discurso científico e filosófico, isto é, como se determina um campo de saber. Lacan diz que essa determinação se opera por uma exclusão. Por um lado, uma ciência se constitui mediante a exclusão (mediante o recalque, no sentido que este termo tem na teoria psicanalítica) do fato de haver uma clivagem constitutiva do sujeito. Supor uma unidade do sujeito é uma condição necessária à instauração do campo de um discurso científico. Por outro lado, o ato mesmo de delimitar o campo de uma disciplina teórica já implica no estabelecimento de uma ‘cerca’, na imposição de uma ‘clausura’, em deixar do lado de fora algo de que essa disciplina nada quer saber, sendo esse nada-querer-saber do que foi excluído a condição mesma da constituição daquela disciplina. Vimos acima, a propósito, como Kelsen procede exatamente dessa maneira na demarcação que faz do campo do Direito e de sua ciência. Isto lembra a noção psicanalítica do recalco e do seu retorno. O que significa que o que foi excluído para que o campo de uma disciplina teórica pudesse ser construído, retorna (isto é, nunca deixou de estar aí) no interior do campo constituído a esse preço. ‘O inconsciente se impõe à ciência como um fato’, diz Lacan”.³³

Fugindo das “fronteiras” disciplinares e se refugiando na arte numa tentativa de pensar de forma transdisciplinar³⁴

³³ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Subsídios para pensar a possibilidade de articular direito e psicanálise. In: ———, et al. *Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: Edibej, 1996. p. 36.

³⁴ Neste sentido, a Carta de Transdisciplinaridade, adotada no I Congresso Mundial da Transdisciplinaridade, Convento de Arrábida/Portugal, de 2 a 6 de novembro, em especial o artigo 5.º: “A visão transdisciplinar está totalmente aberta na medida em que ela ultrapassa o domínio das ciências exatas por seu diálogo e sua reconciliação não somente

para, em alguma medida, resgatar o ato criativo, a observação de Merleau-Ponty ajuda a compreender esta problemática quando afirma que “mesmo daqui a milhões de anos, o mundo, para os pintores, se os houver, ainda estará por pintar, ele findará sem ter sido acabado”.³⁵ Parafraseando o filósofo, pode-se ensaiar que mesmo que o processo penal dure milhões de anos, o crime, para os juristas, se os houver, ainda estará por ser construído.

1.2 A DINÂMICA E A INCERTEZA PROCES- SUAL: O PROCESSO COMO UM JOGO

“A vida por definição é movimento, inscrito no tempo de maneira irreversível sem possibilidade de voltar atrás. O que já foi não voltará a acontecer e, qualquer decisão, qualquer acção, modifica o curso da história de cada um ou de todos. Se a vida é movimento, o equilíbrio que lá podemos encontrar só pode ser dinâmico. [...] O homem está sujeito a um ‘equilíbrio de ciclista’, fundado sobre o movimento.” – JEAN-FRANÇOIS RAUX.

Se memória é movimento, e o crime é memória, não se pode pensar em processo sem movimento. Esta, entretanto, é apenas uma perspectiva. Para além desta leitura, sem reduzir sua importância, inúmeras outras podem ser realizadas pelo viés da mobilidade, algumas mais singelas partindo das normas procedimentais (sucessão de atos processuais ou atuação alternada das partes por força do contraditório), ou outras um pouco mais complexas, como, por exemplo, sob

com as ciências humanas, mas também com a arte, a literatura, a poesia e a experiência espiritual” (Carta da Transdisciplinaridade. *Informativo do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais*, Porto Alegre, ano 2, n. 6, jul.-ago. 2000, p. 3-4).

³⁵ MERLEAU-PONTY, Maurice. *O olho e o espírito*. [s.l.]: Cosac & Naify. [s.d.], p. 45.

o enfoque da teoria do processo como situação jurídica. Esta última leitura em especial é imprescindível para o desenvolvimento da problemática deste trabalho. Para enfrentá-la, sem pretender “fixar” uma “origem”, parte-se da teoria da relação jurídica,³⁶ um dos contrapontos utilizados por Goldschmidt para teorizar sobre a situação jurídica.³⁷

Bülow pensou o processo como uma relação em que, por um lado, o tribunal assume a concreta obrigação de decidir e realizar o direito deduzido em juízo, e, por outro, as partes ficam obrigadas a colaborar e a se submeter aos resultados desta atividade comum.³⁸ Em outras palavras, “os poderes que têm as partes de formular pedidos ao juiz conforme os esquemas legais que estruturam os atos se contrapõem ao poder do juiz de sujeitar as partes a uma atuação conforme a lei”.³⁹

³⁶ A teoria da relação jurídica, tal como descrita por Bülow, está centrada no direito processual civil e foi transposta para o processo penal por diferentes autores, entre eles “Von Kries en 1892, y seguida posteriormente por Birkmeyer, que considera el proceso penal como una relación jurídica progresiva, cuyo prólogo es la iniciación del proceso, y su epílogo, la ejecución, y en el mismo sentido por Von Hippel, quien dice que la nueva ciencia considera el proceso penal como una escalonada relación jurídica, desde la acusación a la sentencia, estableciéndose esta relación con carácter triple entre los Tribunales y las partes” (VIADA LOPEZ-PUIGCERVER, Carlos; ARAGONES ALONSO, Pedro. *Curso de derecho procesal penal*. 4. ed. Madrid: Prensa Castellana, 1974. v. 1, p. 9).

³⁷ A criação da teoria da situação jurídica é atribuída a Goldschmidt. Entretanto, segundo ressalva do próprio autor, “el concepto de la ‘situación jurídica’ se debe a Kohler, el cual ve en ella una relación jurídica imperfecta. Pero en todo caso, es un concepto específicamente de derecho procesal, y hasta quizá su concepto fundamental” (*Derecho procesal civil*. Barcelona, Madri, Buenos Aires, Rio de Janeiro: Editorial Labor S.A., 1936. p. 8-9).

³⁸ BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1964. p. 2.

³⁹ MARQUES, Allana Campos. A relação jurídica processual como retórica: uma crítica a partir de James Goldschmidt. In: COUTINHO,

O referido processualista ponderou que, diferentemente da relação privada que já se apresenta totalmente concluída, a relação processual é um embrião que avança e se desenvolve gradualmente.⁴⁰ Isto não significa conceber o processo tão-somente como um conjunto de atos coordenados – concepção estritamente ligada à idéia de procedimento –, mas também uma relação de direitos e deveres que se estabelece entre as partes, num “estado de pendência” que se inicia com o pedido e se mantém até a sentença. O processo não é um conjunto de atos dos sujeitos processuais, mas uma relação entre estes.⁴¹

Mesmo que identifique um constante movimento e transformação atrelado à seqüência de atos processuais,⁴² Bülow

Jacinto Nelson de Miranda. *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. São Paulo, Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 177.

⁴⁰ É preciso afastar algumas confusões que possam surgir, valendo-se da lição de Goldschmidt no sentido de que “el concepto de situación jurídica se diferencia del de relación procesal, en que éste no se halla en relación alguna con el derecho material que constituye el objeto del proceso, mientras que aquél designa la situación en que la parte se encuentra respecto a su derecho material, cuando lo hace valer procesalmente. Es erróneo creer, por esto, que el concepto de ‘situación jurídica’ no es distinto de la relación procesal, y por ello es imposible admitir que ésta se desenvuelva hasta llegar a ser una ‘situación jurídica’; ésta no es una mera situación de la relación procesal, sino del derecho material que constituye el objeto del proceso. Resulta por ello innecesario recurrir al concepto de relación procesal, para asegurar la unidad del proceso, ya que tal unidad viene predeterminada por el derecho material, objeto de referencia de las ‘situaciones jurídicas’ que surgen en el proceso” (*Derecho procesal civil*. Barcelona, Madri, Buenos Aires, Rio de Janeiro: Editorial Labor S.A., 1936. p. 9).

⁴¹ MARQUES, Allana Campos. A relação jurídica processual como retórica: uma crítica a partir de James Goldschmidt. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. São Paulo, Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 173.

⁴² Em nota de rodapé, Bülow afirma que “en el proceso se da una transformación en cada relación; pues a causa de él la relación litigiosa

não abdica da fixidez, pois concebe o processo como uma relação (previsível) de direitos e deveres entre as partes e o julgador, ainda que os torne independentes da relação jurídica substancial. Os ataques de Goldschmidt à teoria bülowiana, contudo, não residem na existência de direitos e deveres, mas na natureza processual conferida aos seus direitos e deveres, que ligaria os sujeitos processuais.⁴³ Observações estas muito mais coerentes com a realidade processual, admitindo “uma participação muito mais efetiva e ativa das partes no accertamento do caso penal, ressaltando o *sujeito (homem)* no processo, considerado em sua individualidade e realidade social”.⁴⁴⁻⁴⁵

– que, de ningún modo, debe ser identificada con la relación procesal – también sufre una metamorfosis (‘dare oportere... condemnare oportere...judicatum facere oportere [conviene dar... conviene condenar... conviene emitir fallo]’). Pero no sólo el derecho subjetivo sino el objetivo experimenta una transformación por medio del proceso: la ley va del mandato jurídico abstrato (la ‘lex generalis’) al mandato jurídico concreto (la ‘lex specialis’ de la sentencia) y finalmente, a la efectiva realización de éste (la ejecución)” (*La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1964. p. 2).

⁴³ Explica Delmanto Junior que “os regramentos procedimentais dispostos no Código de Processo Penal e nas leis especiais que tratam de matéria processual, endereçados a todos aqueles que participam do processo – juiz, Ministério Público, advogado, acusado, testemunhas, peritos etc. – e unicamente enquanto este perdurar, *tão-só disciplinam o modo pelo qual se exercem, no tempo e no espaço*, poderes, deveres, ônus e direitos, que têm origem *não no direito processual*, mas sim no referido *direito judiciário material*, estabelecido em nossa Constituição da República, afastando-se cabalmente da idéia de ‘relação jurídica processual’” (*Inatividade no processo penal*. São Paulo: RT, 2004. p. 35).

⁴⁴ ARENHART, Bianca Georgia Cruz. O processo penal brasileiro à luz da filosofia da libertação de Enrique Dussel. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2001. p. 204.

⁴⁵ Outra importante crítica à teoria da relação jurídica é tecida por Bianca Arenhart no sentido de que “o grande problema desse tipo de conceito (por negação) é que o apartamento das locuções gerou uma fase

A crítica goldschmidtiana foi oposta e pontual ao atestar não haver uma relação jurídica abstrata, pois a obrigação de o juiz decidir advém do dever estatal de administrar a justiça (uma relação política com o cidadão) e não de sua relação com as partes. Em contrapartida, estas não têm obrigações diante do julgador, nem tampouco entre si,⁴⁶ porque, para o autor, as normas jurídicas têm dupla natureza: representam imperativos aos cidadãos e são medidas para o juízo (decisão). A primeira denota o caráter estático ou material do direito, sua função extrajudicial; a segunda traz a consideração dinâmica do processo.⁴⁷ Em outras palavras, “Antes de instaurado o processo o direito é estático, sendo estática, portanto, qualquer relação jurídica que se possa admitir existente, surgindo uma situação dinâmica a partir do momento em que, iniciando o processo, este passa a ser, para as partes, expectativas e cargas, e não mais de faculdades e deveres”.⁴⁸ Transpondo os estudos de Goldschmidt para a cena jurídica brasileira, pode-se observar com Delmanto Junior que é “inafastável a conclusão de

procedimentalista – sobretudo após o marco que determinou a obra de Oscar von Bülow quando, preocupados com a exteriorização do processo, os teóricos se dedicavam quase que exclusivamente aos problemas de procedimento, olvidando-se da realidade dos fatos – e pessoas que se envolvem no processo penal” (O processo penal brasileiro à luz da filosofia da libertação de Enrique Dussel. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2001. p. 199).

⁴⁶ GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso: problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, [s.d.], p. 77; e *Derecho procesal civil*. Barcelona, Madri, Buenos Aires, Rio de Janeiro: Editorial Labor S.A., 1936. p. 8.

⁴⁷ ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Proceso y derecho procesal: introducción*. 2. ed. Madrid: Edersa, 1997. p. 235.

⁴⁸ MARQUES, Allana Campos. A relação jurídica processual como retórica: uma crítica a partir de James Goldschmidt. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. São Paulo, Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 184.

que os *deveres*, *direitos* e *ônus* dos sujeitos que assumem papéis na ação judiciária penal, e nela se materializam, têm uma única origem: o Direito Judiciário Material disposto no art. 5.º, XXV, da Constituição da República, bem como, e indiretamente, nos seus arts. 92 a 126, ao disciplinar a organização dos órgãos do Poder Judiciário. É o Direito Judiciário Material que, ao tutelar a relação jurídica entre o cidadão e o Estado, proibindo a busca da realização de justiça pelas próprias mãos, e a vingança privada, outorga a todos os membros da comunhão social o *direito público subjetivo à prestação jurisdicional e à paz pública*, e impõe ao Estado, correlatamente, o dever de *distribuir justiça e assegurar essa mesma paz*, dentro dos limites estabelecidos pela Constituição da República e pelos Pactos Internacionais ratificados internamente”.⁴⁹

A inquietação de Bülow quanto aos direitos e deveres das partes e do julgador é de importância inquestionável, especialmente porque, no momento em que escreveu, representou um mecanismo de limitação do poder do julgador, pois “colocando o juiz como relacionado diretamente com as partes através de vínculos *regidos por princípios e regras jurídicas*, assujeitava seu poder (como representante estatal) à lei”. Por isso, a construção bülowiana não deixou de ser, em certa medida, uma garantia do cidadão diante do Estado.⁵⁰ Em que pese seja sempre temerário avaliar uma teoria

⁴⁹ DELMANTO JUNIOR, Roberto. *Inatividade no processo penal*. São Paulo: RT, 2004. p. 32-33.

⁵⁰ Conforme Bianca Arenhart, “Não podemos deixar de referir que o momento histórico de elaboração da teoria da relação jurídica facilitou sua propagação. Foi a época de uma tentativa de submissão do poder político do Direito, no qual, colocando o juiz como relacionado diretamente com as partes através de vínculos *regidos por princípios e regras jurídicas*, assujeitava seu poder (como representante estatal) à lei. Diante disso, mais do que qualquer coisa, a citada teoria não se trata apenas de uma construção científica, mas, sobretudo, de uma ‘garantia’ contra abusos do Poder Judiciário e a expressão maior da aclamada ‘segurança jurídica’, onde os atos e respostas possíveis

sem atentar para o contexto em que foi formulada, um dos seus equívocos talvez tenha sido imprimir contornos processuais a uma função extrajudicial das normas e assim fixar algo (processo) que é instável (situação).

No processo penal, as normas legais como medidas para o juízo constituem uma promessa ou ameaça de determinada conduta do juiz, em última análise, de uma sentença de determinado conteúdo (favorável ou desfavorável)⁵¹ e dependem, geralmente, de um ato ou da omissão do interessado, o que rompe com qualquer pretensão de fixidez.⁵² Viada e Aragonese Alonso esclarecem as idéias de Goldschmidt, exemplificando que, segundo o Código Penal, o autor de um delito de homicídio “deve ser” castigado com uma determinada pena.⁵³ No entanto, ao ser julgado, passa a uma situação incerta, segundo a qual “pode ser” condenado com determi-

encontram-se previamente determinados pela ordem que deve ser obedecida. Em uma época de difusão do individualismo, foi a melhor forma de proteger-se (ainda que formalmente) o sujeito de direitos enquanto tal” (O processo penal brasileiro à luz da filosofia da libertação de Enrique Dussel. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2001. p. 202).

⁵¹ GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso: problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, [s.d.], p. 76.

⁵² Idem, *ibidem*, p. 77.

⁵³ “De fato, os vínculos que se estabelecem entre as partes seriam muito mais bem traduzidos, na forma apontada por Goldschmidt, de apenas ‘situações jurídicas’ de expectativas, esperanças em relação à conduta judicial, possibilidades e encargos, onde a garantia de um resultado exato é substituída por um ‘poder-ser’ muito mais adequado à constatação de que o processo, mais que tudo, é ato de seres *humanos*, com todas as suas falibilidades e dificuldades de comunicação – que em si traduz as ingerências de uma linguagem que nunca dá conta do fenômeno da vida” (ARENHART, Bianca Georgia Cruz. O processo penal brasileiro à luz da filosofia da libertação de Enrique Dussel. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2001. p. 237).

nada pena.⁵⁴ Isto porque “la situación jurídica se diferencia de la relación jurídica no sólo por su contenido, sino también porque depende, no de la ‘existencia’, sino de la ‘evidencia’ y mui especialmente de la prueba de sus presupuestos”.⁵⁵

Se há dinamicidade e incerteza, as partes participam da construção da decisão processual: têm uma possibilidade, uma ocasião ou uma oportunidade processual quando puderem, por meio de um ato seu, obter uma vantagem processual (decisão favorável), e uma carga processual quando, ao contrário, atuarem a fim de prevenir uma desvantagem processual (sentença desfavorável). Direito é, pois, no sentido processual da palavra, “la ‘expectativa de una ventaja procesal’ en último lugar de una sentencia favorable, la ‘dispensación de una carga procesal’ y la posibilidad de llegar a tal situación por la realización de un acto procesal”.⁵⁶ As cargas são “imperativos do próprio interesse da parte”, que, no processo, ocupam o lugar das obrigações, ao contrário da teoria da relação jurídica.⁵⁷ “O conceito de ônus, assim, está atrelado à *autodeterminação* ou *disponibilidade* de exercer ou não um direito, que pressupõe que os sujeitos processuais tenham *liberdade* para manifestar a sua vontade, comportando-se, de forma comissiva ou omissiva, sem coação, sendo, nessas condições, responsáveis por suas condutas”.⁵⁸⁻⁵⁹

⁵⁴ VIADA LOPEZ-PUIGCERVER, Carlos; ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Curso de derecho procesal penal*. 4. ed. Madrid: Prensa Castellana, 1974. v. 1, p. 12.

⁵⁵ GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. [S.l.]: Editorial Labor, 1936. p. 8.

⁵⁶ Idem. *Principios generales del proceso: problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, [s.d.], p. 77.

⁵⁷ Idem. *Derecho procesal civil*. Barcelona, Madri, Buenos Aires, Rio de Janeiro: Editorial Labor S.A., 1936. p. 8.

⁵⁸ DELMANTO JUNIOR, Roberto. *Inatividade no processo penal*. São Paulo: RT, 2004. p. 128.

⁵⁹ Cordero partilha das idéias de Goldschmidt, referindo que “instaurado el proceso el ‘iter’ típico admite alternativas que pueden optar las partes;

Ao lançar um novo olhar sobre a postura das partes na instrução probatória, Goldschmidt afasta a idéia de obrigatoriedade na produção de provas para evitar prejuízo processual, atrelando-a ao próprio interesse da parte. Sem que esta seja sua preocupação, o autor consegue conciliar a teoria da situação processual com o sistema acusatório. Neste último, as partes dispõem do *thema probandum*, sendo ilegítima qualquer ingerência do julgador. Mas, mais que isso, a leitura goldschmidtiana transfere à acusação e à defesa a gestão da prova, sem qualquer encargo senão o risco de uma sentença desfavorável.⁶⁰

Ora, as estratégias adotadas pelas partes na formação do conjunto probatório repercutem na situação que estas, momentaneamente, passam a ocupar no processo, ou seja, no “estado de una persona con respecto a su derecho bajo el punto de vista de la sentencia judicial que se espera con arreglo a las leyes”.⁶¹ Com esta ponderação, Goldschmidt consegue, como detectam Aragoneses Alonso e Viada, evidenciar a dinamicidade do processo, com a conseguinte transformação da certeza própria do direito material na incerteza característica da atividade processual.⁶²⁻⁶³

en este caso, surgen logística instructoria y discernimiento táctico; el contendor sin pruebas sucumbe, o por lo menos, tiene un partido difícil, pero es importante cómo y cuándo las presenta” (*Procedimiento penal*. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 2000. t. I, p. 320).

⁶⁰ Não é demais referir que a ameaça de uma decisão desfavorável não é afastada quando o juiz participa da formação do conjunto probatório. O que se percebe é que as atuações *ex officio* do julgador têm sido no sentido de aportar elementos que sustentem um juízo condenatório, já que, quando pretendem absolver o réu, os juízes fundamentam a absolvição na insuficiência de provas.

⁶¹ GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso*: problemas jurídicos y políticos del proceso penal. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, [s.d.], p. 78.

⁶² VIADA LOPEZ-PUIGCERVER, Carlos; ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Curso de derecho procesal penal*. 4. ed. Madrid: Prensa Castellana, 1974. v. 1, p. 11.

Pode-se sintetizar que a situação processual jamais está definitiva. Ao contrário, está em constante formação e transformação, pois uma decisão favorável ou desfavorável é apenas uma expectativa. Esses aspectos, entre outros, permitiram a Goldschmidt comparar o processo à guerra, consubstanciando as idéias de incerteza, imprevisibilidade e dinamicidade, afirmando que “durante la paz, la relación de un Estado con sus territorios y súbditos es estática, constituye un imperio intangible. En cuanto la guerra estalla, todos los derechos se encuentran en la punta de la espada: los derechos más intangibles se convierten en expectativas, posibilidades y cargas, y todo derecho puede aniquilarse como consecuencia de haber desaprovechado una ocasión o descuidado una carga; como al contrario, la guerra puede proporcionar al vencedor el disfrute de un derecho que en realidad no le corresponde. Todo esto puede afirmarse correlativamente respecto al derecho material de las partes y de la situación en que las mismas se encuentran con respecto a él en cuanto se há entablado pleito sobre el mismo”.⁶⁴

Fundamentais para esta discussão são as reflexões de Calamandrei, que, em um primeiro momento, criticou a construção goldschmidtiana, mas, ao final, aderiu aos seus postulados, comparando o processo ao jogo. No mesmo viés de Goldschmidt, seu pensamento centra-se em questões como o movimento, incerteza, dinamicidade, contingência e criatividade processual. Parte da teoria da situação jurídica e inova ao incorporar o papel de árbitro, inexistente na guerra, posto que, no processo, os dois adversários, acusador e acusado,

⁶³ Ao confrontar ambos os sistemas, é interessante perceber como o acusatório propicia esta incerteza e dinamicidade, já que “el estilo inquisitorio implica máquinas monologadoras y automatismos teóricamente perfectos; nada se deja al acaso; prevé todo lo que juzga” (CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 2000. p. 36, t. I, p. 310).

⁶⁴ Apud ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Proceso y derecho procesal*: introducción. 2. ed. Madrid: Edersa, 1997. p. 243.

articulam suas jogadas para a vitória, realizando suas manobras perante o juiz que observa o respeito às regras. Neste sentido, pontua Alexandre Rosa que não se trata de “uma partida de futebol, tênis ou qualquer outro esporte em que o resultado depende exclusivamente do desempenho dos atletas, mas de algo que se aproxima de uma ‘luta de boxe’”. Dividindo-se em duas fases, pode-se perceber que existe um juiz responsável pela produção dos *significantes*. É ele que garante o cumprimento das regras do jogo – *fair play* – evitando a chincana, punindo os que dão golpes ilegais, levando a ‘instrução’ até que a luta termine. Finalizados os ‘rounds’ a tarefa do árbitro de *significantes* se finaliza. O julgamento, todavia, fica a cargo de um segundo momento, no qual há a ordenação desses *significantes* imbricados com os do próprio um-julgador. Esta tosca aproximação do ‘Processo Penal’ com o ‘boxe’ deixa antever, todavia, que se utilizada essa metáfora, muita coisa poderia ser modificada, excluindo-se o juiz do papel ativo na produção de prova, restringindo-o ao papel de ‘árbitro probatório’, sem que sua tarefa de catalisador de sentido se esvaia, num segundo momento, isto é, ao proferir a decisão, informado, todavia, por uma ética”.⁶⁵

Como no jogo, o resultado processual não está previamente definido. Existem expectativas de ganhá-lo e cargas para evitar perdê-lo. Explica Calamandrei que “o processo nasce e se cria a cada caso, movimento a movimento, tal e como o modelam de forma imprevista e imprevisível as combinações ora desconcertantes das forças contrapostas que nele se cruzam”.⁶⁶ Ora, não só inexiste previsibilidade

⁶⁵ ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão no processo penal como ‘bricolage’ de significantes*. 430 f. Tese. (Doutorado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004, p. 381.

⁶⁶ CALAMANDREI, Piero. *Derecho procesal civil III: estudios sobre el proceso civil*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1973. p. 266. [Tradução da autora.]

quanto à reação do adversário e o acolhimento ou não pelo juiz de seus argumentos, mas também quanto à repercussão de suas próprias ações ou omissões.⁶⁷

Quando uma parte realiza um movimento qualquer, a outra assume, em decorrência de seu ato, uma situação jurídica distinta daquela em que se encontrava. Não pode, contudo, ignorá-la, pois, se não há reação, a própria inércia poderá ser prejudicial. A situação comporta, no entanto, várias formas de se comportar diante do fato, podendo-se eleger dentre as distintas possibilidades que o ato proporciona. Cada movimento da parte contrária cria para o adversário uma série de possibilidades, inclusive, a de obter uma vantagem; contrariamente ao que seu antagonista supunha.⁶⁸ Da mesma forma, “o não-atendimento a um ônus, entendido como encargo, incumbência, jamais terá o efeito de gerar direito à parte contrária, não obstante possa restar ela beneficiada”.⁶⁹

1.2.1 O jogo encenado

Outro ângulo a partir do qual se pode olhar o processo é o da encenação. Em que pese dispensar o árbitro e incluir

⁶⁷ Calamandrei rompe também com a idéia de causa/efeito: “No sería exacto definir esta relación como un nexo de causalidad: en realidad, todo movimiento realizado por una parte de proceso no es causa necesaria y suficiente del acto sucesivo de la contra-parte, sino que es solamente una ‘ocasión’ que se le da para realizar a su vez uno de los distintos movimientos, todos ellos jurídicamente posibles, entre los cuales queda remitido a su sentido de la oportunidad elegir el más apropiado para neutralizar el movimiento contrario” (*Derecho procesal civil III: estudios sobre el proceso civil*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1973. p. 265).

⁶⁸ CALAMANDREI, Piero. *Derecho procesal civil III: estudios sobre el proceso civil*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1973. p. 265.

⁶⁹ DELMANTO JUNIOR, Roberto. *Inatividade no processo penal*. São Paulo: RT, 2004. p. 128.

o final no roteiro, o teatro desperta inúmeros questionamentos sobre o papel das partes – sua definição ou indefinição prévia, por exemplo –, a própria cena processual e a maneira que todos estes elementos repercutem na solução do caso penal. Assim, “tal como qualquer outra representação, o processo organiza-se em torno de um palco com, de um lado, actores e, de outro, o público. Uns representam, outros são representados. À semelhança da tragédia grega, o processo confronta dois tipos de personagens: um herói – o acusado –, autor e vítima de uma falta fundamental, rodeado e rejeitado por um coro vestido com o mesmo traje, que o deplora e maldiz”.⁷⁰

Hassemer atenta para o fato de que a compreensão e a produção do caso penal estão para além da sua compreensão textual. Muito mais que o caso produzido, deve-se pensar, no processo de produção, na compreensão cênica. O autor aponta a vinculação deste conceito à teoria psicanalítica, no que refere à lembrança concreta de fases e situações da própria vida: “lo que puede ser elaborado no es el mero recuerdo cognitivo y emocional de la propia historia, sino la representación de las mismas escenas de ésta por su próprio protagonista”.⁷¹

Para o autor, diferentemente do direito penal material que comporta os critérios de seleção para que seja produzido o caso penal, o direito processual penal contém as regras que disciplinam a forma de produção e o momento em que esta pode ser considerada concluída. Pode-se afirmar que os princípios processuais penais são modelos de compreensão cênica, vinculando os participantes do processo a determinadas formas de interação e comunicação,⁷² o que

⁷⁰ GARAPON, Antoine. *Bem julgar: ensaio sobre o ritual judiciário*. Lisboa: Instituto Piaget, [s.d.], p. 187.

⁷¹ HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1984. p. 155.

⁷² Idem, *ibidem*, p. 168-169.

pode ser entendido como a definição dos papéis dos sujeitos processuais.

Se, por um lado, a direção das alegações das partes e o resultado do jogo serão construídos ao longo do processo penal, por outro, as regras podem e devem ser previamente definidas e conhecidas.

1.3 REGRAS MÍNIMAS: A FORMA PROCESSUAL E A INÉRCIA DO JULGADOR

O jogo requer regras e árbitro. O conhecimento das regras não faz um jogador bem sucedido, mas sem conhecê-las é impossível jogar e, sem que elas existam, é inviável o próprio jogo. Compreensível, assim, a afirmação de Garapon de que “o primeiro gesto da justiça não é intelectual nem moral, mas sim arquitectural e simbólico: delimitar um espaço sensível que mantenha à distância a indignação moral e a cólera pública, dedicar tempo a isso, estipular as regras do jogo, estabelecer um objectivo e instituir actores”.⁷³

O exercício legítimo do poder estatal de punir está adstrito ao processo judicial: a aplicação da pena deve ser precedida não só do cometimento do delito, mas necessariamente, do devido processo legal. Ao monopólio estatal para a determinação do direito penal soma-se, portanto, a exclusividade do processo e dos tribunais.⁷⁴

Se no processo inquisitório o objetivo é realizar o direito penal material, ou seja, o “poder de punir do Estado (ou de quem exerça o poder concretamente) é o dado central”, no

⁷³ GARAPON, Antoine. *Bem julgar*: ensaio sobre o ritual judiciário. Lisboa: Instituto Piaget, [s.d.], p. 19.

⁷⁴ MONTERO AROCA, Juan. *Principios del proceso penal*: una explicación basada en la razón. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997. p. 15-21.

acusatório é “a defesa dos direitos fundamentais do acusado contra a possibilidade de arbítrio do poder de punir”.⁷⁵ Há, assim, que se operar uma conciliação: “de um lado, tornar viável a aplicação da pena e, de outro, servir como efetivo instrumento de garantia dos direitos e liberdades individuais, assegurando os indivíduos contra os atos abusivos do Estado”.⁷⁶ Estas duas funções estão consubstanciadas no julgador: decidir e garantir.

1.3.1 A forma do processo

Foucault denunciou que o poder não está centralizado no Estado, mas dissolvido no tecido social como “uma rede de dispositivos ou mecanismos a que nada ou ninguém escapa, a que não existe exterior possível, limites ou fronteiras”.⁷⁷ Mais que isso, partindo de Nietzsche, aliou saber e poder, evidenciando “que por trás de todo saber, de todo conhecimento, o que está em jogo é uma luta de poder. O poder político não está ausente do saber, ele é tramado com o saber”.⁷⁸

Estas constatações foucaultianas transpostas para o processo penal permitem identificá-lo como um espaço em que também se desenvolvem inúmeras relações de poder. Contudo, se por um lado há que se reconhecer com Foucault

⁷⁵ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 104-105.

⁷⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 37.

⁷⁷ MACHADO, Roberto. Por uma genealogia do poder. In: FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 11. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1993. p. XIV.

⁷⁸ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002. p. 51.

que o exercício do poder não é exclusivamente estatal, por outro, deve-se admitir que, ao cumular a tarefa de punir (direito penal) com a de conhecimento do fato imputado na denúncia (processo penal), e, portanto, saber e poder, o Estado encontrou, no processo penal, um local de poder privilegiado para potencializar e exercer suas forças.

Partindo-se de “uma concepção pessimista do poder, qual seja que seu exercício longe de estar afeito e predisposto à satisfação dos direitos, tende ao abuso”,⁷⁹ e considerando-se a advertência de Foucault da impossibilidade de apreensão e de posse do poder, bem como de sua eliminação, é imprescindível que se recorra a mecanismos de contenção do poder estatal, os quais podem ser pensados a partir da instrumentalidade garantista. Nas palavras de Salo de Carvalho, “[...] apenas uma visão ingênua corroboraria com a assertiva que os poderes convergem para efetivação dos direitos. Se nós, ‘humanos, demasiado humanos’, somos perversos, pois lobos de nós mesmos, dificilmente criaríamos um ‘lobo artificial’ sem esta natural característica. Desta constatação nasce a importância da análise garantista e de seu pessimismo em relação ao ‘lobo artificial’. Ciente da impossibilidade de controle absoluto das violências públicas, o modelo garantista propõe instrumentos de minimização dos nefastos efeitos às liberdades públicas. Daí por que a necessidade de mecanismos judiciais de controle à coação direta operada pelos aparelhos repressivos”.⁸⁰

⁷⁹ CARVALHO, Salo de. As presunções no direito processual penal (Estudo preliminar do ‘estado de flagrância’ na legislação brasileira). In: CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo. *Reformas penais em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 175.

⁸⁰ CARVALHO, Salo de. Cinco teses para entender a desjudicialização material do processo penal brasileiro. In: CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo. *Reformas penais em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 149.

A forma processual funciona, então, como instrumento de minimização de violência, na medida em que demarca até onde o Estado está autorizado a avançar na tarefa punitiva. O reconhecimento dos princípios é insuficiente para a proteção do acusado e a forma se coloca como estratégia para garanti-los.⁸¹ A forma é, então, garantia, e “garantismo nada mais é do que a opção por um modelo teórico de contenção da violência estatal (da coação direta)”.⁸² A forma não significa, pois, a eliminação de práticas abusivas, mas fornece os meios para que o acusado possa reagir ao poder do Estado de punir arbitrariamente.

A forma existe como garantia dos princípios; portanto, a tutela do réu contra o abuso do poder estatal é a perspectiva a partir da qual devem ser lidas todas as regras processuais penais. “Se não está claro o que as formas processuais devem proteger, então elas protegerão a rotina, os ritos e os ritmos da burocracia judicial”⁸³ ou, o que é mais grave, o rompimento com a forma servirá, justamente, para reduzir garantias e desamparar princípios. Muitos juristas, atrelados ao Código de Processo Penal e incapazes de constitucionalizar sua atividade, pautam-se pela exposição de motivos daquele diploma legal, preconizando a “minimização das barreiras formais (garantias processuais) em nome de uma maior eficácia repressiva”.⁸⁴

⁸¹ BINDER, Alberto M. *O descumprimento das formas processuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 43.

⁸² CARVALHO, Salo de. As presunções no direito processual penal (Estudo preliminar do ‘estado de flagrância’ na legislação brasileira). In: CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo. *Reformas penais em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 171.

⁸³ BINDER, Alberto M. *O descumprimento das formas processuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 30.

⁸⁴ CARVALHO, Salo de. As reformas parciais no processo penal brasileiro. In: CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo. *Reformas penais em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 99.

As reformas pontuais contemporâneas, entretanto, não combatem esta prática. Ao contrário, as disposições autoritárias do Código de 1941 têm sido substituídas por outras tão ou mais violadoras de direitos e garantias individuais; “o mais perverso, no entanto, é que a base retórica da reforma processual penal (eficientismo) é apresentada como se harmônica com o projeto teórico garantista e a estrutura do sistema acusatório”.⁸⁵ Assim, o discurso oficial, ao aclamar a celeridade processual, a informalização e a justiça consensual como indicativos da eficiência no processo penal, está anunciando, de fato, ainda que não explicitamente, a potencialização de uma prática inquisitiva, com disfarces acusatórios.⁸⁶⁻⁸⁷

As alterações pontuais da legislação processual penal, quando voltadas para as funções do julgador, são, em regra, direcionadas para a finalidade de usurpar suas atribuições, não para intensificar seu papel de garantidor. A proteção ao acusado é reduzida constantemente, mas por via transversa: ou imobilizando o juiz, distribuindo suas funções a

⁸⁵ Idem, ibidem, p. 100.

⁸⁶ Idem, p. 92.

⁸⁷ Acrescenta Salo de Carvalho que “não obstante a retomada da retórica de efetividade e luta contra a impunidade que gerou o Código de Processo Penal de 1941, as reformas contemporâneas potencializam-se por discursos aparentemente garantistas que, coadunados com o pressuposto efficientista, deflagram um processo de crise na estrutura constitucional de tutela dos direitos e garantias individuais, operando uma inversão ideológica no discurso garantista. Ao empregar terminologia própria das correntes humanistas, os arautos das reformas apropriam-se do discurso crítico, afirmando a adoção de determinada base teórica mas definindo na operatividade do sistema efeitos totalmente diferenciados. Tem-se, pois, evidenciada, a histórica disfunção entre os discursos oficiais e a efetividade prática do sistema” (As reformas parciais no processo penal brasileiro. In: CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo. *Reformas penais em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 93).

outras instituições que não a judiciária, ou conferindo um excesso de mobilidade, impulsionada por poderes que são “exclusivos” das partes. Em ambos os casos, contudo, os próprios julgadores são cúmplices das violações, pois, quando se afirma que a concretização dos princípios passa – necessariamente – pela forma, “o nível e a força dessa garantia se descobrem através da jurisprudência sobre nulidades”.⁸⁸ E o “poroso sistema de garantias do processo penal brasileiro”⁸⁹ torna-se cada vez menos consistente.

O que se percebe constantemente é a administrativização do processo penal, com a “quebra” da forma e, o que é mais preocupante, com a anuência dos juízes, já que “abandonar a matriz processual penal em prol da administrativa” é “abdicar do único momento de controle formal em que garantias são razoavelmente respeitadas”. Na cena brasileira atual, nota-se o caminho inverso ao das conquistas garantistas, pois em vez dos “dois momentos administrativizados (‘informais’ e ‘desburocratizados’) do sistema penal (inquérito policial e execução penal)”⁹⁰ serem invadidos pelos princípios e garantias individuais, é a administrativização que engloba o processo penal.

As modificações legislativas seguem, então, a orientação dos discursos legitimadores de práticas autoritárias como mecanismos de eliminação da criminalidade. Entretanto, ao jurisdicionar, o juiz, ao contrário de imunizar sua prática destes discursos repressivistas, incorpora a lógica de exclu-

⁸⁸ BINDER, Alberto M. *O descumprimento das formas processuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 43.

⁸⁹ CARVALHO, Salo de. As presunções no direito processual penal (Estudo preliminar do ‘estado de flagrância’ na legislação brasileira). In: CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo. *Reformas penais em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 172.

⁹⁰ CARVALHO, Salo de. As reformas parciais no processo penal brasileiro. In: CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo. *Reformas penais em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 122.

são dos direitos do acusado, sob os mais diferentes argumentos, descuidando que “o conceito de garantias não é aplicável à defesa dos interesses da vítima (direito à tutela judicial) e menos ainda à defesa da atividade do Estado, ou seja, do Ministério Público. Não existem direitos fundamentais (humanos) do Estado ou da sociedade em seu conjunto. E tampouco é função das nulidades, enquanto protegem o imputado, conciliar os interesses da sociedade e o imputado. Por isso é incorreto assinalar que a finalidade imediata das nulidade é a boa ordem do processo e a intermediária, a de proteger os direitos da sociedade e os do imputado”.⁹¹

Ao se atestar que é por meio da forma que se garantem os princípios,⁹² se está abdicando “da resposta ao ‘*por que punir?*’, direcionando esforços para delimitar o ‘*como punir?*’. A consequência do entrelaçamento entre a perspectiva de abstinência dos discursos legitimadores e da determinação de critérios formais de controle da interpretação, aplicação e execução das penas conforma a projeção de uma *política punitiva de redução de danos*”.⁹³ Aliás, a Constituição da República não se deteve na elaboração de um discurso legitimador da punição, centrando suas preocupações nas formas e limites.⁹⁴

⁹¹ BINDER, Alberto M. *O descumprimento das formas processuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 56.

⁹² Idem, *ibidem*, p. 43.

⁹³ CARVALHO, Salo de. Memória e esquecimento nas práticas punitivas. *Revista de Estudos Ibero-Americanos*: Revista do Programa de Pós-Graduação em História da PUC-RS, Edição especial, Porto Alegre, 2006, n. 2, p. 70.

⁹⁴ CARVALHO, Salo de. A sentença criminal como instrumento de descriminalização: o comprometimento ético do operador do direito na efetivação da Constituição. Mimeo, 2005, p. 10.

1.3.1.1 O Garantismo como estratégia

As ferramentas disponibilizadas pela Teoria Garantista na resistência contra as arbitrariedades estatais são estratégias na redução de danos. Ferrajoli aponta condições necessárias na ausência das quais não está permitido castigar, quais sejam a existência do delito, da lei, da necessidade, da ofensa, da ação, da culpabilidade, do juízo, da acusação, da prova e da defesa. Tais requisitos não têm a função específica de permitir ou legitimar a punição, mas, sobretudo, de condicioná-la e – portanto – deslegitimar o exercício abusivo do poder punitivo.⁹⁵

O Garantismo sintetiza as garantias processuais e penais em dez máximas, quais sejam *nulla poena sine crimine*, *nullum crimen sine lege*, *nulla lex (poenalis) sine necessitate*, *nulla necessitas sine iniuria*, *nulla iniuria sine actione*, *nulla actio sine culpa*, *nulla culpa sine iudicio*, *nullum iudicium sine accusatione*, *nulla accusatio sine probatione*, *nulla probatio sine defensione*. O modelo garantista ou as regras fundamentais do direito penal definem-se por tais máximas, traduzidas nos princípios da retributividade, da legalidade, da necessidade, da lesividade, da materialidade,

⁹⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madri: Trotta, 1997. p. 91-92.

⁹⁶ Explica Ferrajoli que “El modelo garantista descrito en SG presenta las diez condiciones, límites o prohibiciones que hemos identificado como garantías del ciudadano contra el arbitrio o el error penal: según este modelo, no se admite ninguna imposición de pena sin que se produzcan la comisión de un delito, su previsión por la ley como delito, la necesidad de su prohibición y punición, sus efectos lesivos para terceros, el carácter exterior o material de la acción criminosa, la imputabilidad y la culpabilidad de su autor y, además, su prueba empírica llevada por una acusación ante un juez imparcial en un proceso público y contradictorio con la defensa y mediante procedimientos legalmente preestablecidos” (*Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madri: Trotta, 1997. p. 93).

da culpabilidade, da jurisdicionalidade, do acusatório, da carga da prova, do contraditório, respectivamente.⁹⁶

Ferrajoli parte da construção de dois tipos ideais e em oposição: o garantista e o inquisitivo que, apesar de irrealizáveis, servem para avaliar o autoritarismo dos sistemas processuais atuais e, assim, identificar (e combater) aqueles em que o arbítrio estatal não sofre nenhuma – ou sofre pouca – restrição.⁹⁷ Assim, “[...] o direito (processual penal), capacitado desde um sistema efetivamente acusatório, otimizaria sua função de freio ao excesso punitivo do estado, à coação direta própria da administração dos aparatos penais quando inexistentes as garantias – ‘inquisição é a conversão de todo o poder punitivo em coerção direta’”.⁹⁸

Ferrajoli identifica como acusatório (garantista) todo sistema processual que concebe o juiz como um sujeito passivo, rigidamente separado das partes, e o juízo como uma contenda entre iguais, iniciada pela acusação, que detém o

⁹⁷ Ao apresentar *Derecho y razón*, de Ferrajoli, Norberto Bobbio adianta que “el garantismo es un modelo ideal al que la realidad se puede acercar más o menos. Como modelo representa una meta que permanece aunque no se alcance y no pueda ser nunca alcanzada del todo. Pero para constituir una meta el modelo debe ser definido en todos los aspectos. Solamente si está bien definido puede servir de criterio de valoración y de corrección del derecho existente” (Prólogo. In: FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madri: Trotta, 1997. p. 15), o que vem a ser confirmado, posteriormente, por Ferrajoli quando explica que “todo el esquema epistemológico hasta aquí ilustrado y el modelo penal garantista que en él se informa tiene el fundamental y descontado defecto de corresponder a un modelo límite, en amplia medida ideal, porque de hecho nunca ha sido realizado ni nunca será realizable” (*Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madri: Trotta, 1997. p. 38).

⁹⁸ CARVALHO, Salo de. As presunções no direito processual penal (Estudo preliminar do ‘estado de flagrância’ na legislação brasileira). In: CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo. *Reformas penais em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 170.

ônus da prova, contraposta à defesa em um juízo contraditório, oral e público, que é decidida por um juiz segundo sua livre convicção.⁹⁹

Especialmente em relação à prova, a importância da forma reside em delinear a maneira segundo a qual as partes podem (ou devem) atuar ou não durante a instrução. Em um sistema acusatório compreendido a partir da teoria da situação jurídica, à acusação e à defesa são facultadas a apresentação das suas teses e produção das provas que entenderem pertinentes para confortar seus argumentos. Mais é oportunizado, em um juízo público, oral e contraditório, ao acusador e ao acusado, inclusive, refutar a tese contrária, aportando elementos probatórios que a fragilizem.

O controle externo e interno de toda a atividade processual e, neste caso, a efetiva contradição entre as teses das partes, é viabilizado pela publicidade.¹⁰⁰ Aliás, a igualdade de condições na participação no jogo passa, necessariamente, pela publicização dos atos processuais, pois é o acesso às teses defendidas, aos documentos juntados, às provas produzidas, aos pedidos formulados e aos despachos proferidos, que permite a definição das estratégias. E, mesmo inexistindo previsibilidade, ou seja, mesmo diante da impossibilidade de antever os movimentos do adversário, o jogador pode ponderar as ações ou omissões e, assim, fazer suas “escolhas processuais”.¹⁰¹

O tempo, por ser também uma garantia, está implicado na forma. Há que se respeitar um lapso temporal razoável entre a citação do acusado e o interrogatório, possibilitando, assim, a construção da estratégia defensiva, o que se repete

⁹⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madri: Trotta, 1997. p. 564.

¹⁰⁰ Idem, *ibidem*, p. 606.

¹⁰¹ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 141.

durante a instrução probatória, inclusive em relação à acusação.¹⁰² As partes devem ser intimadas de todos os atos processuais, e, para que se manifestem, deve ser oportunizado um tempo mínimo necessário.¹⁰³ Além disso, “*instrução e cognição*, pilares do processo penal garantista, não se harmonizam com velocidade”,¹⁰⁴ e, em especial, no que se refere à prova, são indispensáveis “lapsos temporais razoáveis de amadurecimento probatório”, como bem sintetiza Salo de Carvalho.¹⁰⁵

1.3.2 A forma e a verdade na construção dos limites nas partidas

As formas processuais, por se tratar de garantias, têm importância em todo o processo penal, adquirindo, no seu curso, os mais diferentes contornos. Todavia, é na prova, ou melhor, no modo como a atividade processual está intrincada com a verdade, que sua relevância aumenta.¹⁰⁶ Este entrosamento entre a verdade e a forma pode ser lido a partir de uma perspectiva positiva, pois “a verdade serviu tanto para justificar os piores excessos do poder penal (a tortura

¹⁰² LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

¹⁰³ Um exemplo é o despacho que defere a renúncia do procurador do réu e, no mesmo ato, determina prazo exíguo para que o acusado preso constitua defensor particular, *sob pena de ser-lhe nomeado defensor público*.

¹⁰⁴ CARVALHO, Salo de. As reformas parciais no processo penal brasileiro. In: CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo. *Reformas penais em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 110.

¹⁰⁵ Idem, *ibidem*, p. 111.

¹⁰⁶ BINDER, Alberto M. *O descumprimento das formas processuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 44.

sistemática) como para construir os limites que buscam preveni-los".¹⁰⁷

A reflexão sobre a verdade, ou a impossibilidade de verdade, na atividade processual contribui para fortalecer os limites do Estado na persecução penal, estabelecendo o procedimento probatório, as exigências para comprovação do fato narrado na denúncia, os critérios para a solução do caso penal. No sistema acusatório, a verdade não se transforma no objetivo da atividade probatória, "*as regras da prova, ao contrário, são limites à busca da verdade* e como tal desempenham exclusivamente uma função de garantia, ou seja, protegem o cidadão do eventual abuso de poder na coleta de informação".¹⁰⁸

É justamente este aspecto que marca a opção de um sistema pelo princípio acusatório e que o critério da gestão probatória assume a sua força. A dispensa do julgador da atividade de produtor da prova, ou melhor, a vedação de sua ingerência na formação da prova, reflete o abandono da verdade como preocupação central na solução do caso penal.¹⁰⁹ Se não há mais "o" fim (verdade) a ser buscado, os cuidados devem recair sobre os meios. Neste viés, torna-se ilegítima a atuação dos sujeitos processuais direcionada para o alcance da verdade, relegando o acusado à condição de objeto processual. Ao contrário, a criação de espaços de fala, a partir dos quais seja possível participar da solução do caso penal, desloca a preocupação para os meios processuais e, portanto, as regras a serem observadas na formação da prova.

¹⁰⁷ Idem, ibidem, p. 46.

¹⁰⁸ Idem, p. 61.

¹⁰⁹ Diferentemente do sistema acusatório, Cordero ensina que, no inquisitório, "*las formas constituyen un dato secundario o simplemente sin importancia, pues solo cuenta el resultado, no importa cómo sea obtenido*" (*Procedimiento penal*. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 2000, p. 36, t. I).

Tal conclusão é possível a partir da leitura que Salo de Carvalho faz de Klossowski, no sentido de que, se é inviável controlar o fim, “o meio, por representar a incidência da violência institucional no sujeito punibilizado, deverá sempre ter mais importância que o fim ideal(izado) da pena”,¹¹⁰ e, neste caso, do processo penal. Ainda que o processo já penalize o acusado, como antecipou Carnelutti, “abdicar das funções e centrar a preocupação nas formas de punir, a partir do horizonte projetado pela principiologia constitucional, talvez seja uma das únicas formas de contração mínima do poder punitivo desmedido”.¹¹¹ Esse cuidado com os meios deve, então, ser reforçado na produção da prova, pois são os elementos probatórios os alicerces da decisão judicial. De fato, “[...] *o juiz aponta o valor de verdade a um relato final por um ato de poder e nada poderia mudar esta circunstância*. Por esta razão, os sistemas processuais construíram regras de prova: para que esse ato de poder do juiz, que consiste em um *imperium* de grande força (porque apontará valores de verdade a um conjunto de afirmações), tenha a menor margem possível para a arbitrariedade e a fatalidade, ou seja, tenha limites bem concretos. Todas as regras de prova constituem este limite e por isso todas elas desempenham uma função de garantia”.¹¹²

Mais que isso, há que se considerar que no contraditório processual não está assegurada a simples alternância de atos na ordem estabelecida em lei, mas a alternância destes atos entre várias pessoas, cujos atos e falas devem se dar em momentos precisos e públicos, pois “del mismo modo que

¹¹⁰ CARVALHO, Salo de. Memória e esquecimento nas práticas punitivas. *Revista de Estudos Ibero-Americanos*: Revista do Programa de Pós-Graduação em História da Cultura da PUC-RS, Porto Alegre, 2006. No prelo.

¹¹¹ Idem.

¹¹² BINDER, Alberto M. *O descumprimento das formas processuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 63.

en la recitación de un drama cada actor tiene que saber 'entrar' a tiempo para su intervención, o en una partida de ajedrez tienen los jugadores que alternar-se con regularidad en el movimiento de sus piezas".¹¹³ As movimentações no jogo não estão dispostas unicamente nas normas processuais, porque o "ritual acrescenta-lhe outras regras, não-escritas, que ditam o comportamento de cada um. O acusado não conhece as segundas, ao contrário dos profissionais, que se servem delas com desenvoltura. É constantemente confrontado com situações que lhe são desconhecidas, sendo então assaltado por questões como: Onde é o meu lugar? Será que posso retirar-me? É preciso levantar-me? Como devo chamar este ou aquele? Depressa se verá desamparado perante uma situação tal que faz lembrar o teatro do absurdo".¹¹⁴ Imprescindível, pois, atentar para o papel desempenhado pelos sujeitos processuais, além da descrição prevista em lei.

1.3.3 O local do jogo e o jogo como local

Ainda que na sociedade contemporânea o tempo tenha adquirido importância em detrimento do espaço (fisicamente considerado), no processo penal, o local continua sendo fundamental para o desenvolvimento do jogo. O processo é o palco que sedia – em muitos momentos dispensando a presença física – o encontro da acusação e da defesa, ou seja, o enfrentamento discursivo. Algumas observações a partir desta perspectiva tornam-se imprescindíveis, especialmente porque “na expressão em que o fato-feito-lembrança e discurso se materializa, ante alguém, em um ambiente

¹¹³ CALAMANDREI, Piero. *Derecho procesal civil III: estudios sobre el proceso civil*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1973. p. 264.

¹¹⁴ GARAPON, Antoine. *Bem julgar: ensaio sobre o ritual judiciário*. Lisboa: Instituto Piaget, [s.d.], p. 107.

determinado, carregado de significações, dá-se o início, por ensaio e erro, de um jogo interacional tão rico e sofisticado quanto veloz e imperceptível ao leigo. Jogo no qual se negociam significados e possibilidades de expansão e retração, reiteração ou revisão dos significados que adquirem os fatos-lembrados, enquanto matéria lingüística”.¹¹⁵

No exercício de seu papel de garantidor, o juiz deve mediar o embate entre acusação e defesa. A forma processual define este espaço, estabelecendo os limites nos quais é possível atuar legitimamente e o magistrado é o seu fiscal, ou seja, aquele que zela pela observância destes parâmetros. Dentre suas tarefas está a de criar iguais oportunidades de fala, como, por exemplo, fixar o início e o término dos prazos processuais para que as partes se manifestem, deferir o tempo de exposição na réplica e tréplica no júri, na sustentação oral perante os tribunais, nos debates orais do rito sumário. É o juiz que torna efetivo o contraditório, preservando às partes iguais chances de manifestação. Mais que isso, é ele que assegura a própria fala quando, por exemplo, confere ao acusado o direito de exercer sua autodefesa ou defesa técnica, mediante prévio contato com o defensor, na fiscalização para que este patrocine uma defesa técnica de qualidade.

As partes expõem e defendem seus argumentos, que, esboçados no início do processo, adquirem consistência no curso da instrução, pois as falas são construídas e reconstruídas a todo momento, a cada movimentação ou inércia do opositor. Quando se compreende o processo como situação jurídica ou, mais especificamente, como um jogo, assim como delineado por Calamandrei, imperioso se torna observar o princípio da oralidade neste encontro de discursos parciais. São fundamentais os atos processuais em que a

¹¹⁵ SOARES, Luiz Eduardo; GUINDANI, Miriam. A construção social de uma acusação criminal: desconstruindo o uso de provas periciais. *Revista de Estudos Criminais*, Sapucaia do Sul, ano 4, n. 19, 2005, p. 49.

acusação e a defesa têm a possibilidade de debate; como a formulação de perguntas pelo Ministério Público e pelo defensor no interrogatório e na inquirição de testemunhas; a participação nas perícias; os debates orais nos procedimentos sumários. Lembra Geraldo Prado que “[...] a oralidade não é mera questão de forma. A matriz acusatória depende dela para definir os papéis concretos exercitados pelos sujeitos processuais. A defesa oral, na frente do réu, exige que o defensor demonstre conhecimento da causa e se empenhe em busca do resultado mais favorável ao acusado. Não bastam reiterações de manifestações escritas anteriores. Da mesma maneira a acusação deverá se posicionar sobre a prova. E o juiz exporá as razões de sua decisão. A troca de papéis (*mutatio libelli*) entre acusação e juiz é bastante dificultada”.¹¹⁶

É importante que o contato entre as partes – formação e discussão sobre o material probatório – esteja concentrado no tempo e que ocorra perante o mesmo juiz. A documentação do material recolhido¹¹⁷ e o fato de o juiz não sentenciar em audiência desde que a decisão decorra da proximidade que teve com o material probatório não rompem com o sistema acusatório se o princípio (gestão da prova) foi preservado.¹¹⁸ No entanto, ao proferir a decisão em

¹¹⁶ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 158.

¹¹⁷ É importante observar na distinção entre os sistemas que “el estilo inquisitorio multiplica los fluyos verbales, pues de acuerdo con él, es preciso que el acusado hable, y que el proceso se convierta en una sonda síquica. El inquisidor trabaja con manos libres, indiferente ante los límites legales, pero recoge toda sílaba, y por ello la obsesión microanalítica desarrolla un formalismo gráfico, y ningún hecho es en realidad un hecho mientras no figure en una página” (CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 2000. t. I, p. 285).

¹¹⁸ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 154.

audiência perante as partes, inclusive perante o acusado, o juiz assume que não é neutro, mas responsável por seu ato decisório, embora saiba “que, salvo raras exceções, nunca será chamado a rever a pessoa que tem perante si”.¹¹⁹ Além disso, como bem sintetiza Geraldo Prado, “as decisões não terão como se ocultar em linguagens estranhas à vida cotidiana”.¹²⁰

A presença do julgador propicia o contato necessário com as teses da acusação e defesa e os elementos que as confortam. Mais que isso, o julgador, observando os deslocamentos das partes na cena processual, pode assegurar espaços e momentos de fala para as partes processuais (paridade de armas), já que a igualdade “há de ser assim entendida em sentido material e dinâmico, com o equilíbrio em todos os aspectos capazes de influir, consciente ou inconscientemente, na construção dialética da sentença penal”.¹²¹

Topograficamente, o Ministério Público, na sala de audiências ou de sessão nos Tribunais, está à direita do julgador, ocupando uma “posição cênica de destaque”. “A proximidade física de uma das partes com o juiz, ambos apresentando o Estado, gera impressão de promiscuidade funcional, da contaminação da imparcialidade [...]”.¹²² Além disso, o acusado e as testemunhas que desconhecem a estrutura e o funcionamento do Poder Judiciário são incapazes de distinguir o órgão julgador do órgão acusador. Isso muitas vezes é reforçado pela prática de muitos juízes que lêem a denúncia e solicitam a confirmação da testemunha

¹¹⁹ GARAPON, Antoine. *Bem julgar: ensaio sobre o ritual judiciário*. Lisboa: Instituto Piaget, [s.d.], p. 58.

¹²⁰ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 158.

¹²¹ CASARA, Rubens R. R.; KARAM, Maria Lúcia. Redefinição cênica das salas de audiência e de sessão nos tribunais. *Revista de Estudos Criminais*, Sapucaia do Sul, ano 4, n. 19, 2005, p. 125.

¹²² Idem, *ibidem*, p. 124.

num procedimento, por vezes intimidatório. Geraldo Prado informa que em nenhum outro país o promotor público criminal posiciona-se, na sala de audiência, no local reservado ao julgador, e que “quando o Ministério Público conquistou autonomia em face do juiz, com o fim da inquisição, conquistou, conseqüentemente, o direito de não ser confundido com o tribunal. Trata-se de direito do Ministério Público”.¹²³ Para agravar, ao contrário do órgão acusador, o defensor senta-se em um nível inferior e distante do juiz.¹²⁴ Se há dúvidas sobre o distanciamento do Ministério Público e do magistrado, é certo o distanciamento de ambos e do defensor, o único a estar próximo do acusado.

Outro aspecto importante é o interrogatório *on-line*, no qual a tecnologia acaba sendo utilizada para minimizar garantias. Não basta ao acusado ser julgado pelo juiz natural, ele precisa conhecer o seu julgador e ter o direito de lhe falar pessoalmente. O interrogatório virtual aproxima o acusador e o julgador e impede o advogado de fiscalizar esse contato, já que deve estar próximo do réu. A tecnologia serve para burlar o princípio da imediatidade.

Insistentemente, o procedimento está na contramão das garantias. Nos Tribunais, por exemplo, os réus não assistem

¹²³ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório*: a conformidade constitucional das leis penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 192.

¹²⁴ Sobre a localização do acusado no momento de seu interrogatório, Clara Borges observa que “ademais na sala de audiências o acusado continua a sentar num plano mais baixo do que aquele reservado pelo juiz para que possa ser por este vigiado durante o interrogatório. Então, sob o olhar panóptico do juiz o acusado responde as perguntas que lhe são formuladas, primeiramente sobre a sua posição na curva da normalidade estabelecida pela sociedade da qual faz parte, isto é, sobre a sua pessoa” (*Jurisdição e normalização*: uma análise foucaultiana da jurisdição penal. 200 p. Tese. (Doutorado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005, p. 150).

aos julgamentos, e no primeiro grau as sentenças não são proferidas em audiência. Mesmo havendo a previsão procedimental do rito sumário, os julgadores escondem-se na legislação para levar os autos conclusos para sentenciar.

1.3.4 A inércia do julgador

No processo penal, o juiz, ao sentenciar, anuncia o resultado do jogo. Este poder decorre de sua função jurisdicional, ou seja, do “*poder estatal, [...] de dizer o direito: dicere ius; iuris dictio*. Diz-se o direito acertando-se os *casos penais* de forma definitiva, isto é, na medida daquilo que lhe é levado pelo autor: *thema decidendum*”.¹²⁵ O juiz concentra o poder do Estado de punir, o que o obriga a decidir, mas não pode dispor da forma processual, senão para favorecer o acusado. Evidentemente, se lhe é vedado alterar as regras do jogo, a proibição de intervir nas estratégias dos participantes é, então, imperiosa.

Nesta perspectiva, sua atividade, ou melhor, inatividade, corresponde à de um espectador da partida em oposição à de um jogador/ator. Ao juiz não é permitida qualquer iniciativa probatória, dispondo a acusação e a defesa das mesmas armas e de iguais mecanismos processuais para ensejar seu convencimento. Em que pese não estar atrelado a um sistema tarifado de avaliação da prova, o julgador está limitado às teses e provas aportadas pelas partes. Detém o poder de dizer o direito desde que permaneça imparcial no

¹²⁵ Acrescenta Jacinto Coutinho que “de tal princípio decorre a impossibilidade de o juiz julgar além, fora ou aquém do que foi imputado ao acusado na peça inicial: *ultra, extra et citra petita*. Assim, quando o juiz proferir sua decisão, não poderá modificar a imputação fática realizada na peça acusatória (*thema decidendum*), devendo haver sempre uma *correlação exata* entre a imputação e a sentença” (Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. *Revista de Estudos Criminais*, Sapucaia do Sul, ano 1, n. 1, 2001, p. 29-38).

curso do processo.¹²⁶ Ensina Jacinto Coutinho que o juiz é órgão super partes; não está acima das partes, mas para além dos interesses da acusação e da defesa e, ainda, “para além de seus interesses individuais, encarnando o próprio Estado”. É por tal razão que se fala em Estado-juiz. Assim, não se pode dizer que o juiz é um representante do Estado, mas um órgão dele, e, deste modo, é o Estado, *presentando-o*, como quer Pontes de Miranda; e não representando.¹²⁷

Torna-se, pois, compreensível a preocupação de Ferrajoli em apontar as garantias orgânicas e as processuais que cercam o magistrado. As primeiras referem-se a sua formação e colocação diante dos demais poderes e dos demais sujeitos processuais (independência, imparcialidade, responsabilidade, separação entre juiz e acusação, juiz natural, obrigatoriedade da ação penal), e, as segundas, à formação do juízo (colheita das provas, desenvolvimento da defesa e a convicção do órgão judicial) etc.¹²⁸

¹²⁶ É nesse sentido a lição de Geraldo Prado: “A posição equilibrada que o juiz deve ocupar, durante o processo, sustenta-se na idéia reitora do princípio do juiz natural – garantia das partes e condição de eficácia plena da jurisdição – que consiste na combinação de exigência da prévia determinação das regras do jogo (reserva legal peculiar ao devido processo legal) e da imparcialidade do juiz, tomada a expressão no sentido estrito de estarem seguras as partes quanto ao fato de o juiz não ter aderido *a priori* a uma das alternativas de explicação que o autor e réu reciprocamente contrapõem durante o processo” (*Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 109).

¹²⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: ———. (Coord.). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 11.

¹²⁸ Para o autor, as garantias processuais que circundam a averiguação da verdade processual no processo cognoscitivo asseguram a obtenção de uma verdade mínima garantida pelo caráter empírico e determinado das hipóteses acusatórias por cânones do conhecimento como a presunção de inocência, a carga da prova para a acusação, o princípio *in dubio pro reo*, a publicidade do procedimento probatório, o

A separação do juiz e da acusação (*nullum iudicium sine accusazione*) é a base das garantias orgânicas, posto que consubstancia, por um lado, uma condição essencial de imparcialidade (*terzietà*) do juiz diante das partes e, por outro, um pressuposto da carga da imputação e da prova que recaem sobre a acusação (primeiras garantias processuais do juízo).¹²⁹ Define, pois, não só a função do julgador diante do Ministério Público e da defesa como o desatrela do papel de acusar, fundamental quando se compreende o acusado como sujeito e não objeto processual.

Assegurar a imparcialidade é, em outros termos, proibir o magistrado de se movimentar. No processo penal, há apenas dois percursos a seguir (tese defensiva e tese acusatória), e pender em direção a qualquer um deles é romper com a equidistância. Não há movimentação neutra: sempre há que se escolher em que caminho seguir. Por este motivo, dentre tantos, o meio mais grave, porém mais corrente, da quebra desta simetria é identificado durante a instrução probatória, quando o juiz, apoiado na legislação processual penal brasileira, diligencia de ofício.¹³⁰ Assume, pois, a função das partes e abdica da posição de terceiro, rompendo com a pretensão de se consolidar um sistema acusatório já que a Constituição da República apenas o “insinuou”.¹³¹

princípio do contraditório e o direito de defesa mediante a refutação da acusação (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madri: Trotta, 1997. p. 540).

¹²⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madri: Trotta, 1997. p. 540.

¹³⁰ Artigo 156 do Código de Processo Penal: “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”.

¹³¹ CARVALHO, Salo de. Cinco teses para entender a desjudicialização material do processo penal brasileiro. In: CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo. *Reformas penais em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 142.

O critério de distinção entre os sistemas acusatório e inquisitório é o princípio unificador, justamente a gestão probatória. No primeiro, ela está confiada às partes e, no segundo, ao julgador. A produção de prova determinada de ofício pelo juiz torna inquisitório o sistema processual penal e legitima atuações arbitrárias e parciais pelo julgador.¹³² É justamente a não cumulação de funções e, portanto, o afastamento do órgão julgador de qualquer atividade probatória que é exigida no sistema acusatório.¹³³

Sua atuação similar a das partes (produzir prova) confunde totalmente os papéis, ficando inviável identificar seu papel de julgador.¹³⁴ A separação entre o Ministério Público e o juiz implica, necessariamente, a definição prévia das funções de cada sujeito processual e o respeito desta divisão no curso do processo. Separar as partes significa, sobretudo, separar suas funções e, assim, compreender que não é função do acusador e do defensor julgar, tampouco compete ao juiz acusar ou defender.¹³⁵ Aliás, há que se sublinhar com

¹³² Nesse sentido, conferir: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao “Verdade, Dúvida e Certeza”, de Francesco Carnelutti, para os Operadores do Direito. In: SÁNCHEZ RUBIO, David; HERRERA FLORES, Joaquín; CARVALHO, Salo de. *Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos* (2001/2002). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

¹³³ Pontua Geraldo Prado que “[...] a real acusatoriedade depende da imparcialidade do julgador, que não se apresenta meramente por lhe negar, sem qualquer razão, a possibilidade de também acusar, mas principalmente por admitir que a sua tarefa mais importante, decidir a causa, é fruto de uma consciente e meditada opção entre duas alternativas, em relação às quais manteve-se, durante todo o tempo, equidistante” (*Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 128).

¹³⁴ Nesse sentido, conferir CARVALHO, Salo de. Cinco teses para entender a desjudicialização material do processo penal brasileiro. In: CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo. *Reformas penais em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 142-143.

¹³⁵ Há que se atentar para a distinção entre admissibilidade da prova e determinação de prova de ofício: “Palabra clave, la ‘admisibilidad’

Alexandre Rosa que “[...] não se pode confundir a função do juiz com a das partes, eis que não assume a condição de *contraditor*, a qual é exercida pelos *interessados*, mas de *terceiro*, responsável; todavia, pela sua regularidade na produção dos significantes probatórios”.¹³⁶

Ao determinar *ex officio* a realização de alguma diligência, o juiz está procurando reforçar a tese acusatória ou defensiva, podendo até ser surpreendido com o resultado. A decisão sobre a produção de determinada prova é sempre precedida de algum elemento probatório, alguma referência ou notícia trazida ao seu conhecimento pelos sujeitos processuais, o que implica uma opção do juiz em favorecer (e desfavorecer) a acusação ou a defesa.¹³⁷ Além disso, a

evoca la apreciación preventiva a la qual queda sometida toda prueba: no siendo ya puro expediente persuasivo o material informativo amorfo, debe establecerse si está de acuerdo con las normas; en caso afirmativo, el juez la admite, con un acto morfológicamente distinto del adquisitivo (distinción menos evidente en el antiguo sistema, en el cual el instructor trabajava de oficio)” (CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 2000. p. 37, t. II).

¹³⁶ ROSA, Alexandre Moraes da. *Decisão no processo penal como 'bricolage' de significantes*. 430 p. Tese. (Doutorado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004, p. 274.

¹³⁷ Alerta Geraldo Prado que “quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isso, em termos de processo penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgador. Desconfiado da culpa do acusado, investe o juiz na direção da introdução de meios de prova que sequer foram considerados pelo órgão da acusação, ao qual, nestas circunstâncias, acaba por substituir. Mais do que isso, o mesmo tipo de comprometimento psicológico objeto das reservas quanto ao poder do próprio juiz iniciar o processo aqui igualmente se verificará, na medida em que o juiz se fundamentará normalmente, nos elementos de prova que ele mesmo incorporou ao feito, por considerar importantes para o deslinde da questão, o que o afastará da desejável posição de seguro distanciamento das partes e de seus interesses contrapostos, posição esta apta a permitir a melhor ponderação e conclusão” (*Sistema acusatório*: a

impossibilidade de o juiz produzir provas se estende para a formulação de perguntas às testemunhas, que é incumbência das partes, já que o juiz é o destinatário da prova, devendo ser lida a dinâmica da produção da prova testemunhal a partir da Constituição da República.¹³⁸

Com amparo em nobres argumentos, como, por exemplo, assegurar ao réu a produção de toda a prova a que tem direito, o rompimento com a garantia da imparcialidade é velado. Este juiz se ausenta do papel de garantidor, optando por figurar no processo como “tutor” da prova defensiva quando deveria tutelar o próprio direito de defesa, desconstituindo o defensor inerte ou mesmo absolvendo por insuficiência de provas. Não se pode – desta forma – concordar com a posição firmada por Geraldo Prado no sentido de que os princípios da justiça material e da presunção de inocência endossariam a moderada intervenção judicial na atividade supletiva de busca de provas da inocência, nos termos da tese defensiva, em que pese o autor ressaltar ser esta uma atuação excepcional e restrita a fim de fomentar a paridade de armas.¹³⁹

conformidade constitucional das leis penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 136.). Ada Pellegrini Grinover, entretanto, não vislumbra qualquer violação à garantia da imparcialidade do órgão julgador decorrente dos poderes instrutórios conferidos ao juiz justificando que “quando este determina que se produza uma prova não requerida pelas partes, ou quando entende oportuno voltar a inquirir uma testemunha ou solicitar esclarecimentos do perito, ainda não conhece o resultado que essa prova trará ao processo, nem sabe qual a parte que será favorecida por sua produção” (A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. In: ———. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 81).

¹³⁸ ROSA, Alexandre Moraes da. *Decisão no processo penal como ‘bricolage’ de significantes*. 430 p. Tese. (Doutorado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004, p. 336.

¹³⁹ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 138.

Ora, não é preciso trazer aos autos elementos de prova para atestar que o acusado é inocente, já que esta presunção deve ser destruída pela prova – e não construída –, conforme orientação imposta pela Constituição da República. O empenho em buscar provas para absolver o réu representa, em certa medida, uma prática corrente na justiça brasileira, ou seja, fundamentar as decisões favoráveis ao acusado e, em certa medida, produzir provas sobre aquilo que não precisa ser provado.

O papel do magistrado quando se trata de conferir paridade de armas às partes não deve ser no sentido de suprir a incompetência da defesa inapta. Ao contrário, sua função é a de exigir do advogado uma postura ativa, ética e responsável no exercício da defesa de seu assistido. A superação da desigualdade, ou melhor, a redução do desequilíbrio das partes importa respeito do acusado como sujeito processual e de todas as garantias que devem imunizá-lo contra os excessos do poder estatal.

A produção de provas de ofício pelo julgador é tão incompatível com a tarefa de julgar quanto com a de garantidor, pois esta não consiste em suprir deficiência na atuação das partes, mas, entre outras, em assegurar que possam formular e apresentar suas teses. Ainda que perceba o desempenho precário ou insatisfatório da acusação ou da defesa, o magistrado não pode assumir suas funções.¹⁴⁰ Além disso, quando o juiz determina, de ofício, a produção de

¹⁴⁰ Cumpre lembrar que “o Ministério Público encontra-se suficientemente instrumentalizado a exercer o papel que lhe cabe, na repressão criminal, sem precisar que o juiz atue em seu lugar, assim como o advogado deve estar preparado para cumprir satisfatoriamente seu papel de defensor, sob pena de considerar-se o réu indefeso, o que o juiz poderá declarar, sem se comprometer com o exercício do trabalho propriamente defensivo” (BARROS, Antônio Milton de. *Processo penal segundo o sistema acusatório: os limites da atividade instrutória judicial*. Leme: Editora de Direito, 2002. p. 123).

prova que resultará favorável à defesa ou à acusação, está interferindo nas teses desenvolvidas pelas partes e nas estratégias de jogo por elas traçadas.

Menos que um juiz ator que colabore com a produção de provas, as partes precisam de um juiz imparcial capaz de lhes conferir tratamento paritário, o que só é possível quando permanece inerte. Quando o juiz é atuante, o resultado do jogo é definido antes que as jogadas sejam feitas. É o que alerta Jacinto Coutinho quando refere que “mais importante, contudo, ao *sistema acusatório* – é bom que se diga desde logo – é que da maneira como foi estruturado não deixa muito espaço para que o juiz desenvolva aquilo que Cordero, com razão, chamou de ‘quadro mental paranóico’, em face de não ser, por excelência, o *gestor da prova*, pois, quando o é, tem, quase que por definição, a possibilidade de decidir antes e, depois, sair em busca do material probatório suficiente para confirmar a ‘sua versão’, isto é, o sistema legitima a *possibilidade da crença no imaginário*, ao qual toma como verdadeiro”.¹⁴¹

É interessante perceber que a doutrina e a jurisprudência reafirmam a imprescindibilidade de um juiz imparcial. Contudo, seus poderes instrutórios, ainda que incompatíveis com esta garantia, se mantêm na legislação e, sobretudo, nas decisões judiciais. Talvez seja possível refletir com Foucault que “se o poder fosse somente repressivo, se não fizesse outra coisa a não ser dizer não, você acredita que seria obedecido? O que faz com que o poder se mantenha e que seja aceito é simplesmente que ele não pesa só como uma força que diz não, mas que de fato ele permeia, produz coisas, induz ao prazer, forma saber, produz discurso. Deve-se considerá-lo como uma rede produtiva que atravessa todo o corpo social

¹⁴¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: ———. (Coord.). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 32.

muito mais do que uma instância negativa que tem por função reprimir”.¹⁴²

Este poder, que produz prazer, pode ser identificado no processo penal como a vontade de verdade que continua a legitimar práticas inquisitórias, não mais associadas à tortura, mas, especialmente, aos poderes instrutórios do julgador.

Definir a posição do julgador e – conseqüentemente – das partes no jogo processual, embora fundamental, não é suficiente. É preciso compreender a atuação dos participantes na cena processual, especialmente quando esta é tida como o local do encontro das falas de todos os sujeitos processuais.

¹⁴² FOUCAULT, Michel. Verdade e poder. In: ———. *Microfísica do poder*. 11. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1993. p. 8.

OS JOGADORES E SUA PARTICIPAÇÃO NO JOGO

SUMÁRIO: 2.1 As estratégias: As partes processuais e a parcialidade das teses: 2.1.1 Atuação do acusador e o ônus de provar suas alegações; 2.1.2 Atuação do acusado e a presunção de inocência; 2.1.3 A vítima: o sujeito fora da jogada.

A formação da prova é uma atividade complexa, numa perspectiva compatível com o sentido que o termo complexidade tem na física, em que esta característica é atribuída aos sistemas que são descritos como tendo numerosos graus de liberdade.¹ As questões que têm sido levantadas neste trabalho refletem, de certa forma, esta idéia, pois inúmeras possibilidades se apresentam durante a instrução probatória como, por exemplo, na delimitação das teses pelas partes, na definição das estratégias de defesa e de acusação e, inclusive, na repercussão que este conjunto probatório terá na sentença proferida.

A compreensão de “complexus” como “aquilo que é tecido em conjunto” torna, então, mais fácil para se dimensionar a densidade da expressão “conjunto probatório” tão

¹ PRIGOGINE, Ilya. O reencantamento do mundo. In: ———; MORIN, Edgar. *A sociedade em busca de valores*: para fugir à alternativa entre o ceptismo e o dogmatismo. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. p. 231.

utilizada no processo penal, especialmente, como “tecido comum, o complexo que ele constitui, para além das suas partes”.² O desempenho dos papéis dos sujeitos processuais está inter-relacionado, posto que tanto os planos da acusação quanto os da defesa não podem ser executados sem influenciar e/ou serem influenciados pela atuação da parte contrária. A prova processual penal é justamente o resultado de uma atividade complexa em que, dentre os inúmeros caminhos que poderia seguir, ganha uma direção, comportando, porém, distintas interpretações.

2.1 AS ESTRATÉGIAS: AS PARTES PROCESSUAIS E A PARCIALIDADE DAS TESES

No jogo processual, as partes devem ter iguais oportunidades de apresentar suas teses, ou seja, de fazer suas jogadas. Suas atuações estão direcionadas para o resultado que pretendem obter, caracterizando-se, portanto, pela parcialidade com que são articuladas. Não estão dirigidas para um fim último que é apontado, muitas vezes, como a verdade, mas para reforçar os argumentos defendidos.

São os atos das partes que vivificam a situação processual, ao criar, modificar ou extinguir as perspectivas de uma sentença favorável ou, liberando-se de cargas processuais a fim de evitar uma decisão desvantajosa,³ sempre direcionados ao interesse daquele que os promove. A assunção desta parcialidade – inclusive do Ministério Público – tem repercussões importantes no processo penal, dentre elas a de potencializar a imparcialidade do julgador e a de definir

² MORIN, Edgar. Complexidade e liberdade. In: —; PRIGOGINE, Ilya. (org.). *A sociedade em busca de valores: para fugir à alternativa entre o ceptismo e o dogmatismo*. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. p. 248.

³ GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Barcelona, Madri, Buenos Aires, Rio de Janeiro: Editorial Labor S.A., 1936. p. 227.

claramente o *thema probandum* (limite para a decisão judicial).

A partir desta constatação, torna-se patente a necessidade de a produção da prova ser permeada pelo contraditório, que, segundo Fazzalari, nas palavras de Alexandre Rosa, se dá em dois momentos, “primeiro, como *informazione*, consistente no dever de informação para que possam ser exercidas as *posições jurídicas* em face das normas processuais e, num segundo momento, a *reazione*, manifestada pela possibilidade de movimento processual, sem que se constitua, todavia, em obrigação”.⁴ E um processo efetivamente contraditório só é viabilizado quando a forma de atuação das partes está previamente definida.

2.1.1 Atuação do acusador e o ônus de provar suas alegações

O Ministério Público surgiu num contexto em que a um mesmo funcionário público era atribuído o papel de persecução penal e de decisão, não havendo espaço para a defesa. Seu aparecimento como um órgão estatal distinto e separado dos juízes fragilizou o inquisitorialismo do processo penal, na medida em que, funcionando como um contraponto, possibilitou ao acusado e a seu defensor integrar efetivamente a cena processual. Com isso, a atuação do julgador ficou restrita à função de decidir, sendo-lhe retirada a incumbência de promover a ação penal. Assim se deflagra a importância do Ministério Público na efetivação do sistema acusatório, qual seja oportunizar a resistência do réu à imputação (defesa) e a imparcialidade do tribunal.⁵

⁴ ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão no processo penal como 'bricolage' de significantes*. 430 p. Tese. (Doutorado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004. p. 275.

⁵ MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal: parte general; sujetos procesales*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003. v. 2, p. 302 e 308.

Ainda que a separação física dos órgãos estatais responsáveis pela acusação e pelo julgamento não garanta a eliminação do processo penal inquisitório, a existência do Ministério Público como sujeito processual e a delimitação prévia e exclusiva de suas incumbências são fundamentais para conter poder punitivo estatal, afastando o julgador da atividade das partes e tornando mais rigorosos os critérios para apuração e solução do caso penal.

Por imposição constitucional, pertence ao Ministério Público a tarefa de impulsionar o jogo, desde que preenchidos os requisitos mínimos de autoria e materialidade delitiva. A outorga é para propor com exclusividade a ação penal pública, e não com arbitrariedade, tornando imperiosa a observação dos requisitos legais para o oferecimento da inicial acusatória. Contudo, a partida só é iniciada pelo julgador por meio de uma criteriosa análise quando opera o juízo, fundamentado, de admissibilidade da denúncia.

Todas as exigências que cercam o início do processo decorrem do fato de que, ao formular a acusação, o agente ministerial suspeita da inocência da qual todos são presumidos, até prova em contrário. Em assim sendo, deve não só dispor de indícios de que o imputado cometeu o delito, como, no curso da instrução, aportar a prova que contraria a presunção de inocência.⁶ Diferentemente da defesa, deve fornecer elementos que atestem sua argumentação inicial e refutar de forma consistente as alegações do acusado.⁷

O poder de promover a ação penal se desdobra na possibilidade de ingressar em juízo postulando a condenação

⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madri: Trotta, 1997. p. 611.

⁷ Se, por um lado, o processo é um instrumento para punir os culpados por outro, deve cuidar da tutela dos inocentes. "Es esta segunda preocupación lo que está en la base de todas las garantías procesales que lo circundan y que condicionan de distintas maneras las instancias represivas expresadas por la primera" (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madri: Trotta, 1997. p. 604-611).

do denunciado, bem como no direito/dever de fornecer elementos probatórios que confortem suas alegações. No primeiro caso, o impulso inicial acusatório está necessariamente vinculado ao recebimento da denúncia, o que, uma vez ocorrido, tem lugar a segunda situação, devendo o órgão acusador aportar as provas do que argumentou e afastar, em termos probatórios, as alegações do réu.

Sendo vedada ao juiz a ingerência no conteúdo probatório, o Ministério Público deve desempenhar com exclusividade a tarefa de acusar e, em última análise, de provar a culpa do acusado. “Ao empregar o verbo *promover* o constituinte assegurou à Instituição não só dar impulso, deflagrar a ação penal pública, assim como também, com particularidade, fazer a mesma avançar, diligenciar dentro do processo para que seja satisfeita a sua pretensão penal punitiva. A legitimidade ativa é sua, assim como, com exclusividade, a prática de atos como parte principal.”⁸

Se o Ministério Público traz aos autos um conjunto probatório frágil, inábil para sustentar a inicial, o acusado deve ser absolvido, e não invertido o ônus probatório, como usualmente ocorre nos processos judiciais penais brasileiros, quando o julgador condena, ressaltando que o réu foi incapaz de demonstrar que é inocente. O juízo absolutório também é a única alternativa viável quando, em sede de razões finais, o acusador pugna pela improcedência da denúncia.

A pretensão acusatória é do órgão ministerial da qual o juiz não pode se apropriar no caso de não ser exercida ou ser formulado pedido absolutório. Sobre esta última hipótese, Geraldo Prado refere que “quando em alegações finais o Ministério Público opina pela absolvição do acusado o que ocorre em concreto, no processo, é que o acusador subtrai do debate contraditório a matéria referente à análise das

⁸ LIMA, Walberto Fernandes de. *Sujeitos e atos processuais*. Coleção Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 34.

provas que foram produzidas na etapa anterior e que possam ser consideradas desfavoráveis ao réu”, inviabilizando que a defesa reaja aos argumentos não apresentados. Ora, “como o juiz não pode fundamentar sua decisão condenatória em provas ou argumentos que não tenham sido objeto de contraditório, é nula a sentença condenatória proferida quando a acusação opina pela absolvição”.⁹

Da mesma forma, as alterações na acusação operadas no curso do processo são de exclusividade do Ministério Público. Caso contrário, ou seja, “(...) ao se permitir que o juiz altere o teor da acusação, na verdade o que ocorre é que se admite que o juiz resolva a substância do direito da parte que não lhe pertence”. Mais que isto, a intervenção judicial, neste caso, prejudica também a defesa, desestabilizando o próprio jogo, já que “um contraditório porventura instaurado nestes termos é irreal, pois não há reação possível se o ato de conformação da acusação não parte do adversário, mas do julgador, ou de outra maneira, se o julgador se transforma em adversário”.¹⁰

Atenta Geraldo Prado para o fato de que tanto em relação aos poderes instrutórios do julgador quanto aos de alteração do conteúdo acusatório (*mutatio libelli*), “a ordem jurídica procura enquadrar as funções do Ministério Público, que é olhado com desconfiança, como seus membros não pudessem ser dotados de liberdade para agir em defesa da sociedade. É preciso, segundo a lógica inquisitorial que preside estes institutos (artigos 156, parte final, e 384 do Código de Processo Penal), transformar o juiz em fiscal do Ministério Público”.¹¹

⁹ Posição de Geraldo Prado no mesmo sentido de Santiago Martínez (*Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 116).

¹⁰ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 147.

¹¹ Idem, *ibidem*, p. 193.

A utilização, pelos juízes, de faculdades exclusivas do órgão acusador e esta “fiscalização” parecem refletir a impossibilidade de o Poder Judiciário se descolar da cultura punitiva constantemente reproduzida em suas decisões. Outra alternativa – que não parece ser o caso – é a que supõe a incompetência dos agentes ministeriais para formular a acusação ou angariar provas de suas alegações, em última análise, subestimando sua capacidade de acusar. Ora, os promotores são selecionados, assim como os juízes, por concurso público e dispõem de apoio institucional sólido, por meio de núcleos que os auxiliam na coleta de material fático e jurídico para o caso em que estão atuando. Além disso, a instituição possui orçamento próprio; portanto, condições de dispor de infra-estrutura e pessoal qualificado para empreender as tarefas que lhe foram atribuídas constitucionalmente. Em contrapartida, se, por um lado, o direito de acusar é somente do órgão acusador, por outro é, em última análise, o único direito que detém, de forma que a negociação da pena ou sua dosimetria são manifestações do poder punitivo estatal, em nada podendo interferir.¹²

Com isso, pode-se afirmar que o Ministério Público tem condições de bem desempenhar seu papel de parte. O agente ministerial que atua no feito não só tem o encargo de desconstruir a presunção de inocência, como a faculdade de fazê-lo sob os argumentos que reputar mais convenientes, inclusive independentemente do posicionamento dos demais colegas da instituição, posto que é garantida àquele a autonomia funcional. A tese acusatória é – e deve ser – parcial, acompanhada da utilização de todos os mecanismos processualmente válidos para provocar a decisão judicial no sentido de suas ponderações. Esta conclusão é, contudo, incompatível com a crença da imparcialidade do órgão

¹² LOPES JUNIOR, Aury. (Re)discutindo o objeto do processo penal com Jaime Guasp e James Goldschmidt. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 10, n. 39, jul-set. 2002, p. 103-124, p. 119.

acusador, sob pena de se incorrer no mesmo erro do processo inquisitivo.¹³

Creditar ao Ministério Público a função de *custos legis* não é garantir que o processo e a atividade judicial sejam fiscalizados e, portanto, que se acentue o controle do arbítrio do poder punitivo estatal. Ao contrário, “a suposta função de ‘fiscal da lei’, que, além de dar ao Ministério Público uma capa de ‘imparcialidade’, dá a ele também concretas oportunidades de intervir no processo superiores às da Defesa, nitidamente vulnera o princípio da chamada paridade de armas”.¹⁴ Assim, em vez de se proteger o acusado ampliando o rol de garantias, se está reduzindo suas possibilidades de defesa diante de um opositor que a cada momento se fortalece.

A função de fiscal da lei que lhe é atribuída só é compatível com o papel que desempenha na jurisdição civil e, mesmo naquela esfera, quando não for autor da ação. Tão inviável quanto pensar em uma defesa imparcial – e nada há de pejorativo nisto – é visualizar uma acusação sob este prisma. Ambas as partes processuais desejam e jogam para que prepondere sua versão. Não podem, portanto, despir-se de sua parcialidade para avaliar equitativamente a cena processual. Aliás, se isto fosse possível, as decisões judiciais deveriam ser meramente homologatórias das manifestações ministeriais desinteressadas desde o oferecimento da denúncia. Maier, ao refletir sobre o órgão acusador, afirma que “[...] cuando se concibe como ‘custodio o guardián de la

¹³ “Esta exigencia de imparcialidad, dirigida a una parte acusadora, cae en el mismo error psicológico que ha desacreditado al proceso inquisitivo” (GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso*: problemas jurídicos y políticos del proceso penal. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, [s.d.], p. 51).

¹⁴ CASARA, Rubens R. R.; KARAM, Maria Lúcia. Redefinição cênica das salas de audiência e de sessão nos tribunais. *Revista de Estudos Criminais*, Sapucaia do Sul, ano 4, n. 19, 2005, p. 126.

ley', resulta difícil sostener alguna diferencia con la actividad que cumplen los jueces, desde el punto de vista material, tanto en la posición institucional que debe tener el ministerio publico, como en su organización interna. Quien así concibe al ministerio público sólo puede hallar distinciones formales, entre la función que cumplen los funcionarios de la fiscalía y los jueces, en el sentido de que, por razones vinculadas a asegurar la defensa en juicio y la imparcialidad de los jueces que juzcan [...], y, por ende, a acerca el procedimiento estatal para aplicar una pena – sólo formalmente – al procedimiento de características acusatorias, resulta necesario superar las funciones de 'decidir' y de 'perseguir', acordando para ello distinto valor procesal a los dictámenes sobre el caso de los jueces (resoluciones o decisiones jurisdiccionales) y de los funcionarios del ministerio publico (requisitorias a los jueces)".¹⁵

O Ministério Público, no seu surgimento, contribuiu para que o acusado firmasse posição de sujeito processual. Assim, confirmar sua parcialidade é atestar, ainda mais, essa condição e, assim, possibilitar o efetivo exercício do direito de defesa. Aliás, o Ministério Público está devidamente aparelhado para comprovar as teses alegadas e justificar uma sentença favorável praticando atos comissivos.

O acusador pode eleger a inatividade processual como estratégia de jogo. A sua não-atuação, assim como a do acusado e de seu defensor, só pode ser considerada quando, no curso da instrução, tiver ciência de que poderia agir e, voluntariamente, abdica desta oportunidade. Assim, "só se poderá falar em inatividade se tiver havido *efetiva comunicação* ao sujeito processual acerca da *existência do processo e da atividade processual que dele se espera ou a ele se faculta*, tal como se depreende da regra inserida

¹⁵ MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal: parte general*; sujetos procesales. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003. v. 2, p. 320.

no art. 798, § 5.º, do CPP”, sendo indispensável, pois, a intimação ou notificação do agente ministerial.¹⁶

O Ministério Público, responsável pelo primeiro movimento processual – a denúncia –, deve, em regra, manter sua posição atuante no curso do processo, sendo poucas as ocasiões em que pode optar pela inatividade. Pelo princípio da indisponibilidade da ação penal, uma vez iniciada, é vedado ao acusador desistir. Ainda que altere sua percepção inicial que ensejou o oferecimento da denúncia, o agente ministerial deve participar do jogo até as alegações finais para – então – postular a absolvição do acusado e, sendo julgada improcedente a ação penal, deixar transcorrer o prazo recursal sem interposição de apelo.

Evidente que, estando o acusador convencido da inocência do acusado já no curso da instrução, torna-se desnecessário se empenhar na coleta de material que fundamente um juízo condenatório, podendo-se adotar algumas estratégias, tais como a de desistir da inquirição de testemunha não-localizada; não formular perguntas às testemunhas arroladas na inicial; manifestar desinteresse na realização de perícia técnica anteriormente postulada etc. Não está autorizada, contudo, a inércia do Ministério Público quando convencido da culpa do réu, eis que tem a obrigação legal de atuar, posto que lhe incumbe a tarefa de demonstrar sua versão e – como parte que é – deve fazê-lo no tempo previsto nas leis processuais para suas intervenções, inclusive sua atuação intempestiva deve ser considerada como omissão.

¹⁶ DELMANTO JUNIOR, Roberto. *Inatividade no processo penal*. São Paulo: RT, 2004. p. 240-241.

2.1.2 Atuação do acusado e a presunção de inocência

"Depois quis saber se eu já escolhera um advogado. Admiti que não, e perguntei-lhe se era absolutamente necessário ter um advogado. 'Por quê?' – perguntou ele. Respondi que achava o meu caso muito simples. Sorriu, ao dizer: – 'É uma opinião. No entanto, a lei existe. Se o senhor não escolher um advogado, nomearemos um defensor público'. Achei que era muito cômodo a justiça encarregar-se desses pormenores. Disse-lhe isto. Concordeu comigo e concluiu que a lei era bem-feita." –CAMUS.

Como forma de resistência à atuação do acusador, a participação do acusado no jogo processual está necessariamente atrelada à de seu advogado. Aliado à autodefesa, o instrumento de que o acusado dispõe para traçar suas estratégias é a assistência irrenunciável de um defensor. A irrenunciabilidade da defesa técnica não exclui o direito do acusado de escolher o profissional que lhe acompanhará e, no caso de teses conflitantes entre co-réus, o patrocínio das defesas por advogados distintos, já que lhes é imposto dever de lealdade.¹⁷

A obrigatoriedade do acompanhamento técnico está relacionada à preocupação de que o denunciado jogue bem, ou seja, que esteja em condições de pleitear um resultado que o favoreça. Mais, é conferir paridade de armas, ou seja, a igualdade de "condições probatórias" entre o acusador e o imputado que, não há dúvidas, deve começar pela formação jurídica.¹⁸ Aliás, é o que constata Garapon ao observar que "o ritual judiciário perfila a personagem do acusado em contraponto aos actores profissionais; é um homem só, posto a nu e ignorante, mas ainda assim uma personagem central", alertando que "seria errado pensar que o acusado não tem papel: todo o ritual é organizado para lhe ditar um papel que

¹⁷ MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal: parte general*; sujetos procesales. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003. v. 2, p. 278.

¹⁸ Idem, *ibidem*, p. 265.

centando que o advogado está ligado ao acusado pelo dever de lealdade, que consiste em se abster de atuações prejudiciais ao réu e em realizar atos que o beneficiem. Isto inclui o dever de reserva sobre as informações fornecidas pelo imputado ao seu defensor quando possam representar prejuízo no teor da decisão judicial. Obviamente, este dever compreende todos os dados, ainda que não tenham sido revelados diretamente pelo acusado.²³

A participação efetiva do advogado abarca sua inércia, ou seja, participar efetivamente pode significar se omitir de determinadas ações. A inatividade da defesa técnica; no entanto, deve ser considerada com muita cautela. A inércia justificada por uma estratégia defensiva deve ser respeitada, inclusive porque compatível com a presunção de inocência. Por outro lado, a não-atuação decorrente de uma defesa displicente deve ser rechaçada, especialmente pelo julgador, que pode declarar a nulidade do processo e/ou desconstituir o defensor diante da ausência de defesa.

Qualquer interferência neste sentido somente é possível como garantia à ampla defesa, pois se como árbitro o juiz não pode interferir nas teses defensivas, como garantidor não pode pactuar com atuações negligentes.²⁴ Não é pertinente, portanto, a avaliação do juiz sobre a indispensabilidade de determinada prova, sob pena de adentrar em uma seara exclusiva das partes.

²³ MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal: parte general*; sujetos procesales. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003. v. 2, p. 273-277.

²⁴ Da mesma forma, não pode mensurar sua prescindibilidade, o que ocorre, por exemplo, quando indefere perícia técnica ou encerra a instrução antes do retorno de todas as cartas precatórias, como faculta o artigo 222 do Código de Processo Penal. Ao contrário, a função de garante consiste em assegurar ao réu uma defesa técnica de qualidade, condição de possibilidade de uma disputa equilibrada entre as partes.

O papel do advogado não é anular a autodefesa, mas densificá-la. A estratégia defensiva deve ser construída em conjunto, evidentemente sob a orientação daquele que dispõe de conhecimento técnico-jurídico para tanto. O contato prévio entre o defensor e o acusado, especialmente antes do interrogatório, não é um mecanismo adotado para tranquilizar este último, mas inteirá-lo (informá-lo) dos fatos que lhe são imputados, das sanções correspondentes, do procedimento processual penal adotado, das armas de que podem dispor, das estratégias possíveis e das conseqüências (se previsíveis) que poderão advir ou que jamais poderão decorrer de sua conduta processual.

No processo penal, não basta, portanto, retirar o acusado da posição de objeto processual, se não lhe é conferido, satisfatoriamente, o *status* de sujeito processual. Este reconhecimento lhe dá, inclusive, a partir dos esclarecimentos da defesa técnica, a autonomia para decidir não participar ativamente do jogo, ou seja, para abdicar da produção de provas, com guarida no princípio da presunção de inocência.²⁵ O silêncio pode, pois, ser a arma mais poderosa à disposição do acusado e, em contrapartida, a mais perigosa.

A presunção de inocência está associada a dois significados garantistas, quais sejam, como regra de tratamento do

²⁵ “Como o processo de cognição é, em essência, um campo de diálogo direcionado à resolução de uma dúvida sobre o caso penal objeto de análise, e face à impossibilidade de se determinar *ex ante*, ou seja, fora do devido processo legal, a culpabilidade do autor, pressupõe-se a inocência. Desta feita, aos sujeitos processuais é constitucionalmente imposto um dever de aceitar uma proposição (o réu é inocente), até que este *status* (inocência) seja bloqueado ou destruído pelo mecanismo de contraditoriedade probatória. Se a prova inexistente, não é substancial ou não é passível de refutabilidade empírica, mantém-se o *status* inicial” (CARVALHO, Salo de. As presunções no direito processual penal (Estudo preliminar do ‘estado de flagrância’ na legislação brasileira). In: CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo. *Reformas penais em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 174).

imputado, o que exclui ou, ao menos, restringe ao máximo a limitação da liberdade pessoal antes da sentença condenatória transitada em julgado, e regra de juízo que impõe à acusação a carga probatória até a absolvição em caso de dúvida.²⁶ Este último dispensa o acusado do dever de produzir provas: a culpa (e não a inocência) deve ser provada e o sujeito incumbido desta tarefa é o acusador. Ora, “si la jurisdicción es la actividad necesaria para obtener la prueba de que un sujeto ha cometido un delito, hasta que esa prueba no se produzca mediante un juicio regular, ningún delito puede considerarse cometido e ningún sujeto puede ser considerado culpable ni sometido a pena. En este sentido el principio de jurisdiccionalidad – al exigir en su sentido lato que no exista culpa sin juicio (axioma 7), y en sentido estricto que no haya juicio sin que la acusación sea sometida a prueba e refutación (tesis T63) – postula la presunción de inocencia de imputado hasta prueba en contrario sancionada por la sentencia definitiva de condena”.²⁷

A proteção decorrente do seu *status* dispensa o acusado de fazer provas de sua inocência. Entretanto, se, por um lado, o risco é inerente ao jogo; por outro, é potencializado quando opta por não efetuar jogadas estratégicas. Dentro da perspectiva do processo como situação jurídica, se entender pertinente, a defesa poderá aportar ao processo elementos probatórios, desde que sejam compatíveis com suas táticas de jogo – tese defensiva. Neste caso, há carga processual, tal como denomina Goldschmidt, como meio para inviabilizar uma sentença desfavorável.

Qualquer atuação da defesa técnica e do acusado no sentido de produzir provas da inocência decorre unicamente de seu interesse, pois tem o ônus de se defender, nunca a obrigação. Na instrução probatória, assim como durante todo

²⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1997. p. 551.

²⁷ Idem, *ibidem*, p. 549.

o processo, o réu pode optar pela inatividade. Seu silêncio tem diferentes contornos, como o de não estar fisicamente presente nos atos processuais (interrogatório, perícia, inquirição de testemunhas), permanecer calado quando inquirido na polícia ou em juízo, não participar de reconhecimento pessoal, recusar-se a intervir na reconstituição do crime, não anuir ser objeto de perícia técnica (grafotécnica, tóxicodependência, embriaguez, detector de mentiras etc.).

A inatividade do réu é distinta da inatividade de seu defensor, ou seja, a primeira não exclui ou dispensa esta última, já que o silêncio do réu não importa prejuízo e o do defensor caracteriza a preclusão. Ao contrário, a defesa técnica é obrigatória no processo penal e deve estar presente em todos os atos processuais.²⁸ O advogado, como salienta Delmanto, é mais que um assistente técnico, ele postula em nome do acusado, representando-o.²⁹ Quando permanece inativo, o acusado está protegido pela presunção de inocência, razão pela qual não pode, de forma alguma, sofrer conseqüências processuais. Sua inatividade é compatível com a teoria da situação jurídica, porque, ao contrário de uma sanção processual, arcará com o risco de uma sentença desfavorável, o que é inerente ao próprio jogo processual e não está afastado mesmo quando o acusado participa ativamente.

É importante destacar ainda que o silêncio do réu não o impossibilita de conhecer o teor da acusação, bem como todas as provas contra ele produzidas. Não retira, também, a opção para, a qualquer tempo, voltar a participar do processo.³⁰ A

²⁸ Se o acusado não indica defensor, lhe é nomeado defensor público, e se houver defensor constituído e este não comparecer a algum ato processual ou deixar de cumprir prazo fundamental para a defesa, o juiz nomeia defensor *ad hoc*.

²⁹ DELMANTO JUNIOR, Roberto. *Inatividade no processo penal*. São Paulo: RT, 2004. p. 197.

³⁰ Para Delmanto não há contumácia ou revelia no direito processual penal brasileiro, justificando que “com a atual redação do art. 366 e ss do CPP, toda e qualquer falta de comparecimento do acusado aos atos

ausência ou inação do réu deve, contudo, resultar de uma escolha ponderada entre este e seu defensor técnico. A inatividade não pode, pois, resultar do desconhecimento do acusado de que poderia integrar a formação da prova ou da falha do defensor em criar alternativas de participação.

Dentre as oportunidades de exercício da defesa, o interrogatório assume significativa importância, permanecendo o réu em silêncio ou não, pois é o momento processual em que o denunciado anuncia seu plano de jogo. Embora as táticas adotadas se tornem evidentes no curso da instrução, aquele ato é, desde logo, um meio de defesa e não de prova.³¹ Aliás, como afirma Ferrajoli, o interrogatório é o principal meio de defesa e tem a única função de dar materialmente vida ao juízo contraditório, permitindo ao imputado refutar a acusação ou aduzir argumentos para se justificar.³²

do processo – desde que a ele tenha sido dado efetivo e real conhecimento acerca de sua existência sendo-lhe assegurada a mais ampla possibilidade de comparecer não o fazendo por decisão própria –, inclusive à sessão de julgamento pelo Tribunal do Júri, configurará *simples ausência pessoal*, nada mais, estando ele devidamente representado pelo seu defensor” (*Inatividade no processo penal*. São Paulo: RT, 2004. p. 202).

³¹ Para Julio Maier “[...] la declaración del imputado es antes un ‘medio de defensa material’ que un ‘medio de prueba’; nadie ignora que puede contener indicaciones sobre la prueba e, incluso, contener ella misma la verificación de algún extremo importante para la imputación (en caso de confesión, por ejemplo), pero las facultades y garantías que la rodean, rigurosas y múltiples, intentan conceder la posibilidad de resistir la imputación que le es dirigida, que el imputado utiliza a voluntad (incluso cuando decide callar: ‘nemo tenetur’)”. (*Derecho procesal penal*: parte general; sujetos procesales. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003. v. 2, p. 257). No mesmo sentido, conferir Amilton Bueno de Carvalho (Nós, juízes, inquisidores (ou da não-presença do advogado no interrogatório). In: BONATO, Gilson (org.). *Direito penal e processual penal*: uma visão garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 1-10).

³² FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*: teoría del garantismo penal. Madri: Trotta, 1997. p. 608.

Diante da impossibilidade de exclusão do direito à defesa técnica ante as conquistas democráticas, opera-se sua redução explícita ou velada, com os mais diferentes argumentos, muitos deles revestidos de “boas intenções”. De igual modo, observa-se a restrição do direito de fala ou de escuta do acusado. Um motivo usualmente apontado para tais violações é o de que a defesa constitui óbice à celeridade processual, encobrendo outras questões, como detecta Alexandre da Rosa, ao observar que “a filiação ingênua ao discurso efficientista – do consumidor – no campo do Processo Penal se dá fundamentalmente na restrição à defesa, reificando o papel *Inquisidor* do Poder Judiciário, tudo com o *slogan* do ‘abuso do direito de defesa’ e das ‘manobras dos advogados sem ética’. Para além deste discurso de ‘aprendiz de feiticeiro’ acoplado por muitos, escondem-se interesses inconfessáveis de ‘Defesa Social’ orquestrados por movimentos conservadores. Desconsidera-se, por exemplo, a existência de ‘espaços mortos’ nos procedimentos, como a dificuldade material e de pessoal, bem assim como os longos períodos entre uma audiência e outra diante da inviabilidade de pauta – o processo aguarda em berço esplêndido: escaninho –, e o mais grave, acredita-se ainda que o papel do Juiz, neste novo modelo *efficientista*, é o da ‘boca repetidora da lei’, mediante raciocínios lógico-dedutivos, mesmo que se saiba – e se esconda que a endeusada premissa maior – a lei – não pode ser mais tomada como verdade absoluta, porque o rigor semântico feneceu”.³³

Outro aspecto importante a ser considerado é a necessidade de se discutir se a defesa está ou não em condições substanciais de contrapor a tese acusatória. É inegável o desequilíbrio processual decorrente da hipossuficiência do

³³ ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão no processo penal como ‘bricolage’ de significantes*. 430 p. Tese. (Doutorado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004, p. 229.

rêu diante do poder punitivo estatal e de toda a estrutura judicial construída para legitimar a punição. Para tanto, o processo é permeado de garantias na tentativa de se alcançar um equilíbrio, ou ao menos manter um desequilíbrio razoável entre as partes.

Há que se reconhecer, porém, que “não existe de um lado os que têm o poder e de outro aqueles que se encontram dele alijados. Rigorosamente falando, o poder não existe; existem sim práticas ou relações de poder”.³⁴ Assim como no tecido social, em que as relações de poder estão dissolvidas, no processo penal o julgador não ocupa com exclusividade todos os espaços, ainda que tenha um local privilegiado e significativamente mais amplo do que é dado aos demais sujeitos processuais. No entanto, há que se reconhecer que, na maioria das situações processuais, o acusado está de alguma forma impotente diante do Estado, pois, como descreve Garapon, “um arguido que entre directamente numa sala de audiências sente de alguma forma o mesmo que um actor quando entra em palco: está toda a gente ali, talvez a família, os amigos, mas não há tempo para ver ninguém. O arguido é acometido pelo medo da mesma forma que o actor sente o medo do palco. Chegado à sala de audiências, retiram-lhe evidentemente as algemas, mas a coerção de todo aquele quadro como que o volta a algemar. O arguido sabe que se encontra no território da justiça, em terreno hostil. Está numa situação angustiante, que o priva de uma parte de seus recursos”.³⁵

O jogo processual só pode ser reconhecido como acusatório quando o acusado é respeitado como participante (jogador) e não como objeto das jogadas. Sua participação

³⁴ MACHADO, Roberto. Por uma genealogia do poder. In: FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 11. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1993. p. XIV.

³⁵ GARAPON, Antoine. *Bem julgar: ensaio sobre o ritual judiciário*. Lisboa: Instituto Piaget, [s.d.]. p. 50.

torna-se o exercício do seu direito de se defender. Em caso contrário, ou seja, ao se abdicar da defesa, está-se, por uma via indireta, anuindo com processo inquisitivo. Negar ao acusado o papel de sujeito processual é também dispensar o Ministério Público de suas atribuições, restando ao julgador as atividades de persecução e julgamento. Como no sistema inquisitório, a defesa se torna dispensável, pois, se o acusado é inocente, assim será determinado pelo inquisidor e, se é culpado, não merece defesa, e a descentralização dos poderes estatais, em matéria penal, torna-se inútil e ilusória: onde não existe a necessidade de defesa, nem a possibilidade de se defender, e a decisão se adota sem debate prévio, tampouco se precisa de um acusador.³⁶

2.1.3 A vítima: o sujeito fora da jogada

Quando o Estado passou a integrar o jogo processual, apropriando-se do direito de punir, a vítima foi destituída do papel de jogadora principal. Mais especificamente, como ensina Julio Maier, a Inquisição retirou da vítima a permissão para impulsionar a ação penal pública e desconsiderou sua vontade para promover persecução penal. O sistema penal tornou-se um instrumento de controle estatal direto sobre os súditos, não sendo mais relevante o dano produzido (restituição do *status quo ante* ou compensação do dano sofrido) pelo ofendido.³⁷

A exclusão da vítima do processo penal não está entre heranças inquisitórias que se necessita recusar, já que “o sujeito envolvido no conflito, no caso o ofendido, não tem ‘capacidade de sublimação’, qual seja de sair do próprio

³⁶ MAIER, Julio. *El Ministerio Público: un adolescente?* (org.). *El Ministerio Publico en el proceso penal*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1993.

³⁷ Idem. *Derecho procesal penal: parte general; sujetos procesales*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003. v. 2, p. 583.

conflito e, ao observá-lo, desde fora, avaliar imparcialmente a resposta adequada".³⁸ Neste particular o Estado tem a incumbência de tornar a solução do caso proporcional e razoável, tentando evitar, ao máximo, juízos arbitrários e apaixonados.

Este afastamento é, contudo, parcial, já que a vítima pode integrar o processo na qualidade de autora de queixa-crime, de informante na instrução e de assistente da acusação. Dar início a uma ação penal privada ou, em se tratando de ação penal pública, figurar no processo como assistente da acusação é uma opção da vítima, e sua inatividade pode resultar muitas vezes de seu desconhecimento. Contudo, como lembra Maier, a vítima não pode se liberar por completo do processo; em que pese o Estado tenha expropriado o seu direito, continuará participando como informante.³⁹

Quando se tratar de assistência, a participação está autorizada e restrita à obtenção de título executivo judicial, para o fim de ter ressarcidos os prejuízos advindos do delito. Nas ações penais públicas, o ofendido ou, na sua falta, o cônjuge, ascendente, descendente ou irmão, liquidatário ou credores, podem intervir como assistentes do Ministério Público, que continua figurando como órgão acusatório.⁴⁰ Especialmente no que diz respeito à formação da prova, a participação da vítima ocorre por meio da assistência da acusação ou do depoimento em juízo sem prestar compromisso. No primeiro caso, o assessoramento prestado pela vítima ao Ministério Público é intermediado por seu procurador. Todavia, sua atividade está limitada e, de certa forma,

³⁸ CARVALHO, Salo de. As reformas parciais no processo penal brasileiro. In: CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo. *Reformas penais em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 113.

³⁹ MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal*: parte general; sujetos procesales. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003. v. 2, p. 630.

⁴⁰ Artigos 268, 31 e 506 do Código de Processo Penal.

subordinada à atuação do órgão oficial, tanto que seu ingresso no processo requer prévia manifestação do agente ministerial.

A partir da sua admissão como assistente, torna-se necessária sua participação ativa, e se, cientificado, deixar de comparecer aos atos processuais, não receberá mais intimações das movimentações processuais. Sua interferência poderá ser na reconstituição do crime, no requerimento de perícia técnica e/ou formulação dos quesitos aos peritos, na acareação, no questionamento das testemunhas em audiência, na juntada de prova documental, no aditar o libelo e as peças processuais, na participação dos debates orais, no apresentar razões quando o Ministério Público tiver recorrido etc.

Nas ações penais públicas, a vítima não participa do esboço da estratégia acusatória, mas, ao comparecer em juízo fornece, por meio de seu depoimento ou da assistência, elementos que podem influenciar na direção tomada pelas provas carreadas aos autos. Em regra está ratificando as teses acusatórias, mas não há qualquer controle e garantia de que suas declarações corroborem os argumentos ministeriais.

A própria vítima poderá requerer que sua participação no jogo se dê de forma excepcional, como, nos casos em que se sentir intimidada pelo acusado, prestar depoimento sem sua presença, ou, sentindo-se ameaçada, ser incluída no programa governamental de proteção às testemunhas. A primeira situação enseja algumas reflexões no sentido de, em um processo acusatório, o acusado conhecer aquele que lhe imputa a prática de determinado delito. O segundo caso, contudo, reflete a fragilidade e o desamparo em que a vítima pode se encontrar. Daí por que imprescindível que a atenção estatal se volte para a vítima, não na esfera processual penal, conferindo mais poderes acusatórios, mas disponibilizando meios de elaborar sua dor e contornar os prejuízos econômicos sofridos. É nesse sentido a advertência de Salo de Carvalho, ao afirmar que “não se pode, portanto, confundir o escopo de garantia dos direitos individuais do réu no

processo penal com o interesse social de proteção à vítima. Muito menos intentar realizar justiça social via processo penal". E complementa, esclarecendo que a garantia do réu é operada processualmente e centra-se na sua proteção contra a autotutela e contra o abuso de poder, seja público ou privado, e, ainda, na proteção da vítima, por meio da administração pública, consistindo em uma forma de prestação estatal positiva.⁴¹

O que se observa na cena processual contemporânea, ou melhor, nas reformas legislativas atuais, é o retorno da vítima ao jogo. Se já nociva a participação da vítima no processo, voltada para a indenização cível, posto que poderia ser assegurada naquela esfera a reparação do dano, a sua intervenção, na prática, não está dirigida tão-só à constituição do título executivo, mas vingar a lesão sofrida, o que é justificável, pela sua incapacidade de distanciamento e racionalização, como já referido. A implicação prejudicial deste direcionamento é que contribui para reforçar a acusação e, conseqüentemente, dar-lhe mais armas do que aquelas das quais a defesa dispõe. Ou seja, agrava-se a situação do acusado que é contemplado com um duplo acusador.

⁴¹ CARVALHO, Salo de. As reformas parciais no processo penal brasileiro. In: CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo. *Reformas penais em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 117.

SUMÁRIO: 3.1 As jogadas possíveis na apreciação da prova – 3.2 A subjetividade no final da partida – 3.3 O garantismo em jogo – 3.4 Placar final: a eleição de um relato possível.

3.1 AS JOGADAS POSSÍVEIS NA APRECIAÇÃO DA PROVA

"Vale o tanto quanto lavras a utilidade das palavras."

— NEI LISBOA.

A produção da prova é dirigida pelos interesses parciais da acusação e defesa, sem que exista, porém, total controle das partes sobre o teor do material produzido. Esta imprevisibilidade alcança a apreciação que será feita pelo juiz deste conjunto probatório, assim como quais as provas produzidas serão invocadas para embasar o juízo condenatório ou absolutório. A imponderabilidade da decisão e da justificação decorre, em parte, do livre convencimento do julgador na valoração da prova.¹

¹ Explica Antônio Magalhães Gomes Filho que, "nas *provas legais*, a função do julgador diante das provas era de mera constatação de sua existência e, em seguida, de dedução de seu valor para a decisão, segundo os parâmetros anteriormente fixados pelo legislador; ao

Na legislação processual penal brasileira, inexistiu o tarifamento formal das provas, ou seja, os elementos probatórios não têm seus valores previamente instituídos, não estando, porém, o julgador desobrigado de fundamentar suas ponderações. O sistema de provas legais serviu para legitimar a atuação arbitrária dos julgadores que, convencidos da culpa do acusado, buscavam, inclusive por meio da tortura, as provas suficientes para condenar.

A substituição deste sistema, em especial nos códigos a partir da Revolução Francesa, em tese, diminuiu as atuações arbitrárias, creditando maior liberdade ao julgador na valoração da prova desde que racionalmente justificada. Contudo, sob a máscara da racionalidade, o julgador permaneceu manipulando os elementos probatórios para legitimar sua decisão, na maioria das vezes, sob o invólucro da verdade. Observa Cordero que é a cultura inquisitiva desta ilimitada busca pela verdade que permanece inspirando o abuso da livre convicção.² Não se pode negar, entretanto, que a desvinculação ao tarifamento legal representa uma minimização da violência do Estado, especialmente física, já que a confissão foi destituída do local de destaque que ocupava no processo inquisitório, tornando irrelevante a tortura para o fim de obtê-la.

O principal mecanismo de controle quando a decisão está pautada pela livre apreciação das provas é a obrigatoriedade de fundamentar os atos judiciais, especialmente os condenatórios. Assim, “faz-se de conta que a subjetividade não existe, ou melhor, sua existência, quando admitida, encontra

contrário, na *intima convicção* e no *livre convencimento*, a tarefa de apreciar as provas investe o agente de amplos poderes de crítica e seleção do material probatório, para dele extrair seu julgamento sobre os fatos”. E acrescenta: “*livre convencimento* é, sobretudo, convicção *fundamentada*, ou seja, convencimento *transparente*, justificado perante as partes e a sociedade” (*Direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1997. p. 161-163).

² CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 2000. p. 36, t. II.

total controle no livre convencimento”.³ Em que pese a severa exigência de motivação e a possibilidade de se recorrer das sentenças penais, permanece uma esfera irreduzível de manobra da prova, ainda que realizada de forma não consciente ou premeditada pelo julgador. Muitas vezes, precisar os motivos decisórios configura-se uma incumbência quase inviável ao próprio magistrado.

Em geral, o conjunto probatório comporta, no mínimo, duas leituras, tanto que, na maioria dos casos penais, as alegações do Ministério Público se opõem às da defesa e ambas se coadunam com a prova colhida e com o direito válido. A decisão judicial é, pois, sempre uma opção entre ambas, independentemente da forma como estiver estruturada a avaliação da prova (íntima convicção, livre convencimento ou prova legal). O momento da escolha não está reservado àquele no qual o juiz profere a sentença, ocorrendo, em muitos casos, antes do término da instrução probatória.⁴

Ainda que identifique os motivos decisórios, nem sempre o juiz poderá indicá-los e, nestes casos, imuniza sua escolha conforme os meios de que dispõe em cada sistema, incorporando argumentos racionais ancorados na prova produzida e no direito válido para o caso em julgamento.⁵ Este

³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá Editora, 1998. p. 139.

⁴ Quando a decisão condenatória ou absolutória é tomada no início do processo, não é incomum o julgador tornar a instrução probatória um esforço de leitura para confirmar seu juízo. Além disso, todas suas decisões interlocutórias estão repletas das suas considerações iniciais sobre a culpabilidade ou inocência do réu.

⁵ Neste sentido afirma Jacinto Coutinho que “pelo princípio do livre convencimento, basta a imunização da sentença com requisitos retóricos bem trabalhados e o magistrado decide da forma que quiser, sempre em nome da ‘segurança jurídica’, da ‘verdade’ e tantos outros conceitos substancialmente vagos, indeterminados” (O papel do novo juiz no processo penal. In: ———. (Coord.). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 6).

procedimento não obsta a reforma da decisão atacada por meio de recurso de apelo, mas inviabiliza críticas de que seu ato é autoritário ou arbitrário.

A possibilidade de opção prévia e justificativa posterior não está afastada no sistema acusatório. Obviamente, esta situação é facilitada no inquisitório em que o juiz pode “decidir antes e, depois, buscar, quiçá obsessivamente, a prova necessária para justificar a decisão,”⁶ e, quando vinculado ao sistema de prova tarifada, há um agravamento, pois “los jueces tienen manos libres, pero fingen hacer cálculos”.⁷ Sob outro rótulo, no sistema acusatório orientado pelo livre convencimento, ocorre o mesmo, em que a prova é “avaliada livremente, mas resta a obrigatoriedade de fundamentar as decisões. Se assim o é, a sua saída está em, pelas palavras, dar conta da escolha, imunizando-a contra possíveis críticas [...]. A explicação aqui é ótima, mas remete para dois problemas essenciais e quase intransponíveis: 1.º, confirma que a segurança do jurisdicionado se vai, consumida pela retórica de uma decisão que manipula as palavras para forjar uma aparência: decide-se o que quiser, desde que se tenha um bom jogo de palavras; 2.º, não resolve o problema do próprio juiz, que justifica a escolha para os

⁶ Ainda, Jacinto Coutinho destaca que “o mais importante, contudo, ao sistema acusatório – é bom que se diga desde logo, é que da maneira como foi estruturado não deixa muito espaço para que o juiz desenvolva aquilo que Cordero, com razão, chamou de ‘quadro mental paranóico’, em face de não ser, por excelência, o *gestor da prova*, pois, quando o é, tem, quase que por definição, a possibilidade de decidir antes e, depois, sair em busca do material probatório suficiente para confirmar a ‘sua’ versão, isto é, o sistema legitima a *possibilidade da crença no imaginário*, o qual toma como verdadeiro” (O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 25 e 32).

⁷ CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 2000. p. 29, t. II.

outros, mas não para si mesmo porque, quando muito, sublima, *fazendo-se pagar pelo gozo*".⁸

A opção do julgador nem sempre é diretamente relacionada ao fato narrado na denúncia. Como exemplifica Nilo Brum, o magistrado pode condenar por influência dos antecedentes criminais, pela repugnância que determinado delito lhe causa, da mesma forma que pode absolver pela situação econômica ou nível de instrução do acusado, ou mesmo porque entende que o fato imputado não deveria estar previsto como delito. Contudo, não pode explicitar tais razões ao sentenciar. Recorre então ao conjunto probatório ou à interpretação da lei, especialmente aos argumentos fáticos, pois a produção da prova ocorre no primeiro grau e o controle pelos tribunais é mais difícil. Não é por acaso que o fundamento mais usual das absolvições é o da insuficiência de provas, possibilitado pelo artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal.⁹

O autor constata que o magistrado, além das exigências formais dispostas na legislação processual penal, observa requisitos retóricos para justificar racionalmente suas escolhas.¹⁰ O primeiro requisito, ou o mais usual, é o da

⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao 'Verdade, dúvida e certeza' de Francesco Carnelutti para os Operadores do Direito. In: SÁNCHEZ RUBIO, David; HERRERA FLORES, Joaquín; CARVALHO, Salo de. *Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos (2001/2002)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 187.

⁹ BRUM, Nilo Bairros de. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: RT, 1980. p. 72.

¹⁰ Nilo Brum aponta outros quatro requisitos que permeiam as decisões judiciais. Considerando a temática desta monografia, o primeiro, qual seja a verossimilhança fática, é imprescindível o enfrentamento. Os demais consistem na legalidade, adequação axiológica e neutralidade. A relevância do requisito da legalidade, ou seja, a solução jurídica do caso reside no fato de que "qualquer que seja a decisão do juiz, deve ela parecer estar contida de uma forma na previsão do legislador ou, noutras palavras, deve ela apresentar-se como derivada da previsão legal. Mesmo que adote uma linha decisória totalmente inédita, o

verossimilhança fática. Ainda que a formação da prova seja conduzida por interesses antagônicos e, portanto, parciais, o juiz deverá eleger elementos probatórios para elaborar o relato sobre o material fático. Esta narrativa se tornará “verdadeira” se houver adesão das partes sem interposição de recurso, ou, caso contrário, for confirmada pelo tribunal. “Com o uso adequado deste instrumental tópico-retórico, o juiz exaltará o valor das provas que sustentam a versão que deseja fixar e desqualificará as provas (ou interpretação das provas) que respaldem as versões que deseja refutar.” Se por um lado não se pode atestar que a versão eleita é falsa, por outro, não se pode endossar sua veracidade.¹¹

Além do sistema da livre apreciação da prova, no processo penal brasileiro, vigora também o da íntima convicção nos casos em que incide o procedimento do Tribunal do Júri. Tratando-se, portanto, de julgamentos de crime doloso contra a vida, os juízes leigos estão constitucionalmente dispensados de apresentar os fundamentos fáticos e

órgão decisório deve sempre atuar deixando a sensação de ter agido legislativamente condicionado”. Assim, o juiz pode inovar, sem abalar a crença de que há segurança jurídica, especialmente porque a lei é sempre um instrumento de controle das decisões judiciais. A adequação axiológica como requisito retórico configura-se a dimensão mais complexa do ato decisório. “De um modo ou de outro, poder-se-á adequar retoricamente ou os valores comunitários à lei ou esta àqueles. No primeiro caso, procurará o juiz demonstrar que ‘os verdadeiros’ valores comunitários estão expressos na literalidade do texto legal; no segundo, decidirá conforme os valores comunitários emergentes, fazendo com que estes pareçam estar contidos no texto legal. O último requisito pode ser considerado a neutralidade judicial, ou seja, o argumento de que a decisão proferida resulta de uma apreciação isenta do caso penal, funcionando como suporte para a ilusão de previsibilidade e segurança jurídica, ancoradas na cientificidade e racionalidade, tão presentes no direito e no processo penal” (*Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: RT, 1980. p. 72-84).

¹¹ BRUM, Nilo Bairros de. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: RT, 1980. p. 77.

legais em que se sustenta sua decisão. Embora a legislação processual penal concilie estes dois sistemas, na prática, não ocorreu a exclusão por completo do (incompatível) sistema de provas legais. É facilmente perceptível que certas provas são substancialmente irrefutáveis pelas partes, tornando-se decisivas na solução do caso penal, como a perícia técnica e a confissão do acusado, por exemplo.

A relevância da prova pericial reflete a confiança depositada na ciência moderna, em especial na racionalidade e neutralidade que lhe são atribuídas. Assim, a sentença baseada no laudo pericial também partilha de sua cientificidade e imparcialidade pelo desprendimento dos peritos compromissados da parcialidade das teses da acusação e da defesa.

Ao firmar o laudo, o cientista anuncia a verdade sobre a problemática em torno da qual gravitam suas investigações. A prova técnica se constitui, portanto, como um local de saber; necessariamente, de poder, como já pontuado por Foucault.¹² A importância que desfruta a prova científica no processo penal nada mais é que a reprodução do *status* da verdade neste campo. Representa, ainda, o ideal de segurança jurídica com o qual os juristas não conseguem romper,¹³ esquecendo que “uma ciência da certeza é uma ciência em

¹² As reflexões foucaultianas são neste sentido, ou seja, “[...] saber e poder se implicam mutuamente: não há relação de poder sem constituição de um campo de saber, como também, reciprocamente, todo saber constitui novas relações de poder. Todo ponto de exercício do poder é ao mesmo tempo um lugar de formação de saber” (FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 11. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1993. p. XXII).

¹³ Foucault entende que “cada sociedade tem seu regime de verdade, sua ‘política geral’ de verdade: isto é, os tipos de discurso que ela acolhe e faz funcionar como verdadeiros; os mecanismos e as instâncias que permitem distinguir os enunciados verdadeiros dos falsos, a maneira como se sanciona uns e outros; as técnicas e os procedimentos que são valorizados para a obtenção da verdade; o estatuto daqueles que têm o encargo de dizer o que funciona como verdadeiro” (*Microfísica do poder*. 11. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1993. p. 12).

que o mundo é manipulável, à nossa vontade”.¹⁴ Além disso, a decisão baseada na prova pericial se torna um importante argumento para o juiz se eximir da responsabilidade de se assumir eleitor (não isento) de uma das teses apresentadas. Desfruta, assim, do privilégio de estar imunizado pela neutralidade científica, reconhecido desde a modernidade como um argumento infalível.

Como a perícia, a confissão não configura prova plena ou prova suficiente para o juízo condenatório. Possui, em tese, relevância na aplicação da pena, já que é uma das atenuantes previstas no direito penal brasileiro. Embora não esteja vinculado à confissão, dificilmente um julgador absolverá o réu confesso, se não estiver configurada a excludente da legítima defesa. A relevância dada à confissão no cotidiano forense reflete a permanência de um sistema inquisitório, no qual “[...] el inquisidor investiga, tratando de buscar signos del delito, y labora sobre los acusados, por, culpables o inocentes, saben todo lo que se requiere para decisiones perfectas; todo está en hacerselo decir. La prueba legal implica horizontes cerrados y conclusiones mecánicas”,¹⁵ aliviando, assim, o juiz do peso da escolha.

A perícia técnica e a confissão mostram-se mecanismos satisfatórios para encobrir a subjetividade ínsita ao conteúdo decisório. Entretanto, negá-la ou disfarçá-la é insuficiente para tornar a sentença uma operação lógica (silogística) da lei aos fatos. Por outro lado, exaltar incondicionalmente a subjetividade pode encobrir os riscos que se corre quando o *sentire* do julgador se torna motivação bastante para sustentar juízos autoritários (direito penal do autor) e embargados de preconceitos, e não um contrapeso aos “abusos da razão”.

¹⁴ PRIGOGINE, Ilya. O reencantamento do mundo. In: —; MORIN, Edgar. *A sociedade em busca de valores: para fugir à alternativa entre o ceptismo e o dogmatismo*. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. p. 236.

¹⁵ CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 2000. p. 29, t. II.

3.2 A SUBJETIVIDADE NO FINAL DA PARTIDA

*"Não se impaciente
O que a gente sente, sente
Ainda que não tente, afetará."* – GILBERTO GIL.

O Direito, estruturado como ciência moderna,¹⁶ continua aprisionando a subjetividade “ao mundo da ilusão, só o saber científico se revelando apto a expressar a verdade”.¹⁷ Ocorre que, ao solucionar o caso penal, o julgador não obedece a etapas lógicas. Ao contrário, a racionalidade está na motivação, ou seja, em um momento posterior à decisão judicial. Por isso, permanecer afirmando que a decisão judicial é obtida logicamente por meio de raciocínios silogísticos é anuir com a arbitrariedade, pois a convicção na submissão da emoção à razão ou na autoridade da consciência legitima um palco em que os atores estão investidos nos papéis, mas não podem se identificar mutuamente nem ser identificados pela platéia. Diferentemente, “[...] ir ao encontro do *um-juíz* humano, portador de uma subjetividade que opera dentro da ‘Instituição’, para encontrar *emoções, desejos, complexos*, é um caminho rumo à democratização do *ato* decisório. Não se trata, evidentemente, de eclipsar seu lugar, nem de aceitar a decisão consensual entre as partes envolvidas sobre o ‘caso penal’, muito menos de adotar uma ‘psicologia do eu’. Cuida-se de reconhecer a influência do *inconsciente* do *um-julgador* no momento do *ato* decisório,

¹⁶ Nesse sentido conferir: CARVALHO, Salo de. A ferida narcísica do direito penal (primeiras observações sobre as (dis)funções do controle penal na sociedade contemporânea). In: GAUER, Ruth M. Chittó. *A qualidade do tempo: para além das aparências históricas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004; CARVALHO, Salo. Criminologia e transdisciplinaridade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 56, 2005, p. 308-333.

¹⁷ GAUER, Ruth M. Chittó. *O reino da estupidez e o reino da razão*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 201.

uma vez que ‘*não tem sentido manter uma venda nos olhos para fazer de conta que o problema não existe*’”.¹⁸

Com a noção de inconsciente, Freud colocou em evidência que “a razão é menos poderosa do que se supunha”, já que “controlada por forças profundas e desconhecidas”.¹⁹⁻²⁰ Ao destronar a consciência, destacou que as atitudes dos sujeitos não estão submetidas unicamente à razão.²¹ As

¹⁸ ROSA, Alexandre Moraes da. *Decisão no processo penal como ‘bricolage’ de significantes*. 430 p. Tese. (Doutorado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004. p. 288.

¹⁹ PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção: aspectos da lógica da decisão judicial*. 2. ed. Campinas: Millennium Editora, 2003. p. 27.

²⁰ Aliás, Stuart Hall aponta que a descoberta do inconsciente pela psicanálise juntamente com o marxismo, com Saussure, com Foucault e o movimento feminista, descentralizaram o sujeito moderno. Segundo Hall, “o segundo dos grandes descentramentos no pensamento ocidental do século XX vem da descoberta do inconsciente por Freud. A teoria de Freud de que nossas identidades, nossa sexualidade e a estrutura de nossos desejos são formadas com base em processos psíquicos e simbólicos do inconsciente, que funciona com uma ‘lógica’ muito diferente daquela da Razão, arrasa com o conceito do sujeito cognoscente e racional provido de uma identidade fixa e unificada – o ‘penso, logo existo’ do sujeito de Descartes” (*A identidade cultural na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: DP & A Editora, 1997. p. 39-40).

²¹ Explica Edson Sousa: “Hoje é quase unanimidade dizer que a descoberta do inconsciente é uma das três grandes feridas narcíseas da humanidade. As outras duas foram produzidas por Copérnico e Darwin. O primeiro nos mostrou que a Terra não era o centro do universo e que ela não passa de um planeta a mais em torno do Sol. Já Darwin, ao revelar e provar nossa origem animal, nos fez ver que nada mais somos que herdeiros melhorados dos macacos. A terceira grande ferida narcísea, no amor-próprio a humanidade, como diz Freud, foi a descoberta do inconsciente. Freud desenvolveu amplamente esse percurso histórico em um texto publicado em 1917, intitulado *Uma dificuldade da Psicanálise*. Ali ele nomeou essas três feridas narcíseas do seguinte modo: Copérnico produz a ofensa cosmológica; Darwin, a ofensa biológica; e a descoberta do inconsciente, a ofensa psico-

conclusões obtidas pela psicanálise repercutiram no Direito e, entre tantos desmoronamentos, desfizeram a solidez e a segurança decorrentes da crença de que as decisões judiciais resultam de operações racionais. Explica Agostinho Ramalho que “a *subversão* da noção de sujeito, operada pela Psicanálise, consiste fundamentalmente no *descentramento do eu* consciente e racional que o pensamento moderno, a partir de Descartes, colocara como a própria sede do mundo psíquico, identificando o psíquico ao consciente. ‘Existo onde não penso’ retruca Lacan a tal concepção. Este descentramento tem, como um dos seus efeitos capitais, a impossibilidade de o sujeito faltante operar a linguagem como seu instrumento, como algo que lhe fosse exterior e pudesse ser por ele manipulado sob seu controle e segundo sua intencionalidade. No discurso analítico, o sujeito não é o artífice de sua própria verdade. Isso decorre da implicação mesma da subjetividade – ou seja, do fato de haver desejo – nas determinações de todo o discurso”.²²

O homem “agora” mobilizado pelo desejo já não pode mais ocupar o lugar “central de todo o conhecimento, como aquilo em que e a partir de que a liberdade se revelava e a verdade podia explodir”, deixando desocupada a “posição absoluta do sujeito”.²³ Se as reflexões psicanalíticas causaram desconforto nas ciências centradas no indivíduo moderno, no Direito, as inquietações foram raras e pontuais e as

lógica. O inconsciente veio, portanto, desbancar uma suposta autonomia da consciência. Zonas de sombras até então negligenciadas adquiriram um outro estatuto, e o psiquismo humano entrou em outra era” (*Freud*. São Paulo: Abril: Superinteressante: Coleção para saber mais, 2005. p. 19-20).

²² MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Subsídios para pensar a possibilidade de articular direito e psicanálise. In: MARQUES NETO, Agostinho Ramalho et al. *Direito e neoliberalismo*: elementos para uma leitura interdisciplinar. Curitiba: Edibej, 1996. p. 35.

²³ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2002. p. 10.

decisões penais permaneceram confiadas ao sujeito cartesiano, que se refugia no procedimento, na prescrição legal, na jurisprudência e nas súmulas dos tribunais superiores para abafar sua subjetividade.

Nietzsche também desestabilizou a segurança advinda da razão ao explicitar que o conhecimento foi inventado,²⁴ portanto, não faz parte da natureza humana. Não é instinto nem pode ser deduzido dos instintos.²⁵ O “conhecimento tem relação com os instintos, mas não pode estar presente neles, nem mesmo por ser *um* instinto entre os outros; o conhecimento é simplesmente o resultado do jogo, do afrontamento, da junção, da luta e do compromisso entre os instintos”.²⁶

O pensamento nietzscheano, ao valorizar os instintos, não só rompeu com a hierarquia da consciência como refutou as

²⁴ Nas palavras do autor, “em algum remoto rincão do universo cintilante que se derrama em um sem-número de sistemas solares, havia uma vez um astro, em que animais inteligentes inventaram o conhecimento. Foi o minuto mais soberbo e mais mentiroso da ‘história universal’: mas também foi somente um minuto. Passados poucos fôlegos da natureza, congelou-se o astro, e os animais inteligentes tiveram de morrer. – Assim poderia alguém inventar uma fábula e nem por isso teria ilustrado suficientemente quão lamentável, quão fantasmagórico e fugaz, quão sem finalidade e gratuito fica o intelecto humano dentro da natureza. Houve eternidades, em que ele não estava; quando de novo ele tiver passado, nada terá acontecido” (NIETZSCHE, Friedrich. *Obras incompletas*. Seleção de textos de Gérard Lebrun. Tradução e notas de Rubens Rodrigues Torres Filho. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987. p. 31).

²⁵ Esclarece Roberto Machado que “O instinto é força, vontade, atividade; e pode-se aumentar essa lista de sinônimos da terminologia nietzscheana acrescentando potência, energia, intensidade... Entretanto, rigorosamente, o instinto não existe; o que há são instintos múltiplos e heterogêneos. Eles formam um conjunto de forças em que uma força está sempre sobre outra: uma relação que se dá em termos de luta, de imposição, de domínio” (*Nietzsche e a verdade*. Rio de Janeiro: Rocco, 1989. p. 103).

²⁶ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2002. p. 16.

definições do homem a partir da racionalidade. Para Nietzsche, o cérebro é somente mais um órgão do corpo, ou seja, a “consciência não é o grau superior da evolução orgânica, não é o critério, o valor nem o objetivo supremo da vida; é um órgão ‘como o estômago’; apenas um meio, um instrumento, entre outros, subordinado ao objetivo da vida que é a extensão e a intensificação de potência”.²⁷ Nietzsche, ao evidenciar o papel do corpo e o desprestígio da consciência, coloca em questão o sujeito do conhecimento,²⁸ no sentido de que “por fora, somos pouco, muito, nada – segundo sejamos ou não solicitados pelo código cotidiano. Por dentro, ninguém sabe, nem poderíamos saber o que é que se designa em nós: pois, mesmo quando estamos sozinhos – silenciosos – falando a nós mesmos, no nosso interior, é sempre o *exterior* que nos fala – graças a esses signos do exterior que nos ocupam e cujo rumor cobre totalmente nossa vida pulsional: até mesmo a intimidade, até mesmo a pretensa *vida interior*, tudo isso ainda é o *resíduo* dos signos instituídos no exterior, sob o pretexto de nos dar um significado, de modo ‘objetivo’, ‘imparcial’: resíduo que, provavelmente, toma a configuração do movimento pulsivo próprio de cada um, logo, assume os contornos dos nossos modos de reagir a essa invasão de signos que não inventamos. Isso é a nossa consciência”.²⁹

É justamente a partir da fisiologia dos instintos que Nietzsche desconstrói a concepção da universalidade, obje-

²⁷ MACHADO, Roberto. *Nietzsche e a verdade*. Rio de Janeiro: Rocco, 1989. p. 104.

²⁸ É interessante a observação que Foucault faz do pensamento nietzscheano, referindo que “Em Nietzsche, parece-me, encontramos efetivamente um tipo de discurso em que se faz a análise histórica da própria formação do sujeito, a análise histórica do nascimento de um certo tipo de saber, sem nunca admitir a preexistência de um sujeito de conhecimento” (*A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2002. p. 13).

²⁹ KLOSSOWISKI, Pierre. *Nietzsche e o círculo vicioso*. Rio de Janeiro, Pazulin, [s.d.], p. 59.

tividade e desinteresse do conhecimento, apontando, ao contrário, para seu perspectivismo.³⁰ A atividade cognitiva não é, pois, dissociável da subjetividade já que o conhecimento “não se realiza libertando-se dos afetos, dos desejos, das paixões, das emoções, da vontade”.³¹

Foucault, pensando a história,³² também disponibilizou uma importante interpretação para se pensar o juiz no processo penal como o inacabado sujeito do conhecimento, ou seja, não “a partir do que a verdade se dá na história, mas de um sujeito que se constitui no interior mesmo da história, e que é a cada instante fundado e refundado pela história”.³³ Para além das tentativas de exclusão, a subjetividade estará sempre presente nos atos decisórios.³⁴ Por meio

³⁰ MACHADO, Roberto. *Nietzsche e a verdade*. Rio de Janeiro: Rocco, 1989. p. 107.

³¹ Idem, *ibidem*, p. 108.

³² Segundo o autor, a história do pensamento, a história das idéias ou simplesmente a história.

³³ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2002. p. 10.

³⁴ É interessante atentar para os mecanismos de defesa do Ego, especialmente a remoção (repressão) e projeção, que repercutem no processo penal. Explica Jacinto Coutinho que “Ego e *ID* freqüentemente estão em conflito. Isso ocorre quando ao consciente vem algum elemento do inconsciente (por exemplo, algo de natureza instintiva, um desejo) e se coloca em conflito com o mesmo, porque é contra os seus princípios. Afinal, as funções do Ego, inclusive aquela de mediação, são guiadas pelo princípio da realidade, ao passo que o *ID*, com seus impulsos coercitivos, a exigir uma satisfação imediata, é regido pelo princípio do prazer. É uma batalha que se desenvolve até a consciência conseguir remover o referido elemento instintivo, repelindo-o de modo a esquecê-lo quando de volta no inconsciente, sem embargo da possibilidade de retornar mais tarde, até de forma dissimulada, ou mesmo diametralmente oposta à original, quando o mecanismo recebe o nome de formação reativa. Pode-se notar assim que o Ego defende-se da angústia gerada em função do medo dos instintos escaparem ao seu controle, forçando a pessoa a praticar um ato contrário à sua

de mecanismos dos quais não tem consciência, o julgador pode transferir suas questões não elaboradas aos demais sujeitos processuais, em particular ao réu, e o que é comum, “por não se conhecer, o julgador pune, inconscientemente, os outros, quando, em verdade, está cuidando de abafar a sua própria e mal resolvida angústia”.³⁵

A percepção de que a subjetividade está intrincada com a racionalidade,³⁶ que ambas funcionam conjunta e indistintamente no momento das decisões, é fundamental para que o processo funcione como mecanismo de redução de danos.³⁷

consciência, pelo qual poderá sofrer uma punição. Outro mecanismo a nos interessar, por ora – a teoria comporta mais alguns –, é a projeção, pela qual o agente atribui a outras pessoas os próprios impulsos, desejos ou ameaças da sua consciência. Projeta-os” (*A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá Editora, 1998. p. 142-143.). Conferir ainda: PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção: aspectos da lógica da decisão judicial*. 2. ed. Campinas: Millennium Editora, 2003. p. 48.

³⁵ CARVALHO, Amilton Bueno de. O juiz e a jurisprudência: um desabafo crítico. In: ———; CARVALHO, Salo de. *Reformas penais em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 32.

³⁶ Esta indissociabilidade entre razão e emoção no ato decisório é observada por Aury Lopes Jr., ao afirmar que “a racionalidade é incompleta e resulta seriamente prejudicada quando não existe nenhuma ligação com o sentimento. O dualismo cartesiano separa a mente do cérebro e do corpo, substanciando o ‘penso logo existo’, pilar de toda uma noção de superioridade da racionalidade e do sentimento consciente sobre a emoção. O erro está na ‘separação abissal entre corpo e mente’. É essa racionalidade que queremos transcender, na esteira de Antonio Damasio. Rompeu-se a separação cartesiana entre razão e sentimento. Para Damasio, o fenômeno é exatamente oposto àquele descrito por Descartes, na medida em que ‘existimos e depois pensamos e só pensamos na medida em que existimos, visto o pensamento ser, na verdade, causado por estruturas e operações do ser’. O *penso, logo existo*, deve ser lido como: *existo (e sinto), logo penso*, num assumido anticartesianismo” (*Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 279-280).

³⁷ Para tanto é extremamente relevante que os juízes busquem terapias individuais, além do imprescindível acompanhamento psicológico

Especialmente em um processo como o brasileiro em que o juiz é gestor da prova, “*ciente das armadilhas que a estrutura inquisitória lhe impõe, mormente no processo penal, não pode estar alheio à realidade, precisa dar uma ‘chance’ (questionando pelo seu desejo) a si próprio, tentando realizar-se; e a partir daí aos réus, no julgamento dos casos penais*”.³⁸

As reflexões sobre a subjetividade colocam em descrédito a existência de um sujeito neutro. A partir destas ponderações, é possível afirmar que, se há uma neutralidade viável no processo penal, esta somente pode “ser entendida dentro dos marcos relativos dos interesses imediatos das pessoas que participam do processo, mas não em relação aos interesses ou valores sociais que subsistem por trás dessas relações”,³⁹ ou seja, em um sentido de imparcialidade, entendida como o não-comprometimento prévio do julgador com as teses das partes.

Desde a formação acadêmica do magistrado, seu contexto sociocultural, suas relações familiares, sua situação econômica, sua história pessoal repercutem na atividade jurisdicional, mesmo as mais singelas e aparentemente insignificantes preferências ou preconceitos “afetam a memória ou

dentro da instituição. É possível também que o juiz utilize os mecanismos processuais dos quais dispõe, declarando-se suspeito, se for o caso. Não há dúvidas de que o próprio Judiciário não incentiva atitudes como estas. O juiz que constantemente invoca a suspeição está reduzindo o número de sentenças proferidas ou causando transtornos quando jurisdicional em comarcas de vara única, sendo necessário que o juiz substituto se desloque de outra comarca (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá Editora, 1998. p. 143).

³⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: ———. (Coord.). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 49.

³⁹ BRUM, Nilo Bairros de. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: RT, 1980. p. 64.

a atenção do julgador e influem sobre a credibilidade das testemunhas ou das partes”.⁴⁰ Tais percepções ecoam no relato final do julgador ou mesmo no direcionamento que este confere à formação da prova.

Além da interface do magistrado com os sujeitos processuais e o sentimento que despertam reciprocamente, o juiz está (ou deveria estar) em contato com seu entorno. O julgador está inserido em um contexto que o percebe e no qual é percebido.⁴¹ A forma como se relaciona com a sociedade na qual atua, como enfrenta os problemas sociais, as questões econômicas, a própria prestação jurisdicional e atuação política do Poder Judiciário são fatores que permeiam suas decisões.

É a valorização deste contato que cria possibilidade de engajamento do julgador. Não com a pretensão de solucionar os problemas sociais por meio de sua atividade, ou seja, a crença onipotente de que a jurisdição, por meio de respostas simples, pode solucionar os problemas complexos. Sua atuação concreta deve se dar na medida de sua responsabilidade, da consciência da atividade que realiza, ou seja, de que é responsável por suas decisões, não podendo transferir suas “injustiças ao fantasma do legislador nem à cômoda cobertura da ‘jurisprudência mansa e pacífica’”.⁴²

A tentativa de camuflar a ausência de neutralidade do julgador não outorga nenhuma vantagem ao jogo processual. Pelo contrário, o reconhecimento de que todos os sujeitos processuais, inclusive o julgador, partem de uma dentre tantas outras perspectivas e da impossibilidade de eliminar

⁴⁰ PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção: aspectos da lógica da decisão judicial*. 2. ed. Campinas: Millennium Editora, 2003. p. 19.

⁴¹ Nesse sentido, conferir: BRUM, Nilo Bairros de. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: RT, 1980. p. 9.

⁴² Idem, *ibidem*, p. 42.

esta situação viabiliza identificar “contra quem se está jogando e qual o conteúdo ético e axiológico do próprio jogo”, pois “não é possível jogar uma partida honesta ou justa contra quem se esconde sob máscaras tais como as de ‘objetividade’ ou ‘neutralidade’”.⁴³

A cientificação do acusado da denúncia contra ele formulada, bem como das provas produzidas, é inócua se há total encobrimento da pessoa que irá ponderar tais elementos. A paridade de armas, o contraditório e a ampla defesa demandam um julgador que se exponha, ou seja, que se reconheça humano como os sujeitos com quem compartilha a cena processual.

Além disso, reconhecendo a subjetividade, a máscara do julgador pode ser retirada e ele descoberto tão humano quanto o réu, repleto de inquietações e inseguranças em relação ao ato decisório. Desta forma, o julgador não precisa se esconder no procedimento para não assumir suas escolhas processuais. Um juiz que não assume suas razões de decidir inviabiliza que as partes exerçam seu direito de acusar e se defender, já que desconhecem os argumentos que estão combatendo.⁴⁴

⁴³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: ———. (Coord.). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 47.

⁴⁴ Talvez seja possível pensar este julgador camuflado pela burocracia em constante conflito com a sua subjetividade a partir da distinção de Binder entre o juiz-burocrata e o juiz-inquisidor. “Por outro lado, juntamente com a prática do disciplinamento interno configurou-se uma função judicial determinada e uma figura específica do juiz. Ainda não foi analisada com suficiente profundidade a relação que se estabeleceu entre a figura do juiz-burocrata e o trâmite que o constitui e ao mesmo tempo ele defende. Isto é algo distinto, inclusive, da figura do juiz-inquisidor, consubstanciado com a idéia de bem moral e sua defesa. Não se pode descartar que ainda exista em alguns casos essa figura, mas na grande maioria das vezes, ela se encontra mediatizada (oculta, sustentada, alimentada etc.) pela defesa ritual do trâmite e da burocracia. Os sistemas atuais se explicam melhor a partir

A subjetividade, porque foge ao plano racional, traz incertezas e imprecisões, especialmente quando desidealiza o julgador. Escamotear a subjetividade é tentar se refugiar numa segurança que não existe. Talvez a forma mais adequada de lidar com ela é ter em relação ao juiz “uma atitude positiva, de credibilidade, de confiança, inclusive para aceitá-lo como homem, como pessoa comum, que formula os seus juízos influenciados pela emoção, pela paixão, pela ansiedade, pelas vicissitudes da vida, entre tantas outras, e como tal, como qualquer mortal, ele também pode errar, embora de regra, conscientemente, não o deseje”.⁴⁵

3.3 O GARANTISMO EM JOGO

“Pertencer a uma escola poética é o mesmo que ser condenado à prisão perpétua.” – MÁRIO QUINTANA.

Ferrajoli, centrando suas reflexões na construção de um sistema de garantias limitador do poder punitivo, delineou o “cognoscitivismo” como modelo de punir. Desta forma, ao princípio da estrita legalidade no âmbito penal, justapôs o da estrita jurisdicionalidade, tornando exigível que a tese acusatória seja verificável e refutável. Em outras palavras, priorizou um juízo cognoscitivo quanto aos fatos e recognoscitivo quanto ao direito, ambos verificáveis empiricamente.⁴⁶

Para que se configure um processo penal garantista, há que se rejeitar os modelos de direito penal que abarcam tipos

do juiz-burocrata que a partir do juiz inquisidor” (BINDER, Alberto M. *O descumprimento das formas processuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 75).

⁴⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá Editora, 1998. p. 140.

⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madri: Trotta, 1997. p. 36-37.

normativos do autor, em que se utiliza o processo para punir o acusado não pelo que fez, mas pelo que é. Nestes casos, o juízo tem um caráter subjetivo de ingerência na interioridade do denunciado, desprezando a comprovação de fatos. A atividade probatória é repleta de juízos de valor, não verificáveis ou refutáveis e, portanto, imunes aos mecanismos de controle objetivos e racionais.⁴⁷ Partindo da recusa de modelos penais centrados em uma concepção ontológica do desvio penalmente relevante, Ferrajoli contrapõe o modelo cognoscitivo ao sistema substancialista.

Nos modelos autoritários, o processo se torna a busca da verdade substancial ou material, ou seja, de “una verdad absoluta y omnicompreensiva en orden a las personas investigadas, carente de límites y confines legales, alcanzable con cualquier medio más allá de rígidas reglas procedimentales”, o que legitima, inclusive, a produção de provas de ofício pelo juiz e a tortura. A atividade probatória recai sobre o acusado, que, como detentor da verdade, é o objeto da investigação. No modelo garantista, ao contrário, a preocupação está em assegurar a paridade de armas para que acusação e defesa estejam em equivalentes condições de debater, ou seja, comprovar suas teses e refutar as alegações contrárias. A verdade é apenas uma meta, e, na tentativa de aproximação, devem ser respeitados os direitos e garantias individuais.⁴⁸

⁴⁷ Idem, ibidem, p. 41-43.

⁴⁸ Neste sentido, posiciona-se Elmir Duclerc afirmando que “da releitura do modelo ilustrado extrai-se um *sistema garantista* de Direito Penal (e de Processo Penal), ou seja, um modelo composto por diversos axiomas, positivados na maioria das Constituições das nações ocidentais, e que funcionam uns como condições de efetividade dos demais, e todos eles, como requisitos indispensáveis para que alguém possa vir a sofrer uma pena criminal. É justamente dessas garantias que vão ser extraídas as linhas mestras para a construção de toda a dogmática da prova no processo penal, nos seus diversos capítulos e momentos. Em suma, a *verdade*, no processo penal, para muito além do mito autoritário da *verdade real*, depende, fundamentalmente, da

Torna-se, pois, mais controlada quanto à forma de aquisição, mas mais reduzida quanto ao seu conteúdo informativo e, ante a falta de acusação ou de provas, subsiste a presunção de inocência do acusado.⁴⁹ Com isso, pode-se perceber que o enfoque dado à questão probatória é diverso e antagônico em cada sistema e representa a “verdade” que, em cada um, irá subsistir. Em síntese, “mientras el método inquisitivo expresa una confianza tendencialmente ilimitada en la bondad del poder y en su capacidad de alcanzar la verdad, el método acusatorio [garantista] se caracteriza por una desconfianza igualmente ilimitada del poder como fuente autónoma de verdad. De ello se deriva que el primero confía no sólo la verdad sino también la tutela del inocente a las presuntas virtudes del poder que juzga; mientras que el segundo concibe la verdad como el resultado de una controversia entre partes contrapuestas en cuanto respectivamente portadoras del interés en el castigo del culpable y del de la tutela del acusado presunto inocente hasta prueba en contrario”.⁵⁰

Para Ferrajoli, se a justiça penal completamente “com verdade” é uma utopia, completamente “sem verdade” representa uma arbitrariedade. Reconhece, contudo, como impossível a formulação de um critério seguro de verdade das teses judiciais porque a verdade “certa”, “objetiva” ou “absoluta” é sempre um ideal inalcançável.⁵¹

Uma leitura nietzscheana das considerações de Ferrajoli possibilita identificar a caracterização do sistema inquisitivo pelo “‘instinto de conhecimento sem medida e sem discernimento’, o ‘instinto ilimitado de conhecimento’, ‘instinto

observância das garantias processuais.” (*Prova penal e garantismo: uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 172).

⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madri: Trotta, 1997. p. 44.

⁵⁰ Idem, *ibidem*, p. 604.

⁵¹ Idem, p. 45.

desencadeado do saber', o 'conhecimento incessante', a 'verdade a qualquer preço'",⁵² que justificaria a atuação *ex officio* do magistrado na produção da prova. A partir desta constatação, é possível pensar também com Nietzsche que o sistema garantista é uma tentativa de conter essa busca desenfreada pela verdade, já que "dominar a ciência é determinar seu valor no sentido de controlar a exorbitância de suas pretensões, no sentido de estabelecer até onde ela pode se desenvolver. É colocar a questão dos limites".⁵³

Para empreender esta tarefa, Ferrajoli recorre a Tarski para precisar os critérios do uso do termo "verdadeiro". A partir deste referencial teórico, conclui que a proposição jurisdicional será (formal ou processualmente) verdadeira se, e somente se, for verdadeira tanto fática como juridicamente, passando a delinear o que são as verdades fática e jurídica.

O Garantismo critica a idéia de verdade subjetiva ciente de que a verdade objetiva (correspondência) é um ideal inatingível, porém a entende passível de aproximação. Compara a verdade no processo penal àquela obtida pelo conhecimento científico ou em qualquer procedimento empírico, ou seja, não definitiva, mas contingente. Invoca Popper e sua noção de aproximação da verdade objetiva como um modelo ou uma idéia regulativa. A "verdade" de uma teoria científica e de qualquer argumentação empírica não é definitiva, mas contingente ao estado dos conhecimentos e experiências que se possui até o momento de sua formulação. Sua veracidade está limitada ao conhecido, estando toda teoria científica destinada à superação antes ou depois por outra teoria em contradição com uma de suas teses. Ressalta, entretanto, que não podem ser associadas a tal entendimento conotações ontológicas ou espaciais. A verdade é tida como um princípio regulativo que "permite

⁵² MACHADO, Roberto. *Nietzsche e a verdade*. Rio de Janeiro: Rocco, 1989. p. 48.

⁵³ Idem, *ibidem*, p. 48.

aseverar que una tesis o una teoría son más plausibles o mas aproximativamente verdaderas y, por tanto, preferibles a otras por causa de su mayor 'poder de explicación' y de los controles más numerosos favorablemente superados por ellas". É, pois, um modelo limite do ideal ilustrado de perfeita correspondência.⁵⁴

Transportando estas considerações para o processo penal, Ferrajoli entende que para que a proposição jurisdicional seja considerada processual ou formalmente verdadeira deve sê-lo tanto fática como juridicamente. A verdade fática se dá por meio da prova do fato e de sua imputação ao sujeito incriminado, e a verdade jurídica por intermédio da interpretação do significado dos enunciados normativos que qualificam o fato como delito.⁵⁵

A verificação nas questões de fato e de direito ocorre de forma distinta. A verificação fática ocorre por meio das provas que nada mais são que experiências de fatos presentes, ainda que interpretáveis como signos de fatos passados. É, pois, "el resultado de una ilación de hechos 'probados' del pasado con hechos 'probatorios' del presente" e, como em todas as atividades indutivas, "la conclusión tiene, portanto, el valor de una hipótesis 'probabilística' en orden a la conexión causal entre el hecho aceptado como probado y el conjunto de los hechos adoptados como probatorio".⁵⁶

Assim como no conhecimento científico, as controvérsias fáticas são disputas entre hipóteses explicativas e contraditórias (tese da culpabilidade oposta à tese da inocência), devendo prevalecer a hipótese mais simples, com maior capacidade explicativa e, sobretudo, coerente com o maior número de provas reunidas. Não podendo pronunciar o *non*

⁵⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madri: Trotta, 1997. p. 50-51.

⁵⁵ Idem, *ibidem*, p. 48.

⁵⁶ Idem, p. 53.

liquet, o julgador, quando não consegue solucionar as controvérsias fáticas, deve proferir a decisão mais favorável ao réu.⁵⁷

Já a verdade das proposições jurídicas decorre de uma inferência dedutiva. Está estritamente relacionada a um procedimento classificatório a partir da definição legal do conceito jurídico classificatório e da tese fática que descreve o fato provado. A previsão legal deve ser suficientemente precisa. Contudo, sempre haverá uma pluralidade de interpretações distintas e o juiz terá o poder de optar (de forma arbitrária ou razoável) pela que considera mais apropriada. A validade do empreendimento classificatório está submetida à proposição fática que enuncia a imputação, sempre ambígua e opinável. Logo, na esteira da verdade fática, a verdade jurídica também se afasta da verdade enquanto correspondência, assumindo, na visão de Ferrajoli, caráter de verossimilhança tanto quanto as verdades científicas.⁵⁸

Em que pese Ferrajoli apontar semelhanças na verdade processual e científica, pontua algumas particularidades na obtenção da verdade judicial e que, conseqüentemente, afetarão o resultado do processo. Tais especificidades centram-se nas distinções da atividade do cientista e do julgador, como, por exemplo, o fato de que esta última sempre deve obter uma decisão prática que se torna inalterável com o trânsito em julgado. Ainda o material probatório, além de se caracterizar pela subjetividade de muitas fontes de prova, é produzido para a investigação, aumentando os condicionamentos subjetivos das pessoas que nele intervêm (interesse no resultado do processo, por exemplo). Além disso, a busca da verdade processual tem limites normativos, ou seja, “no es sólo la verdad la que condiciona la validez, sino que también es la validez la que condiciona la verdad en el

⁵⁷ Idem, ob. cit., p. 53-54.

⁵⁸ Idem, p. 54-55.

proceso. Ésta es, en efecto, por así decirlo, una 'verdad normativa': en el triple sentido de que una vez comprobada definitivamente tiene valor normativo, de que está convalidada por normas y de que lo es sólo si es buscada y conseguida con el respecto a las normas".⁵⁹

Ferrajoli, ainda que reconheça que o raciocínio judicial não possui a estrutura lógica de um "silogismo prático perfeito",⁶⁰ acredita que a decisão judicial segue então três fases: a) a inferência indutiva – prova ou indução fática; b) inferência dedutiva – subsunção ou dedução jurídica; e c) silogismo prático – disposição. Os dois primeiros (silogismos teóricos) estão vinculados à verdade processual, pois permitem decidir a verdade da motivação. Na sua ausência, o silogismo prático resulta de argumentos não cognoscitivos; portanto, puramente discricionários.⁶¹

Ferrajoli reconhece que os silogismos teóricos são sempre imperfeitos e que incluem decisões ou eleições subjetivas dirigidas a justificar a aceitação da verdade processual mediante a solução das incertezas de fato e de direito: no primeiro caso a conclusão é probabilística e, no segundo, é opinável.⁶²

⁵⁹ Idem, p. 60.

⁶⁰ Ferrajoli esclarece que "ninguna de las dos operaciones con las que se llega a la verdad procesal – ni la inducción constituida por la prueba del hecho ni la deducción constituida por su cualificación jurídica – es en realidad un silogismo 'práctico', es decir, una implicación en cuyas premisas y en cuya conclusión aparezcan proposiciones normativas. Las premisas y las conclusiones de ambas inferencias, que componen conjuntamente la 'motivación' judicial, tienen las dos la forma de proposiciones afirmativas. Premisas y conclusiones normativas aparecen solamente en la derivación del 'fallo' a partir de la conjunción de la motivación con una o más normas" (*Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madri: Trotta, 1997. p. 64).

⁶¹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madri: Trotta, 1997. p. 64.

⁶² Idem, ibidem, p. 64.

O autor reconhece que um mesmo conjunto de acontecimentos e de dados probatórios admite várias explicações alternativas, devendo o juiz eleger a mais simples. Ferrajoli não atenta para aquelas situações em que “concluída a instrução criminal, vê-se o juiz frente à possibilidade de configurações contraditórias e igualmente verossímeis”,⁶³ inexistindo, pois, uma tese mais explicativa como quer o autor.

Se, por um lado, Ferrajoli avança reconhecendo que há imprecisão dos métodos e, assim, existência de inelimináveis espaços de poder, por outro, não consegue se descolar da idéia de que a decisão judicial percorre um caminho lógico. O autor desconsidera que – muitas vezes – a decisão é tomada antes mesmo de concluída a instrução probatória, dispensando qualquer procedimento indutivo ou dedutivo. Além disso, o ato criativo não obedece à aplicação do método, ao contrário, o procedimento se formula durante a criação (decisão). Por isso, “[...] mostra-se impossível responder definitivamente ao questionamento formulado sobre como se constrói a decisão penal, dado que seria se incorrer nos equívocos apontados, ou seja, seria acreditar ilusoriamente que uma interrogação pudesse ser respondida por uma última vez. O que resta é um *sendero*, um caminho sinuoso *na e pela* linguagem, por seus *significantes*, deslizando...”.⁶⁴

Ainda que a teoria garantista ensaie uma alternativa à concepção de verdade dos sistemas inquisitivos, não consegue se desprender de um mundo em que tudo está dado e que o conhecimento está limitado aos instrumentos e saberes disponíveis no momento da elaboração da teoria. A este

⁶³ BRUM, Nilo Bairos de. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: RT, 1980. p. 54.

⁶⁴ ROSA, Alexandre Moraes da. *Decisão no processo penal como 'bricolage' de significantes*. 430 p. Tese. (Doutorado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004.

determinismo, não fogem suas concepções sobre a verificação fática como juízos prováveis. Ocorre que, como pontua Moretto, “com a Física do século XX, temos uma nova visão do mundo. O espaço-tempo, que fazia parte da imagem de nosso universo, perdeu seu poder para a luz-velocidade. Não é mais possível sabermos a velocidade e, ao mesmo tempo, a posição de uma partícula – o princípio da incerteza invadiu o mundo das exatas. A matemática euclidiana já não mais soluciona os problemas da Física e da Astronomia, bem como a estatística, com suas probabilidades, também não mais dá conta de um universo em expansão. Hoje, há possibilidades dentro do caos, abandonando-se, portanto, os juízos de probabilidade”.⁶⁵

Se a utilização das probabilidades para pensar os eventos futuros já tem sido descartada pelos físicos contemporâneos,⁶⁶ muito mais inadequada se torna na situação empregada

⁶⁵ MORETTO, Rodrigo. *Crítica interdisciplinar da pena de prisão: controle do espaço na sociedade do tempo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 31.

⁶⁶ Esta é a posição de Prigogine: “A ciência clássica privilegiava a ordem, a estabilidade, ao passo que em todos os níveis de observação reconhecemos agora o papel primordial das flutuações e da instabilidade. Associadas a essas noções, aparecem também as escolhas múltiplas e os horizontes de previsibilidade limitada. Noções como a de caos tornaram-se populares e invadem todos dos campos da ciência, da cosmologia à economia. Mas como mostraremos neste livro, os sistemas dinâmicos instáveis levam também a uma extensão da dinâmica clássica e da física quântica e, a partir daí, a uma formulação nova das leis fundamentais da física. Esta formulação quebra a simetria entre passado e futuro que a física tradicional afirmava, inclusive a mecânica quântica e a relatividade. Essa física tradicional unia o conhecimento completo e certeza: desde que fossem dadas as condições iniciais apropriadas elas garantiam a previsibilidade do futuro e a possibilidade de retrodizer o passado. Desde que a instabilidade é incorporada, a significação das leis da natureza ganha um novo sentido. Doravante, elas exprimem possibilidades” (*O fim das certezas: tempo, caos e as leis da natureza*. São Paulo: Unesp, 1996. p. 12). Mais que isso, o próprio Popper rejeita o determinismo,

por Ferrajoli, qual seja a de fatos passados quando o que se tem são apenas falas sobre a fala da acusação na denúncia.⁶⁷

A partir dessas reflexões pode-se identificar, em alguma medida, a porosidade do Garantismo em questões fundamentais para o exercício do poder punitivo, como é o caso da sentença penal. Contudo, mesmo esta tentativa de “teorizar sobre a teoria” deve ser aprendida com reservas, sob pena de se estar impondo uma “verdade”, o que foi criticado até o momento neste trabalho. Não só a teoria garantista é uma perspectiva, como o são as críticas a ela tecidas. De qualquer forma, o Garantismo é uma ferramenta de trabalho, apta para determinadas situações e inadequada para outras, mas sempre um utensílio que possibilita pensar a complexidade do processo penal e meios de conter a violência estatal.

observando que “o futuro é *aberto, objectivamente aberto*. Só o passado é fixo; foi actualizado e passou. O presente pode-se definir como um processo contínuo de actualização de propensões; ou, mais metaforicamente, de congelamento ou cristalização de propensões. Enquanto as propensões se actualizam ou concretizam, podemos dizer que são fenómenos contínuos. Quando elas ocorrem, então *já não são verdadeiros fenómenos*. Elas ‘congelam’ e tornam-se passado e irreais. Propensões inconstantes são fenómenos objectivos e não têm nada a ver com a nossa falta de conhecimentos, embora ela seja grande, e um determinado erro possa ser um contributo importante para a alteração da situação” (*Um mundo de propensões*. Lisboa: Fragmentos, [s.d.]. p. 31).

⁶⁷ CARVALHO, Salo de. *A sentença criminal como instrumento de descriminalização: o comprometimento ético do operador do direito na efetivação da Constituição*. Mimeo, 2005.

3.4 PLACAR FINAL: A ELEIÇÃO DE UM RELATO POSSÍVEL

"Apesar da minha boa vontade, eu não conseguia aceitar esta certeza insolente. Porque, afinal, existia uma ridícula desproporção entre o julgamento que a fundamentara e o seu imperturbável desenrolar a partir do instante em que este julgamento fora pronunciado. O fato de a sentença ter sido lida não às cinco da tarde mas às oito horas da noite, o fato de que poderia ter sido outra completamente diferente, de que fora determinada por homens que trocam de roupa, e que fora dada em nome de uma noção tão imprecisa quanto o povo francês (ou alemão, ou chinês), tudo isto me parecia tirar muito da seriedade desta decisão. Era obrigado a reconhecer, no entanto, que, a partir do instante em que fora tomada, os seus efeitos se tornavam tão certos, tão sérios quanto a presença desta parede ao longo da qual eu esmagava meu corpo." – CAMUS.

As pontuações do Garantismo, quando confrontadas às críticas nietzscheanas sobre o conhecimento, implicam um necessário questionamento da sentença penal. A desidealização realizada por Nietzsche ao destacar o caráter inventivo e, portanto, criativo do conhecimento desampara a compreensão de que a sentença se aproxima da verdade ou decorra de procedimentos lógicos. Além disso, os estudos de Ferrajoli sobre a decisão judicial não enfrentam a problemática do tempo, ainda que não neguem explicitamente a dimensão criativa da sentença.

O jogo processual se desenvolve num contexto fluido, num presente não-estático e em constante modificação, no qual as teses das partes estão em permanente alteração/adaptação.⁶⁸ Ora, se o fluxo do tempo não pode ser ignorado, ao contrário de um determinismo (verdade), o que existem são possibilidades de escolha (relatos possíveis) criadas no tempo e sobre o tempo. A dificuldade se torna "encontrar

⁶⁸ Neste sentido, ver: LOPES JR., Aury. (Des)velando o risco e o tempo no processo penal. In: GAUER, Ruth M. Chittó. (org.). *A qualidade do tempo*: para além das aparências históricas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

essa via estreita entre duas concepções alienantes do universo, a determinista, que recusa ao homem a possibilidade de imaginar ou de criar, e outra, céptica, que diz que o universo é aleatório, estranho à razão”.⁶⁹ É importante destacar que o Garantismo se apresenta como um instrumento fundamental para percorrer este caminho alternativo.

O processo é o espaço em que se encontram os diferentes relatos (prova testemunhal, pericial, documental), o local de construção (dinâmica) do conjunto probatório e das falas acusatórias e defensivas formuladas sobre ele. Assim, no espaço-tempo processual é (re)produzido o tempo do fato descrito na denúncia, ou melhor, o tempo em que a fala acusatória o situa. Emprestar um liame temporal à narrativa descontínua, por vezes incongruente, torna-se incumbência do julgador que parte da inicial – já que é o único referencial – para tornar linear algo que não é. Por meio da junção do fragmentário e do fragmentado é que o juiz constrói a prova na flecha do tempo. Daí por que Cárcova, com fundamento na teoria literária, pontua que “la narrativa moderna rompe con linealidad historica, reorganizando el tiempo de manera fragmentaria, discontinua y recursiva. En el proceso judicial pasa otro tanto, el tiempo va y vuelve. Cada ‘hablante’ organiza el tiempo de su relato según su propia disposición, de atrás hacia delante, del medio hacia el final, para volver al principio. Es solo la conclusión de su discurso la que atribuye sentido definido a la secuencialidad elegida. El intérprete tiene que tener la posibilidad de ‘comprender’ y atribuir sentido a la heterogeneidad temporal de los relatos a riesgo, en caso contrario, de que resuelten para él, inextricables o patológicos”.⁷⁰

⁶⁹ PRIGOGINE, Ilya. O reencantamento do mundo. In: —; MORIN, Edgar. *A sociedade em busca de valores: para fugir à alternativa entre o ceptismo e o dogmatismo*. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. p. 236.

⁷⁰ MARÍA CÁRCOVA, Carlos. Derecho, literatura y conocimiento. In: SÁNCHEZ RUBIO, David; HERRERA FLORES, Joaquín; CARVALHO, Salo de. *Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos (2001/2002)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 252.

A instrução probatória é permeada por diferentes olhares (do réu, do acusador, da testemunha, do perito, do juiz), que – isoladamente – não podem dar conta da realidade, que é constituída pela soma e articulação dos olhares possíveis. A sentença é, então, a experiência de se congregarem estes olhares a partir de um olhar, o do juiz. Por isso, como na literatura, a trama é sempre perspectiva, sempre parte de um local, “isto é, desde uma interpretação que ordena as seqüências, os significantes e os significados, para eleger alguns dos múltiplos sentidos implicados na trama”.⁷¹

Nietzsche denunciou que não havendo uma única perspectiva, inexistia uma só interpretação. Desatrelou o conhecimento de um fim, e, em última análise, da verdade. E esta não-objetividade do conhecimento não está ligada a uma falta, uma deficiência. “É que o seu objetivo não é procurar o sentido das coisas, mas introduzir, impor um sentido. [...] Interpretar é se tornar mestre de alguma coisa: dar forma, estruturar, dominar.”⁷² Não há, pois, uma perspectiva mais verdadeira ou correta que a outra,⁷³ o que existe, também no

⁷¹ Idem, *ibidem*, 2002, p. 253 [tradução da autora].

⁷² MACHADO, Roberto. *Nietzsche e a verdade*. Rio de Janeiro: Rocco, 1989. p. 108.

⁷³ É o que explica Nelson Boeira a partir de suas leituras nietzscheanas ao afirmar que “não temos acesso a uma estrutura básica e estável da realidade que possamos considerar ‘verdadeira’ por oposição a outras, estas ‘aparentes’. Não podemos, portanto, produzir *uma concepção* privilegiada sobre o que existe, à exclusão de outras. Podemos, isso sim, interpretar parcelas das experiências e dos acontecimentos que se oferecem a nós, sempre a partir de certas avaliações, perspectivas ou orientações vitais. Sobre a estrutura da realidade podemos apenas formar *interpretações* parciais e cambiantes, insuficientes para formular regras de conduta de aplicação *universal* a todos os homens e circunstâncias, válidas em todo o território do *tempo*” (*Nietzsche*. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004). Ainda, ver: GIACÓIA JR., Oswaldo. *Nietzsche*. São Paulo: FSP, 2004; MARTON, Scarlett. *Nietzsche*. 5. ed. São Paulo: Brasiliense, 1999.

processo penal, é a imposição de um sentido (sentença), aquele que produzirá efeitos, tornando-se legítima e imutável a interpretação transitada em julgado.⁷⁴

A plasticidade das provas viabiliza sua modelagem por meio da fala das partes, tornando-se o formato válido e permanente aquele dado (imposto) pelo julgador. Alexandre da Rosa percebe a atividade deste último como a do *bricoleur*, isto é, “daquele que executa um trabalho sem que exista um plano rígido previamente definido, mas que se deixa levar pelos utensílios que possui à mão, construindo, remontando, colando, integrando, com o material disponível”.⁷⁵ Sempre artesanal e criativa, esta tarefa está estritamente relacionada à singularidade de sujeito que a realiza. Assim, “uma decisão se diferencia de outra porque é construída por um personagem humano específico, no tempo, espaço e lugar, ou seja, em um momento histórico. E o narrador-juiz, com sua *singularidade*, congrega o papel de acertador de *significantes*. Depende dele a maneira pela qual os *significantes* produzidos serão dispostos e transitam pelo julgado”.⁷⁶

É, portanto, por meio da jurisdição que se confere a versão final da narrativa iniciada com a denúncia, e, assim, é acertado o caso penal. Colacionando todos estes fragmentos, o juiz cria o relato que subsistirá a partir do trânsito em

⁷⁴ A diversidade de decisões que são igualmente legítimas é identificável nas apelações em que se discute matéria de fato. Muitas vezes, com base nos mesmos elementos apreciados na sentença, o tribunal reforma a decisão, conferindo nova leitura à prova. A recorribilidade das decisões permite constatar que um conjunto probatório propicia diversas interpretações, e, ainda, que a decisão judicial não está atrelada à verdade, sequer por aproximação, o que a tornaria imutável.

⁷⁵ ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão no processo penal como 'bricolage' de significantes*. 430 p. Tese. (Doutorado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004. p. 377-378.

⁷⁶ Idem, *ibidem*, p. 398.

ulgado da sentença, o que se repete nos sistemas inquisitório e acusatório. A diferença que existe é que, no primeiro, o juiz dispõe de amplos poderes para redigi-lo;⁷⁷ no último, está vinculado às versões e aos elementos reunidos pelas partes.⁷⁸ Sua “atividade, porém, será sempre construir um relato final, *apontar-lhe o valor de verdade por um ato de poder* e, baseando-se nesse relato, ordenar determinadas consequências jurídicas (v.g., uma pena de privação de liberdade)”.⁷⁹ É fundamental, pois, que se atente para a forma como ocorrerá a construção da narrativa para que, em um

⁷⁷ Partindo de Cordero, Jacinto Coutinho pontua que “nesse ponto o processo penal acerta as contas com o obscuro: a escolha inquisitorial é determinada pela imagem – quiçá a primeira –, tomada como possível, como real, como verdade: eis o *quadro mental paranóico*. Decide-se antes (o que é normal, no humano, repita-se); e depois raciocina-se sobre a prova para testar a escolha” (Glosas ao “Verdade, dúvida e certeza”, de Francesco Carnelutti, para os operadores do direito. In: SÁNCHEZ RUBIO, David; HERRERA FLORES, Joaquín; CARVALHO, Salo de. *Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos* (2001/2002). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 186).

⁷⁸ Neste sentido, defende Alexandre Rosa que, no sistema acusatório, o juiz não está vinculado “à acusação, devendo construir sua decisão consoante o que lhe for trazido, ônus das partes. A partir do primado da hipótese sobre os fatos – posição *Inquisitória* e de um ‘quadro mental paranóico’ Cordero –, o desenrolar processual passa a ser de preenchimento dos *significantes* necessários ao projeto/acusação, desprezando-se os demais, tal qual o engenheiro que desconsidera o material em desconformidade com o seu projeto. [...] No caso do *bricolage*, ao contrário, do preenchimento de *significantes* necessários ao projeto da acusação, a atividade jurisdicional guia-se pelo recolhimento de todos os *significantes* produzidos pelas partes, alinhando-os somente ao final, no *ato decisório*, momento em que há interseção com sua *singularidade* e os respectivos condicionantes (*inconscientes, ideológicos, midiáticos, criminológicos, éticos*, dentre outros)” (*Decisão no processo penal como ‘bricolage’ de significantes*. 430 p. Tese. (Doutorado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004. p. 377-378).

⁷⁹ BINDER, Alberto M. *O descumprimento das formas processuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 62.

sistema acusatório, ocorra a formulação de um relato possível e não a possibilidade de se formular qualquer relato.⁸⁰

No processo acusatório, o juiz está limitado ao *allegata et probata*, ou seja, somente pode aderir a uma tese se estiver provada pela parte que a alega, com os meios técnicos de que dispõe.⁸¹ “O elemento recolhido, conforme as regras do jogo, do *fair-play*, [...] deverá ser levado em consideração no momento do *ato*, tal qual o *um-juiz* que não pode desconsiderar qualquer *significante* validamente produzido na instrução processual [...], acolhendo ou rejeitando seu respectivo valor, de maneira fundamentada somente no *ato decisório*.”⁸² Embora esta garantia não elimine o caráter eletivo da decisão judicial quando ambas as partes compõem consistentes teses com os elementos probatórios de que dispõem, ela permite algum controle da acusação e defesa que, identificando as provas que fundamentam a decisão, podem atacá-la.

Por isso devem ser avaliadas não só as provas produzidas como as teses sobre elas elaboradas. A ampla defesa e o exercício da pretensão punitiva impõem ao juiz o enfrentamento de todos os argumentos expostos no curso do processo

⁸⁰ A conclusão de Jacinto Coutinho de que “é justamente porque há falta – e, portanto, impossibilidade *a priori* de um conhecimento todo, de se ter ‘o’ sentido – que se há de seguir buscando a solução, a melhor solução possível, ou seja, ‘um’ sentido”, pode ser transposta para esta discussão sobre a sentença” (Glosas ao “Verdade, dúvida e certeza”, de Francesco Carnelutti, para os operadores do direito. In: SÁNCHEZ RUBIO, David; HERRERA FLORES, Joaquín; CARVALHO, Salo de. *Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos* (2001/2002). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 196).

⁸¹ CALAMANDREI, Piero. *Derecho procesal civil III: estudios sobre el proceso civil*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1973. p. 262.

⁸² ROSA, Alexandre Moraes da. *Decisão no processo penal como ‘bricolage’ de significantes*. 430 p. Tese. (Doutorado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004. p. 377-378.

e, em especial, nas alegações finais. “A sentença, local de interpretação da fala das partes, deve construir-se igualmente como fala. Neste cenário, a motivação (fundamentação da sentença) adquirirá importância suprema, pois se configura como mecanismo de intermediação entre o julgador e as partes, bem como instrumento de diálogo do julgador com o réu, a defesa, a acusação e a sociedade.”⁸³ E este último aspecto ressaltado por Salo de Carvalho é possível costurar com a observação de Cárcova que “el relato sobre un hecho acaecido resulta de un material disperso, desordenado y caótico. Quien ordena ese material (novelista, cronista, jurista) selecciona, ordena, desecha, omite (y agrega). La plausibilidad fáctica de los acontecimientos descriptos, depende en gran medida de la coherencia narrativa. Pero no solo de su coherencia interna, sino también de su coherencia con los otros relatos (representaciones, ideologías, valoraciones, precedentes) que circulan en el espacio público de la comunicación”.⁸⁴

A distribuição das mesmas armas entre as partes para que tracem suas estratégias de jogo e ataquem as falas do adversário possibilita a criação de relatos opostos e igualmente plausíveis, entre os quais o juiz irá optar. Contudo, se a hipótese acusatória é fundada na subjetividade do réu, sequer existe contraditório possível, já que inviabilizadas a verificação e a refutação. O que é possível, mediante a vinculação do julgamento ao conjunto probatório, é reduzir (ou dificultar) os juízos morais e moralizantes sobre o acusado na sentença penal, e assim conferir o legítimo

⁸³ CARVALHO, Salo de. A sentença criminal como instrumento de descriminalização: o comprometimento ético do operador do direito na efetivação da Constituição. Mimeo, 2005.

⁸⁴ MARÍA CÁRCOVA, Carlos. Derecho, literatura y conocimiento. In: SÁNCHEZ RUBIO, David; HERRERA FLORES, Joaquín; CARVALHO, Salo de. *Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos (2001/2002)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 253.

sentido à jurisdição, como “o poder por meio do qual o Estado, mediante práticas não normalizadoras e não-normalizadas, acerta de maneira irrevogável os casos penais”.⁸⁵

A discussão recai novamente no controle dos meios; não dos fins.⁸⁶ Nesse contexto é que o Garantismo se torna uma alternativa viável para se efetivar o sistema acusatório, assegurando a sentença compatível com as provas reunidas e, sobretudo, evitando que o desprendimento do ideal de verdade signifique a adesão a juízos arbitrários.⁸⁷

⁸⁵ BORGES, Clara Maria Roman. *Jurisdição e normalização: uma análise foucaultiana da jurisdição penal*. 200 p. Tese. (Doutorado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005. p. 185.

⁸⁶ Ainda que firmada a partir das reflexões de Carnelutti sobre a impossibilidade da verdade, a observação de Jacinto Coutinho ajuda a compreender a necessidade de se atentar para os meios e não para o fim do processo: “Aqui, como salta à vista, há uma grande *responsabilidade ética*: Carnelutti funda as bases para que se sustente que os julgamentos são lançados sobre aquilo que, *a priori*, sabe-se não ser verdadeiro. Dá-nos, então, por primário, a possibilidade – quiçá pela primeira vez! – de questionar a malfadada *segurança jurídica*, desde sempre *tão-só retórica* e que transformou heróis em vilões e vice-versa” (Glosas ao “Verdade, dúvida e certeza”, de Francesco Carnelutti, para os operadores do direito. In: SÁNCHEZ RUBIO, David; HERRERA FLORES, Joaquín; CARVALHO, Salo de. *Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos (2001/2002)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 178).

⁸⁷ Importante observação de Jacinto Coutinho que “o *garante* pode ser qualquer operador jurídico, mas ao juiz, em particular, está reservado um papel de destaque, de suma importância. Afinal, a *instrução* é basicamente para ele; e dele deve partir o *limite* que a sociedade estabeleceu à *busca do conhecimento do fato*, embora – há de se reconhecer – tal mister não seja mesmo nada fácil: basta a cada um pensar-se naquele lugar” (Glosas ao “Verdade, dúvida e certeza”, de Francesco Carnelutti, para os operadores do direito. In: SÁNCHEZ RUBIO, David; HERRERA FLORES, Joaquín; CARVALHO, Salo de. *Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos (2001/2002)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 177).

Assim como a sentença é somente uma, dentre tantas outras histórias possíveis sobre o descrito na denúncia, inúmeros também são os relatos sobre estes relatos. Bricolagem, narrativa, relato, fala sobre falas, resultado de um jogo etc., diferentes são as perspectivas a partir das quais a sentença pode ser lida. Não há, porém, uma maneira de evitar que esta história já esteja pronta antes de seus atores entrarem em cena. Há, pois, que se cuidar dos meios como é construída, especialmente da distribuição e limitação dos papéis, pois o poder de anunciar o fim da trama será sempre do juiz: “[...] a última palavra é tarefa do Poder, de uma relação entre a lógica e seu mito de apoio. O juiz porta a máscara sacerdotal, ele toma o lugar sagrado do intocável, ele representa este Outro, o onipotente e o ausente com que se mistifica a instituição medieval para viver e fazer viver. Quando ele pronuncia a sentença, ele diz o Direito, e sua consciência própria desaparece (‘o juiz não deve julgar de acordo com sua consciência, mas segundo as alegações’); quando ele julgou, não é ele que fala, mas a Verdade da Lei (‘a coisa julgada tem o lugar da verdade’: *res judicata pro veritate habetur*)”.⁸⁸

⁸⁸ LEGENDRE, Pierre. *O amor do censor: ensaio sobre a ordem dogmática*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1983. p. 101.

CONSIDERAÇÕES FINAIS ■

Olhar o processo penal desde um ângulo alheio ao direito é sempre uma interessante tentativa de abertura, pois é reconhecer, em alguma medida, a incapacidade de os juristas visualizarem as interrogações que sua própria atividade lhes impõe. Em regra, porém, são as outras disciplinas que se aproximam do Direito, que se coloca no centro, rodeado por conhecimentos complementares ou auxiliares. Para tanto, basta atentar para a relação que estabelece com a Psicologia e Assistência Social nas perícias técnicas, por exemplo.

Para pensar a atividade processual na sua complexidade, particularmente a prova e a sentença, é necessário muito mais que um monólogo intercalado de citações de outros campos do saber. É imprescindível um diálogo interdisciplinar, ou seja, o entrecruzamento de diferentes olhares para que, assim, aguçando os sentidos, os juristas se permitam ver, ouvir, tatear e ser tocados pela realidade. Evidentemente, reconhecer que os problemas vão além das fronteiras disciplinares é assumir que esta sensibilidade também tem um custo, pois, quando se estende a rede de interrogações, corre-se o risco de tornar qualquer investigação porosa e frágil.

Transitar por outros campos do saber é também se confrontar com a inconsistência do próprio local de atuação e até mesmo do referencial teórico eleito. Neste trabalho, as ponderações sobre o atuar dos sujeitos processuais na atividade probatória e na construção da sentença penal foram

impulsionadas pelo Garantismo que propiciou a problematização do tema em dois sentidos. Numa primeira direção, por servir como uma estratégia de contenção do poder estatal por meio da forma processual, fixando os parâmetros; portanto, dando algumas indicações ao questionamento “como punir?”. Num segundo sentido, a Teoria Garantista funcionou literalmente como ponto de partida, ou seja, de separação do marco teórico, no que se refere à verdade aproximativa e aos mecanismos (lógicos) da decisão judicial.

Em síntese, o próprio referencial teórico foi problematizado no debate interdisciplinar por meio das reflexões sobre a flecha do tempo com Prigogine, sobre o perspectivismo do conhecimento com Nietzsche e sobre a construção do crime no processo penal por meio da analogia à reescrita da modernidade proposta por Lyotard. Tais idéias puderam ser costuradas com a compreensão do processo como situação jurídica tal como pensado por Goldschmidt e Calamandrei. A leitura deste último, ou seja, do processo como um jogo, destacou a figura do árbitro e da existência das regras no processo penal. Mais que isso, inseriu os sujeitos processuais (e suas atividades) em um contexto dinâmico e incerto, do qual são indissociáveis as questões do tempo, do conhecimento, da criação, da subjetividade, entre outras, que escapam às investigações estritamente jurídicas.

A diversidade de estratégias e de jogadas torna incontornável e imprevisível o resultado da partida, especialmente porque estas são delimitadas e executadas em um tempo fluido. O jogador não domina sequer a repercussão das próprias ações ou omissões, não havendo, pois, como antecipar a sentença judicial.

Fora das jogadas, as tarefas do magistrado limitam-se a garantir e a julgar, em outras palavras, a zelar pelos limites do jogo e anunciar a finalização da partida. O desempenho de tais atividades requer, necessariamente, seu afastamento da gestão da prova já que a atuação de ofício lhe permite alterar as estratégias e realizar jogadas exclusivas da acusação e defesa.

Ora, se não existem direitos e deveres processuais, mas oportunidades e cargas atreladas ao próprio interesse das partes, a determinação da produção de alguma prova pelo juiz pode, inclusive, desarticular os planos delimitados por quem, em tese, se beneficiaria desta intervenção.

A dinamicidade do jogo na formação da prova deve ser mediada por um juiz inerte, ou seja, que não se move na direção das teses parciais, exceto na sentença. Se na partida só existem dois adversários – acusação e defesa – qualquer movimentação do magistrado será, necessariamente, em uma dessas direções, desequilibrando o jogo.

Aliás, tal ingerência deve ser repudiada, inclusive quando justificada na ampla defesa ou paridade de armas; portanto, para corroborar ou fortalecer a tese defensiva. É justamente a esfera das garantias que disponibiliza mecanismos para assegurar tais princípios, absolvendo o acusado presumido inocente, ou declarando a nulidade do processo por inexistência de defesa (advogado inapto). Assim, como a atividade probatória é exclusiva das partes, o Ministério Público não compartilha o papel de garante, o que torna insustentável a crença de que o órgão acusador pode participar, na esfera penal, como *custos legis*.

Além disso, quando se torna jogador, as preocupações do magistrado gravitam na execução exitosa de seus planos e não em assegurar a legitimidade e a legalidade do jogo. As garantias tornam-se inócuas; a sentença, a tradução de suas expectativas. Para que se instaure um sistema acusatório, a separação física e institucional entre o juiz e as partes é insuficiente para fundar uma partida democrática. É preciso saber que a forma é garantia contra o arbítrio estatal e inconciliável com a defesa da sociedade ou da vítima. Antes de qualquer preocupação com o conteúdo da prova, o juiz deve atentar para a sua forma, ou seja, pelo modo como ela é inserida no jogo (controle de admissibilidade).

Seu papel é o de viabilização do próprio jogo processual, creditando ao acusado condições de fala ainda que este opte

pelo silêncio, isto é, efetivas possibilidades de participar do debate como sujeito processual. Simultaneamente, deve exigir do acusador a comprovação da fala apresentada na denúncia, caso contrário, deve fazer prevalecer a presunção de inocência do réu. Contudo, o conteúdo das falas será sempre delimitado pela parcialidade das teses acusatória e defensiva.

O embate de argumentos denuncia que o conjunto das provas não comporta um único entendimento. Ao contrário, é a plasticidade do conjunto probatório que permite diferentes e, até mesmo, opostas leituras. Aliás, qualquer elemento produzido durante a instrução torna-se prova pela articulação dos discursos de acusação e defesa. Por isso, a formação de qualquer relato processual estará sempre estritamente vinculada aos sujeitos que dela participam, aos argumentos que utilizam e a sua inscrição na flecha do tempo.

É no debate judicial que é constituído um fato-crime. Resta inequívoca a importância do diálogo no processo, ou, tecnicamente, da oralidade e da publicidade. É que por meio da fala, em que não há fixidez, é possível a criação, ou seja, é possível o surgimento de uma cena nova, a reescrita do acontecimento, tal como pontua Lyotard. Em contrapartida, a decisão transitada em julgado impõe um registro gráfico, justamente para impedir que se modifique. A redação, neste caso, é a garantia do acusado de que a sentença não será alterada em seu prejuízo.

Se a decisão judicial é uma narrativa sobre outros relatos, o conhecimento é uma criação. Sendo assim, não há por que manter o julgador atrelado à busca da verdade, como faz o Código de Processo Penal brasileiro na sua exposição de motivos, ao qual aderem muitos juristas. Ao que parece, estes permanecem alheios às discussões interdisciplinares e, embora identifiquem a impossibilidade concreta de retorno ao passado, crêem reconstruir o crime, alcançando a verdade real, ou, pelo menos, uma verdade aproximativa. No último caso, ainda que exista uma reflexão crítica, a preocupação perma-

nece em não abdicar da verdade no processo penal, embora relativizada.

Em um sistema inquisitório como o brasileiro, o juiz decide como quer e fundamenta na prova que ele mesmo recolheu, alegando estar realizando o fim último do processo penal. Todos ficam seguros e desculpados por suas arbitrariedades. A sentença proferida é sempre a única decisão passível de ser adotada, eis que verdadeira. Todavia, no sistema acusatório, embora não seja gestor da prova, o juiz pode manobrar as provas nos seus espaços irredutíveis de poder decidindo como quer para – depois – imunizar seu discurso.

A percepção do processo pelo viés da criatividade, tanto da prova quanto da sentença, impõe o reconhecimento da insegurança ínsita à atividade jurisdicional. Mais que isso, implica a responsabilidade dos sujeitos que constroem tais relatos. Este reconhecimento não elimina, por óbvio, a possibilidade de o juiz decidir antes e justificar depois, mas o obriga a fazer por meio das provas produzidas validamente no contraditório processual.

Se condenar ou absolver é sempre opção do julgador, que, ao contrário da justificativa, não está adstrito ao momento da sentença, o resultado do jogo não está, necessariamente, reservado ao final da partida. Todos os esforços das partes na comprovação de suas teses servem unicamente para facilitar ou dificultar a tarefa de o magistrado motivar sua escolha. Mesmo despedido das funções de produzir prova, o magistrado permanece em um lugar privilegiado de poder: apresentar o relato final. Não é possível precisar – tampouco controlar – o momento em que opta por uma das teses, tornando o processo um *jogo de cartas marcadas*.

Neste contexto, torna-se difícil definir a função das garantias e evitar que funcionem apenas como um disfarce legitimador de arbitrariedades. Quando a função de garante não é mais essencial, o processo pode ser uma rebuscada

encenação em que o roteiro existe, mas os atores desconhecem o seu final, embora cientes das personagens que encarnam. De nada adianta o julgador viabilizar espaços de fala se permanece surdo às argumentações da defesa e da acusação. As garantias processuais pouco ou nada asseguram enquanto não se questiona por que certas condutas são previstas como crime ou mesmo enquanto o sistema permanecer selecionando os mesmos sujeitos.

Se a sentença é um entre tantos relatos possíveis, a questão parece centrar-se na construção não-arbitrária deste relato. A defesa é, então, essencial, já que o advogado domina a técnica e não pode anuir com a constituição de uma narrativa qualquer. Esta parece ser uma alternativa viável, pois ante a impossibilidade de capturar e eliminar o poder, como alertou Foucault, talvez seja possível pensar em espaço/tempo de resistência do acusado diante do poder punitivo estatal.

O jogo pressupõe arbitragem, regras e resultado. E, como não poderia deixar de ser, vencedores e vencidos. Resta interrogar como se distribuem os papéis no final do jogo, se se distinguem os ganhadores dos perdedores, pois mesmo uma sentença absolutória é uma derrota quando o processo já é uma antecipação da pena. Outro questionamento seria se o processo sempre acabasse empatado, sem vencedores. Todos vencidos.

Se o conhecimento é perspectivo, a própria utilização do jogo como instrumento de leitura pode ser questionada. Talvez a vantagem em utilizá-lo esteja em instrumentalizar uma crítica desde o diálogo interdisciplinar, mas permanece sendo apenas um relato possível.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS ■

- ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Proceso y derecho procesal: introducción*. 2. ed. Madrid: Edersa, 1997.
- ARENHART, Bianca Georgia Cruz. O processo penal brasileiro à luz da filosofia da libertação de Enrique Dussel. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2001.
- BARROS, Antônio Milton de. *Processo penal segundo o sistema acusatório: os limites da atividade instrutória judicial*. Leme: Editora de Direito, 2002.
- BINDER, Alberto M. *O descumprimento das formas processuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- BOEIRA, Nelson. *Nietzsche*. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004.
- BORGES, Clara Maria Roman. *Jurisdição e normalização: uma análise foucaultiana da jurisdição penal*. 200 p. Tese. (Doutorado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005.

- BRUM, Nilo Bairros de. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: RT, 1980.
- BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1964.
- CALAMANDREI, Piero. *Derecho procesal civil III: estudios sobre el proceso civil*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1973.
- CARTA DA TRANSDISCIPLINARIDADE. *Informativo do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais*, Porto Alegre, ano 2, n. 6, p. 3-4, jul.-ago. 2000.
- CARVALHO, Amilton Bueno de. Nós, juízes, inquisidores (ou da não-presença do advogado no interrogatório). In: BONATO, Gilson (org.). *Direito penal e processual penal: uma visão garantista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- . O juiz e a jurisprudência: um desabafo crítico. In: ———.; CARVALHO, Salo de. *Reformas penais em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- CARVALHO, Salo de. A ferida narcísica do direito penal (primeiras observações sobre as (dis)funções do controle penal na sociedade contemporânea). In: GAUER, Ruth M. Chittó. *A qualidade do tempo: para além das aparências históricas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- . A sentença criminal como instrumento de descriminalização: o comprometimento ético do operador do direito na efetivação da Constituição. Mimeo, 2005.
- . As presunções no direito processual penal (Estudo preliminar do 'Estado de Flagrância' na legislação brasileira). In: CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo. *Reformas penais em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

- . As reformas parciais no processo penal brasileiro. In: CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo. *Reformas penais em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- . Cinco teses para entender a desjudicialização material do processo penal brasileiro. In: CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo. *Reformas penais em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- . Memória e esquecimento nas práticas punitivas. *Revista de Estudos Ibero-Americanos*: revista do programa de Pós-Graduação em História da PUC-RS, Edição especial, Porto Alegre, 2006. n. 2, p. 61-85.
- . Criminologia e transdisciplinaridade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 56, p. 308-333, 2005.
- . *Pena e garantias*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- CASARA, Rubens R. R.; KARAM, Maria Lúcia. Redefinição cênica das salas de audiência e de sessão nos tribunais. *Revista de Estudos Criminais*, Sapucaia do Sul, ano 04, n. 19, 2005.
- CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 2000. t. I.
- . *Procedimiento penal*. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 2000. t. II.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá Editora, 1998.
- . Glosas ao “Verdade, Dúvida e Certeza”, de Francesco Carnelutti, para os Operadores do Direito. In:

SÁNCHEZ RUBIO, David; HERRERA FLORES, Joaquín; CARVALHO, Salo de. *Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos (2001/2002)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

———. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. *Revista de Estudos Criminais*, Sapucaia do Sul, ano 01, n. 01, p. 26-51, 2001.

———. O papel do novo juiz no processo penal. In: ———. (Coord.). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Renovar: Rio de Janeiro, 2001.

———. Dogmática crítica e limites lingüísticos da lei. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. 1. n. 3, p. 37-44, 2005.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. *Inatividade no processo penal*. São Paulo: RT, 2004.

DUCLERC, Elmir. *Prova penal e garantismo: uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1997.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002.

———. Verdade e poder. In: ———. *Microfísica do poder*. 11. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1993.

GARAPON, Antoine. *Bem julgar: ensaio sobre o ritual judiciário*. Lisboa: Instituto Piaget, [s.d.].

GAUER, Ruth M. Chittó. Conhecimento e aceleração: mito, verdade e tempo. In: ———. (org.) *A qualidade do*

- tempo: para além das aparências históricas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- . *O reino da estupidez e o reino da razão*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- GIACÓIA JR., Oswaldo. *Nietzsche*. São Paulo: FSP, 2004.
- GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Barcelona, Madri, Buenos Aires, Rio de Janeiro: Editorial Labor S.A., 1936.
- . *Principios generales del proceso: problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, [s.d.].
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1997.
- GRINOVER, Ada Pellegrini A. iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. In: ———. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.
- HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: DP & A Editora, 1997.
- HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1984.
- JESUS, Damásio E. *Código de Processo Penal anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- KLOSSOWISKI, Pierre. *Nietzsche e o círculo vicioso*. Rio de Janeiro: Pazulin, [s.d.].
- LEGENDRE, Pierre. *O amor do censor: ensaio sobre a ordem dogmática*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1983.

- LIMA, Walberto Fernandes de. *Sujeitos e atos processuais*. Coleção Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- LOPES JR., Aury. (Des)velando o risco e o tempo no processo penal. In: GAUER, Ruth M. Chittó. (org.) *A qualidade do tempo: para além das aparências históricas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2004.
- . (Re)discutindo o objeto do processo penal com Jaime Guasp e James Goldschmidt. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 10, n. 39, p. 103-124, jul-set. 2002.
- . *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- . A instrumentalidade garantista no processo penal. Disponível em <<http://www.aurylopes.com.br/art0002.html>>. Acesso em 26 nov. 2005.
- LYOTARD, Jean-François. *O inumano: considerações sobre o tempo*. Lisboa: Editorial Estampa, 1997.
- MACHADO, Roberto. *Nietzsche e a verdade*. Rio de Janeiro: Rocco, 1989.
- . Por uma genealogia do poder. In: FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 11. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1993.
- MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal: parte general; sujetos procesales*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003. v. 2.
- . El Ministerio Público: un adolescente? (org.). *El Ministerio Publico en el proceso penal*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1993.

- MARÍA CÁRCOVA, Carlos. Derecho, literatura y conocimiento. In: SÁNCHEZ RUBIO, David; HERRERA FLORES, Joaquín; CARVALHO, Salo de. *Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos (2001/2002)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- MARQUES, Allana Campos. A relação jurídica processual como retórica: uma crítica a partir de James Goldschmidt. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. São Paulo, Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Subsídios para pensar a possibilidade de articular direito e psicanálise. In: MARQUES NETO, Agostinho Ramalho *et al.* *Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: Edíbej, 1996.
- MARTON, Scarlett. *Nietzsche*. 5. ed. São Paulo: Brasiliense, 1999.
- MERLEAU-PONTY, Maurice. *O olho e o espírito*. [s.l.]: Cosac & Naify. [s.d.].
- MONTERO AROCA, Juan. *Principios del proceso penal: una explicación basada en la razón*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.
- MORETTO, Rodrigo. *Complexidade, tempo e aceleração: tempo social acelerado x tempo prisional estático*. 162 p. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais). Faculdade de Direito, PUC-RS, Porto Alegre, 2003.
- . *Crítica interdisciplinar da pena de prisão: controle do espaço na sociedade do tempo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- MORIN, Edgar. Complexidade e liberdade. In: ———; PRIGOGINE, Ilya (org.). *A sociedade em busca de*

valores: para fugir à alternativa entre o ceptismo e o dogmatismo. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

NIETZSCHE, Friedrich. *Obras incompletas.* Seleção de textos de Gérard Lebrun. Tradução e notas de Rubens Rodrigues Torres Filho. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

PAVIANI, Jayme. Disciplinaridade e interdisciplinaridade. *Revista de Estudos Criminais*, Sapucaia do Sul, n. 12, p. 59-85, 2003.

POPPER, Karl. *Um mundo de propensões.* Lisboa: Fragmentos, [s.d.].

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PRADO, Lúcia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção: aspectos da lógica da decisão judicial.* 2. ed. Campinas: Millennium Editora, 2003.

PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas: tempo, caos e as leis da natureza.* São Paulo: Unesp, 1996.

———. O reencantamento do mundo. In: ———; MORIN, Edgar. *A sociedade em busca de valores: para fugir à alternativa entre o ceptismo e o dogmatismo.* Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

ROSA, Alexandre Morais da. Rumo à praia dos Juizados Especiais Criminais: sem garantias, nem pudor. In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo. *Novos diálogos sobre Juizados Especiais Criminais.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

———. *Decisão no processo penal como 'bricolage' de significantes.* 430 p. Tese. (Doutorado em Direito). Setor

de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004.

SOARES, Luiz Eduardo; GUINDANI, Miriam. A construção social de uma acusação criminal: desconstruindo o uso de provas periciais. *Revista de Estudos Criminais*, Sapucaia do Sul, ano 04, n. 19, p. 39-52, 2005.

SOUSA, Edson. *Freud*. São Paulo: Abril: Superinteressante: coleção para saber mais, 2005.

VIADA LOPEZ-PUIGCERVER, Carlos; ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Curso de derecho procesal penal*. 4. ed. Madrid: Prensa Castellana, 1974. v. 1.