

UMA LEITURA EPISTEMOLÓGICA DO PROCESSO PENAL GARANTISTA

*Grupo de estudos da Faculdade de Direito de Franca*¹

Coordenador: Antonio Milton de Barros

Monitor: Leonardo Biagioni de Lima

Integrantes: Ariane Jareta de Oliveira

Jorge José João Filho

Luciana Sulmonetti Martins

Marina de Paula Zacharias

Stefania Fraga Mendes

Resumo: O Sistema Penal Brasileiro (Processual e Material) tem estado distante de se encontrar epistemologicamente. Veem-se, cotidianamente, atos ilegítimos, inválidos e inconstitucionais sendo praticados com o intuito de se seguir um modelo estigmatizado, que contraria garantias constitucionais, desrespeitando os direitos fundamentais daquele que se vê em situação inferior, seja diante de um processo criminal ou mesmo antes de qualquer ato potencialmente delituoso. Resta, deste modo, a necessidade de se verificar como vêm sendo realizadas as sanções penais no Brasil, a fim de se conhecer a epistemologia que impera tanto na estrutura do Sistema Penal em si, quanto nos Atores Jurídicos inerentes a esse Sistema.

Palavras-chave: Processo Penal; sistema penal; garantismo; epistemologia.

An Epistemological Reading of the protective criminal procedure

Abstract: Brazilian Penal System (Material and Procedural) has been far from finding itself epistemologically. Day by day, illegitimate, invalid and unconstitutional acts are being practiced with the goal to follow a stigmatized model, which goes against constitutional guaranties, disrespecting fundamental rights of that who is on an inferior position in the criminal process or even before any potentially criminal behavior. It remains, therefore, the need to see how penal sanction in our country has been done, in order to recognize the epistemology that reigns in the structure of the Penal System itself and also in its judicial actors.

Key-words: Criminal Process; penal system; guaranteeism; epistemology.

1 OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS E SUA (IN)EVOLUÇÃO HISTÓRICA

¹ Artigo produzido como resultado de pesquisa realizada no projeto de grupos de pesquisa do IBRASPP (Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal).

O Direito é formado de acordo com o que se vivencia em sociedade, consubstanciado por fatos negativos e positivos outrora presenciados, a fim de se poder viver em harmonia em um mundo espaço-temporal.

Dessa maneira, os sistemas processuais penais costumam acompanhar os acontecimentos históricos da época, atuando com menor ou maior rigor de acordo com o modelo político (poder) a ser seguido por determinada Nação. Sendo, portanto, o conhecimento científico (saber) ditado pelo poder, geralmente econômico. Desaguando-se em um contrassenso, vez que o saber será ditado por quem detém o poder, independente da legalidade das ações.

Assim, em modelos autoritários, totalitários e ditatoriais, de características intimamente repressivas, observa-se um processo penal imponente e com inobservância das garantias individuais frente à rigidez e fortalecimento do Estado, permitindo-se a manipulação dos acontecimentos jurídicos. De outro modo, em países democráticos, perante os quais o poder é escolhido pelos representantes da sociedade, assim conjugando as necessidades sociais na formação do saber, o modelo processual visa atender aos preceitos constitucionais de proteção à liberdade individual, velando pelos direitos fundamentais dos cidadãos.

Para se verificar quais foram as escolhas em diferentes épocas da história, faz-se necessária uma breve regressão para determinar como se iniciou a tutela jurisdicional penal e, a partir de então, como evoluiu.

1.1 Sistema Acusatório

A Grécia Antiga propiciou o surgimento do primeiro modelo histórico capaz de ser chamado de Sistema. Neste, havia a divisão entre processos públicos e privados. O processo público, em que se averiguavam os crimes mais graves, por perturbarem, sobretudo, a ordem pública, era iniciado por qualquer cidadão do povo. Já o processo privado era iniciado tão somente pela vítima do delito.

Em ambos, o acusado se defendia frente a um Tribunal. Aqui havia publicidade, predominância da oralidade, as diferentes funções cabiam a pessoas distintas e o contraditório e oportunidade da defesa eram garantidos.

O livro *Apologia de Sócrates* de Platão² remonta o julgamento de Sócrates, em que este se defendia das acusações de corromper a juventude e não considerar como deuses aqueles em que todo o povo acreditava. O acusavam Meleto, poeta lírico; Anito, rico industrial e muito influente no governo; e Lícon, um orador. Sócrates valendo-se da sua habilidade oratória se defendia e havia um tribunal popular para julgar o caso, julgamento esse que era de perto acompanhado pelos cidadãos atenienses. Tal obra, deste modo, bem retrata como era realizado o processo à época, fazendo-se possível uma visualização dos acontecimentos e das características preponderantes.

Diante de tais características, muitos autores³ trazem a Grécia como o berço do sistema acusatório, vendo ali o engatinhar de um sistema processual democrático e garantidor.

Possuindo as primeiras marcas no Direito Grego, o sistema acusatório tomou maiores proporções no Direito Romano.

Em um primeiro momento na construção do sistema penal romano, verificou-se o que se chamou de *cognitio*. A *cognitio* era encomendada aos órgãos do Estado – magistrados, outorgando a estes maiores poderes, permitindo que o próprio magistrado esclarecesse os fatos na forma que entendesse melhor. O julgamento, desta forma, era dado conforme a consciência do juiz.

Era possível recorrer-se das decisões, anulando-as, mas, para isso, o acusado deveria ser cidadão e varão. Então, realizava-se um novo processo, através do que fora acolhido pelo magistrado.

Como consistia em um processo sem muitas garantias, foi sendo considerado insuficiente para a época, nos últimos séculos da República, surgindo, destarte, a *accusatio*. Nessa, os acusadores eram pessoas do povo, qualquer um podia tecer as acusações, assim havia quem aproveitava da publicidade e amplitude que derivava das acusações para aspirarem a cargos públicos.

Todo o procedimento ficava a cabo das partes, estas produziam as provas de suas alegações, restando ao Estado-juiz tão somente o julgamento com fundamento naquilo que fora trazido pelas partes ao processo.

² PLATÃO. *Apologia de Sócrates*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

³ É o caso de Aury Lopes Jr: LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 7.ed. v.I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 58.

Assim, o sistema acusatório se fortaleceu, verificando-se um processo imparcial, diante do qual o juiz mantinha-se equidistante das partes, não produzia provas, deixando para que acusação e defesa se encarregassem delas; as acusações eram escritas, enquanto o procedimento era oral e público; não se admitia a denúncia anônima; cada pessoa exercia apenas uma determinada função; e o contraditório, assim como o direito de defesa, era respeitado.

Esse modelo perdurou por um longo período, até que não mais o sendo interessante para os governantes romanos na época do Império, ele começou a ruir. A primeira mudança fora a invasão dos juízes nas tarefas de acusar. Logo, os processos começaram a ser realizados “às escuras”, impedindo a publicidade dos atos. Findava, portanto, esse sistema que perdurava desde a Grécia Antiga.

1.2 Sistema Inquisitório

Derrubando o modelo acusatório que reinava até meados do século XII, nasce o sistema inquisitório com o intuito maior de efetivar as punições, uma vez que até essa época as acusações eram feitas por qualquer um do povo nos delitos mais graves e pela vítima nos delitos menos graves.

Como a inércia dos particulares em acusar era frequente, iniciou-se a preocupação em torno do aumento da criminalidade face à ausência de punições, passando, assim, para as mãos do Estado a tutela jurisdicional penal.

A consequência inicial do novo pensamento foi a transferência do direito de acusar, nos casos de flagrante delito, antes pertencente aos particulares, para os juízes. A partir de então, todos os delitos passaram a assumir tal feição, concentrando em um só órgão as funções de acusar e julgar⁴.

A relação processual, anteriormente triangular e isonômica, passa a ser constituída apenas por dois sujeitos processuais, o juiz-inquisidor e o acusado, assumindo facetas desleais, opondo o acusado ao arbítrio de um órgão que, inicialmente, desfere acusações e, ao final, julga o caso.

⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional...* p.63.

Diante da ruptura da relação triangular, algumas características começam a ser reveladas diante da busca compulsória por punição. Os primeiros sinais de um distanciamento do anterior sistema acusatório foram a forma escrita com que o processo ia sendo conduzido, deixando de lado a oralidade e o segredo implementado nas investigações⁵.

Essa roupagem que ganhava força ficou ainda mais evidente a partir da criação dos Tribunais da Santa Inquisição por parte da Igreja Católica no início do século XIII, pois passou a “enxergar no crime não só uma questão de interesse privado, mas, principalmente, um problema de salvação da alma”⁶, assim, o magistério punitivo fazia-se necessário para que houvesse uma purificação da alma pecadora.

A partir de então começaram as torturas para que se pudesse chegar à verdade dos fatos e como a elucidação dos acontecimentos pretéritos era necessária, não deveria haver limites nesta busca. Em face disto, acusados eram comumente torturados para que dissessem o que sabiam ou confessassem “de uma vez” o crime para a aplicação imediata da pena, iniciando-se a execução.

Outra consequência foi a transformação da prisão cautelar em regra geral, para que o acusado pudesse ficar na dependência do poder investigativo para eventuais declarações, bem como não destruísse as provas, ameaçando a lisura processual.

Neste momento, não havia mais um sujeito sendo investigado amparado por garantias fundamentais, mas sim um objeto para a investigação. Respaldo em um modelo utilitarista, os meios utilizados nessa investigação pouco importavam, o único senão era a efetividade que deveriam possuir para a descoberta do acontecimento potencialmente delituoso.

O retrato desse modelo opressor pode ser resumido nos dizeres de Alexandre Morais da Rosa, ao bem referir-se ao *Processo*, de Franz Kafka:

Uma justiça fugida, opaca, opressora, claustrofóbica, contraditória, burocrática, da qual passa a ser um objeto de investigação, sem que saiba do que é acusado, quem o

⁵ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p.98.

⁶ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais...* p.96. Na sequência: “O arrependimento não é mais suficiente. É necessária a penitência, motivo por que cumpre à Igreja investigar um significativo número de infrações, ratificando-se assim, politicamente, a sua autoridade”.

acusa e como se dá seu processo, (...) convencendo-se, ao final, de que não vale a pena lutar: a condenação é inexorável⁷.

Esse sistema, devastador dos direitos humanos, perdurou até a Revolução Francesa, no final do século XVIII. Neste momento, os ideais da Revolução “contaminaram” os pensamentos inquisitoriais com suas formas de valorização do Homem, amparados pelo tripé *liberté, égalité, fraternité*.

Destarte, paulatinamente, foi-se substituindo o modelo existente desde o século XII pelos modelos gregos e romanos de outrora. Contudo, a repriminção do sistema não foi totalmente realizada, devido à dificuldade de se desvincular totalmente das bases sustentadas por tantos anos. Nesse diapasão, passa a existir, para muitos, um sistema *misto*, formado pela junção das características dos dois antigos sistemas.

1.3 O Novo Modelo - Misto

1.3.1 A Incongruência do Chamado Sistema “Misto”

Um objeto que se diz heterogêneo agrega aspectos de dois outros objetos puros, formando-se um terceiro elemento. Isso foi o que ocorreu com os sistemas processuais-penais ao redor do mundo, conglobando ideias acusatórias sem se desprender dos pensamentos inquisitoriais.

O Estado nesse momento continua a ser detentor da acusação, no entanto não mais através do juiz, mas sim de um órgão que surgia, o Ministério Público. Desse modo, apesar da continuidade do monopólio estatal, as funções de acusar e julgar estavam, novamente, elencadas a pessoas diversas.

Começou-se, a partir de então, a emergir um processo penal tal qual vemos hoje, considerados por muitos como *misto*, pois enquanto a fase pré-processual possui caráter inquisitivo, estabelecendo-se o segredo, a forma escrita e o *in dubio pro societate*, a fase processual é formada por elementos do modelo (pseudo) acusatório que vigorava antes do século XII, amparado pela publicidade, separação das diversas funções processuais e predominância da oralidade.

⁷ MORAIS DA ROSA, Alexandre. “Kafka: o gozo dos assistentes”. In: Direito e psicanálise – interseções a partir de “O Processo” de Kafka. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (org). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 157-158.

Contudo, defini-lo como misto pode trazer algumas incongruências e ser insuficiente para se delinear um sistema, pois, primeiramente, conforme Tércio Sampaio, partindo da natureza arquitetônica da razão de Kant, “sistema é uma relação entre o todo e as partes, onde a retirada ou acréscimo de uma só parte destrói ou modifica o todo como unidade *orgânica*, (...) pressupondo uma força única, central, interna agindo de modo teleológico, diferente da mera soma das partes do sistema”⁸.

Sendo assim, não se pode definir o caráter teleológico de um sistema misto, pois, sem se definir sua base fundamental, não se pode saber em que se suportar diante das adversidades, inclusive em eventuais preenchimentos de lacunas que podem derivar a partir de algum novo caso.

Ainda, “considerando que os sistemas realmente puros são históricos, sem correspondências com os atuais, a classificação de ‘sistema misto’ não enfrenta o ponto nevrálgico da questão: a identificação do núcleo fundante”⁹.

Localizar esse núcleo fundante é, sem dúvida, de demasiada importância, pois só a partir de então se podem inferir regras a serem seguidas dentro de um sistema, sendo incongruente sê-lo misto, tendo em vista que nada surge híbrido. Tudo parte de um organismo puro e a ele são incorporadas outras matérias.

1.3.2 O Núcleo Fundante

Percebem-se, hoje, dois órgãos distintos nas qualidades de acusar e julgar. Entretanto, essa diferenciação parece acontecer apenas no âmbito formal. Enquanto na Grécia Antiga o juiz mantinha-se imparcial, equidistante das partes e não participava da produção de provas, nos dias atuais isso não corresponde à realidade.

O magistrado pode, conforme artigo 156 do Código de Processo Penal¹⁰, determinar as provas a serem produzidas, ferindo nitidamente o caráter isonômico e imparcial que

⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio; *Conceito de sistema no direito: uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask*. São Paulo: RT, 1976, p. 12. Ou ainda, conforma COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coordenador). *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 16-17: “Tenho a noção de sistema a partir da versão usual, calcada na noção etimológica grega (system-atos), como um conjunto de temas jurídicos que, colocado em relação por um princípio unificador, formam um todo orgânico que se destina a um fim. É fundamental, como parece óbvio, ser o conjunto orquestrado pelo princípio unificador e voltado para o fim ao qual se destina”.

⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional...* p. 70.

deveria possuir. Também, de acordo com o artigo 209 do mesmo diploma processual, pode ele ouvir testemunhas além das arroladas pelas partes, participando ativamente da gestão probatória, não mais julgando apenas as provas, mas, também, as produzindo.

Tendo em vista essa nova postura do juiz, o sistema acusatório de outrora fica, evidentemente, fragilizado, pois, anteriormente, consubstanciado pela dimensão do princípio da imparcialidade em conjunto com a garantia do contraditório em sua mais manifesta forma, com a perda da imparcialidade não mais se observa o sistema acusatório, ele deixa de existir, pois perdera um de seus suportes. Assim, aquela separação das funções que se diz existente é ilusória, existe em um âmbito formal, porém na prática (materialmente) não se vê.

Não de outro modo se pode dizer de nosso sistema atual, existente desde 1941, com inspirações do Código Rocco italiano de 1930, eminentemente fascista, que, nessa linha sucessória, foi formado através das ideias do Código Napoleônico de 1808. Portanto, - perdendo ou não alguns caracteres pelo caminho – o Código tal qual temos hoje serviu a ditadores no passado e hoje nos serve. Trata-se de um processo “(neo) inquisitório”¹¹, por não obedecer ao rigor da imparcialidade e isonomia, garantidores de um processo legal, calcado na justiça e na racionalidade.

2 A INSTRUMENTALIDADE PROCESSUAL

2.1 O Processo e a Aplicação da Lei Material

O processo penal, como visto, passou a existir com o fim de regular o poder de punir, eliminando a vingança privada que imperava anteriormente. O Estado tomou para si a responsabilidade de sancionar a prática dos delitos mais gravosos que mereciam ser apenados e, a partir disso, somente se reconhecia como crime e efetiva-se a punição mediante a existência de um processo penal (princípio da necessidade), não sendo possível sua tutela extraprocessual como ocorre com o processo civil¹².

O primeiro representante estatal, nessa nova conjuntura, fora o juiz, que analisando as alegações trazidas ao processo pelas partes julgava o fato. Após a Revolução Francesa,

¹⁰ O mencionado artigo traz a seguinte redação: “Art.156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: II- determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”.

¹¹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional...* p.69.

¹² LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional...* p. 4.

com o surgimento do Ministério Público, o Estado chama, também, para si a responsabilidade em acusar, antes deixada a qualquer um do povo. Desse modo, o processo assume um caráter eminentemente público, através do qual era tarefa do Estado cuidar dele, para que assim se concretizassem as punições, não deixando que proliferasse a criminalidade em face da impunidade que a presença de um processo privado poderia ocasionar.

Nesse contexto, o processo penal surge, primeiramente, com a finalidade de tutelar os atos criminosos praticados em sociedade, a fim de se punir aqueles que desviaram da conduta tida como *social standard* (padrão social).

É evidente o caráter meramente sancionador nessa nova roupagem, nascendo para avocar ao Estado o *jus puniendi* antes deixado às mãos dos cidadãos. O processo era, destarte, um direito social. A sociedade se protegia, através dele, dos indivíduos que poderiam transgredir a paz social. Nesse mesmo diapasão, seria dizer que o processo possuía apenas o objetivo de legitimar a liberdade individual, regulando-a.

A pena, no pensamento clássico, é vista como uma reação própria do ordenamento jurídico contra o indivíduo que com sua ação quis romper com o bem-estar social. A sua finalidade é repressiva, sendo “substancialmente um castigo retributivo em nome daquela exigência ética que querem que ao bem siga o bem (o prêmio) e ao mal siga o mal (castigo)”¹³, manifestando um ideal de *prevenção geral do reato*¹⁴.

A seguir, com os estudos de LOMBROSO, FERRI, GAROFALO, surge o positivismo criminológico que passa também a influenciar a teoria da pena e como consequência a ideia de processo. Neste momento, além do caráter de prevenção geral, há que se manifestar uma *prevenção especial* para certos indivíduos, potencialmente com maior poder de desequilibrar o ordenamento jurídico.

Nessa perspectiva, há um processo de combate à criminalização geral e outro para certo grupo de indivíduos com maior probabilidade delinquente. Sempre, todavia, visando o castigo (*ao mal siga o mal*).

¹³ BETTIOL, Giuseppe; BETTIOL, Rodolfo. *Instituições de direito e processo penal*. São Paulo: Pillares, 2008, p. 49.

¹⁴ Nos dizeres de BETTIOL, “reato é um ato ilícito, entendendo-se com isso um ato que contraria uma proibição jurídica fornecida de sanção ou consequência jurídica”, p. 38.

REVISTA ELETRÔNICA DA
FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

www.revista.direitofranca.br

v. 6, n.1, dez/2012, ISSN: 1983-4225

A partir da autonomia que passou a ter, deixando de ser mero apêndice do Direito Penal - em que pese nisso os estudos de Oskar von Bülow -, o processo passa a ter o objetivo de regular sua aplicação, dando, assim, um *modus operandi* para a lei material penal, fazendo com que os crimes previstos no Código Penal vejam sua punição viabilizada em juízo, funcionando como aspecto controlador da sociedade, imperando o medo e legitimando o exercício da liberdade individual, num aspecto, como anteriormente dito, de prevenção geral, devendo a pena impor medo àqueles que “pensam” em cometer crimes.

Ainda hoje, o processo penal permanece com tal objetivo e com tais características que tomaram uma dimensão ainda mais elucidativa no período em que foi dominado pela Inquisição, perante o qual as liberdades ficaram mais restritas e a opressão tomou proporções gigantescas.

No Brasil, houve a promulgação do Código Penal e do Código de Processo Penal no mesmo período (menos de um ano de diferença de um para o outro, 1940 e 1941, as promulgações, respectivamente), deste modo, é nítida a relação que possuem entre si. Contudo, cumpre destacar que nessa época o nosso país era governado por Getúlio Vargas, o qual recebia grandes influências do Fascismo italiano e, por isso, nossos Códigos (tanto Penal, quanto Processual Penal) receberam influência do Código de Rocco (Código italiano), o qual servia à Itália em pleno Fascismo.

Exemplo disso é a exposição de motivos do nosso Código de Processo Penal, de caráter extremamente repressivo e antigarantista, que, ao tratar da reforma do processo penal vigente, preceitua:

As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade.

Por tal característica, o acusado não era considerado inocente, não havia essa presunção. Muito pelo contrário, ele já ingressava culpado no processo, pois se já há contra ele um processo instaurado, como o dizer inocente? Mostrando-se uma nítida face inquisitiva.

Advieram reformas na tentativa de se melhorar (ou amoldar) esse caráter autoritário do CPP, muitas das quais trouxeram efetivas mudanças rumo a um processo democrático. No entanto, a maioria delas foi muito tímida, principalmente por influência da sociedade que

ainda muito faz confusão entre garantias individuais ao acusado e impunidade, como se fossem a mesma coisa.

Desse modo, a base do Código de 1941 permanece estanque. Nem mesmo o advento de uma Constituição Federal em 1988, protetora dos direitos do acusado foi capaz de desprender as amarras que vinculam os juristas àquele modo de se pensar de 70 anos atrás. O modelo penalizador de (tentar) efetivar a sanção penal permanece arraigado às Instituições jurídicas, tapando-se os olhos, não deixando que a luz constitucional possa iluminar essa caverna que de garantias só se percebem sombras.

Segue-se, portanto, um Código de Processo Penal possuidor de uma teleologia punitiva e repressiva, vendo na criminalização das condutas e no encarceramento a chave para se construir uma sociedade sem problemas sociais.

No entanto, os tempos são outros (apesar do procedimento e a maneira de pensar ser a mesma). Não mais se pode ver o processo como um modo de regular a liberdade individual e medida eficaz e necessária para se impor a pena. Com a formação da Constituição recepcionando os direitos naturais, inerentes aos homens, a visão deve ser diversa. O prisma a partir do qual se fará a leitura processual deve, pois, partir da Lei Maior, nossa Constituição Federal, respeitando seus princípios e seus limites.

A pena não pode ser a imposição de um castigo ou um mal ao indivíduo. A tutela jurisdicional não serve para atrocidades e realizações de maldade, funcionando como órgão aplicador de vinganças aos indivíduos. O Estado é forte e racional, não se podendo comparar ao indivíduo que é frágil e está diante de uma acusação.

Se o processo já nasce com características de repressão e combate ao indivíduo, resta um evidente desnivelamento dos ideais de justiça e é certo que o Estado está fraudando a sociedade numa atividade eminentemente excludente, onde aqueles que não puderem contribuir com o fortalecimento e o poder econômico da nação que fiquem fora dela.

Ver-se-á então que a “garantia e o exercício da liberdade individual não necessitam de qualquer legitimação, em face da sua evidência”¹⁵ e para haver um exato cumprimento dos preceitos fundamentais da Constituição legitimando os cidadãos, que são componentes do

¹⁵ TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 162.

Estado, o que deve sim ser legitimado é o poder de punir. Não só legitimado, mas também limitado.

2.2 A Crise Da Teoria Das Fontes

Foi visto que no início da década de 40 do século passado foram promulgados tanto o Código Penal, quanto o Código Processual Penal, os quais de caráter inquisitivo, influenciados pelo Código de Rocco na Itália, de pensamento fascista.

Ocorre que, em 1988, houve a elaboração de uma nova Constituição Federal, dita Constituição-cidadã, por, entre outros motivos, trazer direitos e garantias fundamentais aos cidadãos como cláusulas pétreas.

Eis que realmente assim o foi, no âmbito penal, a Lei Maior passou a contemplar princípios do juiz natural (artigos 5º, LIII e 92 a 126); do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, LV); da presunção de inocência (artigo 5º, LVII); da publicidade dos atos processuais (artigos 5º, LX e 93, IX); além de determinar que a ação penal seja promovida pelo Ministério Público (artigo 129, I).

O Brasil então parecia querer respirar ares democráticos e de forma direta notava-se a intenção do legislador constituinte em ver o processo em um modelo acusatório, desprendendo-se das amarras inquisitoriais. Os ventos começavam a soprar para uma outra direção.

A mudança pode sim ser considerada radical, como observou Eugenio Pacelli de Oliveira, dizendo ainda que “a nova ordem passou a exigir que o processo não fosse mais conduzido, prioritariamente, como mero veículo de aplicação da lei penal, mas, além e mais que isso, que se transformasse em um instrumento de garantia do indivíduo em face do Estado”¹⁶. Contudo, iniciou-se aí um momento de “crise da teoria das fontes”¹⁷, pois, possivelmente devido a essa mudança radical, os juristas não “repcionaram” os preceitos constitucionais, ou seja, eles foram renegados, postos à margem do ordenamento.

A hierarquia das normas jurídicas passa a não ser respeitada, de modo que havendo desproporcionalidade entre a Constituição e a lei processual, tem-se dado preferência a essa.

¹⁶ PACELLI DE OLIVEIRA, Eugenio. Curso de processo penal. 13.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 8.

¹⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional...* p. 9.

A Constituição, portanto, assume um posto subsidiário ou suplementar, somente sendo invocada se possível a dar suporte aos preceitos infraconstitucionais, em uma manifesta subversão do ordenamento jurídico.

Assim, apesar da previsão excepcional da prisão no texto constitucional, o que vem ocorrendo é a provisoriedade da liberdade e a prisão cautelar como regra¹⁸. Para isso basta ver que 44% dos presos no Brasil são provisórios, em um universo nada pequeno de cerca de 520 mil presos, conforme dados do Conselho Nacional de Justiça.

Também, embora esteja regulamentado e estruturado o órgão do Ministério Público na Constituição Federal, observamos um Código de Processo Penal que prevê poderes instrutórios ao magistrado, no artigo 156, podendo, assim, participar da produção de provas e substituir as partes nessa função, remetendo-nos, portanto, em uma viagem histórica, ao período em que se imperou o sistema inquisitório.

Nítido, portanto, é o preconceito que vive a nossa Carta Magna, colocada em segundo plano e superada por uma lei ordinária.

2.3 O Processo E Seu Devido “Primeiro Fim” – A Instrumentalidade Constitucional

José Saramago, em sua obra *Ensaio sobre a Lucidez*, conta a interessante história da capital de um país que viu 83% de seu eleitorado votar em branco no escrutínio eleitoral¹⁹. Perplexos e revoltados com a surpreendente votação, os então governantes elaboraram uma série de medidas visando punir essa população que havia “atentado contra os fundamentos básicos da democracia representativa”²⁰, acabando por isolá-la do resto do continente, em uma forma de “encarceramento”.

Essa é uma crítica feita por Saramago ao governo português que não procurava entender as necessidades da população, mas, em contrapartida, sabia como ninguém como punir a população quando seus cidadãos desviavam-se da conduta pretendida pelos representantes do povo.

¹⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional...* p. 8.

¹⁹ SARAMAGO, José. *Ensaio sobre a lucidez*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p.35: “Prezados concidadãos, disse, o resultado das eleições que hoje se realizaram na capital do país foi o seguinte, partido da direita, oito por cento, partido do meio, oito por cento, partido da esquerda, um por cento, abstenções, zero, votos nulos, zero, votos em branco, oitenta e três por cento”.

²⁰ SARAMAGO, José. *Ensaio sobre a lucidez...* p. 39.

A história parece nos remeter a atual conjuntura de nosso sistema penal. Tem-se uma Constituição Federal guardiã dos direitos fundamentais mínimos dos cidadãos, prevendo direitos à liberdade, educação, lazer, saúde, alimentação, trabalho, moradia, dentre outros e também protetora de um devido processo legal (artigo 5º, LIV). No entanto, na prática, nenhum desses direitos é concedido à população, carecendo de toda e qualquer necessidade básica, não cumprindo o Estado com sua função social de dar dignidade humana ao cidadão que contribui com o orçamento do Poder Público.

Contudo, apesar de não assumir o seu papel nesse cenário, não dá chances ao indivíduo que descumpra o seu, punindo-o sumariamente e o exemplo disso quando se trata do Direito Penal são as prisões cautelares, compondo, como afirmado acima, cerca de 40% da população carcerária.

Serve, assim, o Direito Penal e o Processo Penal, conseqüentemente, como forma de o Estado demonstrar para a sociedade que apesar de suas falhas, cumpre seu papel em dar segurança aos “bons cidadãos”, eliminando das ruas aqueles que representam um perigo social e, para que tal política se efetive, necessita-se de um processo menos burocrático, ou seja, com um menor número de garantias, já que a sentença já está dada muito antes da abertura do inquérito policial. A condenação é irremediável.

Vê-se, diariamente, nos *foros* do país processos sem advogados, ou advogados *ad hoc*, que têm a missão de defender o acusado sem um acompanhamento do que vem ocorrendo no processo, como se a liberdade do indivíduo que está em jogo fosse mero inconveniente processual; outros com sentenças feitas antes mesmo da audiência de instrução; inversão do rito processual, ouvindo, por exemplo, primeiro testemunhas de defesa e depois as de acusação para que não seja designada nova data para audiência e, assim, os juízes cumprirem as metas que os Tribunais e o Conselho Nacional de Justiça lhes dão.

Está-se, portanto, diante de um jogo que foi feito para um único fim: a condenação. O Estado necessita mostrar resultados para a população e como é muito mais difícil organizar um sistema social, proporcionando um melhor padrão de vida para os cidadãos para que possa haver uma efetiva redução na criminalidade por combatê-la em sua raiz, melhor é fraudar essa situação e eliminar do sistema aqueles que descumpriram as regras do jogo, encarcerando-os.

Em pleno século XXI, o processo não mais pode servir apenas a esse controle social. O instrumento inicial do processo deve ser a Constituição Federal, passando a ser aplicado a partir dela, trazendo para os processos nos fóruns de todo o país o que ela prevê, elevando, assim, o acusado à qualidade de sujeito de direitos e não mero objeto da investigação, pois já se encontra desde o início em posição inferior²¹.

O preconceito deve ser quebrado, o exercício de garantias do acusado no processo não é uma gratificação do Estado ao indivíduo. Ele não passa de um direito previsto na Constituição. Muito menos, ainda, se confunde com sinônimo de impunidade, podendo-se sim confundir com retidão e cumprimento da democracia por parte do Estado que não é uma mão invisível controladora da sociedade, um Leviatã de Thomas Hobbes, senão cada um de nós.

3 A EPISTEMOLOGIA GARANTISTA

3.1 O Garantismo

A partir dos ideais iluministas que desaguaram na Revolução Francesa de 1789, o mundo passou a ter uma nova dimensão no que se refere aos direitos do Homem. Em face da desigualdade que afligia a Europa no século XVIII, os revoltosos, antes marginalizados pelo sistema de classes, quiseram construir um sistema de igualdade em direitos perante toda a humanidade independente de classe econômica, onde a valorização do Homem fosse o objetivo a se alcançar.

A luz que advinha dessa nova visão influenciou também o direito, mais precisamente no âmbito penal, pois, como visto, acabava aí o período inquisitivo, no qual se operava o medo e a opressão.

Contudo, apesar da volta à racionalidade, marcas de um longo período em que se deturparam os direitos individuais não foram apagadas. O processo penal via a luz, mas o feixe era pequeno. O surgimento de um órgão estatal acusador, tirando das mãos do magistrado tal função não se revelou de todo modo útil ao sistema, que parecia não querer se desgarrar do período anteriormente vivido.

²¹ Basta ver que existe um órgão (Polícia) na fase de investigação e outro (Ministério Público) na fase processual contra o acusado. Enquanto ele mesmo, muitas vezes, não possui sequer um defensor.

Assim, ao mesmo tempo em que figurava uma mudança desejosa de se livrar das correntes da Inquisição, via-se ela própria servindo a ditadores, como Napoleão Bonaparte. Influenciava tanto Beccaria e Carrara como tecnologias penais autoritárias e antigarantistas, com o objetivo da máxima segurança possível²².

Desvios como esses não podem operar em um Estado Democrático de Direito, não podendo haver margem para subversões dos princípios fundamentais dos cidadãos, o que claramente torna-se possível quando se possui um sistema *misto*.

3.1.1 O Absurdo Kafkaniano

Franz Kafka, em *O Processo*, relata a história de Josef K., personagem que no dia de seu aniversário é surpreendido por policiais em sua casa, iniciando uma investigação perante a qual já iniciava condenado. Os agentes policiais não lhe explicam o motivo pelo qual estão a investigá-lo, muito menos lhe é dada oportunidade para se defender, diante de um Tribunal que tem por objetivo fazer cumprir as determinações, e só²³! Em um completo absurdo processual, Josef K. acaba condenado, sem saber o delito que cometeu e muito menos se tal punição é devida.

Apesar da hipotética e utópica história que de início parece ser, nosso processo penal não se encontra distante do livro de Kafka. Em nome da celeridade, do automatismo e a fim de que se faça “a máquina andar”, os atores jurídicos praticam atos sem saber o porquê, esquecendo-se se existe uma finalidade a ser tutelada pelo nosso processo penal, está-se, assim, diante de um “*processo penal brasileiro kafkaniano*, entendido como aquele em que se

²² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 29.

²³ KAFKA, Franz. *O processo*. Trad. Modesto Carone. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 42: “Nós somos apenas empregados inferiores que pouco sabemos de documentos já que nossa missão neste assunto consiste somente em montar guarda junto a você durante dez horas diárias e cobrar o nosso soldo por isso. Aí está tudo que somos; contudo, compreendemos bem que as altas autoridades a cujo serviço estamos, antes de ordenar uma detenção, examinam muito cuidadosamente os motivos da prisão e investigam a conduta do detido. Não pode existir nenhum erro. A autoridade a cujo serviço estamos, e da qual unicamente conheço os graus inferiores, não indaga os delitos dos habitantes, senão que, como o determina a lei, é atraída pelo delito e então somos enviados, os guardas. Assim é a lei, como poderia haver algum erro? – Desconheço essa lei – Disse K. – Tanto pior para você – replicou o guarda.”

opera sem entender o que se faz, cumprindo-se regras por serem regras, sem qualquer controle de constitucionalidade e seguindo a maré do *impessoal*”²⁴.

Daí que para conter essa postura do “cumpra-se”, há que se operar o processo sob um nível constitucional-garantista, verificando aspectos como *vigência/validade* e tendo o acusado como indivíduo a ser tutelado, a fim de que verifique suas possibilidades dentro de uma sociedade que não costuma oferecer suporte para aqueles que não possuem poder econômico para consumir, mas que, ao mesmo tempo, não deseja consumidores falhos.

3.1.2 A Epistemologia Garantista

É a partir desse pensamento que Luigi Ferrajoli propõe um “esquema *epistemológico* de identificação do desvio penal”, a fim de se chegar a um ideal garantista “de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade”²⁵, através das garantias penais e garantias processuais.

3.1.2.1 O Convencionalismo Penal e Legalidade Estrita

A legalidade estrita²⁶ abarca em um momento inicial o caráter legal da punição. A conduta antijurídica deve estar tipificada, para que seja possível a punição, retratando o princípio da reserva legal (*nulla poena et nullum crimen sine lege*) e consubstanciando o aspecto formal do desvio da conduta. Já em uma segunda perspectiva, deve preencher as hipóteses fáticas do desvio legal, caracterizadas objetivamente.

Dessa forma, não basta que a ação praticada seja imoral, ela tem que estar prevista em lei para ser objeto de punição, através da submissão à jurisdição, conforme aquilo que se convencionou como sanção em *ultima ratio* e, além disso, prever uma hipótese objetiva de aplicação.

²⁴ MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Decisão no processo penal como ‘bricolage’ de significantes, dissertação de doutorado, Universidade Federal do Paraná, 2004*, p. 90.

²⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – teoria do garantismo penal...* p. 30.

²⁶ Ferrajoli faz referência à legalidade estrita para “designar a reserva absoluta da lei, que é uma norma dirigida ao legislador, a quem prescreve a taxatividade e a precisão empírica das formulações legais”, contrapondo-se à *mera legalidade* que se confunde com a reserva legal, norma essa “dirigida aos juízes, aos quais prescreve a aplicação das leis tais como são formuladas”, p. 31.

O princípio da *legalidade estrita* é o primeiro filtro a ser utilizado frente à arbitrariedade que pode advir da norma penal, pois visa a impedir que legisladores incluam no ordenamento jurídico preceitos que atinjam pessoas ao invés de se atentarem à transgressão de fatos. A norma coerciva deve possuir um caráter *regulamentar* e não *constitutivo*, prescrevendo condutas proibidas e não inimigos do Estado a serem perseguidos.

O sujeito não é culpado ou temeroso por sua simples existência, e sim pelas suas condutas. A conduta é o fio condutor que se tem entre o fato e a norma, não podendo o ser o sujeito, este só será responsabilizado pela sua *conduta-desvio* determinada e não por sua identidade.

Opera-se, desse modo, a *liberdade*, em se poder ter qualquer atitude que a lei anterior não proíba, bem como a *igualdade*, em ver-se a conduta como o único elemento causador do desvio-punível, refutando-se a discriminação sob qualquer forma.

3.1.2.2 Cognitivismo Processual e Estrita Jurisdicionalidade

O cognitivismo processual é o segundo elemento que se faz necessário para a efetividade da epistemologia garantista e pode ser traduzido na estrita jurisdicionalidade das decisões.

Assim como a *estrita legalidade*, a *estrita jurisdicionalidade* compõe-se de dois caracteres: um primeiro que preceitua o dever do julgamento ser realizado sob um órgão investido de jurisdição e anterior ao fato potencialmente punível, consubstanciando-se no princípio do juiz natural, possuindo o acusado o direito de ver-se julgar frente a um órgão estatal que lhe tratará de forma equânime e isonômica.

Outra característica consiste em que, além do primeiro elemento (*estrita legalidade*), verificar-se-á, em um segundo momento (em juízo), o real acontecimento do fato, bem como sua tipificação. Aqui, cumpre ao magistrado ater-se as acusações realizadas pelo Ministério Público ou pela vítima, através de seu representante legal, e analisar a veracidade das alegações em meio ao conjunto probatório que se constitui ao final do processo, verificando-as ou refutando-as.

Dessa forma, apenas poderá ser prova aquilo que foi colocado em contraditório, permitindo-se o juízo de *verificabilidade* ou *refutabilidade*, “de modo que resultem apenas

convalidadas se forem apoiadas em provas e contraprovas, segundo a máxima *nullum iudicium sine probatione*²⁷, havendo, assim, um controle empírico.

Estabelece-se, destarte, um modelo teórico e normativo do processo penal, no qual haverá a comprovação ou não dos fatos alegados, não se valendo de valorações, mas admitindo-se, tão somente, a verificação ou refutação, a verdade ou a mentira.

3.1.3 Garantias Penais e Processuais

Como visto, as garantias têm que existir tanto no âmbito material quanto no âmbito processual do Direito Penal para que possam, efetivamente, tutelar os direitos individuais do acusado, que é a parte frágil do processo, pois todos, nesse momento, parecem voltar-se contra ele²⁸.

Há que se observar que todo crime é um fato social, que é reprovado pela sociedade por sua manifesta desproporcionalidade com o dever de conduta dos *cidadãos-sociais*. No entanto, não basta causar repulsa, se não ocasionar um dano real. Além disso, a sanção penal deve ser o único meio hábil para se reequilibrar as atitudes que causaram perplexidade, pois de outro modo haverá um excesso punível, uma vez que a prática do ato poderia ter sido combatida com um instrumento menos gravoso, ou mais *útil*. Apenas, então, reunindo-se esses diversos elementos pode-se tipificar como crime um fato social e, a partir disso, punir um indivíduo somente com previsão legal e necessidade.

Após, quando se irá investigar o possível cometimento de uma infração penal, a ideia das garantias tem que ser mantida, de modo que o indivíduo/acusado seja colocado em julgamento perante um *devido processo legal*, o qual não lhe furtará de seus direitos enquanto cidadão pertencente a uma sociedade que não quer desvios de conduta e também não deverá (poderá) querer desvios no processo.

²⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – teoria do garantismo penal...* p. 32.

²⁸ Com relação às garantias penais e processuais que devem existir, Luigi Ferrajoli estabelece um conjunto de dez axiomas que devem existir no sistema penal (SG), os quais são: A1 *Nulla poena sine crimine*; A2 *Nullum crimen sine lege*; A3 *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*; A4 *Nulla necessitas sine injuria*; A5 *Nulla injuria sine actione*; A6 *Nulla actio sine culpa*; A7 *Nulla culpa sine iudicio*; A8 *Nullum iudicium sine accusatione*; A9 *Nulla accusatio sine probatione*; A10 *Nulla probatio sine defensione*. Ainda, “dos dez axiomas de nosso sistema SG – inderiváveis entre si e, não obstante, encadeados de maneira que cada um dos termos implicados implique por sua vez o sucessivo – derivam, mediante silogismos triviais (...). Assim, pois diremos: *nulla poena sine lege* (T11), *nulla poena sine necessitate* (T13) (...), *nullum crimen sine necessitate* (T20)”, até que se chegue a *nulla accusatio sine defensione* (T56), findando os teoremas que formam o Sistema Garantista, p. 74-76.

Princípios processuais serão, desse modo, aplicados. Entre eles, o da jurisdicionalidade, em seu aspecto amplo, conglobando o juiz natural e a *jurisdicionalidade estrita*, vista anteriormente; o princípio acusatório, havendo uma separação material nas funções de acusar e julgar, não havendo apenas distinção quanto aos órgãos, mas também quanto às ações que possuem no processo; o princípio do ônus da prova, perante o qual cabe ao órgão acusador comprovar suas alegações, pois não havendo acusações, não haverá condenação; e o princípio do contraditório, colocando as provas para serem apreciadas, verificando-as ou refutando-as.

A correlação entre as garantias penais e processuais é, portanto, funcional, devendo coexistir, pois na falta de uma a outra perde, também, a essência. Deixando de existir a garantia penal, o juízo torna-se arbitrário, assim como se o processo for manifestamente antigarantista, também o será a lei material. Outrossim, funcionam como garantia da efetividade do conjunto garantista – penal e processual - e não apenas consideradas o fim em si mesmas.

Quanto mais um modelo processual se aproxima das garantias aqui tratadas, consubstanciando, por exemplo, os axiomas determinados por Ferrajoli e fazendo com que o processo seja amparado por todas as garantias que devem ser inerentes ao indivíduo que está sob a mira da acusação, mais nos deparamos com um racionalismo jurídico. Em contraposição, quanto mais distante dessa realidade, mais à beira de um modelo irracional, perante o qual prevalece a arbitrariedade e o utilitarismo estar-se-á.

Tendo em vista que o distanciamento do sistema inquisitivo revela uma maior cientificidade e uma busca democrática pelo Direito, este modelo garantista parece ser um exemplo a ser seguido pelo Estado tal qual temos hoje, minimizando a violência e o poder Estatal e maximizando a tutela da liberdade individual, amparados por um cognitivismo processual.

Essa previsão garantista deve, por isso, ser estabelecida constitucionalmente, a fim de que seja respeitada por todo o sistema jurídico, não dando brechas para eventuais retrocessos e procedimentos repressivos infraconstitucionais. O processo passaria, assim, a ser visto sob uma ótica constitucional à qual se vincularia durante todo o seu *iter*, regulando não somente a lei material, mas também imperativos constitucionais e supralegais.

Apenas assim, poderíamos obter uma tutela processual condizente com o nível sociológico atual, a qual seria verificada através dos preceitos constitucionais, que regulam a vida em Sociedade, efetivamente aplicados no plano prático, controlando e neutralizando o poder e o direito ilegítimo²⁹.

4 A DECISÃO PENAL

4.1 Decisionismo X Cognitívismo

O papel do magistrado no processo é de fundamental importância. Primeiramente porque é ele o ator jurídico que julgará o destino do acusado, notando-se aí a relevância e responsabilidade que possui e segundo, porque é quem tem o dever de fazer valer a hierarquia das normas e sua interpretação a fim de se fazer justo seu primeiro papel.

Por isso, a decisão penal não pode se realizar de qualquer maneira. O processo tem que seguir uma linha coerente e ao final, quando da decisão, concluir-se de maneira equivalente, condizente com o que fora até ali relatado e trazido a juízo.

Não há mais espaços para decisões infundadas, ilógicas ou contrárias à estrutura do ordenamento jurídico. Cabe ao magistrado a aplicação das normas, ou seja, a atuação de intérprete e verificador da validade, eficácia e vigência dessas, não rompendo com a hierarquia das fontes normativas nessa sua atividade.

Partindo de um conhecimento compartilhado que lhe é permitido pelas suas pré-compreensões, a partir de um transcendental histórico, será possibilitado ao magistrado a aplicação justa da legislação, a qual, desta forma, estará subordinado, transferindo-se, assim, o conhecimento para o âmbito da linguagem, deixando à margem as impressões pessoais.

Desse modo, o magistrado não pode ficar vinculado à sua consciência, aos seus próprios pensamentos. Quando julga, não parte ele de um grau zero de sentido. Todas as normas possuem já um sentido determinado que a sociedade, e por consequência o Direito, lhe impôs, não ficando ao seu alvedrio tal aplicação e assujeitação. Não é ele um sujeito

²⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – teoria do garantismo penal...* p. 684.

isolado, solipsista, que pode aplicar as regras conforme seu conforto. Por trás dele há todo um transcendente que lhe atinge, determinando como seguir³⁰.

No entanto, não é o que vem se observando nos Tribunais de nosso país. Partindo intimamente de suas consciências e prospecções pessoais, magistrados têm “fundamentado” suas sentenças e acórdãos, sem qualquer base constitucional ou sequer legal. Num manifesto caráter punitivo-decisionista, desvencilham-se da importância cognitiva do processo e partem para o método “a lei sou eu”.

Ocorre que, na maioria das vezes, partindo dessa forma de decisão opera-se o juiz-inquisidor, e isso talvez se deva à promulgação em 1988 de uma Constituição estabelecendo maiores garantias individuais. Isto porque opera ainda a cultura da segregação e da exclusão dos indivíduos (o *outro*) como forma de combate a criminalidade e manutenção da paz social. Como vêm, assim, preferindo-se a condenação, a melhor forma para se alcançar esse objetivo é limitar as garantias dos acusados, configurando um Poder Judiciário que se veste com a capa da polícia³¹ e, por consequência, negando a Constituição.

Nosso Código de Processo Penal, totalmente defasado, por ainda conceber as ideias de, no mínimo, sete décadas atrás, necessita de uma leitura constitucional, para que seja permitida sua aplicação, pois de outra forma estar-se-ia abdicando da hierarquia normativa. E é esse o lugar decisivo do Judiciário, fazer valer ao acusado (também sujeito de direitos) as garantias previstas e a eles inerentes.

Todavia, a corrente vai em direção contrária, diante de práticas decisionistas e amplamente “*anticognitivistas*”, confunde-se (ou quer confundir-se) validade com vigência e tudo o que vige passa a valer, conferindo uma maior aceitação para aquele que tem a ambição

³⁰ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 20: “Deslocar o problema da atribuição de sentido para a consciência é apostar, em plena era do predomínio da linguagem, no individualismo do sujeito que ‘constrói’ o seu próprio objeto de conhecimento. Pensar assim é acreditar que o conhecimento deve estar fundado em estados de experiência interiores e pessoais, não se conseguindo estabelecer uma relação direta entre esses estados e o *conhecimento* de algo para além deles”.

³¹ NEPOMOCENO, Alessandro. *Além da lei: a face obscura da sentença penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 199: “O problema é quando acredita (o julgador) que se todos fossem severos como ele próprio, através do sistema penal a criminalidade diminuiria. Por isso toma as decisões com rigorismo desmedido para que sirvam de exemplo. Só o tempo e o conhecimento da real operacionalidade do sistema penal e, por extensão, da própria sociedade podem dar alívio à angústia existencial de quem acredita nas promessas que jamais conseguirá ver concretizadas.”

de ser um justiceiro e livrar a sociedade de qualquer cidadão que possa eventualmente ameaçá-la³².

Em um discurso maniqueísta, há um sentimento de luta do *bem vs. mal*, perante o qual de um lado (do bem) encontram-se juízes que desejam lutar contra o inimigo, que é o acusado (e é do mal), e para lhe atingir necessitam derrubar seu escudo (também do mal), a Constituição.

Como bem afirma MORAIS DA ROSA:

Os portadores do ‘Bem’ platônico se arvoram em combater o crime: *o mala in si*, conforme pondera Cordero: ‘*Nasce una mística: descubre e elimina herejías o delitos, combate potencias maléficas en una cruzada cotidiana; es mérito suyo que el mundo no termine devorado por el diablo; si fuera neutral, sería cómplice del infierno y los escrípulos son cobardia*’. Dito de outra forma, o discurso velado mantém a missão de ‘adestrar para o amor do Poder, e a estrutura da divisão maniqueísta e Canônica entre ‘bem X mal’. Mas, afinal, os Juízes estão ao lado do bem, ou não?’³³.

Corroborar-se a esse ideal de justiça a visão midiática, formada por uma sociedade que “apesar de abolir no discurso oficial a violência, ao expor tantas imagens violentas, considerando o olhar de todos, contribui para ativar mecanismos de cisão do Eu que, ao mesmo tempo se vê, critica e goza com a violência, nega-a”³⁴.

Nesse diapasão, o magistrado, vendo na mídia um anseio social, rompe com o mundo jurídico e desce ao universo imediato-midiático, que não quer demoras, não quer reflexões, mas sim, deseja, com pressa, punições, para que a vingança sirva de exemplo e ninguém mais volte a delinquir.

O Estado deixa de ser racional e mediato para reagir conforme o autor do delito, imediata e emocionalmente. Está-se, aí, no campo da vingança, onde se pune *ex officio* o

³² MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson. *Glosas ao ‘verdade, dúvida e certeza’ de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito*, p.188: “Um nazista tinha por decisão boa ordenar a morte de inocentes; e neste diapasão os exemplos multiplicam-se. Em um lugar tão vago, por outro lado, aparecem facilmente os conhecidos ‘justiceiros’, sempre lotados de ‘bondade, em geral querendo o ‘bem’ dos condenados e, antes, o da sociedade. Em realidade, há aí puro narcisismo, gente lutando contra seus próprios fantasmas. Nada garante, então, que a ‘sua bondade’ responde à exigência de legitimidade que deve fluir do interesse da maioria. Neste momento, por elementar, é possível indagar, também aqui, dependendo da hipótese, ‘quem nos salva da bondade dos bons?’ na feliz conclusão, algures, de Agostinho Ramalho Marques Neto”.

³³ MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Decisão no processo penal como ‘bricolage’ de significantes...* p. 210.

³⁴ MARIN, Isabel da Silva Kahn. *Violências*. São Paulo: Escuta/Fapesp, 2002, p. 177.

acusado, do mesmo modo como ele cometera (ou não) o ato delituoso e, ainda, espera-se dele mudança. É o mundo da vingança, é o mundo do faz-de-conta.

Impera-se, nesse ímpeto punitivo, um decisionismo exacerbado, no qual o que importa é decidir (e rápido) para satisfazer os desejos da população que quer ver os “marginais atrás das grades”, renegando a segundo plano o cognitivismo processual. Na dialética saber-poder resta apenas o despotismo penal, consubstanciado no Poder³⁵.

4.2 A Verdade Processual – O que Deve (ria) ser Buscado no Processo - Modelo Substancialista e Modelo Formalista (Instrumentalidade Constitucional)

Não é difícil perceber que possuímos um sistema antigarantista, carregado de aspectos subjetivos, desaguando num direito penal (material e formal) que se aproxima de um modelo *substancialista*³⁶.

O conjunto desses aspectos substancialistas acaba influenciando no propósito epistemológico do processo, qual seja assimilar os acontecimentos passados e procurar evidenciá-los a fim de se estabelecer se tal fato corresponde a um desvio punível, penalmente tutelado.

Deste modo, a “verdade jurídica” perseguida por esse modelo é feita sem observação de regras e garantias, através de um cognitivismo ético, por demasiado arbitrário. Busca-se, assim, uma utópica verdade.

Contrapõe-se, assim, a um sistema acusatório-garantista de instrumentalidade processual, o modelo *formalista*³⁷, que possui como objetivo o respeito às regras e aos direitos individuais do acusado. Sendo, destarte, adstrito tão somente a circunstâncias definidas como

³⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – teoria do garantismo penal...* p. 49: “De forma sintética, pode-se dizer que o juízo penal – como ademais toda a atividade judicial – é um ‘saber-poder’, quer dizer, uma combinação de conhecimento (*veritas*) e de decisão (*auctoritas*). Em tal entrelaçamento, quanto maior é o poder tanto menor será o saber, e vice-versa. No modelo ideal da jurisdição, tal como foi concebido por Montesquieu, o poder é ‘nulo’; na prática costuma ocorrer que nulo é o saber”.

³⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal...* p. 44-45, define o modelo substancialista como um cognitivismo ético. Arelado à moral, acaba transpassando a legalidade, que em se tratando de ciência penal deveria ser estrita (estrita legalidade). Desse modo, desemboca numa figura antigarantista, produzindo um modelo processual penal inquisitivo.

³⁷ Contrapondo-se ao substancialismo, FERRAJOLI conceitua o formalismo como um modelo ideal de se fazer valer a garantias do indivíduo frente ao processo, através do qual os princípios penais e processuais penais são observados a fim de se fazer valer o devido processo legal, p. 48.

penalmente relevantes, sem almejar “descobrir” a verdade dos fatos. Desejando a aplicação constitucional do processo.

Esses dois modelos se contrapõem e dividem juristas quanto ao dever de aplicar um ou outro sistema em nosso sistema penal.

Um paradoxo, a partir daí, pode ser notado entre a verdade formal e a verdade substancial: Desprezar as regras constitucionais do jogo e se (tentar) chegar à verdade ou agir conforme as garantias penais e processuais e posicionar-se no que concerne aos elementos circundantes ao fato (à verdade)?

Eis que, na procura de se solver tal contradição, surgem algumas considerações: a) realmente há como saber toda a verdade dos fatos? b) Há como reconstruir de modo equânime os acontecimentos passados? c) A verificação real deve ser almejada pelo magistrado?

4.2.1 Uma Visão Acerca da Verdade

Quando tratamos de constatações pretéritas, estamos falando de atos já realizados no tempo, encontrando-se, assim, acabados, construídos. Consoante toda teoria científica restada concluída, não mais há de se observar diretamente a maneira que se desenvolveram seus elementos como, de outra forma, poder-se-ia se tratasse de proposições empíricas de observação.

Pode-se, do mesmo modo, dizer das verificações processuais, que não subsistem ao enredo que fora fechado pelo tempo, sobrando tão somente a ser apreciado um conjunto metodológico de presunções (indicações e deduções), pois os fatos não estão mais disponíveis para experimentação.

Quaisquer procedimentos quando findos não parecem mais poder ser reproduzidos conforme o foram, pois uma vez que a cena não mais pode ser vivenciada, há que se analisar as questões que a circundam. Destarte, o que se pode obter são indícios, presunções através de pessoas e objetos e, assim, são constituídas as provas.

Assim, a relação da verdade *fática* junto à verdade *jurídica* é consubstanciada em uma inferência indutiva referente ao que se constatou das verificações probatórias e o fato que cabe ser analisado ligando-se à norma, ou seja, o que se está preceituado no ordenamento como desvio punível.

O magistrado, agente final nesse *iter* processual, ignora os fatos históricos, assim, necessita de alguém (ou algo) que o elucide, o que será feito através de um exercício *recognitivo*, – contrapondo-se ao cognitivismo que seria um “conhecer experimental”, onde é um exercício de análise do presente – contudo, nada ou ninguém será capaz de trazer a totalidade dos fatos e é ainda mais ousado dizer que a partir do mínimo trazido se reconstituirá o “real” fato³⁸.

A reconstrução de qualquer fato se perde no tempo, é imperfeita, mínima e modificada. A verdade muitas vezes é impossível de ser reconstruída, o que realmente parece restar são as observações através de resultados.

4.2.2 O Mito da Verdade Real

Como analisado, a verdade em si parece ser um caminho impossível de se chegar, não há que se ter a ambição de reconstituir o passado tal qual o foi. O que se deve deslumbrar são constatações acerca dos acontecimentos, aquilo que foi trazido ao processo como prova.

Nenhuma verdade encontra-se construída sobre o cimento. A verdade é constituída em certo lapso temporal e ali é soberana, no entanto possui prazo de validade, ainda que, na oportunidade, parecia ser incontestável.

Tais constatações levam a crer que o processo não deve almejar construir uma verdade notória, que se oponha às garantias individuais, a fim de decifrar os acontecimentos passados, uma vez que essa verdade real não existe, é irreal e quanto mais a busca, mais longe da realidade parece estar. Basta lembrar o período inquisitivo, no qual eram permitidas as torturas, para que se buscasse a confissão do acusado. Inúmeros inocentes foram considerados culpados, tudo por causa de um método terrorista e antigarantista de se perseguir uma utópica realidade.

O processo deve servir como instrumento para que se chegue, respeitando os limites constitucionais, às presunções deixadas pelo resultado do fato que está sendo conhecido através da tutela jurisdicional. As provas, portanto, são uma representação dos acontecimentos

³⁸ No estabelecer da verdade mediante a correspondência da enunciação com seu objeto, HEIDDEGER afirma que a essência da verdade (ontológica) está acima do ser humano. Não sendo possível ser conhecida pelo Homem, que é instável, ao passo que é tida pela metafísica como eterna e imperecível. Do mesmo modo CHIMENTI, Francesco. *O processo penal e a verdade material - teoria da prova*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 49, para quem a verdade suprema, transcendental está fora do alcance humano.

e não uma metalinguagem em que se reproduzirá os fatos em si mesmos. Assim, não são um meio para determinar a verdade, e sim indicar.

Desse modo, a verdade processual não é uma “verdade” propriamente dita, mas o conjunto das especulações trazidas pelas partes e apreciadas pelo juiz ao longo do processo, consubstanciando-se em uma verdade formal, condicionada pelo respeito ao procedimento e às garantias. Não formará, portanto, um juízo de *certeza*, mas sim de *probabilidade*.

Durante todo o processo, o magistrado deve-se manter equidistante das partes, não podendo favorecer qualquer uma delas, seja autor ou réu. Essa neutralidade faz-se necessária para que o juiz atenha-se tão somente aos aspectos objetivos da causa, não se deixando levar por aspectos pessoais.

Porém, no próprio Código de Processo Penal verificam-se contradições, pois a despeito de contarmos com a previsão das exceções para proteger o processo de juízes imparciais, encontram-se normas que dão poderes investigativos ao juiz, fazendo com que este funcione como parte no processo, voltando-se a agir conforme outrora, numa época inquisitiva, na qual o magistrado acumulava as funções de julgar, acusar e defender, como visto anteriormente.

Está-se, desse modo, diante de um processo inquisitivo, no qual o juiz conjuga as três funções dentro do processo, - acusar, defender e julgar - buscando dirimir os fatos, extrapolando suas funções judicantes e participando de atos postulatórios que deveriam ater-se apenas a autores e réus. Realiza, imaturamente, tais funções, em busca de uma verdade que não existe (como se verificou), além de que essa prerrogativa dada ao juiz o torna tendencioso. Assim o procedimento correto seria de impedi-lo de continuar perante a causa. Embora, como se sabe, não seja isso que ocorra em nosso sistema processual penal.

Conjuntamente ao princípio da imparcialidade do magistrado, deve posicionar os princípios da presunção da inocência, da igualdade processual e sua consequência, o *favor rei*, elucidados pelo artigo 5º, caput e inciso LVII, da Constituição Federal.

Esses princípios reunidos têm por objetivo fazer valer a igualdade das partes no processo, de modo que o réu, parte mais frágil dentro da relação processual, não seja visto como um objeto, mas sim um sujeito de direitos. Só assim haverá uma efetiva isonomia processual (isonomia material).

REVISTA ELETRÔNICA DA
FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

www.revista.direitofranca.br

v. 6, n.1, dez/2012, ISSN: 1983-4225

A partir disto, observa-se que o acusado possui um amplo espectro de garantias constitucionais que o beneficiam durante as investigações e a tramitação da ação penal³⁹, o que nos remete a um sistema garantista, pelo qual o indivíduo, que suporta contra si uma acusação, tem direitos e garantias individuais em sua imagem e moral. Portanto, o que deseja nossa Lei Maior não são essas atrocidades que se verificam muitas vezes na lei infraconstitucional, insegura e antigarantista, mas sim um modelo *formalista* de se ver e construir o processo, usando-o como instrumento constitucional, como forma de, então, se fazer justiça. Justiça essa segura, consciente e racional.

Nenhum acusado deve ser punido sem que subsistam fundadas acusações contra si e que estas sejam comprovadas ao longo da persecução penal. Isso decorre de que *nulla poena sine culpa e nulla accusatio sine probatione*. Portanto, é papel do Acusador (Ministério Público ou ofendido) evidenciar as acusações feitas através de provas, afim de que essas sejam verificadas pelo órgão julgador. Assim como é dever do Defensor, apenas trazer à relação processual as causas de exclusão da culpa, contestando as alegações feitas pela outra parte, pois o imputado é presumidamente inocente, não lhe incumbindo provar nada, uma vez que nada restando comprovado será este inocentado. Apesar de, mais uma vez, infelizmente, não ser o que se observa muitas vezes nas decisões judiciais⁴⁰.

Deste modo, infere-se que a carga probatória fica por conta do órgão de acusação, o qual deve levar ao magistrado suas teses com o fulcro de restarem verificadas e somente assim o serão se, efetivamente, comprovadas. Assim se estabelece a relação jurídica: a uma parte cabe a alegação, à outra os fatos excludentes de tais alegações e ao juiz a análise de

³⁹ SARMENTO, George. *A presunção da inocência no sistema constitucional brasileiro*. In: *Direitos fundamentais na Constituição de 1988: estudos comemorativos aos seus vinte anos*. Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar (org.). Porto Alegre: Núria Fabris, 2008. p. 242-243.

⁴⁰ A respeito do tema, acórdão do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL E PROCESSUAL. HOMICÍDIO CULPOSO EM CONCURSO FORMAL. CONDENAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. ALEGAÇÃO DE INOCÊNCIA. PRINCÍPIO DA BUSCA DA VERDADE REAL. MATÉRIA PROBATÓRIA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO. "SURSIS" PROCESSUAL. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS PARA ANÁLISE DOS PEDIDOS. NÃO CONHECIMENTO. (HC 27062 / SC – Processo 2003/0023711-8 – Min. Relator: PAULO MEDINA – Órgão Julgador: 6ª Turma – Data do Julgamento: 23/11/2004 – Data da publicação/ Fonte: 07/03/2005 DJ p. 348).

“Alegações tendentes a refutar a autoria delitiva, com vistas à declaração de inocência, desbordam da via eleita, porque exigem aprofundado exame de fatos e provas. O habeas corpus é ação de rito sumário, que demanda prova pré-constituída e não comporta dilação probatória, exigindo-se para o seu conhecimento a presença de elementos que possibilitem o exame das questões nele suscitadas”.

todas as hipóteses, “aceitando a acusatória somente se estiver provada e, não a aceitando, se desmentida ou, ainda que não desmentida, não restar suficientemente provada”⁴¹.

Seria, portanto inconstitucional o artigo 156, inciso II, do CPP, já citado anteriormente, suporte dos doutrinadores que veem a busca pela verdade real como o ápice da justiça processual, diante da manifesta contradição com o *in dubio pro reo*. Ao final do percurso, apresentadas as alegações, mostradas as defesas, cabe ao magistrado julgar os fatos e hipóteses a ele apresentados. Comprovada a alegação, verificar-se-á a acusação e será o réu, só agora, considerado culpado e possuirá contra si uma sentença condenatória transitada em julgado. Se não verificadas as alegações trazidas pela acusação ou refutadas pelas teses defensivas, o acusado será considerado inocente. Por último, subsistindo dúvida aplicar-se-á o imperativo de se favorecer o réu, afim de que nenhum inocente seja vítima quando da decisão processual.

Apesar disso, doutrinadores ainda consideram fundamental a busca pela verdade real para que se estabeleça o *jus puniendi*, devendo o juiz “dar seguimento à relação processual quando da inércia da parte e determinar, *ex officio*, provas necessárias à instrução do processo, afim de que se possa, tanto quanto possível, descobrir a verdade dos fatos objeto da ação penal”⁴².

Deixar de aplicar o imperativo princípio do *in dubio pro reo* a fim de se obter maiores informações é uma afronta grotesca às garantias processuais e à segurança jurídica. O acusado tem o direito de ver-se inocente em caso de dúvida. Não pode subsistir em um Estado Democrático um juiz perseguidor, fazendo as vezes da acusação⁴³.

Logo, é mais que tempo de se fazer valer tais princípios constitucionais frente a leis antigarantistas, colaboradoras de um modelo substancialista, pelo qual se pensa estar fazendo justiça social, quando, no entanto (e muito pelo contrário), acaba trazendo excessos e abusos, e, então sim, (grave) insegurança jurídica.

⁴¹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao Processo Penal (Fundamentos da instrumentalidade constitucional)*. 4.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006. p. 189.

⁴² MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 25.

⁴³ Sobre o tema, MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 431. Reflete que “a liberdade política consiste na segurança, ou ao menos na convicção que se tem da própria segurança (...) e se a inocência dos cidadãos não é garantida, tampouco o é a liberdade”. Disso decorre que é preferível ser todos os inocentes protegidos, ainda que haja impunidade a algum culpado, a ver a punição de todos os culpados juntamente com inocentes.

Deve-se deixar de lado aquele utilitarismo processual que por tanto tempo perdurou e por tanto tempo fez vítimas, não respeitando sequer o Homem, ser criador do Estado e objeto de suas Leis. Até que ponto os fins justificariam os meios? Estaríamos novamente diante de uma *teoria das janelas quebradas*⁴⁴, suportando esses abusos e falta de limites, em favor de um Estado opressor?

O caminho correto a se dirigir não parece ser esse. Para que haja confiança no poder político, o mínimo que o indivíduo quer e necessita é que sua liberdade e segurança não sejam violadas. O medo das leis é salutar, no entanto o temor do homem ao próprio homem é fatal e criador dos delitos. “Os homens escravos são mais voluptuosos, mais libertinos que os homens livres”⁴⁵.

Resta, portanto, que cada agente processual, mantenha seu papel, agindo tão somente dentro de suas funções, principalmente o magistrado, agente que deve ater-se imparcial⁴⁶ e equidistante das partes, não as substituindo em acusações ou defesas, no máximo deve equilibrar a relação processual, colocando o acusado (parte frágil) em pé de igualdade com a parte que o acusa.

Apenas assim verificar-se-á um Estado respeitador da Constituição Federal, resguardando os direitos e garantias fundamentais inerentes ao Homem a fim de constituir um “real processo penal”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observa-se que o Sistema Penal Brasileiro encontra-se desalinhado com a atual estrutura social de nosso país. Percebe-se um punitivismo exacerbado, que enxerga na

⁴⁴ Referência à COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha de. *Teoria das janelas quebradas: e se a pedra vem de dentro?* Disponível em: <http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/54545/?noticia=>. Acessado em: 09/09/2010, através do qual citam as políticas francesas e norte-americanas de se coibir ao máximo qualquer desvio moral do cidadão, para, então, chegar-se a uma sociedade “perfeita”, ausente de delitos, por menores que sejam. No entanto, tais políticas não se confirmaram e se dissiparam em uma sociedade que apresenta problemas mais graves que o simples fato de “urinar na rua, beber em público, catar papel, mendicância, prostituição”, ou quebrar janelas, como se infere do próprio título.

⁴⁵ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2002. p.102.

⁴⁶ Brillhante lição traz MAYA, André Machado. *Imparcialidade e processo penal – da prevenção da competência ao juiz de garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 54, expondo a razão ontológica da imparcialidade: “(...) é um valor estruturante do ordenamento jurídico que ganhou relevo com o desenvolvimento do direito desde o paradigma racionalista do Estado moderno, sendo atualmente concebida como um princípio normativo indiscutido, uma atitude ou um valor central que dá ensejo à regra fundamental de uma ética fundada sobre o respeito às pessoas em função de sua igual dignidade”.

repressão um meio viável para o controle social e diminuição da criminalidade dentro de nosso território.

No entanto, esquece-se dos vários problemas sociais que possuímos, como desigualdade, fome, miséria, corrupção, entre outros, acabando-se por formar um Sistema com um alvo específico: os esquecidos. Esquecidos em seus direitos sociais, porém lembrados quando, pela falta desses, provocam um transtorno à sociedade, infringindo leis.

A epistemologia processual, com seus ares, ainda, inquisitivos, só torna essa agressão ainda mais grave, pois frente a uma conduta (quase inevitável) do acusado, está-se um Estado inteiro de costas para ele, retirando-lhe garantias individuais e vendo a salvação da criminalidade em sua punição, segregando-o, para que não volte a delinquir. Olvida-se a finalidade constitucional que possui o processo, finalidade essa de igualar as partes, tornar os indivíduos isonômicos, estabelecendo (para todos) seus Direitos Fundamentais.

Em um movimento narcisístico da sociedade moderna passamos a não enxergar quem necessita de ajuda (o *outro*), tratando-os como objetos, os quais, caso nos atrapalhe e não mais nos sirvam, serão descartados (isolados).

Os atos, nesse Sistema Penal que se criou, não são pensados, são apenas repetidos. Aplicam-se leis por serem leis. Não há um mínimo exercício de *validade/vigência*, não há confrontação da Constituição com as leis infraconstitucionais, numa evidente ruptura da forma hierárquica, que deveria existir em um ordenamento jurídico.

Desaguamos, desse modo, num decisionismo irracional, onde não se quer conhecer. O cognitivismo fora deixado de lado para que se imperem as decisões conforme a consciência do juiz, o qual, na maioria das vezes, está influenciado pela mídia e a sociedade de forma geral, numa ânsia *policialesca*, almejando-se tornar o defensor da humanidade oprimida, tornando-se o super-herói ao “combater a criminalidade” com prisões em excesso e sem fundamentações.

Nosso Direito Penal e Processual Penal necessita respirar ares democráticos, reconhecendo a sociedade tal qual é, e não encobrindo o *outro*, ser flagelado que tenta sobreviver na corda-bamba da nossa estrutura estatal autofágica.

Desse modo, é importante que o processo penal se amolde à Constituição Federal a fim de estabelecer as garantias fundamentais à sobrevivência de todos os indivíduos e

posicionando-os, assim, de forma a serem julgados sob o manto do sistema acusatório-garantista, pois enquanto o pensamento for de *re-criminação*, *dis-criminação* e *con-denação*, o resultado será de *re-incidência*, *dis-tanciamento* e *con-finamento*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Antonio Milton de. *Processo Penal segundo o Sistema Acusatório – os limites da atividade instrutória judicial*. Editora de Direito, 2002

BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

BETTIOL, Giuseppe; BETTIOL, Rodolfo. *Instituições de direito e processo penal*. São Paulo: Pillares, 2008.

CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 1999. v. III.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. 7. ed. Campinas: Bookseller, 2006.

CHIMENTI, Francesco. *O processo penal e a verdade material*. Teoria da prova. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO Edward Rocha de. *Teoria das janelas quebradas: e se a pedra vem de dentro?*

_____. *Glosas ao ‘verdade, dúvida e certeza’ de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito*.

_____. *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro, Renovar, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Conceito de sistema no direito: uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask*. São Paulo: RT, 1976.

GOLDSCHMIDT, James. *Teoria geral do processo*. Campinas: Minelli, 2003.

KAFKA, Franz. *O processo*. Trad. Modesto Carone. São Paulo: Martin Claret, 2002.

REVISTA ELETRÔNICA DA
FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

www.revista.direitofranca.br

v. 6, n.1, dez/2012, ISSN: 1983-4225

- LIMA, Leonardo Biagioni. *(Des) Construção do Mito da “Verdade Real” e o Papel do Magistrado no Processo Penal Enquanto Instrumento Constitucional*. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca, v. 3, 2010.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do processo*. 3. ed. Porto Alegre: Síntese, 2000.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v.I.
- _____. *Introdução crítica ao Processo Penal* (Fundamentos da instrumentalidade constitucional). 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.
- MARIN, Isabel da Silva Kahn. *Violências*. São Paulo: Escuta/FAPESP, 2002.
- MAYA, André Machado. *Imparcialidade e processo penal – da prevenção da competência ao juiz de garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1979.
- MORAIS DA ROSA, Alexandre. “Kafka: o gozo dos assistentes”. In: *Direito e Psicanálise – intersecções a partir de “o processo” de Kafka*. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- _____. *Decisão no processo penal como ‘bricolage’ de significantes*, dissertação de doutorado, Universidade Federal do Paraná, 2004.
- NEPOMOCENO, Alessandro. *Além da lei: a face obscura da sentença penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- PACELLI DE OLIVEIRA, Eugenio. *Curso de processo penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- PLATÃO. *Apologia de Sócrates*. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- SARAMAGO, José. *Ensaio sobre a lucidez*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.
- SARMENTO, George. *A presunção da inocência no sistema constitucional brasileiro*. In: *Direitos fundamentais na Constituição de 1988: estudos comemorativos aos seus vinte anos*. Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar (org.). Porto Alegre: Núria Fabris, 2008.

REVISTA ELETRÔNICA DA
FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

www.revista.direitofranca.br

v. 6, n.1, dez/2012, ISSN: 1983-4225

STEIN, Ernildo. *Sobre a verdade: lições preliminares ao parágrafo 44 de ser e tempo*. Ijuí: Unijuí, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Trad. André Telles. Sabotagem, 1999.