

A VERDADE “DESPREZADA”:
SISTEMA ADVERSARIAL E A GESTÃO DO FATO HISTÓRICO PELO JULGADOR
(Diálogo entre o projeto de reforma ao Código de Processo Penal e os estudos do professor
Michele Taruffo).

RESUMO:

O Projeto de Lei 156/2009 - que pretende reformar o Código de Processo Penal - flerta com inúmeros *mitos* do modelo *adversarial* norte-americano. Neste ensaio, será particularmente analisado o *mito da passividade* do julgador segundo o “lugar de onde fala” o professor *Michele Taruffo*. Questiona-se se a constante intromissão dos “*mitos autoritários*” no processo não seriam impressões gravadas no inconsciente do julgador. Observa-se que a expressa menção no PL156/09 da impossibilidade de substituição do julgador em órgão acusador aproxima o magistrado da face que irá vestir a cada vez que for pego na tentativa de gerir o fato histórico.

ABSTRACT

The PL 156/2009 - who wants to reform the Code of Criminal Procedure - flirts with numerous myths of the American adversarial model. This essay will be particularly examined the myth of the passivity of the judge under the "place where speech" Professor Michele Taruffo. Wonders whether the constant intrusion of the "myths authoritarian" in the process would not be recorded in the unconscious impressions of the judge. It is observed that the express mention in PL156/09 the irreplaceability of the judge in court accusing the magistrate of the approaches that will wear the face every time they're caught in an attempt to manage the historical fact.

PALAVRAS-CHAVES

Reforma do Código de Processo Penal. Modelo *Adversarial*. *Michele Taruffo*. *Passividade*. Gestão do fato histórico.

KEYWORDS

Reform of the Criminal Procedure Code. Adversarial Model. Michele Taruffo. Passivity. Management of historical fact.

A VERDADE “DESPREZADA”:

SISTEMA ADVERSARIAL E A GESTÃO DO FATO HISTÓRICO PELO JULGADOR

(Diálogo entre o projeto de reforma ao Código de Processo Penal e os estudos do professor Michele Taruffo).

Sumário: *Introdução; 2. Construindo o núcleo do sistema adversarial; 2.1. O mito judicial da passividade e o papel do juiz no sistema adversarial; 3. Situando a verdade no processo ou fora dele? 3.1. Método adversarial e a verdade presa em um círculo vicioso conceitual; 4. Notas sobre a gestão do fato histórico pelo julgador e o PL156/2009; 5. Conclusão; 6. Bibliografia.*

INTRODUÇÃO:

O momento da reforma, da luta política pela predominância do discurso, expõe o processo penal à fratura de sua tensão ideológica, em que o permanente derrame da memória autoritária exige estar atento aos arranjos pragmáticos do poder, aos diálogos culturais e, principalmente, aos problemas decorrentes desta importação.

O Projeto de Lei 156/2009 - que pretende reformar o Código de Processo Penal - flerta com inúmeros *mitos* do modelo *adversarial* norte-americano, traduzido em sua particular forma de conceber o fenômeno processual. Neste ensaio, será particularmente analisado o *mito da passividade* do julgador segundo o “lugar de onde fala”¹ o professor *Michele Taruffo*, fundamentalmente na obra “*El proceso civil adversarial en la experiencia Americana*”².

Como premissa epistemológica, porém, torna-se preciso aceitar que a interconexão entre sistemas - do processo às formas de pensar a vida e o conhecimento - é irremediável. Por isto, qualquer projeto de reforma que se pretenda conduzir no Brasil não poderá ser realizado em dissociação das críticas e (des) construções teóricas desenvolvidas pelo mundo,

¹ O “desafio da complexidade”, próprio da ruptura com a metafísica e com a dicotomia moderna entre sujeito-objeto, possui como ponto central interrogar o observador. Neste contexto, é preciso lembrar que o professor *Michele Taruffo*, nascido em 1943, desde 1974 leciona direito processual civil (e não processo penal) na Universidade de Direito de Paiva – Itália. Nota-se, portanto, que a crítica conduzida ao sistema *adversarial* norte-americano é realizada “*de fora*” do próprio registro cultural, o que carrega efeitos muito importantes na compreensão do sistema. Dessa forma, considerando que o presente ensaio pretende estabelecer um diálogo entre os ensinamentos do professor *Michele Taruffo* e o projeto de reforma do código de processo penal (PL156/2009) era preciso ressaltar esta premissa, o que deve incluir – necessariamente – a descoberta de que o próprio e pessoal ponto de vista desenvolvido é parcial e relativo.

² TARUFFO, Michele, *El proceso civil adversarial en la experiencia americana*. Temis – Bogotá, Colômbia, 2008.

o que nos permitirá – invertendo o esteriótipo da “modernidade tardia” – antecipar-se às reflexões.

Neste contexto, será possível (re) construir o código de processo penal de acordo com sua única e fundamental missão, qual seja o de servir-se como o principal projeto político-democrático da República.

2. CONSTRUINDO O NÚCLEO DO SISTEMA *ADVERSARIAL*.

Ao introduzir o problema da busca da verdade *Taruffo*³ aponta que a doutrina do *common law* tem destacado uma atenção importante às questões atinentes a funcionalidade dos diversos modelos processuais – particularmente o modelo *adversarial* – no que se refere ao método de comprovação verídica dos fatos que compõem o litígio⁴.

Neste ponto, é imprescindível fixar duas premissas básicas do clássico modelo *adversarial*: 1) O juiz como árbitro neutro e passivo - donde resulta que uma dialética *ativa* somente pode ser desenvolvida pelas partes; 2) A convicção de que a verdade dos fatos está de algum modo contida nas versões apresentadas pelas partes e que, por conseguinte, o juiz pode (não que deva) limitar-se a individualizá-la com apoio nos resultados provenientes do debate judicial.

Tais premissas apresentadas, por sua vez, indicam outras duas posições valorativas bastante explícitas na doutrina do *common law*: De um lado, a tradicional opinião segundo o qual somente é justo e oportuno que o juiz seja passivo, pois do contrário estaria em perigo a sua *imparcialidade* e, portanto, a igualdade entre as partes próprias do devido processo legal.

³ O principal texto da investigação sobre o sistema *adversarial* norte-americano possui como referência: TARUFFO, Michele, *Conocimiento científico y criterios de la prueba judicial* e, do mesmo autor, *El proceso civil adversarial en la experiencia americana*. Temis – Bogotá, Colômbia, 2008.

Importante salientar, como afirma o próprio autor no prólogo à edição Colombiana do segundo trabalho aventado, que muito embora as posições externadas tenham sido construídas há alguns anos atrás (particularmente nos anos 70), não teria este arremetido qualquer razão para trocar de ideias. Por este motivo, adota-se a compreensão apresentada por *Michele Taruffo* como um importante marco crítico ao sistema *adversarial*, oportunidade em que se projetam considerações muito relevantes deste modelo processual. Neste contexto, os problemas apontados por *Taruffo* devem ser articulados com a realidade brasileira, cotejando as suas conclusões com o projeto de reforma do Código de Processo Penal (PL156/2009). Afinal, se o sistema *adversarial* constitui uma manifestação dos próprios valores fundamentais da sociedade norte-americana e, considerando que o transplante de sistemas para lugares distintos daquele em que se originou pode ser bastante perigosa, necessário se faz aprofundar o núcleo fundamental do método *adversarial*.

⁴ O que se entende por *verdade* – objeto de uma reflexão crônica da filosofia – não é desenvolvido por *Michele Taruffo* e, neste contexto, também não é considerado como parte fundamental deste ensaio. Importa, portanto, o relacionamento que determinado sistema possui com a idéia conceitual de verdade, haja vista que tal dogma condiciona a maneira pela qual os sujeitos atuam no processo.

De outro, a opinião representada na ideia de que o sistema *adversarial* é o método judicial mais eficaz para o descobrimento da verdade, porquanto se considera provável que esta surja por meio do livre jogo das partes – individualmente interessadas em colocá-la em evidência⁵.

Michele Taruffo – e isto se verifica com absoluta clareza – é um crítico voraz da pretendida idoneidade do modelo *adversarial* em produzir uma reconstrução verídica dos fatos e, conseqüentemente, ao papel que o julgador desempenha para este fim.

A construção de reservas teóricas ao modelo *adversarial* não é, contudo, matéria fácil, haja vista que é muito complicado definir – como ponto de partida – qual é o núcleo fundamental que caracteriza o próprio conceito do sistema.

Qual aspecto tornaria o modelo essencialmente *adversarial*?

De plano, assevera-se que é problemática a tentativa de confrontar o sistema *adversarial* ao que seria um modelo *inquisitorial*, haja vista a ausência de uma percepção exata do que seja o sistema inquisitório como modelo teórico (assim como dos ordenamentos positivos que em alguma medida se inspirariam nele)⁶.

Para *Taruffo*⁷, a expressão “*adversary system*” não designa um modelo suficientemente definido com uniformidade, mas uma ideia simplesmente genérica. Entende, todavia, que há pelo menos um conceito ordenador a ser considerado tipicamente como um elemento do sistema *adversarial*, qual seja: A passividade do juiz na busca da verdade no processo, donde resulta um modelo que se funda na aplicação dos princípios de *party-prosecution* e *party-presentation* das provas.

Pois bem, o processo de litigância nos Estados Unidos possui duas fases distintas, embora evidentemente inter relacionadas: a fase “*pre-trial*” e o “*trial*”, o qual se traduz aqui por *juízo* (propriamente dito).

A fase “*pre-trial*” seria – grosso modo – uma *fase preliminar*, consistindo em atividades preparatórias necessárias para que o debate no momento do juízo fosse mais rápido e

⁵ O conceito de evidência, convicção e prova não é analisado por *Michele Taruffo* sob a perspectiva filosófica tal como o faz Rui Cunha Martins, razão pela qual será – por enquanto – indicado segundo a forma mais comum de apreensão destes termos.

⁶ A confrontação, portanto, seria muito forçada, em particular porque parte de uma visão idealizada do sistema *adversarial* e um modelo puro do sistema inquisitório, por sua vez caracterizado pelo poder absoluto do juiz na determinação dos elementos que compõem o processo.

Faltaria, portanto, uma distinção fundamental entre o que seja o próprio princípio inquisitório em sentido material e processual, de onde surge a dificuldade de reconhecer os aspectos de inquisitoriedade processual presentes em um sistema integralmente acusatório no plano material.

⁷ TARUFFO, Michele, *El proceso civil adversarial em la experiencia americana*. Temis – Bogotá, Colômbia, 2008,

ordenado. É justamente nesta fase em que se insere a “*discovery*” como modalidades de busca da prova (considerada evidência ou indício até que submetida ao contraditório judicial).

A crítica desenvolvida em face do sistema adversarial, porém, entende que o refinamento dos procedimentos de “*discovery*” em nada contribui à solução justa, se o juiz permanece passivo em sua atuação e o conflito se encontra confiado exclusivamente às partes⁸. Sendo assim, o defeito do sistema *adversarial* não poderia ser suprido pela mera existência de um “*pre trial discovery*”, já que a desigualdade das partes no julgamento (*trial*) está destinada a traduzir-se da mesma forma nesta fase do “*preliminar*”.

Aqui reside a mudança de paradigma que deveria, segundo Taruffo⁹, atingir a essência do sistema *adversarial*, centrado fundamentalmente na passividade do juiz. Nestes termos, aponta:

“Es indubitable que el mejor modelo *adversary* es aquel em que las partes disponen de los poderes de *discovery* más amplios; pero se puede presuponer que la potencialidad de adquisición de los datos cognoscitivos necesarios para la efectiva comprobación de la verdad de las partes se integren con poderes de iniciativa del juez igualmente amplios, cuyo ejercicio debería eliminar las distorsiones derivadas del monopolio de las partes sobre los instrumentos de descubrimiento de la verdad”.

2.1. O MITO JUDICIAL DA PASSIVIDADE E O PAPEL DO JUIZ NO SISTEMA ADVERSARIAL:

O cerne do sistema *adversarial* reside na posição que assume o juiz no julgamento. Neste contexto, assume relevância a relação estabelecida com as partes e a forma como se desenvolve a sua atividade no momento de assunção oral das provas.

⁸ Em uma definição sintética, a “*discovery*” pode ser entendida como uma espécie de procedimento em que as partes, antes do início do julgamento, podem colher determinado tipo de evidências ou indícios, notadamente documentos que estejam em poder da contra-parte ou de terceiro. Assim, genericamente, a função da “*discovery*” permitiria aumentar o conhecimento prévio das partes sobre os fatos e provas, com vistas a preparação tática para o litígio, neste contexto, potencializaria o sistema de determinação fática que permeia a decisão, permitindo uma maior correção do julgamento. Observa-se no direito processual norte americano uma forte tendência de ampliar os instrumentos da “*discovery*”, facilitando às partes a aquisição dos conhecimentos necessários para uma eficaz defesa no momento do julgamento (“*trial*”). Todavia, não se encontra a salvo de pesadas críticas, haja vista suas claras limitações, seja de *eficiência* (na prática, diz-se que o julgamento não tem melhorado por efeito da evolução dos mecanismos da “*discovery*” no processo), seja no *âmbito objetivo de sua aplicação* (basta pensar que – no sistema inglês, por ex. – está vinculada somente ao exame preliminar das provas escritas).

⁹ TARUFFO, Michele, *El proceso civil adversarial em la experiencia americana*. Temis – Bogotá, Colômbia, 2008, pg.16

Tal posição se corporifica na imagem de um juiz como *árbitro* imparcial e neutro, ativo no que se refere ao controle da correção do debate dialético entre as partes, mas *passivo* no que diz respeito ao desenvolvimento e ao resultado deste enfrentamento.

A posição externada por *Taruffo* ressalta que, partindo da problemática da busca pela verdade, a imagem idealizada de um juiz passivo forjado pelo sistema *adversarial* encerra muitas contradições. No âmbito de uma concepção muito difundida, a atuação do julgador demandaria um amplo poder de *direção formal do debate* travado entre as partes, sendo certo que a correção deste diálogo consubstanciaria uma garantia de que a atividade desenvolvida por aqueles sujeitos processuais conduziria a uma decisão justa.

Trata-se da auto referencialidade do método, detidamente analisada mais a frente. Por ora, basta a seguinte premissa: Ao julgador cabe garantir as regras do jogo, donde a pureza do método permitirá às partes valerem-se dos melhores meios à exposição de suas teses.

Nesta concepção, considera-se que conferir poderes instrutórios autônomos ao julgador violaria o aspecto essencial da *imparcialidade no julgamento*, além é claro de tornar mais provável que a condução da decisão seja condicionada por pré-conceituações decorrentes da primeira impressão do caso, levando o julgador a decidir conforme o que lhe seja mais familiar.

O paradigma *adversarial* é, portanto, evidente:

Por um lado, o juiz não pode ser imparcial se não for passivo durante o processo, por outro a decisão proferida por um julgador passivo confere maior força moral à decisão (basta pensar nos mecanismos de condicionamento psíquico próprios do *primado das hipóteses sobre os fatos*).

Para *Taruffo*, porém, a ideia de que um juiz dotado de tais poderes instrutórios é parcial e que não possui condições de conduzir um processo justo representa um bom exemplo de miopia na análise do problema. Entende que tal concepção tende a trazer alguns *valores absolutos* do sistema *adversarial* e que é pouco sensível ao valor da verdade dos fatos.

Ora, pelo menos até 1730, o juiz penal inglês exercia fortes poderes ativos, entre os quais o de convocar - de ofício - testemunhas não trazidas pelas partes, intervir diretamente no testemunho, além de nomear, sem provocação, qualquer perícia técnica que se fizesse necessária. Nota-se, dentro deste contexto, que o próprio sistema do *common law*, historicamente, teria incorporado na prática das cortes inglesas - que duraram até a reviravolta na jurisprudência por volta de 1910 - a ideia de que o descobrimento da verdade dos fatos é uma das finalidades fundamentais do processo.

Seguindo esta linha de raciocínio, a figura de um juiz completamente passivo frente à atividade das partes não seria uma característica indispensável (não eliminável) e que a superação deste dogma garantiria reconstruções fáticas mais confiáveis.

A divergência, porém, é intensa: De um lado os que denunciam a degeneração do modelo tradicional, demonstrando as piores distorções da verdade, ao atropelo da parte mais débil e, portanto, a violação a garantia da igualdade material entre as partes¹⁰; de outro, os que vangloriam a necessidade de um modelo *adversarial* puro, no qual a tentativa de retirar o julgador da passividade ressuscitaria, em plena (pós) modernidade, o fantasma inquisitorial de *Torquemada*.

O fato é que a passividade do juiz no interior do processo constitui um dos maiores mitos judiciais norte-americanos e, conseqüentemente, traduz o resultado histórico de toda uma tradição cultural. Neste contexto, a função do julgador imposta pelo sistema *adversarial* o remete ao papel de guardião de uma singular ideologia do processo, do qual é parte integrante a passividade do juiz. Nas palavras de *Michele Taruffo*:¹¹

“El juez, como el Estado liberal clásico, debe ante todo garantizar su no interferencia en el juego del libre mercado de las relaciones individuales; debe por tanto garantizar que todo individuo tenga las mismas posibilidades que el “juego” sea turbado por incorrecciones en la aplicación de sus reglas. Estas por lo demás se inspiran directamente en el modelo ideológico del individualismo competitivo que tiene su matriz en las doctrinas del liberalismo social e económico; la función del juez es entonces la de asegurar la adherencia del proceso a tal modelo ideológico”

Em outras palavras: O juiz garante a eficácia do método e não o resultado do método.

Neste sentido, ao entregar a vida do processo às partes, construindo um quase combate jurisdicional, o sistema *adversarial* está representando um conjunto de valores articulado ao

¹⁰ *Taruffo* inclina-se explicitamente pela posição segundo o qual é preciso evoluir para um papel autônomo do julgador na investigação pela verdade dos fatos, se o que se quer é uma decisão justa.

Acrescenta o autor que o juiz do *common law* – por definição – manifesta-se de forma ativa, por exemplo, por meio da utilização do *contempt Power*, concebido como importante instrumento de controle sobre o desenvolvimento do processo e sobre o comportamento de todos aqueles que nele participam. Neste sentido, indica que o *contempt of court* nas mãos do julgador constitui uma arma extrema eficaz e versátil para a repressão das condutas violadoras da higidez do processo.

Evidentemente é preciso atestar que o uso do *contempt Power* pelo julgador somente tem uma relação bem indireta com a finalidade de comprovação da verdade (por ex. no caso de sanções por alteração de documento, negativa de apresentação por testemunha, ou também a desobediência à ordem de carrear aos autor alguma documentação). Nada obstante, a consideração é importante, pois permitiria perceber que uma função ativa do juiz é aceita e não necessariamente vincula-se diretamente ao poder-dever de perseguir uma comprovação verídica dos fatos. TARUFFO, Michele. Op.cit.p.23/25

¹¹ TARUFFO, Michele, *El proceso civil adversarial em la experiencia americana*. Temis – Bogotá, Colômbia, 2008, pg.164

liberalismo clássico, em que a *mão invisível*¹² do “mercado processual” concede o método pelo qual a certeza aproximativa do fato mais facilmente poderá emergir.

O arquétipo do julgador passivo, pois, não seria nada mais do que o princípio da não intervenção do Estado nas dinâmicas operadas pelas relações privadas.

Desta forma, o valor que modela o comportamento desempenhado pelo juiz no processo existe somente para afirmar que a sua função é garantir que o duelo se realize segundo as *regras do jogo* e que, por conseguinte, prevaleça a parte que melhor uso tenha feito de sua capacidade de livre iniciativa.

Claro é que, se o dogma *adversarial* reclama um juiz passivo cuja função é meramente permitir que a contenda se desenvolva com respeito ao método, irremediavelmente, a posição do advogado é elevada a uma peculiar relação com o problema da busca da verdade.

Afinal, para o modelo *adversarial*, o processo é luta, um *continuum* ideológico da competitividade própria do liberalismo mais tradicional.

Como efeito, partindo das considerações de *Galanter* a respeito dos advogados como classe profissional, *Taruffo* observa que o interesse corporativo impõe que as regras de deontologia profissional sigam uma visão conservadora de si mesma e da função social que representa. Tal concepção possui influência direta na forma pela qual a verdade é articulada no processo.

Neste sentido, considera que do ponto de vista ético profissional o papel do advogado não deve rechaçar a função de busca da verdade em juízo. Dessa forma, embora reconheça que não se deve atribuir um *dever positivo* ao advogado com respeito à comprovação da verdade, aponta que este, pelo menos, não deve afirmar o falso ou servir-se de provas claramente inverídicas. Trata-se, pois, de deveres essencialmente negativos em que o suposto descobrimento da verdade encontra limite nas exigências inerentes à defesa do cliente, inescapavelmente, a finalidade principal dos princípios que guiam a ética profissional.¹³

¹² Certamente com razão, *Taruffo* indica que esta “mão” não é de todo invisível, haja vista as implicações decorrentes da desigualdade material (processual e econômica) entre as partes. Op. Cit. Pg. 165

¹³ A situação é complexa na exata medida em que na função do advogado confluem distintas exigências contraditórias, operando-se um dualismo entre o dever primário de defender o cliente com todos os meios lícitos e o dever de colaborar com a realização do interesses público, como o respeito à lei e a correta administração da justiça. A relação do advogado com a verdade é problemática no sistema *adversarial* exatamente porque incide sobre um de seus núcleos fundamentais. Neste sentido, é preciso reconhecer que a limitação ao comportamento do advogado no sentido de revelar a verdade, não apenas se justifica por exigências táticas, como também constitui a razão de ser das regras que estabelecem o *dever de sigilo* que, por sua vez, constituem a essência de um julgamento adequadamente concebido como um encontro *adversarial*. Em síntese, *Taruffo* retira as seguintes conclusões em torno do papel do advogado no sistema *adversarial*: 1) A estrutura do processo deve possibilitar a contenda judicial e os meios para se superar um adversário e vencer. 2) A verdade não é um fim essencial do processo, resultando numa exigência secundária e renunciável com vistas à realização de um processo *adversarial* – concebido como o melhor instrumento para uma satisfatória solução do litígio. 3) As regras de

É preciso não olvidar, portanto, que a relação entre o advogado e a questão da verdade do processo sempre irá passar pelos traços característicos do sistema *adversarial*, donde a liberdade da manobra tática do defensor emerge como elemento fundante.

O grande problema do sistema *adversarial* seria este: Num sistema fortemente desnivelado, o advogado deve ser estritamente *partidário*, ao mesmo tempo em que o juiz não pode ter poderes ativos à comprovação dos fatos. Como resultado, diminui-se fortemente a possibilidade de que sejam levados ao juízo os elementos necessários para uma reconstrução verídica dos fatos, aumentando o risco de que o conteúdo da decisão seja fruto de uma ardilosa manipulação retórica.

3. SITUANDO A VERDADE NO PROCESSO OU FORA DELE?

Definitivamente, nenhum estudo intelectualmente honesto poderia traçar um perfil sobre a conjuntura da verdade no processo, sem considerar que o seu próprio conceito é uma reflexão crônica e milenar da filosofia.

Ocorre que o discurso da verdade assume uma posição central na pesquisa do fenômeno processual, pois é determinante à forma de pensar e agir no processo. Neste contexto, seja a permanência inquisitiva da verdade real, seja a verdade presa no círculo vicioso do método *adversarial*, o fato é que todas as relações humanas envolvidas no processo gravitam – mesmo que *inconscientemente*- sob a abstração da verdade¹⁴.

ética profissional devem se ater a evitar os abusos mais graves do advogado e não garantir que este colabore com a busca pela verdade. Neste sentido, tais normas não podem impor *deveres positivos*, limitando-se a prescrever deveres negativos de alcance reduzido e residual. (TARUFFO, Michele, *El proceso civil adversarial em la experiencia americana*. Temis – Bogotá, Colômbia, 2008, p.35)

¹⁴ Interessante observar as contribuições que a “escuta” promovida pela psicanálise trouxe para o debate conceitual da verdade. A insurgência do inconsciente rompe com o cartesianismo e conduz o debate da verdade à incômoda constatação de que o psiquismo humano possui uma singular caixa preta. Neste sentido, as contribuições trazidas por *Freud*, ainda na primeira tópica (início dos anos de 1900) informa um ser cindido em sua unicidade e, portanto, sujeito a um sistema inconsciente e outro pré consciente/consciente, que vivem em permanente tensão. O conflito pulsional que move o acontecer psíquico (princípio do prazer vs princípio da realidade) localiza no inconsciente a essência da vida psíquica e, como lembra, *Marco Aurélio Marrafon*, é no inconsciente o ‘lugar de uma verdade de origem não racional que faz com que os sujeitos formem juízos, tomem decisões e ajam sem perceber o porquê’. Cf. FREUD, *escritos sobre a psicologia do inconsciente*, Vol.III (1923-1940), Rio de Janeiro, Imago, 2007 e MARRAFON, Marco Aurélio, *O caráter complexo da decisão em matéria constitucional: discursos sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética na práxis jurisdicional*. Rio de Janeiro, Lumen, 2010, p. 55.

Denis Sampaio traça interessante síntese das teorias do conhecimento e sua relação com a verdade. Neste sentido, indica as várias correntes sobre a origem do conhecimento salientando que o conhecer propositivo humano (conhecimento de que tal coisa é de tal jeito), na linha do que expõe Platão e Kant, “apresenta três elementos individualmente necessários e conjuntamente suficientes: a justificação, a verdade e a crença, formando, naturalmente, uma crença verdadeira e justificada sobre o objeto cognoscível”. SAMPAIO, Denis, A

Por ora, portanto, bastará fixar algumas orientações em torno da natureza e da função da verdade no processo, segundo as lições de *Michele Taruffo* - ponto central deste diálogo científico.¹⁵

Se fosse plausível reduzir tamanha complexidade em um simples maniqueísmo, poder-se-ia contrapor dois pólos: Caso de um lado entenda-se que a discussão acerca da verdade é absurda, então falar em verdade judicial é impossível e o conceito deve ser, de plano, teoricamente rechaçável. Se pelo contrário, se assume que a verdade – ainda que relativa – pode ser alcançada, se estará inclinado a crer que algo como a verdade judicial poderia ser concebido teoricamente¹⁶.

Evidentemente, mesmo o defensor mais aguerrido desta última orientação – do qual se inclui *Taruffo* – trabalha com o conceito *relativo* de verdade, argumentando existir um nexo instrumental entre a prova e a verdade dos fatos. Tal relacionamento “pragmático” com o conceito de verdade conduz ao que *Aury Lopes Jr.*¹⁷ chama de tentativa de *salvar a “verdade judicial”*. Aqui, o racionalismo se esgota em seu paradoxo, na exata medida em que aceita diferentes versões da verdade.

verdade no processo penal: a permanência do sistema inquisitorial através do discurso sobre a verdade real. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010. P.11

Para uma versão mais aprofundada do conhecimento como decorrência de uma *invenção* e, portanto, sem origem definida, importante a obra de *Michel Foucault* in *A verdade e as formas jurídicas*, Nau-PUC, Rio de Janeiro, 2009, p.15/27. Em absurda síntese, indica-se que *Foucault* defende que o conhecimento simboliza uma *relação de poder*, de forma que para compreender a sua raiz, a sua fabricação, “devemos nos aproximar, não dos filósofos, mas dos políticos, devemos compreender quais são as relações de luta e de poder.” – *Idem*, *Ibid.* p.23

¹⁵ Sobre as grandes linhas na discussão sobre a verdade é imprescindível o contato com o trabalho de *TARUFFO*, *Michele* in *La prueba de los hechos*, Madri, Trotta, 2002, pg.80/87.

¹⁶ Dentro destas orientações filosóficas mais gerais, portanto, extraem-se uma concepção racionalista e uma irracionalista. Para a orientação racionalista, a verdade é possível por meio de inferências racionais na informação disponível. Nesta esteira, o racionalismo, do ponto de vista epistemológico, enxerga uma necessidade lógica na demonstração dos fenômenos para se chegar a um conhecimento estritamente autêntico (SAMPAIO, Denis. *A verdade no processo penal: a permanência do sistema inquisitorial através do discurso sobre a verdade real.* Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010. p.12). Para a orientação irracionalista, qualquer aproximação racional – do mundo e seu conhecimento – é impossível, incorreto e enganoso. Neste contexto, a razão se considera uma classe de pigmento que se usa para encobrir o fato de que cada sujeito está só, com suas reações individuais e subjetivas, sentimentos e emoções, inclusive, nos casos em que têm que se encarregar dos fatos. Para os defensores deste ponto de vista, o conhecimento não é nada, somente uma imaginação puramente subjetiva. *Aury Lopes Jr.* descreve uma vertente que se diferencia da irracionalista na medida em situa a prova no terreno da semiótica e das narrativas do processo. Dessa feita, partindo da premissa de *Goldschmidt* de que o processo é uma situação na qual se desenvolvem diálogos, aponta que a relação de coerência entre a narrativa e o fato imputado como suposto é muito mais significativa do que o mergulho impossível na realidade empírica. Neste sentido, constrói-se a ideia de que não existe uma determinação de veracidade e que *cada prova é simplesmente um fragmento da história*. Dessa forma, dentro de uma dimensão dialógica-narrativa, a única função da prova é a de avalizar a tese desenvolvida por um dos personagens do diálogo, tornando-a idônea para ser assumida pelo juiz, no ato de legitimação do poder inerente à sentença. (Cf. LOPES JR. Aury, *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional.* Vol.1 4ª Ed. Lumen Juris – Rio de Janeiro. P.553)

¹⁷ LOPES JR., Aury, *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional, Vol.I*, 4ªed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009, p.554.

O sistema de *common law* trabalha com variações dos regimes de verdade segundo os padrões de prova exigidos. Tal variação possui uma justificação teórica coerente, muito bem apontada por *Garapon*, nada obstante não deixe de encerrar aquele paradoxo conceitual acima indicado (*várias versões, sem deixar de ser verdade?*).

Explica *Antoine Garapon* que existem pelo menos três padrões de prova no direito americano, oportunidade em que se descreverá dois deles – que mais interessam no momento.¹⁸ As considerações são importantes. Isso porque, muitas posições externadas por *Michele Taruffo* estão situadas em sua matriz disciplinar, qual seja o estudo do processo civil. A distinção dos padrões de prova, nada obstante não influencie na discussão em torno da existência ou não da verdade no processo, é relevante porque repercute na maneira pela qual o julgador aceita como legítima determinada narração nos autos, para fins de determinar a decisão.

Em matéria penal a prova de cada elemento constitutivo do delito deve ser estabelecida “*para além de uma dúvida razoável*”. Tal princípio é certamente um dos dogmas mais clássicos do direito penal, sendo um consequentário lógico indecomponível da *presunção de inocência*.

Em uma ciência penal refratária a qualquer sintoma de linguagem autoritária, o critério do *in dubio pro reo* constitui matriz fundamental da ordem política e, portanto, a decisão criminal somente se faz legítima se a prova é estabelecida “*beyond a reasonable doubt*”.¹⁹ Muito diversamente é exigido em matéria civil. Aponta, *Garapon*²⁰ que nestes casos o padrão é a “*preponderância da prova*” – “*preponderance of the evidence*” ou “*fair preponderance of the evidence*” -, que exige que nenhuma prova seja admitida se a sua probabilidade não ultrapassar 50 %.

Este mecanismo de processo é exatamente o cerne do sistema *adversarial* de processo civil no *common law* a que faz referência quase toda obra de *Michele Taruffo*.

Independente das críticas que vão desde a desigualdade material das partes ao próprio método – com sua legitimação circular -, o fato é que o modelo *adversarial*, na medida em que propõe colocar as partes em simetria, contrapondo duas teses, protege a eficiência do modelo e se despreocupa com a verdade, do qual se contenta com uma versão bem, mais bem relativa.

¹⁸ GARAPON, Antoine, PAPADOPOULOS, Ioannis, *Julgar nos Estados Unidos e na França. Cultura jurídica francesa e common Law em uma perspectiva comparada*. Rio de Janeiro, Lumen, 2008. P. 108

¹⁹ Suprema Corte Americana *in re Winship*, 397 U.S. 358 (1970). Idem, Ibid. p.108

²⁰ Idem, Ibid. p.108

Em poucas palavras, o sistema *adversarial* edifica-se sobre o paradigma da entrega da gestão do fato às partes e assim se erige como método de otimização para o desenvolvimento do debate.

A confiança no método, portanto, “despreza” a verdade.

3.1. SISTEMA ADVERSARIAL E A VERDADE PRESA EM UM CÍRCULO VICIOSO CONCEITUAL.

Para *Michele Taruffo*, o processo *adversarial* no *common law*, notadamente em sua versão norte americana, não é funcional para a comprovação da verdade dos fatos que sustentam a base da controvérsia, razão pela qual duvida, inclusive, que seja a verdade o fim ou mesmo um dos fins do processo *adversarial*.

Com efeito, há na doutrina norte americana posição²¹ no sentido que a definição de julgamento (*Trial*) como instrumento de busca da verdade é inadequada. Por outro lado, há quem reconheça que o objetivo da verdade não é de todo estranho ao processo, muito embora se entenda que este deve ceder frente a persecução de outros fins eventualmente incompatíveis, como a satisfação das partes, sua cabal liberdade de gestão da lide ou, genericamente, a pacificação social.

Pois bem, a fim de aprofundar as incertezas que afetam o conceito ordinário de verdade como fim do processo *adversarial*, *Taruffo* observa que enquanto o juiz do *civil law* segue um paradigma próximo da investigação científica, guiando-se por uma aproximação categórica e uniforme com os fatos, o juiz americano seria mais sensível a diversidade de possíveis opiniões sobre a verdade, utilizando-se basicamente de um método dialético para “revelação” de uma verdade compreendida como variável segundo o ponto de vista.

Quanto à possibilidade de alcançar a comprovação verídica do fato, a doutrina americana tem generalizado a afirmação de que o processo não é um lugar para a busca de uma verdade *científica*, haja vista a existência concreta de limites jurídicos – como por ex. as regras de exclusão da prova – e os limites práticos (exigências de tempo e finalidade da decisão) que o caracterizam²².

²¹ Op. cit. Pg.40

²² No que se refere a estes argumentos, *Taruffo* os repele afirmando que uma coisa é deduzir que o processo pode conseguir somente uma *verdade relativa* e aproximada, outra bem diferente é deduzir que o fim de uma comprovação verídica do fato é algo completamente estranho ao processo ou que seja, sob todos os aspectos, uma busca depreciável. Conclui *Taruffo*, neste cenário, que certamente a primeira proposição é a correta, mas

Observa-se, portanto, que a concepção de verdade mais congruente com o sistema *adversarial*, inexoravelmente, é indiferente ao fato de ter a reconstrução judicial do acontecimento uma correspondência ou não com sua realidade histórica.

Tal forma de pensar “despreza” a verdade em si e se fundamenta basicamente sobre o método processual empregado para comprová-los. Com efeito, trata-se de uma linha de pensamento coerente com a definição segundo o qual o sistema *adversarial* não está no direito que se aplica – ou seja, no resultado do litígio – mas no modo pelo qual o direito é aplicado, em outras palavras, no emprego de um método processual que exclua interferências estatais na autonomia do indivíduo privado.

Sob esta definição, a verdade é por excelência aquilo que se consegue com o uso do melhor instrumento processual. Neste sentido, se a verdade é aquilo que se consegue com o emprego do método processual mais adequado e se é certo que o modelo *adversarial* seja o melhor entre todos os possíveis, disto resulta que será – por definição – capaz de produzir juízos verdadeiros sobre os fatos da causa.

Dessa forma, indica *Garapon* que a conformação da manifestação da vontade na ideia subjacente da regularidade do método, conduz a uma *forma agonística* de investigação dos fatos²³. Neste contexto, a dialética entre as partes frente a um juiz passivo pode ser considerada como um dos mais eficientes instrumentos de busca da “verdade”. Não por outro motivo *Garapon* lembra que:

“se o sonho do procedimento de inquirição, sobretudo o francês, é fazer eclodir a verdade, o objetivo da cultura contraditória é mais o de fazer com que os depoimentos se fundam, sejam postos em concorrência para que triunfe o mais convincente.”²⁴

Esta concepção fundada numa verdadeira encenação da busca da verdade satisfaz-se muito mais com o verossímil e, portanto, privilegia o próprio método *adversarial* criando um argumento auto referencial de justificação. Dessa forma, restringe a análise crítica aos aspectos que, na prática, atrapalham o melhor funcionamento do sistema, jamais sendo possível atacar a essência do modelo em si.

*Antoine Garapon e Ioannis Papadopoulos*²⁵ apontam que as raízes religiosas próprias da cultura puritana de alguns países do *common law* influenciam diretamente a formalização

pouco comum, enquanto que a segunda seria evidentemente infundada, embora fosse a mais difundida – talvez para evitar uma valoração negativa do sistema *adversarial*. Op.cit. pg.43

²³ GARAPON, Antoine, PAPAPOULOS, Ioannis, *Julgar nos Estados Unidos e na França. Cultura jurídica francesa e common Law em uma perspectiva comparada*. Rio de Janeiro, Lumen, 2008. P. 106

²⁴ Idem, Ibid.p.106

²⁵ Idem, Ibid. p. 105

processual de investigação da verdade. Explicam que, conforme demonstrado por *Max Weber*, a santidade segundo os puritanos só se manifesta no cumprimento metódico e perseverante dos deveres públicos ou privados, razão pela qual o cumprimento do método e das regras de boa conduta encontram-se no âmago da salvação. Este seria, segundo aqueles autores, o motivo pelo qual a *common law* teria verdadeira fixação em relação às regras processuais, interessando-se muito menos pela verdade do que pelo *método certo de se chegar a ela*.²⁶

Nota-se, pois, que o modelo *adversarial* – assumido como modelo *ótimo* – não apenas exclui a possibilidade de verificação externa da verdade como consagra a concepção de que a própria justiça da decisão somente é alcançada segundo o cumprimento das regras de validade e correto desenvolvimento do método.

O sistema *adversarial* se auto proclama o modelo de solução dos conflitos por definição, enquanto se assume como *justa* apenas a decisão que dele provenha. Esta tendência constituiria uma ideia classicamente consagrada na tradição histórica do *common law*, qual seja a concepção de justiça como “*fair trial*” e a disposição de ver o sistema *adversarial* como a perfeita realização da “*procedural justice*”.

Uma das implicações mais sintomáticas é justamente a difusão da mistificação do modelo *adversarial* como método hígido e adequado para a solução de conflitos. Neste momento, o que se consagra é aquele círculo vicioso em que a verdade, constrangida, permanece presa.

Ora, se de um lado a justiça corresponde ao “*fairness*” processual e por outro tal fato somente é alcançado com a aplicação do sistema *adversarial*, realmente se chega a um ponto de difícil superação. Afinal, o processo *adversarial* não se considera em função instrumental com fins autonomamente identificados. O método é o seu próprio fim, conduzindo ao que *Edgar Morin* chamaria de *imperialismo teórico*.²⁷

4. NOTAS SOBRE A GESTÃO DO FATO HISTÓRICO PELO JULGADOR E O PL156/2009:

No fundo, o debate que se instaura sobre o projeto de reforma ao Código de Processo Penal gravita em torno da adoção ou não, dos pressupostos fundamentais do método

²⁶ Idem, Ibid. p.105

²⁷ Constitui uma característica marcante das teorias construídas como verdadeiros dogmas, a auto verificação incessante – por exemplo, a referência circular ao método. Tal fato cria fortes óbices ao jogo da contestação científica. Cf. MORIN, Edgar, *Ciência com consciência*, 13ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010, p.23.

adversarial. Nessa direção, conhecer aquelas críticas levantadas por *Michele Taruffo* passa a ser muito importante, na exata medida em que nos adianta uma concepção que advoga – com inegável proficiência teórica - a existência de vários problemas no sistema.

Pois bem, aponta *Luis Gustavo Grandinetti* que é comum vincular a limitação dos poderes instrutórios do juiz ao Estado Liberal, haja vista a necessidade de restrição dos mecanismos de poder, sempre tendentes ao *inquisitorialismo*.²⁸

Nas palavras de *Aury Lopes Jr.*, em matéria penal, “o processo acusatório impõe um repensar a construção do saber jurisdicional, delimitando, portanto, o campo de exercício do poder. Para tanto, é imprescindível que a gestão da prova esteja nas mãos das partes (juiz-espectador)”.²⁹

Interessante observação realizada por este autor refere-se ao problema do *primado das hipóteses sobre os fatos*. Neste sentido, ao entregar a gestão do fato histórico ao julgador, “estariamos incorrendo no erro (*psicológico*) da inquisição, permitindo justamente a quem irá julgar reconstruir a história do crime da forma que lhe aprouver para justificar a decisão já tomada”.³⁰

Com outras palavras, lembra o professor *Geraldo Prado* que “a ação voltada à introdução do material probatório é precedida da consideração psicológica pertinente aos rumos que o citado material possa determinar, se efetivamente incorporado ao processo,”³¹ nesse sentido, “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”.³²

“O juiz é o destinatário da prova e, sem dúvida alguma, sujeito do conhecimento. Quando, porém, se dedica a produzir provas de ofício se coloca como ativo sujeito do conhecimento a empreender tarefa que não é neutra, pois sempre deduzirá a hipótese que pela prova pretenderá ver confirmada. Como as hipóteses do processo penal são duas: há crime e o réu é responsável ou isso não é verdade, a prova produzida de ofício visará confirmar uma das hipóteses e colocará o juiz, antecipadamente, ligado à hipótese que pretende comprovar”.³³

²⁸ CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e Constituição*. 5ª Ed. Lumen Juris, pg.173.

²⁹ LOPES JR. Aury, *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, Vol.I, 4ªed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009, p.563

³⁰ Idem. Ibid. p.563³⁰ CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e Constituição*. 5ª Ed. Lumen Juris, pg.173.

³⁰ LOPES JR. Aury, *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, Vol.I, 4ªed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009, p.563

³⁰ Idem. Ibid. p.563

³¹ PRADO, Geraldo, *Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais* 4ªed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2008, p.136.

³² Idem, Ibid. p.137

³³ Idem, Ibid. p.141.

Considerando, portanto, que a instalação de um *quadro mental paranóico* no julgador, (como decorrência inexorável da gestão da prova em suas mãos) afeta de sobremaneira sua imparcialidade e que esta revela o próprio espírito do sistema acusatório, a conclusão que se chega em matéria processual penal não permite aceitar um juiz ativo em sua relação com o fato histórico.

Tal entendimento, portanto, vai além da distinção original entre sistemas acusatório e inquisitivo com base na repartição das funções desempenhadas pelos sujeitos processuais, adotando a imparcialidade (ciente de todos os mecanismos jurídicos e psíquicos de afetação) como núcleo nevrálgico de fundamentação do modelo³⁴.

De qualquer forma, se há unanimidade sobre algo que existe no cerne do sistema acusatório, este estará radicado na repartição das funções processuais e, conseqüentemente, no fardo probatório que recai sobre a acusação. Tal paradigma aponta uma séria restrição à indevida intromissão no papel constitucional da acusação e, conseqüentemente, na gestão do fato histórico pelo juiz.

Este é o entendimento de certa forma presente no PL156/2009, haja vista a expressa previsão no art.4º que *veda a substituição da atividade probatória do órgão da acusação pelo julgador*.³⁵

A preocupação com o “transformismo” do magistrado em agente persecutor se encontra bem delimitada na exposição de motivos do Projeto de Reforma. Vejamos:

“A decisão judicial, qualquer que seja o seu objeto, sempre terá uma dimensão transindividual, a se fazer sentir e repercutir além das fronteiras dos litigantes. Daí a importância de se preservar ao máximo o distanciamento do julgador, ao menos em relação à formação dos elementos que venham a configurar a pretensão de qualquer das partes. Em processo penal, a questão é ainda mais problemática, na medida em que a identificação com a vítima e com seu infortúnio, particularmente quando fundada em experiência pessoal equivalente, parece definitivamente ao alcance de todos, incluindo o magistrado”.³⁶

³⁴ Interessante observar as considerações tecidas por *Geraldo Prado* quando expressamente descreve a introjeção em solo brasileiro de modelos que configurariam um processo acusatório mitigado ou temperado pelo princípio da investigação judicial. Nestes termos, haveria espaço para a tese da distinção entre o sistema acusatório de estrutura *adversarial* e outro acusatório, contemporâneo, que atribui poderes probatórios ao juiz. (PRADO, Geraldo. Op.cit.p.139). O próprio autor colaciona uma consideração indicada por *Gustavo Badaró*, oportunidade em que assevera que “(...) embora seja característica histórica do processo acusatório a inércia probatória do juiz, que tinha apenas uma função passiva em relação à atividade instrutória, tal aspecto não lhe é fundamental. A evolução de tal modelo, principalmente em decorrência da publicização do processo, fez surgir um processo em que há clara separação de funções entre acusação, defesa e julgador, a despeito de o juiz poder ser dotado de poderes instrutórios”. (BADARÓ, Gustavo Henrique R. Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*, São Paulo, RT, 2003, p.137).

³⁵ PL156/2009: Art.4º. O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

³⁶ Exposição de motivos do PL156/2009.

Ao impedir que o juiz possa substituir-se no papel do acusador, o objetivo do projeto de reforma aponta para a necessidade de aperfeiçoar a responsabilidade institucional do Ministério Público. Por este singelo motivo, a exposição de motivos do PL156/2009 nos lembra que:

“Não bastasse, é de se ter em conta que o Ministério Público mereceu tratamento constitucional quase equiparável à magistratura, notadamente em relação às garantias institucionais da inamovibilidade, da vitaliciedade e da irredutibilidade de vencimentos. Assim, seja do ponto de vista da preservação do distanciamento do julgador, seja da perspectiva da consolidação institucional do *parquet*, não há razão alguma para permitir qualquer atuação substitutiva do órgão da acusação pelo juiz do processo”.

A existência de órgão com a investidura institucional do Ministério Público aliado ao instrumento próprio da Polícia Judiciária torna, no mínimo, desnecessário mergulhar o julgador no universo comprometedor da busca pela prova e do convencimento.

Essa posição é corroborada por *Luis Gustavo Grandinetti*³⁷, que ao se referir ao poder instrutório do juiz assevera:

“O argumento fascina, mas há de ser observado com cautela. Ele pode e deve se prestar para vencer o imobilismo do juiz cível, onde as desigualdades econômicas são facilmente perceptíveis no desenrolar do processo. (...) No processo penal, o argumento não se justifica por uma razão fundamental: o sistema processual brasileiro destinou duas instituições para obter a prova necessária para desconstituir a presunção constitucional de inocência: O Ministério Público e a Polícia Civil. (...) O Estado não precisa e não deve ter mais uma instituição – na verdade, um Poder do Estado: o Judiciário – com a mesma função de buscar provas para desconstituir a presunção constitucional. Se o fizesse, estar-se-ia vulnerando algo caro e precioso ao Poder Judiciário, que é a imparcialidade. Por isso, o juiz não pode ter poderes instrutórios no processo penal.”

Sem embargo de todo o peso doutrinário daqueles que defendem a impropriedade da gestão da prova pelo juiz, *Michele Taruffo* continua sendo um dos militantes mais aguerridos da possibilidade de um poder instrutório pelo magistrado.

Lembra-se que é extremamente preocupado com o “desprezo” que o método *adversarial* dispensa à verdade, entregando a atividade probatória às partes, interessadas tão somente em prevalecer seus argumentos no debate jurisdicional. Neste sentido, afirma que a atividade das partes pode não ser suficiente para conduzir o juízo à verdade e que não se pode assumir como correta a afirmação de que esta está contida na versão dos fatos alegados pelas partes.

É impossível não notar, porém, que boa parte da fundamentação utilizada por *Michele Taruffo* é compatível muito mais com o processo civil do que com o processo penal.

³⁷ CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e Constituição*. 5ª Ed. Lumen Juris, pg.173.

Um exemplo sintomático da confusão dogmática - que se encontra no cerne de toda a argumentação do autor está na relação que estabelece entre a insurgência de um Estado Social - ativo na efetivação das promessas incumpridas da modernidade³⁸ - e a necessidade de que isto implique em rever a passividade do julgador no processo criminal³⁹.

Ocorre que o argumento produz um artifício retórico desapegado da especificidade ideológica do processo penal, subvertendo sua função instrumental de contenção do poder repressivo em matéria criminal. Se o processo civil encontra-se interessado em criar modelos de satisfação os anseios da contemporaneidade (principalmente, as demandas supra individuais), o processo penal está mais preocupado com a expansão da profilaxia punitiva e a conseqüente redução das garantias processuais, comumente concebidas como entrave ao funcionamento do sistema.

Dessa forma, o paradigma chave no processo penal deve considerar que, ao contrário do processo civil, não é o julgador quem reequilibra a desigualdade entre as partes. Aqui, a “assimetria” processual é compensada pela construção de um padrão de prova mais exigente que o padrão relativo da “preponderância da prova” em matéria civil, repita-se, sem necessidade de comprometimento do juiz.⁴⁰

Esta é mais uma razão pela qual o sistema *adversarial* em matéria penal não pode prescindir do *critério do in dubio pro reo* como sistema de avaliação do padrão da prova.

Afinal, é como lembra *Garapon*⁴¹:

“Quando o custo humano e social de um erro de apreciação não é tão dramático quanto a privação da liberdade individual, é preciso dar uma certa latitude à ação dos órgãos do Estado. Um padrão intermediário de prova é, por conseguinte, mais adaptado”.

³⁸ *Lenio Luiz Streck* diria que “as facetas ordenadoras do Estado Liberal de Direito e promotora do Estado Social possibilitaram a insurgência de um Estado Democrático de Direito agregador de um *plus* normativo e qualitativo: o direito passa a ser transformador, vez que os textos constitucionais passam a conter (co-originalidade entre direito e moral) as possibilidades de resgate das promessas da modernidade, questão relevante para países como o Brasil em que o *welfare state* não passou de um simulacro (*modernidade tardia*).” (STRECK, Lenio Luiz, *Os obstáculos ao acesso à justiça e a inefetividade da Constituição: passados vinte anos, (ainda) o necessário combate ao (velho) positivismo*. JurisPoesis, ano 10, nº10, 2007. Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro.p.157)

³⁹ Ao que parece, em matéria penal, a insurgência de um Estado Social – próprio do neoliberalismo econômico periférico – apenas acentuou a criminalização da miséria e a expansão punitiva.

⁴⁰ *Garapon* explica que a insistência americana no padrão “*beyond a reasonable doubt*” em matéria penal se explica pela assimetria constitutiva entre os recursos financeiros e processuais do Ministério Público, por um lado, e aqueles acusados, por outro. GARAPON, Antoine, PAPAPOULOS, Ioannis, *Julgar nos Estados Unidos e na França. Cultura jurídica francesa e common Law em uma perspectiva comparada*. Rio de Janeiro, Lumen, 2008, p112.

⁴¹ *Idem*, *Ibid*, p. 113.

O sensível valor da liberdade é certamente o núcleo do enorme abismo que separa o processo civil da ciência processual penal. Neste contexto, a relação cuidadosa entre a *vida nua* do homem e o poder punitivo estatal encerra a condição principal pela qual, no processo penal, o juiz apenas é um expectador da tarefa dolorosa do Ministério Público de descortinar a inocência.

O processo penal - nunca é demais repetir - trabalha com outro *padrão de valoração da prova*, possui uma estrutura que afirma a desigualdade propositalmente, criando um órgão especialmente destinado a carregar o fardo probatório.

A verdade é, no mínimo contingencial, porque a dúvida satisfaz e garante o primado da liberdade. Mais vale a certeza no funcionamento do sistema.

O método preserva a higidez do procedimento e se preocupa mesmo é com as regras do jogo, já que assim a lealdade é conservada, o órgão acusador suporta o seu ônus e o acusado o seu *risco*. Se a passividade do julgador na gestão do fato histórico é um dogma *adversarial*, no processo penal ele atinge o máximo de sua eficiência garantista.

Dessa forma, a tentativa de fazer coincidir as exigências modernas de um processo civil concebido como “*instrumento de justiça social*”⁴² (juiz ativo na gestão da prova) não pode ser transplantado para o processo penal sem causar muitos problemas e ressuscitar muitos fantasmas.

O atual projeto de reforma do Código de Processo Penal (PL156/2009) reconhece isto e limita de sobremaneira a gestão do fato histórico pelo magistrado.

Mesmo a dicção normativa presente no art.162, Parágrafo único do PL156/2009⁴³, quando indica que *as provas serão propostas pelas partes*, mas o *juiz poderá esclarecer dúvida*, remete tal faculdade àquele imperativo presente no art.4º, qual seja o de jamais se substituir em órgão da acusação.

Sob esta ótica, há doutrinadores de estimável importância que sustentam a possibilidade de uma intervenção judicial na atividade probatória, de forma moderada, em *favor do acusado*, porquanto a acusação já dispõe de aparato suficientemente constituído para atuar no processo.^{44 45}

⁴² TARUFFO, Michele. Op.cit.p.252

⁴³ Art. 162. As provas serão propostas pelas partes.

Parágrafo único. Será facultado ao juiz, antes de proferir a sentença, esclarecer dúvida sobre a prova produzida, observado o disposto no art. **Erro! Fonte de referência não encontrada.**

⁴⁴ PRADO, Geraldo. Op.cit. p.139

⁴⁵ *Luiz Gustavo Grandinetti* propõe solução interessante, construindo a seguinte possibilidade: Num caso concreto, o juiz percebe que o promotor não tenha requerido uma prova que, claramente, levaria o réu a uma condenação. Considerando que não poderia produzi-la de ofício e que a omissão demonstra-se inofismável (pensa-se num conluio) poderia aplicar-se o art.129 do Código de Processo Civil por analogia, oportunidade em

Tal possibilidade não acarreta dizer que o poder de investigação judicial seja coerente com o princípio acusatório, mas permite, na linha do que aponta *Geraldo Prado*, que o juiz,

“pela coordenação dos princípios constitucionais da *justiça material* e *presunção de inocência*, moderadamente intervenha, durante a instrução, para, na implementação de poderes de assistência ao acusado, pesquisar de maneira supletiva provas de inocência conforme a(s) tese(s) esposta(s) pela defesa”.⁴⁶

Dentro deste ponto de vista, “o destinatário da posição jurídica de vantagem não pode ser prejudicado pela aplicação, contra si mesmo, daquele benefício instituído pela Constituição”.⁴⁷

5. CONCLUSÃO:

“Em nota técnica entregue a todos os senadores em dezembro de 2009, a Ajufe (Associação dos Juízes Federais) alertou que a proposta de suprimir os poderes de instrução complementar do juiz penal “contraria a tradição legislativa e jurisprudencial brasileira, que confia aos juízes o poder de atuar supletivamente no processo penal em matéria de provas, o que é relevante diante de possíveis e eventuais falhas, não só da defesa, mas também da acusação”. Além disso, **“ao eliminar o poder de instrução complementar do juiz na ação penal gera o risco de transformar o processo penal em mera disputa entre a acusação e a defesa, com a vitória do melhor profissional e com prejuízos à descoberta da verdade e a correta aplicação da lei penal”**, diz o documento”⁴⁸. (*grifos nossos*)

Quando se vê um órgão de classe da magistratura incorporar o discurso da “verdade real” e consagrar a possibilidade de gestão do fato histórico pelo julgador, percebe-se que os efeitos da memória autoritária em matéria processual penal são de fato latentes.

É a condição do mito.

A sacrossantidade mitológica da verdade real estabelece barreiras psíquicas impassíveis de serem percebidas pelo próprio *Eu* do julgador. Afinal, não há outra justificativa razoável para a *permanência inquisitiva* que não assumir que a tradição do poder

que remeteria os autos à chefia do Ministério Público, declarando-se, ato contínuo, suspeito para permanecer no processo.

No caso de flagrante possibilidade de prova pelo menos capaz de gerar dúvida no julgador para a absolvição, propõe *Grandinetti* que o juiz aplique o art.497, V do CPP, declarando o réu indefeso e também a sua suspeição. CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e Constituição*. 5ª Ed. Lumen Juris, pg.177.

⁴⁶ PRADO, Geraldo. Op.cit p. 137

⁴⁷ Idem, Ibid. p.137

⁴⁸ Acessado no dia 26 de Abril de 2010.

http://www.ajufe.org.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=1891:comissao-de-reforma-do-cpp-da-ajufe-encontra-falhas-no-texto-do-pls-1562009-aprovado-pelo-senado&catid=52:destaque-2e3

penal no exercício das práticas punitivas – no mínimo - habita o inconsciente do julgador e condiciona a sua atuação no processo penal.

A consideração não é tão surpreendente se pensarmos que há centenas de anos o cérebro humano, quando se volta ao processo penal, encontra-se impregnado de uma moldura inquisitiva. É de se questionar, portanto, se a constante intromissão dos “*mitos autoritários*” no processo não seriam impressões gravadas na subjetividade do julgador⁴⁹.

Ao fim desta singela investigação, a conclusão que se amadurece – considerando a especificidade ideológica do processo penal – indica como premissa a ideia de que a atuação do magistrado na gestão da prova remete o processo penal para um cenário desalentador. Permitir a ingerência probatória pelo magistrado e, portanto, romper com a passividade própria do sistema *adversarial* abriria um espaço perigoso de atuação ao *Poder*, em seu constante flerte com o arbítrio.

O projeto de reforma do Código de Processo Penal, ao que parece, andou bem na construção de um aparato que restringe a intromissão do juiz na atividade instrutória. Afinal, a expressa menção à impossibilidade de substituição em órgão acusador aproxima o julgador da face que irá vestir a cada vez que for pego na tentativa de gerir o fato histórico.

Neste contexto, – ao contrário do que defende a nota divulgada pela Associação dos Juízes Federais - quando um processo penal notadamente acusatório entrega a vida processual às partes, distribuindo cargas, riscos e estabelecendo um modelo de valoração da prova específico para tutelar a presunção da inocência, o que pretende é evitar a insurgência de um julgador que, com iniciativa probatória, destine seu psiquismo à obtenção de uma suposta verdade real e, uma vez impelido por sua tendência inconsciente de martirizar, atire o acusado na fogueira do clamor público e da histeria punitiva.

6. BIBLIOGRAFIA:

BADARÓ, Gustavo Henrique R. Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*, São Paulo, RT, 2003

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008.

CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e Constituição*. 5ª Ed. Lumen Juris, 2009.

⁴⁹ O professor *Rubens Casara*, certamente o maior estudioso sobre a permanência dos “mitos autoritários” no processo penal brasileiro, aponta que o desvelar deste conteúdo simbólico – caso não seja possível a sua supressão - deve conduzir a uma substituição por genuínos “*mitos democráticos*”, a recondicionar a forma de observar o fenômeno processual e, conseqüentemente, a atuação do julgador.

- FOUCAULT, Michel , *A verdade e as formas jurídicas*, Nau-PUC, Rio de Janeiro, 2009,
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón – Teoria Del Garantismo Penal – 2ªed*; Trad. Perfecto Andrés Ibañes, Trotta, 1999.
- FREUD, *escritos sobre a psicologia do inconsciente*, Vol.III (1923-1940), Rio de Janeiro, Imago, 2007.
- GARAPON, Antoine, PAPAPOPOULOS, Ioannis, *Julgar nos Estados Unidos e na França. Cultura jurídica francesa e common Law em uma perspectiva comparada*. Rio de Janeiro, Lumen, 2008.
- JUNG, Carl Gustav. *O Eu e o inconsciente*. 21º Ed. Vozes, Petrópolis – Rio de Janeiro, 2008.
- Psicologia do inconsciente*, Vol.VII, Vozes, Petrópolis – Rio de Janeiro, 2008.
- KUNZLER, Caroline de Moraes, *A teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*, in <http://seer.fclar.unesp.br/index.php/estudos/article/viewFile/146/144> (acessado em 05/06/10).
- LOPES JR., Aury, *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional, Vol.I* , 4ªed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009,
- MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal. Trad. Paolo Capitano. Bookseller – SP. 2001*.
- MARIOTTI, H. *As paixões do ego: complexidade, política e solidariedade*. São Paulo, Palas Athena,2000.
- MARRAFON, Marco Aurélio, *O caráter complexo da decisão em matéria constitucional: discursos sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética na práxis jurisdicional*. Rio de Janeiro, Lumen, 2010
- MARTINS, Rui Cunha. *O mecanismo da convicção* in (coord.) CASARA, Rubens R.R. e LIMA, Joel Corrêa, *temas para uma perspectiva crítica em direito: homenagem ao professor Geraldo Prado*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010.
- MITTERMAYER, C.J.A. *Tratado da prova em matéria criminal. Trad.Herbert Wuntzel Heinrich Ed.Bookseller. Campinas – SP.1997*.
- MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Decisão Penal: A bricolage de significantes*. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006.
- MOIGNE, Jean-Louis Le. *A inteligência da complexidade*. In: *O pensar complexo: Edgar Morin e a crise da modernidade/ org. Alfredo Pena-Veja e Elimar Pinheiro de Almeida*. Rio de Janeiro: Garamond. 1999.

PRADO, Geraldo, *Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais* 4ªed. Lumen Iuris. Rio de Janeiro, 2008

SAMPAIO, Denis, *A verdade no processo penal: a permanência do sistema inquisitorial através do discurso sobre a verdade real*. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010.

STRECK, Lenio Luiz, *Os obstáculos ao acesso à justiça e a inefetividade da Constituição: passados vinte anos, (ainda) o necessário combate ao (velho) positivismo*. JurisPoesis, ano 10, nº10, 2007. Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro.

TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, Madri, Trotta, 2002

Conocimiento científico y criterios de la prueba judicial, Lima, Ara Editores, 2009.

El proceso civil adversarial em la experiencia americana. Temis – Bogotá, Colômbia, 2008.