

AS VERDADES E FINALIDADES DO PROCESSO PENAL E OS SOFISMAS DA TESE DE RELAÇÃO INTRÍNSECA ENTRE ADVERSARIAL SYSTEM E GARANTISMO**LAS VERDADES DEL PROCEDIMIENTO PENAL, SUS FINALIDADES Y LOS SOFISMAS DE LA TESIS DE LA RELACIÓN INTRÍNSECA ENTRE SISTEMA ADVERSARIAL Y GARANTIZISMO***RONALD GOMES LOPES¹; JOÃO MAURÍCIO ADEODATO²***RESUMO**

O artigo confronta as idealizações políticas sobre o conceito do processo penal “garantista” brasileiro. Entre o significante e significado de democracia, liberalismo e garantismo, analisa-se o conflito retórico existencial e estratégico entre processualistas publicistas versus individualistas. Se suas lentes prescrevem recortes éticos com prioridades e preterições; priorizando a verdade livre de um processo penal resolutivo em detrimento de um processo penal cuja verdade visa o axiológico-normativo ou vice-versa, o artigo investiga lugares comuns onde signos se confundem formando relações intrínsecas questionáveis, tais como “garantismo” e “adversarial system”, outrossim, duvidando da êndoxa que incompatibiliza relações entre “sistemas inquisitórios” e “garantismo”. A discussão encontra eixo polêmico na análise entre garantismo e poderes instrutórios do juiz; e a partir da etnometodologia destaca a questão da manipulação violenta da verdade pelas organizações criminosas no litisconsórcio passivo da ação penal, denunciando a incoerência do signo “garantismo” com a figura

do Estado-Juiz inerte, capaz de destituir a força da Constituição.

PALAVRAS-CHAVE: Sistemas processuais penais. Verdade. Justiça. Democracia.

RESUMEN

El artículo confronta las idealizaciones políticas sobre el concepto de procedimiento penal "garantista" brasileño. Entre el significante y el significado de la democracia, el liberalismo y el garantista, se analiza el conflicto retórico existencial y estratégico entre procesualistas publicistas versus individualistas. Si sus lentes prescriben recortes éticos con prioridades y desusos; Priorizando la verdad libre de un proceso penal resolutivo en detrimento de un proceso penal cuya verdad apunta a loxiológico-normativo o viceversa, el artículo indaga en lugares comunes donde los signos se confunden formando relaciones intrínsecas cuestionables, como "garantía" y "sistema adversarial", además, dudando de la endoxa que yo concilia las relaciones entre los "sistemas inquisitoriales" y las "garantías". La discusión encuentra un eje polêmico en el análisis entre la garantía y las facultades instructivas del juez; y desde la

* Artigo recebido em 13/06/2022 e aprovado em 22/09/2023.

¹Graduado em Direito pelo Centro Universitário Vila Velha (2000). Atualmente é Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Espírito Santo. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal e Processo Penal. Possui pós-graduação, especialização em Direito Penal e Processo Penal pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Mestrando pelo programa de pós-graduação em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória. E-mail: rglopes@mpes.mp.br

² Graduado pela Faculdade de Direito do Recife (1977), mestrado (1980), doutorado (1986) e livre docente (2011) pela Faculdade de Direito da USP e pós-doutorado na Universidade de Mainz pela Fundação Alexander von Humboldt (1988-1989). Fez outros estágios pós-doutorais de curta duração (três a quatro meses) nas Universidades de Mainz (1991), Freiburg (1995), Heidelberg (2000, 2003, 2006, 2009 e 2011), Hagen (2014) e Frankfurt (2018). Doutor Honoris Causa pelas Faculdades Metropolitanas Unidas de São Paulo (2009). 2. Ensino e pesquisa: Professor assistente (1983) e titular (1990) por concursos públicos da Faculdade de Direito do Recife, da qual se aposentou em 2016. Orientador de mais de uma centena de teses de doutorado e dissertações de mestrado, monografias de Especialização e TCCs, tendo criado o programa de iniciação científica da Faculdade de Direito do Recife (1986). Pesquisador do CNPq desde 1984. E-mail: jmadeodato@gmail.com

etnometodología destaca el tema de la manipulación violenta de la verdad por parte de las organizaciones criminales en la acumulación pasiva de la acción criminal, denunciando la incoherencia del signo "garantía" con la figura del Estado. Es una fuerza inerte capaz de quitarle fuerza a la Constitución.

PALABRAS CLAVE: Sistemas procesales penales. Verdad. Justicia. Democracia.

1 INTRODUÇÃO

No meio jurídico, acadêmico ou forense e, especialmente, no âmbito dogmático processual penal, a palavra inquisitivo parece guardar um lugar comum, significando terrível violação de direitos humanos. Esse signo linguístico assumiu o atual sentido repugnante a partir de eventos históricos, compondo assim uma vil simbologia etiológica. Portanto, tudo quanto relacionado (processo inquisitivo, sistema inquisitorial, epistemologia inquisitória, inquirição etc.) contamina o juízo significando execrável e repulsivo veneno processual. A proposta aqui alinhavada pretende quebrar essa simbológica e genérica pseudoconcreticidade.

Concebe-se aqui que o problema não reside no uso de ingredientes inquisitivos, mas sobretudo na dosagem de sua instrumentalização, especialmente pelo emprego de pressupostos políticos ideológicos antidemocráticos (conservador ou progressista). Metaforicamente, não se atribui a culpa do homicídio à faca, mas sim daquele que a utiliza para sujar as mãos de sangue. O instrumento, além de nada motivar, guardará utilidades outras, para o bem ou para o mal. Em suma, o antídoto processual para garantir integrais direitos humanos pode estar no próprio veneno, em dosagem adequada e finalidade precisa, é claro.

Nos últimos tempos, tanto a epistemologia no plano legislativo, quanto a hermenêutica reproduzida nos plenários dos tribunais brasileiros, envolvem o processo penal numa travessia inexorável. Vive-se um período de franca transformação, indiscutível reflexo da redemocratização política. Nesse caminho, não há grave dissenso dogmático-doutrinário sobre a necessidade de ajustes visando suprimir presunções abusivas (presunção de culpa) e suas decorrentes violações de direitos individuais, ignorados pelos ritos penalizadores de antigos regimes totalitários (sejam quais forem seus extremos políticos), demandando-se não só um afinamento normativo processual penal equilibrado, mas também adaptações com os valores vertidos pelas normas da ordem democrática instaurada desde 1988. Contudo, constitui motivo de grande preocupação os caminhos pelos quais esse levante vem seguindo, sobretudo, diante da árdua tarefa de se enfrentar a complexidade dos atuais problemas sociais que desaguam sobre o tema do jus puniendi estatal no paradigma do Estado Democrático de Direito.

Portanto, se esse diagnóstico parece óbvio de uma perspectiva descritiva – retórica material –, o mesmo não podemos dizer quanto às propostas normativas – retórica estratégica – a respeito dos rumos que esse processo penal toma nesse início de século. Quando termos como “liberalismo” e “democracia” se confundem, observa-se que a definição do significado de “garantismo” seja um dos divisores de águas relevantes para o enfretamento da atual tensão doutrinária processual penal sobre aquilo que bem sintetiza Douglas Fischer (2017) como “garantismo penal” x “garantismo integral”, termo com qual

hodiernamente acostumou-se a designar o conflito. Contudo, essa distinção ainda pende de análises sobre outros elementos de composições teóricas políticas que merecem investigações.

De toda sorte, é inquestionável que desde a promulgação da Carta de 1988, o Código de Processo Penal passa por uma avalanche reformadora jamais vista. Sejam impulsionadas, como afirma Pacelli (2015), inicialmente, pela doutrina das garantias de Luigi Ferrajoli e, posteriormente, como sustenta Máximo Langer (2017) pela influência pragmática liberal da cultura norte americana; ao cabo, observa-se a formação de amálgamas significativos teóricos fixando conceitos relacionando elementos políticos (liberalismo) com processuais (adversarial system) pela influência estadunidense, assim como elementos políticos (axiológicos) com processuais (inquisitive system) da cultura continental europeia.

Pode-se dizer, portanto, que se reuniram significados compondo uma espécie de “garantismo subjetivista adversarial” defendido por uma linha doutrinária liberal brasileira como sinônimo de epistemologia processual penal “democrática”. Noutra giro, encontra-se a resistência de um “garantismo objetivo ético” preservando um processo penal comprometido com a tutela axiológica normativa de integral proteção dos direitos humanos, responsabilidade estatal no cumprimento de deveres constitucionais positivos, o que reflete sobre a atividade do magistrado também comprometido com as convenções internacionais.

Grosso modo, compreende-se aqui que a origem deste distanciamento semântico sobre “garantismo”, que reflete sobre vários temas processuais penais, tem como ponto de partida a construção retórica de significados elaborados sobre a ontologia de tipos e sistemas processuais penais a partir de vieses políticos. Sobre as diferentes formas com que essas construções retóricas se realizam, obtêm-se também significantes distintos para o significado de “garantismo”. Com efeito, a tensão linguística confronta-se com a realidade, revelando como essas correntes concebem o dever ser do novo processo penal e, ao final, a discussão deságua sobre o tipo de verdade que se busca em cada epistemologia que se idealiza. Ou seja, para o garantismo adversarial vislumbram-se composições signas a partir: a) da filosofia da liberdade individualista; b) da política de prioridade resolutiva; c) eliminando-se interferências do estado, b) concebendo como imparcialidade estatal um juiz inerte. Por outra via, para o garantismo ético: a) a filosofia da proteção axiológica integral dos valores humanos; b) a política de prioridade e qualidade ética da decisão judicial e; c) a necessidade de controle mínimo estatal sobre a qualidade da justiça aplicada.

Ocorre que, após a vitória do liberalismo aliado sobre as ideologias totalitárias do eixo na segunda guerra mundial, dois reflexos operaram. Se na Europa emerge a doutrina das garantias, vários sistemas jurídicos de nações da América Central e Sul Americanos, assim como europeias continentais, passaram também a transplantar mecanismos resolutivos oriundos do processo norte americano, como afirma Mattei (2003). Esse movimento de americanização global, contudo, não fluiu como se esperava.

Sobre esse cenário, já foram lançados alertas de incompatibilidades dos enxertos americanos aplicados sobre outro sistema jurídico, como afirma Máximo Langer (2017); na medida em que, com as readaptações, países influenciados reproduziram distorções epistemológicas grotescas, seja quando comparados seus efeitos sobre ritos locais receptores (matriz civil law), seja quando comparados com o originário processo penal doador (matriz common law). O imbróglio reside nas verdades e finalidades distintas.

Com efeito, no plano político da busca da verdade, sabe-se que o processo estadunidense é peculiarmente marcado pelo pragmatismo liberal individualista e diverge drasticamente da concepção da verdade processual visada pelos países da Europa continental e suas periferias histórico-culturais. A tendência atual é que, para estes últimos, a verdade seja tomada por uma estrutura processual dotada de algum mecanismo teleológico do acerto fático visando assegurar proteções estatais axiológicas. Concebe, portanto, em termos mais absolutos, que a figura do juiz – como um oficial da axiologia do Estado – é o encarregado, independente de acordos da realidade firmado entre partes, sobre a definição de ocorrência dos eventos julgados, como afirma Garapon (1995), a partir de algum poder instrutório conferido ao Magistrado. Por outro lado, à luz do sistema adversarial, a verdade concebida pelo liberalismo estadunidense é pragmático-utilitarista-resolutivo, ou seja, definida pelo consenso das partes diante de um juiz observador, agente inerte sobre a construção dos fatos apurados.

Nesse quadro, a divergência sobre atual marcha epistemológica transformadora do Código de Processo Penal brasileiro tem como parâmetro esse enfrentamento de “verdades”, bem como sobre qual é a sua finalidade e a relação com “garantismo”. A verdade que se busca tem como prioridade a solução de conflito ou a aplicação de uma ética axiológica humanitária democraticamente definida? No primeiro caso, o cerne consiste em conceber o processo como instrumento de pacificação social, não se priorizando, contudo, como afirma Taruffo (2016), a qualidade ética da decisão. No segundo, a pacificação só opera se, no caso concreto, o crime for solucionado conforme os valores de uma norma abstrata democraticamente estabelecida no pacto social, a partir de um acerto fático-teleo-axiológico, o que demandará atuação do Juiz como agente político responsável pela verdade para aplicação da norma abstrata.

Com efeito, o presente artigo elabora uma análise crítica sobre essa divergência que deságua no conflituoso significado de “garantismo”. Adota como referencial metodológico a teoria retórica da norma e do direito subjetivo. Ela será aplicada sobre os discursos das correntes doutrinárias, sobre os novos rumos pelos quais o processo penal deveria se pautar. À vista disso, encontra-se no cerne do confronto concepções de verdades, elas estão relacionadas com propósitos políticos distintos, bem como sobre aquilo que se objetiva alcançar à luz desses projetos que visam estrategicamente alcançar o relato político

dominante. Ou seja, o discurso capaz de transformar não só o destino da legislação, como também as interpretações das atuais normas, preenchidas em sentido e alcances normativos, definidos pelos tribunais pátrios brasileiros.

Essa introdutória identificação das bases estruturais filosóficas, assim como dos desenvolvimentos estratégicos discursivos, aponta como as duas correntes alcançam desfechos distintos sobre o ponto central do debate; conceber a iniciativa probatória supletiva do magistrado como resquício processual venenoso-inquisitivo, antidemocrático e violador do contraditório ou concebendo-a como atividade publicista, normativo-axiológica democrática, obstinada a cumprir obrigações estatais positivas definidas pela Constituição Federal e pelos acordos internacionais de proteção aos integrais direitos humanos.

Nessa conjunção, procura-se investigar se a construção de amálgamas como “garantismo adversarial” é constituído por uma relação lógica intrínseca com um conceito de democracia ou se essa reunião é fruto de estratégias retóricas falhas. Investiga-se, outrossim, se há mesmo uma incompatibilidade absoluta (como defende o seguimento liberal doutrinário) entre sistema inquisitivo e garantismo. Isto é, seriam compatíveis ou absolutamente antagônicos?

Para execução da análise nos reportamos a alguns referenciais teóricos. Pela primeira linha, a busca da verdade pelo Estado é tomada como ambição distorcida e perigosa, como sustenta Aury Lopes Júnior (2019). Seria um retorno ao mundo inquisitivo medieval, por assim prescrever que o processo penal guarda como prioridade a solução de conflitos individuais, restando a verdade sem lugar de importância. Como é possível observar, esse argumento utiliza-se do símbolo (pathos) negativo sobre tudo aquilo que se reporte ao termo inquisitivo. Destaca, por outro lado, as benesses da democrática verdade livre e consensual, o “garantismo adversarial”. Para estes, qualquer atitude epistêmica capaz de conferir, ainda que mínima, atividade probatória ao juiz, representa o genérico e simbólico resquício totalitário.

Aury Lopes Júnior (2019), escorado sobre antigas teorias e doutrinas processuais penais de Goldschmidt (1935) e de Elio Fazzalari (1957), ataca a verdade visada no atual processo penal brasileiro, apontando-a como persistente natureza venenosa-inquisitiva. Prescreve, especialmente, naquilo que toca aos poderes instrutórios conferidos ao juiz brasileiro, mesmo após a reforma processual operada pela lei 11.690/2008, posição radical contra qualquer repulsiva e imparcial iniciativa do magistrado, ainda que de natureza probatória suplementar.

No oposto referencial teórico, concebe-se a ideia daquele seguimento para os quais a verdade, ainda que teleologicamente, deve ter um propósito específico para a jurisdição civil ou penal, daí concebendo-se a necessidade de conceder poderes razoáveis de atuação probatória ao magistrado, como

defendido por Gustavo Badaró (2019). No mesmo fluxo, Frederico Valdez Pereira (2020) sustentando que a definição dos fatos no processo penal depende da integração probatória do julgador; Jordi Ferrer Beltrán (2017) advogando que a justificção da decisão-ato deve fundar-se no pressuposto de uma proposição fática aceitável, além de Michele Taruffo (2016), para quem o magistrado deve justificar a sua decisão na simples construção dos fatos através de uma narrativa comprovada.

Em suma, definido o problema, as correntes, seus representantes, contrapontos referenciais, a metodologia retórica e a análise visando identificar as falhas e acertos elaborados em seus discursos; destaca-se que a trajetória aqui desenvolvida confrontará essas teorias através da etnometodologia as envolvendo nos dois temas mais preocupantes da atual realidade social brasileira, segurança pública e direitos humanos. De um lado, a escalada da violência reproduzida nos grandes centros por facções de organizações criminosas, do outro, a percepção sobre como as forças selvagens exógenas ao processo penal atuam na construção da “verdade” onde se manipula a culpa de “bodes expiatórios” em ações penais qualificadas pelo polo litisconsorcial passivo. Esse tema evidenciará falhas importantes sobre a prescrição da tese defendida pela linha da processualística individualista e consensualista da verdade que concebe o processo penal garantista como um jogo idealizado entre as partes prometendo a igualdade.

Ao final, a crítica apresentada demonstrará inexistir relação intrínseca, nem incompatibilidade absoluta, entre os conceitos e sistemas investigados. Demonstrará o quanto a versão defendida por uma visão individualista e liberal da verdade no processo penal, na atual realidade brasileira, pode ser tão injusta quanto os venenosos sistemas inquisitivos e processos inquisitórios do passado. Quando se toma como raio de análise um espectro mais amplo da realidade social brasileira, onde forças criminosas se apropriam da verdade livre proposta pelo garantismo adversarial, destaca-se como a sua tese cria um Estado que “lava as mãos” diante da violação de direitos, enfraquecendo a axiologia-normativa da Constituição Federal de 1988 e das convenções internacionais de direitos humanos.

2 A VERDADE CONSENSUAL À LUZ DO PROCESSO PENAL INDIVIDUALISTA: A GESTÃO DA PROVA E O CONTROLE SOBRE OS EVENTOS POR DETERMINAÇÃO EXCLUSIVA DAS PARTES

A retórica material, enquanto primeiro plano laboral da realidade, constitui a maneira com que os humanos constroem seu ambiente através da linguagem. Essa visão cética da realidade foi difundida por Friedrich NIEZSCHE (1922). Designada como retórica existencial, trata do primeiro campo de análise dos três níveis do método analítico dos discursos. Nietzsche a concebeu como dinâmica (dýnamis),

informando que a construção discursiva molda subjetivamente qualquer objeto que passa a ser desta ou daquela forma anunciado.

Seguimentos doutrinários aderentes a uma concepção liberal política individualista, v.g., pré-concebem em seus discursos uma classificação generalizante a respeito dos tipos de processos penais existentes. Compõem, assim, uma realidade classificatória binária do processo penal, atribuindo ao sistema penal adversarial um valor democrático positivo (o bom direito) e outro inquisitório antidemocrático negativo (o mal direito). Sua perspectiva binária simplista santificada e demonizada, de maneira generalizante, anunciando a sua visão do processual penal. Sintetiza, portanto, em dinâmica construção da realidade, fórmulas etiológicas: a cura do novo processo penal democrático e garantista (acusatório = adversarial system) em superação aos venenosos ritos dos antigos regimes totalitários, violadores de garantias individuais (processo penal inquisitório = inquisitorial system).

Nesse percurso, constata-se que, não distinguindo tipos de processos da classificação dos sistemas processuais, reproduz a realidade pela lógica aristotélica binária, a lógica do terceiro excluído (quando nega existir sistemas mistos). Por outra via, os processualistas publicistas, adeptos da verdade que visa um “fim axiológico-normativo”, preocupados com a qualidade da decisão jurídica desenvolvem a distinção conceitual entre tipos de processo (acusatório e inquisitório) os quais não se confundem com os sistemas processuais (adversarial e inquisitivo).

Em síntese, observa-se que a retórica estratégica de ambas se inicia, portanto, pela “generalidade” ou pela “especificação” de elementos conceituais previamente constituídos e que formaram os pressupostos dos seus discursos. Nesse aspecto, reunir sinteticamente tipos de processos com sistemas processuais ou distingui-los analiticamente, constitui o primeiro passo da retórica existencial de seus discursos ontológicos.

Como estratégia segunda, divergem processualistas individualistas dos publicistas sobre a existência ou não de uma teoria geral do processo (civil e criminal). Os primeiros distinguem a natureza epistemológica entre ambos, considerando a natureza “instável” no processo penal e a natureza “estável” no processo civil. Com efeito, negando-se a existência de uma função pública ao processo ou mesmo uma teoria geral que os alcance, advogam que essa proposta induz a criação de uma epistemologia inquisitiva dotada de controles estatais. Nesse caminho, os primeiros passam a conceber a doutrina das garantias somente nos restritos âmbitos processuais penais, ou seja, apenas na relação estabelecida entre o poder público punitivo e direitos individuais do réu, enquanto indivíduo dotado de liberdades e garantias. Com efeito, mira foco binário limitado, amplia liberdades individuais e pretere atuação pública do Estado, assim prescrevendo relação “instável” entre partes litigantes, apontando a intervenção do juiz como inquisitiva imparcialidade.

Por outra linha, publicistas defendem a existência de uma teoria geral do processo, reconhecem uma finalidade política-instrumental que mira a aplicação da norma de interesse estatal. Portanto, seja no processo penal ou no processo civil, sempre haverá função pública, voltada a cumprir a ética pactuada pelo coletivo democrático. Seu conceito de “garantismo” significa aplicação da norma abstrata (compromisso político) no caso concreto. Não restrito, contudo, ao plano processual penal. Garantismo, portanto, engloba todos os deveres prestacionais positivos pactuados na construção do ordenamento jurídico. Garantismo, significa cumprimento das obrigações estatais. Para muito além da mera igualdade formal prometida através da encapsulada visão processual penal adversarial.

Com efeito, necessário destacar que, ir além do processo, não significa negar o garantismo endo-processual; facilitando essa compreensão a seguinte fórmula: (garantismo processual penal + garantismo integral ético humanitário) = “garantismo ético democrático” ou “garantismo ético prestacional integral”. Garantismo, significa cumprir todos os direitos a uma só vez, ainda que eles se confrontem, não se pode eliminar um direito para cumprir outro.

Destarte, se a corrente publicista do processo penal separa a classificação dos tipos processuais penais (inquisitório/acusatório) da classificação dos sistemas (adversarial/inquisitivo), a proposta individualista aqui analisada parte da reunião dessas categorias, defendendo em cada uma delas uma natureza pura e ontológica (LOPES JÚNIOR, 2019). Portanto, liberais laboram ideais absolutos e imutáveis, independentes do tempo ou do espaço, atribuindo-se lhes condições eternamente inconciliáveis. Em suma, só existe dois tipos de processos penais ; o acusatório dotado de sistema adversarial e “garantista”, baseado em decisões fundadas sobre a verdade consensual, enquanto o outro sistema, dotado do inquisitive system, é baseado em decisões fundadas com violações de garantias processuais individuais, como a garantia do contraditório que se define pela imparcialidade do juiz destituído de poderes instrutórios.

Percebe-se, contudo, que ela aproveita imprecisões linguísticas sobre conceitos. Por exemplo, quando se socorre de definições sobre o sistema inquisitivo empregado em obras como a de Luigi Ferrajoli (2001, p.563), para quem “son típicamente característicos del sistema inquisitivo la iniciativa del juez em el ámbito probatório, la desigualdade de por entre acusação y la defensa y el carácter escritos y secreto de la instrucción.”

Sem adentrar nos contornos exatos daquilo que Ferrajoli pretendeu significar como “iniciativa probatória do juiz”, dado que comporta abertura semântica, os individualistas encarregaram-se estrategicamente de lhe atribuir um sentido genérico. Nessa senda, aporta-se em conjugado argumentativo, dotado de carga semântica histórica sobre o conceito de sistema inquisitivo, para firmar

que a atividade probatória complementar do juiz é ante garantista. Essa generalidade, contudo, comporta falhas, entimemas.

A proposta da processualística individualista brasileira, portanto, consiste em prescrever o democrático através de uma versão processual penal acusatória adversarial, que significa como garantista. A partir da realidade que se constrói por essa dinâmica material, verifica-se uma perspectiva que entende o passado como causa do presente (ADEODATO, 2014), elaborando uma ideia que não admite qualquer espécie de iniciativa probatória mínima conferida ao juiz. Reúne-se a esses argumentos a ideia de resquício e permanente crise do atual sistema processual penal brasileiro, que, diante da reforma introduzida pela Lei nº 11.690/08 (BRASIL, 2008), manteve a atividade probatória supletiva do magistrado, prescrevendo a necessidade de superação dessa norma por meio da depuração do processo penal.

Por tais razões, Aury Lopes Jr. (2019, p.192) designa como maniqueísta a distinção elaborada pela doutrina publicista, a separação entre “interesse público” e “interesse individual”, sobre a natureza do processo penal; sustentando que a limitação dos poderes do juiz constitui o fato fundante de todo o sistema processual democrático. Chama de “reducionismo ilusório e insuficiente o conceito de ‘sistema misto’; a gestão da prova e os poderes instrutórios do juiz.” Acusa que a doutrina da concepção mista guarda insuficiências teóricas em dois aspectos: a primeira, quanto à inexistência de sistemas não correspondentes com a realidade, apontando que o sistema misto não passa de uma maquiagem conceitual, é “(neo)inquisitório, para não induzir ninguém a erro.”(LOPES JÚNIOR. 2019, p.193). Argumenta que a tese não enfrenta a evidente questão da iniciativa probatória do juiz como atividade distinta do ato de julgar; ela se omite quanto a essa “identificação do núcleo fundante” (2019, p.194) do processo penal acusatório. Deveria admitir a natureza distinta entre as atividades de acusar e julgar. Numa análise crítica, contudo, nota-se que o sentido por ele empregado para essa expressão “iniciativa probatória suplementar” é propaganda como inquisitória, fato que demanda questionamentos.

A segunda insuficiência apontada por ele diz respeito à preservação do contraditório que, segundo argumenta, é violado quando o juiz interfere no jogo do processo. Nesse contexto, estabelece uma incompatibilidade absoluta entre o sistema inquisitivo e o princípio do contraditório. Destarte, conclui que, quando o juiz interfere sobre a produção probatória, ele viola o equilíbrio do jogo processual, assume atividade dupla (juiz e acusador), concebendo que essa prova tem natureza inquisitorial (LOPES JÚNIOR, 2019). Inutiliza-se, em síntese, a possibilidade da distinção conceitual entre processos e sistemas.

Com isso, Aury Lopes Jr (2019) argui que o código de rito penal brasileiro é repleto de resquícios autoritários inquisitivos, fora da atitude jurisdicional, atividades como: determinar a oitiva de testemunhas para além daquelas elencadas na denúncia (art.209 do CPP); decretar prisão preventiva sem pedido das

partes (art.310 do CPP); determinar interrogatório em qualquer momento (art. 196 do CPP); assim como determinar diligências ex officio, nos termos do art. 156, I e II do mesmo diploma legal.

Recusam-se tais correntes a admitir a existência de uma teoria geral do processo, ao contrário da corrente oposta, que não diferencia os fins da verdade no processo penal e no processo civil (GRINOVER, 2016). Para sustentar sua posição, Aury Lopes Jr (2015) encontra subsídios na antítese de James Goldschmidt (1874-1940), em cuja obra *Der Prozess als Rechtslage*, publicada em 1925, visava desconstituir a tese de Bülow (1868). Este sustentava que a natureza do processo, como ramo da teoria do direito público, conferia a existência de uma “relação jurídica”; propondo superá-la, aquele defendeu a antítese da “situação jurídica” como uma peculiaridade do processo penal.

Em síntese apertada, a tese da “relação jurídica processual” de Bülow propõe a sistematização do estudo existente na relação entre as partes e o juiz, como sujeitos do processo, dotados de direitos e obrigações, dentro da chamada *judicium est actum trium personarum*, defendida como teoria geral do processo; enquanto a tese oposta, que se predispunha a superá-la, através da teoria processual da “situação jurídica” defendida por Goldschmidt (1935) estabeleceu que, no processo penal, o direito das partes assume um dinamismo que se modifica no desenrolar da ação penal como uma mutação estrutural, que não pode sofrer interferência do Estado-Juiz, senão dos próprios litigantes.

Sustenta, portanto, que a dinâmica transformadora que a prova exerce no resultado do processo sobre os relatos diversos do evento criminoso apurado, não opera igualmente no processo civil e, por essa razão, aquilo que se concebia como direito subjetivo das partes, no âmbito do processo penal se degrada em mera possibilidade (de praticar atos para que o direito seja reconhecido). Essa circunstância, portanto, teria o condão de transformar as expectativas das partes sobre uma sentença desfavorável, seguida, portanto de um ônus processual, ou seja, de “encargos de praticar certos atos, cedendo a imperativos ou impulsos do próprio interesse, para evitar sentença desfavorável.”(CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1996, p. 283)

Em poucas linhas, muito menos que a profundidade desse conflito teórico requer, distinguir, portanto, a concepção de processo penal do processo civil, evitando a proposta de uma teoria geral do processo, constitui uma estratégia para sustentar que a teoria da “relação jurídica” de Bülow seria muito bem aplicada ao processo civil, ao passo que a teoria da “situação jurídica” de Goldschmidt, segundo argumenta Aury Lopes Jr. (2019), estaria mais adequada à teoria do processo penal, prescrevendo que essa deveria ser a tese prevalecte em estágios políticos democráticos.

Por essa última perspectiva, justifica-se a impossibilidade do juiz criminal exercer qualquer iniciativa de atividade probatória, considerando que, pela concepção da epistemologia da incerteza (LOPES JÚNIOR, 2019, p. 228), tomada pela proposta do processo como “situação jurídica”, onde a

verdade em constante mudança de expectativas das partes, no desenrolar da ação penal, não poderia sofrer qualquer atitude probatória do julgador, ainda que supletiva, pois violaria o contraditório, diante de um processo penal identificado como jogo de forças (duelo).

A antiga tese da “situação jurídica” ganhou continuidade no pensamento do italiano Elio Fazzalari (1925-2010) que também criticou a ideia do processo penal como “relação jurídica processual” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1996, p. 287) sustentando sua natureza procedimental em constante contraditório. Para Aury Lopes Júnior, é inegável a influência que Goldschmidt exerce sobre Fazzalari (2019), para quem o processo penal é um procedimento destinado a superar uma estrutura formalista burocrática, a fim de potencializar o contraditório como “núcleo fundante” (LOPES JÚNIOR, 2019, p. 250) que informa seu papel na democratização do processo penal. Papel a partir do qual se garante o direito à informação, à efetividade igualitária de armas e a oportunidade de um jogo justo entre as partes sem interferência política do juiz.

Em suma, reunindo fundamentos da teoria da “situação jurídica” de Goldschmidt com a concepção de “procedimento em contraditório” desenvolvida mais tarde por Fazzalari, Aury Lopes Júnior reforça no Brasil a proposta de uma concepção individualista, ora baseada na pureza dos tipos ideais dos processos inquisitivo e acusatório, para se atribuir à ideia de iniciativa probatória do juiz, ora com um sentido de atividade dotada de natureza inquisitorial e antidemocrática, ora como violadora do contraditório, construindo, destarte, um significado de relação intrínseca (garantismo adversarial), contudo, questionável. como veremos adiante.

3 A INICIATIVA INSTRUTÓRIA SUPLEMENTAR DO JUIZ COMO BUSCA TELEOLÓGICA DA VERDADE E A FUNÇÃO PUBLICISTA DO PROCESSO PENAL

Como destaca Ada Pellegrini Grinover (2016, p. 2), “A ambiguidade e indeterminação do binômio acusatório-inquisitório são conhecidas, sendo polivalente seu sentido”. Aqui reside um ponto fundamental de nossa abordagem. Isso porque, a priori, a discussão em torno dessa distinção tipológica é, até certo ponto, dogmaticamente incontroversa. Não traz divergência o conceito de processo penal acusatório, que se condensa sobre a premissa da distribuição de tarefas entre vários órgãos dotados de competências e finalidades precípuas.

Ou seja, as instituições públicas que compõem as engrenagens do jus puniendi estatal são funcionalmente separadas no conceito de processo penal acusatório. Ele pressupõe a coexistência de entidades distintas executando suas atividades específicas de investigar, acusar, defender e julgar. Por

outro lado, em passant, sobre a definição do processo penal inquisitivo, também não se encontram grandes divergências na dogmática. Há certa sedimentação quanto à definição de um processo em que o agente-juiz-inquisidor reúne todas essas funções, cujas atividades se concentram num único órgão de execução. Portanto, até esse ponto, não encontramos divergências relevantes, pois convergem individualistas e publicistas quanto a estas definições.

Processo acusatório só se concebe por meio de um modelo que garanta uma investigação desenvolvida por outro órgão, além de uma acusação e de uma defesa construídas por outros atores distintos do julgador. Como asseveram Jacinto COUTINHO (2001), e Geraldo PRADO (2005), o acúmulo de atividades seria capaz de conceder ao magistrado um estado psicológico do julgador que apenas pretende confirmar a própria investigação, legitimando seu próprio imaginário. Até aqui, repita-se, não há grandes controvérsias.

Não obstante, há ainda uma terceira classificação, que concebe a existência de um processo penal dotado de natureza mista; essa sim enseja controvérsias. A concepção mista pressupõe-se obrigatória separação entre “inquérito” e “ação penal”. Concentrando as características inquisitórias de investigação na fase administrativa e as características do sistema acusatório na fase processual. Nesse diapasão, “o juiz estaria impedido de acusar, e o magistrado encarregado da investigação estaria impedido de julgar o processo.” (ANDRADE, 2013, p. 44) Como é possível observar, há uma discricionariedade, uma dinâmica retórica material e estratégica, sobre o modo com que se estruturam esses conceitos e é sobre tal construção que se fundamentam as linhas de concepções diversas sobre o conceito de justiça que se realiza mediante diferentes modelos de processo penal.

Nesse contexto, a função precípua da elaboração dos tipos weberianos não é outra senão permitir que o estudo sobre determinado objeto seja feito a partir de uma análise comparativa com a realidade. Necessita, contudo, de um estudo próprio e adequado ao seu tempo. Nesse plano, vale pontuar que qualquer proposta de investigação, tomada a partir de uma classificação de tipos ideais concede plena liberdade para cada pesquisador escolher seus próprios critérios, mas sua coerência é dependente da realidade estudada. Ou seja, ainda que tomada por uma lente política, econômica, utilitária, filosófica, sociológica ou ideológica etc., esses critérios dependem da realidade que determina pontos de partidas. Por tais razões, Mauro Fonseca Andrade (2013, p. 49) assevera que:

Isso faz com que, em maior ou menor medida, vários dados de uma realidade histórica possam estar presentes ou completamente ausentes de sua configuração. Consequentemente, essa desvinculação com a realidade não permite a outros investigadores conhecerem elementos essenciais do objeto descrito pelo autor, que esteja sendo analisado, o que leva Weber a considerar os tipos ideais como verdadeiras utopias. (ANDRADE, 2013, p.49)

Com isso, Andrade esclarece que uma tentativa de classificação, tomada por critérios incoerentes no tempo e no espaço, conduziriam o classificador à inevitáveis conclusões equivocadas. Essas classificações, portanto, precisam estar alinhadas à realidade de seu tempo e o reaproveitamento de teorias ultrapassadas pode constituir discursos com sofismas, como se pretende demonstrar ao se concluir esse trabalho.

De toda sorte, para a processualista publicista Ada Pellegrini Grinover, a classificação elaborada sobre o processo penal acusatório-inquisitório não se confunde com a análise feita sobre a atividade probatória que o magistrado exerce no âmbito da ação penal. Nessa segunda análise, o que se discute é tomado por outra perspectiva; qual seja, sobre o tipo de sistema epistemológico adotado, distinção realizada entre o adversarial system, de matriz anglo saxônica, e o inquisitorial system, de matriz romano germânica (GRINOVER, 2016). Nesse propósito, concebe-se, portanto, a existência de um processo penal acusatório capaz de abrigar escolhas epistêmicas diversas, ou seja, tanto adversarial system, quanto inquisitorial system.

Por essa razão lógica, encontrar-se-á a versão do processo penal representado pela fórmula (acusatório + sistema inquisitorial). Nesse caso, o juiz não exerce qualquer papel investigativo na fase administrativa policial, nem detém função acusatória ou defensiva, senão limita-se a exercer sua exclusiva atividade julgadora. O ponto reside em questionarmos se a atividade julgadora é algo que se possa conceber ideologicamente de forma pura, com precisão matemática, plano ideal da exatidão absoluta. Concebemos, contudo, que essa pureza conceitual levaria o magistrado a desenvolver uma tarefa ineficiente, um julgamento podado, tomado pela inércia absoluta, aquilo que a verdade consensual define. Não se trata, portanto, de se defender a perigosa busca da certeza dos fatos, mas de garantir uma atividade julgadora que visa teleologicamente a verdade para se aproximar de um acerto fático.

Com efeito, compreende-se porque a versão do processo penal que se constitui pela postura inerte do magistrado não está intrinsecamente relacionada com o processo acusatório e, embora possa encontrar alguma relação, ela não é absoluta. Assim como tampouco sua postura ativa sobre uma iniciativa probatória está intrinsecamente ligada ao conceito de processo penal inquisitivo, mas sim sobre um sistema processual adequado ao seu tempo e espaço. Difere, portanto, a atividade investigativa e inquisitiva da fase administrativa daquela atividade probatória suplementar exercida pelo juiz na ação penal. Não há que se confundir, portanto, a investigação policial aberta sobre os eventos ocorridos, daquela que visa complementar os fatos deduzidos na alegação das partes no curso da ação judicial.

Nessa afinação, para o inquisitive system, o controle do fenômeno sobre o qual as partes alegam – que se adquire mediante a comprovação, com a verificabilidade fática por meio da prova – não pode

ficar sob o poder exclusivo do consenso das partes, na medida em que a decisão, como ato estatal, precisa conformar o caso concreto com a axiologia expressa na lei abstrata. À vista disso, estando o magistrado compromissado com o ordenamento jurídico estabelecido – no nosso caso, democraticamente estabelecido –, não se pode ignorar a necessidade de se conceder ao julgador uma atuação dotada de função ética estatal democrática. Concebe-se, destarte, um processo penal acusatório com ingredientes do inquisitive system, portanto, misto, acusatório e dotado de perspectiva publicista, uma forma de equilíbrio entre tendências opostas.

O juiz age aplicando a lei de acordo com a “verdade” que pode ser alcançada pelos meios de provas admitidos em direito, não restrito àquilo que as partes desejam provar. Nesse rumo, o que está em julgamento são os fatos apresentados pelas partes, portanto, tanto elas, quanto o juiz, podem exercer iniciativa de atividade probatória. As partes, prioritariamente no interesse próprio e, o juiz, supletivamente, no interesse de conformar sua decisão, conhecendo o fato que se confirma diante da prova para aplicar a ética definida pelo direito constitucional e democraticamente estabelecido. Destarte, não há que se confundir as duas categorias que se destinam a classificar processos de naturezas distintas e sistemas tomados por pontos específicos de apuração.

Quanto ao outro modelo processual penal possível, ele poderia ser sintetizado com a formulação seguinte: (acusatório + sistema adversarial). Concebe-se, com essa proposta, um processo penal que se assemelha a um jogo de forças entre as partes, como num duelo, um rito dotado de predominante liberdade das partes sobre a construção da verdade, o que se evidencia a partir da “força” de cada uma delas, de modo a se conceber nesse projeto um juiz inerte, naquilo que o impossibilita de tomar qualquer iniciativa probatória, conforme destaca-se na crítica ao modelo processual penal inglês e estadunidense por parte de Michele TARUFFO (2016, p. 135).

Trata-se de uma proposta baseada no individualismo que marca a cultura tradicional do conceito de democracia norte-americana (PACELLI, 2016). A liberdade do indivíduo está, portanto, fixada nessa escolha das opções oferecidas dentro do jogo processual. Entretanto, para parcela da dogmática processualista, essa proposta traz severos problemas de ordem pública, debate que envolve a questão ética da justiça em conflito com o utilitarismo, conteúdo destacado por David O. BRINK, (1989) na sua obra *Moral realism and the foundations of ethics*, cujo tema, embora, interligado, tem aprofundamento que foge de nosso propósito precípuo.

De toda sorte, ao revés, a proposta de um processo penal acusatório modulado pelo inquisitorial system, concebe um equilibrado impulso oficial com o qual se garante ao magistrado a possibilidade de iniciativa probatória supletiva, o que não significa propor um exercício de atividade investigativa preliminar, executada durante a fase do inquérito policial, nem mesmo com a total liberdade de investigar

um fato para além daqueles contornos definidos pelo titular da ação penal e contestado pela defesa. Essa atividade de iniciativa, portanto, limitar-se-á ao âmbito da ação penal e permitirá ao magistrado exercer a aplicação da lei ao caso concreto, não se coartando, contudo, qualquer manobra, arranjo ou rearranjos do fenômeno da conduta criminosa imputada que possam ser direcionados pela defesa, pela acusação ou por consenso das duas em detrimento do peso normativo-axiológico constitucional.

Qual seria, portanto, a finalidade precípua que se propõe com a proposta de um processo acusatório dotado de ingredientes do inquisitorial system ao se conceder ao magistrado essa iniciativa probatória supletiva? Para os adeptos desta corrente, como os princípios processuais penais são publicistas e como tais destinam-se a pacificar conflitos de acordo com a ética estatal democraticamente estabelecida, o magistrado tem um compromisso jurisdicional com esse dever constitucional. O problema do processo acusatório regido pelo adversarial puro, portanto, estaria na ideia de que sua finalidade de pacificação se limita ao plano do consenso entre as partes, sem vínculo com a ética estatal. (TARUFFO, 2016)

Com efeito, ao se conceber um processo acusatório dotado do inquisitorial system, fundem-se funções do processo penal com as finalidades políticas do próprio Estado. Portanto, vincula-se ao cumprimento do garantismo ético (humanitário integral), razão pela qual esses poderes não podem estar disponíveis e manipuláveis conforme interesses consensuais. Por essa perspectiva, a iniciativa instrutória do juiz no processo moderno é eminentemente política, destarte, “é inaceitável que o juiz aplique norma de direito substancial sobre fatos não suficientemente demonstrados” (GRINOVER, 2016, p.5), por opções utilitaristas e consensuais de processo penal individualista que ignora a ética do Estado e concebe garantismo somente no seu plano processual endógeno, encapsulado.

Isso não significa que o juiz execute atividade supletiva buscando alcançar a certeza absoluta da verdade sobre os fatos para aplicar a norma, mas tampouco lhe permite criar a circunstância elaborada pelo processo acusatório adversarial, a partir do qual as partes exercem controle probatório exclusivo, por interesses particulares manipulando o resultado do processo penal, o que esvaziaria a função publicista normativista, conduzindo um significado de garantismo restrito ao processo. Contra essa possibilidade, também Frederico Valdez PEREIRA (2020, p. 251) sustenta a necessidade de haver uma atividade judicial capaz de assegurar uma relação teleológica com a verdade. Ou seja, concebendo que “um dos pilares do modelo garantista do processo penal está no ideal de cognição e acertamento dos fatos, o que pressupõe prestigiar e otimizar a racionalidade na dinâmica probatória, a partir da busca da verdade dos fatos penalmente relevantes.”

Na mesma linha, grande parcela da doutrina europeia mais recente invoca o controle da racionalidade do processo penal a partir dessa atividade teleológica de busca da verdade, concedendo ao

juiz a iniciativa probatória suplementar daquilo que as partes alegam, viabilizando-se a instrumentalidade de força democrática na sua atuação. Destarte, WRÓBLEWSKI (1992, p. 152) defende que a base fática das decisões demanda encontrar apoio sobre um “enunciado existencial, tratado como um enunciado verdadeiro.”

Essa também é a posição fixada por Jordi Ferrer BELTRÁN (2017, p.82), para quem há uma diferença fundamental entre aquilo que se diz “estar provado” e aquilo que se diz ser “tido por provado”. Nesse último caso, conforme se abstrai de “concepções subjetivistas ou irracionais da prova” seria contrário ao conceito de “verdade de um enunciado probatório” pois a partir dessa ideia evidenciaremos uma função jurisdicional destituída de sentido, quando o juiz assume mera condição de fiscal de regras de num jogo de forças em competição.

Por tais caminhos, sustenta-se que, para uma definição de justiça mais coerente com a ordem ética constitucional, o processo penal deve guarnecer o julgador de elementos epistêmicos disponíveis e suficientes para que se resulte aceitar como racional uma proposição tomada como verdadeira na justificação da decisão alcançada por um raciocínio decisório lógico-político-ético, não apenas decisório lógico-competitivo-consensual, já que o juiz tem compromisso com deveres Estatais, hoje constitucionalmente determinados como compromissos democráticos. Por tais razões, Michele Taruffo (2016, p. 135) sustenta que, “historicamente, o adversarial system nunca funcionou enquanto método de busca da verdade”, considerando que ele oferece oportunidade utilitarista para que as partes possam ocultar provas e distorcer fatos.

Com essa manipulação, não havendo entre as partes interesse na obtenção neutra das informações que se prestam a apurar, evidencia-se em tal proposta a constituição de um processo penal inidôneo. Nesse aspecto, conclui que tal sistema é repreensível enquanto fundado “numa ideologia da justiça segundo a qual à verdade não se atribui qualquer valor positivo.”(TARUFFO, 2016, p. 135)

Como é possível constatar, a construção dessa linha doutrinária classifica os tipos de processo penal (acusatório-inquisitório) e, por outro lado, não confunde essa classificação com aquela do sistema adversarial anglo saxão ou inquisitivo romano germânico. Destarte, a partir de sua retórica essencial elabora a possibilidade de existência entre um processo penal acusatório e, ao mesmo tempo, dotado de sistema inquisitivo; permitindo que o juiz possa exercer atividade de conformação do fato à norma por iniciativa probatória supletiva no âmbito do processo penal, quando as partes não apresentem elementos suficientes de prova sobre aquilo que alegam. Trata-se, portanto, de uma atividade complementar, a fim de garantir a aplicação da ética, a axiologia do pacto político democrático, diante do caso concreto.

4 A INTERFERÊNCIA DAS FORÇAS CRIMINOSAS EXÓGENAS AO PROCESSO PENAL NA CONSTRUÇÃO DA VERDADE QUE SE MANIPULA ATRAVÉS DA TEORIA DA "SITUAÇÃO JURÍDICA"

Retoma-se aqui para a proposta de postura metodológica de análise teórica sobre aquilo que se extrai da atual realidade social como fator determinante de elaboração epistemológica e interpretativa das normas processuais penais equânimes ao seu propósito. O sentido apropriado é aquele em que se definem as características de um rito dotado de capacidade de reproduzir o justo no seu tempo e espaço, instrumentalidade sem a qual não pode se materializar o direito penal, senão mediante a concepção de um processo capaz de realizar o accertamento fático (BELTRÁN, 2017) para se sustentar por fundamentos uma decisão judicial.

Nesse propósito, não se pode perder de vista que, segundo a ordem jurídica brasileira, a dignidade humana constitui um núcleo fundamental, no que envolve o dever do Estado com seu "aspecto prestacional do mínimo existencial" (GUERRA, 2020, p. 272) consistente em determinar prestações de direitos que conformam com seu núcleo ético; aqui e agora, especialmente, destacando a dimensão do direito à liberdade física das pessoas, assim como na relação com que esse direito se vincula ao accertamento fático das decisões judiciais penais. Com efeito, condenar inocentes em decorrência de uma verdade consensual que se extraia dos interesses utilitaristas das partes certamente violaria regras fundamentais dentro do sistema jurídico brasileiro.

Nos referimos aqui ao mesmo enfoque dado por Frederico Valdez Pereira e Douglas Fischer (2020), quando tratam das obrigações processuais penais positivas, segundo orientação das cortes internacionais de direitos humanos. Também quando tratam da prova, da verdade e das obrigações processuais penais positivas, ao destacarem inúmeros julgados das cortes internacionais, envolvendo, inclusive o Brasil, determinando, em outras palavras, o dever da busca da verdade como um compromisso de proteção efetiva de ações destinadas a preservar os direitos humanos (PEREIRA; FISCHER, 2020). Concebe-se, nesse aspecto, o garantismo integral aplicável aos direitos das vítimas, que embora não ocupem posição de parte no processo penal, são portadoras de direitos e garantias no âmbito constitucional e internacional, entre eles o direito de ver o Estado punir corretamente aqueles que violaram seus direitos garantidos.

Contudo, para além de suas perspicazes visões a respeito da dinâmica conceitual do garantismo (PEREIRA; FISCHER, 2020) hoje concebido de forma integral, nossa proposta retorna ao enfoque processual, centrando-se agora sobre a figura de *corréus*. Analisando-os, entretanto, não só por uma perspectiva processual endógena, sobretudo pela realidade exógena que interfere no processo penal.

O propósito consiste em destacar que o réu não deixa de ter direitos violados, só pela ideia de violações de direitos processuais praticados pelo Estado-Juiz; pois na condição de fragilidade social, por vezes tratando-se de “bode expiatório”, dentro dessa mesma perspectiva de proteção garantista integral e de obrigatório dever atribuído ao Estado, um dos réus poderá ser subjugado pela hierarquia de uma organização criminosa.

Tática usualmente empregada diante da pluralidade do polo passivo de uma ação penal, o artifício das “bucha de canhão”, revela a situação de pessoas que suportam o peso da culpa no lugar dos verdadeiros infratores. Um inegável jogo de força entre os réus que se inicia no plano exógeno do processo e não se manifesta no âmbito probatório interno da ação penal, no âmbito de sua formalidade, especialmente na hipótese da verdade liberal, onde se pretende dar significado de garantismo como jogo de forças, sem intervenção do juiz.

O ponto sobre o qual se concentra como critério etnometodológico encontra-se, portanto, na análise da realidade reproduzida pelas organizações criminosas, a partir do aperfeiçoamento de suas estruturas e métodos operacionais (PELLEGRINI, 2008), no que implica reconhecer uma atuação criminosa nos processos qualificados pela pluralidade do polo passivo. Para se esquivar da persecução penal, a “graduação” superior de uma organização criminosa exerce influência capaz de manipular a culpa sobre os demais corréus, mas sobre esse jogo de forças exógenos a doutrina individualista não tem alcance ou não deseja ter.

Essa força exógena ao rito é capaz de reproduzir efeitos deletérios. Um desequilíbrio interno e velado no âmbito do processo penal, concebido como garantido “jogo limpo”, que a proposta adversarial não sustenta. Eliminando totalmente as garantias processuais formalmente trabalhadas pelo Estado-juiz, o processo torna-se materialmente inócuo, evidenciando o modo com que a trama criminosa estrutural pode driblar o acertamento fático da decisão judicial, violando severamente direitos humanos. Especialmente, se considerarmos essa epistemologia processual que deixa a verdade ao critério das partes, potencializando-se, ao cabo, senão a ética do Estado, a supremacia da ética spenceriana das organizações criminosas.

A etnometodologia permite compreender, portanto, a realidade por uma sucessão de eventos únicos não previsíveis e, nesse caminhar, o estado totalitário de ontem, não é o estado democrático de hoje. O processo penal de ontem não é o mesmo processo de hoje, nem o mundo exterior a ele é o mesmo, assim também como o conceito de garantismo de outrora assume outra dimensão na atualidade. A complexa transformação de tudo constitui razão suficiente para o emprego do método aqui adotado, assumindo uma posição que “desconfia de afirmações generalizadas, que assumem como verdades determinadas suposições específicas.” (ADEODATO, 2014, p. 243).

Daí a dificuldade que se enfrenta quando as teses sobre as quais se constroem teorias como a da “relação processual” de Goldschmidt são formuladas e se mostram compatíveis e relevantes para superação dos problemas políticos enfrentados no seu tempo e seu espaço. Diante de um estado totalitário, visando, sobretudo, priorizar a necessidade de se atingir o equilíbrio processual não alcançado naquele tempo-espaço, pela teoria da relação processual, dentro de uma concepção de relação estabelecida entre Estado-totalitário-juiz e réu, acusação e defesa sem garantias, parece crível e adequada a tese da “situação jurídica”.

Nesse rumo, ao se constatarem tais distinções, é possível detectar sofismas, que normalmente encontram-se omitidos nessas generalizações associadas às propostas omnicomprensivas da realidade ou derivadas de conclusões históricas etiológicas que em tudo vê causa e efeito. São sobre tais pontos de vista que o estudo se concentra, no propósito de se definir uma proposta processual penal mais próxima daquilo que se possa conceber dentro do atual contexto político e social conduzidos para orbitar dentro da lógica axiológica de preservação dos direitos humanos.

Nessa esteira, para se compreender os reflexos práticos e éticos, considerando os valores expressos pela ordem constitucional e internacional vigentes, sobre como a proposta de uma concepção processual penal individualista pode hoje reproduzir severos problemas relacionados aos direitos humanos, passamos a trabalhar com a análise das reais atuações funcionais do crime organizado. Nesse contexto, evidenciam-se de forma latente os problemas decorrentes da proposta que pretende ver o futuro processo penal assumindo uma absoluta ingerência do Estado-Democrático-juiz sobre a iniciativa da prova dos fatos alegados pelas partes. O ponto que se pretende destacar aqui é sobre como essa análise do processo não considera a circunstância da manipulação da verdade no polo passivo da ação penal onde é possível se exercer pleno controle, o que inviabiliza a compreensão tomada fora desse encapsulado mundo procedimental fundado em paradigmas passados.

É limitado porque o garantismo penal (unifocal) que se propagou no Brasil de forma exacerbada, restringe o conceito, em franca manipulação da doutrina Ferrajoliana, ao âmbito interno do processo penal, não reconhecendo (ou evita reconhecer) sua aplicação na integralidade da ordem democrática. A teoria das garantias concebe um Estado dotado de deveres e direitos capazes de garantir seu alcance sobre todos os indivíduos, no que inclui o dever de concretizar os direitos e garantias processuais dos réus, mas também a proteção dos direitos humanos das vítimas, das testemunhas e corréus expiatórios subjugados por exógenas forças criminosas.

Nessa linha de pensamento, a teoria da “situação jurídica” (GOLDSCHIMIDT, 1935), que sustenta a concepção do processo penal como um jogo travado em prevalente contraditório dinâmico e livre exercido entre autor e réu, não é mais suficiente para suportar a complexidade da realidade atual,

nem capaz de preservar uma igualdade que anuncia alcançar objetivamente. Por exemplo, ela inexistente na situação descrita entre corréus, por que sua concepção competitiva – acusação/defesa – ignora as forças externas ao processo, capazes de promover o desequilíbrio que se pretendeu um dia alcançar dentro de um desses polos, nesse chamado “jogo processual”, a que se atribuiu artificialmente e fora do tempo e do espaço, como dotado de natureza e epistemologia democrática garantista. Ela é “garantista” para o réu hierarquicamente superior e se desincumbe da análise de proteção sobre corréus inferiores na estrutura organizacional criminosa e no polo passivo da ação penal. Portanto, promove o que poderíamos chamar de seleção natural de condenações com atribuição de culpa manipulável pela verdade que se cria para prejudicar os mais frágeis e beneficiar os mais fortes.

Destarte, o garantismo não se restringe à figura de um réu específico no processo penal, ele alcança todo e qualquer indivíduo, sobre o qual o Estado tem compromissos de direitos e obrigações. Com efeito, a verdade que se busca não pode ficar ao sabor consensual das partes, nesse caso, ao sabor das organizações criminosas que controlam a verdade e a culpa do polo passivo da ação penal, sob pena de se inviabilizar completamente a função estatal. Essa teoria liberal spenceriana do processo penal nos levaria a conceber um Estado que executa e chancela a injustiça das organizações criminosas, contrariando tudo aquilo que se compreende como função do Estado democrático de direito.

Nesse domínio, se no funcionamento das organizações criminosas existem inimagináveis espécies de produtos negociáveis, como a própria liberdade no processo penal. Se na sua complexidade e capacidade criativa de se furta da impunidade e do conseqüente apenamento, é comum o uso da negociação do “banco dos réus”, no que envolve a compra da culpa com a assunção da propriedade da droga, a compra parcial da culpa com a permuta da imputação para crime menos gravosos ou com a compra de minorantes; enfim, se há um leque mercadológico de liberdades negociáveis nesse mundo ilícito exógeno ao formal rito processual, percebe-se a gravidade do problema decorrente da destituição da função publicista do processo penal, que se transforma numa prateleira de liberdades negociáveis ou coagidas entre réus dominantes e dominados no jogo de forças exógenas que modulam a verdade da culpa no polo passivo da ação penal.

Nesse fluxo defensivo passa-se a reproduzir provas sobre fatos que interessem ao resultado pretendido; confissões falsas de réus dominados, seleções de respostas no interrogatório de réus dominantes. Omitindo-se provas com relação a um e fornecendo elementos de provas com relação aos outros. Beneficiando-se a liberdade de culpados em detrimento da liberdade de fracos, enquanto o juiz inerte apenas fiscaliza a regra formal do jogo interno do processo sem qualquer possibilidade de atuar aferindo aquilo que no polo passivo litisconsorcial manipula. Sobre a manobra também o órgão de acusação não possuirá controle, a depender de sua postura assumida no caso concreto, passa a adotar um

posicionamento sobre o qual observa a impossibilidade de outro desfecho acusatório sustentável, que poderá ser estrategicamente mantido pela acusação, considerando satisfatório o resultado ofertado pelo polo passivo.

Nesse caso, deveria o juiz se manter inerte? O fato é que, na prática, muitos juízes intimidados por essa concepção doutrinária individualista liberal do processo penal, a partir de um movimento jurisprudencial também assumido nesse sentido, passaram a acreditar que ao se utilizarem da prerrogativa legal de iniciativa probatória supletiva estariam sendo imparciais e que, portanto, estariam agindo em atividade inquisitória, temendo assim provocar nulidades processuais nos tribunais superiores.

Portanto, a percepção sobre os fatores criminológicos dotados de forças exógenas atuantes na manipulação do processo penal nos permite constatar que a realidade com a qual nos encontramos inseridos hoje é muito mais complexa e totalmente distinta daquele contexto em que se veiculava a ideia do processo como um jogo de forças equilibradas pela dialética das partes e pela inércia de um juiz-Estado-totalitário. Naquele contexto particular procurou-se, sobretudo, equilibrar a disfunção procedimental estabelecida por um Estado totalitário dotado de um processo inquisitivo, em detrimento da defesa de um acusado desprovido de direitos individuais e garantias processuais; um quadro bem diverso do atual. Naquele propósito, as circunstâncias a partir das quais Goldschmidt concebeu o processo penal como um jogo, tratava-se de uma tese – de situação jurídica – a partir da qual procurou estabelecer um equilíbrio processual evitando a interferência do Estado-juiz-ditatorial; agente que se servia, através de um processo instrumentalizado, de fato inquisitivo, mas destinado a cumprir a ética de um governo totalitário, capaz de reprimir indivíduos destituídos de garantias em função da presunção de culpa.

Não se discute, portanto, o mérito e a importância da teoria de Goldschmidt, o que se discute é o aproveitamento inadvertido de uma tese deslocada de seu tempo e de sua realidade. Nessa senda, aquilo que se atribui como imparcialidade do juiz no jogo do processo penal concebido como “situação jurídica” determinada pela epistemologia da incerteza, a partir da visão de Goldschmidt em seu tempo próprio, não encontra correspondência com a realidade que se concebe no cenário real brasileiro hodierno. O diferente quadro atual nos revela que não haverá nesse jogo processual instabilidade epistemológica alguma, pois nele se permitirá manipular a culpa processual, quando houver pluralidade de réus subordinados às forças criminosas econômicas e ameaçadoras, geralmente defendidas por um único advogado para todos os réus e aquele que paga tem melhor direito de defesa.

Nesse cenário hipotético, nega-se a existência de conflitos entre defesas, construindo-se a verdade sobre a culpa conforme interesse da organização criminosa. Ao contrário do jogo inesperado de

incertezas, nesse contexto criminoso, tudo será previsível e darwiniano, um processo baseado na certeza da condenação do réu dominado diante da ausência do Estado.

Destarte, constata-se que a confusão sobre o significante e o significado daquilo que se designa como “imparcialidade” capaz de afetar a verdade do processo de ontem; hoje significa, através de uma atuação de iniciativa probatória supletiva, um instrumento que viabiliza o cumprimento dos deveres processuais penais positivos, dos compromissos com a aplicação da lei democraticamente estabelecida e com as convenções de direitos humanos.

Ao cabo, o que se negocia nessa espécie de processo penal liberal de verdades consensuais definidas pelas partes é a liberdade dos indivíduos desfavorecidos do tecido social serem subjugados pelas cúpulas criminosas. Forças que passaram a subordinar o Estado, usando seus artifícios criativos e suas próprias regras, enquanto atuam livremente dentro das estruturas encapsuladas de um processo penal controlado pelo crime para restringir e negociar as liberdades individuais de corréus desguarnecidos. Nesse ponto questiona-se, onde está o garantismo do adversarial system?

Esse é o caminho para o qual aponta-se uma proposta equivocada sobre a construção da verdade no processo penal. Rumo que promove um discurso “garantista” que se repete de maneira genérica e a partir do qual o processo penal acusatório puro orquestrado pelo adversarial system é condecorado como um modelo democrático e exemplar pelos tribunais brasileiros. Modelo que vem sendo defendido para inspirar propostas de reformas legislativas, além de promover interpretações baseadas em fundamentações deslocadas de seu tempo e espaço.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Finalmente, visando responder aos dois principais problemas colocados em questão, quais sejam: a construção do amálgama “garantista adversarial” é constituído por uma relação lógica intrínseca com um conceito de democracia ou essa reunião é fruto de uma estratégica retórica dotada de sofismas? Por outro lado, há uma incompatibilidade, uma inconciliável relação entre sistemas inquisitivos e garantismo? Eles seriam compatíveis ou absolutamente antagônicos?

A resposta para estas indagações sintetiza-se com a seguinte conclusão. Apesar de alguma relação existente entre esses elementos, eles não podem ser considerados a partir de uma coesão intangível. Ou seja, não há uma relação intrínseca entre garantismo e sistema adversarial, assim como também não há uma incompatibilidade absoluta entre sistemas inquisitivos e garantismo.

Nessa senda, pode-se considerar que a iniciativa probatória supletiva conferida ao juiz, conforme prevê o código de processo penal brasileiro, constitui previsão normativa de natureza

inquisitória com o mesmo significado que se estabeleceu outrora? Se ela é típica do sistema inquisitivo, constata-se que os problemas derivados da proposta inquisitiva se encontram mais associados a uma ideologia do que a uma epistemologia. Tanto que nos vemos diante de uma função epistemológica (atividade probatória supletiva do juiz) a que se atribuiu natureza inquisitiva, mas que hoje se destina ao cumprimento do papel de proteção de direitos humanos em nome do garantismo integral, do garantismo ético democrático e humanitário.

Nessa direção, quer parecer-nos que o “acertamento fático das decisões judiciais” (MONTAGNA, 2016, p. 245) e as obrigações processuais penais positivas constituam fatores condicionantes de uma proposta normativa capaz de autorizar os juízes a exercerem a iniciativa de promover diligências complementares e de se utilizarem de meios de provas razoavelmente para elucidar os fatos (PEREIRA; FISHER, 2020). Essa medida está mais próxima daquilo que poderíamos conceber como processo penal democrático que a versão proposta pelo “garantismo adversarial” que permitiria um atuar processual criminoso atuante debaixo dos olhos de um magistrado inerte e de um Estado passivo diante dos próprios comandos constitucionais positivos.

Na hipótese de análise, evidencia-se como a concepção da “situação jurídica” que subsidia a tese garantista adversarial no processo penal pode se demonstrar falha diante da realidade das forças exógenas que atuam promovendo a impossibilidade de um equilíbrio processual que se pretende assegurar eliminando a capacidade de garantir direitos e condições de igualdade dentro do polo passivo múltiplo da ação penal. Nesse contexto, a iniciativa probatória supletiva do magistrado revela-se como medida de proteção da liberdade de corréus subjugados dentro das estruturas organizacionais criminosas, ao contrário daquilo que os consensualistas significam como imparcialidade do juiz ou atividade violadora do contraditório. Destarte, conferindo-se ao Magistrado a possibilidade de atividade probatória supletiva, ele terá controle sobre a possibilidade de manipulação da culpa no polo passivo, cumprindo o dever de acertamento fático em atenção aos valores axiológicos estabelecidos no ordenamento jurídico.

Ademais, evidencia-se outro sofisma fundamental no argumento sobre a tese de que o juiz esteja exercendo uma atividade acusatória em acúmulo de sua função julgadora, capaz de caracterizar uma atividade “(neo)inquisitória” como afirma Aury Lopes Jr (2019, p. 193). Isso porque, na medida em que se determina a realização de diligências suplementares, o juiz não age sabendo ou prevendo encontrar prova da culpa ou inocência, ele não estará ciente do resultado probatório de sua diligência, estará agindo senão para conformar sua decisão aplicando a norma no caso concreto, buscando teleologicamente alcançar a correta aplicação da lei.

Em síntese, a partir das considerações aqui tecidas, restaram evidenciados aspectos antidemocráticos do processo penal acusatório adversarial, assim como pontos do inquisitive system

capazes de concretizar um conceito mais coerente com a ideia de um garantismo ético integral, humanitário, constitucional. O exemplo da manipulação do polo passivo das ações penais foi tomado, contudo, apenas como um dado de muitas outras circunstâncias capazes de demonstrar as incoerências dos discursos que se propagam formando uma éndoxa – uma opinião coletiva e generalizada – repedita e equivocada.

Constata-se, outrossim, inexistir essa propalada relação intrínseca artificialmente construída em retórica dogmática para engessar a ideia de garantismo com o adversarial system. Nesse caminho, cumpre evidenciar que as últimas reformas processuais penais sofreram forte influência do processo penal estadunidense e que, diuturnamente, novas interpretações buscam restringir ainda mais a atuação do juiz no processo penal ao argumento de que seriam medidas democráticas e garantistas destinadas a superar instrumentos de estágios totalitários passados, dando um significado específico ao conceito de “garantismo”, o que não constitui discursos dotados de razão lógica, na medida em que esse sentido empregado é construído dentro de um universo autorreferente e deslocado da atual realidade política e social.

Finalmente, outra importante discussão recente ligada a todo esse contexto, a tese do silêncio parcial do réu, segundo a qual o acusado pode selecionar respostas de seu interrogatório, negando responder as perguntas formuladas pelo juiz, ou pelo Ministério Público, manipulando o discurso; revela-se como problema especialmente agravado nas hipóteses de litisconsórcio sem conflito do polo passivo envolvendo organizações criminosas. Trata-se de mais uma versão “garantista adversarial” sem correspondentes (o silêncio seletivo é vedado nos EUA) e tem gerado polêmicas e inseguranças sobre aquilo o que é dever processual do juiz. Contudo, consta-se que, pelas razões lógicas aqui apresentadas, essa versão doutrinária sobre a manipulação do interrogatório compõe apenas outro viés que reforça a ideia de um processo penal que se instrumentaliza nos interesses de forças econômicas criminosas atuantes dentro da realidade complexa dos tempos atuais, em tempos de pulverização da ética e da privatização das ordens sociais.

6 REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. 2.ed., São Paulo: Noeses, 2014.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**, 2.ed., Curitiba; Juruá, 2013.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BELTRAN, Jordi Ferrer. **Prova e verdade no direito**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BRASIL. Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111690.htm. Acesso em 24 de jun. 2023.

BRINK, David O. *Moral realism and the foundation of ethics*. Cambridge: Cambridge studies in philosophy, 2001.

BÜLOW, Oskar Von. Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN. 2005.

CINTRA, Antônio Carlos de A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 12 ed., São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1996.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos Princípios Gerais do Processo penal brasileiro**, Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, Nota Dez Editora, n.1, 2007.

FAZZALARI, Elio. *Note in tema di diritto e processo*. Milano: Giuffrè, 1957.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 4. Ed. Madri : Trotta, 2000.

FISCHER, Douglas. O que é o garantismo (penal) integral? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Org.) **Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017.

FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Valdez. **As obrigações Processuais Penais Positivas – Segundo as Cortes Europeia e Interamericanas de Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Valdez. Prova, verdade e as obrigações processuais penais positivas. In: QUEIROS, Ronaldo Pinheiro de (Org.) **Altos estudos sobre a prova no processo penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

GARAPON, Antoine. *French Legal Culture and the Schoc of Globalization*. *Social and Legal Studies*, 4; 493-506, 1995.

GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1935.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Verdade real ou verdade formal? Um falso problema. In: **Verdade e prova no processo penal, estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo** / Ada Pellegrini Grinover ...[et. al.]; coordenador PEREIRA, Flávio Cardoso, - 1. ed. – Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016.

GUERRA, Sidney. **Curso de direitos humanos**. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2020.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editora, 1991.

LANGER, Máximo. *From legal transplants to legal translations: The Globalization of the plea bargaining and the Americanization thesis in criminal procedure*. In: **Harvard International Law Journal**. v. 45. n. 01, 2004, p.01-65.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo penal; introdução crítica**. São PAULO: São Paulo, 2015.

LOPES JÚNIOR, Aury. O problema da verdade no processo penal. In: **Verdade e prova no processo penal, estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo** / Ada Pellegrini Grinover ...[et. al.]; coordenador PEREIRA, Flávio Cardoso, - 1. ed. – Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016.

MATTEI, Hugo. *A theory of imperial law: a study on the U.S. hegemony and the latin resistance*. IND.J.GLOBAL LEGAL STUD, 2003.

MONTAGNA, Mariangela., *Necessità della completezza delle indagini*. In: GAITO, Alfredo (a cura di). **I principi europei del processo penale, Giurídica**. Editrice, p.35).

NIETZSCHE, Friedrich. **Retorik. Darstellung der antiken Rhetorik; Vorlesung Sommer 1874, dreistündig. Gesammelte Werke. Band 5. München: Musarion Verlag, 1922.**

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais penais e processuais penais**. 2.ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

PACELLI, Eugênio. Verdade judicial e sistema de prova no processo penal brasileiro. In: **Verdade e prova no processo penal, estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo** / Ada Pellegrini Grinover ...[et. al.]; coordenador PEREIRA, Flávio Cardoso, - 1. ed. – Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016.

PELLEGRINI, Angiolo. **Criminalidade organizada**. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2008.

PEREIRA, Flávio Cardoso. **Verdade e processo penal: estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo** / Ada Pellegrini Grinover ... [et.al], 1. ed. Brasília, DF; Gazeta Jurídica, 2016.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Fundamentos do justo; processo penal convencional: as garantias processuais e o valor instrumental do devido processo legal**. 1.ed., Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: A conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3.ed., Rio de Janeiro; Editora Lumen Iures, 2005.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade; o juiz e a construção dos fatos**, 1.ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

WRÓBLEWSKI, J. *The judicial application of law*. Dordrecht/Boston/London:Kluwer,1992.