



10ª Jornada de Pesquisa e 9ª Jornada de Extensão do Curso de Direito

1

O PROBLEMA DO INQUISITORIALISMO NO PROCESSO PENAL E A (IN) EFETIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Gabriela Schneider¹

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1. A IDADE DE OURO DO SISTEMA INQUISITORIAL; 2. O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE 1941 E A (IN) EFETIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988; 3. O VÍNCULO EXISTENTE ENTRE O PARADIGMA DA FILOSOFIA DA CONSCIÊNCIA E O SISTEMA INQUISITÓRIO; 4. A REALIDADE PROCESSUAL PENAL BRASILEIRA E A SÉRIA AFRONTA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

RESUMO

O presente trabalho busca analisar a dificuldade de superação do inquisitorialismo ainda presente no atual Código de Processo Penal e na jurisprudência brasileira, mesmo após a Constituição Federal de 1988 ter feito a opção democrática pelo sistema acusatório. O argumento sustentado é que no Brasil ainda não se conseguiu superar o paradigma da filosofia da consciência, e, por consequência, o sistema inquisitório, uma vez que ambos podem ser vistos como sinônimos. Primeiramente, far-se-á considerações acerca da origem do sistema inquisitório, com ênfase na busca pela "verdade real". Posteriormente, o estudo se direciona para o caso brasileiro em específico, analisando a (in) compatibilidade do Código de Processo Penal com a Constituição Federal. Logo após, faz-se uma breve análise dos paradigmas filosóficos, apresentando um vínculo possível entre o paradigma da filosofia da consciência e o sistema inquisitório. E, por fim, o estudo demonstra na realidade brasileira a razão pela qual torna-se imprescindível a superação da filosofia da consciência e do sistema inquisitório e a urgente consolidação do sistema acusatório.

Palavras-Chave: Código de Processo Penal; Constituição Federal; Sistema Inquisitório; Sistema Acusatório.

ABSTRACT

This study aims to analyze the difficulty of overcoming the inquisitorialism system still present in the current Code of Criminal Procedure and jurisprudence, even after the Federal Constitution of 1988 have made the democratic choice for adoption of the accusatory system. The argument sustained is that in Brazil we have failed to overcome the paradigm of the philosophy of conscience and therefore the inquisitorial system, since both are synonymous. First, one will present brief considerations about the origin of the inquisitorial system, with emphasis on the search for "real truth". Subsequently, the study is directed to the Brazilian case in specific, analyzing the (in) compatibility of the Code of Criminal Procedure with the Federal Constitution. After, the study makes a brief analysis of the philosophical paradigms, presenting a possible link of paradigm of philosophy of conscience and the inquisitorial system. Finally, the study demonstrates in Brazilian reality the reason why it becomes essential to

¹ Mestra em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (2014). Bacharel em Direito (2009) e Especialista em Direito Penal e Processual Penal (2011), pela mesma Universidade. Advogada. Endereço eletrônico: schd.gabriela@gmail.com



10ª Jornada de Pesquisa e 9ª Jornada de Extensão do Curso de Direito

2

overcome the philosophy of conscience and the inquisitorial system and the urgent consolidation of the accusatory system.

Keywords: Criminal Procedure Code; Federal Constitution; Inquisitorial System; Adversarial System.

INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a opção pela construção e constituição da República em um Estado Democrático de Direito e pela adoção de um sistema acusatório² no processo penal, é de extrema e necessária importância a discussão acerca do inquisitorialismo que ainda existe no Brasil. A separação das funções de acusar, defender e julgar por órgãos distintos e independentes (estrutura mínima de um sistema acusatório) muitas vezes se confundem e àquele que deveria ser parte imparcial no jogo, o juiz, assume papel de acusador e atua em busca da verdade dos fatos, desrespeitando as regras constitucionais e estabelecendo uma relação totalmente desigual entre acusação e defesa, entre Estado e indivíduo.

O Código de Processo Penal (CPP) está ainda repleto de resquícios inquisitoriais e a jurisprudência, com raras exceções, parece ignorar o texto constitucional, atribuindo maior ênfase à lei infraconstitucional. Além disso, a busca pela “verdade real” no processo penal, que é a base estrutural histórica da criação de um sistema inquisitório³, ainda é muito recorrente e a fundamentação das decisões judiciais muitas vezes ficam à mercê da consciência do julgador. Argumentar com base tão-somente na legislação infraconstitucional e com apoio na consciência, ignorando a Constituição Federal, abre espaço para arbitrariedades e para uma impregnação cada vez maior de uma cultura inquisitorial.

A superação do sistema inquisitório e a consolidação do sistema acusatório é pressuposto básico para fazer jus à concretização de um Estado Democrático que ser alcançar no país. As contribuições de diversos segmentos, como por exemplo da sociologia, da ciência política e das ciências sociais como um todo são essenciais para esse processo de transição e consolidação. Além destes, a filosofia e a

² É possível constatar a existência de uma característica básica que, de forma ou outra, está sempre presente nos debates para diferenciar o sistema acusatório do sistema inquisitório. Essa característica mínima pressupõe a existência de partes no processo, através da separação inicial das funções de acusar, defender e julgar, designada a órgãos distintos e independentes. Essa é a posição conceitual deste trabalho.

³ Fez-se a opção, para fins específicos deste artigo, de trabalhar os termos ‘sistema inquisitório’ e ‘sistema inquisitivo’ como sinônimos.



10ª Jornada de Pesquisa e 9ª Jornada de Extensão do Curso de Direito

3

hermenêutica assumem relevância no debate, pois ajudam a compreender o fator do inquisitorialismo no Brasil como sendo base de um processo histórico, cultural e paradigmático.

O presente trabalho busca analisar a dificuldade de superação do inquisitorialismo ainda presente no atual Código de Processo Penal e na jurisprudência brasileira, mesmo após a Constituição Federal de 1988 ter feito a opção democrática pelo sistema acusatório. O argumento sustentado é que no Brasil ainda não se conseguiu superar o paradigma da filosofia da consciência, e, por consequência, o sistema inquisitório, uma vez que ambos podem ser vistos como sinônimos. Para tanto, dentro deste contexto, o objetivo principal é analisar a importância de superação do paradigma da filosofia da consciência para contribuir com a superação do inquisitorialismo e a consolidação do sistema acusatório no Brasil.

Assim, o trabalho divide-se em quatro seções. A primeira apresenta algumas considerações acerca da origem do sistema inquisitório, procurando demonstrar, especialmente mediante estudos históricos, que a busca pela “verdade real” sempre foi um dos principais objetivos deste sistema. A segunda seção destaca a incompatibilidade do CPP com a Constituição Federal, que fez a opção democrática por um sistema processual penal acusatório, bem como a dificuldade de efetivação da Constituição Federal. A terceira seção, por sua vez, aponta especificamente o vínculo existente entre o paradigma da filosofia da consciência e o sistema processual penal inquisitório. E, por fim, a quarta e última seção analisa a realidade processual penal brasileira e a razão pela qual se mostra tão importante a superação do paradigma da filosofia da consciência para contribuir com a eliminação dos resquícios inquisitoriais e avançar em busca de uma maior consolidação de um sistema mais humano e igualitário.

1 A IDADE DE OURO DO SISTEMA INQUISITORIAL: A busca pela “verdade real”

A primeira seção do presente estudo apresenta algumas considerações acerca da origem do sistema inquisitório, aqui chamado de “idade de ouro do sistema inquisitorial”, procurando demonstrar, através da história, que a busca pela verdade



10ª Jornada de Pesquisa e 9ª Jornada de Extensão do Curso de Direito

4

sempre foi um dos principais objetivos deste sistema. Tal fato importa, pois influencia até os dias de hoje as legislações processuais de diversas localidades, entre elas, o Brasil.

Diz-se que o sistema inquisitivo é um modelo histórico. Isto, pois, desde a antiguidade algumas de suas características já se faziam presentes. Na idade média e moderna, sob a influência também do direito romano-canônico, o direito comum foi se modificando e se espalhando pelas legislações de todo o mundo, de acordo com as realidades políticas de cada região. Mas é possível elencar dois fatos que marcaram de forma mais profunda a consolidação do sistema inquisitório. Primeiro, a assunção do cristianismo à condição de religião oficial, ocorrida no ano de 325 d.C., durante o Império de Constantino; e, segundo, a recepção do sistema inquisitório pelo poder central romano (ANDRADE, 2007, p. 267). Essas foram as duas principais razões que fizeram com que o sistema inquisitivo sobrevivesse por meio do direito romano-canônico, mesmo após a queda do Império Romano, até ser reinserido na Idade Média sob outra significação política.

Em diversos locais, como por exemplo Espanha e Itália, o modelo inquisitório adotado no direito comum, principalmente antes da Revolução Francesa, foi aquele mantido vivo pela Igreja, pelas universidades e pelos glosadores italianos (de 1100 a 1250), proveniente do direito canônico. A busca pela verdade por meio da força foi retomada, como antigamente praticavam os atenienses e romanos. De acordo com Andrade (2010, p. 269), a consolidação do sistema inquisitivo em quase toda a Europa permitiu a existência de diversas formas de sua regulamentação, que se diferenciavam em razão das concepções políticas de cada país, ou do maior ou menor rigor que a Igreja Católica empregava em seu combate à heresia⁴. Diversas foram as Inquisições, tanto na idade média como já na idade moderna.

Para compreender como o sistema inquisitivo, reflexo de um regime autoritário, se espalhou pelos países da Europa, e, posteriormente, a outras regiões, entre elas a América Latina, e, em específico, o Brasil, é importante conhecer a história das principais Inquisições (medieval, espanhola e romana) (SCHNEIDER, 2014, pp.

⁴ Na visão da Igreja, o “herege é o a arqui-inimigo da fé. O ser perigosíssimo” (BOFF, 1993, p. 10).



10ª Jornada de Pesquisa e 9ª Jornada de Extensão do Curso de Direito

5

67-71). Pois, como já referido, elas permitem constatar que algumas de suas influências, de forma ou outra, se fazem presentes até os dias de hoje na estrutura processual penal de diversos locais.

Na Inquisição medieval, que teve início em meados de 1184, os tribunais inquisitoriais se institucionalizaram e adquiriram caráter permanente através de Gregório IX que outorgou competência geral aos delegados para o exercício do poder inquisitorial. A principal função delegada (pelo Papa) era a de inquisidor, o qual recebia o poder jurisdicional eclesiástico. A função do processo, além de punir os hereges, era a conversão da culpa, ou a “salvação da alma” (PRADO, 2006, p. 80).

De acordo com Nicolás Eymerich, Heinrich Kramer e James Sprenger, o processo canônico da Inquisição medieval, em síntese, estava disciplinado do seguinte modo: (i) o processo poderia ter início mediante denúncia ou de ofício; (ii) o procedimento deveria ser simples, inicialmente sem presença de juízes e advogados e ao suposto herege não era permitido conhecer o conteúdo das imputações; (iii) a defesa poderia ser realizada na presença das testemunhas, desde que o processo chegasse rapidamente ao seu término; (iv) a publicidade começou a ser substituída pelo segredo; (v) especificamente Heinrich Kramer e James Sprenger já alertavam para a diferenciação entre prisão-pena e prisão-custódia (por isso a busca e apreensão do imputado e a prisão preventiva eram exemplos mais frequente de cautelares encontradas nesse modelo de processo); (vi) o sistema adotado era o da prova legal e, via de regra, uma testemunha já bastava para a configuração de indício necessário à execução de tortura; (vii) a tortura era ordenada em conjunto pelo juiz e pelo vescovo (funcionário do Santo Ofício); (viii) no tocante à sentença inquisitorial, Nicolás Eymerich identifica apenas três espécies distintas, enquanto Heinrich Kramer e James Sprenger, em análise feita em *O Martelo das Feiticeiras*, narram quinze tipos diferentes de sentenças; e (ix) em geral, o imputado não tinha direito a qualquer tipo de recurso (ANDRADE, 2010, p. 275-284).

A Inquisição espanhola, por sua vez, foi criada por uma bula outorgada pelo Papa Sixto IV, em 1478, já na idade moderna, autorizando os monarcas católicos a nomear padres para investigar e punir os heréticos, especialmente os convertidos suspeitos de prática clandestina do judaísmo (BOXER, 1978). O Manual dos



10ª Jornada de Pesquisa e 9ª Jornada de Extensão do Curso de Direito

6

Inquisidores de Nicolás Eymerich e Francisco de la Peña também foi a principal base para a estrutura do processo. Contudo, os excessos praticados pelos inquisidores nos primórdios fizeram com que novas normativas fossem adotadas. Entre elas, a promoção do frade Tomás de Torquemada, o qual recebeu diretamente do Papa o encargo e dever de atualizar o direito inquisitorial e evitar a prática de novos excessos (GONZALES, 1989, p. 94-6).

Em síntese, o processo da inquisição espanhola, no período de Torquemada, de acordo com Andrade (2010, p. 285-292), era disposto da seguinte forma: (i) início do processo acontecia mediante acusação, *notitia criminis* ou de ofício; (ii) havia o oferecimento da acusação pelo “Fiscal” e o imputado era informado sobre a identificação das testemunhas e os conteúdos dos seus depoimentos, por meio de publicação; (iii) se o imputado negasse a prática da heresia, as testemunhas eram ouvidas; (iv) a prova era plena (confissão) e semiplena (testemunhas, objetos, etc.): se o imputado não confessasse, as demais provas já eram suficientes para levá-lo à tortura que ocorreria após decisão proferida em conjunto pelos inquisidores e o juiz ordinário eclesiástico; (v) o imputado tinha direito a um advogado, caso solicitasse; se o imputado fosse pobre, as custas seriam de responsabilidade do Santo Ofício por meio de bens confiscados de outros hereges; (vi) a prisão preventiva era obrigatória se houvesse elemento que apontasse o imputado como herege; (vii) o término do processo era marcado pelo auto de fé que era lido em praça pública (os absolvidos ficavam de joelhos e os condenados ou retornavam às prisões, ou já eram executados); e (viii) não há registro de recursos.

Entretanto, posteriormente, em 1561, com o inquisidor Fernando Valdés surgem novas *Instrucciones* que eram disciplinadas, em linhas gerais, da seguinte forma: (i) havia uma pesquisa prévia como atividade pré-processual; (ii) finalizada a *inquisitio*, os fatos eram qualificados e os autos instruídos com depoimentos; para que a prisão provisória fosse decretada teria que haver indícios de prática de heresia e ser realizada na presença de dois inquisidores; (iii) recebida a *notitia criminis*, o imputado era preso e interrogado, sob juramento de dizer a verdade; (iv) encerrado o interrogatório, tinha início a segunda fase: um oferecimento obrigatório de uma acusação pelo “Fiscal”; (vi) oferecida a acusação, era nomeado um advogado



10ª Jornada de Pesquisa e 9ª Jornada de Extensão do Curso de Direito

7

(funcionário do Santo Ofício) ao acusado, cujo papel principal era repreender o acusado para que confessasse; após, era marcado o interrogatório, que ocorria sem a presença do advogado; (vii) o imputado ou seu advogado, após, poderiam oferecer resposta oral ou escrita, manifestar-se no processo após ouvidas as testemunhas, entre outros direitos que lhe eram garantidos; (viii) era permitido apelar das decisões dos inquisidores; (ix) o segredo perdeu o caráter de excepcionalidade e passou a ser adotado como regra; (x) a tortura era aplicada se exigida pelo acusador; e (xi) a atuação dos inquisidores seguiam as mesmas diretrizes do processo do período de Torquemada (GONZALES, 1989; ANDRADE; 2006).

Por fim, a Inquisição romana, também conhecida como Congregação do Santo Ofício, não diferente das demais (apesar de ser taxada de mais “branda”, em razão de algumas peculiaridades), era uma coligação de cardeais dotada de poderes de exceção com intuito de banir heresias que estariam enraizadas na comunidade cristã. Apresentava-se como uma organização do governo papal, o qual controlava os tribunais da inquisição eclesiástica, e foi instituída em 21 de julho de 1542, pela bula *Licet ab initio*, do papa Paulo III, com semelhanças com as inquisições da França, Portugal e Espanha, os mais importantes Estados-nação católicos na época (BAIARDI, 2011, p. 3).

O processo da Inquisição romana, em linhas gerais, apresentava a seguinte estrutura: (i) o início se dava por meio da acusação, *notitia criminis*, ou de ofício, mas se admitia a figura do acusador público; (ii) o segredo estava presente não somente para proteger o acusador, delator e outras pessoas vinculadas, mas também a própria honra dos imputados; (iii) para o decreto da prisão preventiva se exigia um exame cauteloso das provas; (iv) o *in dubio pro reo* era admitido como consequência do cerceamento de defesa provocado pelo segredo e toda a dúvida deveria ser interpretada a favor do imputado; (v) era permitido defensor, que era um funcionário da Inquisição, porém este deveria abandonar o imputado sempre e quando soubesse da culpabilidade; (vi) se a confissão não fosse plena ou semiplena ou as provas indicassem culpabilidade, a tortura era permitida; (vii) a execução estava condicionada a um parecer médico e também à defesa escrita do defensor; posteriormente, era elaborado um parecer dos Inquisidores confirmando ou não a execução; (viii) para que



10ª Jornada de Pesquisa e 9ª Jornada de Extensão do Curso de Direito

8

as sentenças fossem consideradas válidas eram revisadas em Roma; além disso era admitida apelação contra a sentença e o próprio imputado era encaminhado à Roma para que fosse iniciada uma nova investigação; e (ix) o ato final, como nas demais inquisições, acontecia com o auto de fé (ANDRADE, 2010, p. 300-02).

Percebe-se, diante da breve noção sobre a história das inquisições medieval, espanhola e romana que a estrutura do processo inquisitivo, por exemplo, na ideia de o processo iniciar de ofício, ausência de advogado, presença de tortura, sigilo, de haver produção de prova pelo juiz, etc, foi construída a partir da falaciosa busca pela “verdade real”. A missão atribuída ao julgador de revelar a verdade fez com que essa ideia fosse movida ao seu imaginário, como se ele pudesse solucionar por si só os problemas de um complexo processo. Percebe-se que nessa perspectiva, também, o mesmo cenário foi exigido do juiz nos momentos políticos de inspiração autoritária, e ainda o é em alguns Estados contemporâneos, no momento em que há permissão, por exemplo, para se revelar “a verdade” com eficiência, sobretudo mediante a gestão da prova (COUTINHO, 2001 e 2009; MELCHIOR, 2013, p. 93). A influência da época/idade de ouro do sistema inquisitorial é percebida até os dias de hoje e há grande alcance no processo penal brasileiro, conforme se verá a seguir.

2 O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE 1941 E A (IN) EFETIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A presente seção analisa o período de criação do Código de Processo Penal de 1941 no Brasil, apresentando a discussão sobre a incompatibilidade do CPP com a Constituição Federal de 1988, que fez a opção democrática por um sistema processual penal acusatório; e a dificuldade de efetivação da Carta Magna.

A influência da idade de ouro inquisitorial ocidental é percebida no processo penal de diversas localidades. No Brasil, não é diferente. O Código de Processo Penal brasileiro, de acordo com Coutinho (2009, p. 109), é uma cópia do *Codi Rocco* italiano de 1930, e foi instituído no Brasil diante do contexto político e social da década de 1940, ou seja, diante de um período ditatorial e autoritário. Nem o Código de Processo brasileiro, nem a Constituição da época fizeram menção ao sistema processual penal



10ª Jornada de Pesquisa e 9ª Jornada de Extensão do Curso de Direito

9

que os regia. E como não houve qualquer menção ao núcleo estruturante que minimamente configuraria um sistema processual penal acusatório (separação das funções de acusar, defender e julgar a órgãos distintos), é possível afirmar que o processo penal brasileiro nasceu com a base do sistema inquisitorial.

Contudo, se por um lado o sistema processual penal inquisitório esteve presente na trajetória processual penal brasileira desde a sua criação, por outro, ele deveria ter sido totalmente revogado quando da promulgação da Constituição Federal de 1988. Com a redemocratização e a Constituição de 1988 pela primeira vez na história brasileira foi atribuído a um órgão específico e independente a função de acusar⁵, separando esta das funções de defender e julgar, diferente do que acontecia no sistema inquisitivo. Além disso, no mesmo momento, com a Carta Magna, o Estado Democrático de Direito surge como um marco transformador, apontando uma considerável mudança da realidade que existia anteriormente (STRECK, 2003, p. 261).

Ora, se a opção política adotada pela Constituição Federal de 1988 foi por um sistema processual penal acusatório, é preciso compreender este sistema como uma conquista e um reflexo do Estado Democrático de Direito. Ou seja, o sistema acusatório é um reflexo de um regime político democrático, diferentemente do sistema inquisitivo, na esteira oposta, que é reflexo de um regime autoritário. Por isso, o sistema acusatório, constitucionalmente e democraticamente estabelecido pela Constituição de 1988, na realidade

revoga (ou deveria revogar!) o serôdio sistema inquisitório, de triste memória histórica. Ora, ao juiz cabe julgar; ao promotor cabe deduzir a pretensão acusatória, investigar e produzir provas, detendo, para tanto, parcela da soberania estatal (nesse sentido, diferencia-se do advogado, porque não está vinculado à pretensão acusatória); ao advogado, cabe efetuar a defesa e garantir os direitos do réu; ao legislador, cabe produzir legislação adequada ao sistema jurídico. (STRECK, 2010, p. 168)

Entretanto, passados quase trinta anos da promulgação da Carta Magna, ainda há dificuldades na sua aplicação prática e resistências para a sua efetivação.

⁵ “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei [...]” (BRASIL, 1988).



10ª Jornada de Pesquisa e 9ª Jornada de Extensão do Curso de Direito

10

Explica Rafael Tomaz de Oliveira que há no país, desde os tempos do Império, uma tendência de “encobrir” o sentido real da Constituição, “resignando-a a um papel secundário na esfera jurídica e que tende a tornar baixa a densidade normativa dos textos de nossas Constituições” (OLIVEIRA, 2008, p. 9-10). Salienta ainda que

esta “baixa constitucionalidade” torna obscuro os sentidos estabelecidos pelos preceitos constitucionais e não permite o “acontecer” da Constituição, que, no mais das vezes, cede sua supremacia aos Códigos, como se ela (a Constituição) fosse uma “maligna influência” para o ordenamento jurídico. Deveras, não é raro encontrar nos repertórios jurisprudenciais de nossos Tribunais, decisões que, ao invés de interpretar o Código - ou a lei infraconstitucional - em face da Constituição, inexplicavelmente executam o inverso. (OLIVEIRA, 2008, p. 9-10)

No âmbito do processo penal não é difícil perceber a tendência de dificuldade de efetividade constitucional. O Código de 1941, pós 1988, já passou por algumas reformas pontuais, mas resquícios inquisitoriais permaneceram ao longo do texto infraconstitucional⁶. Então, mesmo que exista no país a ideia de um sistema acusatório, ainda há diversos pontos decisivos a serem resolvidos para a sua efetiva consolidação.

Entretanto, ainda hoje não se conseguiu fazer ouvir a voz da Constituição e superar o caráter inquisitorial e autoritário do processo penal, não condizente com um Estado Democrático de Direito. O fortalecimento de um espaço democrático de edificação da legalidade, plasmado no texto constitucional, é uma das grandes lutas que se tem há muito tentado emplacar no Brasil (STRECK, 2010, p. 21). É por isso que o processo penal, e não somente o penal, precisa ser refletido sob outras lógicas em busca de mudanças. Por exemplo, a sociologia, a ciência política e as ciências sociais como um todo assumem especial importância nos estudos do processo penal. Além destas, as concepções trazidas pelos estudos da hermenêutica e da filosofia, neste patamar, também possuem grande relevância.

⁶ A possibilidade de produção de prova de ofício pelo juiz, prevista no artigo 156, do Código de Processo Penal, que será melhor explorada posteriormente, é um claro exemplo de resquício inquisitorial. Outro típico exemplo é o recurso de ofício, que permanece no texto infraconstitucional desde 1941 e é aceito pacificamente por grande parte da doutrina e jurisprudência.



10ª Jornada de Pesquisa e 9ª Jornada de Extensão do Curso de Direito

11

3 O VÍNCULO EXISTENTE ENTRE O PARADIGMA DA FILOSOFIA DA CONSCIÊNCIA E O SISTEMA INQUISITÓRIO

Parece ser cada vez mais necessário que o direito como um todo seja pensado e ensinado muito além da instrumentalidade, da técnica e do procedimento. As transformações ocorridas no campo dos paradigmas filosóficos, por exemplo, não podem ficar no esquecimento frente às complexidades que abarcam os estudos da área do direito (MOTTA, 2012). Para contribuir com o debate do direito no campo filosófico, a presente seção aponta especificamente o vínculo existente entre o paradigma da filosofia da consciência e o sistema processual penal inquisitório.

O campo de área de estudo da filosofia sempre teve um compromisso com a verdade, ou seja, a filosofia sempre procurou um olhar que desvendasse o que as coisas são (STRECK, 2010, p. 11). Para a metafísica clássica – que teve Aristóteles e São Tomás de Aquino como dois dos grandes pensadores – os sentidos estavam nas coisas, pois nelas estariam as essências. Streck (2010, p. 13) salienta que a metafísica é concebida como a ciência primeira, pois fornece a todas as outras ciências o fundamento comum, ou seja, o objeto ao qual todos se referem e os princípios dos quais todas dependem.

Com o nominalismo já foi possível perceber uma superação do pensamento de Aristóteles e São Tomás de Aquino. Contudo, a superação do objetivismo (realismo filosófico) acontece na modernidade e é nesta ruptura histórica-filosófica, com o Iluminismo, que ocorre uma busca sobre os fundamentos do homem. O homem não é mais sujeito às estruturas e, então, surge a ideia de *subjetividade*. A palavra sujeito muda de posição. Ele passa a “assujeitar” as coisas (sujeito-objeto) e o mundo passa a ser explicado pela razão, com o surgimento do Estado Moderno (STRECK, 2010, pp.13-14).

O paradigma da subjetividade recebe o nome de filosofia da consciência. Destaca Streck que “*quem melhor explicou essa problemática foi Heidegger, para quem, de Descartes à Husserl, o sujeito da subjetividade “imaneente” é o ponto comum que atravessa a metafísica moderna*”. Esse sujeito é o chamado de “solipsista”, que



10ª Jornada de Pesquisa e 9ª Jornada de Extensão do Curso de Direito

12

quer dizer egoísta, aquele que se basta. Portanto, a verdade será a que ele, o sujeito, estabelecerá a partir de sua consciência (STRECK, 2009, p. 119).

A ruptura da filosofia da consciência ocorre no século XX, com o chamado giro linguístico ou, então, viragem ontológica-linguística⁷. Nesse novo paradigma, a viragem linguística do início do século XX rompe com o modelo que interpõe a linguagem como uma terceira coisa entre o sujeito e objeto. Não há mais um sujeito solitário; “agora há uma comunidade que antecipa qualquer constituição de sujeito” (STRECK, 2010, p. 17). Foi a partir de então que se iniciou o “processo de superação dos paradigmas metafísicos objetivista aristotélico-tomista e subjetivista (filosofia da consciência)” (STRECK, 2010b, p. 95). Logo, com a ideia de superação dos paradigmas metafísicos objetivista aristotélico-tomista e da filosofia da consciência, pode-se dizer que a viragem linguística (especialmente por conta da filosofia heideggeriana e da hermenêutica filosófica gadameriana), “mostra que o Direito não comporta pensamentos absolutizantes ou verdades primevas” (SALDANHA, 2012, pp. 333-334).

Ocorre que, em pleno século XXI, grande parte dos julgadores brasileiros estão vinculados a concepção de direito baseada na filosofia da consciência, ou seja: desloca-se o problema de sentido para a consciência, em plena era da linguagem. A superação do inquisitorialismo no Brasil perpassa por essa esfera filosófica, pois o sistema inquisitório é facilmente associado à filosofia da consciência: “o sujeito é senhor dos sentidos, de modo que é esse sujeito – e não a sociedade – que deve se convencer, ter certeza de seu julgamento, etc” (STRECK, 2011, p. 636). E diante do processo de convencimento do juiz surge o debate sobre a busca pela “verdade real”, que é a base histórica do surgimento do modelo inquisitório e que passou a ser aquela “*extraída inquisitorialmente pelo juiz*”, ou seja, “*passou a ser aquilo que a consciência*

⁷ “Numa palavra: a viragem ontológico-linguística é o raiar da nova possibilidade de constituição de sentido. Trata-se da superação do elemento apofântico, com a introdução desse elemento prático que são as estruturas prévias que condicionam e precedem o conhecimento. Assim, a novidade é que o sentido não estará mais na consciência (de si do pensamento pensante), mas, sim, na linguagem, como algo que produzimos e que é condição de nossa possibilidade de estarmos no mundo. Não nos relacionamos diretamente com os objetos, mas com a linguagem, que é a condição de possibilidade desse relacionamento; é pela linguagem que os objetos vêm a mão”. (STRECK, 2011c, p. 226)



10ª Jornada de Pesquisa e 9ª Jornada de Extensão do Curso de Direito

13

do juiz “*determina*” (STRECK, 2010, p. 48). É esse modelo de processo penal inquisitorial que se quer superar.

4 A REALIDADE PROCESSUAL PENAL BRASILEIRA E A SÉRIA AFRONTA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Esta última seção apresenta a realidade brasileira diante da incompatibilidade do Código de Processo Penal com a Constituição Federal de 1988 e a razão pela qual se mostra tão importante a superação do paradigma da filosofia da consciência e do sistema inquisitório e a consequente consolidação do sistema acusatório no país.

No Brasil, em pleno século XXI, ainda se acredita na possibilidade da busca da “verdade real”, como se existissem essências. Como se o julgador tivesse o poder de, ao final do processo, desvelar a verdade dos fatos que foram levados ao seu conhecimento em juízo. É esta, por exemplo, a razão pelo qual os magistrados tomam para si a condução da prova que, na concepção de muitos, deverá ser gerida a partir da sua consciência, esquecendo-se, assim, do princípio da imparcialidade que norteia o sistema acusatório (COUTINHO, 2009; STRECK, 2010).

Por exemplo, com a reforma pontual ocorrida no Código de Processo Penal em 2008, através da Lei 11.690, a redação do artigo 156 que trata sobre a busca e produção de prova no processo penal foi alterada. A antiga redação possuía o seguinte teor: “a prova da alegação incumbirá a quem o fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”. A redação atual ao invés de restringir, ampliou a liberdade probatória do juiz para até “mesmo antes de iniciada a ação penal”.

Observa-se, diante dessa situação, que mudanças legislativas permanecem acontecendo com base no mito da busca da “verdade real”, típica do alicerce de um sistema inquisitório. Em outras palavras: acredita-se, de modo geral, que com o juiz atuando de ofício, as chances de se alcançar a verdade aumentam, pois ele é o julgador (no senso comum, a prova é destinada a ele), e por isso, deve estar satisfeito ao sentenciar, amparado pelo livre convencimento. Salienta Streck (2011, p. 634) que, acerca do destinatário da prova, boa parcela dos teóricos ainda não conseguiu



10ª Jornada de Pesquisa e 9ª Jornada de Extensão do Curso de Direito

14

superar o “modelo solipsista-cartesiano pelo qual ainda se acredita ser o juiz o principal destinatário da prova”. Acrescenta o autor, ainda, que “este parece ser o ponto nevrálgico do processo penal de *terrae brasilis*”.

Além disso, o debate acerca das questões da “verdade real” e da produção de prova de ofício é assumidamente encarado pelos nossos Tribunais Superiores. Em editorial especial, publicado no site do Superior Tribunal de Justiça, no dia 1º de abril do ano de 2012, lançou-se a seguinte questão: “pense em doxa, aletheia ou episteme e responda: é possível alcançar a verdade absoluta?” O texto segue com a seguinte afirmação: “a questão aflige filósofos desde a Antiguidade, mas o dilema é enfrentado cotidianamente pelos magistrados” (STJ, 2012, online).

A jurisprudência do próprio Superior Tribunal de Justiça retrata o modo pelo qual a “verdade real” é abordada e conduzida, em grande parte, na realidade brasileira. Por exemplo, a questão pode ser verificada no teor do *Habeas Copus* 192.410/MS⁸. Trata-se de um caso de tráfico de entorpecentes, mais precisamente referente ao artigo 33 da Lei 11.343/2006. O juiz de primeiro grau determinou de ofício a juntada do laudo de exame toxicológico do réu e a defesa alegou nulidade, por afronta aos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, bem como por violação ao princípio acusatório. Diz parte da decisão que: “(...) *embora o juiz seja um órgão do Estado que deve atuar com imparcialidade (...) o certo é que o próprio ordenamento jurídico permite que, na busca da “verdade real”, ordene a produção de provas necessárias para a formação do seu livre convencimento...*”⁹. O que isso pode significar? Que em busca da suposta existência da “verdade real” vale tudo? Inclusive ignorar a adoção do modelo processual acusatório, constitucional e democraticamente instituído?

Se de um lado os juízes ainda acreditam na possibilidade da busca da verdade real, como se existissem essências (ontologia substancialista clássica), de outro, tomam para si a condução da prova no processo, como se a produção da prova pudesse ser gerida a partir de sua consciência (filosofia da consciência). Ora, por trás desse vício de origem da “metodologia

⁸ Apenas para constar, o *writ* foi parcialmente prejudicado e, na parte remanescente, denegada a ordem. (V. HC 192.410/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 11/09/2012, DJe 18/09/2012)

⁹ Ver, também, por exemplo, o AgRg no REsp 1445776 / RS, T5 - QUINTA TURMA. Data de julgamento: 16/06/2015; data de publicação: 24/06/2015.



10ª Jornada de Pesquisa e 9ª Jornada de Extensão do Curso de Direito

15

do direito” está a velha discricionariedade (espaço ocupado pela razão prática nos “casos” de insuficiência da “plenitude” da razão teórica), que não por acaso, é o que sustenta o principal inimigo do direito democrático: o positivismo jurídico. (STRECK, 2010, p. 57)

Ao mesmo tempo, o Ministro sustenta o voto dizendo que as “*regras constitucionais e processuais pertinentes*” foram respeitadas. Diante desta afirmação, questiona-se: quais seriam as regras constitucionais impertinentes? Lembra-se aqui que a fundamentação das decisões é um dever fundamental dos juízes e Tribunais, isto, pois, se pensarmos que a hermenêutica a ser praticada no Estado Democrático de Direito não pode deslegitimar o texto jurídico-constitucional produzido democraticamente, do mesmo modo, a sociedade não pode ser indiferente às razões pelas quais um juiz ou Tribunal toma as suas decisões (STRECK, 2012, 2011). Calamandrei lembra que a motivação da decisão é “*uma grande garantia de justiça, quando consegue reproduzir exatamente, como num esboço topográfico, o itinerário lógico que o juiz percorreu para chegar à sua conclusão*”. Isto, pois, no caso de a conclusão estar errada, “*poder-se-á descobrir facilmente, através da fundamentação, em que etapa do seu caminho o juiz perdeu o rumo*” (CALAMANDREI, 2000, p. 175). A decisão judicial não é um ato autoritário, um ato que nasce do arbítrio do julgador, e muito menos é uma escolha, daí a necessidade da sua apropriada fundamentação (STRECK, 2012, 2011).

De todo modo, o modelo inquisitorial (ausência de fundamentação, produção de prova de ofício, livre convencimento, atuação em busca da verdade) é o nome que se dá para o protagonismo judicial, que também pode ser considerado sinônimo de autoritarismo e discricionariedade. Por isso, há a necessidade da superação da filosofia da consciência a partir de um enfoque constitucional, e também a adaptação do instituto da prova em conformidade com princípios constitucionais, como o do contraditório, da imparcialidade, da fundamentação das decisões e da publicidade. Caso contrário, corre-se o risco de cada vez mais decisões arbitrárias serem proferidas à luz da consciência do intérprete. Voltaremos aos tempos da inquisição, bastando para tanto um sinal do inquisidor (juiz ou tribunal) para mudar uma decisão a qualquer momento.



10ª Jornada de Pesquisa e 9ª Jornada de Extensão do Curso de Direito

16

CONCLUSÃO

A academia e a sociedade não podem se mostrar pacíficas diante das arbitrariedades que ocorrem na cotidianidade dos nossos Tribunais. O inquisitorialismo precisa ser superado. Em pleno século XXI, passados quase trinta anos da promulgação da Constituição Federal de 1988 e da adoção do sistema acusatório, a jurisprudência, na sua grande parte, ainda se encontra no caminho de ignorar o texto constitucional, fazendo valer os resquícios inquisitoriais previstos na legislação infraconstitucional do Código de Processo Penal (prova de ofício pelo juiz, livre convencimento, etc.).

A compreensão acerca da necessidade da superação da filosofia da consciência (esquema sujeito-objeto), paradigma ao qual o sistema inquisitório está atrelado, se mostra de extrema importância para o processo penal. A sua superação, na vertente filosófica, ocorre através do giro linguístico. Ou, como denomina Streck (2011), “giro linguístico-ontológico”.

No fundo, é possível dizer que o sistema acusatório é a recepção do paradigma que proporcionou a grande revolução no campo da filosofia: o giro linguístico-ontológico, pelo qual os sentidos não mais se dão pela consciência do sujeito e, sim, pela intersubjetividade, que ocorre na linguagem. (STRECK, 2011, p. 646)

Além disso, é necessário pensar e chamar atenção para as responsabilidades políticas e sociais com a construção de um Estado Democrático no Brasil. A escolha de aplicação do direito processual penal é também uma questão de democracia e isso faz com que se torne de extrema importância os estudos relacionados entre sistemas processuais penais e a construção do Estado. A escolha democrática e constitucional por um sistema processual penal acusatório não foi em vão. O sistema acusatório *“realça o papel das partes a começar por aquele do juiz não só por compatibilizá-los com os ditames constitucionais, mas, sobretudo, em razão de permitir que se caminhe na direção de uma maior democracia processual”* (COUTINHO, 2009, p. 115).

Portanto, se o modelo inquisitorial é o nome que se dá para o protagonismo judicial, que também pode ser considerado sinônimo de autoritarismo e discricionariedade, a necessidade de superação deste sistema é imprescindível. Um dos caminhos para a superação da filosofia da consciência e do sistema inquisitorial



10ª Jornada de Pesquisa e 9ª Jornada de Extensão do Curso de Direito

17

é a luta pelo respeito às regras da Constituição da República. Caso contrário, cada vez mais decisões arbitrárias serão proferidas à luz da consciência do intérprete, o que contribui fortemente para a fragilidade de nosso Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Inquisição Espanhola e seu processo criminal: as instruções de Torquemada e Valdes**. Curitiba: Juruá, 2006.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Curitiba: Juruá, 2010.

AROCA, Juan Montero. **Sobre la Imparcialidad del Juez y la Incompatibilidad de Funciones Procesales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

BAIARDI, Amilcar. **Os processos de Galileu: intrigas, intolerância e humilhações**. Simpósio Internacional de Estudos Inquisitoriais. Salvador, Ago/2011.

BOXER, Charles R. **The Church Militant and Iberian Expansion, 1440-1770**. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1978.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os Juízes, vistos por um advogado**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2000.

COUTINHO, José Miranda de. **Sistema Acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado**. Revista de informação legislativa, v.46, nº 183, p. 103-115, jul./set. de 2009. Brasília, 2009.

GONZALES NOVALIN, Jose Luis. **Las Instrucciones de la Inquisicion Española: de Torquemada a Valdés (1484-1461)**. In: Perfiles Jurídicos de la Inquisicion Española. Madri: Instituto de História de la Inquisicion. Universidad Computense de Madri, 1989.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. vol. I. 5 ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

MOTTA, José Francisco Borges. **Levando o Direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. **Processo, Jurisdição e Processualismo Constitucional Democrático na América Latina: alguns apontamentos**. In:



10ª Jornada de Pesquisa e 9ª Jornada de Extensão do Curso de Direito

18

Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 101, p. 61-96, jul./dez. 2010.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2001. (Coleção Filosofia).

OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **Vinte anos de Constituição: uma exploração hermenêutica dos dilemas para a concretização do texto constitucional**. In: Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca. V1, n1, 2008.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SALDANHA, Jania Maria Lopes. **Substancialização e efetividade do direito processual civil: a sumariedade material da jurisdição: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto de novo CPC**. Curitiba: Juruá, 2012.

SCHNEIDER, Gabriela. Do inquisitorialismo à consolidação do sistema acusatório no Brasil: uma análise crítica das soluções qualitativas diante da transição inacabada do Estado Democrático de Direito. Dissertação (**Mestrado em Direito**). Universidade do Vale do Rio dos Sinos: São Leopoldo, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Novo Código de Processo Penal: o problema dos sincretismos de sistemas (inquisitorial e acusatório)**. Brasília a. 46 n. 183 julho./set. 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(em) Crise: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito**. 6ª. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011c.

STRECK, Lenio Luiz. **Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista?** In: Revista NEJ - Eletrônica, Vol. 15 - n. 1 - p. 158-173 / jan-abr., 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Dogmática jurídica, senso comum e reforma processual penal: o problema das mixagens teóricas**. In: Pensar, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 626-660, jul./dez. 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **O direito de obter respostas constitucionalmente adequadas em tempos de crise do direito: a necessária concretização dos direitos humanos**. In: Hindu, v.1, n.1, julho, 2010b.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme a minha consciência?** 2 ed. rev.atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.



10ª Jornada de Pesquisa e 9ª Jornada de Extensão do Curso de Direito

19

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011b.

STJ, Superior Tribunal de Justiça. **A verdade real na jurisprudência do STJ**. 2012. Disponível em:

http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105250. Acesso em 20 dez. de 2017.