

GUILHERME MAURICIO WALL FAGUNDES

**VONTADE DE VERDADE: A RUÍNA DA ORIGEM E DO VALOR DA VERDADE NO
PROCESSO PENAL**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito, Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Marcelo Fonseca

Co-orientador: Prof. Sylvio Roberto Degasperi Kuhlmann

**CURITIBA
2006**

TERMO DE APROVAÇÃO

GUILHERME MAURICIO WALL FAGUNDES

VONTADE DE VERDADE:

A RUÍNA DA ORIGEM E DO VALOR DA VERDADE NO PROCESSO PENAL

Monografia de conclusão de curso aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel no Curso de Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Marcelo Fonseca
Departamento de Direito Privado, UFPR

Co-orientador: Prof. Dr. Sylvio Roberto Degasperi Kuhlmann
Departamento de Direito Penal e Processual Penal, UFPR

Prof. Dr. Celso Luiz Ludwig
Departamento de Direito Privado, UFPR

Curitiba, 25 de outubro de 2006.

SUMÁRIO

RESUMO	iv
1. INTRODUÇÃO	1
2. VERDADE E PROCESSO: UMA ANÁLISE DOGMÁTICA DA QUESTÃO	4
2.1. A FINALIDADE DO PROCESSO PENAL E SEUS VÍNCULOS COM A “VERDADE”.....	5
2.1.1. A posição de Fernando da Costa Tourinho Filho.....	5
2.1.2. Os ensinamentos de Jorge Figueiredo Dias.....	6
2.1.3. A visão Francesco Carnelutti.....	8
2.2. A VERDADE ENTRE OS PRINCÍPIOS DO PROCESSO PENAL.....	9
2.3. UMA TENTATIVA DE PROBLEMATIZAÇÃO DA “VERDADE REAL”: O ARGUMENTO DE MALATESTA E DE CARNELUTTI.....	13
2.3.1. Certeza e verdade em Malatesta.....	14
2.3.2. “Verdade, dúvida e certeza” em Carnelutti.....	18
3. SISTEMAS DE BUSCA DA VERDADE E A SEPARAÇÃO DAS ATIVIDADES DE ACUSAR E JULGAR	22
3.1. O SISTEMA ACUSATÓRIO.....	24
3.2. O MODELO INQUISITORIAL.....	27
3.3. O “SISTEMA” MISTO.....	36
4. A CRÍTICA DE MICHEL FOUCAULT E SUA CONTRIBUIÇÃO	41
4.1. AS RAÍZES DA DISCUSSÃO: A INVENÇÃO DA VERDADE EM NIETZSCHE.....	42
4.2. A VERDADE EM FOUCAULT A PARTIR DE NIETZSCHE.....	50
4.3. O DIREITO E A VONTADE DE SABER NO PROCESSO PENAL: ROMPENDO COM A IDÉIA DE CONCORDÂNCIA ENTRE O PENSAMENTO E O OBJETO, OU O PENSAMENTO CONSIGO MESMO.....	55
CONSIDERAÇÕES FINAIS	59
REFERÊNCIAS	61

RESUMO

Trata-se, o presente trabalho, de uma reflexão crítica com aporte teórico no legado de Michel Foucault, em termos históricos e filosóficos, acerca da tarefa e do conteúdo da “verdade” no processo penal. Em grandes linhas, evidencia-se que a “origem” da verdade no processo penal está longe de ser objetiva (sem a interferência e controle de quem a profere), neutra (desvinculada da esfera axiológica do operador jurídico, ou seja, daquele que tem a vontade de verdade), linear e contínua historicamente. Constatado o problema, a posição adotada vai de encontro ao aspecto originário, porquanto a construção processual penal, legitimada pelo discurso de verdade, insere-se num contexto social, econômico e político. Donde, os jogos de poder e as relações de saber estão imbricadas à verdade. Com efeito, o estudo histórico da “política de verdade” perpassa os domínios de saber, constituindo subjetividades a partir de critérios hábeis à distinção entre o verdadeiro e o falso, a verdade e a mentira. A proposta foucaultiana responde ao anseio crítico de desconstituir uma verdade ontológica na medida em que coloca em xeque a legitimidade do sistema processual penal. Tal reflexão possibilita a inserção das práticas judiciárias na história da verdade, em que modelos de verdade e formas jurídicas circulantes na sociedade estão intimamente ligados, em determinado local e tempo, às estruturas sociais, políticas e econômicas.

Palavras chave: Foucault; processo penal; verdade.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço à Deus que me presenteou com a vida.

Aos meus pais, por seu amor incondicional e por me mostrar o melhor caminho, não o menos tortuoso. Aos meus irmãos, pelo apoio e paciência quando necessário. À minha namorada Fernanda, por sua companhia e confiança depositada.

Agradeço, de forma muito especial, aos meus professores orientadores. À Ricardo Marcelo Fonseca quem, desde o início da Faculdade de Direito, mostrou-me que é preciso re-pensar o direito, por sua amizade, inspiração contagiante e incentivo à vida acadêmica. À Sylvio Roberto Degasperi Kuhlmann por sua amizade, exemplo de humildade e prontidão.

Por último, não poderia deixar de agradecer a todos que de alguma forma me fizeram sentir capaz de realizar este trabalho, tanto àqueles que me instigaram à pesquisa, quanto aos que compartilharam de minhas angústias e dramas pessoais.

INTRODUÇÃO

A “verdade”, enquanto questão a ser desvendada e resposta a ser dada, sempre instigou a mente humana. Ora consciente, ora inconscientemente, desde os sofistas até o mais atual filósofo persiste a inquietação ante a “verdade”.

Na Modernidade, em que se delimita o estudo, a “verdade” assume incomum tarefa, por conta de sua natureza histórica, política e social. Nesta configuração discursiva¹, o contorno racional chama à atenção, porquanto a ciência possui a prerrogativa de justificar e apontar o conhecimento e o conceito de verdade. Perguntaria Gadamer: “que conhecimento é esse? Que verdade é essa?”²

A simples definição de “verdade”, como “conformidade com a realidade; exatidão; sinceridade; coisa verdadeira; princípio certo; representação fiel de alguma coisa que existe na natureza; caráter”, implicitamente opera tais questões. Entretanto, a legitimação do conhecimento e do conteúdo de verdade resta incólume. A título exemplificativo, basta para isso perguntar sobre as “coisas verdadeiras do mundo”, ou que aceitamos como tais, v.g., a existência de micro-organismos (que maioria de nós nunca viu, mas que aceitamos a explicação

¹ De acordo com Thomas KUHN, o paradigma determina padrões para o trabalho legítimo dentro da ciência que governa, ou seja, o paradigma é composto de suposições teóricas, gerais, de leis e técnicas para a sua aplicação adotadas por uma comunidade científica específica. Porém o que mais chama a atenção é que a teoria proposta pelo autor enfatiza o caráter revolucionário do progresso científico, pois uma revolução implica no abandono de uma estrutura teórica e sua conseqüente substituição por outra, que não guarda qualquer afinidade com a anterior. Kuhn, para explicar o progresso da ciência propõe um esquema aberto, o qual pode ser disposto da seguinte forma: “*pré-ciência – ciência-normal – crise-revolução – nova ciência normal – nova crise*. A atividade desorganizada e diversa que precede a formação da ciência torna-se eventualmente estruturada e dirigida quando a comunidade científica atém-se a um único *paradigma*. Um paradigma é composto de suposições teóricas gerais e de leis e técnicas para a sua aplicação adotadas por uma comunidade científica específica. Os que trabalham dentro de um paradigma, seja ele a mecânica newtoniana, ótica de ondas, química analítica ou qualquer outro, praticam aquilo que Kuhn chama de *ciência normal*. Os cientistas normais articularão e desenvolverão o paradigma em sua tentativa de explicar e de acomodar o comportamento de alguns aspectos relevantes do mundo real tais como relevados através dos resultados e de experiências. Ao fazê-lo experimentarão, inevitavelmente, dificuldades e encontrarão falsificações aparentes. Se dificuldades deste tipo fugirem ao controle, um estado de crise se manifestará. Uma crise é resolvida quando surge um paradigma inteiramente novo que atrai a adesão de um número crescente de cientistas até que eventualmente o paradigma original, problemático é abandonado. A mudança descontínua constitui uma *revolução científica*. O novo paradigma, cheio de promessa e aparentemente não assediado por dificuldades supostamente insuportáveis, orienta agora a nova atividade científica normal até que também encontre problemas sérios e o resultado seja uma outra revolução.” (CHALMERS, A.F. *O que é ciência, afinal?* Trad. Raul Fiker. São Paulo: Brasiliense, 1993, pp. 124-125)

² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Rio de Janeiro: Vozes, 1997, p. 31.

biológica dada), sem se quer perquirir acerca do sujeito que enuncia esta verdade ou sobre o conteúdo e função desta.

Segundo a perspectiva colocada acima, realça-se o aspecto originário da “verdade”, ou seja, é a origem para a explicação, por parecer natural aos nossos sentidos, do reconhecimento de algo que nos é dado *a priori*, por nossos instintos (como se fosse amor à primeira vista). Nesse caso, o homem teria em seu âmago o gérmen do conhecimento e sua natureza seria de afinidade com o mundo a se conhecer – o sujeito de conhecimento guardaria semelhança intrínseca com o objeto a se conhecer.

Em processo penal, vela-se a busca da verdade como correta legitimação do sistema processual, do contrário não se justificaria tamanho esforço doutrinário em atentar à verdade como meio necessário a solução do caso penal. Mas as perquirições são insistentes e repetitivas: que conhecimento é esse que se quer legítimo? Que verdade é esta a serviço do processo?

A partir destas inquietações e da leitura de Michel Foucault, estruturou-se uma o trabalho em três partes.

O primeiro capítulo tem por escopo entender como chega ao operador do direito a lição processual de uma necessidade de verdade. No processo penal, a discussão que se trava em torno da verdade pode ser encarada como a união de dois extremos, uma espécie de *continuum* filosófico que perpassa a dogmática processual. De um lado, seu início, fundamento do processo, do outro, a necessidade de justificar o ato decisório, a finalidade. Para tanto, é mister revisitar a cara e antiga, mas não desatualizada, discussão processual acerca da verdade, mais propriamente como reflexo da teoria do conhecimento travada entre um sujeito de conhecimento e seu objeto de investigação (todas as coisas do mundo que podem ser acessadas através de um exercício de reconhecimento).

O segundo, trata de uma reflexão histórica, gravada pelas rupturas e discontinuidades, que visa à demarcação de algumas das características estruturais dos sistemas de busca da verdade (nos modelos acusatório, inquisitório e misto).

A derradeira, e mais importante parte, trata especificamente da crítica de Michel Foucault à verdade enquanto “origem”. A questão da verdade ganha sentido como vontade de verdade, o que nos leva a uma dúplice cisão: a verdade atende à exigências, mecanismos de articulação entre poder e saber, de certa configuração

discursiva, ou seja, é histórica; ruiu-se a idéia de concordância entre o pensamento e o objeto, ou o pensamento consigo mesmo, a partir da verdade como "invenção".

2. VERDADE E PROCESSO: UMA ANÁLISE DOGMÁTICA DA QUESTÃO

A separação entre um inocente e um culpado através do processo penal perpassa uma questão de fundo tão importante quanto o próprio efeito da condenação ou da absolvição. A “verdade” – por seu papel arraigado na prática jurídica e insistentemente insinuante na vida estudantil – é mormente desvalorizada nos estudos processuais dogmáticos³ atuais, basta notar como vem sendo tratada pela manualística. Em contrapartida, o discurso de verdade, a valorização de certo discurso pelo critério de verdade, acaba por se tornar forte e coerente, e com isso legitimando certas práticas e deslegitimando outras.⁴

Não é a toa que a atual consciência, ou má consciência, do jurista dificilmente o permitiria travar discussões acerca da verdade. Afinal, estamos em um campo perigoso porquanto reina o tecnicismo científico e o dogmatismo incontrovertido, em que se entronizam proposições inabaláveis, aplicadas sem maiores cautelas, ou cuidadosamente aplicadas por mentes mais perversas.

³ Conforme explica Tércio Sampaio Ferraz Jr., o estudo do direito, como objeto, pode ser focado sob dois ângulos: o **zetético**, que tem como “característica principal a abertura constante para o questionamento dos objetos (questões infinitas)” (p. 45), e o **dogmático**, “que tratam de questões finitas (...) em que os juristas, em termos de um estudo estrito do direito, procurem sempre compreendê-lo e tona-lo aplicável e dentro dos marcos da ordem vigente. Esta ordem que lhes parece como um dado, que eles aceitam e não negam, é o ponto de partida inelutável de qualquer investigação.” (FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo, Atlas, 1988, pp. 48-49.)

⁴ É interessante, como notaram Sokal e Bricmont, o raciocínio de dois professores de Física das Universidades de Nova Iorque e de Louvain, segundo a qual é preciso se considerar “... um exemplo intermediário entre o conhecimento científico e o conhecimento ordinário, a saber, os inquéritos policiais. Pelo menos e, certos casos, quase ninguém duvidará, na prática, que realmente se encontrou o culpado. Há por vezes o que se chama ‘provas’: a arma do crime, impressões digitais, confissões, um móvel, etc. De todo modo, o caminho do inquérito pode, em geral, se mostrar assaz complexo: o investigador deve tomar decisões (sobre as pistas a seguir, sobre as provas a procurar) e tirar conclusões provisórias, em condições de informação incompleta. Sublinhemos que quase todo inquérito acaba por inferir o inobservável (o crime) a partir do observável. E existem inferências racionais e irracionais, ou, para graduar, inferências mais racionais e menos racionais. O inquérito pode ter sido mal conduzido, ou mesmo as chamadas ‘provas’ podem muito simplesmente ter sido forjadas pela polícia. Mas não há meio de decidir *a priori*, independentemente das circunstâncias, o que distingue um bom inquérito de um mau. Ninguém pode dar uma garantia absoluta de que um inquérito policial deu bom resultado. De resto, ninguém pode escrever um tratado definitivo sobre *A lógica do inquérito policial*. Nada obstante, e isto é importante, ninguém duvida de que, para certos inquéritos pelo menos (os melhores), o resultado obtido corresponde verdadeiramente à realidade. Por outro lado, a história nos permitiu elaborar certas regras para produzir um inquérito: ninguém mais acredita na prova de fogo e desconfia-se das confissões obtidas sob tortura. É preciso comparar os testemunhos, proceder as confrontações, procurar provas físicas, etc. Mesmo não existindo metodologia fundado em raciocínios *a priori*, indubitáveis, as mencionadas regras (e várias outras) não são arbitrárias. A nosso aviso, o que chamamos ‘método científico’ não é radicalmente diferente desse gênero de procedimentos.” (BAPTISTA, Francisco das Neves. *O mito da verdade real na dogmática do processo penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 27-28.)

Neste sentido, a expressão “princípio da verdade real” (substancial, material, ou objetiva) é caracterizada por sua difusão e imprecisão. Aquela, porque seu trato acaba por remeter ao estudo do fim do processo penal, da sua função, da teoria da prova, dos princípios processuais penais, de diligências, da fundamentação da sentença, etc. Esta, diz respeito tanto a sua aplicabilidade, tão elástica que pode servir a qualquer fim, quanto a sua terminologia, em que

... **substancial** é o que concerne à substância, ou seja, àquilo ‘sem o que o ser não é’, de sorte que a idéia de verdade substancial redundando em *petitio principii*: seria aquela verdade sem a qual não haveria verdade; **material** diz o respeito à matéria, vale dizer, àquilo ‘que toma forma no ser’, de modo que a verdade material haveria de ser a verdade cuja forma é a verdade; e **objetivo** entende-se o que respeita ao objeto, isto é, àquilo ‘que se distingue do sujeito’, de maneira que se retorna, inapelavelmente, aos mesmos problemas afilivos da realidade cognoscível – a objetivação do próprio ato de conhecer, a percepção de suas limitações e, afinal, a delegação aos mecanismos racionais da definição da confiabilidade do conhecimento.⁵ (negrito meu)

De todo modo, a opção pelo axioma “verdade” leva a cabo duas posturas para com o processo penal: primeiramente, “quanto à natureza dessa verdade, decidindo se ela consiste numa ‘concordância do pensamento com o objeto’, ou se deve entender-se como concordância do ‘pensamento consigo mesmo’, em ambos os modelos a razão é o foco principal, remetendo ao seu interior ou a seu exterior; em segundo lugar, “quanto à extensão temporal e espacial desta verdade, isto é, crendo-se em sua imutabilidade ou, tão-só, na sua oportunidade ou utilidade.”⁶

2.1. A FINALIDADE DO PROCESSO PENAL E SEUS VÍNCULOS COM A “VERDADE”

2.1.1. A posição de Fernando da Costa Tourinho Filho

Para Tourinho Filho, o Direito Processual Penal teria uma dúplici finalidade: uma mediata, a paz social; e uma imediata, a realização da pretensão punitiva do Estado através do processo em razão da prática de determinado fato punível, nas palavras do autor, “seu objetivo é eminentemente prático, atual e jurídico e se limita

⁵ Ibid, p. 37-38.

⁶ Ibid, p. 32.

à declaração de certeza da verdade, em relação ao fato concreto e à aplicação de suas conseqüências jurídicas.”⁷

2.1.2. Os ensinamentos de Jorge Figueiredo Dias

Segundo Figueiredo Dias, o debate existente sobre o fim do processo penal não pode ser respondido apenas como instrumento de realização do direito substantivo, porquanto tal seria apenas sua função.

É preciso entender previamente o que é a **função do direito processual**, enquanto parte do direito penal, no sentido de sua complementaridade. Ao direito penal fica a tarefa de definição do crime, de proteção dos bens jurídicos considerados caros à sociedade ou, como atenta Santos, em visão menos romântica⁸, ao afirmar que o principal papel da moderna teoria do fato punível na dogmática penal é sistematizar conceitualmente, por meio do ordenamento jurídico, o que o Estado decide como política criminal.⁹ Ao processo penal restaria a função de instrumento do direito substantivo, pois “só através do direito processual logra o

⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 3ªed. São Paulo: Saraiva, 2001, v. 1, p. 28.

⁸ O autor em questão, ainda que tratando especificamente da questão dogmática do “fato punível”, guarda sua base criminológica radical, ou seja, é possível perceber em suas obras (“A Moderna Teoria do Fato Punível” e “Teoria da Pena”) uma matiz crítica advinda da Criminologia Radical, “a qual se edifica com base no método e nas categorias científicas do marxismo, desenvolvendo e especializando conceitos na área do crime e do controle social, mediante a crítica da ideologia dominante, como exposta e reproduzida pelas teorias tradicionais do controle social: as teorias clássicas e positivistas, e algumas variantes da fenomenologia moderna.” (SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Criminologia Radical*. Curitiba ICPC; Lúmen Júris, 2006, p. 02)

⁹ “A Política Criminal constitui o programa oficial de controle social do crime e da criminalidade – uma definição comum em textos contemporâneos de Criminologia –, enquanto o Direito Penal representa o sistema de normas que define crimes, comina penas e estabelece os princípios de sua aplicação – um conceito generalizado em textos de Direito Penal. No Brasil e, de modo geral, nos países periféricos, a *política criminal* do Estado exclui políticas públicas de emprego, salário, escolarização, moradia, saúde e outras medidas complementares, como programas capazes de alterar ou reduzir as condições sociais adversas da população marginalizada do mercado de trabalho e dos direitos de cidadania, definíveis como determinações estruturais do crime e da criminalidade; por isso, o que deveria ser a *política criminal* do Estado existe, de fato, como simples *política penal* instituída pelo Código Penal e leis complementares – em última instância, a formulação legal do programa oficial de controle social do crime e da criminalidade: a definição de crimes, a aplicação de penas e a execução penal, como níveis sucessivos da política penal do Estado, representam a única resposta oficial para a questão criminal. Logo, **se a política penal constitui o programa oficial para enfrentar o problema social do crime e da criminalidade, então o Direito Penal, como formulação legal desse programa oficial (descrição dos crimes, cominação de penas e definição de princípios de execução penal), realiza o programa de controle social do crime e da criminalidade.**” [grifo meu] (SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial*. Curitiba: ICPC; Lúmen Júris, 2005, p. 01)

direito substantivo, ao aplicar-se ao casos reais da vida, a realização ou concretização para que originariamente tende.”¹⁰

Quanto ao **fim do processo penal**, que não pode ser confundido com sua função, alerta que se pretende “... alguma coisa mais: obter um *critério de valor* (ou, se preferirmos, um *modelo axiológico*) adequado à interpretação teleológica das singulares normas e à solução dos concretos problemas jurídico-processuais.”¹¹ A preocupação aqui, quando se trata de finalidade do processo, perpassa o raciocínio lógico-dedutivo das leituras meramente conceituais,

... antes, a revelação das grandes relações (enquadramentos) funcionais entre as singulares normas e problemas jurídico-processuais e a totalidade da ordem jurídica; o que, se não serve para dar ao juiz a solução que lhe falte para um certo problema concreto, ajuda ao esclarecimento dos pressupostos últimos, na base dos quais hão de ser encontrados os critérios básicos de solução dos problemas concretos.¹²

O autor inicia a discussão através da noção formulada por J. Goldschmidt, para quem “a obtenção de uma sentença com força de caso julgado”¹³ seria o fim do processo (seja civil, seja penal). A solução dada é apenas intraprocessual, correspondente a uma idealização do caso julgado, como se a finalidade do processo fosse ele mesmo. Ou seja, é preciso que haja estabilidade processual (ou melhor, segurança jurídica) suficiente para que se continue a recorrer ao processo como meio de solução de litígios. Para isso nada melhor do que o caso julgado.

A proposta de Goldschmidt foi considerada insuficiente. Afinal, por mais que haja um fim ideal intraprocessual, é preciso que seja relativo, sendo o processo meio de realizar outros fins. Neste sentido, firmou-se certo entendimento “de que o verdadeiro fim do processo penal só pode ser a *descoberta da verdade* e a *realização da justiça* (ou mesmo só desta última, já que também perante ela surge a descoberta da verdade como mero pressuposto).”¹⁴

A partir daí, o que temos são fins ideais do processo, valores considerados relevantes (v.g., segurança jurídica, justiça, paz social, a verdade, etc.), devido ao conteúdo do processo penal ou, como nota Dias, “o direito processual penal é, fora de toda dúvida, um dos ramos do direito mais fortemente ‘ideologizados’, dada a

¹⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra, 1974, p. 24.

¹¹ *Ibid.*, p. 41.

¹² *Id.*

¹³ *Id.*

¹⁴ *Ibid.*, p. 43.

direta conexão de sua temática com os pressupostos políticos fundamentais de uma comunidade e com a 'concepção do homem' que lhe subjaz."¹⁵

Conclui, o processualista português, que a finalidade do processo penal deve ser "*obstar à insegurança do direito que necessariamente existe 'antes' e 'fora' daquele, declarando o direito no caso concreto, i. é, definido o que para este caso é, hoje e aqui justo.* O processo penal, longe de servir o exercício de direitos assegurados pelo direito penal, *visa a comprovação e realização, a definição e declaração do direito do caso concreto, hic et nunc válido e aplicável.*"¹⁶

A conclusão a que se chega é justificada por três pontos principais. Em primeiro lugar, porque se coaduna a certa concepção da relação entre direito penal e direito processual penal, na qual o direito material só se realizaria por meio do devido processo. Em segundo lugar, devido à função criadora da jurisprudência em que o juiz, após o contraditório estabelecido, chegaria a uma decisão dialeticamente construída. Em terceiro, o fim de declarar o direito ao caso concreto deve atender a "*três qualidades autonomizáveis: ser lograda de modo processualmente admissível e válido; ser justa segundo o direito substantivo; tornar seguro e estável o direito declarado.*"¹⁷

2.1.3. A visão Francesco Carnelutti

Destaca-se a posição de Francesco Carnelutti, segundo a qual o direito penal é formado pelo direito penal material, que tem por objeto o delito, e pelo direito penal processual, que tem a pena como objeto:

Em termos gerais o processo penal consiste em um *conjunto de atos que resulta no castigo do réu.* O processo penal é, por tanto, uma parte ou uma fase, precisamente do que pode intitular *fenômeno penal* o qual é constituído pela *combinação do delito e da pena.* O ponto de partida é a indissolúvel conexão ou correlação do delito e da pena, os quais constituem o anverso e o reverso de uma medalha: *não há delito sem pena, nem pena sem delito.*¹⁸

¹⁵ Ibid., p. 09.

¹⁶ Ibid., p. 47.

¹⁷ Ibid., p. 49.

¹⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el Proceso Penal.* 4 tomos. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; Bosch y Cia. Editores, 1950, v.1, p. 69: "En términos generales el proceso penal consiste en el *conjunto de los actos en que se resuelve el castigo del reo.* El proceso penal es, por tanto, una parte o una fase, precisamente de lo que se puede se llamar el *fenómeno penal*, el cual está constituído por la *combinación del delito y de la pena.* El punto de partida es la indisoluble conexión o correlatividad del delito y de la pena, los

O autor entende que pelo fato do homem viver em um grupo social há a necessidade de viver em paz pela eliminação da guerra, haja vista que tal confronto é nocivo à vida em sociedade. A resolução dos conflitos se daria de duas formas: pela proibição da guerra, através do direito penal; e abrindo outra possibilidade de resolução dos conflitos, por meio do direito civil. Alerta, ainda, que existe uma

... *correlação entre direito civil e direito penal*, um não podendo existir sem o outro; não se poderia proibir o *furto* se não fosse permitida a *venda* (não se pode permitir a quem não tem alimento suficiente que roube da pessoa que o tem em excesso, se não se consentir a este vender e àquele o comprar), nem se poderia permitir a venda se não estivesse proibido o furto (não teria sentido que um venda e que outro compre o alimento, que respectivamente sobra ou falta, se a este estivesse permitido roubar e àquele devesse deixar o roubar).¹⁹

Daí sua conclusão de que o direito em geral tem por finalidade assegurar a paz social, mas a finalidade do direito penal é proibir a resolução dos conflitos de interesses pela guerra, então do caso, excluir ou combater o crime.

O direito penal, cujo objeto é o delito, conjuntamente com o processo penal, cujo objeto é a pena, apontam na seguinte direção: para que haja pena é mister a existência do delito. Trata-se de um caminho que deve necessariamente ser percorrido através do processo, o qual gera uma certeza acerca do acontecido, do fato histórico, podendo culminar ou não na punição.

2.2. A VERDADE ENTRE OS PRINCÍPIOS DO PROCESSO PENAL

A par de existirem outras concepções acerca do que sejam princípios (v.g. momento ou local em que algo tem origem, preceito, causa primária, garantia da unidade do sistema jurídico) "... é conveniente pensá-lo(s) como *motivo conceitual sobre os qual(is) funda-se a teoria geral do processo penal*."²⁰ Embora a expressão "motivo conceitual" pouco signifique, aqui a interpretação mais útil é de mito,

cuales constituyen el anverso y el reverso de una medalla: *no hay delito sin pena, ni pena sin delito*." [tradução do autor]

¹⁹ Id.: "... *correlatividad entre derecho civil y derecho penal*, el uno de los cuales no puede existir sin el otro; si no se podría prohibir el *hurto* si no se permitiese la *venda* (no se puede impedir a quien no tiene alimento suficiente el robarlo a quien lo tiene en exceso, si no se consiente a éste el venderlo y a qué el comprarlo), ni se podría permitir la venta si no estuviese prohibido el hurto (no tendría sentido que el uno venda y el otro compre el alimento, que respectivamente le sobra o le falta, si a esté le estuviese permitido robarlo y aquél se lo debiese dejar robar)." [tradução do autor]

²⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba: UFPR, nº 30, p. 163, 1998.

... não apenas no sentido etimológico de narração pública de feitos lendários da comunidade (isto é, no sentido grego da palavra *mythos*), mas também no sentido antropológico, no qual essa narrativa é a solução imaginária para tensões, conflitos e contradições que não encontram caminhos para serem resolvidos no nível da realidade.²¹

No processo penal, o princípio da verdade real ganha relevo quando da fundamentação das decisões judiciais, “na medida em que é uma artimanha engendrada nos meandros da inquisição para justificar o substancialismo penal e o decisionismo processual (utilitarismo), típicos do sistema inquisitório.” A título ilustrativo, verifique-se, com especial atenção ao negrito (feito pelo autor da monografia), a aplicabilidade atual de tal princípio nas decisões formuladas pelo egrégio Tribunal Regional da 4ª Região:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. OPERAÇÃO PANORAMA. DECLINAÇÃO DE COMPETÊNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. JUÍZO DECLINADO. RATIFICAÇÃO DA DECRETAÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR. ALEGAÇÃO DO EXCESSO DE PRAZO PARA TÉRMINO DO INQUÉRITO POLICIAL. PEDIDO DE EXTENSÃO DOS EFEITOS CONCEDIDOS EM OUTRO WRIT.

(...)

7. No caso dos autos, o Paciente e outra indiciada, estavam tentando influenciar diretamente no depoimento de testemunhas e indiciados, arquitetando a forma como as demais pessoas envolvidas deveriam agir para enganarem as autoridades policiais sobre a verdade dos fatos investigados. Os fatos noticiados são graves e a instrução criminal, **caso o Paciente se livre solto, poderá prejudicar a apuração da verdade real, sendo necessária, portanto, por ora, a manutenção da decretação de sua prisão por conveniência da instrução criminal.** (Sétima Turma do TRF da 4ª Região, HC 2005.04.01.035895-8, Rel. Tadaaqui Hirose, 21/09/2005)

PROCESSO PENAL. PECULATO. OITIVA DE TESTEMUNHAS EM JUÍZO DEPRECADO. INTIMAÇÃO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. MATERIALIDADE. AUSÊNCIA DE PROVA DOCUMENTAL. ÔNUS PROBATÓRIO DO PARQUET . PRINCÍPIO DA VERDADE REAL. DILIGÊNCIAS. VEDAÇÃO À REFORMATIO IN PEJUS.

(...)

3. **O juízo penal condenatório exige certeza da existência do delito, devendo esta vir amparada em um mínimo lastro probatório material, momento nos crimes deste jaez, que deixam numerosos vestígios documentais.**

4. **Em nome do princípio da verdade real, o julgador pode requerer, ex officio, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante (art. 156 do CPP). Contudo, sob pena de ferir a imparcialidade exigida pelo sistema processual acusatório, não pode solicitar a produção de prova sobre a própria existência do delito, muito menos após encerrada a fase instrutória, em recurso exclusivo da defesa.** (Oitava Turma do TRF da 4ª Região, ACR 2000.70.01.001840-4, Rel. Élcio Pinheiro de Castro, 03/08/2005)

MOEDA FALSA. ART. 289, § 1º, DO CP. GUARDAR E INTRODUIR EM CIRCULAÇÃO. CIÊNCIA DO FALSO. REFORMA DA SENTENÇA. PROVAS CARREADAS POR OCASIÃO DO INQUÉRITO POLICIAL. QUALIDADE PROBATÓRIA COLHIDA NA CIRCUNSTÂNCIA TENSA DA PRISÃO POSTERIORMENTE CORROBORADA EM JUÍZO. PRINCÍPIO DA VERDADE REAL. TESTEMUNHA POLICIAL.

²¹ CHAUI, Marilena. *Brasil: mito fundador e sociedade autoritária*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004, p. 09.

(...)

II. É passível de reforma a sentença absolutória com fulcro em provas colhidas por ocasião da prisão (na fase policial), de boa qualidade (não obstante a tensão e o nervosismo da circunstância), corroboradas por outras prestadas, inclusive, em juízo, (quando o transcurso do tempo e as teses defensivas, por vezes, podem acarretar alegações de desconhecimento da prática ou, ainda, versões inverossímeis dos fatos) pois, **no processo penal, a busca é pela verdade real.**” (Oitava Turma do TRF da 4ª Região, ACR 2000.70.08.000062-0, Rel. Luiz Fernando Wovk Penteadó, 03/09/2003)

PROCESSO PENAL. ESTELIONATO PREVIDENCIÁRIO. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. PRESENÇA DE INDÍCIOS CONSISTENTES. PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO SOCIETATE.

(...)

2. Não sendo exigido um juízo de certeza no exame preliminar de cabimento da peça inaugural acusatória, a atividade do magistrado deve pautar-se pelo princípio do *in dubio pro societate*, de modo a evitar a frustração da *persecutio criminis* bem como a produção de absolvições liminares sem que se tenha buscado a verdade real por meio da via processual capaz de assegurar a ampla defesa e o contraditório.” (Oitava Turma do TRF da 4ª Região, RSE 2001.70.01.002427-5, Rel. Luiz Fernando Wovk Penteadó, 06/08/2003)

A aplicabilidade do princípio em questão é explicada por Tourinho Filho, para quem a pretensão punitiva do Estado deve valer apenas quando se tenha cometido uma infração e, neste sentido, “... o Processo Penal deve tender à averiguação e descobrimento da verdade real, da verdade material, como fundamento da sentença.”²²

Para tanto, é preciso distinguir o que seria determinada vontade de verdade entre o ordenamento jurídico processual civil e o penal. Aquele tem por base a disponibilidade dos bens pelas partes, dado o seu conteúdo patrimonial. Este, em razão da natureza pública da pretensão punitiva, exclui qualquer acerto processual cuja origem seja a vontade das partes. É o “império da verdade”²³ que deve ser assegurado.

No processo civil as presunções de verdade e a disponibilidade dos bens jurídicos tutelados marcam a busca de uma **verdade formal**. “Por ser uma forma compositiva de conflitos de interesses em que se garante, ao máximo, o respeito dos direitos do homem, é o processo, também, um direito individual. Todo homem tem *direito ao processo*, pois a todos deve ser dado defender o seu patrimônio e os seus interesses personalíssimos através da autoridade pública, com a plena garantia de ser ouvido e atendido segundo os ditames da justiça.”²⁴ Trata-se, sobretudo, de um processo teleologicamente voltado a solução de um conflito de interesses, os quais

²² TOURINHO FILHO, Op. Cit., p. 35.

²³ Id.

²⁴ MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Millennium, 1999, v.1, p. 9.

podem ser dispostos segundo a vontade das partes, o que impediria a busca da verdade material.

Em outro sentido, a tarefa do processo penal é a busca da **verdade real**, mesmo que em alguns casos seja possível transigir²⁵ em matéria penal. A verdade dos fatos é o centro das atenções, “o Juiz aparece como o titular de um poder autônomo de investigação, isto é, tem o poder de investigar de ofício a verdade dos fatos, apesar da inatividade do promotor de Justiça e da parte contrária, não só durante a instrução, ‘sino también, em forma excepcional, durante el juicio. És um celoso guardián de la verdad.’”²⁶

Outra leitura é feita por Oliveira, para quem a busca da verdade real é um mito processual que remete ao sistema inquisitorial. Trata-se de um passado não recente, anterior à Constituição Federal de 1988, que “tinha a incumbência de legitimar eventuais desvios das autoridades públicas, além de justificar a ampla iniciativa probatória reservada ao juiz em nosso processo penal. A expressão, como que portadora de efeitos mágicos, autorizava uma atuação judicial supletiva e substitutiva da atuação ministerial (ou da acusação).”²⁷

Posição a ser destacada, pela atual postura jurisprudencial, é a de MIRABETE, segundo a qual

... o princípio da verdade real procura estabelecer que o *ius puniendi* somente seja exercido contra aquele que praticou a infração penal e nos exatos limites de sua culpa numa investigação que não encontra limites na iniciativa das partes. (...) Decorre deste princípio o dever do juiz de dar seguimento à relação processual quando da inércia da parte e mesmo determinar, *ex officio*, provas necessárias à instrução do processo, a fim de que possa, tanto quanto possível, descobrir a verdade dos fatos objetos da ação penal.²⁸

A caricatural (por sua extremada visão acerca do processo) posição reflete a dinâmica processual quando imbuída da tarefa da verdade. Não se leva em conta

²⁵ Embora grande parte da doutrina admita a transação penal como melhor meio para a solução em crimes de menor potencial ofensivo, há críticas de grande valor quanto ao conteúdo de Justiça por traz da solução de conflitos pelo consenso. “É a introdução da lógica do *plea negotiation*, transformando o processo penal num mercado persa, no seu sentido mais depreciativo. Daí nossa crítica em relação aos Juizados especiais criminais, verdadeiras expressões de movimento da lei e da ordem, na medida em que contribuem para a banalização do Direito penal, fomentando a panpenalização e o simbolismo repressor.” (LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal* (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista). Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, p. 24)

²⁶ TOURINHO FILHO, Op. Cit., p. 37.

²⁷ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 328.

²⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 44.

quaisquer questões de fundo, trata-se de pura aplicabilidade do princípio, de tecnicismo processual.

2.3 UMA TENTATIVA DE PROBLEMATIZAÇÃO DA “VERDADE REAL”: O ARGUMENTO DE MALATESTA E DE CARNELUTTI

Ainda que a discussão italiana, date do início do centenário passado até meados da década de 70, não cogitamos de um prazo de validade para elas. Cabe aqui uma defesa em prol das pueris teses. Como já se demonstrou, o direito (como um todo, e não só o processo penal) acaba por ser afetado pela ausência de reflexão quanto aos problemas da filosofia (sobretudo, quanto à verdade), ou seja, “depois da euforia cientista do século XIX e da conseqüente aversão à reflexão filosófica, bem simbolizada pelo positivismo, chegamos a finais do século XX possuídos pelo desejo quase desesperado de complementarmos o conhecimento das coisas com o conhecimento do conhecimento das coisas.”²⁹ Não se trata de saudosismo acerca das reflexões filosóficas clássicas, mas de constatar a ausência de reflexão atual no que toca o pano de fundo “verdade”, seja porque se assumiram como atuais questões do séc. XIX (v.g. acerca do melhor procedimento), seja porque no século XX se procurou complementar o conhecimento que temos das coisas com o conhecimento de nós mesmos.

Em contra sentido à cega caminhada processual, ainda que em estudo não exaustivo, destaca-se duas concepções acerca da verdade no processo penal. A primeira, do processualista italiano Nicola Framarino Dei Malatesta, o qual, dentre outros³⁰, se posiciona pela cisão entre a verdade filosófica e a verdade processual (a qual se divide em formal e material). E, como divisor de águas, Francesco Carnelutti trata da unidade da verdade a partir do sujeito.

²⁹ SANTOS, Boaventura de Souza. *Um discurso sobre as ciências*. São Paulo Cortez, 2005, p. 50.

³⁰ Em estudo mais aprofundado quanto à verdade é possível destacar os seguintes processualistas italianos: Nicola Framarino dei MALATESTA, Carlo LESSONA, Carlo FURNO, Piero CALEMANDREI e João de Castro MESNDES, em DIAS, Luciana Drimel. *A verdade e a prova judicial* (uma análise filosófico-processual da verdade voltada à teoria geral da prova). Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito. Curitiba: Universidade Federal do Paraná.

2.3.1. Certeza e verdade em Malatesta

Segundo Malatesta, há uma estrita relação entre pena, processo e verdade. A pena, como reação social à ofensa “crime” (desestabilizador de certa paz social), somente pode ser consequência lógica do processo, enquanto caminho único e necessário à punição do culpado. Isto porque é preciso resguardar a tranqüilidade social, a segurança de que juridicamente um inocente não seja punido e, nessa esteira, lutar contra certo pavor de ser “vítima de um êrro judiciário”, ou seja, afastar o lançamento da “... consciência social a dúvida, por pequena que seja, da aberração da pena, e esta não será mais a segurança dos homens honestos, mas a mesma perturbadora daquela mesma tranqüilidade para cujo restabelecimento foi instituída; não será mais a defensora do direito, e sim a força imane que pode, por sua vez, esmagar o direito imbele.”³¹

Retirada qualquer discussão acerca de qualidades dos homens (v.g. honesto, merecedor ou mau caráter), que são insustentáveis diante ao Direito, a inegável lição legada é de estabilidade jurídica, de reafirmação do poder estatal a partir da certeza da criminalidade.

Neste sentido, a verdade tem papel sem igual para o processo e para a pena, porquanto a máquina estatal punitiva apenas pune, com fundamento em provas juridicamente aceitáveis, os que praticaram certo fato punível. “Sendo a prova o meio objetivo pelo qual o espírito humano se apodera da verdade, sua eficácia será tanto maior quanto mais seguramente ela introduzir no espírito de estarmos de posse da verdade.”³²

³¹ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A Lógica das provas em matéria criminal*. São Paulo: Saraiva, 1960, v. 1, p. 15.

³² *Ibid.*, p. 19.

Trata-se do dilema filosófico moderno³³ a ser enfrentado no processo penal: a dualidade marcada por um sujeito que tudo pode conhecer e por um objeto passível de ser conhecido. O espírito humano galgaria em direção ao conhecimento, podendo se encontrar em ignorância (ausência de todo conhecimento), dúvida (“no estado de credulidade, em sentido específico, igualdade dos motivos pelo conhecimento afirmativo e pelo negativo; no estado de probabilidade, prevalência de conhecimento afirmativo”³⁴) ou certeza.

O processo de conhecimento, na medida em que se constrói, leva a cabo uma diferença estanque entre a verdade e a certeza. “A verdade é a conformidade da noção ideológica com a realidade; a crença na percepção desta conformidade é a certeza.”³⁵ Dois planos de existência são considerados: a verdade ontologicamente formada; e a certeza como atributo do sujeito, isto é, um estado do espírito. Pode acontecer que se tenha certeza do que é falso, ou duvidar do que é verdadeiro e, até mesmo, que a verdade aponte para diferentes interpretações (entre a dúvida e a certeza) de diferentes acontecimentos. Ou seja, a certeza nem sempre corresponde à verdade.

³³ A tradição moderna responsável pela dicotomia entre sujeito cognoscente e os objetos passíveis de serem conhecidos parece ser a preocupação central do legado teórico de Edmund Husserl. A inquietação espiritual e de ponto de partida, sobretudo em romper com a cisão de mundo entre sujeito/objeto, entre transcendência e imanência, sensível e inteligível – várias abordagens do mesmo problema. A esse título Husserl escreveu: “de onde sei eu, o cognoscente, e como posso eu saber confiadamente que não só existem as minhas vivências, estes actos cognitivos, mas também que existe o que elas conhecem, mais ainda, que em geral, existe algo que haveria que pôr frente ao conhecimento como seu objeto?” (HUSSERL, Edmund. *A idéia da Fenomenologia*. Lisboa: Edições 70, 1989, p. 43) Destaque-se o papel fundamental de Husserl diante à fenomenologia, doutrina que busca a essência pura dos vividos. Entretanto a preocupação regente do trabalho de Husserl é a construção da teoria do conhecimento, e não com aspectos práticos, de forma que as reduções (eidética e transcendental) constantes na fenomenologia somente serão viáveis no que toca a epistemologia do conhecimento – no sentido de clarificá-lo. Como relata Carlos Alberto Ribeira Moura, “Husserl apresenta a fenomenologia como a disciplina sem a qual nenhuma filosofia seria possível. A verdadeira filosofia tem suas raízes na fenomenologia pura e, como tal, “esta é pressuposto perpétuo de toda a metafísica e de toda outra filosofia ‘que poderá se apresentar como ciência’”. Como a redução não me faz perder nada, essa ciência das origens abarca todas as transcendências e não deixa nada fora de si. Saber universal, ela teria resposta a todas as questões filosóficas já que, ‘... em toda filosofia precedente não existe nenhum problema como sentido nem existe problema sobre o ser em geral que não possa ser considerado no âmbito da fenomenologia transcendental’. A cada questão apresentada, bastaria consultar este texto inédito chamado ‘subjetividade transcendental’, a fenomenologia surgindo como a ‘ciência universal de todos os seres, enquanto todos eles reteriam seu sentido de ser da constituição intencional” (MOURA, Carlos Alberto Ribeira de, *Racionalidade e Crise: Estudos de História de Filosofia Moderna e Contemporânea*. São Paulo: UFPR, 2001, p. 133-134)

³⁴ MALATESTA, Op. Cit., p. 19.

³⁵ Ibid., p. 22.

É preciso abrir um parêntese. Dada à infinidade de possibilidades de interpretar as coisas, como se pode obter certeza, opinião não relativável? É através da certeza que se tem a reafirmação do sujeito de conhecimento que acessa a verdade das coisas, de modo que longe de qualquer fato concreto é possível haver erro quanto à opinião. Todavia diante ao fato concreto, há a rejeição de todas as demais possibilidades de erro, sem a qual não se pode firmar uma certeza. Portanto, trata-se apenas de uma rejeição quanto aos erros que permitem ao espírito humano se apoderar de determinada verdade. Fecha parêntese. Através da inteligência, faculdade do espírito humano, é que se pode perceber a verdade. Mas o trilhar nesta ponte, entre a verdade e a certeza, nem sempre pode ser concluído sem a interferência dos sentidos.

O autor afasta desde logo qualquer classificação objetiva (em metafísica, física e eventual) acerca da certeza³⁶, porquanto sua natureza é subjetiva. Logo, “a certeza é um estado simples e indivisível da alma, e por isso sempre igual e idêntica a si mesma. A certeza é a crença na conformidade entre a noção ideológica e a verdade ontológica.”³⁷

Conforme a percepção humana, podem-se afirmar duas espécies de verdades: a **verdade puramente inteligível**, a qual é alcançada pela atividade intelectual; e a **verdade sensível**, cuja posse faz necessária a presença dos sentidos. Mas tal análise é insuficiente ainda, é preciso levar em conta as duas funções da inteligência: a intuição, percepção clara que se obtém sem a intervenção do raciocínio (v.g. o pressentimento de algo); e a reflexão, ato próprio da intervenção do raciocínio.

No que toca à verdade inteligível, por intuição ou reflexão, obtém-se uma **certeza puramente lógica**. Trocando em miúdos, no primeiro caso é uma constatação imediata da verdade em geral, enquanto no segundo, percebe-se a verdade em geral e por dedução se depreende uma verdade particular. Nada mais do que lógica formal. Todavia, a certeza puramente lógica não serve ao direito criminal, porquanto “em matéria criminal, cogita-se sempre da verificação dos fatos humanos, e não é decerto a propósito de um fato humano, como o fato criminoso,

³⁶ “A distinção, portanto, da certeza em metafísica, física e histórica, é uma distinção heterogênea, que principia com critérios objetivos e termina num subcritério subjetivo, que só serve para gerar confusão.” (Ibid., p. 38)

³⁷ Ibid., p. 40.

que se pode falar da evidência da verdade puramente inteligível, como da certeza intuitiva metafisicamente axiomática; não há fato humano sem materialidade que o exteriorize, e esta só se pode obter por meio dos sentidos.”³⁸

As verdades sensíveis podem ser apreendidas, também, pela inteligência, segundo suas funções de reflexão e de intuição. Esta, a partir da verdade materialmente perceptível (v.g. o olhar uma árvore ou tocar uma folha), são as **verdades sensíveis materiais**. Aquela, oriunda de fatos psíquicos é percebida em conformidade com sua exteriorização material, intituladas **verdades sensíveis morais**. Assim, as verdades sensíveis morais somente podem ser percebidas pela reflexão, enquanto que as verdades sensíveis materiais pela reflexão ou pela intuição. Em matéria criminal, o campo da certeza fica inscrito às verdades sensíveis.

Há, portanto, formas de certeza, ou de opinião, que correspondem a cada espécie de verdade: às verdades inteligíveis, a certeza puramente lógica, e às verdades sensíveis, a certeza física.

Para complementar o raciocínio, é possível, ainda, falar em **certeza mista**, em que a verdade sensível é lida a partir da reflexão, função da inteligência, que é relevante ao crime. O caminho para uma certeza mista é iniciado

... pela percepção sensória de uma dada materialidade; os sentidos colhem direta e principalmente determinada materialidade, relativamente à qual se tem a certeza física. A reflexão, sem seguida, função intelectual, subordinando esta materialidade particular à idéia geral experimental da ordem, faz com que desta materialidade conhecida por percepção direta, sejamos conduzidos ao conhecimento de um desconhecido que, embora material por sua natureza, não é percebido material e sensivelmente, e é por isso, para o nosso espírito, como uma realidade ideológica.³⁹

Para tornar palpável e explícito o que seria uma certeza mista, o autor exemplifica com a suposição de um documento falso, em que a falsidade do documento é uma certeza física, mas que quaisquer outras investigações que dá decorram (v.g. a autoria, o modo de falsificação, a intenção do autor do crime, etc.) seriam certezas lógicas. Desta mescla resultaria a certeza mista.

A espécie “certeza mista” se subdivide em três subespécies: a certeza físico-lógica (ou lógica por antonomásia), a certeza físico-histórica (ou histórica por antonomásia) e a certeza físico-histórico-lógica (ou histórico-lógica).

³⁸ Ibid., p. 27.

³⁹ Ibid., p. 32.

A primeira, a **certeza físico-lógica** é produto da reflexão que busca aclarar a relação existente entre a afirmação, fato indicativo, e a coisa afirmada. “Tendo percebido sensível e diretamente um dado fato, a reflexão desenvolve a sua ação, para mostrar como é que, partindo daquele dado fato, se devem concluir pela verdade de um outro fato não diretamente percebido.”⁴⁰

Em segundo, a **certeza físico-histórica** busca estabelecer nitidamente a relação entre o afirmante e a afirmação, concluindo pela veracidade ou não do afirmante, ou seja, “... com a percepção imediata e sensória da palavra falada ou escrita de uma testemunha, e assim, com certeza física da existência de tal palavra, por um trabalho racional se passa a dar crédito à pessoa atestante, isto é, passa-se à convicção da veracidade da testemunha, para concluir pela verdade da coisa atestada.”⁴¹

Por último, a **certeza físico-histórico-lógica** visa ao estabelecimento de um nexos claro e cristalino de duas relações: entre o afirmante e a afirmação, e entre a afirmação e a o afirmado, assim, “... quando a afirmação de pessoa tem por conteúdo uma afirmação indireta de coisa, isto é, quando o fato material indicativo do delito ou do delinquente não é percebido imediatamente e na sua materialidade pelo juiz, embora seja, ao contrário, afirmado pela testemunha.”⁴²

2.3.2. “Verdade, dúvida e certeza” em Carnelutti

A revisita de Francesco Carnelutti às construções teóricas lapidadas durante sua vida se torna interessante, uma vez que, com o toque de sua genialidade, problematizou a verdade (formal e material) no processo ao questionar a “parte” ante o “todo”.

Segundo o autor, não se pode sustentar duas verdades: uma material e outra formal. A verdade substancial é, por excelência, inacessível ao homem. A verdade formal não é verdade, senão por uma grosseira comparação de um objeto frente a um espelho. Portanto, ou há verdade, ou nada existe.

⁴⁰ Ibid., p. 34.

⁴¹ Ibid., p. 35.

⁴² Ibid., p. 36.

O descompasso entre busca da verdade e o que realmente se tem, nas palavras de Carnelutti, é

justamente porque a coisa é uma parte; ela é e não é; pode ser comparada a uma moeda sobre cuja cara está gravada o seu ser e, sobre sua coroa, o seu não-ser. Mas para conhecer a verdade da coisa, ou digamos, precisamente, da parte, necessita-se conhecer, tanto a sua cara, quanto a sua coroa: uma rosa é uma rosa, ensinava a Francesco, porque não é alguma outra flor; queria dizer que para conhecer verdadeiramente a rosa, isto é, para chegar à verdade, é necessário conhecer não somente aquilo que a rosa é, mas também aquilo que ela não é. Por isso, a verdade é uma coisa nos foge até que nós possamos conhecer todas as outras coisas e, assim, não podemos conseguir senão um conhecimento parcial dessa coisa, refiro-me, também, a um homem. Em síntese, a verdade está no todo, não na parte; e o todo é demais para nós.⁴³

Sua reflexão aqui é gravada pela singela e tão marcante afirmação de que a verdade jamais estará ao alcance das mãos humanas, mas está presente nas Divinas, uma vez que o caminho é único, ou seja, nas Bíblicas palavras: “Eu sou o caminho, a verdade e a vida. Ninguém vem ao Pai, se não por mim” (BÍBLIA, S. João 14:6).⁴⁴ Daí certo descompasso existente entre a “verdade” e o concreto sujeito de conhecimento.

O problema levantado é a finitude humana que marca indiferentemente o cientista, o advogado ou o juiz. Trata-se de uma linha de corte derivada de nossa natureza, em que “a verdade é como a luz ou como o silêncio, os quais compreendem todas as cores e todos os sons; mas a física tem demonstrado que a nossa vista não vê e os nossos ouvidos não ouvem mais que um breve segmento da

⁴³ CARNELUTTI, Francesco. “Verità, dubbio, certezza.” In *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, v. XX, 1965, p. 5: “Proprio perché la cosa è una parte essa è e non è; può essere paragonata ad una medaglia sul cui diritto è inciso il suo essere e sul rovescio il suo non essere. Ma per conoscere la verità della cosa, o diciamo pure della parte, bisogna conoscere tanto il diritto quanto il rovescio: una rosa è una rosa, insegnavo a Francesco, perché non è alcun altro fiore; ciò vuol dire che per conoscere veramente la rosa, cioè per afferrare la verità, occorre conoscere non soltanto ciò che essa è ma anche ciò che essa non è. Perciò la verità di una cosa ci sfugge fino a che noi non possiamo conoscere tutte le altre cose e così non ne possiamo conseguire se non una conoscenza parziale. E quando dico una cosa, mi riferisco anche ad un uomo. Insomma la verità è nel *tutto*, non nella parte; e il tutto è troppo per noi.” [tradução em COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda de. “Glosas ao ‘Verdade dúvida e certeza’, de Francesco Carnelutti”]

⁴⁴ “O juízo, o verdadeiro, o justo juízo, o juízo que não falha está somente nas mãos de Deus. Se os homens, todavia, se encontram na necessidade de julgar, tenham ao menos a consciência de que fazem, quando julgam, as vezes de Deus. A afinidade entre o juiz e o sacerdote não é desconhecida nem entre os ateus, que falam a esse respeito de um sacerdote civil.” (CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Trad. José Antônio Cardinali. 6ª ed. Campinas: Bookseller, 2005, p. 21)

gama das cores e dos sons; estão aquém e além da nossa capacidade sensorial as infra e ultracores, como os infra e ultra sons.”⁴⁵

Longe de querer aproximar o caminho da Salvação ao trilhar processual humanamente elaborado, Carnelutti conclui que sua “... estrada, começada a atribuir ao processo a busca da verdade, deveria ter substituído a investigação da verdade, pela da **certeza**.”⁴⁶ (negrito meu)

A certeza significa uma escolha, uma decisão acerca do “drama do processo”⁴⁷, ou seja, “ainda que os homens não possam julgar, devem condenar, (...) porque devem agir; a condenação (ou, se quiser, a absolvição) não é somente um juízo, é uma ação.”⁴⁸ Neste âmbito reina a dúvida, que “... é o contraste ou a incompatibilidade, não tanto entre dois juízos, quanto entre dois raciocínios.”⁴⁹ Mas afinal, escolher com base em que? “... o juiz após ter examinado as provas, após ter escutado as razões, após tê-las valoradas, continua a encontrar-se, em realidade, de frente àquela dúvida, que o seu pensamento não consegue, de nenhum modo, eliminar. Existirão dúvidas macroscópicas e microscópicas, mas bastam somente essas últimas para constituir a sua dificuldade e o seu tormento.”⁵⁰

Ao juiz cabe a escolha, ou melhor, o dever de escolher, mesmo quando as provas não o permitem optar pela condenação, ou de pronto, pela absolvição. Diante à insuficiência de provas, absolve-se o réu, o que nada mais é a recusa de escolha, a confissão da inoperância da justiça diante à dúvida não sanada.

Conclui, o ítalo processualista, que o pensamento não é suficiente para sanar todas as dúvidas. A certeza gerada é mais próximo ao ato de fé do que de ciência. Não no sentido de confronto, mas de complementaridade, no sentido de que onde falta o conhecimento (racional) aí está a fé para sustentar esta deficiência.

⁴⁵ Ibid., p. 39.

⁴⁶ CARNELUTTI . Verità, ..., p. 5: “... strada, cominciata con l’attribuire al processo la ricerca della verità, ha messo capo all’ sostituzione della verità com la certezza.” [tradução em COUTINHO, Op. Cit.]

⁴⁷ Id.: “pure il drama del processo”.

⁴⁸ Ibid., p. 6: “Se anche gli uomini non possono giudicare, debbono condannare (...) perché debbono agire; la condanna (o, si intende, il proscioglimento) non è soltanto um giudizio, è una azione.” [tradução em COUTINHO, Op. Cit.]

⁴⁹ Id.: “...è il contrasto o la incompatibilità non tanto tra due *giudizi* quanto tra due *ragionamento*.” [tradução em COUTINHO, Op. Cit.]

⁵⁰ Id.: “...il giudice, dopo avere esaminato le prove, dopo avere ascoltato le ragione, dopo averle valutate, continua a trovarsi, in realtà, di fronte a quel dubbio, che il suo pensiero non riesce, a nessun costo, ad eliminare. Ci saranno dei dubbi macroscopici e dei dubbi microscopici; ma bastano anche questi ultimi a costituire la sua difficoltà e il suo tormento.” [tradução em COUTINHO, Op. Cit.]

No fundo, a lição é: ante a impossibilidade do homem dar conta do todo, contenta-se com a parte (ou melhor, certeza), mas com os olhos fixados no todo, através de um exercício de fé. Portanto, apesar de se desvencilhar da proposta que bipartia a noção de verdade e a colocar em crise, ainda assim, como aponta COUTINHO, "... a falta da verdade, no lugar dela Carnelutti propõe que no processo passe-se a investigar a certeza", ou seja, substitui-se desde logo o mito da verdade pelo da certeza.⁵¹

⁵¹ Nota-se que a noção de um sujeito e de sua consciência tem grande apreço, uma vez que a "certeza" depende inteiramente dele e não mais na "verdade" como objeto pré-constituído. Neste sentido é possível afirmar que o resultado do processo é conclusão das escolhas (más ou boas) do sujeito, entenda-se do juiz.

3. SISTEMAS DE BUSCA DA VERDADE E A SEPARAÇÃO DAS ATIVIDADES DE ACUSAR E JULGAR

O presente capítulo tem por objeto de estudo a demarcação de algumas das características estruturais dos sistemas de busca da verdade nos modelos acusatório, inquisitório e misto. Assim, a análise histórica, que permite maiores reflexões ao estudo do Direito Processual Penal, tem papel sem igual para o presente trabalho.

O processo penal, conforme a análise que se pretende, não se sustenta a partir da linearidade e continuidade apresentada tradicionalmente pela História do Direito. Ao contrário, é marcada por descontinuidades e rupturas.⁵² No mesmo sentido, não se cogita acerca da “evolução” ou do “progresso” em sentido absoluto, porquanto todo o absoluto é apenas do imaginário, não podendo ser admitido tal perspectiva no estudo da História. Logo, cada época é marcada por um funcionamento diverso.

Faz-se mister a noção, mesmo que usual e por demais simplificada, de “sistema”: um todo orgânico, disposto a consecução de certos fins, que unificado a partir de um princípio, torna coeso e coerente um conjunto de temas jurídicos.⁵³ Neste sentido, o princípio unificador é um motivo conceitual sobre o qual se assentam características destacadas, cuidadosamente recolhidas de eventos passados, para se compreender, ou se criticar, certa realidade.

⁵² A metodologia apresentada pela *École des Annales* parece ser a mais útil, porquanto não se contém em uma visão estritamente narrativa dos acontecimentos, não bastando “... oferecer uma visão de cima, no sentido de que tem sempre se concentrado nos grandes feitos dos grandes homens, estadistas, generais ou ocasionalmente eclesiásticos. Ao resto da humanidade foi destinado um papel secundário no drama da história.” (BURKE, Peter(org.). *A escrita da história: novas perspectivas*. São Paulo: Edusp, 1992. p.12)

⁵³ “Há duas características que emergiram em todas as definições de: a da *ordenação* e a da *unidade*; elas estão uma para com a outra, na mais estreita relação de intercâmbio, mas são, no fundo, de separar. No que respeita, em primeiro lugar, à ordenação, pretende-se, com ela – quando se recorra a uma formulação muito geral, para evitar qualquer restrição precipitada – exprimir um estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível. No que toca à *unidade*, *verifica-se que este* factor modifica o que resulta já da ordenação, por não permitir uma dispersão numa multitude de singularidades desconexas, antes devendo deixá-las reconduzir-se a uns quantos princípios fundamentais.” (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbknian, 1989, p. 12-13)

No fundo, hoje em dia, os princípios unificadores, o inquisitório e o acusatório, são tipos ideais⁵⁴, ou mitos, que criamos, através da necessidade de historiar, compreender, criticar⁵⁵ e, por que não, lutar pelo Processo Penal que seja democrático.

Basta, portanto, firmar o entendimento de que as formas puras, inquisitória ou acusatória, são tipos ideais, ao largo (mas não despercebido) que a vida social é sempre híbrida, complexa, aproximando-se em maior ou menor grau de determinado sistema epistemológico.

Para maior clareza do raciocínio a ser exposto, destaca-se, no quadro abaixo, as características dos sistemas processuais típicos, segundo os ensinamentos de Barreiros⁵⁶:

	ACUSATÓRIO	INQUISITÓRIO
Julgador	Assembléia ou jurados populares	Magistrados ou juizes permanentes
Relação entre os sujeitos	Igualdade das partes; o juiz é árbitro, sem iniciação de investigação.	Juiz investiga, dirige, acusa e julga, numa posição de superioridade face o arguido.
Acusação	I) Delitos públicos: ação popular; II) Delitos privados: compete ao prejudicado ou ofendido.	Acusação <i>ex-officio</i> , admitindo-se denúncia secreta.
Processo	- Oral - Público - Contraditório	- Escrito - Secreto - Não contraditório
Prova	Livre convicção	Prova legalmente tarifada
Sentença	Faz caso julgado	Não faz caso julgado
Medidas Cautelares	Regra: liberdade do arguido	Prisão preventiva

⁵⁴ Utiliza-se a expressão “tipos ideais” no sentido weberiano do termo (tal quais os tipos de dominação: a legal, a tradicional e a carismática) como instrumento heurístico, ou seja, “Difícilmente poderemos aprisionar certa realidade dentro de um destes tipos apenas. No mundo empírico, estes tipos se encontram entrelaçados. Entretanto, é através destes conceitos unívocos, puros que podemos contrasta-los com a realidade com vistas a verificar, numa dada formação social, o quanto tem ela de carismático, de tradicional ou de racional. ‘Na vida social o que existe são formas híbridas, com uma aproximação maior ou menor de determinado conceito puro’, conforme coloca Guerreiro Ramos.” (AMORIM, Aluizio Batista de. *Elementos de Sociologia do Direito em Max Weber*. Florianópolis: Insular, 2001, p. 115)

⁵⁵ Segundo Wolkmer, o significante “crítica” possui múltiplos sentidos, podendo ser requisitado e utilizado de diferentes formas, conforme determinada necessidade situada no espaço e no tempo. O significado que tem origem na “... teoria crítica como instrumento pedagógico operante (teórico-prático) que permite a sujeitos inertes e mitificados uma tomada histórica de consciência, desencadeando processos que conduzem à formação de agentes sociais possuidores de uma concepção de mundo racionalizada, antidogmática, participativa e transformadora. Trata-se de propostas que não parte de abstrações, de um *a priori* dado, da elaboração mental pura e simples, mas da experiência histórico-concreta, da prática cotidiana insurgente, dos conflitos e das interações sociais e das necessidades humanas essenciais. (WOLKMER, Antônio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 3-5)

⁵⁶ BARREIROS, José Antônio. *Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 1981, p. 12.

3.1. O SISTEMA ACUSATÓRIO

Em um sistema em que a jurisdição é inerte, o princípio dispositivo cumpre a finalidade de dar movimento a esta, ou seja, a jurisdição precisa ser provocada para desencadear o processo. Há um fundamento: *nemo in iudicium tradetur sine accusatione* (ninguém pode ser levado a juízo sem uma acusação).⁵⁷

A história de “Édipo-Rei”, segundo Foucault, é um marco na pesquisa pela verdade através de certo procedimento judiciário, que é desencadeado pela promessa, feita por Édipo, de exílio à pessoa responsável pela maldição dos deuses à cidade de Tebas, porquanto havia conspurcado e cometido assassinato. Note-se que inexistente qualquer justiça ao caso senão após o impulso inicial de Édipo (que não é julgador).

Trata-se do nascimento do inquérito, enquanto prática jurídica grega que ajusta determinado saber a um relativo exercício de poder. Por trás dessa prática de justiça, é possível perceber a importância do inquérito como um jogo de metades,

um instrumento de poder, de exercício de poder que permite alguém que detém um segredo ou um poder quebrar em duas partes um objeto qualquer, de cerâmica etc., guardar uma das partes e confiar a outra parte a alguém que deve levar a mensagem ou atestar sua autenticidade. É pelo ajustamento destas duas metades que se poderá reconhecer a autenticidade da mensagem, isto é, a continuidade do poder que se exerce. O poder se manifesta, completa seu ciclo, mantém sua unidade graças a este jogo de pequenos fragmentos, separados uns dos outros, de um mesmo conjunto, de um único objeto, cuja configuração geral é a forma manifesta do poder.⁵⁸

O jogo de metades é que permite o desenlace da tragédia. Inicialmente, duas se complementam: o **futuro**, através da profecia que foi feita pelo rei Apolo e pelo adivinho Tirésias, segundo a qual Políbio seria morto por seu filho, que após se casaria com sua própria mãe. A segunda parte é dividida em outras duas: o **presente e passado** que, respectivamente, remontam aos testemunhos de Édipo e Jocasta, acrescidos pela informação do escravo que vem de Corinto, segundo a qual Édipo não é filho de Políbio e, pela informação de um segundo escravo, de que Édipo era filho biológico de Laio e Jocasta, adotado por Políbio.

O distintivo da análise foucaultiana acerca de “Édipo-rei” é a relação que se estabelece entre saber e poder, em três pontos principais. O primeiro, diz respeito

⁵⁷ TORNAGHI, Hélio Bastos. Instituições de processo penal. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 2, p. 3.

⁵⁸ FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU, 2005, p. 38.

ao problema de Édipo, não o do incesto ou o do assassinato de seu pai, mas o do poder⁵⁹, pois não defende sua inocência ou sua não culpabilidade, mas sim seu poder, na medida em que interpreta o ocorrido como um atentado a este. Outro ponto é a extensão que se faz entre a profecia dos deuses (no futuro), os testemunhos dos cidadãos (no presente) e a comprovação de algo do passado pelos escravos, uma vez que se “estabelece um mundo simbólico em que a lembrança e o discurso dos homens são como que uma imagem empírica da grande profecia dos deuses.”⁶⁰ Por último, Édipo é aquele quem detinha um saber superior e auto-suficiente ao dos demais e, por isso, exercia poder, “o saber de Édipo é esta espécie de saber de experiência. É ao mesmo tempo este saber solitário, de conhecimento, do homem que, sozinho sem se apoiar no que se diz, sem ouvir ninguém, quer ver com seus próprios olhos. Saber autocrático do tirano que, por si só, pode e é capaz de governar a cidade.”⁶¹

Resguardadas as devidas diferenças históricas e culturais entre gregos e romanos, é possível afirmar que o sistema acusatório puro, em conformidade com a dogmática processual penal, tem origem no Direito grego – muito embora seu estudo seja convenientemente feito a partir do romano.^{62 63}

⁵⁹ Segundo FOUCAULT, o trágico na história de Édipo não é o incesto ou o assassinato de seu pai biológico, mas uma tragédia do poder, na qual Édipo, grande sujeito do conhecimento e detentor de um poder tirânico e solitário, é traído por seu exercício de fé em si mesmo, na medida em que não deu ouvido aos deuses nem ao povo e permitiu o ajuste entre estas duas realidades.

⁶⁰ FOUCAULT. Op. Cit., p. 40.

⁶¹ Ibid., p. 47.

⁶² Cumpre lembrar que a maneira usual de introduzir o estudo do Direito nas faculdades brasileiras se dá pelo remontar histórico de determinados institutos, sobretudo ao Direito Romano, sem maiores reflexões, o que gera inúmeros anacronismos, falta de atividade crítica e o papaguear de um discurso jurídico caduco e vencido. Neste sentido, a introdução é o maior legado ao estudante, tal qual a lição de Mialle, em que “a visita a uma casa desconhecida, sob a orientação de um guia, é sempre uma estranha experiência: o guia introduz-nos na casa, faz-voz, de facto, descobrir as suas diferentes divisões. Mas há sempre portas que permanecem fechadas, zonas que não se visitam, e, muitas vezes uma ordem de visita que não corresponde à lógica do edifício. Em suma, vocês descobriram essa casa ‘de uma certa maneira’: essa introdução foi condicionada por imperativos práticos e não necessariamente pela ambição de dar um verdadeiro conhecimento do edifício. É, aliás, admissível que, se vocês conhecessem bem o guarda, tivessem podido passear sem restrições na casa, abrir as portas proibidas e visitar as zonas fechadas ao público. Em resumo, teriam tido um outro conhecimento dessa casa, porque teriam aí sido introduzidos de forma diferente. Que dizer, então, se vocês fossem um dos habitantes dessa casa? Conhecer-la-iam ‘do interior’ – conheceriam os seus recantos familiares, as escadas ocultas, o desgaste produzido pelo tempo e a atmosfera íntima. Tudo se passa como se, nas três hipóteses que acabamos de imaginar, não houvesse uma casa, mas três edifícios, no fundo muito diferentes pelo conhecimento que temos deles.” (MIALLE, Michel. *Uma introdução crítica ao Direito*. Lisboa: Moraes, 1979, p.12)

⁶³ Como explica Tornaghi, em nota, “realmente as duas formas de proceder, a romana e a grega, eram, em geral, semelhantes. Mas não só eram também parecidas as demais contemporâneas, como ainda a igualdade dos costumes e das civilizações por si só explicaria a

O processo penal romano, em sua gênese, é inquisitório, durante a República atinge certa maturidade, em outras palavras, tornando-se acusatório, e com a decadência do Império retoma os traços inquisitoriais.⁶⁴

O processo, marcado pela publicidade, pela oralidade⁶⁵ e pelo contraditório, iniciava-se pela *accusatio*, em que o ofendido ou seus parentes ofertavam a acusação – entretanto, com a veiculação da idéia de que o delito fere a coletividade, qualquer um do povo poderia oferecer a acusação⁶⁶. O processo é instaurado pela discussão entre acusador, ouvindo-se as testemunhas de acusação, e acusado, oportunizando a oitiva das testemunhas de defesa.⁶⁷ Após, pesquisava-se a autoria e a materialidade acerca da infração cometida.⁶⁸

Ao acusador, munido da *lex*, cabia a tarefa de investigar, fazer buscas, apreensões, recolher o material probatório suficiente ao amparo da acusação promovida. Ainda, o acusador e o acusado podiam ser acompanhados dos *comites*, amigos das partes que tinham função de fiscalizar os atos da parte contrária.

Assim, em matéria probatória, as partes são as gestoras. Afasta-se em grande parte, segundo Coutinho, a possibilidade de “... que o juiz desenvolva aquilo que CORDERO, com razão, chamou de ‘*quadro mental paranóico*’, em face de não ser, por excelência, o *gestor da prova* pois, quando o é, tem quase que por definição, a possibilidade de decidir antes e, depois, sair em busca do material

semelhança, sem necessidade de altos dignitários irem beber ensinamentos na grande fonte helênica.” (TORNAGHI, Op. Cit., p. 3)

⁶⁴ BARREIROS, Op.Cit., p. 19.

⁶⁵ Ressalta-se o alerta feito por Tornaghi acerca das características da publicidade e da oralidade dentro do sistema acusatório romano, em que “Manzini afirma que predominava a escritura e não havia discussão pública. Mas essa afirmação é feita em face do processo acusatório medieval que ele tem em vista e que já se havia contaminado pelo processo inquisitório.” (TORNAGHI, Op. Cit., p. 4)

⁶⁶ Ibid., p. 3.

⁶⁷ “Si inizia poi il dibattito, in genere, com l’arringa dell’accusatore, a cui segue la escussione dei testimoni a carico. Si passa poi allá difesa e ai testimoni a discarico. Il processo accusatorio non ammete l’interrogatorio dell’imputato. I testi possono essere volontari, o legalmente obligati, ed è ammessa qualunque interrogazione, salvo per gli schiavi in danno del padrone, mentre di scarso uso è la tortura. Sono ammesse cause di scusa e incapacita.” (*Novíssimo Digesto Italiano. Processo Penale (Diritto Romano) vol. XIII, p. 1159*) [“Inicia-se depois da discussão, em geral, com o discurso do acusador, seguido da oitiva da testemunha de acusação. Passa-se à defesa e às testemunhas de defesa. O processo acusatório não permite o interrogatório do imputado. Os testemunhos podem ser voluntários, ou legalmente obrigado, aceitando-se interrogatório, salvo no caso de escravos que tenham causado dano aos seus donos, ao passo que raro é o uso da tortura. São aceitas causas de escusa e de incapacidade.”] (trad. livre)

⁶⁸ “Era a *inquisitio* posterior à *accusatio*...” (TORNAGHI, Op. Cit., p. 4)

probatório suficiente para confirmar a sua versão...”⁶⁹. O juiz não tinha o dever de provar coisa alguma, pois as partes tinham o total controle do conteúdo instrutório do processo.

Por outro lado, segundo Tornaghi, no auge do Direito romano, o sistema acusatório puro passa a se confrontado com suas próprias limitações⁷⁰, que eram manifestadas pelos seguintes inconvenientes:

- impunidade de criminosos;
- facilitação da acusação falsa;
- desamparo dos fracos;
- deturpação da verdade;
- impossibilidade de julgamento, em muitos casos;
- inexecutabilidade da sentença, entre outros.⁷¹

Diante aos problemas levantados durante o Baixo Império, o senado romano encarregou os *quaesitores*⁷² de investigar as infrações noticiadas. O processo penal romano, a partir daí, passa a inserir práticas inquisitoriais, mesmo que pontuais, em seu puro sistema.

3.2. O MODELO INQUISITORIAL

Barreiros, as características do sistema inquisitório puro são historicamente encontradas nas instituições europeias do sécs. XII ao XVIII – cabendo notar que o período balizado pelos sécs. XII ao XIV condiz com a transição do sistema acusatório para o inquisitório – por força das diretrizes políticas disseminadas pela Igreja, no sentido de fortalecer sua autoridade.

O modelo inquisitório coincide com o desaparecimento do “sistema de provas (*éprouve*)” e com o nascimento do inquérito, o qual apareceu pela primeira

⁶⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. “O papel do novo juiz no processo penal.” In *Crítica à Teoria Geral do Processo Penal*, p. 32.

⁷⁰ A necessidade de maior repressão dos delitos e as perseguições criminais inspiradas por vingança, justificam a decadência do sistema acusatório no durante o Baixo Império romano. (LOPES JR., Op. Cit., p. 158)

⁷¹ TORNAGHI, Op. Cit., p. 5.

⁷² “Não é fácil precisar a época em que isso ocorreu. Mas é certo que, a princípio, essa iniciativa dos ‘quaesitores’ só tinha ensejo quando alguém não apresentasse a ‘*accusatio*’. O processo inquisitório apareceu como subsidiário do acusatório e os dois coexistiram muitos séculos; ao tempo de Diocleciano ele passou a ser *de iure*, a forma normal, ordinária, mas de fato os encarregados de investigar e denunciar os crimes, isto é, os *quaesitores* e, nas províncias, os *irenarche*, os *curiosi*, *stationarii*, somente tomavam a iniciativa do inquérito quando não se apresentava um acusador. Aos poucos foi caindo em desuso o processo acusatório e firmando-se o inquisitório.” (Ibid., p. 7-8)

vez na Grécia, ficando esquecido durante o Império Romano e ressurgindo nos séculos XII e XIII.⁷³

Foucault explica que o inquérito ressurgido nos séculos XII e XIII é essencialmente diferente do grego (tratado anteriormente). No direito feudal (na Alta Idade Média), para resolver o litígio entre dois indivíduos, valia-se de um sistema de provas, de um jogo que prova a força entre os oponentes, com estrutura binária, em que “o indivíduo aceita a prova ou renuncia a ela. Se renuncia, se não quer tentar a prova, perde o processo de antemão. Havendo prova, vence ou fracassa. Não há outra possibilidade.”⁷⁴

Pode-se destacar três espécies de provas: as **provas sociais**, v.g. “quando alguém era acusado de assassinato podia perfeitamente reunir a sua volta doze testemunhas que juravam não ter ele cometido o assassinato”⁷⁵, não que estas pessoas tivessem presenciado qualquer fato que descaracterizasse o crime, mas o peso da relação social dessa pessoa é que comprovaria sua inocência; as **provas de tipo verbal**, em que algumas fórmulas deveriam ser ditas corretamente, sem erro algum; as **provas mágico-religiosas**, “pedia-se ao acusado para que prestasse juramento e, caso não ousasse ou hesitasse, perdia-se o processo”⁷⁶; as **provas corporais**, marcadas por uma interpretação do confronto entre os elementos naturais e o corpo, v.g. “o acusado deveria andar sobre ferro em brasa e, dois dias depois, se ainda tivesse cicatrizes, perdia o processo. Havia ainda outras provas, v.g., o ordálio da água, que consistia em amarrar a mão direita ao pé esquerdo de uma pessoa e atirá-la na água. Se ela não se afogasse, perdia o processo, porque a própria água não o recebia bem e, se ela se afogasse, teria ganho o processo visto que a água não o teria rejeitado”⁷⁷ – pouco importando se a pessoa iria ou não sobreviver para usufruir da conquista.

O “sistema de provas” é caracterizado por sua estrutura binária, a qual sempre permite que alguém ganhe ou perca (conforme sua força), assim como uma “queda de braço”, sem se importar com quem diz a verdade ou não, ao mesmo tempo em que não se faz mister a presença de uma autoridade – a qual pode intervir

⁷³ FOUCAULT, Op. Cit., p. 63.

⁷⁴ Ibid., p. 61.

⁷⁵ Ibid., p. 59.

⁷⁶ Ibid., p. 61.

⁷⁷ Id.

para a simples regularidade do procedimento. “A prova é uma espécie de *shifter* que permite a passagem da força ao direito... É um operador de direito e não um operador de verdade ou operador apofântico.”⁷⁸

O inquérito que renasce nos séculos XII e XIII tem novos traços em razão da nova condição social, política e econômica em que estava inscrita. Explica-se. A circulação de bens nesse período era baseada na herança e na ocupação belicosa, em que havia uma “concentração das armas nas mãos dos mais poderosos” e, por outro lado, “há as ações e os litígios judiciais que eram uma maneira de fazer circular os bens”⁷⁹. De todo modo, o existente no momento é o exercício de força e o arbítrio dos mais poderosos.

No final do século XII, viu-se a formação da primeira monarquia medieval, fruto da centralização das riquezas e da força belicosa, bem como o nascimento de um poder judiciário. Uma justiça institucionalizada, em que a figura do “terceiro”, exterior ao conflito, impõe a solução ao litígio. O “procurador” é o representante do soberano, quem foi lesado pelo dano, haja vista que a infração é um dano não só a outrem, mas também à soberania, à lei, ao soberano. Logo, a reparação do dano é devida tanto à parte diretamente lesada, quanto ao soberano, através da confiscação e do pagamento de multa.

Diante deste novo quadro, não há de se cogitar da existência de um sistema de provas ou do modelo belicoso, pois, diante à infração cometida, o soberano ou seu procurador não colocam à disposição suas vidas ou seus bens para a solução do caso.

Um novo critério de justiça é adotado. Dois modelos são utilizados: o flagrante delito – para os casos em que se presencia o crime – e o modelo do inquérito, quando não se podia aplicar o primeiro modelo, procurava se remontar historicamente o acontecimento.⁸⁰

O modelo de inquérito tem dupla natureza. A **administrativa**, oriunda da utilização administrativa carolíngia, com as seguintes características:

⁷⁸ Ibid., p. 62.

⁷⁹ Ibid., p. 64.

⁸⁰ O inquérito foi utilizado no Império Carolíngio, para solucionar problemas “de direito, de poder, ou uma questão de impostos, de costumes, de foro ou de propriedade... Foi empregado, depois de sua dissolução, por Guilherme o Conquistador, na Inglaterra..., para por tudo em ordem, para integrar a nova população normanda à antiga população anglo-saxônica, fez um enorme inquérito sobre o estado das propriedades, os estados dos impostos, o sistema de foro, etc.” (Ibid., p. 68-69)

- 1) O poder político é o personagem central.
- 2) O poder se exerce primeiramente fazendo perguntas, questionando. Não sabe a verdade e procura sabe-la.
- 3) O poder, para determinar a verdade, dirige-se aos notáveis, pessoas consideradas capazes de saber devido à situação, idade, riqueza, notabilidade etc.
- 4) Ao contrario do que se vê no final de *Édipo-Rei*, o poder consulta os notáveis sem forçá-los a dizer a verdade pelo uso da violência, da pressão ou da tortura. Pede-se que se reúnam livremente e que dêem uma opinião coletiva. Deixa-se que coletivamente digam o que consideram ser a verdade.⁸¹

A outra, a **natureza religiosa**, foi guardada e utilizada pela Igreja durante a Alta Idade Média, tanto para gerir seus bens quanto para “pastorear seu rebanho” de fiéis, consistia na visita feita pelo bispo às diversas ordens inscritas a sua diocese. Ao chegar ao local, instituía a *inquisitio generalis* (inquisição geral), perguntando aos mais confiáveis se ocorreu, em sua ausência, algo de relevância. Se algum acontecimento importante fosse relatado (v.g. um crime, a falta de algum objeto, ofensa, etc.) instituía-se a *inquisitio specialis* (inquisição especial) para apurar a natureza do acontecido e quem era o autor da conduta em xeque.⁸² Por fim, podia-se interromper a inquisição, especial ou geral, pela confissão.

A confissão no sistema inquisitorial, em regra tarifada, é qualificada como a mais importante das provas, a rainha das provas, por duas razões: primeiramente,

...porque esta constitui **uma prova tão forte que não há nenhuma necessidade de acrescentar outras**, nem de entrar na difícil e duvidosa combinação de indícios; a confissão, desde que feita na forma correta, quase desobriga ao acusador do cuidado de fornecer outras provas (em todo caso, mais difíceis). Em seguida, a única maneira para que esse procedimento perca tudo o que tem de autoridade unívoca, e se torne efetivamente uma vitória conseguida sobre o acusado, a única maneira para que o acusado exerça todo o seu poder, é que **o criminoso tome sobre si o próprio crime e ele mesmo assine o que foi sábia e obscuramente construído pela informação.**⁸³ (negrito meu)

Na eterna busca pela confissão, destaca-se, do “Manual da Inquisição” de Nicolau Eymerico⁸⁴, certas regras que permitiriam ao inquisidor alcançar a verdade, pelo inquérito, libertar a alma do pecado e, conseqüentemente, reafirmar a Igreja

⁸¹ Id., p. 69.

⁸² Segundo Tornaghi, “a *inquisitio* se dividia em duas partes: na primeira pesquisava-se o fato em sua materialidade, sem atentar especialmente para ninguém. Por isso mesmo era chamada *inquisitio generalis*. A ela procedia o juiz *priusquam inquirat contra delinquentem*; apurada a existência do fato, passava-se então a investigar a culpabilidade daquele (ou daqueles) contra o qual (ou contra os quais) houvesse suspeita de autoria. Aí, sim, é que se perquiria especialmente acerca de alguém. Falava-se, por esta razão, em *inquisitio specialis*.” (TORNAGHI, Op. Cit., p. 8)

⁸³ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 34.

⁸⁴ O “Manual da Inquisição”, feito em 1525 pelo inquisidor geral de Aragão Nicolau Eymerico, foi escrito para o uso das inquisições de Espanha e Portugal.

como núcleo de poder e de conhecimento. O inquisidor deverá agir com cautela e inteligência diante ao inquirido, alguém astuto e dissimulador.

Primeiramente dirá o inquisidor que jure a Deus e a uma cruz que dirá a verdade sobre o que lhe foi perguntado, ainda que seja em prejuízo próprio. Logo lhe perguntará o nome, o povo onde nasceu e o de sua residência etc; se ouviu falar de tal ou tal ponto (os assuntos sobre os quais o acusam de heresia) (...) Todas as respostas serão escritas e o réu as afirmará. Um inquisidor inteligente se guiará por estas perguntas em todas que forem feitas nos interrogatórios seguintes. Perguntará também ao acusado se sabe por que está preso, se presume quem é que o fez prender, quem é o seu confessor desde quando não se confessa etc. **Terá muito em conta o inquisidor em não lhe dar ocasião em subterfúgios pelos termos com que faz suas perguntas e, para se precaver desses inconvenientes, as questões serão vagas e em termos gerais.** (negrito meu)

Dada sua qualificação pejorativa, presumir-se-á que o herege se valerá de inúmeras artimanhas para esconder a verdade, desvirtuar o inquérito ou ludibriar o inquisidor. Destaca-se dez diferentes ardis de que se valem os hereges durante o interrogatório: 1) o equívoco; 2) a restrição mental; 3) retorcer a pergunta; 4) responder maravilhado; 5) utilizar a capacidade de tangenciar; 6) iludir a contestação; 7) fazer a sua própria apologia; 8) se fingir de vago e fraco quando a pergunta é sentida como prejudicial; 9) fingir loucura; 10) passar uma imagem (vestimenta e ações) de modéstia.⁸⁵

Por outro lado, o inquisidor, enquanto homem bom e de Deus, deverá responder a estes ardis através outras práticas, segundo certas circunstâncias, a espécie do acusado e o tipo de heresia cometida: 1) fará repetidas perguntas, que devem ser respondidas sem rodeios e categoricamente; 2) se presumir que o réu não declarará sua falta, falará com brandura, deixando nas entrelinhas que tudo conhece; 3) diante de fortes indícios apresentados, se o réu negar as acusações, o juiz-inquisidor poderá folhear os autos, ou qualquer calhamaço (v.g. documentos), deixando a entender para o réu que existem fortes provas contra ele; 4) poderá dizer ao réu, empenhado em não confessar, que ficará preso durante um longo período, em que o inquisidor viajará; 5) diante de um turbilhão de perguntas, se o réu variar as respostas às questões similares, ser-lhe-á apresentado o parecer dos peritos com a finalidade de o fazer confessar pelo tormento; 6) o inquisidor poderá o tratar com menos rigor, fornecendo melhor alimentação e bebida, permitindo visitas,

⁸⁵ EYMERICO, Nicolau. *Manual da Inquisição*. Trad. Affonso Celso de Godoy. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 30-31.

prometendo perdão se o réu confessar; 7) conquistar a confiança de algum amigo para que o delate.⁸⁶

No século XIII, a Igreja criou o Tribunal da Inquisição ou Santo Ofício⁸⁷ para reprimir toda e qualquer conduta que pudesse, mesmo que hipoteticamente, questionar ou depreciar os dogmas da fé. A intolerância, fundada na verdade absoluta, passa a ser parâmetro de seleção tanto para o poder temporal quanto para o eclesiástico. Neste sentido, as palavras de Coutinho:

trata-se, sem dúvida, do maior engenho jurídico que o mundo conheceu; e conhece. Sem embargo da sua fonte, a Igreja, é diabólico na sua estrutura (o que demonstra estar ela, por vezes e ironicamente povoada por agentes do inferno), persistindo por mais de 700 anos. Não seria assim em vão: veio com uma finalidade específica e, porque serve – e continuará servindo, se não acordarmos – mantém-se hígido.⁸⁸

Aproximou-se o pecado, violação às leis divinas, ao crime,^{89 90} conduta humanamente reprovada segundo prescrições humanas, porquanto o próprio poder punitivo se concentrou na figura da madre Igreja. O que significa que se alterou não só o conteúdo da norma proibitiva, mas o procedimento de apuração da infração e do infrator, a punição⁹¹, bem como sua justificativa.

O magistrado, tal qual o sacerdote, guarda algo de sagrado: o juízo infalível por seu caráter divino. Em suas mãos se concentrou as funções de investigar, dirigir

⁸⁶ Ibid., p. 32-36.

⁸⁷ “Em 1184, no Concílio de Verona, o Papa Lúcio III e o Imperador Frederico Barbaroxa, impressionados com os crimes dos cátaros no sul da França (onde eram conhecidos como albigenses) e na Itália setentrional, decidiram ordenar aos bispos que visitassem uma ou duas vezes por ano as paróquias de sua diocese, pessoalmente ou por intermédio de legados, investigassem quando houvessem suspeitas de malefícios ou conspirações e punissem os culpados” (TORNAGHI, Op. Cit., p. 8)

⁸⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. “O papel...”, p. 18-19.

⁸⁹ “Como crime e pecado passam a ser sinônimos, o processo é imaginado e posto em prática como um mecanismo terapêutico, capaz de, pela punição, absolver. Tudo continuava a ser, não obstante, uma fórmula de descoberta da *verdade* e ninguém melhor do que o acusado para dar conta dela.” (Ibid., p. 24-25)

⁹⁰ “Um dos primeiros cuidados de Inocêncio III ao subir ao sólio pontifício foi fazer cumprir as leis vigentes. Até aí muito bem. Mas no decreto pontifical de 25 de março de 1199 não somente ele insistiu na equiparação feita pelos imperadores cristãos entre a heresia e o crime de lesa-majestade, mas também afirmou ser mais grave ofender a majestade divina que a humana (*longe gravius sit aeternam quam temporalem offendere maiestatem...*)/Desta afirmação às conseqüências de fato foi um passo: em 1220 o Imperador Frederico II, pela Constituição de 22 de novembro, assimilou os crimes de lesa-majestade.” (TORNAGHI, Op. Cit., p. 15)

⁹¹ Para Salo de Carvalho, “... se a sanção no modelo garantista é uma resposta jurídica à violação da norma (*quia prohibitum*), no modelo inquisitivo traveste-se em resposta *quia peccatum*, punindo-se o infrator não pelo resultado danoso produzido, mas por quão perigoso ou perverso é. Da conduta comissiva ou omissiva exterior, o sistema repressivo invade a interioridade e a alma do autor.” (CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 16)

o processo, acusar e julgar, agindo sempre em conformidade ou nos interstícios de um estatuto que lhe dá posição de superioridade frente ao argüido.

No modelo inquisitório, o controle do processo, ou juízo penal deixa de ser “... *actum trium personarum* de que falavam os práticos medievais,”⁹² constituindo-se em um ato unilateral de descoberta da verdade. Ou seja,

Ao inquisidor cabe o mister de acusar e julgar, transformando-se o imputado em mero objeto de verificação, razão pela qual a noção de parte não tem nenhum sentido. A superioridade do juiz, à evidência, é nítida (mas lógica, na estrutura do sistema), até porque o desencantamento e o impulso processual é atribuição sua, o que pode ser evidenciado, entre outras coisas, a partir do fato de fixar tanto o *thema probandum* quanto o *thema decidendum*. Estabelece-se, assim, uma característica de extrema importância a demarcar o sistema, enquanto *puro*, ou seja, a *inexistência de partes*, no sentido que hoje emprestamos ao termo.⁹³ (negrito meu)

O juiz, frente ao fato considerado delituoso, age com impulso próprio e recolhe o material probatório necessário à comprovação de sua tese pré-constituída. Sua decisão, portanto, deixa de ser pautada em critérios objetivos, para recair inteiramente em uma análise subjetiva da alma (interioridade da pessoa) do inquirido.

A relação de superioridade estabelecida entre o objeto de investigação (pessoa) e o magistrado é tal que o processo carece de quaisquer garantias, ou seja, não se cogita acerca da presunção de inocência ou de defesa em contraditório. Ao contrário, um processo de matiz secreta e escrita⁹⁴, sem garantia alguma ao imputado, propicia uma investigação sem perturbações exteriores.⁹⁵

⁹² MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, 1997, v. 1, p. 70.

⁹³ COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. “O papel...”, p. 23.

⁹⁴ É digna de nota a ressalva feita por Tornaghi: “é errado atribuir ao processo inquisitório os característicos do sigilo e da escritura (...) Realmente o processo inquisitório era escrito e sigiloso, mas essas formas não lhes são essenciais. Pode conceber-se o processo inquisitório com as formas orais e públicas. *O sigilo provinha ainda, da necessidade de proteger os fracos contra a sanha dos fortes*. O processo acusatório, por outro lado, em diferentes fases do Direito Romano, foi escrito e sigiloso (...) Muitas vezes o sigilo se faz em benefício do acusado. Não repugna aos interesses da defesa (...) Historicamente a forma acusatória apareceu acompanhada da oralidade e de publicidade, enquanto que a forma inquisitória apareceu acompanhada do sigilo e da escritura. Mas isso não significa que essas formas secundárias sejam necessárias àquelas principais.” (TORNAGHI, Op. Cit., p. 2-3)

⁹⁵ Salo de Carvalho, citando Giuseppe Bettiol e Rodolfo Bettiol, afirma que o “... magistrado, dotado de informação, assume uma postura persecutória e atua na produção da prova, daí serem, por exemplo, os interrogatórios sugestivos, monótonos e cansativos. O processo inquisitivo é infalível, visto que o resultado previamente determinado pelo juiz. A sentença é potestativa e plena, e, na maioria das vezes, não admite recurso, pois se sua legitimidade é divina, não pode haver contradita, ou seja, o ato é insuscetível de erro. Dessa forma, o ‘Juiz-acusador formula uma hipótese e realiza a

Neste sentido, Cordero afirma que a gestão da prova é a característica distintiva do sistema inquisitorial, porquanto nas mãos do magistrado acaba por se concentrar o saber sobre o acusado e o poder de morte sobre ele.

A contribuição de Foucault é relevante, pois, no séc. XVI, o corpo supliciado era uma forma de trazer a verdade do crime à tona, como espécie de processo judiciário. O acusado nada sabia de sua acusação e de seu acusador, não tinha um advogado, desconhecia o teor dos testemunhos, “a forma secreta e escrita do processo confere com o princípio de que em matéria criminal o estabelecimento da verdade era para o soberano e seus juízes um direito absoluto e um poder exclusivo.”⁹⁶

Em matéria probatória, muitas sutilezas estavam presentes, de forma que as mais variadas diferenças, entre crimes, circunstâncias e pessoas obedecem a regras peculiares, exigências formais da prova jurídica que, no fundo, retratam “... um modo de controle interno do poder absoluto e exclusivo do saber.”⁹⁷ Afinal, a verdade só seria revelada à determinadas pessoas, bem como certas verdades (leia-se crime ou pecado) apenas poderiam ser imputadas a seletos indivíduos.

O interrogatório passa a funcionar como um suplício da verdade, o sofrimento como meio de obtenção da verdade (deixa de ser apenas pena). A formação da culpa passa a estar presente em cada indício ou prova, de modo que no decorrer da investigação não se tinha um inocente, mas sempre um culpado, e a meia-prova não afirma inocência, mas culpa em determinado grau. O ritual de procura da verdade anda par e passo com a punição.

A publicidade da execução da pena através de um teatro cerimonial, no séc. XVIII, traz vários aspectos a serem ressaltados: 1) fazer do culpado o arauto de sua própria condenação; 2) prosseguir a cena da confissão, de modo a justificar a justiça; 3) prender o suplício no próprio crime, estabelecendo vínculos de um para o outro; 4) a lentidão do suplício, através do sofrimento alheio, tem o papel de uma derradeira prova.

verificação. A verdade admitida como *adaequatio rei et intellectus* é atingível e deve ser alcançada. Esta verdade, verdade material, já existente como hipótese na mente do Juiz acusador, deve, por outro lado, ser atingida solipsisticamente. O contraditório perturba esta investigação. A poluição da prova daquela verdade já postulada é o maior de todos os perigos. Daí resulta o sigilo do processo, a ausência do, ausência do indiciado ou do seu defensor na aquisição da prova que poderá servir para fundamentar a sentença de condenação.” (CARVALHO, Op. Cit, p. 20-21)

⁹⁶ FOUCAULT, Michel. *Vigiar...*, p. 32-33.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 34.

O suplício judiciário é também um ritual político, uma vez que a infração não fere tão somente a vítima, mas também a figura do soberano (daquele que faz valer a lei). Nesse sentido, o suplício é uma longa cerimônia de re-afirmação da soberania, uma imposição de poder e de superioridade, numa forma de política do medo que sensibiliza a todos pelas chagas do criminoso. “Em cada situação há um *crimen majestatis*, e no menor dos criminosos um regicida em potencial.”⁹⁸

O suplício, como agente revelador da verdade e de poder inserido na prática judiciária, só pode existir num regime de produção em que o corpo humano, enquanto força de trabalho, não tem relevância. Há uma mecânica de poder,

... de um poder que não só se furta a se exercer diretamente sobre os corpos, mas se exalta e se reforça por suas manifestações físicas; de um poder que se afirma como poder armado, e cujas funções de ordem não são inteiramente desligadas das funções de guerra; de um poder que faz valer as regras e as obrigações como laços pessoais cuja ruptura constitui uma ofensa e exige uma vingança; de um poder para o qual a desobediência é um ato de hostilidade, um começo de sublevação, que não é em seu princípio muito diferente da guerra civil; de um poder que não precisa demonstrar por que aplica suas leis, mas quem são seus inimigos, e que forças descontroladas o ameaçam; de um poder que, na falta de uma vigilância ininterrupta, procura a renovação de seu efeito no brilho de suas manifestações singulares; de um poder que se retempera ostentando ritualmente sua realidade de superpoder.⁹⁹

No final do séc. XVIII, as penas passaram a ser questionadas quanto ao seu rigor, o poder passou a ser questionado, de forma que os papéis passaram a se inverter: o soberano (juízes, leis, o poder, a religião) passou a ser maldito, e o supliciado um herói – uma literatura que glorifica o crime.

Todavia, nos séculos XVII e XVIII, o processo penal, conforme o sistema inquisitorial, foi incorporado ao direito dos Estados na medida em que se optou por idéias políticas totalitárias, consoante ao “Estado-absolutista ou Estado-de-polícia totalitário”.¹⁰⁰

⁹⁸ Ibid., p. 46.

⁹⁹ Ibid., p. 48.

¹⁰⁰ DIAS, Op. Cit., p. 63.

3.3. O “SISTEMA” MISTO¹⁰¹

O dito “sistema” misto é, hoje em dia, firmado na doutrina tradicional como lugar comum, a qual tende a se posicionar favorável a um terceiro modelo interpretativo quanto aos sistemas processuais.

O processo seria formado por duas fases: uma fase pré-processual de instrução inquisitória e a fase processual propriamente dita de caráter acusatório¹⁰², justificado pela necessidade de, “... como diz ROUX, não deixar impunes os crimes cometidos e impedir que inocentes sejam condenados.”¹⁰³ Fecha-se o cerco processual através de um sistema que é afirmado como caminho enérgico à impunidade dos criminosos, ao mesmo tempo em que, supostamente, cessa a punição e a condenação dos inocentes.

Todavia, dentro do que se entende por sistema, falta um “núcleo fundante”¹⁰⁴, ou “princípio unificador”¹⁰⁵, que deve ser lido a partir da gestão da prova, porquanto o processo busca reconstituir um acontecimento passado, ou seja, “se o processo tem por finalidade a reconstituição de um fato pretérito, o crime, mormente através da instrução probatória, a gestão da prova, na forma pela qual é realizada, identifica o princípio unificador.”¹⁰⁶

Há, portanto, um sistema inquisitivo, informado por um princípio inquisitivo, no qual o julgador é quem detém a gestão da prova, e um sistema acusatório, gravado pelo princípio dispositivo, em que as partes instruem o processo. O que não pode haver é um sistema misto, enquanto modelo interpretativo, pois, “não obstante, não é preciso grande esforço para entender que não há – e nem pode haver – um princípio misto, o que, por evidente, desconfigura o dito sistema. Assim, para entendê-lo, faz-se mister observar o fato de que, ser misto significa ser, na essência, inquisitório ou acusatório, recebendo a referida adjetivação por conta dos elementos

¹⁰¹ As mais diferentes terminologias são sinônimas para “sistema” misto, v.g. sistemas francês, reformado e napoleônico.

¹⁰² “Misto, porque nele o processo se desdobra em *duas fases*: a primeira é tipicamente inquisitória, a outra é acusatória. Naquela faz-se a instrução escrita e secreta, sem acusação, e, por isso mesmo, sem contraditório. Apura-se o fato em sua materialidade e a autoria, ou seja, a imputação física do fato ao agente. Nesta, o acusador apresenta a acusação, o réu se defende e o juiz julga. É pública e oral.” (TORNAGHI, Op. Cit., p. 20)

¹⁰³ MARQUES. *Elementos...*, p. 69.

¹⁰⁴ LOPES, Op. Cit., p. 173.

¹⁰⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. *Introdução...*, p. 165.

¹⁰⁶ Id.

(todos secundários), que de um sistema são emprestados a outro.”¹⁰⁷ Por outro lado, mas em mesmo sentido, a simples separação das atividades de acusar e de julgar é insuficiente para se caracterizar um sistema.¹⁰⁸

Afastada, *ab initio*, a teratologia de um “sistema” misto, é possível a remissão histórica de sua gênese à Lei de 17 de novembro de 1808 (*Code d’Instruction Criminelle*), que entrou em vigor em 01 de janeiro de 1811. Trata-se de um “monstro de duas cabeças”, como afirma CORDERO, que funciona segundo a estrutura bipolar de uma instrução preliminar secreta, seguida da audiência pública.¹⁰⁹

Com a Revolução Francesa, o modelo até então largamente utilizado, inquisitorial, passa a ser questionado, sobre tudo do ponto de vista político.¹¹⁰ Nesse sentido, extingui-se as justiças senhoriais (pela Lei de 11 de agosto de 1789) e, após, estabeleceu-se a publicidade das audiências (pela Lei de 8 de outubro de 1789).

Por meio da Lei de 13-29 de setembro de 1791, novo fôlego foi dado à organização da Justiça Criminal, uma vez que

...reintroduziu o júri para o julgamento dos crimes mais graves, de acordo com a Constituição de 1791, procedendo-se contemporaneamente a uma reestruturação judiciária. De acordo com esta reestruturação, o juiz de paz (cantonal) ficava tendo meras atribuições de inquérito. A nível distrital, o juiz do tribunal, desempenhando as funções de presidente do júri, vê serem-lhe confiadas funções instrutórias, cabendo-lhe pelo interrogatório do suspeito e das testemunhas, redigir – havendo lugar a tal – um auto de acusação, após o que devia limitar-se a convocar o *júri de acusação*, corpo de oito membros diante do qual se processavam os debates orais e contraditórios. Findos estes e sem que aos jurados fosse

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 167, 1998.

¹⁰⁸ LOPES JR., *Op. Cit.*, p 173.

¹⁰⁹ “Jean Constantin, Charles Dumolin Pierre Ayrault, la giudicavano meno bene: c’è um abisso, nota l’ultimo, dall’*instruction secreta* ala palese; *il est facile a huis clos d’adjouster ou de diminuer, de faire brigues ou impressions*; l’udienza pubblica garantisce lavoro pulito; *il y aura toujours quelque chose à redire* sui giuduzi non allestiti in publico, da capo a fondo; *cette face de plus d’yeux, de plus d’oreilles, de plus de testes que chelle de tous les monstres et géants des poètes, a plus de force... pour pénétrer jusques aux consciences et y faire lire de quel côté gît le bon droit, que nostre instruction si secrèt.*” (CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: Utet, 1986, pp. 73-74) [“Jean Constantin, Charles Dumolin Pierre Ayrault, julgam-na menos bem: existe um abismo, nota o último, entre ‘instrução secreta’ e pública; ‘é fácil a portas fechadas ajustar ou diminuir, produzir brigas ou impressões’; a audiência pública garante um trabalho limpo; ‘haverá sempre alguma coisa a ser dita novamente’ sobre os juízos não produzidos em público do começo ao fim; ‘esta face composta de mais olhos, mais orelhas, mais cabeças que aquelas de todos os monstros e gigantes do poetas tem mais força... para penetrar até as consciências a ali ler de que lado está o bom direito, que a nossa instrução tão secreta.’”(Tradução de Jacinto Nelson Coutinho)]

¹¹⁰ Pode-se ter uma idéia das questões políticas que incomodavam à época pelo panorama histórico: “... as esperanças dos revolucionários de 1789 viriam a ser goradas sob o consulado bonapartista, onde se consolidou um modelo processual que, comprometendo as expectativas liberalizantes em favor da tradição do Antigo Regime...” (BARREIROS, *Op. Cit.*, p. 36)

permitido consultarem o processo escrito, o júri deliberava quanto à subsistência da acusação, decidindo relativamente a esta, 's'il y a lieu' ou 's'il n'y a pas lieu'. Pronunciando-se o júri pela acusação, o processo era remetido para julgamento, onde seria examinado por um novo júri, denominado *júri de julgamento*, composto por 12 membros.¹¹¹

Durante o período da Convenção (1792-1795) se tem um novo diploma legal que tratou de questões materiais e processuais criminais: *Code des délites et des peines*. A ação poderia ser movida por particulares e *ex officio* pelo juiz de paz, cabendo ao presidente do júri o poder de desencadear a instrução prévia à consecução da fase processual.

Durante o Diretório (1795-1799), foram adotadas medidas enérgicas ou anti-liberalizantes, tais como o "... aumento dos poderes do ministério público quanto à detenção do suspeito... e deve sobretudo referir-se a reorganização, feita pela mesma lei, da instrução preparatória, que foi confiada a um *juiz de instrução* – que tomou lugar de director do júri, limitando-se o júri de acusação a pronunciar-se sobre o processo escrito e já não em face de um debate oral e contraditório."¹¹² Além de que, na luta contra o crime e criminalidade, outros tribunais criminais, diferentes do júri, foram criados.

Tudo culminaria no *Code d'Instruction Criminelle* de 1808, que guardou inúmeras inovações históricas, dentre as quais "a unidade da justiça civil e penal, a separação das funções de instrução, acusação e julgamento, a regra do duplo grau de jurisdição (salvo quanto à *Cour d'Assises*): o princípio da colegialidade e o carácter profissional dos juízes."¹¹³ Ademais, o antigo júri de acusação deixou de existir, sendo, neste momento, a acusação feita pelo ofendido ou pelo representante do Ministério Público, recebida e apreciada pela *Chambre des Mises en Accusation*.

Embora controvertida a história do Ministério Público, como assinala Dias, pode-se afirmar que sua roupagem moderna, de investigação de determinado fato punível e do oferecimento da denúncia, é localizado no *ancien régime*, pela criação do "processo penal reformado", que busca

... a separação da entidade que há-de presidir à instrução preparatória e à acusação e aquela a quem há-de caber a decisão, e com a qual se visa conseguir necessária objetividade e imparcialidade do julgamento; a possibilidade de uma instrução em julgamento liberta de quaisquer prejuízos; que os tribunais se não vejam assoberbados com uma multidão de processos penais baseados numa suspeita demasiado frágil para fazer

¹¹¹ Id.

¹¹² BARREIROS, Op. Cit., p. 37.

¹¹³ Ibid., p. 38.

esperar que o argüido venha a ser condenado; e finalmente que a acusação, determinando a vinculação temática do juiz pela exata delimitação dos seus poderes cognitivos e da extensão do caso julgado, represente uma importante garantia de defesa do argüido e dos seus direitos fundamentais.¹¹⁴

Acresce-se, ainda, o estudo do panoptismo feito por Foucault, a partir da leitura de Treilhard, segundo o qual o Código de Instrução Criminal de 1808 tem sua peculiaridade para além de institutos jurídicos penais e processuais. Há o poder estatal, representado pelo procurador (Ministério Público), que tem como função não só perseguir quem cometeu infrações, mas também de manter a vigilância dos indivíduos, mesmo que não tenham cometido crime algum.

Da rica análise exemplificativa¹¹⁵ do pensador, a onipotência e onipresença do poder estatal, agindo através do membro do Ministério Público, são sentidas pelo olhar atento sobre a população. Na escala hierárquica, o procurador deve transmitir suas impressões ao Procurador Geral, deste para o Ministro da Polícia, que por sua vez repassará ao imperador. “O imperador é o olho universal voltado sobre a sociedade em toda a sua extensão. Olho auxiliado por uma série de olhares, dispostos em forma de pirâmide a partir do olho imperial e que vigiam toda a sociedade.”¹¹⁶

A sociedade intitulada “disciplinar”, que aparece no final do séc. XVIII e início do séc. XIX, é a chave do entendimento das reformas penais (e não só destas, mas também dos manicômios, das fábricas, das escolas, etc.). Trata-se de vigilância, um exercício de poder (na medida em que impõe comportamentos) e de saber (técnico,

¹¹⁴ DIAS, Op. Cit., p. 362.

¹¹⁵ O nascimento do Ministério Público é exemplificativo, uma vez que a preocupação central do autor é a base, o lugar onde se aparecem menos claramente, sobre a qual se entrecruzam as relações de poder, ou seja, a nível da existência individual. “Gostaria simplesmente de apreender este panoptismo, esta vigilância na base, no lugar em que aparece menos claramente, em que está mais afastado do centro da decisão, do poder do Estado; mostrar como este panoptismo existe, ao nível mais simples e no funcionamento quotidiano de instituições que enquadram a vida e os corpos dos indivíduos; o panoptismo, ao nível, portanto da existência individual.” (FOUCAULT, Michel. *A verdade...*, p. 107) A questão se desloca em dois sentidos: de um lado uma sociedade rígida, em que os papéis sociais são individualmente fixados, por outro lado, o funcionamento capilar do poder (desde a disciplina laborativa, até o comportamento sexual). As pessoas continuam cometendo infrações, mas agora não são apenas punidas, mas também readequadas ao que se tem como correto. “O Panóptico funciona como uma espécie de laboratório de poder. Graças a seus mecanismos de observação, ganha em eficácia e capacidade de penetração no comportamento dos homens; um aumento de saber vem se implementar em todas as frentes do poder, descobrindo objetos que devem ser conhecidos em todas as superfícies onde este se exerça.” (FOUCAULT, *Vigiar...*, p. 48) Neste sentido, não se pode olvidar que o aparato estatal francês, mais do que nunca, utilizou o modelo da composição arquitetural do “Panóptico” de Bentham, para vigiar e controlar os indivíduos.

¹¹⁶ FOUCAULT, Michel. *A verdade...*, p. 107.

quando visa aumentar certa produção, ou do exame do indivíduo, de sua psique, que trata o homem como objeto de ciência), cujo centro é o Estado.

Conclui-se que o processo francês, mecanismo eficiente, mas não único, de uma sociedade disciplinar, que visa à perseguição implacável dos culpados “culpados” (daí existir uma fase investigativa ou inquisitória) ao mesmo tempo em que precisa de certa legitimidade (marcada pela publicidade da audiência), só tem sentido quando se tem em foco uma “sociedade de controle”.

4. A CRÍTICA DE MICHEL FOUCAULT E SUA CONTRIBUIÇÃO

Inicialmente, é preciso resgatar, mesmo que de forma sumária, o contexto histórico que possibilitou a emergência da crítica foucaultiana. A geração do franco filósofo, marcada pelo período entre Guerras e pelo pós Segunda Guerra Mundial, vivenciou o nascimento do existencialismo e da fenomenologia na filosofia francesa, bem como teve destaque na luta contra uma série de repressões, que culminaria no maio de 1968, e pode ser caracterizada por sua militância política e brilhantismo intelectual.

No campo do saber, Foucault (1926-1984)¹¹⁷ arriscou-se nas mais variadas áreas: psicologia, história, antropologia... Todavia, é prudente o situar como filósofo da ciência¹¹⁸, não como existencialista¹¹⁹, fenomenólogo¹²⁰ ou estruturalista¹²¹. Foucault, como nota Clifford Geertz em “The New York Review Books”, é

¹¹⁷ Embora alguns mencionem a existência de “três Foucaults”: o que se detém no estudo dos discursos (em 1960), o que estuda o poder (nos anos 70) e o que se preocupa com a constituição do sujeito (década de 80), melhor é considerá-lo como alguém disposto a repensar suas teorias, agregando novas problemáticas. (FONSECA, Ricardo Marcelo. O Poder entre o Direito e a “Norma”: Foucault e Deleuze na Teoria do Estado. *Repensando a Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 260.)

¹¹⁸ FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica*. São Paulo: LTr, 2002, p. 83-84.

¹¹⁹ A filosofia da existência é uma “corrente filosófica” que surge e ganha prestígio na Europa do pós Primeira Guerra Mundial, sendo que depois da Segunda Guerra Mundial acaba por se tornar moda entre os filósofos. “A época do existencialismo é a época de crise: a crise daquele otimismo romântico que, durante todo o século XIX e a primeira década do século XX, ‘garantia’ o sentido da história em nome da Razão, do Absoluto, da Idéia ou da Humanidade, ‘fundamentava’ valores estáveis e assegurava um progresso certo e incontível.” (REALE, Giovanni, ANTISERI, Dario. *História da Filosofia: do Romantismo até nossos dias*. São Paulo: Paulus, 1991, v. 3, p. 593)

¹²⁰ O movimento fenomenológico, cujo fundador e principal representante é Edmund Husserl (1859-1938), é caracterizado por sua crítica em relação a todo *a priori* idealizado, em especial às ciências positivistas. Genericamente (e por isso perigoso) pode-se afirmar que os fenomenólogos buscam a essência das próprias coisas, indo para além do pragmatismo e dos sistemas filosóficos edificados sob o ar, ou seja, “a intenção que os fenomenólogos procuram realizar através da descrição dos ‘fenômenos’ que se anunciam e se apresentam à consciência e depois que se faz a *epoché*, isto é, depois que são postas entre parênteses as nossas persuasões filosóficas, os resultados das ciências e as convicções engastadas naquela nossa atitude natural que nos impõe a crença na existência de um mundo das coisas.” (Ibid., p. 554)

¹²¹ Foucault esclarece que “nem Deleuze, nem Lyotard, nem Guatarri, nem eu nunca fazemos análise de estrutura, não somos absolutamente *estruturalistas*.” (FOUCAULT, Michel. *A verdade...*, p. 30.) “Os estruturalistas tentam tratar a atividade humana cientificamente, procurando elementos básicos (conceitos, ações, classes de palavras) e regras ou leis, através das quais eles são agrupados. Existem dois tipos de estruturalismo: estruturalismo atomista, onde os elementos são completamente especificados, separadamente do papel que representam em algum conjunto mais abrangente (por exemplo, os elementos das narrativas folclóricas de Propp); e o estruturalismo holista ou diacrônico, onde o que é considerado como um elemento possível é definido separadamente do sistema de elementos, mas o que conta como um elemento *real* é um função de todo o sistema de diferenças do qual o elemento dado é a parte”. (DREYFUS, Hubert L., RABINOW, Paul. *Michel*

um historiador não histórico, um cientista humano anti-humano, e um estruturalista contra-estruturalista. Se acrescentarmos a isto seu estilo denso, sempre compactado, que consegue, ao mesmo tempo, parecer imperativo e perpassado de dúvidas e de um método que sustenta seus amplos resumos e com excêntricos detalhes, a semelhança de seu trabalho com uma gravura de Escher é completa – escadas subindo para plataformas mais baixas que elas mesmas, portas conduzindo para fora, e que, ao mesmo tempo, nos trazem de volta para dentro. ‘Não me pergunte quem eu sou, não me peça para permanecer o mesmo’, ele escreve na introdução de seu trabalho exclusivamente metodológico.¹²²

De qualquer forma, o cerne da questão não está na rotulação dos ensinamentos de Foucault, mas em sua originalidade e na densidade de suas obras – o que escapa a qualquer preocupação de etiquetamento.

A obra “A verdade e as formas jurídicas”, conjunto de cinco Conferências proferidas na Universidade Católica do Rio de Janeiro no período de 21 a 25 de maio de 1973, não foge à regra (original e densa). Trata-se de uma leitura histórica e filosófica das relações estabelecidas, em um contexto político próprio, entre certos domínios de saber, certos sujeitos de conhecimento e determinadas espécies de verdade, a partir da leitura de alguns textos de Nietzsche.

No fundo, o referencial nietzscheano permite refletir acerca das práticas judiciárias enquanto atreladas a um modelo de verdade que circula em nosso meio social. Aqui, o ponto de apoio não está em uma verdade pré-concebida, assim como não está em um sujeito de conhecimento que a tudo pode ter acesso pela razão, mas no fulcro histórico-político, na medida em que certas práticas judiciárias só são possíveis em determinadas sociedades e que, através destas práticas, constituíram-se sujeitos únicos de conhecimento.

4.1. AS RAÍZES DA DISCUSSÃO: A INVENÇÃO DA VERDADE EM NIETZSCHE

Com facilidade, pode-se afirmar que Foucault foi buscar em Nietzsche a inspiração de sua crítica à verdade. O que se nega é a verdade literal, segundo a qual as coisas do mundo (ou atitudes humanas) seriam correspondentes às próprias

Foucault, uma trajetória filosófica: (para além do estruturalismo e da hermenêutica). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. XV-XVI.)

¹²² Ibid., p. XIV

idéias de que se faz delas, ou seja, o pensamento e a realidade seriam concordantes, tal qual um objeto frente ao espelho que reflete sua imagem.

Nietzsche rejeita a idéia de verdade, coloca em xeque o “honesto e puro impulso à verdade”¹²³, enquanto atividade humana intelectual, e aponta para um mundo construído pelo homem, mas cuja atividade inventiva foi conscientemente esquecida por ele.

A postura do autor para com o mundo pode ser resumida claramente por seus próprios versos, “Ecce homo”:

Sim! Eu sei muito bem de onde venho!
 Insaciável como a chama do lenho
 Eu me inflamo e me consumo.
 Tudo que eu toco vira luz,
 Tudo que eu deixo, carvão e fumo.
 Chama eu sou sem dúvida.¹²⁴

A autobiografia¹²⁵ poética acompanha as inúmeras fases da vida e da filosofia desenvolvida pelo pensador (se é que se pode pensar uma sem a outra). A crítica nietzscheana, ousada e nada humilde, buscou derrubar ídolos, questionar valores aceitos e a infamar os “deuses”.

¹²³ Neste sentido, “se a concepção de verdade válida entre os homens é apoiada sobre uma crença, e não há como constatar a verdade como elemento originário, o ‘impulso à verdade’, tido como puro pelos homens, está desprovido de objeto que justifique seu surgimento.

O ‘impulso à verdade’, assim, não decorre da existência prévia de uma verdade objetiva, necessária e válida universalmente. A partir dessas considerações, a análise nietzscheana acerca da verdade, que a aponta como resultado de criação humana, está atrelada à análise das circunstâncias dos acontecimentos que envolvem a sua criação. Com isso, examinar os requisitos de criação da verdade e da formação da crença que encobre a sua criação é um meio de investigar como vai se constituir para os homens o ‘impulso à verdade’.” (FONSECA, Ângela Couto Machado. *Conhecimento e moral: análise da concepção nietzscheana da verdade presente no ensaio “Sobre Verdade e Mentira no Sentido Extra-Moral”*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Filosofia. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2003, p. 10.)

¹²⁴ NIETZSCHE. Friedrich Wilhelm. *A gaia ciência*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001, p. 47.

¹²⁵ Pode-se afirmar que Nietzsche buscava a matéria prima de sua obra em sua própria vida, como nota Barcelo Backes em prefácio à “*Ecce homo*”. O filósofo alemão fez sua primeira autobiografia aos quatorze anos de idade, intitulada “Da minha vida”, no decorrer de seus trabalhos falava de si, “... alguém é capaz de ler *Zarathustra* sem penar na biografia de Nietzsche? Ou por acaso muitos dos aforismos de Nietzsche não são confissões em três linhas? Mesmo quando falava dos outros, sem usar o ‘eu’ – caso das considerações extemporâneas – Nietzsche chegava à conclusão de que no fundo falava ‘apenas de mim mesmo’. Em *Além do Bem e do mal*, as últimas dúvidas a respeito da questão foram dirimidas: ‘Toda grande filosofia é autoconfissão de seu autor e uma espécie de *mémoire* involuntária e despercebida.’” (NIETZSCHE. Friedrich Wilhelm. *Ecce homo: de como a gente se torna o que a gente é*. Porto Alegre: L&PM, 2003, pp. 17-18) Nota-se que num de seus últimos suspiros de genialidade, aos quarenta e quatro anos de idade, escreve transcreve a poesia “*Ecce homo*” para a prosa no livro “*Ecce homo: de como a gente se torna o que a gente é*”.

A apropriação filosófica do pensamento de Nietzsche por Foucault está voltada à crítica da subjetividade moderna e das relações que mantemos com as coisas e com os homens – esta-se pensando na verdade como norte e fundamento destas relações. Para isso nada melhor do que inflamar e consumir com a ilusão que criamos: a verdade e a busca que dela fazemos.¹²⁶

A perspectiva da ciência, segundo a qual o homem é o benfeitor da humanidade, ressalta apenas pontos positivos acerca de si mesmo e de seu labor, esquecendo todos os seus erros, sua história, seus jogos de poder e, por último, sua humanidade gravada pela contingência.

O que Nietzsche propõe é: colocar o homem em seu devido lugar, em um não lugar que o afasta da comodidade de ser o eterno conhecedor¹²⁷, “fazendo-o perceber, tanto quanto exigiria a verdade, sua ilimitada miséria de rã e de mosca! Rir de si mesmo, como se deveria rir para fazê-lo a partir da verdade inteira...”¹²⁸ O homem é um ser pequeno e insignificante se comparado com o universo. Daí certa ironia em nos contar sua fábula: “num certo canto remoto do universo cintilante, vertido em incontáveis sistemas solares, havia uma vez um astro onde animais inteligentes inventaram o conhecimento. Foi o minuto mais soberbo e hipócrita da ‘história mundial’, mas foi apenas um minuto. Depois de a natureza ter respirado umas poucas vezes, o astro enregelou-se e os animais mais inteligentes tiveram de morrer.”¹²⁹

¹²⁶ Em auto-observação, Nietzsche deixa claro que “a filosofia, assim como a entendi e vivenciei até agora, é a vida espontânea no gelo e nas montanhas mais altas – a procura de tudo que é estranho e duvidoso na existência, de tudo aquilo que até agora foi excomungado pela moral. De uma longa experiência concedida por tais lembranças nas terras do **proibido**, aprendi a ver os motivos a partir dos quais se praticou a moral e se construiu o ideal, de um modo bem diferente do que eventualmente se poderia desejar: a história **oculta** dos filósofos, a psicologia de seus nomes grandiosos veio à luz para mim. – Quanta é a verdade de que um espírito **suporta**, quanta é a verdade que ele **ousa**? essa foi, para mim, e cada vez mais, a tábua para medir valores. Engano (– a crença no ideal –) não é cegueira, engano é **covardia** (...) Toda a conquista, todo o passo adiante no conhecimento é **conseqüência** da coragem, da dureza em relação a si mesmo (...) Eu não refuto os ideais, eu apenas visto luvas diante deles... *Nititur in vetitum*: é sob esse signo que a minha filosofia sai vitoriosa, pois até agora sempre foi proibida fundamentalmente a verdade...” (Ibid.p. 17-18)

¹²⁷ Nietzsche propõe o “super-homem”, tradução discutível da expressão alemã “Übermensch”, como responsável por aceitar sua finitude e se libertar da vontade de ser eterno, com isso seria capaz de se sobrepor à fraqueza e se portar como dono de seu destino.

¹²⁸ NIETZSCHE. Friedrich Wilhelm. *A gaia ciência*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001, p. 52.

¹²⁹ NIETZSCHE. Friedrich Wilhelm. *Acerca da verdade e da mentira*. São Paulo: Rideel, 2005, p. 7.

A dimensão humana e o intelecto, mormente supervalorizados pela filosofia tradicional, são ínfimos diante à complexidade da vida e do universo. De forma que o papel atribuído ao intelecto e ao conhecimento de ter acesso à verdade não passa de uma ilusão. Aqui estão presentes duas razões distintas: a primeira, a falsa pretensão do conhecimento expõe que nossos sentidos não servem para conduzir à verdade, isto "... porque o orgulho intelectual provoca uma cegueira no que concerne ao conhecer que os homens julgam que seus órgãos sensíveis são instrumentos capazes de penetrar nas coisas para além de suas superfícies"¹³⁰; a segunda, o conhecimento não pode ser instrumento para adequar o real e nossas idéias, "uma vez que ele próprio é apenas resultado dos motivos pelos quais o homem organiza o mundo da forma como o faz."¹³¹

Qual seria **a origem do conhecimento**? Para Nietzsche, durante muito tempo o homem produziu apenas erros, os quais foram herdados de geração em geração até que foram sedimentados como "... quase patrimônio fundamental da espécie humana: que existem coisas duráveis, que existem coisas iguais, que existem coisas, matérias, corpos, que uma coisa é aquilo que parece; que o nosso querer é livre, que o que é bom para mim também é bom em si."¹³²

Após decorrido certo lapso temporal, surgiu quem viesse a questionar a hereditária transmissão, opondo-se tais proposições (estabelecidas pela atividade errante) à verdade (enquanto forma fraca de conhecimento). Porém elas estavam arraigadas no conhecimento humano, uma vez que a partir delas se estabelecia o "certo" e o "errado", o "verdadeiro" e o "falso". "Portanto a força do conhecimento não está em seu grau de verdade, mas na sua antiguidade, no seu grau de incorporação, em seu caráter de condição para vida."¹³³ O conhecimento, daí em diante, transcende o próprio indivíduo, deixando ser apenas instrumento de manutenção das necessidades do ser (como era enquanto erro), para se configurar como tábua de valor que constitui a pessoa e, por conseguinte, sua concepção acerca do circundante.

Os homens se enganaram (propositadamente) ao conceber um sábio (que tudo poderia conhecer e que todo conhecimento seria transmitido apenas por ele)

¹³⁰ FONSECA, A. C. M., Op. Cit., p. 21.

¹³¹ *Ibid.*, p. 17.

¹³² NIETZSCHE. Friedrich Wilhelm. *A gaia...*, p. 137.

¹³³ *Id.*

desprovido de vontade de saber (não tendo impulsos ao conhecimento). Nietzsche esclarece que, para os homens, quanto mais conhecimento, maior a vontade de saber, maior a presença dos impulsos, de forma que o saber se tornou uma luta pelo poder, uma luta pelas verdades.¹³⁴ Como se os erros que até agora tinham dado conta de conservar a vida se chocassem com o conhecimento que busca a verdade, e daí restasse um *continuum*: os erros fossem incorporados no sentido único de conservação da vida. Daí a questão, sem resposta, formulada pelo autor é: até que ponto a verdade agüenta ser incorporada?

A noção de origem do conhecimento, para o povo (como algo estranho que deve ser conhecido) e para os filósofos (a busca nas coisas, por trás delas, de algo familiar, e o que é familiar é conhecido), é destruída. Pois o familiar é o não conhecido, o habitual, o mais difícil de conhecer. Aqui reside um dos equívocos da ciência: a lógica formal, a qual trata objetos semelhantes (diferentes por excelência) como iguais e o homem, por não perceber a luta de seus impulsos ao conhecimento, percebe somente o resultado mecânico do que é lógico. O que acena de súbito, desde logo, é a necessidade de se discutir a gênese no conhecimento para além da crença no intelecto humano.

O **intelecto** não cria apenas uma “chave mestra” que tudo pode acessar e que sempre esteve presente (por ser inerente ao homem), pelo contrário, como já foi notado na fábula transcrita. O intelecto não é eterno e nem transcende o próprio homem. É, pelo contrário, meio útil à sobrevivência dos seres mais fracos¹³⁵, que através da dissimulação, do engano, tendem a se conservar enquanto em grupo, socialmente, buscando a paz. “... Agora é fixado aquilo que doravante deve ser a verdade, ou seja, é inventada uma designação das coisas tão válida como vinculativa e a legislação da língua produz também as primeiras leis da verdade, pois aqui surge pela primeira vez o contraste entre verdade e mentira.”¹³⁶

¹³⁴ Marcelo Backes, em prefácio à obra, atenta que “o vigoroso espírito de Nietzsche dirigiu-se especialmente contra a ética cristã. Se para ela o bom é o humilde, o pacífico, o maleável, e o mau é o forte, o enérgico, o altivo, para Nietzsche é a moralidade de um mundo dividido entre senhores e escravos. O valor supremo que deve nortear o critério do que é bom, verdadeiro e belo é, para Nietzsche, a vontade do forte, (...) é bom o que vem da força, é mau o que vem da fraqueza.” (NIETZSCHE, *Ecce...*, p. 8-9)

¹³⁵ “Enquanto os animais se defendem fazendo uso de seus ‘chifres ou presas aguçadas’, o homem, o mais ‘delicado e perecível dos seres’, faz uso de seu intelecto.” (FONSECA, A. C. M., *Op. Cit.*, p. 16.)

¹³⁶ NIETZSCHE, *Acerca...*, p. 9.

Verdade e mentira, portanto, surgem ao mesmo tempo. São conceitos relativos, arbitrários, na medida de sua historicidade e de sua utilidade, porquanto quem deseja à verdade, aspira seus efeitos materiais de conservação da vida.

A verdade para Nietzsche é colocada em contraposição à verdade pré-existente, a qual só pode ser concebida por um processo de esquecimento, em que se ressalta o homem de conhecimento como descritor das coisas e não como inventor (o que realmente é).¹³⁷

A linguagem e a lógica assumem seus papéis. A **linguagem** comunica ao homem o que pode e o que não pode ser verdade. A **lógica**, que opera através de conceitos (generalização e abstrações), transforma o que é semelhante em igual, abandonando-se todas as diferenças e peculiaridades.

As palavras transmitidas pela linguagem seriam metáforas das coisas. A lógica, a maneira de se produzir os conceitos. A palavra e os conceitos nada mais que uma transgressão das coisas por uma suposta correspondência veraz (e natural ao espírito) entre as coisas e as idéias que fazemos delas. Esta concepção de verdade não é aceita por Nietzsche, de forma que resta esclarecer o que é a **verdade**:

um batalhão de metáforas, metonímias, antropomorfismos, enfim, uma soma de relações humanas, que foram enfatizadas poética e retoricamente, transpostas, enfeitadas, e que após longo uso, parecem a um povo sólidas, canônicas e obrigatórias: as verdades são ilusões, das quais se esqueceu que o são, metáforas que se tornaram gastas e sem força sensível, moedas que perderam sua efígie e agora só entram em consideração como metal, não mais como moedas."¹³⁸

O prejudicial não está em inventar a verdade, mas no esquecimento de que se é inventor. Enquanto se diz a verdade, está-se apenas a mentir em conformidade com certas convenções socialmente aceitas e vinculativas, e não tendo acesso irrestrito a algo objetivo e universalmente válido.

Segundo Fonseca, a análise nietzscheana da noção de verdade compreende dois movimentos: o primeiro, pode ser didaticamente seccionado em dois níveis: o falseamento orgânico-instintivo, situação em que o homem individual e

¹³⁷ O homem moderno é aquele que descreve mais e melhor que outros homens, mas não explica nem mais, nem menos. Tratamos das coisas como uma continuidade de nós mesmos, as humanizamos. "Operamos somente com coisas que não existem, com linhas, superfícies, corpos, átomos, tempos divisíveis – como pode ser possível a explicação, se primeiro tomamos *imagem*, nossa imagem!" (NIETZSCHE, *A gaia...*, p. 140)

¹³⁸ NIETZSCHE, *Acerca...*, p. 13.

pré-lingüístico se vale do intelecto para a representação do mundo com o objetivo de atender suas necessidades vitais, neste sentido o inconsciente já falsearia o consciente; o segundo nível, na perspectiva social, em que o homem, pelas mesmas necessidades individuais, fixa linguisticamente certas configurações abstratas que devem ser socialmente atendidas.¹³⁹

A noção de verdade, enquanto fenômeno social, como conceitos relativos de verdade e de mentira, como designação válida e vinculante das coisas, haja vista que se esperam resultados positivos do que é fixado como “verdade” e negativos dos tidos como “mentira”, satisfaz o pacto de paz necessário à convivência gregária, com vistas a afastar o medo e a insegurança do meio social. Ou seja, a verdade,

além de convencional, é fixada moralmente. É o respeito e a boa-fé no seu emprego que trazem a segurança e a garantia. Mas após longo tempo de uso, tal convenção extrapola a esfera moral. Ela escapa do âmbito de como as coisas se afiguram aos homens e passa a ser a régua para medir as coisas mesmas. A verdade passa, então, a ser o elemento que faz os homens suporem que existe um sentido fixo do real, que pode por eles ser alcançado. Trata-se, porém, de um falseamento das coisas, possibilitado pela vida social.¹⁴⁰

O segundo movimento se ocupa da análise epistemológica da linguagem, do questionamento das convenções lingüísticas que pressupõe a existência da verdade e uma adequação da linguagem às coisas em si. O homem cria metáforas que explicam sua apreensão das coisas: primeiramente, capta algo pelo estímulo nervoso traduzido numa imagem; depois, a imagem se transforma em um som. Mas ele esquece que a interpretação e as criações são invenções suas. Aqui, o esquecer, como elemento decisivo à formação da verdade como crença possui dois sentidos: “um deles consiste na ação do tempo, que leva os homens a não mais lembrarem que sua linguagem é resultado de convenção social e, portanto, de algo que é, no máximo, expressão humana das coisas. Outro consiste no modo como o processo orgânico e instintivo que envolve a forma de apropriação do mundo pelo homem conduz a uma impossibilidade de lembrança consciente deste processo.”¹⁴¹

Isto significa que o falseamento do mundo operado pelo segundo movimento é consciente, da ordem da razão, tal qual alguém que “... esconde uma coisa, por trás de um arbusto, nesse exato lugar a procura de novo e a encontra, nesse procurar e encontrar não há muito que enaltecer: no entanto, é isso que se passa

¹³⁹ FONSECA, A. C. M., Op. Cit.

¹⁴⁰ FONSECA, A. C. M., Op. Cit., p. 26.

¹⁴¹ Ibid., p. 38.

com o procurar e encontrar da 'verdade' no interior da razão."¹⁴² É somente porque o homem esquece que é inventor da verdade que pode crer em uma verdade em abstrato, concebida como valor.

É como se o desejo pelo poder apagassem da memória humana seu caráter inventivo. Uma trama de três pólos: a vida (complexa e contingente), a razão (instrumento de dominação do mundo) e os conceitos (descrição aceita das coisas) amarrados pela lógica aristotélica, que visa a garantir a solidificação da verdade. "Se o homem, ao agir, liga a sua vida à razão e aos conceitos desta para não ser arrastado e não se perder a si próprio, o investigador constrói a sua cabana ao pé da torre da ciência para ajudar na sua construção e para encontrar proteção para si debaixo do baluarte, já existente."¹⁴³

A verdade, para Nietzsche, é uma invenção humana que visa possibilitar a vida gregária pela segurança através de convenções lingüísticas, e nunca o acesso às coisas mesmas. O homem estaria submetido à coerção de dizer a verdade, o que significa que não deve inovar e nem se distanciar das convenções lingüísticas pré-estabelecidas.

Mas como é possível a utilidade da verdade se desembestar em sentimento de verdade? Quando qualquer investida contra a verdade deixa de ser um atentado contra a linguagem e passa a ser em desfavor das coisas mesmas, o sentimento de verdade surge. "... É que o dever de dizer a verdade, sentido pelos homens, torna-se possível sob o ponto de vista que nota um desconhecimento por parte dos usuários das convenções estabelecidas de sua origem inventiva. A verdade, a partir disso, adquire valor *per se* que é introjetado no homem e acaba por gerar uma consideração espiritual acerca de sua existência."¹⁴⁴

A vontade de verdade seria um processo complexo que apagaria quaisquer pistas de seu cerne inventivo, uma vez que a busca se dá por algo que se pressupõe presente, sem nunca se manter um passo atrás, em atitude de desconfiança, das regras que se procura respeitar.¹⁴⁵

¹⁴² NIETZSCHE, *Acerca...*, p. 15.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 20. Ao mundo jurídico não é diferente: a necessidade de constituir um elo forte entre o Direito e a Ciência, entre o jurista e o cientista, é uma questão de segurança, quanto ao conteúdo do Direito e quanto à certeza de concretização do Direito.

¹⁴⁴ FONSECA, A. C. M., *Op. Cit.*, p. 82.

¹⁴⁵ Sob o impulso à verdade se estrutura um tipo de pensamento guiado pelo *telos* da verdade em que está pressuposto um mundo estável e permanente disposto ao homem que, nesta

4.2. A VERDADE EM FOUCAULT A PARTIR DE NIETZSCHE

O franco pensador, na primeira Conferência de “A verdade e as formas jurídicas”, opera uma virada epistemológica no trato com o conteúdo da “verdade” a partir das lições de Nietzsche.

Foucault introduz três eixos de discussão: a pesquisa histórica, cujo objetivo é exhibir como certas práticas sociais geram domínios de saber que são responsáveis por novos objetos de conhecimento, técnicas, conceitos e sujeitos de conhecimento, destacando que “o próprio sujeito de conhecimento tem uma história, a relação do sujeito com o objeto, ou mais claramente, a própria verdade tem uma história”¹⁴⁶; um eixo metodológico, ou análise dos discursos; e uma reelaboração da teoria do sujeito, afinal este se constitui no interior da própria história, num eterno movimento de se refazer.

a) Em atenção ao primeiro eixo, existem duas histórias da “verdade”: a primeira, de *sensu* comum, é a história interna da verdade que se corrige através de seus próprios princípios de regulação, numa espécie de *autopoiesis*; a segunda, exterior à verdade diz respeito aos vários lugares, numa sociedade, onde se formam a verdade (em que se definem subjetividades, objetos a serem conhecidos e tipos de saber).

b) A discussão metodológica parte da contribuição teórica legada por Nietzsche. O pensador, sempre marcado por sua intenção polêmica, trava uma distinção, no sentido de afastar o significado existente, entre “origem” (do alemão, *Ursprung*) e “invenção” (*Erfindung*). Atendo-se ao termo invenção, “para Nietzsche é, por um lado, uma ruptura, por outro, algo que possui um pequeno começo, baixo, mesquinho, inconfessável.”¹⁴⁷

A rejeição pela pesquisa da “origem” (*Ursprung*) é justificada por três razões principais: pela busca da essência estável e imóvel das coisas, negando tudo que

visão, se constitui como sujeito capaz de tornar o mundo inteligível face seu pensamento e racionalidade. Nesse sentido, o impulso à verdade se erige como ponto de sustentação de uma forma de conceber o papel do homem e do mundo ligados pela possibilidade de tornar pensável o que se manifesta. Trata-se de uma justificação da moral que atende às necessidades específicas de conservação de um tipo de vida projetada, sustentada sob preceitos metafísicos, que se prestam, acima de tudo, a combater a insegurança do “vir-a-ser”. (Ibid., p. 82)

¹⁴⁶ FOUCAULT, *A verdade...*, p. 08.

¹⁴⁷ Ibid., p. 15.

lhes há de peculiar e acidental; as coisas se encontram em seu estado de perfeição em sua origem; e a origem seria o âmbito da verdade,

a verdade, espécie de erro que tem a seu favor o fato de não poder ser refutada, sem dúvida porque o longo cozimento da história a tornou inalterável. E além da questão da verdade, o direito que ela se dá de refutar o erro de se opor à aparência, a maneira pela qual alternadamente ela foi acessível aos sábios, depois de reservada apenas aos homens de piedade, em seguida retirada para um mundo fora de alcance, onde desempenhou ao mesmo tempo o papel de consolação e de imperativo, rejeitada enfim como idéia inútil, supérflua, por toda parte contradita – tudo isto não é uma história, a história de um erro que tem o nome de verdade?¹⁴⁸

Por outro lado, a “invenção”, proveniência (*Herkunft*)¹⁴⁹ ou emergência (*Entstehung*)¹⁵⁰, se opõe à origem, resgatando os erros, os acidentes de percurso histórico, negando as explicações completas que se pautam pela verdade e pelo ser, descobrindo “... todas as marcas sutis, singulares, subindividuais que podem se entrecruzar e formar uma rede difícil de desembaraçar”¹⁵¹.

O conhecimento foi inventado (assim como a religião, o ideal, a verdade e a mentira...), o que significa dizer que há uma grande usina do conhecimento, um usineiro como sujeito de conhecimento e que não há conhecimento previamente inscrito na natureza do homem.

Da ordem do sujeito, tal qual a faísca que surge do encontro cerrado entre duas espadas, o conhecimento surge, ou seja “... tem por fundamento, por base e por ponto de partida os instintos, mas instintos em confronto entre si, de que ele é apenas o resultado em sua superfície.”¹⁵²

Nietzsche, em contra-posição à Spinoza¹⁵³, afirma que “*Intelligere*, compreender, não é nada mais que um certo jogo, ou melhor, o resultado de um certo jogo, de uma composição ou compensação entre *ridere*, rir, *lugere*, deplorar, e

¹⁴⁸ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1979, p. 19.

¹⁴⁹ A proveniência busca encontrar marcas singulares (v.g. nos indivíduos) para desta diferença romper com as identidades totalizantes, como a semelhança, antes “... designa a qualidade de um instinto, seu grau ou seu desfalecimento, e a marca que ele deixa em um corpo” para o colocar em um lugar diferente. (Ibid., p. 24)

¹⁵⁰ “A emergência se produz sempre em um determinado estado de forças; é a sua interrupção, o salto pelo qual elas passam dos bastidores para o teatro, cada uma com seu vigor e sua própria juventude.” O campo da emergência é de afrontamento, não um “... campo fechado onde se desencadearia uma luta, um plano onde os adversários estariam em igualdade (...) Ninguém é responsável pela emergência; ninguém pode se autoglorificar por ela; ela sempre se produz no interstício.” (Id.)

¹⁵¹ Ibid., p. 20.

¹⁵² Ibid., p. 16.

¹⁵³ Spinoza entendia por conhecimento a aproximação entre o sujeito e o objeto, seria o fruto da boa relação estabelecida, da adequação, beatitude e unidade existente entre um e outro.

detestari, detestar.”¹⁵⁴ Assim, da centelha entre os três instintos (rir, deplorar e detestar), os quais são da ordem das más relações, uma vez que se procura romper, colocar à distância, e, no fundo, destruir o objeto a se conhecer.

Enquanto que, em se tratando de objeto, o conhecimento não guarda afinidades com o mundo a conhecer, pois o mundo não tem uma ordem *a priori*, nem leis próprias. “É contra um mundo sem ordem, sem encadeamento, sem formas, sem beleza, sem harmonia, sem lei, que o conhecimento tem que lutar.”¹⁵⁵

Foucault realça o aspecto contra-natural existente no conhecimento através do vislumbrar da invenção, de forma que por onde se procurar não há conhecimento absoluto, nem o seu gérmen, antes existe um conhecimento como fugitivo instantâneo, como conhecimento em perspectiva, porquanto “... só há conhecimento sob a forma de um certo número de atos que são diferentes entre si e múltiplos em sua essência, atos pelos quais o ser humano se apodera violentamente de um certo número de coisas, reage a um certo número de situações, lhes impõe relações de força.”¹⁵⁶ Assim, o conhecimento deriva de uma estratégia confabulada segundo o posicionamento do homem no mundo.

c) O terceiro eixo, a reelaboração da teoria do sujeito rompe com a tradição cartesiana e kantiana acerca do sujeito de conhecimento, as quais partem do princípio de que é possível, pelo conhecimento, chegar à verdade. A ruptura proposta não se dá pelo viés da psicanálise, que põe em questão o fundamento de liberdade (em conhecer) do sujeito, mas através da história, de uma subjetividade que se constrói no interior da história e, portanto, de fôlego inovado (não renovado) a cada enlace histórico. Nas palavras do filósofo, “a constituição histórica de um sujeito de conhecimento através de um discurso tomado como um conjunto de estratégias que fazem parte das práticas sociais.”¹⁵⁷

Fonseca¹⁵⁸ ressalta e explica um exemplo de constituição do sujeito dentro da obra “Vigiar e Punir”, de Foucault, ao analisar a noção de “disciplina” e de

¹⁵⁴ FOUCAULT, *A Verdade...*, p. 20-21.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 18.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 25.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 10-11.

¹⁵⁸ Em atenção ao conteúdo do artigo “O Poder entre o Direito e a ‘Norma’: Foucault e Deleuze na Teoria do Estado”, de autoria de Ricardo Marcelo Fonseca, poder-se-ia apontar (simplificadamente, dada sua riqueza) como eixo da discussão em Foucault a coexistência do “direito” e da “norma”. O direito, veiculado à Teoria da Soberania que tem por fundamentos: “um sujeito que deve ser sujeitoado, o da unidade do poder que deve ser fundamentada e o da legitimidade que deve

“sociedade disciplinar”, em que “as práticas disciplinares (veiculadas por um certo discurso) ao mesmo tempo em que constituem o sujeito também o sujeitam; o sujeito é sujeitoado ao mesmo tempo em que é ‘fabricado’ pelos processos de individuação.”¹⁵⁹

A disciplina, nascida no século XVIII, é um mecanismo que toma os indivíduos como objeto e instrumento de seu exercício. Em um primeiro momento, os analisa, conhecendo de suas peculiaridades, para depois os diferenciar e, então, adestrá-los.

Esta “fábrica” de indivíduos pode ser vislumbrada por três procedimentos distintos: a **vigilância hierárquica**, em que os indivíduos seriam submetidos ao olhar ininterrupto institucional, no sentido de que seu comportamento seja o mais adequado possível do ponto de vista da instituição (v.g. o sistema hospitalar, militar, prisional, escolar...); a **sanção normalizadora**, seja em seu aspecto negativo, ao impingir uma punição, seja em seu caráter positivo, ao premiar certos comportamentos desejados, em que “o comportamento não é somente limitado pela norma; ele também é moldado segundo um padrão estabelecido pela disciplina”¹⁶⁰; e o **exame**, em que o comportamento é analisado, descrito e documentado individualmente, ou seja, “individualiza e visualiza os indivíduos e, por nele reunir a cerimônia do poder, a demonstração da força e o estabelecimento de uma verdade sobre cada um, é o mais ritualizado dos dispositivos da disciplina.”¹⁶¹

O sujeito não pode ser visto como um ente abstrato e universal, ele é alguém enredado na história, “... é fundado e refundado pela história a cada

ser respeitada.” (FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*. Rio de Janeiro: NAU, 2005, p. 50) A norma “... não se define absolutamente como uma lei natural, mas pelo papel de exigência e de coerção que ela é capaz de exercer em relação aos domínios a que se aplica. Por conseguinte, a norma é portadora de uma pretensão de poder ao poder. A norma não é simplesmente um princípio, não é nem mesmo um princípio de inteligibilidade; é um elemento a partir do qual certo exercício de poder se acha fundado e legitimado. (...) a norma trás consigo ao mesmo tempo um princípio de qualificação e um princípio de correção. A norma não tem função excluir, rejeitar. Ao contrário, ela está sempre ligada a uma técnica positiva de intervenção e de transformação, a uma espécie de poder normativo.” (Ibid., p. 302) Assim pela norma, no sentido foucaultiano, seria possível uma sociedade de normalização pelo exercício da disciplina e pelo biopoder (que se volta ao controle da população, intervindo na vida, através de controles de natalidade, mortalidade...). É mister destacar que, embora o direito (lei) e a norma (poder disciplinar e biopoder) tenham suas funções históricas próprias, na sociedade atual convivem as práticas jurídicas e não jurídicas.

¹⁵⁹ FONSECA, R. M., O Poder..., p. 264.

¹⁶⁰ Ibid., p. 263.

¹⁶¹ Id.

instante”¹⁶². De forma que não há como pensar o sujeito desvinculado da concepção (regimes) de verdade e dos efeitos desta, constituído ao longo da trama histórica, em suas rupturas e descontinuidade.

A constituição do sujeito é perpassada pelo método arqueogenealógico, do qual apenas faço referência pontual, sem maiores preocupações. A arqueologia entendida como forma de ruptura à história tradicional, a qual é contada com referência às bases imóveis e contínuas, encobrindo os acontecimentos naquilo em que são diferentes. A genealogia, “uma forma de história que dê conta da constituição dos saberes, dos discursos, dos domínios de objeto, etc., sem ter que se referir a um sujeito, seja ele transcendente com relação ao campo de acontecimentos, seja perseguindo a sua identidade vazia ao longo da história.”¹⁶³ Como explica Fonseca, a história, a partir da arqueologia e da genealogia, fica gravada por suas peculiaridades, em

cada época é explicada em vista da articulação das práticas vinculadas a situações de poder com as formas de saber a ele correspondentes (já que para ele não há verdade sem um regime de poder, como não há poder sem um regime de verdade), sem uma vinculação teleológica ou causal com as épocas subsequentes. Não existe a ‘verdade’, que pode ser contraposta a um conjunto de representações mentais de uma época (pois cada época tem sua própria verdade), bem como não existe um finalismo na história de Foucault, pois as descontinuidades se sobrepõem às permanências.¹⁶⁴

Assim, a subjetividade a partir do domínio da história implica em três campos de discussão: “saber, poder e si”¹⁶⁵, em três frentes acerca da subjetividade: conhecer historicamente como nos constituímos sujeitos de saber; como, através deste conhecimento, se torna possível a existência de certos comportamentos desejados (v.g. através da disciplina); e, como nos constituímos sujeitos morais.¹⁶⁶

¹⁶² FONSECA, R. M., *Modernidade...*, p. 91.

¹⁶³ FOUCAULT, *Microfísica...*, p. 07.

¹⁶⁴ FONSECA, Ricardo Marcelo. *Direito e História: relações entre concepções de história, historiografia e a história do direito a partir da obra de Antônio Manuel Hespanha*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 1997, p. 13.

¹⁶⁵ FONSECA, R. M., *Modernidade...*, p. 91.

¹⁶⁶ O projeto teórico de Foucault pode ser pontuado da seguinte forma: “1) de relacionar as práticas epistêmicas e discursivas com o sujeito, que aparece em determinado momento no pensamento filosófico e científico (que enceta aquelas práticas discursivas) como tematizável; o homem, pois aparece como sujeito do saber (aqui a ontologia histórica de nós mesmos em relação à verdade através da qual nos constituímos em sujeitos de conhecimento); 2) de relacionar as práticas disciplinares que objetivam e dividem o sujeito (tal como ocorre com o preso, por exemplo), que então aparece não somente como tematizável pelo saber, mas como *sujeitado* pelo poder (aqui a ontologia jurídica de nós mesmos em relação ao campo de poder através do qual nos constituímos em sujeitos que atuam sobre os demais); e 3) de relacionar as práticas subjetivadoras do sujeito consigo mesmo, ou de demonstrar como o sujeito é constituído de si mesmo através da sexualidade, o que revela a

4.3. O DIREITO E A VONTADE DE SABER NO PROCESSO PENAL: ROMPENDO COM A IDÉIA DE CONCORDÂNCIA ENTRE O PENSAMENTO E O OBJETO, OU O PENSAMENTO CONSIGO MESMO

Na visão de Foucault, o direito é afastado do idealismo jurídico. É inconcebível a idéia de um direito que existe exterior ao próprio homem, acima do espírito humano ou que se impõe *per si*. Um direito concebido a partir de certas premissas: ora como um dado da natureza¹⁶⁷, tal como é formulado pela escola do Direito Natural; por vezes proveniente da divindade¹⁶⁸; ou então criado a partir da razão¹⁶⁹, enquanto dado, evento essencial ou uma forma de “dever ser”. Quaisquer

ação do sujeito sobre si de modo a constituí-lo como sujeito moral (aqui a ontologia histórica de nós mesmos em relação à ética da qual nos constituímos agentes morais).” (FONSECA, R. M., *Modernidade...*, p. 90-91)

¹⁶⁷ Se considerarmos que o “Direito Natural” não pode ser fundado em fatos, pois é um comando que não segue as ordens deste mundo e, portanto, não pode ser fruto de obras humanas, afirma-se que o direito é do mundo das normas. Para os irracionistas, o direito é apreendido pela intuição, pelo sentimento de uma qualidade, a do justo, da igualdade; enquanto que, para os racionalistas, o direito pode ser construído por raciocínios lógicos que servem para regular a vida da sociedade, e em última instância criar um código jurídico. Mas, longe do que se pensa, estas duas correntes não se chocam, antes, o que acontece no decorrer da história é uma transformação, uma laicização do direito que, no século XVII, culmina na Escola de Direito Natural.

Durante Antiguidade, o direito é reconhecido como aquilo que é justo, mas o que é o justo? Para Aristóteles, o justo se realiza ao dar a cada um o que lhe é devido. Para o filósofo grego, a justiça pode ser distributiva – permite dar a cada um o que lhe é devido tendo em conta uma relação das coisas distribuídas – ou pode ser comutativa, que tem um papel subsidiário em relação à primeira, pois visa restabelecer o equilíbrio substituído ao equivalente do bem que desapareceu. Aristóteles entende que o equilíbrio vem da natureza, que o justo é o natural, e que a natureza é um mundo exterior, tanto social como físico, que se impõe ao homem.

Para a Escola do Direito Natural, a natureza se torna a fonte do direito, e o direito natural é o conjunto dos princípios e regras ditadas pela razão humana. O direito natural, por conseguinte emana da natureza humana, “o direito natural é o dado que, pela mediação do consentimento, se tomará no direito positivo. Entendemos sobre este ponto que o direito não é uma questão de democracia, mas que sendo a origem da sociedade civil, resolvida pela hipótese do contrato social, o direito positivo ou voluntário tem, necessariamente, de passar pela vontade do indivíduo, pelo menos no seu princípio.” (MIAILLE, Op. Cit., p. 258)

No final do século XVII se pode atribuir dois sentidos ao conceito de direito natural: para os herdeiros do pensamento de Aristóteles, que se referem ao conjunto de relações aplicadas ao homem pela causalidade das coisas; a para os outros, da linha de Rousseau (os contratualistas modernos), a expressão diz respeito à natureza humana. Esta última, invocada na base das construções políticas e jurídicas da Revolução Francesa e, hoje em dia, nas lutas sociais e políticas em apoio das reivindicações nacionais e internacionais. (MIAILLE, Op. Cit.)

¹⁶⁸ Para São Tomás de Aquino, na Idade Média, a lei natural estaria inscrita no coração do homem e precisaria ser positivada, para que mantivesse uma certa distância do meio sobrenatural. A natureza, então, é o fundamento do direito, pois, ainda que conhecida pelo homem, submete-se à criação de Deus.

¹⁶⁹ Nos séculos XVII e XVIII o direito natural é o direito racional, ou seja, o direito natural que existe na medida em que nossa razão consegue aprender e consegue produzir o direito positivo. Como o direito natural existe em si, independente do que pensam os homens, é somente através do esforço intelectual que o homem pode trazê-lo ao plano concreto, vale dizer transformá-lo em direito

destas concepções não servem enquanto objeto de estudo, porque tal leitura seria a-histórica, na medida em que o buscado está comprometido no encontro da essência do direito. “Foucault pensa o direito externamente de todo sistema eidético: o ser do direito é sua história. Uma história, mas que não é aquela das teorias, dos instrumentos e dos comportamentos jurídicos, mas aquela do problema filosófico por excelência: a verdade. Não haverá uma alma, o direito, mas seguramente há uma prosa; a sua tarefa ‘nobre’ é narrar a verdade, *iuxta propria principia*.”¹⁷⁰

Observa-se, no entanto, que Foucault não centra seu objeto de estudo na prática legiferante do direito, preferindo o momento judiciário. Isto porque o direito, enquanto prática social, é o instrumento com maior força na produção dos efeitos de verdade, tanto para aqueles que se valem do discurso jurídico (juízes, advogados...) quanto para aqueles que se submetem à esfera jurídica (na maior parte das vezes, o réu), a ponto de constituir seus sujeitos: o indivíduo ou o grupo social. Mas toda forma de constituição do sujeito, toda subjetividade, guarda sua relatividade histórica.

positivo por meio de sua razão. Entra-se num impasse quando se trata desse assunto, pois como pode um único direito natural dar origem a tantos direitos positivos diferentes? Michel MIALLE explica que é possível o direito natural dar origem a diversos direitos positivos, porquanto se verifica a possibilidade da manutenção de certos princípios elementares imutáveis. Além de que as diferenças existentes são apenas na aplicação destes princípios.

Quando o direito positivo, que é determinado pelo contexto cultural e material, não encontra correspondência com o direito natural que é justo, este mesmo direito efetiva o papel de julgar o direito positivo e medir-lhe a justiça intrínseca - desempenhando, então, ao mesmo tempo a função de fonte do direito positivo e de critério de justiça. Assim, nota-se quando a teoria do direito natural inverteu completamente a pirâmide feudal, pois como poderia aceitar uma classe emergente como a burguesia que tinha o domínio econômico da época e ao mesmo tempo não era nada na ordem política? A solução histórica se deu pelo direito natural racional, uma inversão da ordem das coisas, que coloca o terceiro estado francês, em meados de 1789, na administração política central. Foi por meio do raciocínio lógico-formal, que o terceiro estado afirma ser a maioria da nação, formada por indivíduos livres e iguais em direitos, é que foi possível colocar um governo racional de homens que devem proteger esta nação. Tal governo não mais estava calcado nas ordens do soberano, a ordem nacional passou a estar baseada na lei, na impessoalidade das ordens, e somente através delas é que se desenvolveu a teoria dos direitos subjetivos (que visava à reviver na memória de seus governantes os direitos fundamentais do homem a tanto tempo “esquecidos”), sistema no qual se acreditava a justiça como possível apenas entre indivíduos livres e iguais. Embora a compreensão de um direito natural pela burguesia do século XVIII tenha sido a melhor maneira para resolver os problemas sociais e políticos da sociedade francesa daquele século, rompendo com a estrutura feudal e exigindo para si uma nova ordem; foi ao mesmo tempo um discurso com a máscara humanista voltado, sobretudo, à obtenção do poder pela burguesia. (MIALLE, Op. Cit., p. 258)

¹⁷⁰ NAPOLI, Paolo. *Le arti del vero: storia, diritto e politica* in Michel Foucault. Napoli: La Città del Sole, 2002, p. 340: “Foucault pensa il diritto è al di fuori di ogni schema eidetico: l'essere del diritto è la sua storia. Una storia, però, che non è quella delle teorie, degli strumenti e dei comportamenti giuridici, ma quella del problema filosofico per eccellenza: la verità. Non avrà un'anima, il diritto, ma ha certo un prosa; il suo compito 'nobile' è raccontare il vero, *iuxta propria principia*.” [tradução do autor]

Segundo Napoli, a tese mais importante de “A verdade e as formas jurídicas”: ao mesmo tempo em que o homem ocidental concebe as coisas através de um critério de verdade¹⁷¹, ele próprio se constitui como sujeito¹⁷². Desta relação entre o sujeito e seu saber é possível extrair duas conseqüentes diretrizes: não há práticas sociais (em relevo, a jurídica) alheias à estrutura política; as estruturas políticas não são externas ao sujeito de conhecimento, elas constituem o sujeito de conhecimento. Isto porque

... as condições políticas, econômicas de existência não são um véu ou obstáculo para o sujeito de conhecimento, mas aquilo através do que se formam os sujeitos de conhecimento e, por conseguinte, as relações de verdade. Só pode haver certos tipos de sujeito de conhecimento, certos ordens de verdade, certos domínios de saber a partir de condições políticas que são o solo em que se formam o sujeito, os domínios de saber e as relações com a verdade.¹⁷³

O direito (mais especificamente o processo penal) é visto não só como meio de apreensão da verdade, mas prática social que constitui certa verdade, determinados sujeitos de conhecimento e efeitos de verdade. A atividade jurisdicional ao permitir diligências “necessárias” ou ao dizer o direito ante o caso concreto tem por objetivo mais do que a verdade da coisa, ou sua busca. Antes de tudo, o que se quer é “produzir um efeito de verdade mediante um jogo de desempenhos de atores diversos: órgão julgante, partes, testemunhas, peritos, etc. No direito, a verdade é primeiramente um problema e, em segundo lugar, uma solução.”¹⁷⁴ Como problema, seu âmbito é processual, uma técnica (v.g. inquérito e exame) que confere ares de verdade a certas situações sociais, isto porque precisa dos efeitos de verdade.

¹⁷¹ “Toda sociedade tem seu regime de verdade, quer dizer, os modos institucionalizados e efetivos de circulação de discursos que não são em si mesmos nem verdadeiros, nem falsos. Para ele, uma proposição científica nela mesma nada tem de violenta ou institucional. O que Foucault critica são as pretensões à unidade, à totalidade, aos ‘efeitos de poder centralizadores que estão ligados à instituição e ao funcionamento de um discurso científico organizado no interior de uma sociedade como a nossa.” (ARAÚJO, Inês Lacerda. *Introdução à filosofia da ciência*. 3ª ed. Curitiba: UFPR, 2003, p. 216.)

¹⁷² “O sujeito é uma categoria que aparece com funções diferentes nos diferentes discursos e em ordens diferentes de saber. Não há o sujeito de conhecimento enquanto tal. Nos enunciados do discurso ele é um lugar vazio que será preenchido conforme quem tenha acesso regulamentado socialmente para ocupá-lo.” (Id.)

¹⁷³ FOUCAULT, *A Verdade...*, p. 27.

¹⁷⁴ NAPOLI, Op. Cit., p. 342: “... produrre un effetto di verità mediante um gioco di prestazioni rese da attori diversi: organi giudicante, parti, testimoni, periti, ecc. Nel diritto la verità è innanzitutto um problema e in secondo luogo uma soluzione.” [tradução do autor]

A verdade judiciária não exprime uma verdade ontologicamente existente, nem o jurista pode ser encarado como o responsável pela apreensão do que não existe (“a verdade dos fatos”). Um exemplo da verdade processual confundida com a “verdade ontológica” é a confissão, da qual não se pode esquecer que esta prática enuncia apenas uma verdade histórica, não uma realidade inquestionável, na medida em que depende do sujeito que confessa e de um estatuto de verdade que a aceite.

Como efeito de verdade veiculado pelo processo penal é possível se vislumbrar a integração social, que se dá “... mediante a produção de categorias simbólicas, dando um senso relacional aos homens”¹⁷⁵. Nada mais simbólico do que a pena impingida como resultado do processo, no sentido de reprovação social do fato¹⁷⁶, porquanto demonstra cumprida a tarefa da Justiça, ao mesmo tempo em que se cresce socialmente certo sentimento de reparação do dano.

De todo modo, pensa-se o processo penal qualificado por sua inconsistência e prejuízo toda vez que remete à verdade, em seu sentido ontológico, pelas razões desenvolvidas até aqui. Pensar e repensar o processo significa romper com este entendimento e justificação dos atos processuais, da função, da finalidade do processo e da história do direito processual penal. Isto no sentido de nos situarmos como crítica descontente não somente com a fundamentação dogmática do processo, das práticas jurídicas sedimentadas, mas também com os efeitos nocivos engendrados pela verdade originária.

¹⁷⁵ Ibid., p. 364: “... mediante la produzione di categorie simboliche, dando un senso relazionale agli uomini”. [tradução do autor]

¹⁷⁶ Para maiores esclarecimentos remetemos o leitor à HULSMAN, Louk, CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas Perdidas: o sistema penal em questão*. Rio de Janeiro: LUAM, 1993, p. 119-221.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou lançar algumas sementes de dúvida quanto à legitimidade da invocação da verdade no âmbito processual penal. A dignidade desta tarefa reside em seu escopo: critica-se desde logo o trato dogmático da verdade e sua (in)conseqüente utilização como fundamento para o encadeamento processual.

Trata-se de uma discussão que nasce no meio acadêmico, através do estudo compromissado com a simples aceitação das explicações dogmáticas, e tem seu valor no repensar, externamente, a pedra angular sobre a qual se assenta o processo penal e sua missão.

O objeto de crítica é a verdade, mormente entendida através da concepção nietzscheana “origem”, que por legitimar o discurso de poder estatal. A categoria filosófica “verdade”, quando incorporada pelo discurso jurídico, passa a ser caracterizada por sua difusão e imprecisão. O que resulta num exercício de poder legítimo (pela verdade originária) que se imiscui nos mais variados procedimentos do processo penal, mais do que isso, a verdade é internalizada como tarefa precípua ao operador do direito e do processo penal, além de ser uma categoria jurídica elástica o suficiente para tudo abarcar, o que gera efeitos jurídicos e extra-jurídicos.

De todo modo, a opção processual penal pela “verdade” originária acaba por desvirtuar qualquer discussão que coloque em palco a legitimidade, o que remete a certas posturas para com o processo penal. Num primeiro plano, quanto à natureza, consiste numa “concordância do pensamento com o objeto”, ou como “concordância do pensamento consigo mesmo”. Em segundo, a verdade passa a ser única no tempo e espaço, aceitando-a como imutável e contínua.

Como marco teórico, elegeu-se Michel Foucault, quem, a partir da leitura de Friedrich Wilhelm Nietzsche, rejeita o aspecto originário da verdade, para a tratar como “invenção”. Aqui jaz a verdade inquestionável, sua fluidez a toma por completo, no sentido de que passa a existir a vontade de verdade e seus efeitos de poder. Isto porque a contribuição de Nietzsche é instrumento para uma análise histórica da “política da verdade”, em que pesem as condições políticas e econômicas de existência, “dada a direta conexão da sua temática com os pressupostos políticos fundamentais de uma comunidade e com a concepção do

homem que lhe subjaz”¹⁷⁷, na constituição do sujeito, certos domínios de saber e campos de verdade.

Através da relação existente entre o saber, o poder e o Direito, na configuração histórica moderna, que melhor se pode vislumbrar o aperfeiçoamento o trato da “verdade” no processo penal. Isto porque, ela tem sua função – seja dar a almejada segurança jurídica, constituir um discurso plausível para a sociedade, selecionar a “verdade” dentre de outras formas possíveis – e seu conteúdo, o qual se justifica racionalmente, mas que guarda em seu bojo inúmeras irracionalidades (v.g. a avaliação da personalidade do autor de um crime, e a existência de estigmas na construção de determinada “verdade”).

Responde-se às duas posturas de raízes na verdade “origem” com outras duas que tem como fundamento a “invenção”.

A verdade como invenção é histórica, é “deste mundo”, como disse Foucault, e por isso está sujeita às rupturas e continuidades, com funcionamento diverso a depender das relações de saber e de poder. Trata-se de algo mais do que reconstituir a história do processo, é, outrossim, de saber como foi possível, no Ocidente, a emergência das diversas formas de saber e de subjetividade.

Quanto à postura filosófica, a invenção coloca o homem em seu devido lugar, como ser inventivo e, portanto, não mero colecionador do que está no mundo. Somos sujeitos constituintes e constituídos numa rede de poder e saber que se propaga no âmbito penal. Nesse sentido, dizemos quem, pelo que e porquê se é culpado, através de um mecanismo duvidoso que é o processo penal, mas cujos ares de verdade rendem sua legitimidade e confiança de nossa sociedade.

O mundo do direito processual penal moderno, visto como técnica à verdade, ou então procedimento útil e necessário que, com base nela, conduz alguém com *status* de inocente a condenado, de livre a preso, não resiste à crítica histórica e filosófica sobre a política da verdade em Foucault. Ao contrário, o reconhecimento da invenção devolve ao homem ao que é dele, faz emergir relações outras (que não estritamente do conhecimento) sobre o poder, o saber e a constituição da subjetividade.

¹⁷⁷ Em prefácio à obra DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra, 1974.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Aluizio Batista de. *Elementos de Sociologia do Direito em Max Weber*. Florianópolis: Insular, 2001.

ARAÚJO, Inês Lacerda. *Introdução à filosofia da ciência*. 3ª ed. Curitiba: UFPR, 2003.

BAPTISTA, Francisco das Neves. *O mito da verdade real na dogmática do processo penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARREIROS, José Antônio. *Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 1981.

BÍBLIA, N.T. São João. Português. Bíblia Sagrada: edição pastoral. Trad: João Ferreira de Almeida. Brasília: Sociedade Bíblica do Brasil, 1969. Cap. 14, ver. 6.

BURKE, Peter(org.). *A escrita da história: novas perspectivas*. São Paulo: Edusp, 1992.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbknian, 1989.

CARNELUTTI, Francesco. "Verità, dubbio, certezza." In *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, v. XX, p. 4-9, 1965.

_____. *As misérias do processo penal*. Trad. José Antônio Cardinalli. 6ª ed. Campinas: Bookseller, 2005.

_____. *Lecciones sobre el Proceso Penal*. 4 tomos. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; Bosch y Cia. Editores, 1950, v.1.

CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

CHALMERS, A.F. *O que é ciência, afinal?* Trad. Raul Fiker. São Paulo: Brasiliense, 1993, pp. 124-125

CHAUÍ, Marilena. *Brasil: mito fundador e sociedade autoritária*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.

CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: Utet, 1986.

_____. *Procedimiento Penal*. Trad. Jorge Guerrero. Sante Fé de Bogotá: Temis, 2000, 2T.

COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda de. "Glosas ao 'Verdade dúvida e certeza', de Francesco Carnelutti." In *Revista de Estudos Criminais*, a. IV, nº 14, p. 77-94, 2004.

_____. "O papel do novo juiz no processo penal." In *Crítica à Teoria Geral do Processo Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 3-55, 2001.

_____. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. In *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba: UFPR, nº 30, p. 163-198, 1998.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra, 1974.

DIAS, Luciana Drimel. *A verdade e a prova judicial* (uma análise filosófico-processual da verdade voltada à teoria geral da prova). Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito. Curitiba: Universidade Federal do Paraná.

DREYFUS, Hubert L., RABINOW, Paul. *Michel Foucault, uma trajetória filosófica: (para além do estruturalismo e da hermenêutica)*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

EYMERICO, Nicolau. *Manual da Inquisição*. Trad. Affonso Celso de Godoy. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2006.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo, Atlas, 1988.

FONSECA, Ângela Couto Machado. *Conhecimento e moral: análise da concepção nietzscheana da verdade presente no ensaio "Sobre Verdade e Mentira no Sentido Extra-Moral"*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Filosofia. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2003.

FONSECA, Ricardo Marcelo. *Direito e História: relações entre concepções de história, historiografia e a história do direito a partir da obra de Antônio Manuel Hespanha*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 1997.

_____. *Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica*. São Paulo: LTr, 2002.

_____. "O Poder entre o Direito e a 'Norma': Foucault e Deleuze na Teoria do Estado." In *Repensando a Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, p. 259-281.

_____. "A história no direito e a verdade no processo: o argumento de MICHEL FOUCAULT." In *GENESIS – Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba, nº 17, p. 570-585, jul-set/200.

FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU, 2005.

_____. *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*. Rio de Janeiro: NAU, 2005.

_____. *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

_____. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Petrópolis: Vozes, 1987.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Rio de Janeiro: Vozes, 1997.

HULSMAN, Louk, CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas Perdidas: o sistema penal em questão*. Rio de Janeiro: LUAM, 1993.

HUSSERL, Edmund. *A idéia da Fenomenologia*. Lisboa: Edições 70, 1989.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *A Monografia Jurídica*. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista)*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A Lógica das provas em matéria criminal*. São Paulo: Saraiva, 1960, v. 1.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, 1997, v. 1.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Millennium, 1999, v.1.

MIAILLE, Michel. *Uma introdução crítica ao Direito*. Lisboa: Moraes, 1979.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOURA, Carlos Alberto Ribeiro de. *Racionalidade e Crise: Estudos de História de Filosofia Moderna e Contemporânea*. São Paulo: UFPR, 2001.

NAPOLI, Paolo. *Le arti del vero: storia, diritto e política in Michel Foucault*. Napoli: La Città del Sole, 2002.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *A gaia ciência*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

_____. *Acerca da verdade e da mentira*. São Paulo: Rideel, 2005.

_____. *Ecce homo: de como a gente se torna o que a gente é*. Porto Alegre: L&PM, 2003.

Novíssimo Digesto Italiano. Processo Penale (Diritto Romano). Torino: UTET, 1968, vol. XIII.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

REALE, Giovanni, ANTISERI, Dario. *História da Filosofia: do Romantismo até nossos dias*. São Paulo: Paulus, 1991, v. 3.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Um discurso sobre as ciências*. São Paulo Cortez, 2005.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Criminologia Radical*. Curitiba ICPC; Lúmen Júris, 2006.

_____. *Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial*. Curitiba: ICPC; Lúmen Júris, 2005.

TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 2.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 3ªed. São Paulo: Saraiva, 2001, v. 1.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. São Paulo: Saraiva, 2002.