

A problemática da verdade processual penal dentro de um sistema de garantias penais constitucionais

The problematic of the penal procedural truth inside a system of constitutional penal guarantees

Alisson Thales Moura Martins¹

Resumo: Este trabalho pretende explicar sobre o Garantismo Penal Brasileiro e a problemática da busca pela verdade processual dentro de um sistema de garantias, salientando os seus principais princípios constitucionais penais e processuais penais. Visa tratar, especificamente, sobre a verdade processual penal e a problemática existencial entre a verdade real e a verdade formal, tomando por base a obra de Luigi Ferrajoli, *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, realizando a abordagem dos temas de maior debate dentro do garantismo de Ferrajoli, trazendo o pensamento de outros autores para uma melhor concepção das garantias, bem como a análise retirada do ponto de vista do autor.

Palavras-chave: Penal; Verdade Real; Princípios Constitucionais.

Abstract: The objective of this paper is to explain about the Brazilian Penal Guaranteeing and the problematic of the search for the procedural truth inside a system of guarantees, highlighting its principal constitutional penal and penal procedural principles. It aims, specifically, at treating about the penal procedural truth and the existing problematic between the real and the normal truth, based on the book *Direito e Razão* by Luigi Ferrajoli: *Theory of the Penal Guaranteeing*, performing the approach of the two major debatable themes within the guaranteeing by Ferrajoli, bringing other authors' thoughts for a better conception of guarantees as well as the analysis according the author's point of view.

Keywords: Penal guaranteeing; Real truth; Constitutional Principles

INTRODUÇÃO

• O garantismo penal

A princípio, faz mister explicar que a sociedade, desde sua primitiva concepção, careceu de um mecanismo que exercesse o papel de um alicerce à convivência humana, posteriormente nomeado por Direito, que, sem delongas, podemos afirmar ser este um conjunto de normas obrigatórias e garantidoras de uma boa convivência social, devido ao fato de impor limites ao comportamento de seus membros, ou, como nos ensina o mestre Miguel Reale, “O Direito é, sob certo prisma, um manto protetor de organização e de direção dos comportamentos sociais.” (REALE, 2009, p.5)

Para tanto, o Direito fez surgir o Estado, a máquina do raciocínio jurídico com a função de defesa da ordem, que através de um contrato social, a sociedade abre mão de certos direitos em seu “estado de natureza”, reconhecendo a autoridade de um conjunto de regras que passará a regulamentar o comportamento e a ordem social, e, caso a sociedade ultrapassasse os limites impostos pela autoridade, o contrato estaria quebrado para com o desajustado.

A punibilidade do indivíduo surge quando ocorre a quebra deste contrato social, surgindo o *Ius Puniendi* Estatal, transformando o direito de punir que era abstrato em concreto.

A necessidade de punir aqueles que se comporta-

vam de maneira contrária ao ordenamento fez surgir as penas, que, inclusive, por muito tempo foram mais pesadas para a humanidade do que a própria prática da quebra contratual, chamada delito. Pois, na maioria das vezes, elas eram mais cruéis do que a violência causada pelos delinquentes.

Atualmente, para que ocorra a imposição de uma pena, é necessário que haja um processo, pois não há pena sem culpa, e muito menos esta sem sua devida comprovação, com o dever da acusação e o direito da defesa sendo exercidas diante do órgão julgador.

Ora, não há que se falar, portanto, em uma conduta irregular, sem que antes tenha sido realizada uma proibição, sendo este o papel da lei, que é o objeto do Direito, pelo qual se impõe os limites que a sociedade aceitou e ainda aceita, para uma convivência regulada pelo Estado, em sua função de protetor.

O Direito Penal, ferramenta coercitiva do Estado, é o instrumento responsável pela manutenção da convivência social que se preocupa em tutelar os bens jurídicos de valores elementares para a vida em sociedade, normatizando as condutas que causem ofensa aos tutelados. Assim, sempre que surge a ofensa, deve surgir também a norma que tenha por interesse proteger o ofendido, na sua função de corrigir o membro infrator, mas deve também regulamentar as condutas previamente, esperando prevenir uma futura violação.

¹ Mestrando em Direito da Sociedade da Informação da FMU (SP); Professor da Faculdade de Direito da Fundação de Ensino Superior de Passos (FESP/UEMG). **Email:** alissonfesp@hotmail.com

Ocorre que o Estado acaba por exercer uma função falsa de protetor. Pois, nem sempre sua ação e seu funcionamento tomam a forma prevista em seus dispositivos, e as práticas e técnicas estatais acabam fugindo à sistematização jurídica. Portanto, o exercício do poder acabou se corrompendo tornando necessário criar normas que protegessem a sociedade daquele que tem por dever a resguardar.

Surge uma desarmonia entre a norma e as práticas fundamentadas por ela, um descompasso entre a normatização e a efetividade da norma. Trazendo à vida a busca por uma melhor adequação das prescrições normativas aos atos praticados, sendo este o momento em que se percebe a necessidade de um sistema de garantias, que venha a servir como uma forma de diminuir a distância entre o “dever ser” e o “ser”, ou do normativismo e a efetividade. Trata-se, portanto, de um sistema que pretende tutelar as liberdades do indivíduo frente às variadas formas do exercício arbitrário de poder.

A sociedade se vê enfrentando um problema que não é a simples criação de normas que regulam o comportamento humano, pois a lei por si só não inibe o comportamento transgressivo, mas sim, a busca pela eficácia normativa, e esta só será encontrada em um sistema de garantias.

O conjunto de pensamentos dos principais autores, objeto desta pesquisa, nos apresenta a problemática entre a busca de uma certeza na produção e investigação de provas. Para Hans Kelsen, a eficácia das normas se encontra garantida pela existência de uma norma superior que trace diretrizes à inferior, pois “o Direito regula a sua própria criação, na medida em que uma norma jurídica determina o modo em que outra norma é criada e também, até certo ponto, o conteúdo dessa norma” (KELSEN, 1995, p. 129). Ou seja, a hierarquia das normas é a essência da eficácia normativa. E para que a teoria garantista venha a ter maior eficácia, necessário vê-la por partes, no momento da criação das normas, respeitando sempre a norma superior, até chegar ao topo, que é a Constituição, vista por ele como o fundamento supremo de validade.

Porém, o próprio legislador é passivo de enganos, e, nem sempre, o fruto de seu trabalho alcança a vontade geral, como deveria de ser. Daí, a necessidade de haver garantias, pois, se não assim, enfrentaríamos no futuro o momento em que o conjunto de juristas no poder não seria diferente de um único homem no trono.

É necessário incluir ao pensamento de kelsen o valor material à norma, como os direitos fundamentais, que é exatamente o elemento substancial do direito. Porém, este não possui um conteúdo determinado e fixado, podendo qualquer pretensão, vir a se tornar um direito fundamental, já que no critério formal da criação das normas não se analisa o conteúdo, mas sim, se está sendo formalmente construído. Além de que, impor um conteúdo aos direitos fundamentais poderia trazer um impac-

se no futuro, qual seja limitar a criação de algum outro direito fundamental, que possa a vir ser necessário.

Compreende-se, portanto, que no raciocínio do grande professor italiano, fundador do pensamento garantista, o Garantismo encontra-se intimamente ligado com o conteúdo dos Direitos Fundamentais, partindo da normatividade à efetividade em um Estado Garantista com graduações, obedecendo sempre à hierarquia das normas, pois é na nossa lei maior que se encontram os princípios garantidores, já que a eficácia de uma norma aparece quando existe uma garantia sobre ela.

Entretanto, mesmo sendo o Direito Penal uma ciência já antiga, esta ainda se encontra em processo de desenvolvimento, e permanecerá assim, pois a sociedade cresce e se modifica com a passagem do tempo, devendo o Direito acompanhá-la em sua evolução. Para tanto, é preciso dar ao Poder Judiciário uma discricionariedade no momento de aplicar as normas, pois não existe um silogismo jurídico perfeito, este sistema é utópico e jamais passará de brumas. Assim sendo, é necessário que o juiz, sujeito de um papel imprescindível no direito, possua o poder de analisar subjetivamente o caso concreto, não exercendo o papel de “boca da lei”, mas sim, o espírito dela. Em muito se diferencia o mecanismo jurídico, que seria um silogismo perfeito, do sistema garantista, se tratando este de um limite ao poder de punir do Estado.

De acordo com Ferrajoli (2002, p.34), em sua obra chave para este trabalho, *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*:

O modelo penal garantista, ao ter a função de delimitar o poder punitivo do Estado mediante a exclusão das punições extra ou ultra legem, não é absoluto incompatível com a presença de momentos valorativos, quando estes, em vez de se dirigirem a punir o réu para além dos delitos cometidos, servem para excluir sua responsabilidade ou para atenuar as penas segundo as específicas e particulares circunstâncias nas quais os fatos comprovados se tenham verificado.

Nesta linha, pretende este trabalho demonstrar a necessidade de um sistema de garantias no Direito Penal e Direito Processual Penal, demonstrando, para tanto, quais são as mais importantes entre elas, bem como, as que geram maiores controvérsias.

O GARANTISMO E O PROCESSO PENAL

O processo deve buscar sempre a certeza para a aplicação da pena, bem como, ser a ferramenta de garantia das liberdades individuais, protegendo a sociedade da arbitrariedade jurídica, permitindo sempre que sejam utilizadas em seu favor as garantias individuais constitucionais, como a presunção de inocência, através da diminuição da discricionariedade que este causa no poder de punir do Estado.

O Juiz é o principal garantidor dos direitos fundamentais no processo penal, que não pode permanecer

inerte ao observar uma ofensa dirigida a eles, portanto, pode-se afirmar que o Poder Judiciário é o mais importante responsável pela eficácia das garantias, sendo ele o responsável por aceitar ou não a utilização da norma. Ferrajoli entende que o modelo penal garantista está ligado à maximização do saber jurídico e a minimização do poder, devendo as decisões ser tomadas de acordo com a verdade, pois quanto maior é o poder, menor é o saber, e vice-versa. Para tanto, o Direito Processual Penal possui cinco princípios basilares, como nos mostra o ilustre doutrinador Aury Lopes Jr. (2010, p.11-14), em seu artigo didático:

(a) **Jurisdicionalidade** - É um pressuposto para o processo penal, direito ao juiz natural com inderrogabilidade do juízo e proibição de um juiz de exceção. A garantia da jurisdicionalidade deve ser vista no contexto das garantias orgânicas da magistratura, de modo a orientar a inserção do juiz no marco institucional da independência, pressuposto da imparcialidade, que deverá orientar sua relação com as partes no processo. Ademais, o acesso à jurisdição é premissa material e lógica para a efetividade dos direitos fundamentais.

(b) **Separação das atividades de julgar e acusar** - Figura-se o Ministério Público como o único órgão capaz de realizar a atividade inquisitória dentro de um processo, cabendo ao juiz o papel de agente inerte ao aguardo de provocação, respeitando o princípio da imparcialidade, pois em muito se confundiria, e problemas causaria ao acusado, se o mesmo órgão responsável por acusar fosse o que realizasse a tarefa final de julgar, gerando ofensa ao contraditório.

(c) **Presunção de inocência** - É o estado de não-culpabilidade. É um “dever de tratamento” por parte do juiz e de quem acusa, e, a partir daí, a necessidade de provar incube integralmente ao acusador. É a garantia de que o estado de inocência, inerente a toda pessoa humana, permanecerá até que sua sentença penal condenatória seja transitada em julgado. Portanto, ao acusado, que se presume inocência, não cabe provar absolutamente nada, mas sim, ao acusador, pois existe uma presunção que deve ser destruída. Ao juiz, cabe aceitar a acusação, apenas quando houver provas robustas nos autos, e nunca quando estiverem insuficientemente comprovadas. No Brasil, a presunção de inocência está consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição, sendo o princípio reitor do processo penal, considerado por muitos o princípio mais importante no processo, e, em última análise, podemos verificar a qualidade de um sistema processual através do seu nível de observância (eficácia).

(d) **Contraditório e ampla defesa** - Direito de informação e reação, é um método de comprovação da verdade e confrontação da prova, onde deve ser informado o réu sobre sua acusação, para que este possa exercer o seu direito de reagir. É um princípio basilar processual, pois se o objetivo do processo é, ao final de seus procedimentos, com base no saber adquirido,

julgar inocente ou culpado o acusado, este deve ter igualdade de tratamento em produzir provas e total assistência judiciária para que possa realizar sua defesa.

(e) **Fundamentação das decisões judiciais** - É o conhecimento das razões que levou o juiz a decidir. O Juiz deve ser entendido como um ser que não possui conhecimento dos fatos ocorridos até que demonstrados no processo, para, assim, poder tomar sua decisão sem risco de realizá-la de maneira parcial. Deve ser respeitado o princípio da proporcionalidade e necessidade, entre outros. Sendo que ao fim, toda a motivação que levou o juiz a decidir deve ser fundamentada, devendo seguir a forma que determina as normas processuais, como um juízo de racionalidade, conforme impõe o Estado Democrático de Direito.

Finaliza o ilustre doutrinador, em poucas palavras a importância do Garantismo no Processo Penal:

No modelo garantista não se admite nenhuma imposição de pena: sem que se produza a comissão de um delito; sem que ele esteja previamente tipificado por lei; sem que exista necessidade de sua proibição e punição; sem que os efeitos da conduta sejam lesivos para terceiros; sem o caráter exterior ou material da ação criminosa; sem a imputabilidade e culpabilidade do autor; e sem que tudo isso seja verificado através de uma prova empírica, levada pela acusação a um juiz imparcial em um processo público, contraditório, com amplitude de defesa e mediante um procedimento legalmente preestabelecido (LOPES JUNIOR, 2010, p.15).

OS PRINCÍPIOS COMO BASE DO GARANTISMO PENAL.

O Princípio é a idéia que sustenta o direito positivo, como uma base inerente ao conteúdo das normas agindo como fundamento do direito, servindo como um orientador da interpretação da norma, não podendo jamais ser contrariado, já que foi utilizado como alicerce para o surgimento da própria norma. A principal fonte do Direito Processual é a Constituição, a fonte secundária é a lei, e, por seqüência, como fonte subsidiária, encontra-se a analogia, os princípios e o costume. Portanto, os princípios atuam como elemento integrador do direito.

Os princípios são a ligação do direito com a realidade, neste sentido, a doutrina de José de Albuquerque Rocha:

De forma que a mais essencial função dos princípios é qualificar a realidade, ou seja, é valorar a realidade, é atribuir-lhe um valor, a indicar ao intérprete ou ao legislador que a realidade deve ser tratada normativamente de acordo com o valor que o princípio lhe confere. Isso significa que as funções dos princípios, em relação as normas jurídicas, são uma derivação lógica de sua função essencial de qualificação da realidade. Ou seja, os princípios tem função de fundamentação das normas justamente por que elas não podem contrariar o valor por eles proclamados; tem função de guia interpretativo justamente por que as normas devem ser interpretadas em harmonia com os valores neles consagrados; finalmente, tem

função supletiva por que a norma do caso concreto deve ser formulada em atenção aos valores neles fixados (ROCHA, 2009, p.28).

Mesmo os princípios ainda não expressos no ordenamento jurídico possuem valor implícito às normas, lado outro, os princípios fundamentais do Processo Penal, que servem como alicerce ao Garantismo Penal, encontram-se expressos em nossa Carta Magna, possuindo valia incontestável.

As garantias constitucionais, bem como os direitos fundamentais e os princípios, possuem maior força quando atuam de forma coordenada e integradamente, constituindo um paradigma de garantias processuais. A Constituição brasileira dá grande ênfase à proteção de princípios, que, em conjunto com as garantias fundamentais, vêm estabelecer limites ao *Ius Puniend* Estatal, sendo eles de valor significativo para a política-criminal, não permitindo que o Estado interfira ilimitadamente na vida dos cidadãos.

Para que os princípios sejam efetivos, é necessário, que em conjunto busquem assegurar o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e, portanto, a limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade.

O Ministro Luiz Flavio Gomes (2010, p.19-27), em sua aula sobre a disciplina da Teoria do Garantismo Penal, conceitua os doze princípios mais importantes ao Direito Penal, de onde se pode retirar a breve explicação:

(a) **Exclusiva proteção de bens jurídicos:** Trata-se de uma imposição quanto ao objeto tutelado pelo Direito Penal, qual seja, apenas os bens jurídicos de valor relevantes para a convivência em sociedade merecem a proteção dada pelo Direito Penal, não devendo este se importar em proteger valores morais ou religiosos;

(b) **Intervenção mínima:** Tal Princípio traz outros dois consigo, o da Subsidiariedade e o da Fragmentariedade, para juntos permitir que o Direito Penal interfira o mínimo possível na vida das pessoas, já que este é uma medida drástica, que deve ser tomada apenas quando os outros ramos do Direito já houverem agido;

(c) **Materialização do Fato:** O Direito Penal deve se preocupar primordialmente com o fato, e não com o agente, pois é imprescindível analisar a conduta, e apenas no momento de aplicar a pena que as características do agente devem ser valoradas;

(d) **Legalidade:** Este Princípio impõe respeito a criação normativa do Poder Legislativo, determinando que ninguém será obrigado a fazer algo se não por lei, se encontra reforçado pelo Princípio da Reserva legal, que determina que apenas a lei pode criar uma conduta incriminadora, sendo, portanto, o Princípio da Legalidade mais amplo que o da Reserva Legal;

(e) **Ofensividade:** Age como um controle do conteúdo da lei penal quanto à presença e grau da ofensi-

vidade penalmente relevante. Para que haja um crime, o bem juridicamente protegido deve sofrer lesão grave ou ser colocado em uma situação de perigo concreto, não sendo suficiente para uma condenação, o perigo abstrato;

(f) **Responsabilidade Pessoal:** Garante que a responsabilidade penal é pessoal, individual e não coletiva, não podendo uma pessoa responder pelo crime praticado por outrem, sendo que se um crime for praticado por várias pessoas, deve-se individualizar a conduta de cada um, para que respondam na medida de sua culpabilidade;

(g) **Responsabilidade Subjetiva:** Ninguém pode ser punido apenas pela existência da responsabilidade pessoal, deve haver também a responsabilidade subjetiva, a vontade de agir de forma errada, em regra deve haver o dolo. Assim, a responsabilidade penal é subjetiva, não podendo haver uma condenação quando presente apenas a responsabilidade objetiva. Em casos onde a lei permitir, pode o agente vir a ser punido somente pela existência da culpa;

(h) **Culpabilidade:** Quando verificado a existência de um crime, deve-se atentar à culpabilidade do agente, ao grau de reprovabilidade existente em sua conduta. Para ser culpado, deve o acusado possuir potencial conhecimento sobre o crime praticado, ou seja, ele não é obrigado a saber que tal conduta é crime, mas sim, haver a possibilidade de sabê-lo. E ainda, a exigibilidade de conduta diversa, devendo se perguntar se era possível ao agente agir de maneira diversa à que decidiu agir;

(i) **Igualdade:** Uma das garantias mais conhecidas no direito, o princípio da igualdade, ou isonomia, em âmbito penal, refere-se ao dever de tratar a todos igualmente dentro de um processo penal, porém, na medida de suas desigualdades. Trata-se igualmente os iguais, e os desiguais diferentemente;

(j) **Proibição de pena indigna:** A constituição Federal trata como garantia fundamental o princípio da dignidade humana, sendo que a proibição de pena indigna é uma das garantias de tal princípio, não permitindo que o legislador crie, ou o judiciário aplique, pena que de qualquer forma venha a ofender a dignidade da pessoa humana;

(k) **Humanidade:** Confunde-se com o princípio supracitado, pois limita a existência de penas degradantes e indignas, porém, este é mais abrangente que aquele, pois se aplica em outros momentos penais, não somente no momento de aplicar a pena, mas em todos os momentos processuais, devendo ser o réu tratado com dignidade, principalmente pela observância do princípio da presunção de inocência, que é praticamente um dever de tratamento por parte do magistrado. Entretanto, deve-se sempre haver um equilíbrio entre a segurança pública e as garantias individuais, devendo prevalecer sempre o interesse público;

(l) **Proporcionalidade:** Tal princípio garante que a pena aplicada deve ser proporcional ao delito cometido

do, não devendo ser ela mais grave, nem mesmo mais branda, do que o necessário para atingir os objetivos da pena, quais sejam: prevenir e punir.

A VERDADE PROCESSUAL.

Ad initio, é importante explicar a respeito do Princípio Dispositivo, que determina que o juiz depende da iniciativa das partes em apresentar as provas que atuarão como fundamento de sua decisão, ou seja, é a iniciativa probatória que surge das partes, agindo assim, estará sendo garantida a imparcialidade do órgão julgador. Entretanto, nem sempre as partes apresentam provas suficientes, neste caso o juiz poderá diligenciar a produção de novas provas até que se obtenha a certeza, tão necessária para o julgamento, como explica a doutrina de Antonio Carlos de Araújo Cintra:

O poder de disposição das partes em relação ao desenvolvimento do processo é consequência da própria estrutura deste. Vários fatores influenciam na regulamentação dos poderes do juiz no processo: uns, político-filosóficos, outros técnicos e outros, ainda locais – jamais perdendo-se de vista o mais importante dogma relativo ao juiz, que é o zelo pela sua imparcialidade (CINTRA, 2010, p.70).

Há que se distinguir Dispositivo de Disponibilidade, onde este, segundo Fernando Capez (2011, p.65), “é a liberdade que as pessoas têm de exercer ou não seus direitos. No direito processual civil é quase absoluta esta disponibilidade, já que as únicas limitações decorrem da natureza indisponível de certos direitos materiais”. A verdade, no âmbito processual, se dá através de uma reconstrução dos fatos, e pode ser considerada formal, quando for extraída da análise das provas levadas aos autos pelas partes, sendo que o juiz praticamente não interfere em sua produção, ou real, quando o fato investigado nos autos deve corresponder aos fatos que se encontram fora do processo.

• A verdade formal

Entende-se por verdade formal, aquela alcançada pelas provas apresentadas pelas partes, podendo o juiz ser mais tolerante no que se refere a tal apuração, sem que haja uma exigência de diligenciar ex officio a busca por outros meios comprobatórios, inclusive, pelo fato de que em alguns momentos nem mesmo é possível encontrar outras provas.

Predomina no Direito Civil a verdade formal, seguindo ainda o Princípio Dispositivo, visando à rápida solução do caso e evitando maiores contratempos e prejuízos para as partes, principalmente por se tratar de direitos disponíveis, não necessitando o juiz exaurir suas forças para que chegue a uma conclusão que solucionará o conflito a ele levado. Clara Dias Soares, em seu artigo A Verdade no Processo Penal Brasileiro, esclarece sobre o assunto:

Ainda que a verdade judicial não corresponda à completa realidade dos fatos, não é meio hábil a corromper a decisão

proferida no processo. Isso porque ela foi produzida em consonância com o conjunto probatório que emerge dos autos, ou seja, a atuação jurisdicional está devidamente amparada e fundamentada por tudo que consta do processo, não representando, assim, uma imposição estatal (SOARES, 2008, p.02).

Coaduna com este pensamento a doutrina de Antonio Carlos Araújo Cintra, quando ressalta que:

No campo do processo civil, embora o juiz hoje não mais se limite a assistir inerte à produção das provas, pois em princípio pode assumir a iniciativa destas (CPC; arts. 130, 342 etc.), na maioria dos casos (direitos disponíveis) pode satisfazer-se com a verdade formal, limitando-se a acolher o que as partes levam ao processo e eventualmente rejeitando a demanda ou a defesa por falta de elementos probatórios (CINTRA, 2010, p.70).

A partir dessas reflexões, entende-se que referida verdade encontra-se limitada pela legalidade do procedimento e pela garantia de ampla defesa, bem como, da necessária fundamentação e motivação judicial.

• A verdade real

No Processo Penal sempre foi livre a investigação das provas, pois imperiosa é a necessidade da certeza ao impor uma pena, trata-se, de uma segurança processual, cuja liberdade do juiz em diligenciar a busca pela verdade de fato é de importante valia na procura pela realidade do ocorrido, devendo as provas estarem intimamente ligadas à realidade dos fatos. Com razão, Fernando Capez quando nos ensina:

Característico do processo penal, dado o caráter público do direito material sub iudice, excludente da autonomia privada. É dever do magistrado superar a desidiosa iniciativa das partes na colheita do material probatório, esgotando todas as possibilidades para alcançar a verdade real dos fatos, como fundamento da sentença (CAPEZ, 2011, p.66/67).

...

A reprodução da verdade no processo penal deve ser feita através da busca das melhores provas em matéria criminal, sendo que o Juiz não pode se contentar apenas com aquelas fornecidas pelas partes, salvo se forem efetivamente as melhores. Para exemplificar, pode-se dizer que o depoimento de uma testemunha que presenciou o evento criminoso deve ser mais valorado que o daquela que tão somente tomou conhecimento do delito (CAPEZ, 2011, p.66/67).

Tal princípio visa garantir que a sociedade seja protegida do exercício irregular do *Ius Puniend* Estatal, pois, para que este venha a ser executado, é necessário haver concreta certeza do cometimento do delito, em prevalência ao interesse público, e não ao interesse privado, já que no âmbito penal, as sanções são sempre drásticas e de último racio.

Notório é o conhecimento sobre a dureza da punição penal, já este visa proteger os bens jurídicos mais relevantes à vida em sociedade, sendo que a ofensa a qualquer um deles é merecedora da mão pesada Estatal, ou seja, o Direito Penal envolve em sua tutela os bens

jurídicos de extrema importância para o bom convívio social, e como punição, é retirada outro bem de extremo valor, a liberdade. Indiscutível é a necessidade de uma certeza para a aplicação de tal instituto.

Portanto, no processo penal a verdade apresentada pelas partes apenas de maneira excepcional é satisfatória ao juiz, e, em regra, este deve buscar pelos fatos reais. Entretanto, não pode o magistrado ultrapassar certos limites impostos ao exercício de sua livre iniciativa, através das garantias processuais, como demonstra a seguir, sob pena de um “decisionismo”, nas palavras de Ferrajoli (2002, p.51-52), onde o julgador reteria em suas próprias mãos critérios subjetivos sobre a verdade.

A PROBLEMATICA DA VERDADE PROCESSUAL

Se de um lado encontramos a garantia de que o réu deve ser considerado inocente em todas as fases processuais, até que se prove o contrário, mediante uma demonstração concreta de culpa dentro dos autos e através de provas permitidas em direito, do outro lado, temos a garantia de que o juiz, desde o início do processo, encontra-se em um estado de dúvida, devendo ser sanada mediante a formação de sua convicção através das provas concretas no procedimento, que devem ser apresentadas pelo órgão acusatório, visando quebrar não só o estado de inocência do réu, mas, e principalmente, o estado de dúvida do juiz.

Através das decisões judiciais, o juiz representa a efetivação do *Ius Puniendi* Estatal, e para que este não ocorra de maneira ofensiva à sociedade deve sempre estar cercado por garantias fundamentais para a existência de um processo penal dentro do Estado Democrático de Direito.

Aury Lopes Jr. (2010, p.555), ao considerar sobre o assunto, nos ensina que quando se questiona a fundamentação judicial, discute-se também qual a “verdade” que foi buscada no processo. O grande Professor Ferrajoli (2002, p.51-52), explica que a existência de um “cognitivism processual”, presente na verdade formal, é de maior valia em relação à verdade real, onde há sempre o risco do “decisionismo”, pois, a busca pela verdade jamais será completa, e o que ocorreu de fato no momento da prática delituosa é de total conhecimento apenas aos próprios autores, pois, trata-se de um fato já histórico, ou seja, ocorrido no passado, onde a verdade real é praticamente inalcançável. Devido a este fato, o juiz acaba por exercer a função de juntar as provas apresentadas pelas partes, e, em um procedimento que corre grande risco de ser subjetivo, julgar os atos praticados. O julgamento com base nas provas encontradas dentro do processo ocorrerá, com ou sem a verdade real, sendo analisadas as provas apresentadas, e em alguns casos diligenciada a busca por novas, porém, sempre julgando com base no conhecimento adquirido através delas, que jamais será a verdade real, caindo no-

vamente na verdade formal.

Por muitas das vezes o juiz, na busca pela verdade real, acaba por deixar que a moral influencie em suas decisões, o que não deve ocorrer, pois, por mais que o direito e a moral se complementam, o momento ideal para que isso ocorra é na criação das normas, e jamais em sua aplicação. Os critérios subjetivos do magistrado como valores éticos, religiosos e morais, devem ser postos de lado, para evitar que a decisão seja contaminada por eles, o jurista Piero Calamandrei explica sobre esta influencia:

Representa-se escolarmente a sentença como o produto de um puro jogo lógico, friamente realizado com base em conceitos abstratos, ligados por uma inexorável concatenação de premissas e conseqüências; mas na realidade, no tabuleiro do juiz, as peças são homens vivos, que irradiam invisíveis forças magnéticas que encontram ressonâncias ou repulsões, ilógicas mas humanas, nos sentimentos do judicante. Como se pode considerar fiel uma fundamentação que não reproduza os meandros subterrâneos dessas correntes sentimentais, a cuja influencia mágica nenhum juiz, mesmo o mais severo, consegue escapar (CALAMANDREI, 1995, p. 175/176)?

A motivação esperada pelo magistrado, deve vir através dos fatos demonstrados no processo, e, para sanar seu estado de dúvida, deverá ser encontrado fatos concretos que justifiquem e fundamentem a aplicação da norma penal, lembrando que esta é sempre subsidiária, e deve-se ainda respeitar a necessidade de sua aplicação, além dos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e indispensabilidade dos instrumentos utilizados, estando presente, sempre, as garantias fundamentais.

Na obra *Direito e Razão*, Ferrajoli (2002, p.38) ainda critica que “se uma justiça penal integralmente ‘com verdade’ constitui uma utopia, uma justiça penal completamente ‘sem verdade’ equivale a um sistema de arbitrariedade”. Ainda no pensamento do mestre italiano, julgar buscando a verdade real no processo seria como um silogismo perfeito, onde, com base nas premissas analisadas, o resultado é sempre certo. Tal silogismo nunca existiu e jamais virá a existir. Sendo este um dos principais motivos pelo qual o autor critica a utilização do termo “verdade”, dentro da sistema processual penal. Pois, a verdade no caso concreto, alcançada através de um processo respeitando-se as garantias, somente será verdadeira se, e somente se, o fato na realidade estiver realmente ocorrido (FERRAJOLI, 2002, p.41), como exemplo: se nos autos for averiguado que tício matou um sujeito, tal fato só será inteiramente verdadeiro se na realidade houver ele realmente cometido o assassinato, conforme os termos indicados na peça acusatória, e, entendendo-se como verdade todos o conteúdo do ocorrido, tal verdade jamais será alcançada por se tratar de um fato já histórico, com a riqueza de detalhes perdida no tempo, ou, ainda nas palavras do autor:

A verdade de uma teoria científica e, geralmente, de qualquer argumentação ou proposição empírica é sempre, em suma, uma verdade não definitiva, mas contingente, não absoluta, mas relativa ao estado de conhecimento e experiências levados a cabo na ordem das coisas de que se fala, de modo que, sempre, quando se afirma a “verdade” de uma ou de várias proposições, a única coisa que se diz é que estas são (plausivelmente) verdadeiras pelo que sabemos sobre elas, ou seja, em relação ao conjunto de conhecimentos confirmados que delas possuímos (FERRAJOLI, 2002, p.42).

Através de observações diretas não será possível alcançar a verdade processual, pois trata-se de uma verdade histórica, relacionada a fatos inalcançáveis no presente, pelo menos, jamais com a precisão necessária para a aplicação de uma pena. Ferrajoli (2002, p.46) aponta vários fatores que limitam a eficácia na verdade real, sendo o principal deles, e considerável o mais preocupante, a “subjetividade específica do conhecimento judicial”, que é a personalidade do magistrado, pois, ainda que este tente com muito esforço ser objetivo, está e estará sempre ligado ao meio em que vive, e jamais deixará de ser afetado por ele e suas inclinações.

Inclusive, ainda que se tratando de interferências involuntárias, a reconstrução dos fatos estará sempre destinada a um exame final e subjetivo, onde a interpretação dos fatos pode ser realizada com descuido, pendendo para um lado ou para o outro, decorrido da excessiva valoração de determinadas provas, e não de outras.

CONCLUSÃO

Durante o passar do tempo, e através de muitos conflitos, a ciência do Direito evolui. Passou a se preocupar de maneira relevante com a efetividade de suas normas, questão muito debatida entre todos, principalmente entre os grandes professores, como o mestre Ferrajoli.

Com a realização deste estudo vislumbra-se o importante papel dos Princípios Constitucionais dentro de um sistema de garantias penais em um Estado Democrático de Direito. Ferrajoli, ao trabalhar com o assunto, aponta os defeitos a ser sanado, não só no sistema judiciário, mas em todos os sistemas que pertençam a ciência do Direito.

Conclui-se, após a análise e discussão de seus pensamentos, que o respeito devido aos Princípios Constitucionais, não se devem simplesmente ao fato de estarem intrinsecamente ligados à história do Direito brasileiro, mas, imperativamente devido ao fato de constituírem a estrutura de todo o ordenamento, por servirem como base da criação e aplicação da norma penal.

A Teoria do Garantismo, dentro da obra do professor italiano, representa um marco histórico dentro do estudo da ciência penal e processual penal. O Garantismo está ligado aos princípios assim como uma árvore a sua raiz, e estes não devem ser desrespeitados, garantindo assim todo um sistema rico em preocupação com os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana.

A prova processual é tratada com muita atenção pelo grande mestre, pois é com certeza o fator mais importante dentro do procedimento judiciário, sendo que estas serão a motivadoras da condenação. Ao juiz cabe a liberdade de analisá-las, mas deve sempre tomar a cautela de jamais valorar subjetivamente, pois estaria correndo o risco de se inclinar mais a um lado, perdendo a característica necessária do Direito, o balanço.

A liberdade na formulação das provas está limitada pelos Princípios aqui debatidos, bem como, pode-se compreender, no pensamento de Ferrajoli, que a verdade formal passa maior segurança a decisão do magistrado, já que a verdade real é inalcançável, principalmente por se tratar de um fato histórico, mas também por estar a busca pelas provas limitada e protegida pelas garantias individuais, e ainda, que a garantia da fundamentação e motivação no julgamento é com certeza a limitação mais importante que combate o *Ius Puniendi* Estatal realizado à mãos de ferro.

Portanto, se de um lado está a liberdade de analisar as provas, na busca pela verdade processual, do outro estão princípios e garantias de que esta análise não pode ser realizada em descompasso com o que ordena o Estado Democrático de Direito, alcançando assim o estado de mínima intervenção penal, com as máximas garantias, e mantendo o equilíbrio entre o “saber” e o “poder”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juizes, vistos por um advogado**. São Paulo. Martins Fontes, 1995.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo. Saraiva. 2011.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo. Editora Malheiros. 2010.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2002.
- GOMES, Luiz Flávio. **Princípios constitucionais reitores do Direito penal e da Política criminal**. Material da 1ª aula da Disciplina Teoria do Garantismo Penal, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Ciências Penais – Universidade Anhanguera-Uniderp|REDE LFG.
- KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 2ª Edição. São Paulo. Martins Fontes. 1995.
- LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. Vol. 1. Rio de Janeiro. Lúmen Júris. 5ª edição. 2010.
- LOPES JR, Aury. **Fundamento da Existência do Processo Penal: Instrumentalidade Constitucional**. Material da 2ª aula da Disciplina Teoria do Garantismo Penal, ministrada no Curso de Especialização TeleVirtual em Ciências Penais – Universidade Anhanguera-Uniderp|REDE LFG.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª Edição. São Paulo. Saraiva. 2009.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. Editora Atlas. 10ª ed. 2009

SOARES, Clara Dias. A verdade no processo penal brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1749, 15 abr. 2008. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/11160>. Acesso em: 9 ago. 2011.