

Instrução criminal: Prolegômenos

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

Instrução é substantivo que decorre do verbo transitivo latino *instruō* (*is, ěre, struxī, structum*) e, em geral, apresenta-se como *transmissão do conhecimento*. No sentido original, porém, o verbo estava, antes de qualquer outra forma, ligado à noção de *erguer, erigir, construir*, embora também pudesse ser instruir, no sentido de ensinar. De qualquer modo, da base etimológica pode-se concluir que a *instrução*, quando ligada ao processo penal, busca dar conta daquilo que, como linguagem, vem *descrito na imputação* e, assim, é por ela que se trata de *construir o conhecimento possível sobre o caso penal*, tudo de modo a propiciar ao órgão jurisdicional competente a decisão de mérito.

Em outros tempos (não tão distantes), por certo, o jogo de palavras não permitiria uma construção dogmática processual penal como a que foi acima estabelecida, justo porque a preocupação estava vinculada sobremaneira ou à *essência* e, assim, ao crime do qual decorreu o caso penal ou, por outro lado, quando muito, ao *objeto do conhecimento* (o crime e o caso penal), conforme estabelecido pelos sujeitos (acusador e juiz) que, pela intermediação da linguagem, diriam a Verdade sobre ele.

A discussão sobre tal tema remexe fantasmas um tanto quanto apaziguados nos espíritos conciliadores, de gente que sempre pensa em resolver os problemas com as soluções de compromisso e que, não raro, vivem a paz proporcionada (melhor seria dizer o gozo) pelo conforto oferecido pela verdade, mesmo que seja ela fugidia e, com frequência, prejudique milhões de pessoas. Ora, uma das faces mais viçosas da democracia é aquela que exige serem os problemas enfrentados e, assim, não há outra forma de tratar o tema da *instrução criminal* senão quebrando falsos deuses.

Desde este ponto de vista há um lugar imprescindível à *linguagem como protagonista*; e não mais à *linguagem como intermediária*. Da mesma forma que perde importância o lugar da Verdade (com V maiúsculo) como central.

Afinal, como se sabe, não é que não exista a Verdade; o problema é que ela é demais para o humano, pobre mortal. Se assim é – e é mesmo! –, não lhe resta outro lugar que não aquele de *mito*, ou seja, em sendo impossível de alcançar linguisticamente, cria-se, pela linguagem possível (aquela que se tem), na cadeia de significantes, o que seja possível: foi assim que até 1543 (quando vêm à luz a tese de Copérnico) o sol girava em torno da terra. É daí, do *mito*, que partem todas as ciências e teorias; e com o Direito não seria diferente, bastando pensar na *Grundnorm* de Kelsen: eis uma palavra que se diz na falta da palavra para dizer sobre a coisa.

No processo penal atual e sua barbárie, a “Verdade” com a qual ainda se tem convivido é aquela inventada por Inocêncio III na longa vigília do IV Concílio de Latrão, de 1215, quando, de fato, nasce o sistema inquisitório com os fundamentos que ainda se praticam. Tendo estudado Aristóteles em Paris e depois tendo estudado Direito em Bolonha, sabia ele perfeitamente as possibilidades que

a *adequatio* aristotélica oferecia e, assim, manejou a questão da Verdade como quis, plantando as bases de um sistema que de tão bom (e diabólico, para os fins que pretende) persiste até hoje. O vital, porém, sempre esteve ligado ao conhecimento e à adequação que ele permitia em relação a uma possível conclusão prévia – ditada pela razão – em relação ao crime.

Em suma, sendo compatível com o modo de pensar da civilização ocidental (o pensamento científico baseado na analítica aristotélica), pode-se perfeitamente antecipar as decisões dado que se pode dispor das premissas. Deforma-se a lógica, enfim, mas não é um grande pecado se a coerência sempre é construída retoricamente; e segue vendendo bem no mercado das ilusões democráticas processuais penais.

No processo penal de hoje, porém, não está fácil sustentar a matriz inquisitória que preside o sistema processual penal brasileiro. Depois que Carnelutti, em 1965, fundado em Heidegger, destronou a Verdade, mostrando que se atua no processo com a parte e não com o todo, pouco sobrou dela para alguém que não queira se enganar. Ora, se no processo chega sempre uma versão – e mesmo que várias – e ela (ou elas) não é (são) o Todo; e se a Verdade está no Todo; é evidente que no processo está alguma coisa que não é a Verdade. Perceba-se: não é a coisa ou o objeto; é o que se diz sobre ela ou ele.

Daqui pode-se compreender a importância da linguagem no processo penal, aquela que constrói a versão ou as versões. O processo penal, desde este ponto de vista e dentre outras coisas, pode ser tomado como o reino da linguagem por excelência; e isso é preciso entender para, daí, extrair-se as consequências necessárias.

Imputação e sentença, por exemplo, demarcam um eixo vital para a estrutura democrática do processo penal. Ambas, como é intuitivo, são construções linguísticas pelas quais se acusa e se acerta o caso penal. De concreto – como sói acontecer com quase todos os atos do processo – não têm nada, razão por que nem sempre é fácil entender, mormente àqueles que dependem tão só da matéria para tudo, inclusive para poder pensar. Mas se é assim – e não há de duvidar –, tais construções dependem, sobremaneira, de um controle eficaz, o que nem sempre no âmbito do processo penal ocorre.

Ora, livre para construir a versão, o sujeito parte do arsenal linguístico que possui e as limitações que sofre começam pelo texto da lei (sempre dependente de exegese) e pelos fatos, os quais se apresentando sempre parcialmente acabam, em *ultima ratio*, na mesma limitação legal: o princípio da não-contradição, ou seja, tudo é possível (inclusive os opostos) até o ponto da palavra se desdizer ao ser expressa pelo contrário. Por evidente, todos sabem que se está quase em um mundo encantado, de sonhos. No fundo, vale mesmo o conhecimento adquirido (eis o arsenal linguístico, que deveria ser bem apurado) e a ética, um tanto quanto ausente em um mundo neoliberal no qual os fins justificam os meios.

Não é por outro motivo – a falta de limites ou quando eles aparecem serem levados a sério – que o imaginário tem produzido versões estapafúrdias e difíceis de serem entendidas e aceitas, sem embargo do esforço de muitos (talvez a grande maioria) no sentido de responder pelo padrão exigido, embora de todo deficiente.

Para a sentença, o limite ao eventual *ato solipsístico* repousa sobremaneira na Constituição da República, mormente no chamado Livre Convencimento (que se deve saber bem o que é, em que pese o nome ruim) e no Devido Processo Legal que, no Brasil, parte da adoção da teoria fazzalariana do processo como procedimento em contraditório. É pouco, sem dúvida. Mas, na falta de uma pertinente *teoria da decisão* pode e deve ser considerado um avanço se comparado ao quadro quase anômico oferecido pela base constitucional anterior a 1988 e a adoção irrestrita da teoria da relação jurídica, que teve em Bülow seu grande arquiteto, mas que era datada, ou seja, para o seu tempo de tentativa de efetivação das Liberdades Públicas. Em verdade, sempre se fez de conta, no processo penal, que havia equilíbrio de armas, ou seja, algo inverídico. E isso sempre se deu (e em largos espaços segue se dando) não porque acusação e defesa sempre estivessem em posição de desequilíbrio; e sim porque, desde a base inquisitorial, o *lugar* do juiz sempre foi de uma primazia absoluta, de alguém que, em quase todos os sentidos, coloca-se como senhor do processo, em razão dos fundamentos do sistema inquisitorial adotado pelo CPP. Basta ver como comanda – não raro com mãos de ferro! – a *instrução*, nos termos do art. 156, do CPP, podendo ordenar, para além dela e de ofício, a produção de provas na fase de investigação preliminar, o que foi introduzido pela reforma parcial de 2008 (quicá para ajudar a não deixar dúvida ser o sistema brasileiro inquisitorial nos fundamentos) e é visivelmente inconstitucional.

Desde este ponto de vista, então, a construção do conhecimento, na chamada instrução criminal, era – e segue sendo, na maior medida, ainda não iluminada pela CR –, antes de tudo, obra dele, juiz. Como não entender, assim, o prejudgamento que fazem alguns? O decidir antes e depois sair à cata da prova para justificar a decisão, como sempre lembrou Franco Cordero? O primado das hipóteses sobre os fatos? A estrutura é tão fantástica que o sujeito é quase que levado a se comportar de tal forma; e como se fosse normal. No fundo, a grande garantia que resta é a vigilância dele – juiz – contra ele mesmo, se é que quer ou deseja fazer isso porque, os que não querem, não é que são forçados a tanto e, ao contrário, com frequência viram justiceiros.

At last but not least restaria introduzir a questão referente à *acolhida irrestrita do conhecimento obtido na investigação preliminar*, ao depois, na *instrução criminal*, processual. Que isso é possível – em que pese absurdo e inconstitucional em um Brasil pós 88 – sabemos desde as sorradeiras e inteligentes (para o mal) manobras de Jean-Jacques-Régis de Cambacérès na construção do Código de Napoleão, de 17.11.1808, que, em seguida, ilumina a Europa continental toda. Tal conhecimento deveria servir tão somente para dar fundamentos à *imputação*. Na prática, serve para condenar. E por razões óbvias fraudava a democracia processual penal porque, para ela, o conhecimento que serve deve, necessariamente, ser obtido sob o crivo do contraditório. Não é assim, porém, até hoje; e continuará não sendo se não houver desistência de golpes que dão com uma mão e tiram com a outra para tudo se resolver retoricamente, enganando os desavisados, com *imbrogli* discursivos. Como disse Cordero em passagem lapidar sobre o *Code Napoléon*, ele é um “mostro a due teste: nei labirinti bui dell’instruction regna Luigi XIV; segue una scena disputata coram populo”. (Guida, p. 73).

A partir de agora, quem sabe (porque tem muito mais e que não cabe em um mero ensaio), pode-se começar a falar de provas como o passo seguinte da *instrução*

***criminal.* Por aí, porém, pode-se ver, com toda humildade, que tem faltado alguns fundamentos – e os fundamentos dos fundamentos – em boa parte dos nossos manuais; e algumas das razões das nossas tão grandes deficiências. Ou não?**