

A ABORDAGEM PROCESSUAL ESCRITA DA CONFISSÃO: ERROS DE INTERPRETAÇÃO, ERROS NA BUSCA PELA VERDADE REAL

Ludmila Corrêa Dutra¹

Resumo

O presente artigo promoveu um estudo sobre a forma como é colhida a confissão atualmente, seja ela extrajudicial ou judicial, tendo em vista que a sua tomada por termo não faz jus a complexidade deste procedimento, que grande influência exerce no convencimento do operador do direito. Para tanto, inicia-se o artigo com um escorço histórico sobre o uso da confissão na busca pela verdade real; posteriormente é analisado como a confissão ocorre no processo penal, abordando a impossibilidade da utilização da teoria da correspondência para explicar à verdade que se visa produzir no processo; para ao final, analisar a teoria da linguagem de Gadamer e sua aplicação à confissão, a fim de provar os prejuízos de retratar por escrito o que é declarado pelos acusados que confessam a prática de um delito penal.

Palavras-chave: Confissão. Verdade Real. Termo de confissão. Teoria da linguagem de Gadamer.

THE APPROACH PROCEDURAL WRITTEN OF CONFESSION: MISINTERPRETATION, MISTAKES IN FINDING THE REAL TRUTH

Abstract

This Article promoted a study about how the confession is harvested at present, whether judicial or extrajudicial, because it's taking by term doesn't make justice to the complexity of this procedure, that exercises a large influence in convincing the operator of the right. For that, the article begins with a historical foreshortening on the use of confession to finding the real truth; subsequently it analyzes how the confession occurs in criminal proceedings, addressing the impossibility of using the correspondence theory to explain the truth that it aims to produce in the process; in the end, it analyzes the theory of Gadamer's language and it's application to confession in order to prove the damage in portray in writing what is declared by the accused who confessed the commission of a criminal offense.

Key words: Confession. Real Truth. Confession Term. Gadamer's theory of language.

INTRODUÇÃO

¹ Advogada. Mestranda em Direito Processual Penal pela Universidade Federal de Minas Gerais. Especialista em Direito Processual pelo IEC Puc Minas. Presidente da comissão OAB Jovem e estágios da 197^a Subseção da OAB/MG. E-mail: ludmilacd@hotmail.com.

A confissão se apresenta como tema delicado no âmbito do processo penal. Sua valoração como meio de prova variou no decorrer do tempo de acordo com o sistema processual adotado, assim possuiu maior ou menor importância processual, embora sempre atuasse na facilitação pela busca da verdade real, cânones do processo penal.

No período inquisitorial, a confissão, tida como *regina probationum*, possuía grande valor e era usada como instrumento de controle da sociedade, com a finalidade de se identificar e punir os hereges. Era sempre visada, já que constituía prova inequívoca do cometimento de um crime.

Hodiernamente, o acusado é detentor de diversos direitos fundamentais, em razão da conclave dos ideais iluministas e a confissão, no processo penal, para ser aceita como fundamento de culpabilidade, tem de ser confrontada com as demais provas produzidas, além de ser obtida voluntariamente.

Entretanto, não há um controle sobre a forma como a confissão é colhida atualmente, principalmente a realizada na fase extrajudicial da *persecutio criminis*, em razão da herança inquisitorial existente no direito processual penal.

Assim, é comum, ainda hoje, o uso de torturas físicas, psicológicas, coações, trapaças e embustes, práticas comuns ao período inquisitorial e hoje consideradas ilegais, por autoridades policiais e judiciais, a fim de se obter a confissão do acusado, tendo em vista, esta auxiliar na busca das demais provas para caracterização da autoria e materialidade do crime.

Neste diapasão, embora a confissão tenha sofrido uma desvalorização como prova, esta continua sendo almejada pelas autoridades, por facilitar a produção das demais provas necessárias à concretude da culpa, o que justifica o presente estudo.

1. Delineamentos históricos

Para se entender os institutos atuais é imprescindível voltar o olhar para o passado e recorrer à origem e a essência destes, ainda hoje consagrados no direito penal e processual penal. Desta forma, apresentam-se apontamentos históricos referentes ao uso da confissão para a busca da verdade real, para que sejam analisadas, de forma sumária, as variações sofridas pelo instituto no decorrer do tempo, no tange sua importância como meio de prova.

Encontra-se preceito que faz referência à confissão na lei mosaica, ou como é chamada na Bíblia, Lei de Moisés², segundo a qual ninguém poderia ser condenado apenas com base na confissão. Para os hebreus a admissão de culpa representava flagrante contrariedade à natureza humana (NUCCI, 1999, p. 136).

Os direitos penais, grego e romano, que constituem fontes do direito penal ocidental, foram precursores em empregar a tortura, principalmente com a finalidade de se obter a confissão do acusado.

Com a adoção de um sistema complexo pelos gregos, adequado à situação da *polis*, caracterizada pela lei que demarca e protege os cidadãos livres, o processo criminal passou a exigir que o acusado buscasse provas para a sua defesa, e que prestasse juramento de dizer a verdade (NUCCI, 1999, p. 136), entretanto, os que não possuíam *status*, não tinham nenhum direito, como era o caso dos estrangeiros, negociantes e escravos (TEIXEIRA, 2004, p. 8), assim, com relação a estes, a coação física, em substituição ao juramento prestado pelos nobres, poderia ser empregada para se extrair a confissão.

Platão, em Górgias³, ao tratar de julgamentos hipotéticos que fazem referência ao julgamento de Sócrates, discorre sobre provas de verdade e básanos, expressão que em seu sentido derivado, significa o conjunto de meios dolorosos empregados para se extrair a confissão de um escravo, prática que era comum em Atenas (MUNIZ, 2011, p.114-115).

O processo em Roma, inicialmente denominado *cognitio* e conduzido por um magistrado com amplos poderes, passou a ser chamado de *accusatio*, ainda na fase da República, o magistrado deixou de exercer a função acusatória para apenas julgar e aquela foi transmitida a um representante voluntário da comunidade, chamado *acusatore*. Após a acusação, o acusado era chamado a comparecer perante o pretor, ocasião em que poderia confessar o crime e então ser preso até o dia do julgamento, ou pedir sua liberdade mediante a prestação de caução com valor fixado pelo pretor e depositado pelos fiadores, que assumiam a obrigação de guardar e apresentar o acusado no dia do julgamento, pois caso ele não comparecesse, o valor prestado como caução seria confiscado e os fiadores processados por conivência. O acusado, por sua vez, era condenado ao exílio (NUCCI, 1999, p. 137).

Durante o Império Romano, surgiu a *cognitio extra ordinem*, cujas investigações de crimes eram realizadas por agentes públicos e posteriormente levadas ao magistrado, que aos

² A Lei de Moisés é um termo usado com frequência na Bíblia, encontrando-se a primeira referência a este expressa em Josué (8:32): “Ali, na presença dos israelitas, Josué copiou nas pedras a Lei que Moisés havia escrito”. BÍBLIA SAGRADA. Tradução de João Ferreira de Almeida. 2^a ed. rev. e atual., Barueri: Sociedade Bíblica do Brasil, 1993.

³ Diálogo de Platão, cujo tema principal é a retórica, sendo um dos personagens principais o próprio Górgias, que era um sofista siciliano, famoso em Atenas por ser um excelente orador.

poucos começou a agir de ofício e invadir a esfera de atribuições do acusador privado. Neste período os testemunhos passaram a ser escritos e reproduzidos nos autos, e foram introduzidas às tormentas⁴, assim a tortura passou a ser usada, inclusive em homens livres, a fim de ser obtida confissão, dotada de grande valor probatório. Entretanto, não eram aceitas confissões tácitas ou presumidas (NUCCI, 1999, p. 137).

Com a invasão dos povos germânicos aos domínios romanos, a partir do século V D.C., elementos dos direitos canônico e consuetudinário passaram a ser aplicados, e esses povos adotaram as leis escritas, das quais destaca-se o *Breviário de Alarico (Lex Romana)* de 506 e a *LiberJudiciorum (Lux Visigothorum)* de 652, ambas disciplinando sobre a tortura. A confissão continuava a ter grande valor para o processo, que era público, oral, ritualista e com contraditório, características que gradualmente deixaram de ser observadas. A *Novela 6, I, 3*, de *Egica-Vitiza*, previa que quando o ordálio, ou juízo de Deus, fosse desfavorável ao acusado, a tortura poderia ser utilizada para se obter a confissão (TEIXEIRA, 2004, p. 10-11).

Na Idade Média, que se estendeu até o século XV, o cristianismo atingiu poder político universal, vigendo na Europa um modelo misto de direito romano, canônico e germânico, centrado na decisão de juízes que se baseavam em provas que permitissem demonstrar a verdade, tais como testemunhos oculares considerados idôneos ou a confissão do réu. Este período foi marcado pelo declínio do poder real pelo feudalismo e pelo aumento do poder jurisdicional eclesiástico, cujos tribunais julgavam infrações contra a religião, deflagrando-se a inquisição medieval e a caça aos hereges (CASTRO, 2013, p. 119-133).

Conforme dispõe Felipe Martins Pinto,

Após a eficaz investida contra os cátaros, a Inquisição assumiu sua primeira forma concreta a partir de sua codificação no decreto papal *Ad abolendam* emanado pelo Papa Lúcio III no ano 1184, no qual se estabeleceu o primeiro delineamento do procedimento inquisitorial. Posteriormente, as bulas papais *Licet ad capiendos* (1233) e *Ad Exstirpanda* (1252), ambas de autoria do Papa Gregório IX e a bula *Clementina Saepe* (1306), de autoria do Papa Clemente V, incrementaram a perseguição aos hereges e, mais tarde, a partir do ano 1438, com a descoberta de reuniões sabáticas na região alpina principiou-se, também, a caça a feiticeiras (PINTO, 2010, p. 189-206).

A confissão tinha importância fundamental e consegui-la era o escopo do sistema inquisitivo, pois constituía prova decisiva da autoria e culpabilidade do acusado, e nos casos em que não fosse obtida espontaneamente ou não satisfizesse o inquisidor, a tortura poderia

⁴ Segundo Mirabete, neste período “(...) Fez-se introduzir, então, a tortura do réu e mesmo de testemunhas que depusessem falsamente e a prisão preventiva. Pode-se apontar tal procedimento como a base primordial do chamado Sistema Inquisitivo.” MIRABETE, J. F. Processo Penal. 13. Ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 34.

ser empregada. Salienta-se que nesta época prevalecia a presunção de culpabilidade, assim o inquisidor ao pressupor a culpa do acusado, direcionava seu discurso, mesmo que falacioso, para obter sua confissão, considerada prova plena.

A tortura ou sua ameaça eram o meio de se extrair a confissão, com vistas à busca de uma verdade imanente.

Teoricamente, a inflição do tormento era admitida como prova subsidiária. Na prática, os juízes não se preocupavam com tal princípio: a verdade processual devia desaguar na confissão do culpado, mesmo que esse jurasse inocência. Na determinação e valoração das provas, o sistema processual previa: a “informação”, o “indício” (ou presunção), a “prova semiplena” (ou incompleta – por exemplo, o depoimento fidedigno de uma testemunha) e a “plena ou legítima prova”, que era a confissão do acusado (TEIXEIRA, 2004, p. 14-15).

Na Idade Moderna, cristalizou-se o processo inquisitivo, os atos processuais eram realizados de forma secreta, as garantias dos cidadãos foram reduzidas e a tortura passou a ser usada pelos Estados absolutistas com vistas à segurança, pois conforme preleciona Foucault, visava-se “trazer a luz a verdade do crime”, sendo que “o estabelecimento da verdade era para o soberano e seus juízes um direito absoluto e um poder exclusivo” (FOUCAULT, 1999, p. 36).

As violências que se alastraram pela Europa Medieval, não atingiram a Inglaterra, haja vista a edição da Magna Carta, em 1215, que consagrou maiores liberdades individuais e a proibição definitiva da tortura em 1640, prática já anteriormente repudiada devido à tradição constituída ao longo dos séculos de se privilegiar a vontade da comunidade ao invés de uma busca irrefreada pela verdade. O direito de defesa era considerado parte inerente do *due process of Law*, assim, na Inglaterra havia um maior respeito pelo acusado.

Entretanto, em países como Portugal, Espanha e Itália, onde atuava o Tribunal do Santo Ofício, a mudança de pensamento com relação ao emprego da tortura para obtenção da confissão e, por consequência, da verdade real, somente ocorreu com o Iluminismo, com pensadores que influenciaram o direito criminal, com destaque a Montesquieu, Voltaire, Cesare Beccaria e Jean-Paul Marat.

A partir do século XVII reduziu-se o emprego da tortura para obtenção da confissão na Europa, sendo restringida a crimes cometidos contra o rei ou Estado, e aos poucos esta caiu em desuso, o que se deu devido à profissionalização e discricionariedade do judiciário, e ao desenvolvimento de novas formas de punição, que enalteceram o caráter disciplinador da pena, tais como a prisão e trabalhos forçados (FOUCAULT, 1999, p. 12). Aos poucos, a tortura foi

eliminada dos códigos europeus, a exemplo da França, que pelo Código de Instrução Criminal, aboliu a tortura formalmente em 1808.

Em Portugal, o Tribunal da Inquisição somente foi extinto em 1821, com as revoluções liberais.

No Brasil, a tortura foi abolida em 1824, por meio da Constituição do Império, outorgada por D. Pedro I. A confissão perdeu importância, principalmente com a fixação de novas regras processuais penais por meio da Lei de 23.09.1828, que estabeleceu que nenhuma sentença definitiva poderia ser proferida contra acusado, antes deste ser ouvido, para que pudesse apresentar sua defesa e produzir provas, e a Lei de 22.09.1829, que determinou a obrigatoriedade de apresentação do acusado, em processos cujas penas fossem graves, podendo este prosseguir mediante revelia, desde que as penas fossem mais leves (NUCCI, 1999, p. 142).

Em 29.11.1832, influenciado pelo Código de Instrução Criminal Francês, adveio o Código de Processo Criminal Brasileiro, que ao instituir novo procedimento criminal, fixou, segundo Guilherme de Souza Nucci,

(...) quatro momentos para o interrogatório do acusado: a) logo que fosse preso em flagrante delito, deveria ir à presença do juiz de paz para ser interrogado sobre as acusações que fizessem o condutor e as testemunhas; b) quando fossem ouvidas as testemunhas durante a formação da culpa; c) perante o Conselho de Jurados ou júri de acusação; d) perante o Conselho de Jurados ou júri de sentença (NUCCI, 1999, p. 143).

Posteriormente, suprimiu-se o júri de acusação e o interrogatório foi reduzido a três fases, que se mantêm até hoje por meio da investigação, formação da culpa e plenário do júri.

Hodiernamente, a confissão é considerada um meio de prova, porém, perdeu o *status* de prova absoluta, tendo valor relativo, posto que, deve ser valorada em conjunto com outras provas para ser aceita, conforme o artigo 197, do Código de Processo Penal, de 1941, e ser obtida de forma espontânea, de acordo com o artigo 65, III, d, do Código Penal, de 1940.

Contudo, diversamente dos preceitos legais, o que se vê na prática, atualmente, é que as autoridades policiais e judiciárias utilizam diversos métodos para que o acusado confesse e colabore com a *persecutio criminis*, haja vista as pressões sociais pelo combate da criminalidade e punição de criminosos e a ineficiência do aparato estatal em solucionar os crimes.

2. A confissão no código de processo penal brasileiro de 1941

Segundo Guilherme de Souza Nucci,

Confessar, no âmbito do processo penal, é admitir contra si, por quem seja suspeito ou acusado de um crime, tendo pleno discernimento, voluntária, expressa e pessoalmente, diante da autoridade competente, em ato solene e público, reduzido a termo, a prática de algum fato criminoso. Deve-se considerar confissão apenas o ato voluntário (produzido livremente pelo agente, sem nenhuma coação), expresso (manifestado, sem sombra de dúvida, nos autos) e pessoal (inexiste confissão, no processo penal, feita por preposto ou mandatário, o que atentaria contra a segurança do princípio de inocência) (NUCCI, 2010, p. 437-438).

O não cumprimento de qualquer dos requisitos acima transcritos, segundo o direito processual penal brasileiro, deve acarretar na não aceitação e valoração de atos praticados em confronto com direitos e princípios fundamentais, assim, a confissão obtida mediante tortura, seja ela física ou psicológica, coações, trapaças, embustes, entre outros, deve ser rejeitada.

Neste sentido, para que a confissão seja considerada válida e possua força probatória, deve-se atentar para as condições em que foi obtida, os métodos usados em sua extração e o lugar em que ocorreu.

De acordo com o artigo 197, do Código de Processo Penal “O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância”. A principal finalidade deste dispositivo é evitar confissões falsas.

No caso da infração deixar vestígios, o exame de corpo de delito será indispensável, mesmo que o acusado tenha confessado a prática do crime, nos termos do artigo 158, do Código de Processo Penal.

Salienta-se que o silêncio do acusado não poderá ser considerado confissão (artigo 198, do Código de Processo Penal), estando o acusado amparado pelo princípio do *nemo tenetur se detegere*, expresso no artigo 5º, LXIII, da Constituição Federal, sob a forma do direito ao silêncio.

A confissão é passível de divisibilidade, seu teor pode ser desmembrado quando o magistrado se convencer apenas de parte dela, e retratação, assim, o réu pode desdizer o que antes havia afirmado como verdade, nos termos do artigo 200, do Código de Processo Penal. No entanto, em virtude do livre convencimento motivado, o juiz poderá não se convencer da

retratação do réu e em sua decisão poderá tomar como verdade a confissão anteriormente apresentada (TAVORA; ALENCAR, 2009, p. 361-362).

A confissão, cuja natureza jurídica é de meio de prova, pode ser dividida em duas espécies: quanto aos efeitos gerados, pode ser simples, quando há o reconhecimento puro e simples da imputação pelo confitente, ou qualificada, quando há o reconhecimento de circunstâncias passíveis de excluir a responsabilidade do confitente, ou atenuar sua pena, e quanto ao local ou autoridade perante a qual é realizada, poderá ser judicial, quando realizada perante magistrado, ou extrajudicial, quando realizada no inquérito policial ou fora dos autos perante autoridades policiais, parlamentares ou administrativas (NUCCI, 2010, p. 438-439).

O artigo 6º, do Código de Processo Penal, estabelece que após ter conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá, de acordo com o inciso V, ouvir o indiciado, observando as regras concernentes ao interrogatório do acusado, expressas nos artigos 185 a 196, do mesmo diploma legal, e o termo lavrado terá que ser assinado por duas testemunhas que tenham presenciado sua colheita. Nesta ocasião o acusado poderá confessar, e então, deverá ser aplicado o artigo 199, do Código de Processo Penal, que dispõe que a confissão quando feita fora do interrogatório processual, deverá ser tomada por termo nos autos, o que é realizado pelo escrivão.

Para Guilherme de Souza Nucci, a confissão é ato que “precisa ser solene, público e reduzido a termo, justamente porque o interrogatório é o momento ideal para a sua ocorrência, o que se faz respeitadas as formalidades legais” (NUCCI, 2010, p. 438), ou seja, quando a confissão ocorre em audiência, esta também é reduzida a termo, e é transcrita por um servidor mediante o que lhe é ditado pelo magistrado, que resume as declarações do confitente, por ser impossível com palavras escritas traduzir e registrar todos os aspectos de uma conversa verbal.

3. O uso da confissão na busca pela verdade real

Como se depreende do escorço histórico apresentado, o uso da confissão sempre esteve voltado à busca pela verdade dos fatos, tendo em vista que:

No interior do crime reconstituído por escrito, o criminoso que confessa vem desempenhar o papel de verdade viva. A confissão, ato do sujeito criminoso, responsável e que fala, é a peça complementar de uma informação escrita e secreta. Daí a importância dada à confissão por todo esse processo de tipo inquisitorial. Daí também as ambigüidades de seu papel. Por um lado, tenta-se fazê-lo entrar no cálculo geral das provas; ressalta-se que ela não passa de uma delas; ela não é a

evidentia rei; assim como a mais forte das provas, ela sozinha não pode levar à condenação, deve ser acompanhada de indícios anexos, e de presunções; pois já houve acusados que se declararam culpados de crimes que não tinham cometido; o juiz deverá então fazer pesquisas complementares, se só estiver de posse da confissão regular do culpado. Mas, por outro lado, a confissão ganha qualquer outra prova. Até certo ponto ela as transcende; elemento no cálculo da verdade, ela é também o ato pelo qual o acusado aceita a acusação e reconhece que esta é bem fundamentada; transforma uma afirmação feita sem ele em uma afirmação voluntária. Pela confissão, o próprio acusado toma lugar no ritual de produção de verdade penal. Como já dizia o direito medieval, a confissão torna a coisa notória e manifesta. A esta primeira ambigüidade se sobrepõe uma segunda: investiga-se de novo a confissão como prova particularmente forte, que exige para levar à condenação apenas alguns indícios suplementares, que reduzem ao mínimo o trabalho de informação e a mecânica de demonstração; todas as formas possíveis de coerção serão utilizadas para obtê-la. (...) Pela confissão, o acusado se compromete em relação ao processo; ele assina a verdade da informação (FOUCAULT, 1999, p. 36-36).

A confissão, principalmente a obtida na fase extrajudicial, serve de elemento para a formação da culpa do acusado, na medida em que define as provas materiais a serem produzidas, quem interrogar e quais informações deverão ser investigadas, assim, faz o processo progredir em busca da verdade e facilita o trabalho das autoridades quanto a investigação criminal.

Segundo Winfried Hassemer:

El objetivo de averiguar la verdad acerca del hecho imputado es uno de los principios básicos de todo derecho procesal penal en un estado de derecho. En cualquier caso, una condena debe poder referirse a una base fáctica indubitable. Así como la justicia constituye el *ethos* de la aplicación de las normas, la verdad constituye el *ethos* del esclarecimiento de los hechos (HASSEMER, 2003, p. 84).

Ocorre que, segundo leciona Felipe Martins Pinto, a verdade no processo penal atualmente é vista como “correspondência do enunciado com a realidade”, estando “atrelada a um juízo sobre a relação de conhecimento entre o sujeito que conhece e o fato por conhecer”. Entretanto, essa teoria da correspondência traduz o “legado da inquisição”, por conceber “verdadeira a proposição capaz de reproduzir o acontecimento, projetar a ocorrência concreta ou refletir o fato”, entendo ser “possível à existência de uma verdade absoluta como imagem do mundo real”, o que é impossível, tendo em vista que há limites para a produção probatória (PINTO, 2012).

O mencionado autor aponta três argumentos que impossibilitam à aplicação da teoria da correspondência a verdade processual, sendo eles de ordem ideológica, teórica e prática. A impossibilidade ideológica refere-se à relação existente “entre a verdade como correspondência e o método inquisitivo”, onde sob o argumento da apuração de uma verdade

absoluta, se desrespeita garantias individuais e limites ao *jus puniendi*, o que “subverteu os valores do sistema punitivo e potencializou uma estrutura estatal segregadora e opressora”. Já a impossibilidade teórica surge a partir da ideia de que a verdade surge e existe em conjunto com a mente humana, submetendo-se “a inúmeras contingências de linguagem”. E a impossibilidade prática, decorre das “fragilidades inerentes à essência humana”, tendo em vista ser o homem, sujeito dotado de preconceitos, que se inserem no âmbito processual, gerando uma verdade relativa (PINTO, 2012).

In casu, percebe-se que são várias as dificuldades de alcance da verdade no processo penal, estas que também contaminam a confissão, já que é um dos meios para sua obtenção, principalmente se considerarmos a insuficiência da teoria da correspondência e os limites impostos à produção de provas, tais como os direitos humanos, o direito ao silêncio, o direito de não produzir provas contra si mesmo, máximas que são abrangidas na expressão *nemo tenetur se detegere*, além da vedação da utilização de provas ilícitas.

Assim, arriscado se torna a utilização da confissão atualmente como motivação de uma decisão, se considerarmos a forma como é colhida, mesmo sendo analisada em conjunto com as demais provas produzidas nos autos, o que será demonstrado por meio da teoria da linguagem de Gadamer.

4. Termo de confissão: aplicação da teoria da linguagem de Gadamer

Hans-Georg Gadamer é um autor alemão que trabalha a linguagem como um “médium universal em que se realiza a própria compreensão”, sendo a forma de realização dessa compreensão, a interpretação (GADAMER, 1999, p. 566).

Segundo a hermenêutica de Gadamer, não se pode pensar em uma verdade além da linguagem, sendo que esta é um diálogo, uma conversação, onde se deve buscar compreender o que o outro diz, para se chegar a um acordo sobre o assunto em questão, sendo que:

O pôr-se de acordo numa conversação implica que os interlocutores estejam dispostos a isso e que procurem fazer valer em si mesmos o estranho e o adverso. Quando isto ocorre reciprocamente e cada interlocutor sopesa os contra-argumentos, ao mesmo tempo que mantém suas próprias razões, pode-se chegar finalmente, através de uma transferência recíproca, imperceptível e não arbitrária dos pontos de vista (o que chamamos de intercâmbio de pareceres) a uma linguagem e uma sentença comum (GADAMER, 1999, p. 563-564).

O autor disciplina que “a linguagem é o meio em que se realiza o acordo dos interlocutores e o entendimento sobre a coisa” (GADAMER, 1999, p. 560), assim, busca um fundamento ontológico para o processo de compreensão humana, perscrutando até que ponto os preconceitos condicionam o compreender do homem.

A teoria de Gadamer enfatiza a importância da linguagem como condição do compreender e o do interpretar das diversas relações humanas existentes, sendo o processo de aplicação do direito uma destas, o que torna possível a análise da confissão sob esta perspectiva.

A confissão extrajudicial e a judicial realizada perante a justiça comum são reduzidas a termo, que é redigido por um escrivão, tomando forma nos autos. Ao redigir o termo de confissão, tendo em vista que o escrivão está reportando a narrativa do acusado, este toma distância do mesmo, o redige na terceira pessoa, utiliza o termo passado ou advérbios e emprega um discurso indireto, dotado do uso do conectivo “que”.

Posto isto, pode-se dizer que os operadores do direito reconhecem, pinçam e interpretam as narrativas singulares dos acusados, traduzindo trechos de suas confissões para relatos escritos, cuja descrição deve ser a mais compatível possível com a realidade em que ocorreu o crime, a fim de se representar a verdade dos fatos.

No caso de textos, trata-se de “manifestações vitais fixadas duradouramente”, que devem ser entendidas, o que significa que um parceiro da conversação hermenêutica, o texto, só pode chegar a falar através do outro, o intérprete. Somente por ele se reconvertem os signos escritos de novo em sentido. Ao mesmo tempo, e em virtude dessa reconvenção à compreensão, o próprio tema, de que fala o texto, vem à linguagem (GADAMER, 1999, p. 565).

Ocorre que de acordo com a teoria da linguagem proposta por Gadamer “todo escrito é uma espécie de fala alienada, que necessita da reconversão de seus signos à fala e ao sentido”, ou seja, o leitor terá que interpretar e construir um sentido por meio da literalidade dos signos escritos, sem os recursos inerentes à fala, tais como a cadência, o modo de falar, entonação, tom, entre outros (GADAMER, 1999, p. 572-573).

Sob esta perspectiva, há precariedade nos escritos, que são deficientes em demonstrar os vários sentidos da fala, o que aplicado à abordagem escrita da confissão pelo direito, reflete a ineficácia desta, na medida em que há interpretação pelos diversos agentes que funcionam no ato de colher as declarações do acusado, mas também de outros operadores do direito, inclusive o magistrado, que nela poderá basear seu convencimento, confrontando-a com as

demais provas processuais. Interpretações estas passíveis de equívocos, deturpações, ignorâncias e manipulações.

A confissão escrita não se presta a apresentar a versão apenas do acusado, tendo em vista as diversas interpretações que a esta é dada, interpretações onde quem interpreta se traz, em conjunto com suas experiências de vida, cultura, nível de estudo, entre outros, o que prejudica a veracidade do que foi dito pelo acusado.

Ao considerar a forma como é realizado o procedimento inquisitorial, ou seja, o inquérito policial, pode-se dizer ainda que há interpretação também quando as autoridades policiais definem e escolhem o que e quem será interrogado, privilegiando-se certas versões em detrimento de outras.

Junto as Delegacias de Policia, as declarações do investigado podem ser colhidas tão somente pelo escrivão, sem a presença da autoridade policial. As ilações da autoridade policial, obtidas com base nas declarações do investigado, colhidas pelo escrivão, podem influenciar o Ministério Público e o magistrado, especialmente quando aquele representa pela prisão preventiva ou temporária do investigado. Assim, há uma série de interpretações subjetivas, realizadas por pessoas, que se quer participaram da colheita das declarações do investigado e que podem culminar na privação de liberdade deste.

A interpretação persiste quando o Ministério Público recebe o inquérito policial e nos elementos de informação nele colhidos tem que se basear para oferecer denúncia, dando início a ação penal, o que pode se dar apenas com base na confissão extrajudicial reduzida a termo por escrivão e já viciada por compreensões diversas.

Para Gadamer, a pré-compreensão de um texto faz parte do processo de compreensão, tendo em vista ser o interprete um sujeito envolvido pela tradição, assim como o texto, havendo uma “fusão de horizontes” entre eles, que se dá por meio do processo de interpretação, pois “a contribuição produtiva do interprete é parte inalienável do próprio sentido do compreender” (GADAMER, 2002, p. 132).

Deve-se considerar que o inquérito policial não explicita os métodos utilizados para obter as confissões, omitindo se houve o uso de tortura, pressão psicológica ou condução das declarações prestadas pelo investigado, práticas que são habituais em delegacias, pois embora o artigo 185, do Código de Processo Penal, exija a presença de defensor no interrogatório, na prática, este muitas vezes ocorre apenas sob a presença de agentes da autoridade policial.

A confissão produzida na fase judicial é realizada no interrogatório, último ato da instrução no processo penal, a teor do que dispõe o artigo 400, do Código de Processo Penal, e perante magistrado, que pelo princípio da identidade física do juiz, fica obrigado a julgar a

causa (artigo 399, §2º, do Código de Processo Penal), o que poderia nos levar a pensar que este ao presenciar a confissão poderá julgá-la considerando todos os seus aspectos, o que não se sustenta ao se considerar as exceções ao referido princípio, o duplo grau de jurisdição e o lapso temporal transcorrido entre a produção da prova e a sentença.

Embora não previsto no Código de Processo Penal, o Código de Processo Civil, em seu artigo 132, traz hipóteses que excepcionam o princípio da identidade física do juiz, cabíveis estas também ao processo penal, por decorrerem de casos em que o juiz esteja convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, devendo a causa ser julgada por seu sucessor. Estas hipóteses fazem com que o juiz julgador não tenha presenciado a confissão do acusado, assim o contato que o mesmo terá com esta prova será pelo termo escrito por servidor em audiência de instrução e julgamento, com interpretação realizada por juiz diverso, sendo inclusive o que ocorre com a colheita de prova através de carta precatória.

A sentença nem sempre é proferida logo após a audiência de instrução e julgamento, ocasião na qual ocorre o interrogatório, oportunidade em que poderá o réu confessar a prática do crime, conforme artigo 190, do Código de Processo Penal. Portanto, há um certo tempo entre a produção da prova e o julgamento, que normalmente, não é razoável. Assim, embora o magistrado tenha presenciado a confissão do acusado, ao sentenciar, este poderá já ter esquecido como esta se deu, sendo impossível a mente humana guardar todos os aspectos que permeiam a fala de alguém, como semblante, expressões, sentimentos, emoções, entre outros.

Sob esta perspectiva, o juiz, ao julgar, terá que fazer uso do termo escrito pelo escrivão em que conste a confissão do acusado, e então também o irá interpretar, ocorre que “na ressureição do sentido do texto já se encontram sempre implicadas as ideias próprias do interprete” (GADAMER, 1999, p. 566).

No que diz respeito ao interrogatório judicial, tem-se reservas ainda à forma como este é realizado, tendo em vista as perguntas do juiz ao acusado, cujas respostas são reduzidas a termo pelo escrivão ou algum servidor da justiça a partir da tradução feita pelo próprio magistrado, que lhe dita o que constar por escrito, não havendo fidelidade ao que é declarado pelo acusado, não estando transcritas suas reais palavras, não havendo acordo.

Para Gadamer:

A conversação é um processo pelo qual se procura chegar a um acordo. Faz parte de toda verdadeira conversação o atender realmente ao outro, deixar valer os seus pontos de vista e pôr-se em seu lugar, e talvez não no sentido de que se queira entendê-lo como esta individualidade, mas sim no de que se procura entender o que

diz. (...) Quando temos em mente realmente o outro como individualidade, como ocorre na conversação terapêutica ou no interrogatório de um acusado, realmente não se pode falar de possível acordo (GADAMER, 1999, p. 566.).

Neste diapasão, percebe-se que a abordagem por escrito do que é falado pelo acusado diante de todas as fases do processo penal, viciada estará pelo prejuízo dos mais diversos operadores do direito ao chegar até o magistrado, terceiro eqüidistante, que eivado do poder de administrar a justiça deverá proferir sentença dotada da maior imparcialidade possível, já que esta sempre encontra limites na subjetividade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sistema tradicional de tomada das confissões, que são reduzidas a termo, não é suficiente para atender aos imperativos da democracia, por não ser meio hábil a transparecer os aspectos deste procedimento que é complexo.

Os problemas referentes à abordagem escrita da confissão podem ser mitigados mediante o uso de mídia audiovisual, tanto em sua realização extrajudicial como judicial, o que ajudaria a adequar esta prova aos ideais do Estado Democrático de Direito.

As práticas policiais atualmente adotadas no Brasil aproximam-se das práticas inquisitoriais, onde se almejava a autoacusação do acusado, fazendo o uso de torturas e métodos afins para extrair sua confissão. Assim, no interrogatório policial, o uso de mídia audiovisual afastaria o emprego de tortura física, psicológica e condução do sentido do que é dito pelo interrogado, por parte das autoridades e agentes policiais, com a finalidade de obter a confissão, assegurando respeito aos direitos fundamentais, além de ilidir possíveis acusações falsas formuladas por acusados de terem sido vítimas do uso destas práticas inquisitoriais por autoridades policiais.

No interrogatório judicial, o registro audiovisual evitaria abusos cometidos pelos magistrados, que não raro fazem constar na ata da audiência de instrução e julgamento apenas as informações que corroboram a sua tese jurídica, ferindo com a imparcialidade que deveria guiar todos os seus atos.

A gravação audiovisual afastaria também as diversas interpretações dadas à confissão nas mais diversas fases do processo penal, pois seria desnecessário reduzi-la a termo, além de possibilitar visualizar as reações, expressões e sentimentos, por guardar a essência do que foi dito pelo confitente, havendo fidelidade ao teor do seu depoimento, que poderá ser revisto, o que trará mais credibilidade e segurança jurídica a sentença.

O emprego do sistema de captação audiovisual nos interrogatórios traria também mais celeridade aos procedimentos processuais penais, pois reduziria o tempo despendido em audiência.

Neste desiderato, o recurso tecnológico sob comento traz ao processo penal fidedignidade, dinamicidade e celeridade, dando maior credibilidade à prova, o que leva o juiz a proferir suas sentenças com mais segurança.

Ressalta-se, que esta solução não é nova e já se encontra prevista no Código de Processo Penal desde 2008, no artigo 405, §1º, com redação dada pela Lei nº 11.719, tendo a prática sido implantada na Justiça Federal e pela Polícia Civil dos Estados de Alagoas, Rio Grande do Sul e Amapá, entre outros, o que demonstra ser o método pouco utilizado.

Há também projeto de lei neste sentido, o PLS 3/2012, cuja ementa visa alterar o Código de Processo Penal, para prever que as inquirições das testemunhas e dos indiciados no inquérito policial, sejam gravadas em áudio e vídeo e armazenadas por até dois anos, salvo determinação do juiz estabelecendo outra forma.

O hodierno sistema jurídico penal brasileiro apresenta um discurso de exceção, onde o aumento da criminalidade e a necessidade de punições imediatas e emergenciais legitimam e justificam a lesão a direitos e garantias fundamentais dos acusados. Assim, a urgência da sociedade no combate a criminalidade, com pressões por meio da imprensa, manifestações e linchamentos, aliada a presença, ainda constante, do modelo inquisitorial no processo penal, levam o Estado a agir de forma desmedida e comprometedora dos direitos e garantias individuais dos acusados, abrindo mão da utilização de tecnologias que traria benefícios a apuração da verdade real com segurança.

Em toda história da humanidade, percebe-se que a preferência pela escrita se deu pela convicção de ser a visão superior a todos os outros sentidos, trazendo, para o direito, certeza e segurança jurídica. No entanto, em razão de todos os argumentos colacionados ao longo deste artigo, resta claro que tal argumento não merece prosperar, principalmente em razão dos avanços tecnológicos, que tanto podem contribuir a dinâmica jurídica, especialmente, no campo probatório.

As idéias empreendidas no passado, pela igreja medieval, pela justiça secular e pelo rei absolutista, não ficam bem na roupagem de um Estado que busca alcançar de forma plena o paradigma do Estado Democrático de Direito. Precisamos nos modernizar e conciliar o processo penal as tecnologias existentes, a fim de alcançar mais segurança jurídica nas decisões para prevalecer o mínimo de verdade e justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BÍBLIA SAGRADA. Tradução de João Ferreira de Almeida. 2^a ed. rev. e atual., Barueri: Sociedade Bíblica do Brasil, 1993.

BRASIL. Código penal (1940). **Código penal**. Diário Oficial da União, Brasília, 7. Dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 3. Jul. 2014.

BRASIL. Código de processo penal (1941). **Código de processo penal**. Diário Oficial da União, Brasília, 3. Out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> Acesso em: 3. Jul. 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da república federativa do brasil**. Diário Oficial da União, Brasília, 5. Out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 3. Jul. 2014.

CASTRO, Flávia Lages de. **História do direito geral e brasil**. 10^a Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Petrópolis: Editora Vozes, 1999.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3^a ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Editora Vozes, 1999.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**: complementos e índice . Trad. Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Editora Vozes, 2002.

HASSEMER, Winfried. **Crítica alderecho penal de hoy**. 2. Ed. Tradução de Patrícia S. Ziffer. Buenos Aires: Ad-hoc, 2003.

MIRABETE, J. F. **Processo penal**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MUNIZ, Fernando. **A potência da aparência**. São Paulo: Annablume Clássica, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 6^a. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PINTO, Felipe Martins. **A inquisição e o sistema inquisitório**. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 56, p. 189-206, jan./jun. 2010.

PINTO, Felipe Martins. **Crítica à tradicional opção pela teoria da correspondência como critério para a obtenção da verdade no processo penal**. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, n. 79, jul/set., 2012.

TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 3^a Ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.

TEIXEIRA, Flávia Camello Teixeira. **Da tortura**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.