

A FICÇÃO DA VERDADE REAL E OS SINTOMAS DA FALTA DE COMPREENSÃO FILOSÓFICA DA CIÊNCIA PROCESSUAL

Lenio Luiz Streck*

1 O problema do senso comum teórico

Dogmática jurídica e senso comum sempre andaram juntos. Não foram poucos os jusfilósofos que nos alertaram para isso, valendo referir especialmente Luis Alberto Warat. Ele dizia que a dogmática jurídica, ao servir de instrumento para a interpretação/sistematização/aplicação do Direito, vai aparecer como um conjunto de técnicas de “fazer crer”, com as quais os juristas conseguem produzir a linguagem oficial do Direito que se integra com significados tranquilizadores, representações que têm como efeito impedir uma problematização e uma reflexão mais aprofundada sobre nossa realidade sociopolítica.¹

A crise do direito e da dogmática jurídica que “o instrumentaliza” é, fundamentalmente, uma crise de paradigmas. A dogmática jurídica define e controla a ciência jurídica, indicando, com o poder que o consenso da

* Professor titular da UNISINOS; membro catedrático da ABDCONST; coordenador do DASEIN – Núcleo de Estudos Hermenêuticos; pós-doutor em Direito (FDUL – Portugal); Procurador de Justiça – RS; Editor do site www.leniostreck.com.br. O presente texto é reprodução, em parte, de conferência proferida no Congresso Internacional de Processo, realizado em maio de 2011, no Centro de Convenções de Olinda, organizado pelas Faculdades Mauricio de Nassau. Também é produto de pesquisas do DASEIN – Núcleo de Estudos Hermenêuticos.

¹ Ver, para tanto, WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao Direito II*. Porto Alegre: Fabris, 1995, p. 37 e ss.

comunidade científica lhe confere, não só as soluções para seus problemas tradicionais, mas, principalmente, os tipos de problemas que devem fazer parte de suas investigações. Daí que a dogmática jurídica é um nítido exemplo de paradigma. Diz mais o mestre argentino, que a crise da ciência do Direito é um capítulo da crise mais ampla da racionalidade política que ocorre nas sociedades avançadas.²

Se o Constitucionalismo Contemporâneo – que chega ao Brasil apenas na década de 80 do século XX – estabelece um novo modelo de direito (que pode ser definido também como um “novo paradigma do direito”), o que impressiona é a permanência das velhas formas de interpretar³ e aplicar o direito, circunstância que pode ser facilmente percebida pelos Códigos ainda vigentes (embora de validade constitucional duvidosa⁴ em grande parte). Em tempos de intersubjetividade (refiro-me à transição da prevalência do esquema sujeito-objeto para a relação sujeito-sujeito), os juristas ainda trabalham com os modelos (liberais-individualistas) “Caio”, “Tício” e “Mévio”...! E assim por diante.

Essa crise de paradigma(s), à evidência, também atinge o Judiciário (e ao Ministério Público), embora sejam estas instituições também sustentadoras desse *gap* entre a Constituição, os textos infraconstitucionais e as demandas sociais. Assim, se a Constituição da República possui os indicadores formais para uma ruptura paradigmática, estes mais de vinte anos deveriam testemunhar uma ampla adaptação do direito aos ditames da Lei Maior.

Isso não aconteceu porque há uma nadificação do novo paradigma. A resistência das velhas práticas institucionalizadas na e pela dogmática jurídica se deve a esse magma de significações (lembramos de Castoriadis), que, no plano específico do direito, podemos chamar de senso (sentido) comum teórico

² Cf. PUCEIRO, Enrique Zuleta. Teoría jurídica y crisis de legitimación. In: *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1982, p. 289.

³ Um exemplo pode nos ajudar a compreender a complexidade da crise paradigmática: dia destes, em entrevista à TV Justiça, um jovem professor de direito tributário tecia loas às cláusulas gerais e à extensa principiologia contida no Código Civil, relacionando essa temática diretamente ao artigo 110 do Código Tributário Nacional (CTN). O professor mostrava a força do direito privado e de como, *in casu*, a Constituição “dependia” das “formas de direito privado” e de sua prevalência diante de uma nova lei tributária. Vejamos: o CTN é de 1966. De que modo um dispositivo desse quilate pode prevalecer em face do novo paradigma Constitucional? Ora, o que na Constituição de 1946, já então mutilada pelos atos institucionais (não esqueçamos do Golpe de 1964), entendia-se por conceitos e formas de direito privado por certo não é o mesmo que a Constituição de 1988, compromissória e dirigente, diz a respeito do papel do direito privado. Sem esquecer que qualquer questão relacionada ao direito tributário diz respeito ao direito público e não ao direito privado (sem olvidar que a dicotomia “direito público-direito privado” é do século XIX). Trata-se de um bom exemplo para mostrar o papel da velha dogmática jurídica...!

⁴ Obviamente, refiro-me à diferença entre vigência e validade.



dos juristas. A significação dada ou construída via senso comum teórico contém um conhecimento axiológico que reproduz os “valores”, sem, porém, explicá-los. Consequentemente, essa reprodução dos “valores” conduz a uma espécie de *conformismo dos operadores jurídicos*. Por isso, não é difícil ou temerário dizer que os paradoxos originários da sociedade repleta de conflitos e contradições acabam sendo, exatamente, diluídos no interior desse *corpus* denominado de *sentido comum teórico do saber jurídico*.

2 A dogmática jurídica e o direito penal: nítido exemplo que dá razão ao camponês de José Jesus de La Torre Rangel, quando diz que *La ley es como la serpiente; sólo pica as descalzós*

No campo do direito penal – e falarei muito pouco sobre esse segmento, porque o objetivo é discutir a crise filosófica do processo penal –, o fracasso é notório. Legislativo e judiciário dão mostras de que o novo paradigma não foi devidamente recepcionado. O velho Código Penal – fosse nele feita uma filtragem hermenêutico-constitucional – seria *reduzido a pó*. Desnecessário elencar os vários fatores que contribuíram para a permanência das idiossincrasias e desproporcionalidades existentes nos (e entre os) diversos tipos penais e bens jurídicos protegidos.⁵ A dogmática jurídica se apresenta como um conjunto de crenças, utilizadas *ad hoc*, sem qualquer compromisso com a coerência e a integridade do direito (aqui, permito-me remeter o leitor ao meu *Verdade e Consenso*, 3ª e 4ª edições). Pequenos exemplos como os relatados na sequência devem ser entendidos nos limites destas reflexões levando em conta o seu valor simbólico.⁶

⁵ Por exemplo, resta escancarada a preferência do legislador quanto ao bem jurídico primordial quando se tem como parâmetro de comparação as sanções cominadas aos crimes de redução a condição análoga à de escravo (pena de 02 a 08 anos de reclusão) e o crime de extorsão mediante sequestro com duração de mais de 24 horas (pena de 12 a 20 anos de reclusão). De registrar, ademais, que o crime de supressão ou alteração de marcas de animais (art. 162) é apenado com 6 meses a 3 anos de detenção e multa, pena máxima superior à cominada aos crimes de subtração de incapazes (art. 249), violência doméstica nas hipóteses do § 10º (art. 129), maus-tratos (art. 136), violação de domicílio – quando praticada durante a noite ou em lugar ermo, ou com emprego de violência ou de arma, ou, ainda, por duas ou mais pessoas (art. 150, §, 1º); atentado ao pudor mediante fraude (art. 216); assédio sexual (art. 216-A). O apenamento máximo excede, ainda, as penas previstas a crimes contra a ordem tributária (art. 2º da Lei 8.137/90), a crimes ambientais (arts. 32; 45; 50 da Lei 9.605/98), a crimes cometidos contra criança e adolescente (arts. 228; 229; 230; 231; 232; 234; 235; 236; 242; 243; 244 da Lei 8.069/90) e a crimes ocorridos em licitações (arts. 93; 97; 98 da Lei 9.666/93). E assim por diante.

⁶ Tudo o que se apresenta no mundo social histórico está indissociavelmente entrelaçado com o simbólico; não que tudo seja simbólico, mas nada existe fora do simbólico, como bem assinalou Cornelius Castoriadis, em seu *A Instituição Imaginária da Sociedade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.



Por exemplo, a comunidade jurídica nunca se surpreendeu com o fato de que, até poucos anos, alguns Tribunais, avalizados por renomados penalistas pátrios, ainda sustentavam, por exemplo, que o marido não podia ser sujeito ativo de estupro cometido contra a esposa, por “lhe caber o exercício regular de um direito...”. Seguindo essa linha, alguns tribunais brindavam a comunidade jurídica com decisões do tipo “A cópula *intra matrimonium* é dever recíproco dos cônjuges e aquele que usa de força física contra o outro, a quem não socorre recusa razoável (*verbi gratia*, moléstia, inclusive venérea, ou cópula contra a natureza), tem por si a excludente da criminalidade prevista no Código Penal – exercício regular de um direito” (RT 461-444).

Julgados como esse se embasavam em doutrinadores como Nelson Hungria,⁷ para quem “o marido violentador, salvo excesso inescusável, ficará isento até mesmo da pena correspondente à violência física em si mesma”. Não se olvide que o assim denominado “direito” à conjunção carnal era eufemisticamente referido pelo antigo Código Civil (1916), na medida em que, no artigo 231, II,⁸ apontava como dever dos cônjuges a “vida em comum, no domicílio conjugal”. É nesse dever que se “encontra incluído”, consoante assinalava Sílvio Rodrigues,⁹ o de manter relacionamento carnal. Tal tese civilista pode ter levado Damásio de Jesus, expoente da doutrina penal, a um equívoco – pelo menos até a edição atualizada de 2006 –, eis que, ao comentar o artigo 213 do Código Penal, assim se pronuncia:

(A mulher) não perde o direito de dispor de seu corpo, ou seja, o direito de se negar ao ato, desde que tal negativa não se revista de caráter mesquinho. Assim, sempre que a mulher não consentir na conjunção carnal e o marido a obrigar ao ato, com violência ou grave ameaça, em princípio caracterizar-se-á o crime de estupro, desde que ela tenha justa causa para a negativa.¹⁰

Deve-se frisar que, atualmente, os tribunais e a própria doutrina já assimilaram conceitos mais modernos a respeito do tema, entendendo que, em verdade, o marido que força a esposa à prática sexual não está exercitando um direito, e, sim, abusando de um direito... Ou seja, mesmo que a mulher

⁷ Cf. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 126.

⁸ De se consignar, para evitar qualquer mal-entendido, que o referido dispositivo encontra correspondência no Código Civil de 2002, transportado, agora, para o art. 1.566, inciso II. A redação permanece a mesma que conformava o texto do Código de 1916. No entanto, mantenho no corpo do artigo a referência ao Código antigo, uma vez que o argumento se constrói a partir do que assinalava Sílvio Rodrigues em sua interpretação do Código de 1916.

⁹ Cf. RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 126.

¹⁰ Cf. JESUS, Damásio E. de. *Código Penal Anotado*. 17. ed. Atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 736 e ss.



apresente um motivo “mesquinho” para se recusar ao ato, ainda assim o marido não terá o direito de a violentar...!

Se alguém achar que isso é apenas caricatura, permito-me remeter o leitor aos principais manuais que dominam o ensino jurídico e a própria aplicabilidade do direito, problemática que atinge níveis de dramaticidade em face da indústria dos cursinhos de preparação para concursos públicos, que acabam balizando a produção bibliográfica. Ora, se os cursinhos estão preocupados com a resolução de problemas envolvendo gêmeos xifópagos ou de crimes cometidos por Caios e Tícios, não se pode esperar mais das “agências fornecedoras” (Faculdades de Direito)...! Trata-se de uma “questão de mercado”; portanto, de demandas!

Para ilustrar, vejamos algumas pérolas encontradas em diversos manuais, sempre apresentadas por intermédio de pequenos verbetes. Aliás, com um pouco de atenção e acuidade, pode-se perceber que grande parte de sentenças, pareceres, petições e acórdãos é resolvida a partir de citações do tipo “*nessa linha, a jurisprudência é pacífica*” (e seguem-se várias citações padronizadas de número de ementários), ou “*já decidiu o Tribunal tal que legítima defesa não se mede milimetricamente (RT 604/327)*” (*sic*). São citados, geralmente, tão-somente os ementários/verbetes, que, ressalte-se, sofrem de evidente “anemia significativa”, sem falar no predomínio de definições óbvias e simplistas, encontráveis em inúmeros manuais (dos mais conhecidos), como, por exemplo, “agressão atual é a presente, a que está acontecendo; iminente é a que está prestes a ocorrer”; “casa de prostituição é o local onde as prostitutas exercem o comércio carnal”; “para caracterização de quadrilha, são necessárias quatro pessoas”; “a prova para condenar deve ser robusta” (para tanto, alguns juristas invocam a doutrina de Malatesta). Ora, alguém tem dúvida de que a prova para condenar tem de ser robusta?

Comentando o art. 24 do Código Penal, que estabelece o conceito de estado de necessidade, pelo qual “considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, quem não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se”, um importante penalista pátrio leciona que “Estado de necessidade é a situação de perigo atual, não provocado voluntariamente pelo agente, em que este lesa bem de outrem, para não sacrificar direito seu ou alheio, cujo sacrifício não podia ser razoavelmente exigido”. Observa-se que o comentário apenas reproduz o conteúdo da lei. Outro exemplo interessante – que, por anos a fio, foi sufragado pela doutrina penal – dizia respeito à aferição do “conceito de mulher honesta” de que tratava o art. 217 do CP (revogado pela Lei n. 11.106/2005), um dos penalistas mais acatados de *terrae brasilis* trazia à colação – via verbetes jurisprudenciais



– a discussão acerca de se “moça de dezessete anos que trabalha fora em escritório é ou não é ingênua”, colocando à disposição do “operador do direito” duas posições: uma no sentido de que a moça é ingênua (RT 524/338) e outra de que não é ingênua (RJTJSP 50/365)... No mesmo diapasão (e na mesma obra), encontramos a informação de “*a vítima que frequenta bailes e dorme fora de casa não é ingênua e inexperiente*”; já para a configuração do crime de sedução, *a vítima deve ser virgem e casta*, sendo citado, para tanto, julgado publicado na RT 543/350. Anote-se: esse tipo de tese fazia parte do repertório diário das lições que os alunos das faculdades de direito recebiam nas aulas de direito penal até 2005 quando, tardiamente, o legislativo brasileiro resolveu abolir o tipo penal previsto no art. 217. De todo modo, não é necessário muito esforço para encontrar, na doutrina *lato sensu* e na jurisprudência, definições como “chave falsa é um instrumento, sob a forma de chave ou não, que se destina a abrir fechaduras”. Ou “pedaço de cabo de talher não é chave falsa”; ao mesmo tempo, há informação de que “clips é chave falsa”. Para contrabalançar a referida tese acerca da qualificadora da chave falsa, há outro “significante primordial-fundante” dando conta de que “micha é chave falsa” (ao que se poderia objetar: se micha não é chave, falsa não poder ser!). Compulsando a literatura jurídico-penal, descobre-se também que, “se da agressão resulta para a vítima o arrancamento de dentes já irremediavelmente estragados, não é de ser reconhecida a agravante especial da lesão, mas sim o delito de lesões corporais de natureza leve”. A *contrario sensu*, se os dentes arrancados não estiverem estragados, a lesão será grave... No terreno dos crimes contra a administração pública, descobre-se que “a preguiça e o desleixo excluem o dolo do crime de prevaricação”.. Por outro lado, para outro penalista, é pacífico que “vestir-se só de calção em público” não configura o delito de ato obsceno (art. 233). Importante descoberta, pois!

É evidente que as hipóteses jurídicas constantes nas aludidas ementas podem vir a assumir relevância em determinada situação (a prova disto é que as respectivas discussões em seu entorno chegaram até os tribunais da República). A crítica que aqui se faz decorre do (ab)uso metafísico daí resultante. Não se pode esquecer que direito é história, é tempo, é faticidade, e que, portanto, cada caso tem a sua singularidade. Tentar aprisionar os fatos em verbetes é sequestrar o tempo. A dogmática jurídica se mostra, desse modo, *cronofóbica* e *factumfóbica*. Em suma: pode-se extrair desta (pequena) amostragem a problemática exurgente desse universo (construído) a partir de definições metafísicas, que *pré-dominam* (n)o imaginário gnosiológico dos juristas inseridos no senso comum teórico (*habitus dogmaticus*).



O que venho denunciando é que a cultura *standard* do direito toma proporções inimagináveis. É a “indústria” que mais cresce no mundo jurídico. É uma proliferação de “conceitos sem coisas”. De quadros sinópticos a esquematizações, tudo visando simplificar “as coisas” para os alunos e profissionais em geral. *Verbi gratia*, a pergunta que deve ser feita é: qual é a importância acadêmico-científica de publicações que meramente reproduzem expressões do senso comum teórico (ou que expressam “contundentes obviedades”), como, por exemplo, que a interpretação doutrinária é aquela realizada por estudiosos do direito, “os quais emitem *suas opiniões pessoais (sic)* sobre a lei” e que interpretação judicial é aquela realizada pelos aplicadores do direito, ou seja, pelos juízes (*sic*)? Pergunta-se: hermenêutica jurídica seria algo tão singelo (ou simplista) quanto proferir uma “opinião pessoal”? Alguém duvida que a interpretação judicial é feita pelos juízes e tribunais? Mais: qual é a importância reflexiva contida na assertiva, *constante em um importante manual de direito penal*, de que o desenvolvimento mental incompleto é aquele que ainda não se concluiu e o desenvolvimento retardado é o que não pode chegar à maturidade psíquica? E o que um importante penalista de *terrae brasiliis* quereria dizer com o enunciado “o motivo torpe é aquele que, por sua manifesta repugnância, ofende os princípios da moralidade social”? Ou com a “proposição”: a torpeza é uma “qualidade” (*sic*) que ofende a nobreza do espírito humano? Veja-se a definitividade do “conceito” de grave ameaça, caracterizada em um importante manual como sendo “o prenúncio de um acontecimento desagradável...”. Insisto: o campo penal é o lócus privilegiado desse tipo de afirmações.

Veja-se mais: importante manual ensina que “coisa alheia” no crime de furto “é aquela que não pertence à pessoa” e “coisa móvel” é aquela que se desloca de um lugar para outro; agressão atual, na caracterização da legítima defesa, é “aquela que está acontecendo” e a iminente é a “que está por acontecer”; “aquele que escreveu a carta não pode ser sujeito ativo do crime de violação de correspondência”? “A água do mar não pode ser objeto de furto...”. A lista é interminável...! Por derradeiro, observe-se que os exemplos sempre tratam de delitos que dizem respeito ao “andar de baixo” (da patulêia). Os “melhores” exemplos são de furto, homicídio e roubo. Não há muitos exemplos sobre os crimes de lavagem de dinheiro, gestão temerária ou tráfico de influências ou até mesmo sobre alta corrupção. Talvez até mesmo pela falta de julgados a respeito...!

Parece que a velha dogmática jurídica insiste nesse modelo. Poderia citar mais uma centena de enunciados desse jaez. Todavia, como já dito, os verbetes acima elencados tem, aqui, a *função simbólica* de mostrar a cultura *prêt-à-porter* que ainda é dominante nas práticas cotidianas do direito. Isso pode ser



percebido pelas publicações ultra-simplificadoras que se multiplicam na área do direito. A pergunta que faço é: quem se submeteu a uma operação cardíaca com um cirurgião que escrevesse uma obra do tipo “como se opera um coração de forma simplificada”? Quem disse que o direito é uma coisa simples? Quem inventou uma mentira desse jaez?

3 O processo penal: um campo em que a filosofia não tem vez

No âmbito do direito processual penal, a situação não é muito diferente. Os mais de vinte anos foram “incorporados” pela comunidade jurídica (campo jurídico), a partir da crença – cujo fator irradiador é a dogmática jurídica – de que o direito é um sistema lógico, no qual os ideais contraditórios aparecem como naturais. Ponto para o senso comum teórico.

Entretanto, nestes mais de vinte anos, alguns avanços tinham que acontecer. Governos democráticos, influxos provenientes das alterações nas relações internacionais e incremento no âmbito dos cursos de pós-graduação são componentes importantes que conseguiram romper parte das “cascas de sentido” que protegiam o antigo modelo liberal-individualista de direito que forjou a produção da doutrina e jurisprudência nestas últimas cinco décadas.

Nesse sentido, um exame mesmo que superficial no texto da Constituição de 1988 mostrará que conseguimos construir um conjunto de garantias processuais-penais que colocam – formalmente – o Brasil na vanguarda da preservação dos direitos fundamentais, mormente em uma comparação consigo mesmo. A título exemplificativo: a) os prazos para o exercício da ação penal; b) o tempo máximo para a prisão cautelar; c) a obrigatoriedade da publicidade das decisões; e e) a garantia da não culpabilidade.

O modo como a CF/88 prevê o processamento dessas temáticas – para falar apenas de alguns dos aspectos importantes – não encontra similar em muitos países de primeiro mundo. Claro que há diferenças, como as condições da prisão e a *desigualdade no tratamento dos pobres*. Entretanto, é inexorável que isso ocorra em uma sociedade ainda “estamental”, para usar um dos conceitos de *Os donos do poder*, de Raymundo Faoro.

Mas atenção: também é evidente que esses avanços sempre começam pelos “estamentos” (ou quando estes estão envolvidos em querelas judiciais). Casos emblemáticos envolvendo o “andar de cima” da sociedade servem como “*start*” para alterações legislativo-jurisprudenciais. Lembremos, rapidamente, da Súmula 691 (caso Maluf)¹¹, contornada pelo próprio STF,

¹¹ Súmula nº. 691 (STF): “Não compete ao supremo tribunal federal conhecer de ‘habeas corpus’ impetrado contra decisão do relator que, em ‘habeas corpus’ requerido a tribunal superior, indefere a liminar”.



em face do julgamento de um *habeas corpus* a favor de um ex-governador de Estado e deputado federal. Isto é, o avanço, no tocante ao exame de HC's pelo STF, mesmo sem a apreciação do STJ, deu-se de forma contingencial, como, de certo modo, ocorrera com a Lei Fleury.¹² Se é verdade que o STF vem concedendo *habeas corpus* para acusados de furtar sabonetes em supermercados, também é verdade que, a um, os tribunais estaduais continuam resistentes a esses avanços advindos da jurisprudência do STF e, a dois, que os acusados pertencentes às camadas superiores da sociedade vêm se beneficiando dessa nova perspectiva garantista-constitucional que está sendo assumida principalmente pelo Supremo Tribunal Federal. Um exemplo interessante, no que tange à primeira hipótese: enquanto o STF aponta para a tese de que a gravidade do crime não “prende por si só”, os Tribunais estaduais sistematicamente ignoram essa avançada interpretação feita pelo Tribunal Maior.

Ainda no plano “jurisprudencial-contingencial”, no ano de 2011, o Superior Tribunal de Justiça avançou em relação à tese dos frutos da árvore envenenada. Esse avanço se dá inclusive em relação à sua origem norte-americana, isto é, a decisão do STJ é mais radical do que aquela. Refiro-me, aqui, ao julgamento do HC 159.159/SP, envolvendo várias figuras pertencentes às camadas superiores da sociedade, impetrado por sócios da Construtora Camargo Corrêa, questionando a legalidade da *Operação Castelo de Areia*, realizada pela Polícia Federal com objetivo de investigar corrupção, lavagem de dinheiro, evasão de divisas, crimes financeiros, manipulação de concorrências, fraudes em editais, superfaturamento de obras públicas e financiamento de campanhas eleitorais por meio do chamado “caixa dois”. Deflagrada em abril de 2009, a investigação resultou na abertura de três processos penais e de uma ação por improbidade – sem contar 32 procedimentos contra obras da Camargo Corrêa em todo o País. Por três votos a um, o Superior Tribunal de Justiça considerou ilegais as provas obtidas a partir de interceptações telefônicas realizadas com base em denúncia anônima, por entenderam que esse tipo de denúncia

¹² A Lei n. 5.941/73, conhecida como “Lei Fleury”, elaborada no período marcado pela ditadura no Brasil, foi criada para proteger o Delegado Sérgio Fernando Paranhos Fleury, que estava à frente da operação que matou Carlos Marighella. Apesar das inúmeras pressões e intimidações que o Promotor Hélio Bicudo estava sofrendo, ele havia conseguido reunir evidências suficientes para o indiciamento do delegado, e, segundo a lei vigente na época, os indiciados deveriam ser presos. Essa lei, então, alterou, entre outros, o artigo 408 do Código de Processo Penal, dando a seguinte redação: “Art. 408 – Se o juiz se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor, pronuncia-lo-á, dando os motivos do seu convencimento. (...) § 2º Se o réu for primário e de bons antecedentes, poderá o juiz deixar de decretar-lhe a prisão ou revogá-la, já se encontre preso” (grifei). Logo, foi neste contexto que o princípio da presunção da inocência foi introduzido na codificação.



não pode ser o único fundamento para autorização judicial das “escutas”. Em janeiro de 2010, o Presidente do Superior Tribunal de Justiça, Ministro César Asfor, concedeu liminar para suspender a decisão do Tribunal Regional Federal de São Paulo, que sustentava que as interceptações telefônicas haviam sido realizadas com autorização judicial.

Esses avanços, entretanto, apresentam-se de maneira *ad hoc*. Não há, por assim dizer, um “sentimento constitucional-processual” no bojo de tais discussões (no caso da decisão sob comento, careceu de o Tribunal explicitar com mais detalhes a história institucional do direito aplicável à espécie, até para assentar que, a partir de agora, o Tribunal se pautará desse modo). Isto é, o processo penal tem avançado na medida em que alguns setores da sociedade, antes imunes ao braço penal do Estado, passaram a sofrer a persecução penal, fazendo com que as discussões acerca das garantias processuais-penais avançassem a passos largos. Não se pode negar, entretanto, que, paradoxalmente, esse modo de agir “por saltos” é/foi útil para o avanço de um processo penal de garantias. Volta-se, sempre, aquilo que se pode denominar de “Fator Fleury”.

Essa evolução no campo das garantias processuais-penais, no entanto, nem de longe isenta o “sistema processual penal” pelos quase quinhentos mil presos nas penitenciárias brasileiras. Ou seja, avançamos em alguns pontos. E apenas isso. Questões prosaicas como a prisão por crimes que terão a pena – em caso de condenação – substituídas por penas não privativas de liberdade podem ser detectadas em todos os Estados da federação. Assim, prisões por furto, estelionato, apropriação indébita correspondem a um percentual acima de 20% no sistema carcerário. Decisões mal fundamentadas, prisões decretadas com repetições de jargões prêt-à-porters... Eis uma imagem comum do funcionamento do processo penal, em um país em que, em vigor a lei da Lavagem de Dinheiro desde 1998, somente houve condenação em 17 ações penais nestes mais de 14 anos, enquanto, nesse mesmo período, mais de 150.000 pessoas foram parar nas prisões por furtos, estelionatos e apropriações indébitas... Como é fácil condenar alguém por delitos de furto. E como é difícil condenar alguém pelo crime de lavagem de dinheiro...! Ações penais temerárias, milhares de denúncias (aceitas) por contravenções penais (que sequer foram recepcionadas pela nova Constituição); laudos periciais assinados por policiais e por “peritos leigos” validados por juízes e tribunais; desrespeito por parte dos juízes – e pelos Tribunais, inclusive pelo STJ – da regra do art. 212 do CPP que estabeleceu a forma acusatória de inquirição de testemunhas; utilização de “princípios gerais do direito” em plena era dos princípios constitucionais: eis um retrato de como as garantias processuais penais ainda estão longe de chegar ao andar de baixo da sociedade.



3.1 O problema estrutural do Processo Penal: o inquisitivismo e aquilo que chamam de “a busca da verdade real” – uma espécie de “esquecimento filosófico”

De efetivo, não devemos esquecer que o Código de Processo Penal, fruto da década de 40 do século passado, sofre de um vício estrutural, que lhe acarreta um grave prejuízo na sua função: *o de estar visceralmente refém do sistema inquisitivo*. Inquisitivismo é sinônimo de autoritarismo, de não democracia. Isso se pode perceber no modo como a denúncia é recebida – embora as recentes alterações – e a *produção/destinatário/gestão* da prova (o que inclui a apreciação do “produto final”, por intermédio da “livre apreciação da prova” ou do livre convencimento do juiz”, nos moldes como o direcionamento da prova ainda é realizado, isto é, somente direcionada ao juiz), para falar apenas nestes aspectos. Acerca do destinatário da prova, boa parcela dos teóricos ainda não conseguiu superar o modelo solipsista-cartesiano pelo qual ainda se acredita ser o juiz o principal destinatário da prova. Acredita-se na necessidade de a instrução processual gerar “certeza” na sua “convicção pessoal” – e apenas nela – para que o juiz lavrar sua sentença. Este parece ser o ponto nevrálgico do processo penal de *terrae brasilis*.

Para termos uma ideia, uma consulta rápida aos manuais e compêndios de processo penal dá conta de que, por exemplo, embora a maioria dos processualistas sustente que a Constituição de 1988 trouxe, de forma inequívoca, o sistema acusatório, ainda há setores que apregoam que o sistema é misto. Por todos, vejamos o que diz Guilherme Nucci, cujas obras podem ser encontradas em quase todas as bancadas dos juízes, promotores, desembargadores e ministros de nossos Tribunais Superiores:

O sistema adotado no Brasil, embora não oficialmente, é o misto. Registremos desde logo que há dois enfoques: o constitucional e o processual. Em outras palavras, se *fôssemos seguir exclusivamente o disposto na Constituição poderíamos até dizer que o nosso sistema é acusatório* (no texto constitucional encontramos os princípios que regem o sistema acusatório). Ocorre que o nosso processo penal (procedimento, recursos, provas, etc.) é regido por Código específico, que data de 1941, elaborado em nítida ótica inquisitiva (encontramos no CPP muitos princípios regentes do sistema inquisitivo (...)).¹³

Veja-se como a assertiva acima comprova a crise paradigmática que venho denunciando. O ilustre magistrado e professor – a par de separar/cindir o “constitucional” do “processual” – admite que o sistema acusatório está na Constituição. Entretanto, prefere seguir, ainda, o velho Código de Processo Penal. Observe-se novamente o seu dizer: “*Se fôssemos seguir exclusivamente*

¹³ Cf. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 117. (grifei)



o disposto na Constituição...”. Ora, e o que mais se deve seguir em uma democracia e em um Estado Democrático de Direito? As leis anteriores que conflitam com a Constituição? Uma lei anterior, incompatível com a Lei Maior, pode continuar válida (vale dizer, recepcionada)? Isso talvez explique a posição de Nucci no que tange ao art. 212 do CPP,¹⁴ que, por alteração de 2008, modificou radicalmente a forma de inquirição de testemunhas no processo criminal. Segundo Nucci, embora o legislador tenha deixado explícito que o juiz não mais pode tomar a feição presidencialista na condução do Processo, nada mudou...!

Mas, veja-se: não é apenas Nucci que pensa desse modo. Também Luiz Flávio Gomes sufraga essa dicotomia “Constituição-lei ordinária”. Para comprovar, cito a decisão do STJ (HC 121215/DF, DJ 22/02/2010), que está lastreada, exatamente, em Nucci e Gomes. De acordo com Nucci,

Tal inovação [do art. 212 do CPP], entretanto, não altera o sistema inicial de inquirição, vale dizer, quem começa a ouvir a testemunha é o juiz, *como de praxe e agindo como presidente dos trabalhos e da colheita da prova*. Nada se alterou nesse sentido. (...) Nota-se, pois, que absolutamente nenhuma modificação foi introduzida no tradicional método de inquirição sempre iniciado pelo magistrado.¹⁵

A parte em que o acórdão do STJ alberga a doutrina de Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto é a seguinte:

A leitura apressada deste dispositivo legal pode passar a impressão de que as partes devem, inicialmente, formular as perguntas para que, somente a partir daí, possa intervir o juiz, a fim de complementar a inquirição. Não parece ser exatamente assim. (...) *Melhor que fiquemos com a fórmula tradicional*, arraigada na “*praxis*” forense, pela qual o juiz dá início às suas indagações para, depois, facultar às partes a possibilidade de, também, inquirirem a testemunha, desta feita diretamente, sem a necessidade de passar, antes pelo filtro judicial.¹⁶

Quer dizer que a *práxis* pode valer mais do que uma lei aprovada pelo parlamento? ¹⁷ De que leitura “apressada” falam os autores? De todo

¹⁴ Essa crítica à posição de Nucci e Gomes consta em outras publicações minhas, resultados de um projeto de pesquisa junto ao Dasein – Núcleo de Estudos Hermenêuticos. Veja-se, v.g., Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista? *Revista Novos Estudos Jurídicos* (Eletrônica), vol. 15, n. 1, jan-abr/2010, p. 158-173. Disponível em: www.univali.br/periodico.

¹⁵ Cf. NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 479/480. (grifei)

¹⁶ Cf. GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Comentários às Reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 302. (grifei)

¹⁷ Sobre o cumprimento de uma lei no Estado Democrático de Direito, ver meu artigo Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? *Revista Novos Estudos Jurídicos* (Eletrônica), vol. 15, n. 1, jan-abr/2010, p. 158-173. Disponível em: www.univali.br/periodico.



modo, esse é o pano de fundo de algo mais complexo em *terrae brasilis*. O que pretendo dizer com isto? *Quero afirmar que o modelo inquisitorial é o nome que se dá para o protagonismo judicial, representado pelo velho instrumentalismo cujas raízes são do século XIX.*

Explicando melhor: a superação da filosofia da consciência e a adoção de correntes processuais participativas e policêntricas,¹⁸ mostram, a partir de um enfoque constitucional, que o instituto da prova em consonância com os princípios do contraditório, da fundamentação e da publicidade impõem que a prova seja vista como um direito fundamental das partes, de modo que o juiz é um dos destinatários da prova, *mas não o único*, e deve se valer dela para convencer toda a comunidade (publicidade) que aquela é a melhor decisão para aquele caso, de modo a inviabilizar e blindar sua decisão em relação a decisões subjetivas e arbitrárias. Isto, de pronto, sepulta – ou deveria sepultar – o princípio (*sic*) da verdade real.

Na verdade, esse é o problema estrutural que decorre de outro (problema) de fundo paradigmático: o atrelamento da concepção de direito (ainda dominante) aos paradigmas aristotélico-tomista (ou uma vulgata deste) e da filosofia da consciência (ou a sua vulgata). Na verdade, o problema decorre de uma indevida “mistura” dos dois paradigmas, como demonstrarei na sequência. Trata-se de uma autêntica algaravia. Mas, tenho de reconhecer, essa preocupação com os paradigmas filosóficos nunca se fez presente no campo do processo penal brasileiro.

3.2 De como, no campo do processo penal, houve uma ruptura com a filosofia (ou, de como o direito traiu a filosofia, ou, ainda, de como o direito esqueceu de convocar à filosofia para o debate)

De há muito venho apontando em minhas obras – principalmente em *Verdade e Consenso* – que o pensamento jurídico (desde a dogmática jurídica até alguns setores sofisticados da teoria do direito) professa um tipo pernicioso de sobreposição de paradigmas filosóficos. Peço desculpas de me torno repetitivo, mas pme parece necessário insistir na temática, em face de seu papel relevante no campo da efetiva compreensão do fenômeno da gestão da prova. Ou seja, o que venho denunciando é que os mais diversos juristas constroem sua argumentação sob um solo mutante, composto por tipos diversos – e no mais das vezes contraditórios – de posições filosóficas. Chamo isso de “mixagem teórica”. Minha crítica, evidentemente, *não tem por escopo produzir um ambiente castrador que acarrete algum tipo de limitação ao*

¹⁸ Cf. NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008.



estabelecimento de novas teorias ou mesmo a incorporação de novos autores no diálogo. Pelo contrário, a questão que se coloca é, exatamente, de se criar um modelo mais rigoroso de avaliação dos argumentos teóricos produzidos pelo campo jurídico para que o novo tenha realmente condições de aflorar; que não seja apenas um reformismo daquilo que já se encontra superado; e nem que se incorra em (auto)contradições – fato mais comum nessa argumentação dos juristas que perfilam as mais variadas posições filosóficas.

De todos os âmbitos de reflexão jurídica, o processo penal, certamente, oferece um exemplo instigante desse estado de mixagem de paradigmas a que me referi acima. Veja-se, por exemplo, que, na formatação do modelo processual a ser professado pelo nosso código, o legislador de 1941 optou por um sistema de nítidas feições inquisitoriais (claramente percebido através do modelo de “juiz presidente” da instrução, como é costume se dizer até hoje nos meios forenses). Já a Constituição de 1988, por sua vez, estabeleceu um processo de feições acusatórias, mais democrático e que é completamente antitético com relação à figura do juiz presidente/inquisidor. Isso porque, como é cediço, o processo penal trata de efetuar a delicada composição entre a pretensão punitiva do estado e as garantias e direitos fundamentais do acusado, individualmente considerado. Num processo penal de modelo inquisitório, há um desequilíbrio nessa composição, na medida em que o interesse estatal na punição do acusado acaba se sobrepondo às garantias e direitos que lhes são previstos democraticamente. Já em um processo acusatório, essas garantias são reestabelecidas de modo que o pêndulo daquela composição (interesse em punir *vs.* garantias) volta a ficar equalizado.

Sabemos muito bem – por tudo que já foi dito – que o sistema inquisitório é um corolário da filosofia da consciência (não vejo a doutrina processual penal reconhecer isso): *representa uma profissão de fé na ideia de que o sujeito é senhor dos sentidos*, de modo que é esse sujeito – e não a sociedade – que deve se convencer, ter certeza de seu julgamento, etc. (lembro aqui, já de pronto, do vetusto “princípio” do livre convencimento, agora reprimado no projeto do novo CPP).

Não obstante, a doutrina processual-penal é praticamente unânime em afirmar que, em sede de processo penal o juiz não pode se contentar com a verdade formal; ele deve buscar sempre a verdade real, que seria (é?) aquela capaz de recompor os fatos tal como ocorreram. Esse fator é interessante porque, nesse momento, entramos em mais um capítulo do *mix de paradigmas*: se o sistema inquisitivo está assentado no subjetivismo da filosofia da consciência, a verdade real cabe perfeitamente na boca de um essencialista medieval, da filosofia clássica, objetivista. Por certo, a dualidade “verdade formal” *vs.* “verdade real” nos remete à fórmula carneluttiana



para explicar o tipo de “certeza” que deve sustentar uma sentença de natureza civil (verossimilhança, verdade formal) daquela de natureza penal (verdade real). Trata-se, paradoxalmente, de uma tentativa de limitar o assenhramento dos sentidos feito pelo sujeito solipsista através da estatuição de um “princípio” que se fundamenta no paradigma anterior – superado pela subjetividade – que é a metafísica essencialista, clássica (lembramos que o sujeito é uma construção moderna!). Mais além da crítica que pode ser feita à impossibilidade de se falar em “verdade real” (uma vez que articula dois conceitos distintos no nível da filosofia, quais seja, o de verdade e o de realidade), a questão mais originária que se apresenta em jogo aqui é esta: um processo penal inquisitivo convive tanto com um objetivismo quanto com um subjetivismo, e isso tem efeitos deletérios. Seríssimos!

A verdade real, num modelo inquisidor do “juiz presidente da instrução”, acaba por ser usado como um álibi teórico que serve para justificar tanto a busca de elementos de “convicção” pelo juiz (a questão do gerenciamento da prova), quanto de argumento performático para motivar uma decisão que padece de coerência e integridade, vale dizer, de uma decisão que possui pouco – ou nenhum – fundamento jurídico.

No mais, há que se ter sempre presente que a verdade real é algo que cresce na onda do chamado socialismo processual, que está no *gérmen* do chamado “protagonismo judicial”. Esse tipo de postura tende a relativizar os direitos individuais – cerne das estruturas de garantias de um processo penal – em prol de um interesse maior, no mais das vezes difuso e opaco, que ora recebe o nome de público, ora de social, mas que, em nenhuma dessas modalidades poderia prevalecer na seara de um processo penal acusatório.

Não é fácil entender o que a dogmática processual penal pretende dizer com a defesa ou a crítica à verdade real. Por vezes, parece que a verdade real é uma busca ontológica clássica, uma *adeaquatio intellectum et rei*; em outras passagens, fica-se convencido que a verdade real é o corolário da filosofia da consciência (*adeaquatio rei et intellectum*). Observe-se: ao mesmo tempo em que “existe” a verdade real, há também o livre convencimento... Afinal, como compatibilizar essas teses? Ao exame de toda a doutrina processual penal brasileira, não foi possível encontrar uma resposta a esse dilema. Pois: ou há uma verdade real nos fatos (buscar a verdade nas essências das “coisas”/ dos fatos e que são verdades irrefutáveis, indiscutíveis e, portanto, não há convencimento – metafísica clássica), ou há um livre convencimento (no qual é possível se deduzir, autônoma e racionalmente o que é verdadeiro ou não – metafísica moderna).



Essas são questões intrigantes.¹⁹ Na dogmática jurídica mais tradicional trabalha-se com a ideia de que o juiz não pode aceitar particulares espécies de provas determinadas por critérios de conveniência ou oportunidade, ou mesmo sobreditados pelas valorações do ambiente em que vive.²⁰ Haveria o juiz, assim, que se conformar, resignada e acriticamente, à camisa-de-força imposta pelas premonições dogmáticas: enquanto o procedimento civil valorizaria os interesses das partes, isto é, a verdade disposta pelas mesmas – a verdade formal –, reivindicaria o processo penal uma verdade real, material, perquirida pelo juiz com autonomia, no curso de uma investigação onde ele, juiz, elabora as bases de sua decisão.²¹ Essa verdade, no âmbito da dogmática processual-penal, surge quando “a ideia que (o juiz) forma em sua mente se ajusta perfeitamente com a realidade dos fatos”.²²

Pode-se dizer, então, que a verdade, assim como é trabalhada pela dogmática jurídica no âmbito do processo penal – e isso veremos a seguir –, é

¹⁹ Há outras questões intrigantes, que não têm espaço nestas reflexões. Delas pretendo tratar em outros textos. Refiro-me, exemplificadamente, à falta de problematização da “questão dos princípios”. Não há obra de processo penal que aponte, por exemplo, para a não recepção dos velhos princípios gerais do direito. Por incrível que pareça, a quase totalidade das obras repete os velhos princípios (que, como se sabe, são axiomas originários do positivismo vigorante no século XIX). Também não vejo questionados “princípios” que não passam de invencionices, como o da “confiança no juiz da causa” ou “de que não há nulidade sem prejuízo” (trata-se de *standards* retóricos, que não alcançam sequer o *status* de “enunciados performativos”). Por outro lado, parte considerável da doutrina processual penal está devendo uma crítica à discricionariedade judicial, mormente a que se institucionalizou pela via da “ponderação de valores”, aliás, equivocadamente tratada como um “princípio”. Também a carência de uma filtragem hermenêutico-constitucional salta aos olhos do observador, quando se percebe, em parcela considerável das obras – mormente os manuais – a prevalência do CPP em detrimento da Constituição. Nesse sentido, são raros as obras que tratam da aplicação no âmbito do CPP da *verfassungskonforme Auslegung* e da *Teilnichtigklärung Ohne Normtexreduzierung*. Sem falar, ainda, da confusão que é feita entre positivismo exegético e positivismo normativista. Por último, impressiona o número de obras sobre processo (em geral), com conteúdo meramente descritivo, sem a necessária problematização das principais temáticas. Tais obras se apresentam como uma compilação de outros autores e longas citações dos Tribunais. Há algumas obras (cito, por todos, Luiz Fernando Manzano, Curso de Processo Penal, SP, Atlas, 2010, 116 e segs), onde, ao falar sobre a interpretação no processo penal, consta a seguinte assertiva: “Às vezes a interpretação é demasiado genérica, o legislador disse mais do que queria (*plus dixit quam voluit*); outras vezes é demasiado restrita, o legislador disse menos do que queria (*minus dixit quam voluit*). Cumpre ao intérprete ampliar o alcance da lei. (...) A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direitos”. Rios de tinta poderiam ser gastos para problematizar – e contestar – tais assertivas. Entretanto, o que impressiona, neste caso, é a ausência de um comentário crítico, problematizador. A mera repetição do que consta na dogmática jurídica acaba fossilizando o ensino jurídico, onde essa produção doutrinária tem enorme repercussão.

²⁰ CFe. WARAT, L.A. e CUNHA, Rosa M.C. *Ensino e saber jurídico*. Rio de Janeiro, Eldorado Tijuca, 1977, p. 45.

²¹ Idem.

²² Nesse sentido, ver MIRABETE, Julio F. *Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 247.



uma verdade ontológica (no sentido clássico) e, portanto, metafísica. A verdade seria decorrência da captação de uma “essência” das coisas. Existiria, assim, *um-mundo-em-si*, cuja estrutura o jurista (no caso o juiz) pode apreender/conhecer através da razão e depois comunicar aos outros pela linguagem, via sentença judicial.²³

A concepção de verdade vigorante no campo da dogmática jurídica (tradicional e até mesmo a de cariz crítico) guarda profundos coloridos metafísicos. A defesa da verdade real – ou a mera descrição do “princípio” (*sic*) sem que o autor faça qualquer juízo crítico – é feita por considerável parcela da dogmática jurídica e, por que não, por setores que se pretendem críticos. Aliás, o próprio Código de Processo Penal alberga a “verdade real” no art. 156. Esse dispositivo, por sinal, sustenta a tese das “nulidades relativas” (*sic*).

Tudo isso permite afirmar que a própria dogmática jurídica não consegue “colocar” a propalada “verdade real” no respectivo solo filosófico, eis que, não raras vezes, confundem-se os paradigmas ontológico-clássico e da filosofia da consciência, resultando disso um conceito absolutamente sincrético, autocontraditório. Fazendo, pois, uma breve incursão nesse campo, constatamos, *p.ex.*, Norberto Avena, acentuando que

a afirmação de que a verdade real é a meta do processo criminal significa dizer que o juiz deve impulsioná-lo com o objetivo de aproximar-se ao máximo da *verdade plena*, apurando os fatos até onde for possível elucidá-los, para que, ao final, possa proferir sentença que se sustente em elementos concretos, e não em ficções ou presunções.²⁴

Para o novel processualista gaúcho, verdade real quer dizer “verdade ontológica”, que seria a “verdade plena”, embora admita que isso seja possível apenas em termos. Desse modo, embora o autor desconfie da possibilidade de se alcançar a verdade plena, não a descarta e tampouco a elabora – afinal, isso

²³ Isto porque, no âmbito da dogmática jurídica, a concepção (ainda) vigorante concede um papel secundário à linguagem, ao contrário do que se entende a partir da viragem linguística da filosofia (*linguistic turn*) ocorrida no século XX – em que passamos a uma mediação total da linguagem. Consequentemente, é necessário que se (re)tire proveito dessa viragem linguístico-filosófica e desse giro ontológico propiciado pela hermenêutica, que é justamente a ruptura com as concepções metafísicas através da mediação da linguagem: “o fato de nós não termos simplesmente o acesso aos objetos via significado, mas via significado num mundo histórico determinado, numa cultura determinada, faz com que a estrutura lógica nunca dê conta inteira do conhecimento, de que não podemos dar conta pela análise lógica de todo o processo de conhecimento”. Cf. STEIN, Ermildo. *Dialética e Hermenêutica: uma controvérsia sobre método em filosofia*. In: HABERMAS, Jürgen. *Dialética e hermenêutica*. Para uma crítica da hermenêutica de Gadamer. Porto Alegre: L&PM, 1987, p. 103. (grifei)

²⁴ Cf. AVENA, Norberto. *Processo Penal Esquemático*. Rio de Janeiro, Forense, 2009, pp. 40 e segs.



se espera sempre de obra com pretensões doutrinárias – um necessário juízo crítico acerca dessa relevantíssima questão filosófica.

Já Fernando Capez se empolga com a metafísica clássica ao dizer, na sequência, que “É dever do magistrado superar a disidiosa iniciativa das partes na colheita do material probatório, esgotando todas as possibilidades para alcançar a verdade real dos fatos como fundamento da sentença”.²⁵

Um dos doutrinadores mais citados no plano das práticas jurídicas de *terrae brasilis*, Guilherme Nucci, embora tente fazer uma ressalva no sentido de que “jamais, no processo, pode assegurar o juiz ter alcançado a verdade objetiva”, na sequência assevera que o juiz tem, isso sim, “uma crença segura na verdade que transparece através das provas colhidas”. Daí a minha indagação: qual é a diferença entre “verdade objetiva” e “verdade que transparece através das provas colhidas”? Ambas as assertivas fazem parte daquilo que se pode denominar de *adequatio intellectum et rei*. Ou seja, o autor não acredita no objetivismo, utilizando, entretanto, como contraponto, o próprio objetivismo – em outras palavras: o autor não acredita na possibilidade de haver uma verdade, mas a seguir afirma a verdade que “transparece das provas colhidas”.²⁶

Nucci diz ainda que “a verdade é una e sempre relativa”. Já de pronto caberia objetar: se a verdade é relativa, a própria afirmação do autor deve ser assim considerada, isto é, a própria afirmação do autor deve ser relativa e, desta forma, não verdadeira. Mais: se a verdade é una, não é possível que ela seja, também, relativa; e vice-versa. Ou trata-se de uma verdade una (absoluta) ou trata-se de uma verdade relativa (o que nem é verdade, eis que é relativa!). Não é possível se compreender esse “medo” da afirmação de existirem verdades, eis que qualquer afirmação a respeito da verdade deve ser verdadeira (pois deve se aplicar sobre a própria afirmação). Consequentemente, o autor estabelece uma contradição insolúvel...! Mais ainda, diz na sequência que “a verdade é apenas uma noção ideológica da realidade, motivo pelo qual o que é verdadeiro para uns, não o é para outros”. Ora, poderíamos acrescentar ao final desta frase a afirmação *inclusive isto*, de modo que ela seria lida dessa forma: “a verdade é apenas uma noção ideológica da realidade, motivo pelo qual o que é verdadeiro para uns, não o é para outros” *inclusive isto que acabo de afirmar*. Então, esta própria afirmação é válida para uns e não o é para outros. Observe-se o grau de sincretismo: Nucci navega pelo objetivismo (metafísica clássica) até chegar ao relativismo pós-moderno.²⁷ De todo modo, seria interessante esclarecer de que maneira é possível fazer esse *mix* de posições filosóficas, principalmente se considerarmos que, no início de sua explanação

²⁵ Cf. CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 18. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 66-7.

²⁶ Cf. NUCCI, GUILHERME. *Manual de processo penal e execução penal*, op. cit, p. 104.

²⁷ Idem, p. 105-7.



sobre o princípio da verdade real, Nucci posiciona-se a favor da verdade objetiva (que, ao fim e ao cabo, representa o cerne da assim denominada “verdade real”) e ao final se posiciona de forma relativista.

Já Damásio de Jesus sustenta a busca da verdade real de forma ortodoxa:

O processo criminal norteia-se pela busca da verdade real, alicerçando-se em regras como a do artigo 156, 2.º parte, do CPP, que retira o Juiz da posição de expectador inerte da produção da prova para conferir-lhe o ônus de determinar diligências *ex officio*, sempre que necessário para esclarecer ponto relevante do processo.²⁸

Como se pode perceber, a “lenda” continua. Ou seja, se é verdadeiro o que diz Damásio, é preciso esclarecer à comunidade jurídica o que representa uma adesão ao “princípio” (*sic*) da verdade real. Para uns, a verdade real é metafísica clássica (embora, ao mesmo tempo, recuem para defender o “relativismo”); para outros, a busca da verdade real pressupõe o voluntarismo judicial. Difícil, portanto, saber o que a dogmática jurídica quer dizer com esse enunciado performativo (é o que, ao fim e ao cabo, representa a “verdade real”).

Alguns, inclusive, são mais radicais, como Diomar Ackel Filho, para quem não há dúvida, a verdade é ontológica-clássica: “verdade real é o que é. Sem artifício. Sem presunção. Sem ficção. Por ela, o fato investigado no processo deve corresponder ao que existe fora dele, em toda a sua plenitude. Por isso se denomina também de verdade material”.²⁹

No entremeio dessas posições sincréticas, uma procura em autores mais ligados à teoria processual deveria trazer luz ao problema. Nada melhor do que a pesquisa se focar na autoridade de Ada Pellegrini Grinover. Segundo ela,

O princípio da verdade real, que foi o mito de um processo penal voltado para a liberdade absoluta do juiz e para a utilização dos poderes ilimitados na busca da prova, significa hoje simplesmente a tendência a uma certeza próxima da verdade judicial: uma verdade subtraída à exclusiva influência das partes pelos poderes instrutórios do juiz e uma verdade ética, processual e constitucionalmente válida (...) e ainda agora exclusivamente para o processo penal tradicional, indica uma verdade a ser pesquisada mesmo quando os fatos forem incontroversos, com a finalidade do juiz aplicar a norma de direito material aos fatos realmente ocorridos, para poder pacificar com justiça.³⁰

Como podemos ver, a assertiva da ilustrada e acatada Professora – a quem, refira-se, o direito brasileiro deve muito - não consegue, entretanto, afastar a mixagem paradigmática que assola o processo, no mínimo desde a

²⁸ Cf. JESUS, Damásio Evangelista de. *Curso de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 55.

²⁹ Cf. ACKEL FILHO, Diomar. Verdade formal e verdade real. *RJTJESP*, São Paulo, LE n. 111, 1988, p. 9.

³⁰ Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. Rio de Janeiro, Revista Forense, vol. 347, jul-set 1999, pp. 7 e segs.



década de 40 do século XX. Com efeito, se, como diz Grinover, a verdade real foi (?) o mito de um processo penal voltado para a liberdade absoluta do juiz e para a utilização dos poderes ilimitados na busca da prova, então se está a tratar de uma “verdade” ligada a um juiz solipsista (subjetivista). Mas, se, na sequência, a jusprocessualista diz que ainda hoje, para o processo penal tradicional, o princípio da verdade real “indica uma verdade a ser pesquisada mesmo quando os fatos forem incontroversos, com a finalidade do juiz aplicar a norma de direito material *aos fatos realmente ocorridos*”, então, neste caso, o famoso “princípio” é também um mecanismo de busca de “verdades ontológicas”. Ou seja, também em Ada Pellegrini Grinover permanece a mixagem teórica.

Aliás, essa problemática aparece claramente em Tourinho Filho:

De fato, enquanto o Juiz não penal deve satisfazer-se com a verdade formal ou convencional que surja das manifestações formuladas pelas partes, e sua indagação deve circunscrever-se aos fatos por elas debatidos, no Processo Penal o juiz tem o dever de investigar a verdade real, procurar saber como os fatos se passaram na realidade, quem realmente praticou a infração e em que condições a perpetrou, para dar base certa à justiça”.³¹

Daí a questão: se a verdade real é o contraponto da verdade formal, isso quer dizer que a primeira não tem limites procedimentais (formais); ela “vai além”; por ela, o juiz mergulha diretamente em direção à essência das coisas. Só que isso é inconciliável no plano dos paradigmas filosóficos que conformaram o mundo desde a aurora da civilização.

Dizendo de outro modo, essa mixagem (ou sincretismo) de paradigmas inconciliáveis acaba sendo a regra no direito (e, aqui, especialmente no campo processual penal – efetivamente, o processo penal traiu a filosofia). Essa problemática também aparece em trabalhos acadêmicos, como é o caso de Marco Antonio de Barros³², quando, ao mesmo tempo em que afirma ser a verdade “a adequação ou conformidade entre o intelecto e a realidade”, sustenta que esta é fruto da *inteligência humana*, porque “moldada pelo juízo racional e não pela prova ou evidência que pode ser verídica ou falsa”. Entretanto, no plano da avaliação das provas, diz que a “convicção do juiz é livre, submete-se a sua própria consciência; porém, a sua decisão deve ser fundamentada nas provas colhidas no curso do processo”. Veja-se que a

³¹ Cf. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. I, p.37.

³² Cf. BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 286. Apesar disso, não se pode negar a contribuição crítica de Rangel no contexto geral da dogmática processual penal, mormente pela defesa de teses garantistas.



ressalva no sentido de que a decisão, embora “de livre convicção”, deve ser fundamentada nas provas colhidas no curso do processo, seria relevante, não fosse exatamente a contradição entre “a livre convicção” (solipsismo judicial) e a “fundamentação nas provas processuais”. Veja-se, claramente, a junção/imbricação do paradigma metafísico-clássico (*adequatio intellectus et rei*) e o da filosofia da consciência (*adequatio rei et intellectus*). Interessante notar que, ao fim e ao cabo – e o autor é enfático nisso –, sempre prevalecerá a “livre convicção” ou “a vinculação à consciência do julgador”. É o triunfo, enfim, do voluntarismo/relativismo, como se pode ver da seguinte passagem:

Cada uma tem a sua verdade, segundo a sua *forma mentis*, sob o influxo dos seus próprios interesses e das suas paixões. E é só pela experiência e controle crítico dos seus constantes “pontos de vista” que se pode chegar àquela “verdade do juiz”, que é depois aquela que vale para o ordenamento jurídico.³³

No campo processual penal considerado mais crítico, essa questão segue sem a necessária problematização. Com efeito, para Paulo Rangel, o conceito de verdade é relativo,³⁴ portanto, também caindo em autocontradição, tal como o paradoxo do Cretense. Na sequência, faz uma crítica à noção de “verdade como consenso” habermasiana, filiando-se à ética da alteridade (que, com certeza, deve ser a proposta por Enrique Dussel, na esteira do filósofo Levinas). O que deve ser dito, neste contexto, que o problema fulcral é a não problematização da “verdade processual” de que fala o autor. Sem considerar, ademais, que a ética da alteridade não estabelece critérios acerca do que seja verdadeiro ou falso, portanto, não contribuindo para a resolução da temática. Isto é, Rangel primeiro afirma o relativismo (não existem verdades) para, num segundo momento, afirmar uma verdade a partir da ética da alteridade (ética esta que estabelece apenas critérios do que é bom ou mau, mas não do que verdadeiro ou falso) e mais, esta proposta ética estabelece que sempre deve-se respeitar a diferença: portanto, deve-se respeitar, também, o que não respeita a diferença; isto é, trata-se de uma proposta ética que implode numa autocontradição.

Já hoje existe um conjunto de críticas ao “problema da verdade real”. Denis Sampaio, por exemplo, faz uma longa apreciação crítica em relação à verdade real e ao discurso sobre a verdade real. Embora não atinja o cerne do problema – porque não trabalha com a noção de paradigmas filosóficos –, consegue marcar pontos ao denunciar o grau de cinismo existente em relação

³³ Idem, p. 19.

³⁴ Cf. RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 18ª. Ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010, p. 7. Apesar dessa crítica, não se pode negar a contribuição crítica de Rangel no campo da dogmática processual penal brasileira, mormente pela defesa de teses garantistas.



à dicotomia “verdade real-verdade formal”, mormente no que tange ao uso da verdade real em favor rei.³⁵ Outros autores conseguem ir além dessa problemática, especialmente Aury Lopes Jr. (embora dele discorde quando diz, em seu *Introdução Crítica ao Processo Penal*, que “a racionalidade da decisão depende do sentimento, da emoção e quando, no tocante ao “sentimento”, tece elogios a Recaséns Siches), Salo de Carvalho, Alexandre Morais da Rosa (este com uma visão mais hermenêutica e, portanto, mais próxima da minha posição), Geraldo Prado, Eugenio Pacceli de Oliveira, Luiz Gustavo Grandineti e Jacinto Coutinho (para citar apenas estes), que enfocam o problema a partir da gestão da prova. Para estes autores, essa discussão está superada (nem verdade formal, nem verdade real; o problema reside no tipo de sistema e no papel das partes). Tais análises se aproximam, *mutatis mutandis*, à visão habermasiana propaladas por Marcelo Cattoni e Dierle Nunes. Já em uma visão ligada ao processo em geral, utilizando a matriz teórica da hermenêutica filosófica e da Crítica Hermenêutica do Direito, devem ser mencionados os trabalhos de Rafael Tomaz de Oliveira e Georges Abboud³⁶, Francisco J. Borges Motta³⁷, Adalberto Hommerding³⁸ e Maurício Ramires³⁹. De um modo ou de outro, todos esses discursos podem ser considerados transdogmáticos, porque conseguem ser rupturais em relação aos velhos atributos (no sentido de *Eigenschaften*) da ciência processual⁴⁰. E isso deve ser ressaltado.

³⁵ Cf. SAMPAIO, Denis. *A verdade no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.80 e ss.

³⁶ Cf. TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. ABOUD, Georges. “O Dito e o Não-dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual”. In: *Revista de Processo*. n. 166, ano 33. Dezembro de 2008, pp. 27/70.

³⁷ Cf. MOTTA, Francisco J. Borges. *Levando o Direito a Sério*. Uma Crítica Hermenêutica ao Protagonismo Judicial. Florianópolis: Conceito, 2010.

³⁸ Cf. HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma Compreensão Hermenêutica do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

³⁹ Cf. RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010

⁴⁰ A referência aos “atributos” (*Eigenschaften*) é uma paródia à grande obra de Robert Musil, *O Homem sem Qualidades*. Com efeito, a personagem principal da obra de Musil representa o homem que, depois da crise do fundamento e da perda da *arché* que sustentava o mundo através da (teo)filosofia, precisa colocar, por si mesmo, o sentido desse mundo. Vale dizer: trata-se do homem que, tendo perdido (ou se libertado) as estruturas de fora que lhe conformavam sentido, precisa passar a realizar essa tarefa por si mesmo. No contexto do livro esse homem, habitante dos anos 20 do século XX, precisa moldar sua individualidade em meio à imposição do coletivo – bem à moda na época – num contexto em que nenhuma qualidade podia ser a ele atribuída. A paródia contida no texto é oportuna, uma vez que os autores citados procuram, cada um ao seu modo, se libertar da *arché* opressora oriunda das velhas qualidades/atributos e, ao mesmo tempo, afirmam uma individualidade teórica em meio ao coletivismo predominante no contexto da dogmática jurídica atual. Coletivismo que se apresenta, de forma avassaladora, nas posturas processuais caudatárias



4 O retorno (ou permanência) da verdade real no novo Código de Processo Penal através do livre convencimento. Por quê? Porque ambos são reféns da filosofia da consciência

Vejam os estado d'arte: de um lado, os juízes ainda acreditam na possibilidade da busca da verdade real (*sic*) – como se existissem essências. Trata-se – e peço desculpas por insistir no tema – daquilo que podemos chamar de “objetivismo”, que, a par de estar sustentado na ontologia clássica, aprimorou-se no século XIX por intermédio do positivismo exegetico (sintático), pelo qual o direito estava na lei e o juiz era apenas a boca que pronunciava as palavras da lei. Era como se texto e norma estivessem “colados”. No fundo, esse exegetismo não passa(va) de uma técnica; o direito tem a função de ser uma “mera racionalidade instrumental”. É o que se pode denominar de positivismo primitivo.

Mas, veja-se: ao lado e ao mesmo tempo que ainda se fala desse “objetivismo”⁴¹, não se pode esquecer alguns elementos históricos que forjaram uma antítese a essa velha posição ocupada pelo “juiz boca da lei”. Essa fenomenologia já podia ser vista nas teses que sucederam ao exegetismo francês, ao pandectismo alemão e ao *jurisprudencialismo* analítico (especialmente da Inglaterra), isto é, nas posições anti-estruturais assumidas pela Escola do Direito Livre, pelo Movimento do Direito Livre, pela *Jurisprudência dos Interesses*, pelo realismo escandinavo e norte-americano e pela *jurisprudência dos valores*. A razão foi sendo derrotada pela vontade.

A partir da viragem kelseniana (anos 60 do século XX), instaurou-se um verdadeiro “incentivo” às teses voluntaristas. No plano do direito constitucional, é possível detectar essa problemática em alguns ramos do neoconstitucionalismo.

No âmbito da gestão da prova (condução da prova no processo), o instrumentalismo passou ser a regra. Esse é, pois, o que se pode denominar de “vício de origem” do processualismo brasileiro. É a velha *discricionariedade sustentando o outro inimigo do direito democrático: o positivismo jurídico*, entendido, à evidência, como “positivismo pós-exegetico”. Ou seja, instrumentalismo e positivismo passaram a ser duas faces de uma mesma moeda. Ainda, de outro modo: a velha “verdade real” é, de fato, no plano das práticas judiciais, a institucionalização do livre convencimento, que, por

do chamado socialismo processual que, entre nós, pode ser representada pela corrente que vem sendo chamada *instrumentalismo processual*.

⁴¹ Refiro-me, aqui, do objetivismo filosófico. Não se trata, à evidência, da discussão das dicotomias “subjetivismo-objetivismo” (vontade do legislador-vontade da lei), embora, com muito cuidado, dependendo do rumo da discussão, isso possa ser feito, se pensarmos, por exemplo, que a “vontade da lei” funciona como uma estrutura que “assujeita o intérprete”, a exemplo do “mito do dado”.



sua vez, fulcra-se na discricionariedade positivista. Ou seja, por mais que a dogmática faça um mix entre os paradigmas para “explicar” o “princípio” (*sic*) da verdade real, ele nada tem de essencialista. Sua *holding* está na filosofia da consciência. É disso que o processo penal deveria tratar. O problema é que, como já referi, parece que a filosofia foi abandonada pelo direito, mormente o direito processual penal.

4.1 A reforma do CPP e o livre convencimento

Por tais razões, entendo impossível uma análise da performance do velho CPP e das reformas que estão sendo gestadas no parlamento sem o apelo à discussão dos paradigmas filosóficos. Cada período da história está sustentado em um determinado paradigma filosófico. E – deixemos isso claro – *cada ramo do conhecimento depende da compreensão dos fenômenos a partir de um paradigma.*

Por exemplo, a noção de sujeito é uma construção da modernidade; e quem proporciona o surgimento da noção de contrato social, de Estado, etc., é a estruturação do *cogito*, onde está assentada a noção de sujeito. E assim por diante. O esquema sujeito-objeto, próprio do paradigma da subjetividade, fragiliza-se com o advento do paradigma da linguagem. A teoria do direito e do processo não está imune a essas rupturas que se dão no campo dos paradigmas filosóficos.

Destarte, para dizer o mínimo, não se rompe com o inquisitorialismo sem o *linguistic turn* e suas derivações. Dizendo de outro modo, estão equivocados aqueles que acreditam que é possível discutir reformas processuais ficando nos estritos limites da dogmática jurídica (mesmo a dogmática mais sofisticada acerca do processo, que, quando alienada da discussão filosófico-paradigmática, fica refém da ahistoricidade).

Se a verdade real (e suas graves confusões conceituais!) sempre sustentou o processo penal há mais de 70 anos, o esboço do novo CPP parece não escapar desse problema. O novo CPP continua apostando – implicitamente – nessa possibilidade. Ela está no “bojo” do “pacote” que estabelece o “livre convencimento”.

Nesse contexto, já de pronto me permito informar que o atrelamento dos processualistas penais à possibilidade da busca da verdade real – entendida, frise-se, como verdade ontológica-clássica – somente seria defensável no sistema tarifário (medieval), no qual seria possível a obtenção de provas irrefutáveis (como a confissão obtida por meio de tortura, *v.g. regina probationum*). O resto é ilusão filosófica.



Mas, por que volto e insisto no problema da “verdade real”? Ora, porque inquisitorialismo e verdade real parecem irmãos siameses. Desse modo, não se pode fazer uma crítica ao inquisitorialismo e, ao mesmo tempo, defender a verdade real; *mutatis, mutandis*, contradição desse nível pode ser encontrada na defesa concomitante do sistema acusatório e do livre convencimento. Também não tem sentido rejeitar a verdade real e defender o livre convencimento, como se estes fossem antitéticos.

Quero dizer com isso que a adição ao sistema inquisitório de uma boa dose de discricionariedade – fruto do sujeito solipsista (*Selbstsüchtiger*) da modernidade – resultará, apesar da Constituição democrática e dos avanços *ad hoc* (“regionais”, no sentido filosófico da palavra), em um *direito processual penal ainda autoritário*. E, ao que parece, é para isso que queremos reformá-lo. Será que conseguiremos?

E por que digo isto? Porque discutir o “sistema acusatório” é discutir paradigmas. Mais do que isso, é tratar de *rupturas paradigmáticas*. De há muito, em Congressos, artigos e livros, travamos (cito, de memória, Jacinto Coutinho, Aury Lopes Jr, Geraldo Prado, Luis Gustavo Grandinetti, Salo de Carvalho, Nereu Giacomolli, Rafael Tomaz de Oliveira, Georges Abboud, Francisco Motta, Marcelo Cattoni, Dierle Nunes, Alexandre Bahia, Alexandre Morais da Rosa) uma luta não somente contra o inquisitivismo, mas, fundamentalmente, contra o paradigma que sustenta tal postura. Falo, pois, do paradigma epistemológico da filosofia da consciência (é claro que alguns dos críticos do inquisitivismo – mesmo dentro desse grupo – o fazem não com base na crítica paradigmática, e, sim, a partir da própria dogmática jurídica, o que, por vezes, acarreta problemas...). Mas, o que vale mesmo é a crítica *lato sensu* ao modelo inquisitivo. E este é o ponto fulcral.

É preciso entender que o “sistema inquisitório” está ligado umbilicalmente ao paradigma da subjetividade, isto é, do esquema sujeito-objeto (S-O). No sistema inquisitório, o sujeito é “senhor dos sentidos”. Ele “assujeita” as “coisas” (se, se quiser, “as provas”, o “andar do processo”, etc.). Isso exsurge, como já referido, da produção da prova *ex officio* e da prevalência de princípios (*sic*) como o do “livre convencimento do juiz”.

Daí a pergunta: por que, depois de uma intensa luta pela democracia e pelos direitos fundamentais, enfim, pela inclusão nos textos legais-constitucionais, das conquistas civilizatórias, *continuamos a delegar ao juiz a apreciação discricionária das provas*? Nos casos de regras (textos legais) que contenham vaguezas e ambiguidades e nas hipóteses dos assim denominados *hard cases*, por que continuamos a insistir em deixar a sua definição ao livre



convencimento ou a discricionariedade dos juízes?⁴² Volta-se, sempre, ao lugar do começo: *o problema da democracia e da (necessária) limitação do poder*. Discricionariedades, arbitrariedades, inquisitorialidades, positivismo jurídico: tudo está entrelaçado. Diz-se por aí que a interpretação feita pelo juiz é um “ato de vontade”... (por todos, lembro dos Ministros Marco Aurelio e Fux, além do Procurador da República Paulo Queiroz). Quanto tempo ainda levará para que a comunidade jurídica compreenda esse problema?

De minha parte, entendo que é possível afirmar que o sistema acusatório é o modo pelo qual a *aplicação igualitária do direito penal penetra no direito processual-penal*. Pelo sistema acusatório, ganha terreno aquilo que Dworkin chama de *fairness*. Mais do que isso, é a porta de entrada da democracia.

É o modo pelo qual se garante que não existe um “dono da prova”; é o modo pelo qual se tem a garantia de que o Estado cuida de modo igualitário da aplicação da lei; enfim, é o *locus* onde o poder persecutório do Estado é exercido de um modo democraticamente limitado e equalizado. No fundo, é possível dizer que o sistema acusatório é a recepção do paradigma que proporcionou a grande revolução no campo da filosofia: o *giro linguístico-ontológico*, pelo qual os sentidos não mais se dão pela consciência do sujeito e, sim, pela intersubjetividade, que ocorre na linguagem.

Sendo mais simples: trata-se do fenômeno da invasão da filosofia pela linguagem. Em outras palavras: o sistema acusatório somente assume relevância paradigmática nesse contexto. Se nele colocarmos o “livre convencimento do juiz” e estiver não balizado pelo processo constitucionalizado, retornaremos ao inquisitorialismo. O que quero dizer, neste ponto, é que o problema não está na obrigação de fundamentar e, sim, na possibilidade de o juiz ter o livre convencimento; como veremos, o simples dever de fundamentar não resolve o problema do livre convencimento.

Quero contestar, portanto, aqueles processualistas penais que afirmam o livre convencimento albergado no art. 93, IX, da Constituição. Não há nenhum indicador nesse sentido. Ao contrário: se todas as decisões devem ser fundamentadas, isso não quer dizer que “basta ter uma fundamentação”. Ora, decisão *não* é o mesmo que escolha. Ou seja, é preciso deixar claro que existe uma diferença entre *Decisão* e *Escolha*. A decisão – no caso, a decisão

⁴² Aqui me permito remeter o leitor ao meu *Verdade e Consenso*, em especial, a 3ª Edição (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009; Saraiva, 2011), em que deixo claro que a cisão entre casos fáceis (*easy cases*) e casos difíceis (*hard cases*) é uma arrematada ficção! Do mesmo modo, não existem regras “claras”. Uma regra só é clara quando nos colocamos de acordo com o seu sentido. Quando alguém discorda, já não é mais “tão clara assim”. Regras são sempre “porosas”. Também deixo delineadas minhas críticas à distinção estrutural entre regras e princípios. Princípios não “abrem” a interpretação, ao contrário do que se diz no senso comum. Na verdade, princípios “fecham” a interpretação.



jurídica – não pode ser entendida como um ato em que o juiz, diante de várias possibilidades possíveis para a solução de um caso concreto, escolhe aquela que lhe parece mais adequada. Com efeito, decidir não é sinônimo de escolher. Antes disso, há um contexto originário que impõe uma diferença quando nos colocamos diante destes dois fenômenos. A escolha, ou a eleição de algo, é um ato de opção que se desenvolve sempre que estamos diante de duas ou mais possibilidades, sem que isso comprometa algo maior do que o simples ato presentificado em uma dada circunstância.

Em outras palavras, a escolha é sempre parcial. Há no direito uma palavra técnica para se referir à escolha: *discricionariiedade* e, quiçá (ou na maioria das vezes), *arbitrariedade*. Portanto, quando um jurista diz que “o juiz possui poder discricionário” para resolver os “casos difíceis”, o que quer afirmar é que, diante de várias possibilidades de solução do caso, o juiz pode escolher aquela que melhor lhe convier...! Daí a pergunta: e isso é bom para a democracia?

Ora, a decisão se dá, não a partir de uma escolha, mas, sim, a partir do comprometimento com algo que se antecipa. No caso da decisão jurídica, esse algo que se antecipa é a compreensão daquilo que a comunidade política constrói como direito (ressalte-se, por relevante, que essa construção não é a soma de diversas partes, mas, sim, um todo que se apresenta como a melhor interpretação – mais adequada – do direito).

Dito de outro modo, um processo penal que se pretende democrático depende de uma ampla intersubjetividade; depende da perspectiva acusatória e não inquisitória; depende do respeito ao contraditório, tudo a partir de uma fundamentação/justificação detalhada ao nível daquilo que venho denominando de *accountability* processual.

4.2 O “livre convencimento”: um atraso

Fica evidente que a adoção do livre convencimento, com o adjetivo que a ele se dê (racional, motivado, etc.) é um arrematado atraso.⁴³ O art. 168 (esse é o dispositivo que resultou da aprovação do Projeto no Senado em dezembro de 2010) estabelece que o juiz formará livremente o seu convencimento com base nas provas submetidas ao contraditório.⁴⁴ É espantoso como não

⁴³ Essa crítica também desenvolvo no texto O “novo” Código de Processo Penal e as ameaças do velho inquisitorialismo: nas so(m)bras da filosofia da consciência. In: Processo penal, Constituição e Crítica. Obra em Homenagem a Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011.

⁴⁴ Pontue-se que o contraditório deve ser visto como uma garantia de influência e não surpresa. Cf. NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*, op. cit.



conseguimos superar esse fosso paradigmático. Ou seja, o projeto passou longe das mudanças paradigmáticas no campo da filosofia, *já de certo modo abordadas anteriormente*. Explicando um pouco mais: quando se fala da formação do convencimento do juiz, *está-se a tratar de uma questão filosófica, representada pela discussão acerca das condições de possibilidade que o juiz/intérprete possui para decidir* (lembramos: decidir e, não, escolher). Trata-se da questão fulcral no campo da teoria do direito: a teoria da validade e de como se decide.

A decisão não pode ser, como critica Taruffo no campo processual, “o produto de um conjunto de imperscrutáveis valorações subjetivas, subtraídas de qualquer critério reconhecível ou controle intersubjetivo”.⁴⁵ Daí a minha indagação: de que adianta afirmar um novo modo de “gestão da prova” se o sentido a ser definido sobre o “produto final” dessa “gestão probatória” permanece a cargo de um “inquisidor de segundo grau” que possui “livre convencimento”?

Ora, é por essas razões que não creio que o velho (e atual) CPP e o projeto do que deverá ser o “novo” CPP tenham passado perto dessa discussão filosófica e aos ganhos do processualismo constitucional democrático. Ao fazermos uma análise do problema “de como decidir” à luz da filosofia da linguagem, ficará evidente que as teorias que apostam na *vontade* do intérprete (e esse é, efetivamente, “o calcanhar de Aquiles” do livre convencimento) *acabam gerando/possibilitando discricionariedades e arbitrariedades*. Pergunto: podemos nos queixar das posturas panprincipiologistas e, ao mesmo tempo, apoiar o livre convencimento?

Na especificidade, parece que o nó górdio reside na *gestão/formação da prova*, havendo de consignar que boa parte da doutrina brasileira (ainda) se perde na definição dos modelos de apreciação da prova (quais sejam: o *modelo da íntima convicção*; o *modelo da prova legal*; e o *modelo da livre apreciação da prova*), como se o problema estivesse apenas em optar por um deles e não em superá-los. Ou seja, como se o problema não fosse de cariz paradigmático.

Considero aparadigmática a discussão acerca da tríade (evolutiva – *sic*) entre o modelo da prova legal, da livre apreciação e do livre convencimento. Ora, se o primeiro poderia ainda estar preso ao dedutivismo (objetivismo), os dois últimos estão claramente vinculados ao solipsismo do sujeito da modernidade. Por isso, o que me espanta é que parece não existir nada fora do “livre convencimento”. Parece que nada se construiu para além disso. É como se a filosofia não conseguisse ingressar no campo processual. Ou, melhor dizendo, é como se a filosofia tivesse parada/estacionada no paradigma

⁴⁵ Cf. COMOGLIO, Luigi P; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. Bologna: Giuffrè, 1995, p. 623.



da filosofia da consciência e que, para além do sujeito da modernidade, nada poderia subsistir.

Para exemplificar o problema, até mesmo processualistas notoriamente ligados à crítica do direito não avançam – nesse caso específico – para além da filosofia da consciência, o que se pode ver pela defesa, por vezes até intransigente, que fazem do livre convencimento (LC) no próprio projeto do CPP. Diz-se que, no modelo do LC, o juiz analisa (avalia) a prova pelo que tem de conhecimento do caso, razão pela qual se superaram os outros dois sistemas. Em verdade, os processualistas que defendem a adoção do LC sustentam que assim se fez porque “não se pode proibir o juiz de pensar⁴⁶ e a solução foi-lhe colocar uma ‘prova’, exigindo que fundamentasse todas as decisões”. Assim, o LC representaria uma espécie de “convicção racional”.

Compreendo as preocupações do universo processualista. Entretanto, o que me preocupa é que não se entenda que o livre convencimento e a filosofia da consciência sejam faces de uma mesma moeda. Ou seja, é difícil (ou impossível) entender por qual razão o LC não seria exatamente o corolário da filosofia da consciência (FC). Tudo está a indicar que se tente justificar a questão de forma pragmaticista, dizendo-se, por exemplo, que *assim se fez porque é assim que os juízes pensam!* Permito-me, lhanamente, discordar. Se, de fato, os juízes “pensam assim”, é porque pensam a partir do paradigma ultrapassado, em que um sujeito “assujeita” o objeto (FC). Isso é filosofia da consciência, que foi condição de possibilidade para a construção da modernidade, para o surgimento da noção de contrato e, fundamentalmente, para a institucionalização do Estado Moderno (pensemos em Hobbes, por exemplo). Só que, no plano filosófico, já de há muito esse paradigma está superado.

⁴⁶ É bem verdade que, ao defendermos a superação da FC, sempre corremos o risco de sermos acusados de proibir o “sujeito” de pensar (*sic*). Veja-se: o sujeito é uma construção moderna; o ápice de sua construção é o solipsismo. O que parece não ser entendido é que a superação da FC não quer dizer “morte do sujeito” da relação de objetos, e, sim, quer significar *a morte da subjetividade assujeitadora*. Com a viragem linguística, o sujeito solipsista não é substituído por uma estrutura ou um sistema (pelo menos na hermenêutica é assim; para a teoria dos sistemas e para a teoria discursiva habermasiana, esse sujeito solipsista é substituído por um sistema ou uma racionalidade comunicativa). Portanto, quando sustento que *o juiz não deve ter poderes discricionários*, isso não quer dizer que ele esteja “proibido de interpretar” (*sic*). E nem que esteja “proibido de pensar” (*sic*)! O que quero lembrar é que o paradigma da linguagem opera no âmbito da relação intersubjetiva, superando o autoritarismo do sujeito do esquema sujeito-objeto. Para lembrar: o esquema S-O está relacionado ao paradigma da filosofia da consciência. É esse “esquema” que sustenta o sujeito de qualquer relação cognitiva. *É improvável ou extremamente difícil que o jurista/pesquisador/operador possa vir a entender o imbróglia decorrente do debate “sistema inquisitivo-sistema acusatório” sem compreender esse “problema filosófico”*. Sobre o tema, ver: STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.



Insisto: entregar-se à tese do tipo “azar, é assim que os juízes pensam”, é adotar uma posição fatalista, que não pode ser aceita no âmbito de uma teoria do direito preocupada com a democracia. Numa palavra: se os juristas – em especial, os juízes – efetivamente pensam assim, temos a obrigação de dizer que estão equivocados, pelo menos se analisamos o problema à luz dos paradigmas filosóficos que conformam o Ocidente a partir da superação da metafísica clássica.

Explicando um pouco mais detalhadamente esse ponto: o paradigma da linguagem (S-S) veio exatamente para superar o sujeito solipsista. Livre convencimento não deixa de ser “livre apreciação da prova” ou outro nome que se dê; LC é um sujeito *atribuindo sentidos a partir de sua subjetividade assujeitadora*. Não se resolve o problema desse solipsismo com a simples exigência de que se fundamente a decisão “já tomada no âmbito do *Selbstsüchtiger*”. Pensar assim é dar azo a que uma decisão possa ser tomada independentemente de qualquer coisa, buscando-se, *a posteriori*, a justificação para aquilo que já está decidido. Ora, isso é repriminar a “vontade do poder”; isso é justificar raciocínios teleológicos. Gadamer elaborou sua teoria justamente para *superar* o modo de pensar da hermenêutica clássica, em que, primeiro se conhecia, depois se interpretava, para, só então, aplicar.

De há muito venho sustentando – junto com Ernildo Stein – que nós não interpretamos para compreender, mas, sim, compreendemos para interpretar. Esse é o ponto em que reside o equívoco da tese do livre convencimento “racional”. Admito até que a adjetivação “racional” esteja correta; afinal, o paradigma da racionalidade (solipsística) parece que ainda está presente em todo o projeto do novo CPP. Mas o que me parece mais grave é que, talvez, o LC *nem sequer seja “racional”*; na verdade, *tudo está a indicar que ele esteja ancorado na “vontade”* (não esqueçamos que as teorias exegéticas do direito, sustentadas na razão, foram superadas pela vontade, no bojo da qual surgiram tanto a jurisprudência dos valores, o realismo jurídico, como a concepção kelseniana acerca da interpretação judicial; e as consequências disso todos conhecemos).

Numa palavra: quando eu sustento o dever de *accountability*, não estou simplesmente dizendo que a fundamentação “resolve” o problema decorrente do LC ou da discricionariedade. Por favor, não é isso que estou dizendo. *Accountability*, nos moldes em que a proponho, quer dizer *fundamentação da fundamentação*. Isso quer dizer que nem de longe o problema da exigência de fundamentação se resolve no nível apofântico. Ora, com tudo o que já escrevi, eu não seria ingênuo em pensar que o “dever de fundamentar as decisões” resolve(ria) o problema da decisão...! Um vetor de racionalidade de segundo nível – lógico-argumentativo – não pode se substituir ao vetor de racionalidade



de primeiro nível, que é a compreensão.⁴⁷ Nela, *na compreensão*, reside a “razão hermenêutica”, para usar a expressão de Ernst Schnädelbach. Afinal, por que razão Gadamer diria que “interpretar é explicitar o compreendido”?⁴⁸ Não esqueçamos, aqui, do dilema das teorias cognitivistas-teleológicas: *não é possível atravessar o abismo do conhecimento – que “separa” o homem das coisas – construindo uma ponte pela qual ele já passou*. Parece que os projetos do CPP e do CPC apostam nessa aporia: admitem que o juiz primeiro decide e depois fundamenta, contentando-se com um “resto de significação”, ou seja, com uma capa de sentido para “justificar” a decisão solipsista “já tomada” (*sic*).

5 Algumas conclusões

Do que foi dito, fica a nítida impressão de que o universo processual, ao contentar-se com o LC, acaba por fazer uma leitura superficial do art. 93, IX, da CF. A raiz dessa equivocada compreensão reside em uma espécie de “abandono da filosofia feito pela ciência processual”. O sintoma desse abandono pode ser visto na confusão que vem sendo feita pelo processualismo penal acerca do significado da “verdade real”. Com efeito, ora essa “verdade” é ontológica (clássica), ora é produto da vontade (solipsismo/voluntarismo). Os efeitos colaterais dessa (com) fusão de paradigmas aparece, agora, na adoção do livre convencimento, como se isso constituísse um avanço. Esquecem que o livre convencimento está ligado exatamente ao mesmo paradigma que sustentou a verdade real nestas últimas décadas.

Pode-se até dizer, de forma fatalista, que “isso é assim mesmo” e que, afinal, “os juízes primeiro decidem e depois, fundamentam...”! Isso, entretanto, não quer dizer que essa “equação cognitiva” esteja correta. Estará certa se pensarmos o direito a partir da filosofia da consciência; mas, se quisermos efetivamente ingressar no paradigma da intersubjetividade e

⁴⁷ Observemos: do modo como está colocado o LC no novo CPP, seria preferível voltar à hermenêutica clássica, na qual havia três fases (*subtilitas intelligendi, subtilitas explicandi e subtilitas applicandi*). Com a tese do LC, tem-se que, primeiro, o juiz se convence livremente acerca de quem tem razão, para, depois, elaborar a justificação disso que ele livremente se convenceu. Daí a pergunta: o ponto fulcral está na exigência de justificação/fundamentação ou na autorização de que o juiz tenha LC? Qual é a diferença – no plano filosófico – entre o velho CPP, no qual o juiz apreciava a prova livremente, e o novo CPP, no qual ele tem o livre convencimento para apreciar a prova (mesmo que sob o crivo do contraditório, que, aliás, já era exigido pela Constituição de 1988)?

⁴⁸ Explicitar o compreendido não é colocar uma capa de sentido ao compreendido. Esse é o espaço da epistemologia na hermenêutica. Para uma compreensão acerca dessa questão, ver STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio (Orgs.). *Hermenêutica e Epistemologia: 50 anos de Verdade e Método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.



superar o império do sujeito solipsista, teremos que dar um passo adiante. Não tenho dúvida de que esse passo adiante implica admitir que a compreensão exige uma suspensão de pré-juízos; e que uma decisão não pode ser produto da “vontade”. Explicando melhor: o problema do LC não se esgota numa tentativa de colocar o epíteto de racional em algo que é, evidentemente, produto da *vontade solipsista de um sujeito que assujeita um objeto*.

Vamos falar claro: é isso que é o LC. Pensar na possibilidade de um LC racional (*sic*) seria, no fundo, aceitar que o objetivo da instrução processual seria o de gerar “certeza” no julgador com relação a uma decisão que ele já traz consigo (que ele já tomou), no *íntimo de sua subjetividade* – algo que, poderíamos dizer, escapa até mesmo a Descartes.

Ora, não se produz prova para, a partir de uma pesquisa da tradição jurídica, afirmar o “acerto” ou o “erro” da decisão, mas, sim, para *compreender* – corretamente – aquilo que *a tradição produziu como direito* e, com isso, oferecer uma interpretação coerente (e íntegra) para o conjunto de provas que são apresentadas pelas partes. Ou seja, o juiz não deve “explicar” aquilo que o “convenceu”... Deve, sim, *explicitar* os motivos de sua compreensão, oferecendo uma justificação (fundamentação) de sua interpretação, na perspectiva de demonstrar como a interpretação oferecida por ele é a melhor para aquele caso (mais adequada à Constituição ou, em termos dworkinianos, correta), num contexto de unidade, integridade e coerência com relação ao Direito da Comunidade Política. Quem não consegue suspender seus pré-juízos, acaba produzindo um prejuízo ao direito. Como bem diz Dworkin: não importa o que os juízes pensam sobre o direito, mas, sim, o ajuste (*fit*) e a justificação (*justification*) da interpretação que eles oferecem das práticas jurídicas em relação ao Direito da comunidade política⁴⁹.

O problema da gestão da prova deve ir além de uma simples opção por um dos modelos citados acima. Aliás, ele deve ser pensado no contexto de um processo democraticamente gerido, *o que implica pensar os limites daquele que figura como o titular do impulso oficial: o juiz*. Pois não há democracia onde haja poder ilimitado (o PLS 156 tem vários exemplos de “poderes de ofício”, além de admitir que a sentença possa conter omissões, contradições e obscuridades, como explicitarei mais adiante). E isso é assim desde o primeiro constitucionalismo. Portanto, o problema da gestão da prova é, também, um problema de teoria da decisão.

Dito de outro modo: qualquer teoria que aponte para essa “delegação” em favor do intérprete solitário (no caso, o julgador) sofre de *um letal déficit democrático*. E aí não adianta “estar” no sistema inquisitivo ou no acusatório.

⁴⁹ Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, em especial o capítulo “hard cases”.



Neste caso, tanto faz, porque, com essa “delegação”, qualquer distinção entre os dois modelos desaparece. Veja-se, pois, a gravidade disso. É por isso que a questão é paradigmática. Ademais, pergunto: como justificar, legitimamente, uma decisão tomada pelo poder judiciário? Com métodos? Com fórmulas? Fazendo “ponderações”?⁵⁰ Isso as teorias positivistas (em especial, as analítico-semânticas) não respondem. E nem poderiam responder, uma vez que essa dimensão dos acontecimentos fica fora de seu campo de análise.⁵¹

Portanto, o projeto do novo CPP deveria *se preocupar sobretudo com a teoria da decisão, exigindo explicitamente o respeito à coerência e à integridade das decisões, para evitar que o “livre convencimento” se transforme em “alvedrio do juiz”*, como, aliás, equivocadamente entendeu o STF quando da decisão do HC no. 93.157.

Permito-me insistir: enquanto (na qualidade de) princípios garantidores da igualdade e da equanimidade da *applicatio*, a coerência e a integridade (que, não esqueçamos, aplicam-se também à legislação) *estabelecem um padrão do que devemos entender por decisão adequada*, a partir da doutrina e da jurisprudência. Caso jurídico, caso concreto, decisão, validade: *tudo isso está umbilicalmente ligado e dependente da integridade e da coerência, que se constituem na condição de possibilidade do significado da jurisprudência e da doutrina em um Estado Democrático*. Decidir adequadamente é tarefa da *jurisdictio*; apontar o modo adequado de decidir é tarefa da doutrina. Não há jurisprudência sem doutrina e a doutrina tem a tarefa de censura significativa das decisões (podemos chamar a essa tarefa também de “constrangimento epistemológico”).

Jurisprudência não significa simplesmente um conjunto de casos julgados. Um caso isolado, que tenha “quebrado” a sequência de decisões e que não tenha sido seguido, provavelmente terá sido fruto de decisão

⁵⁰ Despiciendo lembrar – e isso já venho fazendo de há muito, em especial em *Verdade e Consenso* – a umbilical ligação da “ponderação” alexyana com a discricionariedade. Despiciendo também referir que a “ponderação” importada pelos juristas brasileiros não passa de uma interpretação absolutamente equivocada daquilo que consta na obra de Alexy. Na verdade, nunca existiu, pelo menos em *terrae brasilis*, uma decisão judicial aplicando a regra da ponderação nos moldes apreçados na TAJ alexyana. Aliás, é bom lembrar que, para a dogmática jurídica preponderante no Brasil, a ponderação é tida como um “princípio” (sic). A ponderação “praticada” por aqui é uma vulgata, porque resultado de uma simples contraposição entre dois princípios... Um dos sérios indícios dessa vulgarização pode ser constatada por uma simples consulta ao Google, que “nos mostra” que o princípio da ponderação (sic) possui vinte mil indicações; já a regra da ponderação possui menos de quinhentos indicadores. Na medida em que o Google não pensa... pode-se imaginar o número de decisões judiciais e textos doutrinários que compreenderam a obra alexyana de forma equivocada...!

⁵¹ Interessante notar que a maioria dos defensores do LC são adeptos da teoria da argumentação, apostando na ponderação de valores. Somados o LC e a ponderação, tem-se um “livre atribuir de sentidos”.



arbitrária; do mesmo modo, a quebra sequencial, sem fundamentação, apenas com o dizer “neste caso não sigo a jurisprudência” tem *validade hermenêutica* “zero”. *Somente uma apurada justificação/fundamentação permite que se rompa a cadeia que forma a integridade do direito.* A sanção para tal tipo de decisão é a nulidade, forte no art. 93, IX, da CF. E, na hipótese de aquele julgado ser seguido por outros, estes devem estar igualmente fundamentados à saciedade, uma vez que é direito fundamental dos participantes do processo ter conhecimento das razões pelas quais o Tribunal mudou seu entendimento acerca de determinado texto jurídico. Eis a cooriginariedade/complementariedade entre a noção de princípio e a concreta realização da normatividade jurídica. Transporte-se essa questão para os casos de apreciação/julgamento/definição das provas apresentadas em uma ação penal e veremos as consequências...!

Dito de outro modo: é impossível falar em “sistema acusatório” se o próprio Código estabelece o “livre convencimento do juiz”. Ou isso, ou devemos esquecer a filosofia como condição de nossa própria possibilidade de existir e agir no mundo. Mas, com isso, estaríamos “matando” os grandes pensadores que construíram as condições de compreensão do mundo: de Platão a Wittgenstein. E não parece que o direito e os juristas queiram ser acusados também desse delito.