

Dogmática jurídica, senso comum e reforma processual penal: o problema das mixagens teóricas

Legal dogmatics, common sense and criminal procedure reform: the problem of theoretical mixes

Lenio Luiz Streck*

Resumo

A dogmática jurídica define e controla a ciência jurídica, indicando, com o poder que o consenso da 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, aparecendo como um conjunto de técnicas de “fazer crer”, com as quais os juristas *produzem a linguagem oficial do Direito*. Todavia, o pensamento jurídico professa um tipo pernicioso de sobreposição de paradigmas filosóficos, em que os mais diversos juristas constroem sua argumentação sob um solo mutante, composto por tipos diversos (tantas vezes, contraditórios) de posições filosóficas, ao que se dá o nome de “mixagem teórica”. De todos os âmbitos de reflexão jurídica sobre a crise dessa dogmática, o processo penal, certamente, oferece um exemplo instigante desse estado de mixagem de paradigmas. O Código de Processo Penal vigente sofre de um vício estrutural, que lhe acarreta um grave prejuízo na sua função, eis que é visceralmente refém do sistema inquisitivo. Como conciliá-lo, então, com a Constituição de 1988, em que o processo passa a ter feições acusatórias? E, ao se analisar o Projeto do novo Código, como compatibilizar as teses da “verdade real” com a proposta do “livre convencimento”? Desse modo, discutir o “sistema acusatório” é discutir paradigmas. Portanto, o Projeto deveria se preocupar sobretudo com a teoria da decisão, exigindo explicitamente o respeito à

* Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Pós-doutor em Direito pela Universidade de Lisboa. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Unisinos e da Unesa. Procurador de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: lenios@globo.com.

coerência e à integridade das decisões, evitando o “livre convencimento”, ou seja, o “alvedrio do juiz”.

Palavras-chave: Dogmática jurídica. Senso comum. Código de Processo Penal. Reforma.

Abstract

Legal dogmatics defines and controls legal science, indicating, with the strength that the consensus of the scientific community gives to it, not only the solutions to their traditional problems, but mainly, the types of problems that should be part of their investigations, appearing as a set of techniques to “make believe”, with which scholars produce the official language of the Law. However, legal thought professes a pernicious type of overlapping philosophical paradigms, in which several scholars construct their arguments in a mutant soil, composed of various types (often contradictory) of philosophical positions, it is given the name of “theoretical mix”. Of all areas of legal reflection on the crisis of this kind of dogmatics, criminal procedure certainly offers a compelling example of this state of mixing paradigms. Brazilian Criminal Procedure Code suffers from a structural defect, which causes a severe impairment in their function, for it is viscerally hostage to the inquisitorial system. How to reconcile it, then, with the 1988 Constitution, in which the process started to have accusatory features? And by analyzing the new Criminal Procedure Code project, how can we reconcile the thesis of the “verdade real” (real truth) with the proposal of “livre convencimento” (free conviction)? Thus, discussing the “accusatory system” is discussing paradigms. Therefore, the Project should be concerned greatly with the decision theory, explicitly demanding respect to consistency and integrity of decisions, avoiding the “livre convencimento” (free conviction), that is, “the judge’s discretion”.

Keywords: *Legal dogmatics. Common sense. Brazilian Criminal Procedure Code. Brazilian Criminal Procedure Code Project.*

1 A velha dogmática jurídica e o senso comum teórico

Luis Alberto Warat (1995, p. 37 e segs) dizia que a dogmática jurídica tem uma relação direta com o sentido comum teórico. Desse modo, 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

A dogmática jurídica define e controla a ciência jurídica, indicando, com o poder que o consenso da 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 (PUCEIRO, 1982, p. 289).

Se o Constitucionalismo Contemporâneo – que chega ao Brasil apenas na década de 80 do século XX – estabelece um novo paradigma, o que impressiona é a permanência das velhas formas de interpretar e aplicar o direito, o que pode ser facilmente percebido pelos Códigos ainda vigentes (embora de validade constitucional duvidosa¹ 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 o modelo de feição liberal-individualista.

Essa crise de paradigma(s), à evidência, também atinge o Judiciário (e o Ministério Público), embora sejam estas instituições também sustentadoras desse *gap* entre a Constituição, os textos infraconstitucionais e as demandas sociais. Por isso, é possível dizer que “a crise do Judiciário deriva do descompasso existente entre sua atuação e as necessidades sociais”, considerando-se totalmente insuficiente a afirmação formal da existência de determinados direitos, “uma vez que o direito só tem real existência a partir de uma agência

¹ Obviamente, refiro-me à diferença entre vigência e validade.

coativa disposta a aplicar as normas jurídicas” (RIBAS VIERA, 1995). 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 dos juristas. Sem qualquer dúvida, foi Warat (1995) quem, além de cunhar a expressão sentido (ou senso) comum teórico dos juristas², melhor trabalhou essa relação dos juristas – inseridos numa espécie de *corpus de representações* – com suas práticas cotidianas. O sentido comum teórico dos juristas é, assim, “o conjunto de crenças, valores e justificativas por meio de disciplinas específicas, legitimadas mediante discursos produzidos pelos órgãos institucionais, tais como os parlamentos, os tribunais, as escolas de direito, as associações profissionais e a administração pública”. Tal conceito traduz um complexo de saberes acumulados, apresentados pelas práticas jurídicas institucionais, expressando, destarte, um conjunto de representações funcionais provenientes de conhecimentos morais, teológicos, metafísicos, estéticos, políticos, tecnológicos, científicos, epistemológicos, profissionais e familiares, que os juristas aceitam em suas atividades por intermédio da dogmática jurídica. Difusamente, é o conhecimento que se encontra na base de todos os discursos científicos e epistemológicos do direito. Pode ser entendido, ainda, como uma racionalidade subjacente, que opera sobre os discursos de verdade das ciências humanas. Tal racionalidade aparece de vários modos e maneiras e configura a instância de pré-compreensão do conteúdo e os efeitos dos discursos de verdade do Direito, assim como também incide sobre a pré-compreensão que regula a atuação dos produtores e usuários dos discursos do e sobre o direito. (WARAT, 1995; 1994; 1988)

² Em algumas obras, Warat (1995) usa a expressão “sentido comum teórico” em vez de “senso comum teórico”.

A partir de tais premissas, é possível afirmar³ que a realidade do cotidiano dos juristas – a sua relação com a lei e o direito e destes com a sociedade no qual ele, jurista, está inserido – por si só não é significativa. Porém, ela se apresenta dessa maneira graças ao senso comum teórico no ato de conhecer. O que determina a significação dessa realidade é toda a faculdade cognoscitiva, institucionalmente conformada com todos os seus elementos fáticos, lógicos, científicos, epistemológicos, éticos e de qualquer outra índole ou espécie.

Mais: a significação dada ou construída via senso comum teórico contém um conhecimento axiológico que reproduz os “valores”, sem, porém, explicá-los. Conseqüentemente, 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 O processo penal: um latifúndio em que a filosofia não penetra

Um exemplo privilegiado para discutir a crise da dogmática jurídica é o direito processual penal, problemática que não difere muito do que encontramos no âmbito do direito processual civil. Os mais de vinte anos foram “incorporados” pela comunidade jurídica, 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.

Entrementes, nestes mais de vinte anos, alguns avanços tinham que acontecer. Governos democráticos, influxos provenientes das alterações nas relações internacionais e incremento no âmbito

³ Adaptação de uma análise de Warat (1988) sobre a realidade social e o senso comum.

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 (2001).

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 691⁴ (caso Maluf), contornada pelo próprio STF, 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,

⁴ 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”.

de certo modo, ocorreria com a Lei Fleury.⁵ Se é verdade que o STF vem concedendo *habeas corpus* para acusados de furtar sabonetes em supermercados, também é verdade que os tribunais estaduais continuam resistentes a esses avanços advindos da jurisprudência do STF e que os acusados pertencentes às camadas superiores da sociedade vêm se beneficiando dessa nova perspectiva garantista-constitucional. 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 entenderem que esse tipo de denúncia não pode ser o único fundamento para autorização judicial das “escutas”. Em janeiro de 2010, o Presidente do Superior Tribunal

⁵ 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.

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, àquilo 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...!

2.1 O problema estrutural do Processo Penal: o inquisitivismismo 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*. Inquisitivismismo 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 (sic). Por todos, veja-se Guilherme Nucci (2008), cujas obras podem ser encontradas em quase todas as bancadas dos juízes, promotores, desembargadores e ministros de nossos Tribunais Superiores.

De todo modo, 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 (NUNES, 2008), 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.

2.2 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)

O pensamento jurídico (desde a dogmática jurídica até alguns setores sofisticados da teoria do direito) professa, de há muito, um tipo pernicioso de sobreposição de paradigmas filosóficos. Ou seja, 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 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 represtinado 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” *versus* “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 – em um modelo inquisidor de “juiz presidente da instrução” – vem sendo usado como um álibi teórico que serve tanto para justificar a busca de elementos de “convicção” pelo juiz (a questão do gerenciamento da prova), como 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 *adequatio intellectum et rei*; em outras passagens, fica-se convencido de que a verdade real é o corolário da filosofia da consciência (*adequatio 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. 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 (WARAT; CUNHA, 1977, p. 45). 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 (WARAT; CUNHA, 1977). 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” (MIRABETE, 1991, p. 247).

Pode-se dizer, então, que a verdade, assim como é trabalhada pela dogmática jurídica no âmbito do processo penal – e isso será analisado na sequência –, é 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.

Assim, conforme Warat e Cunha (1977, p. 46 e segs.), a afirmação de que o juiz pode desvendar e reproduzir, no plano do conhecimento, a verdade inscrita na realidade implica duas teses: a primeira insistiria que a verdade que proclama é dado extraído da realidade, purgado dos elementos de distorção que o envolvem, contemplado pelo juiz e reproduzido na forma de um conceito; a segunda afirmaria que, não sendo esta verdade um conceito produzido sobre a realidade, mas, fundamentalmente, a revelação da essência de determinadas situações materiais, tal revelação consistiria na própria reprodução do real. Assim, a “declaração” do real (enfim, da verdade material) não estaria contaminada, condicionada pelo instrumental analítico do juiz, por sua formação teórica e pela particular situação histórica em que está imerso. Ora, complementam Warat e Cunha (1997), conhecimento não é idêntico à matéria ou ao concreto que é o seu objeto! Porém, sustentar tal identidade de instâncias é fundamental para a própria sobrevivência da dogmática jurídica. Assim, se, para o senso comum teórico dos juristas, conceito e realidade podem ter o mesmo estatuto, se são exatamente a mesma coisa, se o juiz atua inspirado em um interesse impessoal, se o juiz, esquecido de si mesmo, mediador despojado de sua ideologia, proclama a verdade material, então essa verdade descomprometida, desinteressada, inquestionável, há de ser aceita por todos os homens de boa vontade... No fundo, o princípio da verdade real é um estereótipo, que sugere mais do que uma aceitação teórica e reivindica práticas de solidariedade e submissão que não se conformam exatamente à função de um princípio científico.

Vê-se, assim, que a concepção de verdade vigente 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” 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. Isso pode ser visto *p.ex.*, em Norberto Avena (2009, p. 40 e segs.), Fernando Capez (2011, p. 66-7) e Guilherme Nucci (2008, p. 104), para citar apenas estes.

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 (1999, p. 7 e segs.). 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.

Como podemos ver, a assertiva da acatada Professora não consegue afastar a mixagem paradigmática que assola o processo, no mínimo desde a década de 40 do século XX. Com efeito, se, como diz Grinover (1999), 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 de o 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.

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), fenômeno que pode ser facilmente detectado em obras como a de Marco Antonio de Barros (2002, p. 286).⁶

No campo processual penal considerado mais crítico, essa questão segue sem a necessária problematização. Veja-se, nesse sentido, Paulo Rangel (2010), para quem o conceito de verdade é relativo (p. 7). Claro que já hoje existe um conjunto de críticas ao “problema da verdade real”.⁷ E isso deve ser ressaltado.

⁶ Apesar disso, não se pode negar a contribuição crítica de Rangel no contexto geral da dogmática processual penal, mormente pela defesa de teses garantistas.

⁷ Ver, para tanto: LOPES JR., Aury. Introdução crítica ao processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008; MORAES DA ROSA, Alexandre. **Decisão penal**: A bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008; MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Novo código de Processo Penal pede nova mentalidade. Revista Consultor Jurídico, 6 abr. 2009. Disponível em: <www.conjur.com.br> Acesso em: 06 abr. 2009-; 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. **Revista de Processo**, ano 33, n. 166, dez. 2008, p. 27/70; MOTTA, Francisco J. Borges. **Levando o Direito a Sério**. Uma Crítica Hermenêutica ao Protagonismo Judicial. Florianópolis: Conceito, 2010; HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma Compreensão Hermenêutica do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

3 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

Vejamos o estado d'arte: de um lado, os juízes ainda acreditam na possibilidade da busca da verdade real (*sic*) – como se existissem essências. Trata-se daquilo que podemos chamar de “objetivismo”, que, a par de estar sustentado na ontologia clássica, aprimorou-se no século XIX por intermédio do positivismo exegético (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”⁸, 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 antiestruturais assumidas pela Escola do Direito Livre, pelo Movimento do Direito Livre, pela Jurisprudência dos Interesses, pelo realismo escandinavo e norteamericano 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

⁸ 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”.

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-exegético”. 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 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.

3.1 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 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 *latu 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? 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, nesse 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 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: *discricionariade* e, quiçá (ou na maioria das vezes), *arbitrariade*. 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.

3.2 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.⁹ 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.¹⁰ É

⁹ Essa crítica também está desenvolvida no texto: STRECK, Lenio Luiz. O “novo” Código de Processo Penal e as ameaças do velho inquisitorialismo: nas so(m)bras da filosofia da consciência. In: BONATO, Gilson. **Processo penal, Constituição e Crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 445-476.

¹⁰ Pontue-se que o contraditório deve ser visto como uma garantia de influência e não surpresa (NUNES, 2008).

espantoso como não 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 (1995, p. 623) no campo processual, “o produto de um conjunto de imperscrutáveis valorações subjetivas, subtraídas de qualquer critério reconhecível ou controle intersubjetivo”. 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”? (TARUFFO, 1995)

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 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 pensar 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.

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 reprimatar 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.

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 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.¹¹ 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”?¹² 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*).

¹¹ 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)?

¹² 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 (Org.). **Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de Verdade e Método**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

4 À guisa de considerações finais

1. Do que foi dito, fica a nítida impressão de que o universo processual, ao se contentar 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.

2. 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 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.

3. 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.

4. 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 política (DWORKIN, 2002)¹³.

5. 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, problemática que será analisada/ressaltada na sequência destas reflexões.

6. 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. Neste caso, tanto faz, porque, com essa

¹³ Em especial, o capítulo “hard cases”.

“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”?¹⁴ 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.¹⁵

7. 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.

8. 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”).

9. Jurisprudência não significa simplesmente um conjunto de casos julgados. Um caso isolado, que tenha “quebrado” a sequência

¹⁴ Despiciendo lembrar – e isso já venho fazendo de há muito, em especial em **Verdade e consenso** (2011) – a umbilical ligação da “ponderação” alexyana com a discricionariedade.

¹⁵ 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”.

de decisões e que não tenha sido seguido, provavelmente terá sido fruto de decisão 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 sociedade, 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...!

10. 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.

11. A questão central passa, pois, pela inexorável exigência de que a motivação do ato jurisdicional seja “ampla”, abrangendo não só a versão “aceita” pelo julgador, mas também as razões pelas quais ele recusara a versão oposta. A fundamentação deve ser, assim, “completa”, compreensiva de todos os aspectos relevantes da causa. Os interessados no provimento jurisdicional têm o direito (fundamental) – que decorre textualmente do art. 93, IX, da Constituição do Brasil – de obter “respostas” para suas alegações e provas, o que o obrigará ao compartilhamento decisório. O descumprimento deste dever tem como consequência, independentemente de qualquer alteração legislativa, a pena da nulidade (de resto, igual e textualmente prevista no citado dispositivo constitucional).

12. Aponto para essa direção não porque seja contrário à efetiva implementação de um sistema acusatório democrático (é óbvio que não!), mas porque temo, sinceramente, que algo se perca na disputa entre as “funções” e “estruturas” do sistema processual penal, que é, justamente, a tarefa jurisdicional de fornecer *boas respostas* (constitucionalmente/hermeneuticamente adequadas) aos casos que chegam ao tribunal (aqui compreendido como o “fórum do princípio”, para continuarmos fiéis a Dworkin). O que devemos fazer é construir as condições de possibilidade para um efetivo controle das decisões judiciais. Retorna-se, sempre, ao problema da necessidade de uma teoria da decisão.

13. Em resumo, é a partir do fiel cumprimento deste *dever* fundamental de fundamentar decisões (produzidas em contraditório) que deve ser equacionada a questão da democracia que subjaz ao processo penal. Aliás, muito embora trate de processo administrativo, parece que o voto do Min. Gilmar Mendes, proferido no MS 24.268/04, pode vir a se constituir em um fio de esperança *se o transportarmos para o direito processual penal* (o que implicaria, por exemplo, a imediata revogação da SV n. 5). Explico: penso que seria um avanço considerável – arrisco em dizer, uma verdadeira revolução copernicana no direito processual de *terrae brasiliis* – se o direito brasileiro tomasse a sério o princípio do contraditório (nos moldes da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão citado pelo Min. Gilmar – lembrando que ele o fez, tão somente, no processo administrativo), através do qual a pretensão à tutela jurídica corresponde à garantia consagrada no art. 5º, LV, da CF, contendo a garantia de os sujeitos processuais verem: a) seus argumentos considerados (*Recht auf Berücksichtigung*), b) o que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas; c) agregue-se que o dever de conferir atenção ao direito das partes não envolve apenas a obrigação de tomar conhecimento (*Kenntnisnahmepflicht*), mas também a de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (*Erwägungspflicht*).

14. Se o processo penal contiver/respeitar esses princípios (no sentido de padrões e virtudes soberanas), colocaremos o princípio

acusatório em sua plenitude, não sem reconhecer que, fossem os direitos acima elencados pelo Tribunal Constitucional alemão, ora reproduzidos pelo nosso Supremo Tribunal Federal, reconhecidos desde já, e – não tenho medo de dizer – *talvez nem precisássemos reformar o “velho” CPP...!* A questão do LC, em tais circunstâncias, nem se colocaria. Com isso quero dizer que o novo CPP deve necessariamente prever que a sentença conterà a indicação detalhada dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão, aí incluídas, expressamente, respostas a todas as alegações relevantes dos sujeitos processuais, vedada a utilização de fundamentos que não tenham sido submetidos ao espaço público processual.¹⁶ Essa previsão deverá ser estendida aos acórdãos dos tribunais. Insito: o que não deve constar no CPP é a autorização do livre convencimento.

15. Deixo claro que essa temática – toda ela – deve ser feita sob os auspícios de uma teoria da decisão, isto porque a simples adoção do modelo acusatório e a homenagem ao contraditório *não* são suficientes para proteger o processo contra o velho inimigo já presente tanto no modelo liberal como no modelo “social” do processo: o positivismo e seus efeitos colaterais (em especial, o LC, eufemismo do modelo de discricionariedade forte – lembrando aqui do debate Hart-Dworkin). A legitimidade do processo penal não dependerá apenas da circunstância formal de quem toma a iniciativa probatória nos marcos do modelo processual. O processo deverá conter os ingredientes já explicitados, isto é, um contraditório devidamente equalizado, exigindo a apreciação dos argumentos dos sujeitos processuais à saciedade, e a decisão controlada a partir do dever de fundamentar (*accountability*), aliado à obediência da integridade e da coerência, vale dizer, uma decisão somente se legitima na medida em que consiga se situar numa cadeia

¹⁶ O que estou sugerindo aqui é um reforço normativo, exurgente do previsto nos arts. 5, LV (garantia do contraditório) e 93, IX, da Constituição do Brasil. Esse “reforço” tem o escopo de tornar explícita a cláusula do contraditório como garantia de influência e participação na construção do provimento jurisdicional.

de decisões (o direito tem DNA, sim),¹⁷ vedados – e permito-me a insistência – ativismos, protagonismos e discricionariedades.

Referências

AVENA, Norberto. **Processo penal esquematizado**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BARROS, Marco Antonio de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. São Paulo: Globo, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 347, p. 45-62, jul./set. 1999.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MIRABETE, Julio F. **Processo penal**. São Paulo: Atlas, 1991.

¹⁷ Sobre os princípios que devem ser seguidos para se alcançar a resposta correta, ver: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Novo código de processo penal pede nova mentalidade. **Revista Consultor Jurídico**, v. 3, n. 4, p. 45-65, 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-abr-06>>. Acesso em: 16 maio 2010.

MORAES DA ROSA, Alexandre. **Decisão penal**: a bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MOTTA, Francisco J. Borges. **Levando o direito a sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. Florianópolis: Conceito, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

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

PUCEIRO, Enrique Zuleta. Teoria jurídica y crisis de legitimación In: ANUARIO de filosofia jurídica y social. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1982.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

RIBAS VIERA, José. **Teoria do Estado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.

STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio (Orgs.). **Hermenêutica e epistemologia**: 50 anos de verdade e método. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. O “novo” código de processo penal e as ameaças do velho inquisitorialismo: nas so(m)bras da filosofia da consciência. In: BONATO, Gilson. **Processo penal, constituição e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 445-476.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

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. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 33, n. 166, p. 27-40, dez. 2008.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao Direito I**. Porto Alegre: Fabris, 1994.

_____. **Introdução geral ao direito II**. Porto Alegre: Fabris, 1995.

_____. **Manifesto do surrealismo jurídico**. São Paulo: Acadêmica, 1988.

_____; CUNHA, Rosa M. C. **Ensino e saber jurídico**. Rio de Janeiro: Eldorado Tijuca, 1977.

Recebido em: 16/06/2011

Avaliado em: 19/10/2011

Aprovado para publicação em: 27/10/2011