

PROCESSO PENAL COMUNICATIVO
UMA ABORDAGEM FILOSÓFICA HABERMASIANA PARA O PROCESSO
PENAL¹
COMMUNICATIVE CRIMINAL PROCEDURE
HABERMASIAN PHILOSOFICAL APPROACH FOR THE CRIMINAL PROCEDURE

Cláudia Aguiar Silva Britto

RESUMO

O presente ensaio tem por objetivo apresentar alguns retratos pragmáticos a respeito da relevância comunicativa no processo penal; eis que o ponto principal é a democracia.

A contemporaneidade e profundidade das reflexões de Jürgen Habermas, especialmente no que tange à sua particular visão de democracia do século XXI, auxilia-nos a compreender como a comunicação é parte integrante e indissociável no alicerce democrático e quão relevantes são os atos de fala, cuja dialética serve de base para enveredar pelos estudos da liberdade comunicativa no processo penal. Com essa perspectiva abordamos, sob a ótica habermasiana, as implicações decorrentes dos possíveis (des)conhecimentos dos atores processuais no que diz respeito ao sentido democrático de seus papéis e responsabilidades no cenário jurídico.

Inicialmente procuramos trazer as vertentes comunicacionais para o ambiente do processo penal, notadamente no contexto da demanda pública. Optamos por apresentar algumas circunstâncias concretas aliadas às reflexões teóricas em torno do assunto. Em seguida, procuramos focar a problemática da responsabilidade dos atores públicos processuais e revisamos alguns dados filosóficos sobre as experiências democráticas ligadas à linguagem. A terceira parte do texto foi destinada às pontuações conclusivas sobre a temática abordada.

Em seus últimos trabalhos, o filósofo confessa que a necessidade de superar as suas próprias dificuldades comunicativas (decorrentes de uma má-formação labial e as consequentes rejeições sociais) foi fator decisivo para fazê-lo se debruçar sobre os estudos da linguagem como forma de “acesso ao mundo”. A discursividade da razão atuante na esfera

¹**Cláudia Aguiar S. Britto.** Doutoranda direito público e evolução social (UNESA/RJ). Mestre ciências penais (UCAM/RJ). Professora pesquisadora (Bolsista CAPES). LANTE/PIGEAD/UFF. Professora nos cursos de graduação e pós-graduação de direito processual penal (UGF/UC). Coordenadora-geral dos núcleos de prática jurídica (UGF/UC). Advogada.

pública,² portanto, envolverá toda a sua obra, pois a linguagem serve de garantia da democracia. Habermas procura explicitar o que já está projetado nas atuais instituições políticas de alguns organismos internacionais, e não propriamente sugerir um novo ideal democrático, como pensariam alguns. Pretende interpretar e criticar o modelo institucional de forma a abrir as fronteiras a todos e também justamente àqueles que são estranhos uns aos outros – e querem continuar sendo.³ Estaria em causa “manter vivo o sentido de humanidade que permite reconhecer em cada rosto humano um outro igual”.

Assim, neste trabalho, empregamos como referencial fático informações judiciais do universo do Processo Penal e, como referencial teórico, uma abordagem hermenêutica filosófica e algumas reflexões a partir do agir comunicacional habermasiano.

PALAVRAS- CHAVE: - processo penal comunicativo – responsabilidade dos atores públicos – hermenêutica filosófica

ABSTRACT

The present article is aimed at presenting some pragmatic pictures concerning the communicative relevance in criminal procedure, because the point is the democracy.

However, the contemporaneity and the deepness of Habermas' reflections especially regarding his personal view concerning democracy in the twenty first century, supporting us to understand how communication is a component and an inseparable part in the democratic bedrock. And how relevant the speaking acts are, whose dialectics is used as basis for the development of the studies on communicative freedom in the criminal procedure.

With this idea, we bring some elements concerning the possible knowledge from the procedural actors regarding the direction of democracy of criminal legal practice, their roles and responsibilities towards this matter as these phenomena can be noticed in everyday forensic environment.

Initially, we brought visions communicative for the criminal environment, in the public action. We options observed specifically at judicial ceremonies and from this perspective, we analyzed determined critical theories and used as a phatic referential, judicial information coming from the criminal procedure. Then we chose to present the problematic

² HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre facticidade e validade**. Vol. 2, Rio de Janeiro: BTU. 2010, p. 92.

³ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2007, p. 08.

about the public's actor's responsibilities and some aspects regarding the democratic experiences through language. Finally, the third part of the text was intended to the conclusions.

In his latest works, the philosopher confessed that the necessity to overcome his own communicative difficulties, related to harelip and social rejection were the decisive factors which made him use the studies as a way to "access the world".

The discourse of reason acting in the public environment, therefore, will involve all his works, since the language is used as a guarantee of democracy.

Habermas tries to explain what is already projected in the current political institution from international groups and not necessarily suggest a new democratic ideal, as some may think.

Interpreting and criticizing the institutional model in a way to open the frontiers to all and also to the ones who are strangers and want to remain like this. The proposal would be "keeping alive the sense of humanity which allows recognizing in each human face another equal".

All in all, this paper we employed as a fact referential judicial information from the criminal procedure universe and as a theoretical referential a hermeneutics philosophical approach and some reflections based on the Habermasian communicative action.

KEY-WORDS: - Communicative criminal procedure – public's actor's responsibility - hermeneutics philosophical

INTRODUÇÃO

Na visão habermasiana, o conceito de democracia elaborado pela teoria do discurso, apesar de seu distanciamento em relação a certas ideias tradicionais acerca da constituição de uma sociedade política, conforme ele mesmo explica, não é incompatível com a forma e o modelo de organização de sociedades diferenciadas funcionalmente.⁴ Desse modo, nas hipóteses em que as decisões estivessem voltadas para informações sociológicas, operacionalizar, no nível concreto, o núcleo procedimental da democracia, nos casos de

⁴ HABERMAS, Jürgen. *Op. cit.* Vol.1, 2010, p. 26.

sociedades plurais e complexas, seria postura relevante que se compatibilizaria com a teoria do discurso.

De qualquer modo, ainda que a proposta discursiva de Habermas encontre dissensões e aceitações de toda ordem, e embora seus estudos estejam imbricados basicamente nas esferas germânica e estadunidense, supomos alguma compatibilidade, desde que adequada para seus fins, no âmbito do processo penal. É apropriado ressaltar que Habermas parte do pressuposto de que as pessoas envolvidas dos discursos sejam éticas e verazes consigo mesmas.⁵ Portanto, ainda que se deseje adequar os discursos da linguagem pela via do agir comunicativo no processo penal e o respeito à estrutura procedimental da legislação, é imperioso a lealdade à lei e é pressuposto que os sujeitos processuais ajam pautados na responsabilidade.⁶

A inserção dos trabalhos de Habermas no processo penal brasileiro ainda reclama atenção maior e cuidado pela comunidade jurídica; eis que o ponto principal é a democracia. E não há como discutir democracia sem que os personagens do cenário jurídico sejam tratados e respeitados como falantes e ouvintes responsáveis e éticos. Ademais, todo aquele que apresenta argumentos numa interação comunicativa pressupõe, ainda que implicitamente, a possibilidade de um entendimento linguístico pautado no livre convencimento.

I – CONSTRUINDO UMA ESTRUTURA COMUNICACIONAL PARA O PROCESSO PENAL

A razão comunicativa, segundo Habermas, distingue-se da razão prática por não estar adstrita a nenhum ator singular nem a um microssujeito sociopolítico. O que torna a razão comunicativa possível é o *médium* linguístico. Nessa esteira, o agir comunicativo se ramificaria em duas vias: a da ação comunicativa e a do discurso. As pretensões de validade se posicionariam no ambiente da ação comunicativa e se deslocariam para o campo do discurso na medida em que o falante encontrasse resistência na sua pretensão. Isto é: no momento em que alguém pretenda demonstrar uma ação como válida, esta se moverá no campo da ação comunicativa, cujo mecanismo funcionaria como “espécie” do “gênero”, do agir comunicativo. É neste momento que haverá um deslocamento do ambiente da ação comunicativa para o espaço do discurso.

⁵ *Idem*. Vol. 1, 2010, p. 26.

⁶ *Op. Cit.* Vol. 2, p. 20.

Dessa forma, o “rito de passagem” da ação comunicativa para o discurso ocorrerá quando a pretensão de validade do falante encontrar dissensão por parte dos demais interlocutores. Então, é no terreno da linguagem que residem as teorias argumentativas. Destarte, é preciso encontrar e transmitir asserções que convençam os outros a aceitarem as pretensões de quem as formula. A força do melhor argumento proposto por Habermas define a essência da democracia onde a fala do outro deve ser relevante para o consenso. No discurso, o falante deve utilizar-se de técnicas argumentativas para validação da sua decisão. Exatamente aí é que, segundo Habermas, vige a força do melhor argumento.

Nos atos de fala, são concebidas quatro bases para o consenso: as pretensões de validade se iniciam a partir de uma fala inteligível. Então, é imprescindível uma linguagem acessível, clara. Por outro lado, o conteúdo que se deseja transmitir deve ser verossímil; as intenções propostas também devem permear-se de sinceridade. E, por fim, a manifestação do falante deve ser correta e adequada dentro das regras e valores vigentes. Para o filósofo, o discurso deve estar livre de dominação. A linguagem, embora tenha função especial no consenso, é bom lembrar, pode ser desvirtuada dentro da “ação estratégica” quando for utilizada para dominação, isto é, uma linguagem manipulada onde “os fins justificam os meios”.

Assim, temos que concordar que, embora a pretensão do Código de Processo Penal seja, à primeira vista, viabilizar os instrumentos de acesso à justiça, ainda opera com uma estrutura inadequada e bastante desigual. Por conta disso, muitos posicionamentos judiciais transformam-se em impressões pessoais dos julgadores, juízos solipsistas que embaraçam a construção democrática e tornam o processo um ambiente de dominação porque passam a representar as pautas da repressão penal.

E ainda que se reconheça os avanços da legislação processual penal, promulgada em 1941, mesmo que costurada com as variadas “minirreformas”, o combalido Código de Processo Penal carrega o mesmo ranço, o caldo de cultura inquisitorial que permite o (re)nascimento e crescimento de ações repressivas, o (re)ssurgimento de interpretações subjetivistas através da esquematização “sujeito-objeto”, rescaldo da filosofia da consciência. A toda evidência é possível entender como a mudança de paradigma da razão instrumental pela linguagem estabeleceu-se em novas bases para a compreensão dos fenômenos. A reviravolta ontológico-linguística possibilitou a superação da razão instrumental e contribuiu para transpor a razão iluminista que, “aprisionada” pela lógica instrumental, maquiou e encobriu a dominação que existia. Gise-se, por oportuno, a circunstância de que o totalitarismo nazi-fascista e o holocausto formavam a expressão de um modelo de sociedade

baseado na razão e que fora proposto desde o Iluminismo. Todavia, em nome dessa razão, a sociedade se estruturou de maneira hierárquica e funcionalista, burocrática e desumanizada, justificando e aprofundando a exploração e a desigualdade.⁷

Nos dias atuais, quando se reivindica a observância e aplicação do sistema acusatório e dos princípios eleitos pela Carta de 88, pressupõe-se a exigência de que o processo penal se norteie de acordo com as bases de compreensão e comunicação, livre de qualquer tipo de dominação. Não se pode conceber que o processo seja e continue a ser utilizado como “arma” contra as pessoas ou grupos selecionados que respondem a um processo criminal. Aqui, valemo-nos da expressão de Hassemer quando se refere ao processo penal como uma “cerimônia perigosa”. O direito a um processo justo constitui um pressuposto básico do Estado democrático, marcado por correntes liberais fundadas pela defesa dos direitos humanos.

Transportemos, então, as reflexões teóricas comunicacionais para o ambiente da práxis jurídica penal. A primeira análise que traçamos diz respeito ao ato decisório de recebimento ou rejeição da inicial acusatória. Como isso se daria ou se dá no ambiente processual brasileiro?

O órgão acusador do Estado, a partir da análise de um fato-crime, entende haver base segura para enveredar pelo caminho de uma demanda judicial. Com o instrumento da denúncia, o MP navegaria no ambiente da “ação comunicativa”, onde sua pretensão de validade será oferecida aos atores processuais, aos falantes do possível processo judicial. Neste caso, o órgão acusador, através da sua denúncia, possui uma pretensão acusatória. Veja que, na construção habermasiana, um falante competente expressaria sua sentença de observação a partir da posição fundamental do “significado léxico” conhecido das asserções utilizadas apenas em ligação com o que acredita observar naquela situação dada, assim como com aquilo que tem por verdadeiro.⁸

Ao oferecer sua pretensão de validade por meio da denúncia, o julgador pode não estar convencido daquilo que pretende o MP. Assim, o órgão acusador do Estado, ao se mover no terreno da ação comunicativa, passaria a caminhar pelo campo da linguagem, utilizando-se de argumentos robustos e verdadeiros que pudessem convencer o magistrado da aceitação do discurso empregado no exórdio acusatório,⁹ isto é, recebendo a denúncia. Contudo,

⁷ HABERMAS, *op cit.*

⁸ HABERMAS, J. **Agir comunicativo e razão destranscendentalizada**, Rio de Janeiro: BTU, 2002, p. 78.

⁹ Pela sistemática do CPP, o juiz, ao refutar a inicial penal com base nas hipóteses do art. 395 do CPP, abre a possibilidade para o MP contrapor-se à decisão, caso este interponha recurso em sentido estrito (art. 581, I do

ultrapassada a possibilidade, por exemplo, da via do recurso em sentido estrito em razão do não acolhimento da inicial acusatória, o juiz deverá, então, operar com a via do agir comunicativo, utilizando-se das mesmas técnicas. Ou seja, se o juiz entender que a pretensão acusatória é válida e merece ser acolhida, o julgador deverá explicitar por que sua compreensão se estabeleceu daquela forma e deverá utilizar métodos argumentativos consistentes de fundamentação a fim de validar sua decisão. Por isso, é crível afirmar, sem medo de errar, ainda que inúmeros outros argumentos possam servir de alimento para essa tese, que a decisão que recebe uma inicial acusatória deve ser constituída de um compreender e, posteriormente, de uma explicitação, cujo resultado da interpretação deve redundar em um discurso argumentativo através de uma consistente fundamentação. Aliás, fundamentação consistente para toda e qualquer decisão, em âmbito penal, que implique em restrição, limitação ou extinção de algum direito ao acusado. Por essa razão, não recepcionamos decisões subjetivistas, que não se coadunam nem com a postura hermenêutica fundada a partir da pré-compreensão, nem com o núcleo estruturante da teoria comunicativa e, muito menos, com o que explicita a Constituição Republicana de 1988.

As reflexões do agir comunicativo de Habermas, a nosso ver, são passíveis de serem adequadas ao trâmite do processo penal, desde que as premissas acima possam – de fato – ser colocadas em prática, o que dependerá das pessoas que protagonizam o cenário processual. Contudo, é imperioso concordar com a imprescindibilidade do emprego da hermenêutica conferindo uma forma segura na tomada de decisões judiciais, porque ela não se mostra fria e distante como a lógica argumentativa. Ao revés, a hermenêutica é aquecida pela possibilidade de constituição do sentido, ao passo que a frieza da lógica obra por uma via descompromissada com a *ratio* do “ser”.

Uma segunda reflexão sob o prisma da via comunicativa nos leva para a direção do “rito especial dos crimes praticados por servidores públicos”. No âmbito do novel mecanismo processual penal (Lei. 11.719/08), o chamado “procedimento comum” (que se desenvolve a partir do rito ordinário, sumário e sumaríssimo), em tese, é adequado, mas na prática parece não atender aos anseios de paridade de “armas” ou, especialmente, à essência de democracia habermasiana, por força da própria engrenagem do sistema legal, que permite, mesmo com a mudança legislativa, que o magistrado decida pela rejeição ou recebimento da inicial acusatória sem ouvir os argumentos da defesa. Nesse sentido, o vetusto procedimento relativo aos crimes praticados por servidores públicos contra a administração em geral, ainda

CPP), permitindo ao magistrado estabelecer um “juízo de retratação”, modificando os termos da decisão ou mantendo-os.

estampado no art. 513 e seguintes do CPP, e, em que pesem as divergências existentes (quanto ao direito da defesa técnica do servidor oferecer duas respostas escritas, já que o rito original prevê a possibilidade da “resposta preliminar” em 15 dias¹⁰), caminha, por assim dizer, em trilha que mais reflete o ambiente da comunicação argumentativa com vistas à resolução do conflito do que a da própria sistemática atual do CPP, por incrível que pareça.¹¹ Para exemplificar o problema: a responsabilidade dos representantes do Estado que - em tese - estão mais próximos da linguagem a respeito de suas atribuições, possuem, com o rito especial contido no citado art. 513 do CPP, desde que foi criado, a oportunidade de refutar a pretensão de validade acusatória antes de o juiz decidir pela recebimento ou não da denúncia, ao passo que o cidadão comum que não se veja nessas condições só terá o direito de pronunciar-se (excetuando os casos de a inicial acusatória mostrar-se flagrantemente inepta, ou na ausência de alguma condição ou pressuposto processual, ou na falta de justa causa, em que será possível a via estreita do *habeas corpus*) quando o magistrado já “analisou” os termos do exórdio ministerial, recebendo-o.

Assim, ainda que bem longe da perspectiva de nova alteração legislativa nesse sentido, as reflexões precisam ser pontuadas, porque demarcam as interações e as diretrizes do que realmente queremos como processo essencialmente democrático. Ademais, é preciso remarcar que a possibilidade da defesa de se contrapor à pretensão acusatória antecipando-se à decisão do juiz em receber ou não o exórdio não representa mais do que um legítimo direito de dissentir das pretensões de validade, dentro do processo comunicacional, onde a força do melhor argumento - em prol da justiça democrática - deverá prevalecer. Afinal, qual é o receio em ouvir o que a defesa tem a dizer?

¹⁰ Sobre a discussão a respeito da manutenção ou não dos dois prazos processuais aos servidores públicos após a vigência da Lei 11.719/08, para citar alguns: LOPES, Aury Jr. (**Direito Processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol. II, p. 209); *apud* LOPES. (*op. cit.*) GIACOMOLLI, Nereu. **Reformas (?) do Processo penal**, p. 63. TOURINHO, Fernando da Costa Filho. **Manual de processo penal**. 2009. p. 740.

¹¹ Inteligível é o fato de servidores públicos praticantes de delitos contra a administração em geral deterem dois prazos defensivos, ao passo que a defesa do cidadão comum navega em águas de um rio só. Pelo conceito de responsabilidade, há visível desigualdade jurídica processual, pois é de se considerar que servidores públicos, representantes do Estado, *supostamente* possuem condições mais favoráveis para “compreensão de seus atos”, cujos ilícitos praticados foram produzidos - em regra - nos ambientes nos quais exercem suas atividades laborativas.

II – A RESPONSABILIDADE DOS ATORES PROCESSUAIS

Dois estudos de opinião realizados em 1997 e 2001, na França, demonstraram que a instituição judiciária daquele país sofre déficit de confiança por parte da população. Uma nova pesquisa foi realizada em maio de 2008, por iniciativa do Conselho Superior da Magistratura, demonstrando pouca alteração no quadro de confiabilidade. Procurar as razões da crise de confiança, ouvir as críticas e de onde elas se originam, parece ser o objetivo adotado pela justiça francesa desde então.¹²

Uma das causas apontadas nas pesquisas promovidas refere-se à dificuldade da opinião pública em compreender corretamente a organização judiciária. Em primeiro lugar, a afirmativa sobre a deficiência de confiança deve-se ao fato de que a justiça não é a mesma para todos, é injusta e não se adapta à evolução social. Por outro lado, a falta de clareza das decisões, bem como a falta de compreensão sobre o funcionamento da justiça são fatores que incomodam significativamente os franceses.¹³

Em síntese: a justiça francesa se depara com um verdadeiro problema de comunicação; e a extração dessa reflexão parte dos próprios componentes da magistratura.¹⁴ Uma justiça mais compreensível, inteligível, será mais bem aceita, dizem os representantes do Conselho. A lisura e transparência nos atos judiciais devem ser prioridade para a restauração da confiança. A pesquisa encampada pelo Conselho Superior da Magistratura Francesa tem por certo que, para se alcançar o objetivo, é necessária inicialmente uma política de comunicação institucionalizada dentro do palácio da justiça. No caso dos franceses, atualmente as audiências são somente janelas fechadas de comunicação (*les seules fenêtres de communication*).¹⁵⁻¹⁶

¹² CONSEIL SUPÉRIEUR DE LA MAGISTRATURE. *Les Français et leur justice. Restaurer la confiance. La documentation Française*. Paris: 2008.

¹³ GUARAPON, Antoine. Ao tratar da “justiça entre a idealização e a diabolização”, afirma ser ela o último lugar de visibilidade da democracia. Livre tradução. *Le gardien de promesses: justice et démocratie*. Odile Jacob: Paris. France, p. 160.

¹⁴ Sobre o que pensa a magistratura francesa quanto à deficiência de comunicação nos órgãos judiciais: (*op. cit.* p.51) “*Il passe aussi par une prise de conscience, voire une révolution des mentalités chez magistrat, qui, pour la plupart, rejettent, l'idée même de communication, au motif qu'ils sont tenues à des obligations très fortes, telles que celle de discrétion et de dignité, ainsi qu'au secret de leur décisions. Ce raisonnement erroné tient à leur ignorance des grands principes de la communication qu'il leur faut acquérir*”.

¹⁵ O resultado do estudo desenvolvido de 23 a 27 maio de 2008, em que foram ouvidas 1008 pessoas, demonstrou que a justiça está em 6ª posição no ranking das diferentes instituições, onde polícia, escolas e funções públicas carregam um número melhor de aceitação. Os ritos judiciais, desenvolvimento dos processos, decisões judiciais, inclusive quanto aos jargões utilizados, são apontados como entraves comunicacionais. Os cidadãos franceses, segundo as aferições, compreendem que a justiça pode ser complexa, mas não suportam que esta complexidade seja tamanha a ponto de retardar ou embarçar assuntos de seu interesse e da sociedade que estão em jogo. Os franceses conhecem muito pouco de seu sistema judiciário, por isso vêm demandando mais informação, conhecimento e transparência pela instituição. Também lhes foi indagado sobre as qualidades essenciais de um

Essa crise de confiança também está presente no espírito dos magistrados franceses, que se questionam sobre a evolução de sua atividade judicante e se ressentem com tantas críticas que lhes são endereçadas, a seu ver – injustas.¹⁷

É verdade que a liberdade de opinião constitui um instrumento fundamental de controle pelos cidadãos no exercício do poder. Em uma sociedade aberta e democrática, informação livre nada mais representa que uma das garantias essenciais do pluralismo político e constitui o pressuposto para se exercitar, de forma eficaz, o direito à liberdade de opinião. Esse exercício de controle pelos cidadãos compreende a possibilidade de criticar livremente o funcionalismo da justiça e, assim, fiscalizar a atividade jurisdicional.¹⁸

O exame crítico desses fenômenos é salutar e necessário. Uma sociedade adulta deve (re)conhecer o seu espaço e a maturidade democrática deverá ser uma consequência da sua própria emancipação.

Além disso, os discursos teóricos sustentados por juristas precisam ser convertidos em discursos práticos, de modo a assegurar os bens inscritos na Carta de 88. Portanto, há que se exigir da comunidade jurídica linguagens coerentes a partir do que se “prega” e daquilo que realmente se aplica. Aquilo que se pretende como justiça, equilíbrio, liberdade e igualdade, conservando-se os ditames constitucionais, deve ser posto a serviço da práxis jurídica. Nesse aspecto, há que se ressaltar os trabalhos desenvolvidos no Brasil, daqueles que fazem do seu *mister* o laboratório para as autocríticas, apontando com seriedade as mazelas e os desajustes que se encontram no seio de suas próprias atividades funcionais.

Avançando um pouco mais nesse vasto campo de pesquisa, em que as garantias da *pessoa* são eternizadas nos discursos, é imperioso destacar o que Klaus Günter pensa a respeito do problema da responsabilidade pelo viés da teoria do discurso, embora limitada à problemática da imputação, e no qual postula um processo de responsabilidade reflexivo¹⁹.

magistrado, em que a honestidade, integridade imparcialidade e respeito à lei foram estabelecidos como critérios mais importantes. *Conseil Supérieur de la Magistrature. Les français et leur justice. Restaurer la confiance. Conseil Supérieur de la Magistratura. La Documentation Française.* Paris: 2008, p. 101.

¹⁶ *Op. cit.* p. 48. FRICERO, Nathalie: “Mesmo que a justiça seja imediatista, deverá adotar um comportamento prudente, a fim de não gerar suspeita de parcialidade no espírito dos litigantes”. Livre tradução.

¹⁷ *Conseil Supérieur de la Magistrature (op. cit)* p. 08.

¹⁸ “No sólo porque fortalece la confianza pública en la justicia, sino también porque fomenta la responsabilidad de los órganos de la administración de justicia”. ORTEGA, Juan. **Liberdade de prensa y processo**, in *Revista del poder judicial*. CGPJ, p. 44. Nesse diapasão, Couture, citado por Ortega, assinala: “La administración procesal constituye el instrumento más precioso de fiscalización popular sobre la actuación de los jueces, ya que en último término ‘el pueblo es el juez de los jueces’”.

¹⁹ GÜNTHER, Klaus. **Schuld Kommunikative freiheit**. Lostermann Vittorio Gmb H. 31, 2005. Cf. a ideia de que a ‘pessoa deliberativa’ é pressuposto da liberdade comunicativa, entendida assim como capacidade de tomar posicionamento crítico, segundo suas próprias razões, p 245. e in **Pena y culpabilidad**. KINDHÄUSER, MAÑALICH. Buenos Aires: IBdeF, 2011. Ainda sob o mesmo prisma, porém relacionada a questão da imputação: “Nos ainda tendemos a compreender a responsabilidade (*Verantwortlichkeit*) do cidadão no sentido

Dentro dessa perspectiva, as regras e critérios de imputação de um fato, para serem legítimos, precisam ser definidos pelos cidadãos em deliberação segundo procedimentos democráticos. Todavia, se assimilarmos a responsabilidade como um conceito-chave que ajudaria a compreender as mudanças na sociedade moderna, é possível estender o modelo que deve ser assumido por todos os atores processuais. É dizer: no Brasil, o déficit de lealdade comunicativa processual que encontramos parece ser um fator desestimulante para um pronto atendimento por parte dos cidadãos; não há fundamentos substanciais *a priori* para legitimar as normas que regulam o comportamento. E essa legitimidade somente pode ser extraída da autonomia dos partícipes no processo de integração comunicacional.

Talvez seja também primordial que os atores públicos processuais – eles mesmos – se convençam da imperiosa necessidade de comunicação. Uma justiça mais representativa poderá fazer-se mais próxima da sociedade.²⁰

Nesse sentido, é preciso reconhecer que as “armas” simbolicamente representadas na expressão não são as mesmas para os atores processuais. Por essa razão é que a lealdade processual ainda margeia sob trilha nebulosa. A “guerra” processual que se vivencia em âmbito judicial penal está muito distante de ser estabelecida como o ambiente democrático onde a fala do outro deveria ser relevante para o consenso. Certamente, a “beligerância” processual inicialmente representada pela estrutura física de caráter dominatório das salas de audiências, onde a relação triangular se escamoteia diante do paralelismo cênico, porém real, entre Estado-juiz e Estado-acusação, alcança até mesmo o comportamento, as atitudes de linguagem manifestadas pelos representantes dos órgãos do Estado. A práxis cotidiana penal parece ser diametralmente oposta à lei, em boa parte, dos casos criminais.²¹

Ademais, dentro do conceito de responsabilidade, para que se alcance a figura do réu, é preciso que as pessoas representantes do Estado, investidas das atividades públicas, desejem se conduzir e atuar de modo responsável e ético.

Por todas essas razões, seja crível seguir afirmando que não será apenas a lei ou a modificação dela que trará solução ao caso concreto, eis que as mazelas não estão em seu

ético-coletivo de um “povo”, enquanto na responsabilidade (Verantwortlichkeit) penal já nos acostumamos há muito tempo com uma individualização de alto grau da imputação”. in Teoria da Responsabilidade no Estado democrático de Direito. Textos de Klaus Günther, Rio de São Paulo: Saraiva, 2009, p. 50.

²⁰A justiça francesa aparece aos olhos do público como formal e distante: *par ailleurs, puisque la magistrature apparaît encore, aux yeux du public, comme distante, formant une caste trop éloignée des milieux sociaux qu'elle juge, il est nécessaire de favoriser toutes mesures permettant qu'elle soit beaucoup plus le reflet de la diversité de la société française.* (op. cit. p. 51)

²¹ PRADO, Geraldo: **Em torno da jurisdição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 189 e ss. Aludindo sobre a lei e a fidelidade do juiz à lei penal.

corpo. A assimilação de uma “responsabilização solidária” pelo outro *como um de nossos*²², tendo como premissa a abolição de todas as formas de exclusão, integrando e incluindo os *outsiders*, parece ser uma das trilhas desse emaranhado processo construtivo de comunicação.

No caso da defesa, esperar lealdade nessa perspectiva apenas quando o processo está posto de maneira democrática. O Estado, investido do monopólio dos meios de coerção autorizados, se autolimita pelas garantias do devido processo e, por isso, e somente nessas circunstâncias, quer dizer, quando o processo está organizado de forma democrática, pode esperar lealdade de defesa.²³

Com efeito, Habermas desacredita que a instrumentalização do processo transcorra de maneira fiel ao que prescreve a lei, na medida em que o resultado de um processo pode ser explicado pelos interesses, socialização e pela pertença a determinadas camadas, além da estrutura e personalidade dos juízes por tradições ideológicas e constelações de poder ou por outros fatores dentro e fora do sistema jurídico. Nesse contexto, a prática de decisão já não é mais estabelecida internamente através de procedimentos do caso e do fundamento do direito.²⁴

De qualquer modo, e com base nisso, os inevitáveis julgamentos ou as manifestações “figadais” pelos atores públicos do Estado poderiam ser, em tese, “blindados” com a estrita observância e aplicação dos aparatos legais procedimentais postos a serviço do cidadão; e aqui nos referimos ao âmbito processual.

Então, o problema, repita-se, está em buscar as pretensões do compreender e estabelecer um mecanismo de aplicação decisória com vistas a impedir uma dependência a partir da (in)consciência dos julgadores. Uma teoria da decisão que procure não ser refém de “visões solipsistas” de juízes ou tribunais, manejando – e aqui nos valem da expressão de Streck – apenas “decisões *ad hoc*”, isto é: por vezes, ultrapassa-se a letra da lei; por vezes, sustenta-se a “letra fria da lei”.

De se consignar, assim, que o solipsismo, embora conceituado sob uma base filosófica, está presente de forma intrínseca, foi gerido pela modernidade e ainda produz frutos amargos no âmbito jurídico penal. Isso porque a experiência mostra que juízes, muitas vezes, não se sentem obrigados a decidir de maneira consistente, muito menos a enfrentar

²² HABERMAS defende o conteúdo racional de uma moral baseada no respeito por todos e na responsabilização solidária geral de cada um pelo outro. O respeito não abarca apenas aqueles que são iguais, congêneres, mas, sobretudo, aquele “outro” em sua alteridade, em suas diferenças e em suas idiossincrasias. (op. Cit.) 2007, p. 7/8

²³ NASCIMENTO, Rogério José Bento do. **Lealdade Processual**. Lúmen Júris. p. 227.

²⁴ HABERMAS. (op. cit.) vol. 1, 2010, p. 249.

argumentos levantados pela defesa técnica do réu. Nesse aspecto, os “casos fáceis” são simplificados por um decidir “conforme a consciência”, assegurado por uma espécie de “carta de indenidade”, ou seja, uma isenção de responsabilidade de decisão inconsistente, que o desobrigaria dos discursos de fundamentação porque estaria supostamente protegido pelo seu “sentir”.²⁵ E os *hard cases*? Para alguns, nos casos difíceis, o juiz possui tanta margem de discricionariedade quanto o legislador.²⁶ Por outro lado, muitas decisões carregam uma pretensão altamente objetivista, cujos julgados antecipatórios passam, via de regra, a repetir ou “repaginar” as demandas que se sucedem, como se todos os casos se resumissem em alguns rolos de massa postos uniformemente numa máquina de pão. “Respostas antecipadas” ou julgamentos que precedem os fatos deixam claro que o sistema inquisitorial ainda assombra a infante democracia brasileira. A “vontade” que gera a morte e a destruição e inimizáveis incontornáveis, nas digressões de Schopenhauer,²⁷ não pode ser o esteio sobre o qual repousarão as sentenças judiciais. Por essa razão faz-se necessário reforçar a importância da hermenêutica filosófica e comunicacional na tomada de decisões.

Dentre tais considerações, está a problemática do interrogatório do corréu: o art. 270 do CPP dispõe que: “o corréu no mesmo processo não poderá intervir como assistente do MP”. Trata-se de uma regra estatuída desde a promulgação do CPP, que objetiva discriminar as funções, diga-se, bem diferentes e antagônicas, do advogado de acusação, que auxilia o órgão acusador do Estado, daquele que atua na defesa do réu. Quando existem dois ou mais réus envolvidos em infrações que, por força na conexão ou continência, levem ao mesmo juízo competente, é curial que o advogado de um dos corréus não possa funcionar simultaneamente na condição de assistente naquele processo, pois isso implicaria em verdadeira confusão processual, onde o lugar ocupado pela acusação (embora na condição de assistente) seria o mesmo que o espaço utilizado pela defesa. Por exemplo: no caso em que dois indivíduos, para conseguir vantagem em relação aos outros companheiros num crime de roubo ou furto, decidam torturar um terceiro integrante para que este último não delate seus companheiros, na hipótese da conexão objetiva (art. 76, II CPP), é intuitivo que o terceiro, que é corréu no crime patrimonial praticado, não possa funcionar na condição de assistente de acusação, por ser litisconsórcio passivo penal, cuja vedação está presente no art. 270 CPP.

²⁵ STRECK, O que é isto - decido conforme minha consciência? RS: Livraria do Advogado, 2010, p. 29.

²⁶ *Idem*. Nessa esteira, Werneck Vianna, citado por Streck, quando menciona tornar-se impossível ao “sujeito da modernidade” esconder o solipsismo que o sustenta. *Idem*. p. 31. “(...) apelação nº 1995.001.00763- apelação, julgamento 11/04/1995 – 1ª câmara cível TJ/RJ”.

²⁷ SAFRANSKI, Rüdiger. **Schopenhauer e os anos mais selvagens da filosofia**. São Paulo: Geração, 2011.

A situação é diametralmente oposta, porém, e não se confunde, quando se trafega na seara do interrogatório de corréus. Isso porque a participação da acusação e da defesa, permitindo-lhes elaborar perguntas diretamente ao réu, resulta no expressivo meio de defesa que se baseia na garantia do contraditório (CF, art. 5º, LIV e LV). É o que dispõe o novel art.188 do CPP. Uma providência, ressalte-se, que antecede a nova sistemática do CPP, encampada pela lei 10.792/03.

Aqui, as perguntas que são feitas a um corréu visam a fundamentar a defesa do outro acusado, ainda que possam servir também ao MP. Mas o principal é demonstrar a inocência do réu ou alguma outra circunstância relevante no que se refere à plenitude de defesa. Quando se nega ou se tolhe esse direito à defesa, resta caracterizada flagrante arbitrariedade, por gerar grave prejuízo para o acusado. Quando um réu pretende formular pergunta ao outro réu, não é correto supor que se pretenda buscar a culpa do desafeto, senão a inocência de quem a formula, já que a responsabilidade de cada uma delas corresponde a um ônus que compete somente ao titular da ação penal: o Ministério Público. É dizer: o corréu, no interrogatório, pode prestar declarações que terão valor testemunhal a respeito de crime praticado por outro acusado, quando o Código determina a unidade de processos. É curial que, se no interrogatório ou reinterrogatório, um corréu incrimina outro, que esse depoimento equivalha a uma testemunha, devendo ser tomado na presença dos defensores dos demais acusados, sob pena de nulidade por ofensa ao princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa.²⁸

É forçoso destacar que nas hipóteses relativas ao art. 188 do CPP, os tribunais superiores vêm confirmando essa primazia constitucional, declarando a nulidade de todos os atos e reconhecendo os abusos perpetrados por aqueles que resolveram “decidir conforme sua (in)consciência”, retomando a sanha inquisitorial do paradigma da subjetividade.

²⁸ TRF/1ª: 2004.01.00.0055866-5/AC j. 15.02.2005, RT 836/646. Na mesma linha, o TRF/4ª região determinou a repetição de ato que não constara do termo a transcrição das perguntas formuladas pelos defensores dos demais corréus. (HC 2005.04.01.3109-5/PR, j. 11.05.2005, RT 839/701). ‘É legítimo, em face do que dispõe o art. 188 do CPP que as defesas dos corréus participem do interrogatório de outros corréus. Deve ser franqueada à defesa de cada réu a oportunidade de participação no interrogatório dos demais corréus (...)’ (STF, Pleno, AP- AgR 470/MG, j. 6.12.2007. ‘A relevância de se qualificar o interrogatório judicial como expressivo meio de defesa do réu (...) enseja a possibilidade de o corréu participar ativamente do interrogatório judicial dos demais litisconsortes penais passivos, traduzindo projeção concretizadora da própria garantia constitucional da plenitude de defesa, cuja integridade há de ser preservada por juízes e tribunais’ (STF, segunda turma, HC 94016/SP, j. 16.09.2008, informativo STF no. 520 ‘Assiste a cada um dos litisconsortes penais passivos o direito – fundado em cláusulas constitucionais (CF, art. 5º, LIV e LV) - de formular perguntas aos demais corréus. O desrespeito a essa franquia individual do réu, resultante de arbitrária recusa geradora de nulidade processual absoluta, por implicar grave transgressão ao estatuto constitucional do direito de defesa’. Doutrina Precedente do STF (HC 94.016, J. 16.09.08, 2ª turma, DJE de 2.2.09. No mesmo sentido: HC 95225, j. 4.08.09, 2ª turma, DJE 23.10.09.

Todavia, tomemos um exemplo a partir da seguinte decisão:

Pelos patronos da Denunciada, foi requerida a oportunidade de formular perguntas à denunciada XXX, **o que foi indeferido**, uma vez que **os mesmos figuram no processo tão somente como advogados de defesa de YYY, e não como assistentes de acusação da denunciada XXX**. Requereram ainda que fossem consignadas as perguntas (...). Grifamos (2008208013122-3 TJ/RJ).

Observe-se que o equívoco, repita-se, reside em pensar que quando se faz perguntas a um litisconsorte passivo penal, a finalidade da pergunta consiste em querer caracterizar a responsabilidade de quem deve respondê-la, e não demonstrar a inocência a quem a pergunta aproveita²⁹. Esta é uma hipótese real, dentre muitas, que demarca a crise de legitimação da democracia e serve para atestar que os atores públicos processuais ainda trabalham com um universo altamente autoritário.

Trata-se de um caso paradigmático que revela como parte do judicialismo brasileiro permanece operando com visões solipsistas, ainda amarrado com as cordas da filosofia da consciência. Portanto, não é descipiendo repetir as agruras que se instalam no processo criminal a partir dos atos de vontade e de poder do juiz. Ainda que não bastasse a gama de argumentos de ordem técnica, cabe ainda um reparo de natureza ética, eis que ao impedir a defesa exercitar-se legitimamente dentro das normas processuais, incorre o julgador em afronta ao princípio ético da imparcialidade.

Ora, exige-se, sobretudo dos agentes públicos do Estado, uma especial capacidade de discernir o que é um processo democrático e o que é inverso a ele. O julgador deve estar preparado para resolver impasses metodológicos do caso concreto em bases eminentemente garantistas, estabelecidas pela Constituinte de 1988. E não é possível discernir o que é um processo democrático fazendo *tabula rasa* dos princípios constitucionais ali estatuídos.³⁰ Assim, o direito da defesa de interrogar o outro corréu constitui um legítimo meio de defesa, direito este intransigível, inegociável, que não se pode conspurcar.

²⁹ Para citar alguns: GRINOVER, Ada Pellegrini; Gomes Antonio Magalhães Filho; Fernandes, Antonio Scarance. **As Nulidades no Processo penal**. RT. 11^a. ed., 2010, p. 80. (Grifos nossos.) E ainda em idêntico posicionamento: SCARANCE, Antonio Fernandes. **Processo Penal Constitucional**, p.72. LOPES, Aury Jr. **Direito processual penal constitucional e sua Conformidade Constitucional**, Lumen Juris, p. 591.

³⁰ Não é possível negar um direito constitucional à defesa tomando o caminho da “porta dos fundos” da racionalidade e decidir conforme sua conveniência e discricionariedade. Ficaremos até quando sujeitos às “bondades *ad hoc*” (a expressão é de Lênio Streck) e às “malvadezas figadais”? O instrumento da correição parcial, com vistas a ser utilizado nos casos onde se verifica o desrespeito do julgador às garantias instituídas pela Constituição da República, é, por vezes, eficaz. Mas a experiência mostra que tal instrumento “corretivo”, diga-se, muito pouco utilizado no Brasil, por vezes acaba tendo efeito contrário, pois a defesa técnica, ao se insurgir contra atitudes desse “naipe”, pode ser alvo de retaliações. Na maioria dos casos, a virulência acaba desaguando na parte mais frágil da relação processual, ou seja, na figura do réu.

Por fim, afirma-se: o impedimento à defesa de um dos corréus fazer perguntas ao outro, sob o argumento de que os patronos figuram como defesa, e não como assistentes de acusação, demonstra grave erro no procedimento. Definitivamente, a democracia não é nem pode ser o que uma ou duas pessoas queiram que seja.

Note-se, assim, que a via contrária da linguagem açambarca qualquer tentativa democrática. Afinal, a proposta não é exatamente ouvir os falantes e suas pretensões de validade?

Enquanto processos de entendimento mútuo linguístico, os atores trabalham com seus atos de fala, entendendo-se sobre algo, sobre as pretensões de validez, mas, sobretudo, de verdade, de correção e de pretensões de sinceridade; o agir estratégico atua um sobre o outro para ensejar a continuação desejada³¹.

Todavia, o “rito de passagem” da ação comunicativa para o discurso, da forma como afirmamos acima, só ocorrerá quando a pretensão de validade do interlocutor encontrar dissensão por parte dos demais falantes. Assim, é no terreno da linguagem que residem as teorias argumentativas.

Neste aspecto cabe então, primeiramente, “separar o joio do trigo”. Cindir o nível filosófico epistemológico do nível concreto é tarefa inarredável. Nesse sentido, podemos afirmar que a hermenêutica opera com uma racionalidade transcendental, cuja base não é estruturante, ao passo que as teorias da argumentação se postam em um nível de concretude lógica, ou seja, um patamar lógico-argumentativo. Assim, não pode haver confusão semântica quanto às interações relacionadas com a hermenêutica e as teorias da argumentação. Ambas, de fato, não são sinônimas, como pensariam alguns.³² Explica-se: a hermenêutica propõe um modelo processual de interpretação que se inicia com a pré-compreensão. Uma espécie de escada, cujos degraus que se sucedem formam o conjunto de atividades reflexivas e posteriormente concretizadas, iniciadas a partir do piso superior de onde a hermenêutica é dimensionada. Até o piso “térreo”, isto é, até alcançar as teorias argumentativas, o intérprete percorreu todos os degraus. Por isso é possível afirmar que, antes mesmo de o intérprete argumentar, ele necessariamente terá transposto o compreender.

Ainda nessa perspectiva, o processo hermenêutico funciona da seguinte forma: o intérprete estabelece uma observação entre a norma e o fato. Inicialmente, essa relação preliminar se apresenta para o intérprete de maneira um tanto nebulosa, mas na proporção em

³¹ HABERMAS. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: BTU, 2003, p. 79.

³² Para maiores detalhes recomenda-se: STRECK. **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Posfácio. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2010, p. 451.

que o fato e a norma são analisados de forma mais profunda, a pré-compreensão passa a se mostrar mais nítida, mais clara. Quando se utiliza a hermenêutica como postura para tomada de certa decisão judicial, por exemplo, esta mostra ser capaz de analisar filosoficamente os elementos da pré-compreensão. Então, a partir do momento em que o intérprete supera a observação preliminar (a pré-compreensão) sobre o fato, esse processo cognitivo ainda não amadureceu. Contudo, se ele voltar a analisar o mesmo problema, é possível que avance na compreensão e, assim, defina a via que deverá tomar. Nesse momento, essa compreensão passa a ser a condição de possibilidade para que o jurista alcance a fase da explicitação. Será na explicitação que se encontrará o espaço para uma teoria do conhecimento. Assim, quando o intérprete logra alcançar a fase da explicitação, deverá utilizar-se de uma das formas argumentativas a fim de legitimar sua decisão. As teorias argumentativas, por assim dizer, situam-se em um nível lógico-argumentativo, ao passo que a hermenêutica ara seu quintal em bases epistemológicas. A hermenêutica, então, é mais radical, diz Streck,³³ porque tem o condão de refletir a problemática a partir da estrutura do próprio compreender, e não através de um elemento naturalista, que é a causalidade. A partir do momento em que o intérprete compreendeu a norma e o estado de coisas, é natural que avance para o estágio da explicitação, manancial no qual haverá solo suficiente para fertilizar uma teoria do conhecimento. Então, é curial concordar com a afirmativa do autor de que a hermenêutica pode oferecer um método seguro para blindar interpretações arbitrárias e discricionárias. A partir das experiências em Gadamer e as reflexões hodiernas de Streck, é importante atentar para o fato de que antes de se fazer uso das bases argumentativas, o intérprete já compreendeu a problemática. Isto quer dizer que a compreensão antecede qualquer argumentação.³⁴ Habermas acredita que se possa ultrapassar reflexivamente as posições de partida hermenêuticas cada vez diferentes, e chegar a concepções partilhadas sobre uma coisa disputada, cujo fenômeno Gadamer descreve como “fusão de horizontes”. Assim, o que pode ser compreendido é a linguagem.³⁵

Então, não é destituído de razão afirmar que o controle do poder penal, embora imperceptível para a maioria, se faz presente em alto grau, na medida em que os mecanismos de tutela postos à disposição dos indivíduos pela Constituinte de 1988 são violentamente conspurcados, seja pela complacência de um judicialismo passivo diante dos abusos

³³ *Idem*, p. 440.

³⁴ *Ibidem*, p. 448. O uso da linguagem não é arbitrário, isto é, “a linguagem não depende de quem usa”. Streck.

³⁵ GADAMER, H.G., **Verdade e Método**, Tübingen, 1960, *apud* Habermas in **Agir comunicativo e razão destranscendentalizada**. 99. Rio de Janeiro: BTU, 2002, p. 57. (Homenagem a Hans-Georg Gadamer) Frankfurt, 2011, p. 89-99. Rio de Janeiro: BTU, p. 57.

percebidos em âmbito processual, seja pela própria ação arbitrária e dominatória encoberta pela toga ou pela máscara do juiz “inquisidor”, ou mesmo pela falta de lealdade ao obrar suas decisões sem lastro metódico de compreensão, mas a partir de uma visão eminentemente subjetivista/solipsista.

Se todos os julgados fossem precedidos de um compreender, de uma dedicação epistemológica ao fato e às circunstâncias relacionadas a ele, como mecanismo de decidir, afastando o decisionismo *ad hoc* ou discricionarismos pautados na consciência e conveniência do juiz, o processo penal caminharia em estrada bem mais segura e atenderia as pautas democráticas, evitando abusos e erros incontornáveis³⁶.

Nessa discussão é bem dizer que, por muitos séculos, a humanidade permaneceu acreditando que tudo sofria a interferência divina.

Mas é Prado quem lembra que as decisões judiciais não são emanações de um poder divino e que a divindade que podem em si mesmas carregar é aquela própria ao que de sublimemente divino é inerente a todo ser humano.³⁷ Assim, diz o autor, ao adotar uma decisão, o juiz deve analisar as diversas alternativas que o direito oferece e avaliar as diferentes consequências que advirão de cada uma delas, para que o erro não se transforme em abuso e em resultados desastrosos.³⁸

Depois de tantos anos de luta e sofrimento, depois da dolorosa conquista que nos permitiu, com a Constituinte de 1988, abrir flancos de liberdade e igualdade, não é crível que ainda nos deparemos com posturas de representantes do Estado decidindo as vidas das pessoas apenas e tão somente pela sua “consciência”. Convencimentos pessoais às vezes muito frágeis, irrazoáveis e voláteis, pois não ancorados em qualquer base interpretativa segura, mas tão somente em um sentir que põe em dúvida, mais uma vez, a retidão, o princípio ético da prudência e a responsabilidade, atributos que devem permear a figura de todo e qualquer julgador.³⁹

São essas atitudes, dentre outras, que denotam a entrega do julgador ao modelo inquisitivo, cujo elo ao paradigma da subjetividade esquematiza a relação sujeito/objeto. Isso

³⁶ Habermas considera pretensiosa a teoria de Dworkin - que transmitiria ao juiz, nos *hard cases*, o dever de fundamentar sua decisão -, pois acredita que os julgadores não se desvincularão da pesada vestimenta da razão prática, eivada de solipsismo. Assim, para ele, os discursos de fundamentação, fatalmente, já estão previamente manifestados, restando aos julgadores apresentarem tão somente os discursos de aplicação.

³⁷ PRADO, *op. cit.*, p 133.

³⁸ *Idem*.

³⁹ (*op. Cit.*) Na pesquisa também foi indagado aos cidadãos franceses sobre as qualidades essenciais de um magistrado; a honestidade, integridade imparcialidade e respeito à lei foram estabelecidos como critérios mais importantes. Livre tradução. *Conseil Supérieur de la Magistrature. Les français et leur justice. Restaurer la confiance. Conseil Supérieur de la magistratura.* Paris, France: *La documentation Française*, 2008.

quer dizer que o juiz, nesse sistema, “assujeita as coisas”,⁴⁰ passa a ser o controlador da operância do poder. Então, pela análise “lógica” que o julgador faz dos fatos, continuamos chafurdados no modelo “decisionista”, em que o ato de julgar é um puro ato de vontade.⁴¹

Quando nos dispomos a tratar da legislação processual penal sob a ótica do garantismo constitucional, ainda outra indagação vem à tona. Por que ainda boa parte da cadeia jurídica, incluindo aí os tribunais superiores, insiste em guerrear com o sistema acusatório, ignorando sua eleição pela Constituinte de 1988? Por que ainda se sustenta a desobrigação de fundamentação na decisão que recebe uma inicial acusatória, sob o argumento de que se estaria diante de uma decisão interlocutória simples, sem conteúdo decisório?⁴²

Ora, o cidadão se vê na iminência de seguir conduzido ao banco dos réus e submeter-se a todos os tipos de vilanias que qualquer processo criminal, por mais simples que seja, implica, além de representar efetiva restrição a direitos e garantias; e o julgador, em pleno Estado Democrático de Direito, cuja previsão está presente na Carta de 1988, entende por bem tomar um perigoso atalho para fugir do dever imposto no art. 93 IX CF. Adite-se a circunstância sobre a inexistência de recurso cabível contra esse tipo de decisão, apenas restando para o denunciado a via estreita do *habeas corpus*, onde poderá - ou não - encontrar um magistrado que decida caminhar pela via da segurança jurídica democrática estabelecendo um nível de compreensão de dimensão constitucional.

Por outro lado, no campo das decisões cautelares (entre prisões processuais, buscas e apreensões), onde o gravame ainda é mais drástico para o indivíduo, a qualidade das manifestações judicantes demonstra tamanha fragilidade que faz assombrar até mesmo os sistemas jurídicos internacionais mais embrutecidos.⁴³ Os argumentos propostos são tão

⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. “O novo Código de Processo Penal e as ameaças do velho inquisitorialismo nas so(m)bras da filosofia da consciência”. Processo penal. Constituição e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p.445.

⁴¹ STRECK, Lênio. **Hermenêutica jurídica (em) crise**. *Op.cit.*, 2011, p. 367. Não é possível conceber, assim, que em pleno regime democrático ainda tenhamos que submeter direitos fundantes, inscritos na Carta de 88, a discricionariedades *strong sense* que não estão cobertas pela autoridade do direito.

⁴² 2. “A decisão que recebe a peça inicial acusatória prescinde de motivação. Precedentes. RHC 105431 / GO/1ª. T RHC 105431; GO. ROC HC: 02/08/2011 / “A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que a decisão que recebe a denúncia prescinde de fundamentação” (HC 93.056/PE, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 089, 14.05.2009. HC 161522 / SP/HC/2010/0020417-4. “O Superior Tribunal de Justiça, perfilhando-se ao posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, consagrou o entendimento de inexigibilidade de fundamentação material do despacho de recebimento da denúncia, em virtude de sua natureza interlocutória”. “O entendimento firmado por esta Corte Superior é no sentido de que, em regra, é desnecessária fundamentação complexa na decisão que recebe a denúncia, porquanto o referido ato é classificado como despacho meramente ordinatório, não se submetendo, portanto, ao disposto no artigo 93, inciso IX da Constituição Federal”. HC 145560. /RN HC2009/0165727-7.

⁴³ JFRJ: HC 5051. 2007.02.01.003968-7. "Tendo em vista os indícios de autoria e prova de materialidade dos fatos claramente explicitados na denúncia oferecida, bem como pelo farto material probante contido nos autos do inquérito policial, DECRETO a prisão preventiva dos acusados “AP, YL, RD, RJ, MC, JCP, VM, MT e LJ” **com fundamento no art. 312 do Diploma Processual Penal Brasileiro, já que presentes seus fundamentos**".

irrazoáveis que põem em dúvida a imparcialidade do julgador e seu (des)conhecimento a respeito do sentido da democracia. Enquanto isso, na vanguarda das discussões de cunho democrático, a filosofia hermenêutica avança, demonstrando outras nuances interpretativas dispostas na Constituição, cujo tema foi bem sublinhado por Streck, quando disse que “não se pode fazer uma leitura rasa do art. 93 IX CF”. Em outra estrada, parcela da nossa literatura processual penal e magistrados continuam a proceder nos velhos moldes do inquisitorialismo ardente.

Seguindo nessa trilha, mesmo que o magistrado “resolva” atender o que preceitua a Carta Constitucional, ainda sim, é necessário remarcar que “explicitar o compreendido” não é colocar uma “capa de sentido” ao compreendido. O juiz não deve explicar aquilo que o convenceu. O julgador deve explicitar os motivos de sua compreensão, oferecendo uma justificção de sua interpretação, com o fim demonstrar como a interpretação oferecida por ele é a melhor para aquele caso e a mais adequada à Constituição, ou seja, “correta”.⁴⁴

Insistindo na sistemática comunicacional, ainda que se deseje dar celeridade às infrações menos graves, por exemplo, é necessário, dentro de um ambiente democrático, que os envolvidos sejam instados a falar.

No âmbito do Jecrim, a chamada justiça consensuada é, em tese, profilática; mas na prática pode ser bem traiçoeira, por força da própria engrenagem do sistema legal, que permite, automaticamente, a remessa de peças da polícia para a justiça criminal sem que ninguém, em regra, possa frear isso. Ademais, as formas “coativas” empregadas em face do autor do fato para que aceite a proposta de transação penal, não como escopo para pôr fim ao litígio e para a busca do consenso, mas baseado em estatísticas de “produtividade” e redução do espaço/custo financeiro de trabalho, constituem fenômenos corriqueiros, contrários à

Grifamos. Tal decisão originou HC distribuído para 2ª Turma do TRF/RJ -2ª Região, Rel. Marcelo Pereira da Silva que assim se manifestou: “é de se ver que o decreto judicial que acolheu o pedido ministerial e decretou a prisão preventiva do paciente carece da necessária fundamentação, uma vez que a mera justificção de que “presentes seus pressupostos” não preenche os requisitos legais de fundamentação específica ao caso concreto. Não bastasse isso, a decisão que a esta sucedeu, pela qual a denúncia foi recebida não traz nenhuma explicação dos motivos pelos quais a prisão preventiva deve ser mantida, apenas mencionando aquele juízo que “durante a realização dos interrogatórios decidirei a respeito da revogação da prisão dos acusados, que se encontram nessa situação. (...)” Não se encontra sequer no pleito ministerial às razões pelas quais o decreto prisional cautelar deveria ser acolhido, pois o MPF faz genérica menção aos pressupostos previstos no art. 312 do CPP”. A decisão emanada pela 2ª. Turma desaguou em novo HC: STF/HC 93.803-5/RJ. Dje 11.09.2008. Rel. Eros Grau: “Percebe-se claramente que a situação do paciente daquele habeas corpus foi agravado pelo despacho do juiz convocado do TRF 2ª Região. Este, **apesar de reconhecer a fragilidade do decreto prisional, diga-se de passagem, comum a todos os envolvidos, determinou ao juízo de origem que fundamentasse adequadamente a decisão, quando o certo seria conceder a liminar. Em outras palavras, viabilizou-se, em habeas corpus, de forma esdrúxula, a oportunidade de reformatio in pejus**”. Grifamos. Interessante artigo sobre decisões não fundamentadas, ver: ARNAUD. Revista Digital IAB, pgs. 59/74. Ano II. Nº 08 tomo I. Out/dez.2010.

⁴⁴ STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica (em) crise**. RS: Livraria do Advogado, 2011.

lógica do direito. Em termos de trâmite judicial, a baixa ofensividade dos delitos dessa competência é refletida no *animus* judicante e ministerial. A investigação para tais infrações, no que diz respeito ao *onus probandi*, por parte do órgão acusador, é mera circunstância; em nome do princípio da celeridade, aviltam-se direitos e a democracia perde espaço.

Para que esse estado de coisas não se perpetue e possamos conduzir-nos numa perspectiva do Estado de Direito, é vital que o Ministério Público assumira também a sua postura constitucional. Inclui-se nesse raciocínio o fato de que também não assiste razão para o juiz continuar a inquirir testemunhas no modelo inquisitivo, em confronto com o reformulado art. 212 CPP e diante das diretrizes marcadas pelo sistema acusatório. É dizer: “na gestão da prova o processo será acusatório, realmente se ela não couber ao juiz”.⁴⁵ De outra maneira o processo criminal estará fadado a petrificar-se num ambiente de dominação.

A propósito, em recente julgado, a 2ª Turma do STJ - neste caso, na contramão do sistema acusatório - negou provimento ao recurso ordinário interposto pelo Ministério Público Federal em face de inversão na ordem de perguntas formuladas às testemunhas, em contrariedade ao que alude o art. 212 do CPP. O órgão do Parquet Federal sustentava que a magistrada de 1º grau, ao elaborar suas perguntas, em primeiro lugar, teria afrontado os princípios do devido processo legal, do contraditório e da iniciativa daquele órgão para a ação penal pública.⁴⁶

⁴⁵ Neste sentido: STRECK, TRINDADE. “Em suma: a atuação do juiz deve se limitar àquela que lhe confere a Constituição e, para isso, é imprescindível que o Ministério Público assumira a tarefa que lhe foi constitucionalmente atribuída. (...) Os juristas preocupados com a democratização das relações sociais vêm apostando há décadas na implementação de um sistema acusatório no âmbito do processo penal. Esse processo de convencimento dos legisladores por vezes gera frutos interessantes e alvissareiros, como foi o caso da alteração do art. 212 do CPP. Não importa, aqui, a vontade do legislador ou a sua intenção, discussão essa já superada há muito. O que importa é que ficou estabelecido que o juiz não pode mais inquirir as testemunhas nos moldes como vinha procedendo. Se assim o fizer, o processo é nulo! Chegou o momento de o Ministério Público e a advocacia dizerem a que vieram. A produção da prova é tarefa desses sujeitos processuais. Não parece que a nova redação do art. 212 do CPP seja inconstitucional. Logo, se não for inconstitucional ou não estiver em antinomia com outro dispositivo que a afaste, parece razoável que se possa não apenas requerer, mas, sim, “exigir” que o Poder Judiciário aplique a lei processual, uma vez que o cidadão tem um direito fundamental a uma resposta adequada à Constituição (STRECK, *Verdade e consenso*, *op. cit.*). **Produção de prova cabe ao MP e à defesa.** Disponível em [HTTP:// www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br)

⁴⁶ Cf. RHC/DF 110623. 2ª. Turma STF. Dje 23/03/2012. rel. Min. Ricardo Lewandowski, 13.3.2012. A 2ª Turma negou provimento a recurso ordinário em habeas corpus no qual se pretendia fosse anulada audiência de instrução e julgamento em razão da inversão na ordem de perguntas formuladas às testemunhas, em desconformidade ao que dispõe o art. 212 do CPP. **O Ministério Público Federal, então recorrente**, sustentou, em suma, que: a **magistrada de 1º grau, ao elaborar suas perguntas em primeiro lugar**, teria afrontado os princípios do devido processo legal, do contraditório e **da iniciativa daquele órgão para a ação penal pública**, além de causar constrangimento ilegal na liberdade de locomoção dos réus. Afirmou, ainda, que: “não merece guarida a exigência de comprovação de eventual prejuízo, que se mostra, nesse ponto, presumível, confundindo-se, até mesmo, com o interesse recursal”. O entendimento, porém daquela Corte foi no sentido de que “para o reconhecimento de eventual nulidade, ainda que absoluta, faz-se necessária a demonstração do prejuízo por essa pretensa inversão no rito inaugurado por alteração no CPP, o que não teria ocorrido”. Grifamos.

Outra circunstância que desnatura a percepção de um processo penal democrático: a oitiva de testemunhas. Ora, se a lei dispõe que as testemunhas não devem ouvir o que as demais declaram, então, é intuitivo que a marcação de nova data dividindo a coleta de prova testemunhal é aviltante, pois é perceptível que um dos futuros depoentes poderá ter acesso às declarações dos que já depuseram; e outros não.⁴⁷ Ou seja, nova desigualdade processual.⁴⁸ Nesse e em outros inúmeros casos, a posição do juiz frente à lei deve ser a de total observância. A uma, porque assim dispõe a lei processual penal (art. 210 do CPP e seu parágrafo); a duas, porque a recente “reforma” processual (Lei 11.719/2008), estreitando a via procedimental - embora criticável -, foi amparada pela constituição democrática vigente e prevê a realização monofásica concentrada da audiência de instrução e julgamento.⁴⁹

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das considerações expostas, o que se postula frente aos processos penais a que são submetidos os acusados é a aplicação integral dos princípios basilares constitucionais. Que seja observado estritamente o princípio da legalidade, espaço onde se inicia a construção do modelo garantista.

O judiciário, arquétipo da veste talar, despojado de suas máscaras e rituais, e os demais atores processuais, parece ainda não terem descoberto inteiramente o sentido da democracia. E esse é o verdadeiro perigo. O perigo de se despejar todos os desejos e anseios de justiça naqueles que ainda carecem de conteúdo e sentido democrático. Contudo, é de se creditar as honrarias naqueles vários homens e mulheres que fazem do seu mister judicante a via do agir comunicativo do consenso e do bom senso, cuja base é o respeito ao outro, observando e dando tratamento adequado ao sistema acusatório estabelecido pela Constituição democrática de 1988.

⁴⁷ Cf.: TJR, proc. nº131223/08: “*Presentes* as testemunhas “XXX”. “**Ausente a testemunha “Y”**. “Aberta a audiência (...) **Foram ouvidas as testemunhas XXX**.” “**Pelo Ministério Público foi dito que insistia na oitiva da testemunha “Y”**.” “**Designo audiência em continuação** para dia 14 de julho”. (...)”. Grifamos.

⁴⁸ Cf. HASSEMER ressaltando o fato de que “em um processo penal, o qual descarta do princípio da legalidade, desperta, quando seus pressupostos não são bem definidos, a impressão de desigualdade, inconseqüência e possivelmente até engano”. **Direito Penal Libertário**, Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 50.

⁴⁹ Vale a pena a leitura de Antoine GARAPON. O autor resalta ser mais fácil em um país aceitar uma reforma em seu Código Penal (direito substancial), frente ao procedimental. Salienta ainda que a França é dotada de um novo código penal, mas não evoluiu quanto ao seu processo penal. Livre tradução. *La France s’est dotée d’un nouveau Code pénal mais n’est toujours pas parvenue à faire évoluer sa procédure pénale*. **Bien Juger. Essai sur le rituel judiciaire**. Paris. France: 2001. Odile Jacob, p. 150. As leis penais, em geral, possuem maior aceitação pela sociedade - e não é diferente no Brasil - pois ainda se estimula o “mito” de que o direito material (prevendo crime e sanções) resolverá o problema da criminalidade. Do outro lado da balança está a ideia - equivocada - que o direito procedimental (instrumental), é complacente e permissivo.

Então, diante dessas linhas reflexivas traçadas, como garantir um juízo “asséptico” que resista aos solipsismos e subjetividades alçadas pela filosofia do sujeito? Como a aplicação de um direito pode ser feita de maneira interna e fundamentada racionalmente no plano externo, de modo a garantir a segurança jurídica e a legitimidade?

Para que o processo penal se imunize das interferências de toda ordem, é necessária uma série de técnicas que objetivem esse saneamento. Contudo, como se afirma no campo da interpretação do direito em terras brasileiras, não houve a necessária invasão da filosofia pela linguagem, na qual o jurista ainda trabalha com as conformações da hermenêutica clássica. A linguagem, para alguns juristas, é recebida como uma terceira coisa que se interpõe entre um sujeito cognoscente (o jurista) e o objeto (o direito) a ser conhecido.⁵⁰

Por outro lado, um processo de responsabilidade reflexivo é imprescindível. A assimilação de “responsabilidade” como um conceito-base ajuda a compreender as mudanças na sociedade moderna, e é possível estender o modelo que deve ser assumido por todos os atores processuais. Na visão habermasiana, na perspectiva dos destinatários, a relação jurídica não leva em conta a capacidade das pessoas em ligar sua vontade através de ideias normativas; atribui a elas apenas a capacidade de tomar decisões teleológicas, ou seja, liberdade de arbítrio.⁵¹ Então, reconhece-se que o direito passa a se apresentar como uma “máscara protetora”⁵² para essas pessoas que desejam agir de modo autêntico e responsável.

Assim, é na linguagem que se instaura a ação, do mesmo modo que é na linguagem que se estabelece o sentido. A linguagem serve como garantia democrática, uma vez que a própria democracia pressupõe a compreensão de vários interesses e o alcance do consenso. Nesses casos, e em quase todos os outros, a linguagem tem função especial, mas ela deve ser clara e acessível (*Everything that you can be said, can be said, clearly.* Wittgenstein), de maneira a não ser utilizada como ação estratégica. A dialética comunicacional de responsabilidade/imputação que se almeja democrática no ambiente processual penal, onde as interações se interligariam, deve pressupor alcançar “procedimentos de entendimentos não violentos”.

Ao oferecermos e propalarmos nossa linguagem teórica do que é e para que serve a democracia a todos os cidadãos, não seria a hora de fazermos, aí sim, uma autoconsciência individual e iniciarmos – cada qual –, munidos com o *script* democrático da Constituinte de

⁵⁰ STRECK. *Idem*, p. 223, 341.

⁵¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre facticidade e validade**. Vol. 1. Rio de Janeiro: BTU, 2010, p. 148.

⁵² ARENDT, H. *Apud*. HABERMAS. Vol.1.p. 148.

1988, um saneamento ético dentro do teatro jurídico? Transformar as reflexões teóricas em aplicações verdadeiramente práticas, iniciadas a partir dos atores processuais e seus papéis públicos, pois, de certa forma, cada um representa e protagoniza a realidade e os interesses do Poder Penal?

Cientes de que o assunto não se esgota nessas perspectivas até aqui apresentadas, encostaríamos a porta dessas reflexões teóricas para que novas ferramentas possam ser utilizadas nas discussões em busca de um veraz processo penal democrático.

**

REFERÊNCIAS

CONSEIL SUPÉRIEUR DE LA MAGISTRATURE. *Les français et leur justice. Restaurer la confiance. Conseil Supérieur de la Magistrature. La documentation française. Paris: 2008.*

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Tradução. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

GUARAPON, Antoine. *Le Gardien de promesses: justice et démocratie. Paris/France: Odile Jacob, 1996.*

_____. *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire. Paris/France: Odile Jacob. 2001.*

GÜNTER, Klaus. (Org.). **Teoria da Responsabilidade no Estado Democrático de Direito.** Püschel, Flávia Portella. Machado, Marta Rodriguez de Assis. Rio de Janeiro: Saraiva, 2004.

_____. *Schuld und kommunikative Freiheit. Klostermann Vittorio Gmb H (January 31, 2005.*

HABERMAS, Jürgen: **Direito e democracia entre facticidade e validade.** Vols. I e II. Rio de Janeiro: BTU, 2003.

_____. **Agir comunicativo e ação destranscendentalizada.** Rio de Janeiro: BTU, 2002.

_____. **Consciência moral e agir comunicativo.** Rio de Janeiro: BTU, 2003.

_____. **A inclusão do outro:** estudo de Teoria Política. 3ª ed. São Paulo: Loyola, 2007.

HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal. Bosch, 1984.*

_____. **Direito Penal Libertário,** Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

LOPES, Aury Jr. **Direito Processual penal e sua conformidade constitucional.** V. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

KINDHHÄUSER, Urs, MAÑALICH, Juan Pablo. **Pena y culpabilidade**. Buenos Aires: IBde F, 2009.

NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares. **Lealdade processual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PRADO, Geraldo. **Em torno da jurisdição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SAFRANSKI, Rüdiger. **Schopenhauer e os anos mais selvagens da filosofia**. São Paulo: Geração, 2011.

STRECK, Lênio, **Hermenêutica (em) crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do direito. RS: Livraria do advogado, 2011.

_____. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** 2ª ed. RS: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas; da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. RS: Livraria do Advogado, 2010.

_____. “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**. Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. (Org.) Gilson Bonato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.445.

_____. **Ativismo judicial não é bom para a democracia**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br>> Acesso em 28/04/2011.

_____. TRINDADE, André Karam. **Produção de prova cabe ao MP e à defesa**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br>> Acesso em 10/05/2011.