

# Novo Código de Processo Penal

## O problema dos sincretismos de sistemas (inquisitorial e acusatório)

Lenio Luiz Streck

### Sumário

1. Considerações propedêuticas. 2. O sistema acusatório – uma necessidade. 2.1. Alguns aspectos tópicos. 2.2. De como, na linha do que acima foi exposto, até mesmo no plano formal o Anteprojeto adotou apenas em parte o modelo (sistema) acusatório. 3. À guisa de considerações finais.

#### 1. Considerações propedêuticas

Historicamente, confundimos a função do direito penal com a função do processo penal. Não raras vezes vemos brasileiros das mais variadas classes – e estamentos<sup>1</sup> sociais – bradarem contra a impunidade,

<sup>1</sup> Refiro-me a estamentos a partir de *Os Donos do Poder*, de Raimundo Faoro, que bem nos mostra que, em determinadas circunstâncias, o Brasil é ainda pré-moderno. Temos uma sociedade de estamentos, que “ficam de fora” da classificação tradicional de classes sociais. Nas palavras de Faoro (1995, p. 824): “sobre a sociedade, acima das classes, o aparelhamento político – uma camada social, comunitária embora nem sempre articulada, amorfa muitas vezes – impera, rege e governa, em nome próprio, num círculo impermeável de comando. Esta camada muda e se renova, mas não representa a nação, senão que, forçada pela lei do tempo, substitui moços por velhos, aptos por inaptos, num processo que cunha e nobilita os recém-vindos, imprimindo-lhes os seus valores”. Há, assim, brasileiros “diferentes” de outros brasileiros, circunstância reconhecida pela mais alta autoridade da nação recentemente, ao sugerir que o Ministério Público, antes de denunciar alguém, examine antes o seu *curriculum*. Veja-se essa questão “estamental” na previsão, no Anteprojeto do CPP, da figura do “assistente de acusação”.

Lenio Luiz Streck é Doutor em Direito (UFSC); Pós-Doutor em Direito (Universidade de Lisboa); Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS; Procurador de Justiça-RS.

colocando a culpa no “excesso de garantias” proporcionado pelo Código de Processo Penal, que, para quem não sabe, é da década de 40 do século XX.

Pois bem: o problema da impunidade estaria aonde? Na verdade, nem no Código Penal, nem no Código de Processo Penal. A crise do sistema de combate à criminalidade possui dimensões estruturais, funcionais e individuais. Uma sociedade complexa, na qual nem mesmo os direitos formais-burgueses – provenientes da primeira dimensão de direitos fundamentais – são respeitados, não pode colocar as suas apostas na “boa” legislação. Como se sabe, as tentativas de “aprisionar” o direito no interior de conceitos – como se a razão teórica pudesse ter uma vida autônoma, separada de modo como lidamos com o mundo, nossas escolhas, etc. (razão prática) – fracassaram de forma retumbante. Autoritarismos, duas grandes guerras e ditaduras: *esses foram o resultado da “pureza do direito”*. Conceitos sem mundo prático: definitivamente, o positivismo fracassou.

O direito não é um dicionário recheado de conceitos. Na verdade, pensá-lo como uma “lexicografia” é vê-lo tropeçar no primeiro vendedor de picolés (vejamos: se um contrato exige objeto lícito, partes maiores e capazes, livre vontade, o que dizer da venda de um picolé para uma criança de oito anos?; e o que dizer do direito penal, nas coisas mais mezinhas ainda não resolvidas pelos juristas, como o furto de bagatela?).

Peculiaridades e curiosidades à parte, construímos, especialmente a partir da CF/88, um conjunto de garantias processuais-penais que colocam o Brasil na vanguarda da preservação dos direitos fundamentais. Com efeito, os prazos para o exercício da ação penal e da prisão cautelar, a publicidade das decisões, a garantia da não-culpabilidade – para falar apenas de alguns dos aspectos importantes – não encontram similar em muitos países de primeiro mundo (p.ex., enquanto no Brasil o prazo para a prisão preventiva não ultra-

passa os cem dias, em países como a Itália, Portugal, Espanha e Alemanha esse prazo pode se estender até três anos). Claro que há diferenças, como as condições da prisão e a desigualdade no tratamento dos pobres. Mas é inexorável que isso ocorra em uma sociedade ainda “estamental”.

Mas, apesar dos avanços, o Código de Processo Penal sofre de um vício estrutural, que lhe acarreta um grave prejuízo na sua função: *o de estar visceralmente refém do sistema inquisitivo*. Isso se pode perceber no modo como a denúncia é recebida – embora as recentes alterações – e a *produção/gestão da prova* (o que inclui a apreciação do “produto final”, por intermédio do “livre convencimento do juiz”), para falar apenas nestes dois aspectos.

No que tange especificamente ao problema da gestão da prova é de se consignar que boa parte da doutrina brasileira 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, mas não em superá-los. Há certo consenso no sentido de que o modelo da livre apreciação da prova seria “mais democrático” (*sic*) que o modelo da prova legal, uma vez que, nesse último, o juiz e as partes ficariam reféns de uma hierarquia valorativa das prova estipulada pela própria lei – pelo legislador, portanto – enquanto que, no sistema do livre convencimento, há uma maior liberdade de conformação por parte do juiz que pode “adequar” (*sic*) a avaliação da prova às circunstâncias concretas do caso. Desse modo, vem à tona a conclusão – precipitada – de que o modelo da livre apreciação da prova seria aquele que se amoldaria melhor ao processo penal acusatório. Todavia, não deixa de ser instigante o fato de que seja exatamente a livre apreciação da prova o argumento utilizado por inúmeras decisões para justificar a condenação com base em provas colhidas durante o inquérito policial. Ora, no contexto de um processo

regido pelo sistema acusatório, é comezinho que o conjunto probatório produzido na fase inquisitorial não tem força para gerar a condenação do acusado, visto que, nesta fase, não há nem efetivo contraditório e nem uma efetiva fiscalização da produção das provas por parte do Estado-juiz. E isso não é assim simplesmente porque exista uma determinação da legal que obrigue a isso, mas sim porque a tradição que se estabelece em torno do sistema acusatório aponta para esse sentido. Portanto, 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 o impulso oficial: o juiz*. Pois não há democracia onde haja poder ilimitado. 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.

Esse problema estrutural decorre de outro problema paradigmático: o atrelamento da concepção de direito (ainda dominante) aos paradigmas aristotélico-tomista e da filosofia da consciência. Assim, se, de um lado, os juízes ainda acreditam na possibilidade da busca da verdade real (*sic*) – como se existissem essências (sim, existe ainda parcela considerável de juízes – doutrinadores, é claro – que acredita nisso!); ao mesmo tempo, tomam para si a condução da prova no processo, como se a produção da prova pudesse ser gerida a partir de sua consciência (atenção: consciência entendida no sentido do paradigma da filosofia da consciência). Ora, por detrás desse “vício de origem” está a velha discricionariedade, que, não por acaso, é *o que sustenta outro inimigo do direito democrático: o positivismo jurídico*.

Adicione-se ao sistema inquisitorial uma boa dose de discricionariedade – fruto do sujeito solipsista da modernidade – e teremos, apesar da Constituição democrática e dos avanços *ad hoc* (“regionais”, no sentido

filosófico da palavra), um *direito processual penal ainda autoritário*. E, ao que parece, é para isso que queremos reformá-lo. Vamos, pois, a isso!

## 2. O sistema acusatório – uma necessidade

Discutir o “sistema acusatório” é discutir paradigmas. Mais do que isso, é tratar de *rupturas paradigmáticas*. É preciso entender que o “sistema inquisitorial” está ligado umbilicalmente ao paradigma da subjetividade, isto é, do esquema sujeito-objeto.<sup>2</sup> No sistema inquisitorial, 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” e ou “livre apreciação da

<sup>2</sup>O esquema sujeito-objeto está relacionado ao paradigma da filosofia da consciência. É esse “esquema” que sustenta o sujeito de qualquer relação cognitiva. *É improvável ou extremamente difícil que o jurista/pesquisador/operador possa vir a entender o imbróglio decorrente do debate “sistema inquisitivo-sistema acusatório” sem compreender esse “problema filosófico.”* A cultura estandarizada que permeia o direito, embora já tenhamos avançado nesse campo, continua a olhar a filosofia de soslaio, como se esta fosse um mero adereço ou adorno da ciência jurídica. Daí a minha insistência em ancorar a presente discussão na *evolução dos paradigmas filosóficos e a superação da filosofia da consciência pelo giro linguístico-ontológico*. Quem melhor explicou essa problemática foi Heidegger, para quem, de Descartes à Husserl, o sujeito da subjetividade “imaneente” é o ponto comum que atravessa a metafísica moderna. Esse sujeito é o *Selbstsüchtiger* (“solipsista”, que quer dizer egoísta, que se basta, encapsulado). É ele que se “encarrega” de fazer a “inquirição”. E a verdade será a que ele, o “sujeito”, *estabelecerá a partir de sua consciência*. Essa consciência é a “consciência de si”. O “eu mesmo” é dado de modo imediato. É como se o sujeito (desse “esquema” S-O) possuísse “representações exatas” da realidade. O “inquiridor”, com o seu “estar certo” (ter a representação “exata”) *dispensa a pergunta pelo sentido*. Daí a pergunta: por que é tão difícil relacionar o que foi dito com as mazelas que decorrem do inquisitorialismo? Antes de mais nada, sugiro, para começar a discussão, que desconfiemos da frase “eu julgo conforme a minha consciência”. Não há democracia e igualdade no âmbito de qualquer inquirição. Trata-se de uma impossibilidade filosófica-paradigmática.

prova". 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* nos casos de regras (textos legais) que contenham vaguezas e ambiguidades e nas hipóteses dos assim denominados *hard cases*?<sup>3</sup> 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.

Consequentemente, é possível afirmar que o sistema acusatório é o modo pelo qual a *aplicação igualitária do direito penal penetra no direito processual-penal*. 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 colocar-

<sup>3</sup> Aqui me permito remeter o leitor ao meu *Verdade e Consenso*, em especial a 3ª Edição (Lúmen Júris, 2009), em que deixo claro que a cisão entre casos fáceis (*easy cases*) e casos difíceis (*hard cases*) é uma arrematada ficção! Do mesmo modo, não existem regras "claras". Uma regra só é clara quando nos colocamos de acordo com o seu sentido. Quando alguém discorda, já não é mais "tão clara assim". Também deixo delineadas minhas críticas à distinção estrutural entre regras e princípios. Princípios não "abrem" a interpretação, ao contrário do que se diz no senso comum. Na verdade, princípios "fecham" a interpretação.

mos o "livre convencimento", retornaremos ao inquisitorialismo.

Portanto, trata-se de delinear qual é o papel do juiz. De se notar: a questão paradigmática à qual me refiro aparece a todo momento e, para isso, trago à colação decisão do Supremo Tribunal Federal – veja-se o aspecto simbólico de uma decisão desse jaez – que, por uma de suas Turmas, por maioria de votos, indeferiu *habeas corpus* (no. 93.157, de 23.09.2008) em que se alegava falta de demonstração da urgência na produção antecipada de prova testemunhal de acusação, decretada nos termos do art. 366 do Código de Processo Penal, ante a revelia do paciente/réu. O STF deixou assentado que *a determinação de produção antecipada de prova está ao alvedrio do juiz, que pode ordenar a sua realização se considerar existentes condições urgentes para que isso ocorra*. Observe-se a imbricação entre o sistema inquisitório e a filosofia da consciência (questão paradigmática, pois): a determinação de produção antecipada de prova fica a critério (*discricionariedade, livre apreciação*, para dizer o menos) do juiz. O Min. Lewandowski votou vencido, concedendo a ordem, porque vislumbrou ofensa ao dever de fundamentar as decisões judiciais e às garantias do contraditório e da ampla defesa, uma vez que a decisão que determinou a produção de prova esteve "fundamentada" tão-somente no fato de o paciente não ter sido localizado (nas palavras do Ministro, "a decisão fora determinada de modo automático").

Apenas o voto vencido está fundado no sistema acusatório. Os votos vencedores apenas fortalecem o protagonismo judicial, apostando na "boa escolha" – discricionária – do magistrado. Como contraponto, penso que, quando a lei estabelece que *o juiz pode determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes*,<sup>4</sup> sua decisão deverá

<sup>4</sup> Registre-se, aliás, que o Anteprojeto praticamente reproduz o atual art. 366 (provas consideradas urgentes). Portanto, *de nada adiantará um novo CPP se o juízo sobre a "urgência" fica ao "alvedrio do juiz"*. Veja-se,

estar fundamentada/justificada com todos os detalhes, além de passar pelo crivo do contraditório e da ampla defesa, como bem frisou o voto vencido. Além disso, a urgência deve ser considerada levando em conta toda a história institucional das decisões anteriores que tratam dessa temática, respeitando a coerência e a integridade. “Provas consideradas urgentes” não é um enunciado assertórico. A “proposição jurídica” só terá sentido em cada caso concreto. A aplicação automática do dispositivo (tabula rasa) abre espaço para a decisão que o juiz julgar mais conveniente. E isso é reforçar o “subjetivismo/discricionarismo” dos juízes.<sup>5</sup>

Fica claro que um processo penal 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.

### 2.1. Alguns aspectos tópicos

Nessa linha, é relevante que se examine alguns pontos do Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal que tramita no Congresso Nacional, fruto de intenso trabalho da Comissão nomeada para esse fim:

#### 2.1.1. A formação da prova e o “livre convencimento” – um claro resquício (ou aposta) na discricionariedade positivista.

O art. 165 do anteprojeto estabelece que o juiz formará livremente o seu convencimen-

---

aqui, a relação entre o “novo” texto e o “velho” texto e de como o novo poderá se tornar velho a partir de uma interpretação que coloque o solipsismo judicial no topo da condição de sentido.

<sup>5</sup> Lembremos, por relevante, que a fundamentação/justificação/motivação das decisões é um direito fundamental do cidadão (aliás, assim considerado pelo TEDH; Sentenças de 9.12.1994 TEDH 1994, 4, Ruiz Torija e Hiro Balani-ES, parágrafos 27 e 29; de 19.02.1998 TEDH 1998,3, Higgins e outros - Fr, parágrafo 42; e de 21.01.99 TEDH 1999,1, Garcia Ruiz-ES. No mesmo sentido, ressalte-se a posição do Tribunal Constitucional da Espanha (sentença 20/2003, de 10 de fevereiro)

to com base nas provas submetidas ao contraditório. 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*. Trata-se da questão fulcral no campo da teoria do direito: a teoria da validade e de como se decide. Em outras palavras: livre convencimento quer dizer o quê?

*Validade* foi, sem dúvida nenhuma, a expressão de ordem das teorias do direito surgidas na primeira metade do século XX. Através deste termo se queria apontar para as possibilidades de determinação da verdade de uma proposição produzida no âmbito do direito. Ou seja, no contexto das teorias do direito que emergiram nesta época, a preocupação estava em determinar as condições de possibilidade para a formação de uma *ciência jurídica*. Assim, entendo que, para se pensar em uma ciência jurídica, primeiro é preciso estar de posse de um contexto de significados que nos permitam dizer a conexão interna que existe entre *verdade e validade*.

Para o positivismo de matriz kelseniana, o vínculo entre verdade e validade se dava da seguinte maneira: a validade é atributo das normas jurídicas, enquanto prescrições objetivas da conduta; ao passo que a verdade é uma qualidade própria das proposições jurídicas que, na sistemática da Teoria Pura do Direito, descrevem – a partir de um discurso lógico – as normas jurídicas. Ou seja, novamente estamos diante da principal operação epistemológica operada por Kelsen, que é a cisão entre Direito e Ciência Jurídica. O Direito é um conjunto sistemático de normas jurídicas válidas; enquanto a Ciência Jurídica é um sistema de proposições verdadeiras (KELSEN, 1985, p. 78 e ss.). Disso decorre o óbvio: *normas jurídicas* ou são *válidas* ou *inválidas*; *proposições jurídicas* são *verdadeiras* ou *falsas*.

A aferição da validade é feita a partir da estrutura supra-infra-ordenada que dá suporte para o escalonamento das normas jurídicas. Desse modo, uma norma jurídica só será *válida* se puder ser subsumida a outra – de nível superior – que lhe ofereça um fundamento de validade. Assim, a sentença do juiz é válida quando pode ser subsumida a uma lei – em sentido lato –; e a lei é válida porque pode ser subsumida à Constituição. Já a validade da Constituição advém da chamada *norma hipotética fundamental* que, por sua vez, deve ter sua validade pressuposta. Assim, Kelsen oferece a tautologia como forma de rompimento com esta cadeia de fundamentação: a norma fundamental hipotética é porque é, por isso se diz que sua validade é pressuposta.<sup>6</sup>

Ocorre que a relação de validade – que autoriza a aplicação da norma, fundamentando-a – não comporta uma análise lógica na qual a pergunta seria por sua *verdade* ou *falsidade*. Como afirma Kelsen (1985, p. 83 e ss.): “as normas jurídicas como prescrições, isto é, enquanto comandos, permissões, atribuições de competência, não podem ser verdadeiras nem falsas” *porque elas são válidas ou inválidas* – acrescentei. Desse modo, indaga: como é que princípios lógicos como a da não-contradição e as regras de conclusão do raciocínio, podem ser aplicados à relação entre normas? A resposta de Kelsen (1985, p. 82) é a seguinte: “os princípios lógicos podem ser, se não direta, indiretamente aplicados às normas jurídicas, na medida em que podem ser aplicados às proposições jurídicas que descrevem estas normas e que, por sua vez, podem ser verdadeiras ou falsas”. É dessa maneira que Kelsen liga verdade e validade, pois, no momento em que as proposições que descrevem as normas jurídicas se mostrarem contraditórias, também as normas descritas o serão e a determinação de qual proposição é a

verdadeira, por consequência, determinará qual norma será igualmente válida.

Já no chamado “positivismo moderado” de Herbert Hart, algumas diferenças são notadas. No que tange ao predomínio da determinação da *validade* com critério absoluto para determinação de fundamento do direito, não há grandes dessemelhanças. Porém, é na forma como Hart formula o fundamento do ordenamento jurídico que as divergências entre o seu modelo teórico e aquele fornecido por Kelsen aparecem com maior evidência. Com efeito, vimos que Kelsen resolve o problema do regresso ao infinito de seu procedimento dedutivista para determinação da validade com uma tautológica norma hipotética fundamental. Ou seja, ele se mantém no nível puramente abstrato da cadeia de validade de seu sistema e resolve o problema do fundamento neste mesmo nível, a partir de uma operação lógica.

Já Hart usará outro expediente para resolver o problema do fundamento. Na sua descrição do ordenamento jurídico, identificará a existência de dois tipos distintos de *regras* (normas): as primárias e as secundárias. As chamadas regras primárias são aquelas que determinam direitos e obrigações para uma determinada comunidade política. Tais regras seriam aquelas que estabelecem o direito de propriedade, de liberdade, etc. Já as regras secundárias são aquelas que autorizam a criação de regras primárias. Neste caso, uma regra que estipule como deverão ser feitos os testamentos é um exemplo de uma regra secundária e todas as regras que criem órgãos, estabeleçam competências ou fixem determinados conteúdos que deverão ser regulados concretamente pelas autoridades jurídicas também são consideradas regras secundárias. Portanto, o que determina a validade do direito em Hart é a compatibilização – dedutivista, evidentemente – das regras que determinam obrigações (primárias) com as regras secundárias (HART, 1996, p. 89 e ss.).

<sup>6</sup> Para uma crítica pormenorizada ao problema do fundamento e a *Grundnorm* kelseniana, consultar STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

Hart afirma que em sociedades menos complexas – sendo que por sociedades menos complexas devem ser entendidas todas aquelas que antecedem a modernidade –, não existiam regras secundárias desenvolvidas com a sofisticação que encontramos em nosso contexto atual. Neste caso, estas sociedades primitivas baseavam suas regras de obrigação apenas em critérios de *aceitação*. Como afirma Dworkin (2002, p. 32, grifo nosso), “uma prática contém a *aceitação* de uma regra somente quando os que seguem essa prática reconhecem a regra como sendo obrigatória e como uma razão para criticar o comportamento daqueles que não a obedecem”. Nos modernos sistemas jurídicos, toda fundamentação do direito depende da articulação do conceito de *validade*. No entanto, há uma única regra – que Dworkin chama de “regra secundária fundamental” – que rompe com a necessidade de demonstração da validade e se baseia em critérios de *aceitação* para determinação de seu fundamento: trata-se da chamada *regra de reconhecimento*. Em síntese: a regra de reconhecimento está para Hart assim como a norma hipotética fundamental está para Kelsen. Só que, ao contrário de Kelsen, para Hart (1996, p. 121), “sua existência (da regra de reconhecimento – acrescentei) é uma questão de facto”.

Mas o que há de errado com os projetos positivistas de ciência jurídica? Com Heidegger, podemos dizer que esse conceito corrente de ciência (como um universo teórico de proposições válidas-verdadeiras) esconde um modo mais originário do fenômeno da verdade. Isso porque a verdade deve ser percebida já em meio à vida com o mundo prático e não reduzida ao universo teórico das ciências. Afinal, a própria verdade “teórica” das ciências é produto da interpretação projetada pela compreensão.

Portanto, *há algo anterior à verdade da ciência que, de certa forma, lhe é condição de possibilidade*. No caso do direito, o equívoco dos projetos positivistas está no próprio

recorte na totalidade do ente que tais teorias efetuam para caracterizar o estudo do fenômeno jurídico. Dito de outro modo, o modelo excessivamente teórico (predomínio da “razão teórica”) de abordagem gera uma espécie de *asfixia da realidade*, do mundo prático. Ou seja, o contexto prático das relações humanas concretas, de onde brota o direito, *não aparece no campo de análise das teorias positivistas*. Isso gera problema de diversos matizes. O fato de que nenhuma das duas teorias consegue resolver o problema da eficácia do sistema pode ser elencado com um destes problemas.

Para mim, entretanto, o principal problema aparece quando se procura determinar *como ocorre e dentro de quais limites deve ocorrer a decisão judicial*. O juiz decide por “livre convencimento”? Mas, *o que é isto “o livre convencimento”?* A decisão não pode ser, como critica Taruffo no campo processual, “o produto de um conjunto de imperscrutáveis valorações subjetivas, subtraídas de qualquer critério reconhecível ou controle intersubjetivo” (COMOGLIO, FERRI; TARUFFO, 1995, p. 623). Daí a minha indagação: de que adianta afirmar um novo modo de “gestão da prova” se o sentido a ser definido sobre o “produto final” dessa “gestão probatória” *permanece a cargo de um “inquisidor de segundo grau” que possui “livre convencimento”?*

Ora, é por essas razões que não creio que o velho (e atual) CPP e o Anteprojeto do que deverá ser o “novo” CPP *tenham passado perto dessa discussão filosófica*. 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 problema” do “livre convencimento”) *acabam gerando/possibilitando discricionariedades e arbitrariedades*.

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

satório. Neste caso, tanto faz, porque, com essa “delegação”, qualquer distinção entre os dois modelos desaparece. Veja-se, pois, a gravidade disso. É por isso que a questão é paradigmática. Ademais, pergunto: como justificar, legitimamente, uma decisão tomada pelo poder judiciário? Com métodos? Com fórmulas? Fazendo “ponderações”?<sup>7</sup> 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 análises.

Dizendo de outro modo – e venho insistindo nesse ponto – essa problemática da “validade da explicitação da compreensão” (portanto, da validade da interpretação e, portanto, da decisão) deve ser analisada a partir da destruição do método que é proporcionada por Gadamer. Com efeito, não há nisso um déficit de metodologia ou de racionalidade. Essa ruptura não significou um ingresso na irracionalidade ou no relativismo filosófico. *Muito pelo contrário!* Assim como a integridade está para a teoria dworkiniana, a hermenêutica está fundada na autoridade da tradição, que pode ser autêntica e inautêntica, além da importância do texto (que, em Gadamer, é um evento, como já demonstrei em *Verdade e Consenso*). Gadamer deixa claro que a ausência do método *não significa que se possa atribuir sentidos arbitrários aos textos*. Na medida em que a interpretação sempre se dá em um caso concreto, não apenas fica nítida a impossibilidade de cisão entre *quaestio facti* e *quaestio juris*. A hermenêutica não trata apenas da faticidade; ela não apenas explica como se dá o sentido ou as condições pelas quais compreendemos. Na verdade, por ela estar calcada na circularidade hermenêutica, *fato e direito se conjunam em uma síntese*, que somente ocorre, concretamente, na *applicatio* (lembramos sempre que não

<sup>7</sup> Despiciendo lembrar e isso já venho fazendo de há muito, em especial em *Verdade e Consenso* a umbilical ligação da ponderação alexyana com a discricionariedade.

se cinde conhecimento, interpretação e aplicação). Se interpretar é explicitar o que compreendemos, a pergunta que se faz é: essa explicitação seria o *locus* da validade? Fosse verdadeira essa assertiva, estaríamos diante de outro problema: o que fazer com a *quaestio facti*?

Numa palavra: a questão da validade reside na circunstância de que não podemos simplesmente confundir essa validade com uma espécie de imposição ontológica (no sentido clássico) nas questões com que se ocupam determinados campos do conhecimento científico. Também não podemos mais pensar a validade como uma cadeia causal sucessiva que tornaria verdadeiro um determinado conjunto de proposições jurídicas. *A validade é o resultado de determinados processos de argumentação em que se confrontam razões e se reconhece a autoridade de um argumento*.

E que fique bem claro que o reconhecimento da autoridade de um argumento não está ligado a uma imposição arbitrária (lembramos novamente do “livre convencimento”). Pelo contrário, a hermenêutica é incompatível com qualquer tipo de arbitrariedade (ou relativismo). Como afirma Gadamer (1999, p. 420) – ao proceder a reabilitação da *autoridade* da tradição: “o reconhecimento da autoridade está sempre ligado à ideia de que o que a autoridade diz não é uma arbitrariedade irracional, mas algo que pode ser *inspecionado principalmente*. É nisso que consiste a essência da autoridade que exige o educador, o superior, o especialista”. Em consequência, devemos primeiro compreender o problema da validade como uma questão que pode ser amplamente desenvolvida pela ciência e pela lógica. Mas não há dúvida de que aqui também reaparece um certo tipo de pressuposto que está sempre presente para produzir o campo comum de interação próprio para troca de argumentos.

É preciso entender que a hermenêutica (filosófica) – e Dworkin segue essa mesma reflexão – (re)valoriza a dimensão

prática da retórica oferecendo a possibilidade de instauração de um ambiente no qual os problemas da realidade são resolvidos concretamente, no interior desta mesma realidade, e não numa instância superior, de cunho ideal que, posteriormente, passa a ser aplicada por mimetismo à realidade. Note-se, por exemplo, que as críticas de que existe um excesso de abstração na teoria de Dworkin apresentam um equívoco de base: a orientação filosófica de Dworkin vai em direção a uma análise pragmática da realidade. Tal acusação poderia ser feita às teorias argumentativas e epistemoprocedurais, mas não a Dworkin ou à hermenêutica filosófica.

Em defesa de Dworkin – circunstância que pode ser estendida à hermenêutica filosófica – é preciso lembrar que, enquanto um procedimentalista como Habermas desonera os juízes da elaboração dos discursos de fundamentação (*Begründungsdiskurs*) – porque desacredita na possibilidade de os juízes poderem se livrar da razão prática (evitada de solipsismo) – ele (Dworkin) ataca esse problema a partir da responsabilidade política de cada juiz/intérprete/aplicador, obrigando-o (*has a duty to*) a obedecer à integridade do direito, evitando que as decisões se baseiem em raciocínios *ad hoc* (teleológicos, morais ou de política). Já aí se está diante de uma verdadeira blindagem contra “livres convencimentos”.

Insista-se: quando Dworkin diz que o juiz deve decidir lançando mão de *argumentos de princípio* e não de política, não é porque esses princípios sejam ou estejam elaborados previamente, à disposição da “comunidade jurídica” como enunciados assertóricos ou categorias (significantes primordiais-fundantes). Na verdade, quando sustenta essa necessidade, apenas aponta para os limites que devem haver no ato de aplicação judicial (por isso, ao direito não importa as convicções pessoais/morais do juiz acerca da política, sociedade, esportes, etc.; ele deve decidir por princípios). É preciso compreender que essa “blin-

dagem” contra discricionarismos é uma defesa candente da democracia, uma vez que Dworkin está firmemente convencido – e acertadamente – que não tem sentido, em um Estado Democrático, que os juízes tenham discricionariedade para decidir os “hard cases”.

Mas isso é assim – filosoficamente<sup>8</sup> – porque Dworkin compreendeu devidamente o problema do esquema sujeito-objeto, questão que, entretanto, não está devidamente esclarecida e compreendida pela teoria do direito. Exatamente por superar o esquema sujeito-objeto é que *Dworkin não transforma o seu “juiz Hércules” em um juiz solipsista* e tampouco em alguém preocupado apenas em elaborar discursos prévios, despreocupados com a aplicação (decisão). Hércules é uma metáfora, demonstrando as possibilidades de se controlar o sujeito da relação de objeto, isto é, com Hércules se quer dizer que não é necessário, para superar o sujeito solipsista da modernidade, substituí-lo por um sistema ou por uma estrutura (*v.g.*, como fazem Luhmann e Habermas). Insista-se: a teoria dworkiniana, assim como a hermenêutica, por serem teorias preocupadas fundamentalmente com a *applicatio*, não desoneram o aplicador (juiz) dos *Begründungsdiskurs*

<sup>8</sup> Permito-me insistir na tese de que o direito é um fenômeno complexo e que não pode ficar blindado/imune às transformações ocorridas no campo da filosofia. Lamentavelmente, há setores da dogmática jurídica que teimam em “simplificar” o fenômeno jurídico, buscando transformar a doutrina em um conjunto de *prêt-à-porters* e frases com pretensões assertóricas (pergunte-se a um filósofo se é possível escrever sobre Aristóteles, Kant ou Heidegger de “forma descomplicada” ou “simplificada”...; pergunte-se a um cirurgião se é possível fazer um manual “descomplicado” acerca de como se faz uma operação cardíaca ou de transplante...; mas parece que o direito se transformou no *locus* privilegiado das simplificações, como se o jurista não estivesse inserido em um “modo de ser-no-mundo”, enfim, em um mundo que existe a partir de paradigmas de conhecimento). Entendo até mesmo que devemos superar a tese da existência da “filosofia do direito”; na verdade, a filosofia não é lógica e tampouco uma capa de sentido: é condição de possibilidade e, por isso, a necessidade de se pensar a “filosofia *no* direito”.

(discursos de fundamentação). E isso faz a diferença.

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, antes delineado.

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

Jurisprudência não significa simplesmente um conjunto de casos julgados. Um caso isolado, que tenha “quebrado” a sequência de decisões e que não tenha sido seguido provavelmente terá sido fruto de decisão arbitrária; do mesmo modo, a quebra sequencial, sem fundamentação, apenas com o dizer “neste caso não sigo a jurisprudência” *tem validade hermenêutica “zero”*. *Somente uma apurada justificação/fundamentação permite que se rompa a cadeia que forma a integridade do direito. A sanção para tal tipo de decisão é a nulidade, forte no art. 93, IX, da CF. E, na hipótese de aquele julgado ser seguido por outros, estes devem estar igualmente fundamentados à saciedade, uma vez que é direito fundamental dos participantes do processo*

terem conhecimento das razões pelas quais o Tribunal mudou seu entendimento acerca de determinado texto jurídico. Eis a co-originariedade/complementariedade entre a noção de princípio e a concreta realização da normatividade jurídica. Transporte-se essa questão para os casos de apreciação/julgamento/definição das provas apresentadas em uma ação penal e veremos as consequências...!

Dito de outro modo: é impossível falar em “sistema acusatório” se o próprio Código estabelece o “livre convencimento”. 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 à Wittgenstein. E não parece que o direito e os juristas queiram ser acusados também desse delito.

#### 2.1.2. *A indevida previsão e a falta de delimitação dos “embargos declaratórios”*

Esse problema é antigo e não poderia voltar acobertado pelo manto do novo Código de Processo Penal, nem em pleno Estado Democrático de Direito e do comando constitucional da igualdade, do contraditório e da fundamentação (este compreendido como direito fundamental). Efetivamente, os embargos declaratórios não se coadunam com a Constituição. Com efeito, a Constituição estabelece que todas as decisões devem ser fundamentadas/justificadas. Há, portanto, um dever fundamental de motivar/explicitar a decisão. O órgão decisor deve, pois, amplas explicações à sociedade. É o que se pode chamar de *accountability* processual-argumentativa. Consequentemente, uma sentença ou acórdão omissivo, dúbio, incompleto, *obscuro ou contraditório* é, antes de tudo, nulo, írrito, nenhum.

Transporte-se essa problemática para a previsão do projeto do CPP – seguindo o que o “velho” já diz – dos embargos de-

claratórios. Veja-se o art. 482, I, pelo qual “cabem embargos declaratórios quando *houver, na decisão, obscuridade ou contradição*”. Ora, se uma sentença deve sempre ser detalhadamente fundamentada/justificada/motivada (art. 93, IX da CF), de que forma podemos admitir que contenha *obscuridades ou contradições* (para ficar apenas nestes defeitos) *sem ser declarada nula*? O projeto implicitamente continua a admitir – por certo em face do “livre convencimento” – que possam existir decisões desse jaez.

Os embargos de declaração representam, assim, no plano simbólico, a admissão de que (um)a decisão possa ser até mesmo contraditória. Na prática cotidiana da operacionalidade do direito se sabe muito bem que as decisões que são “salvas” pelos embargos não são apenas obscuras ou contraditórias. São, efetivamente, deficientemente fundamentadas, naquilo que se deve compreender a partir do comando constitucional. Para se admitir os embargos declaratórios, é necessário um detalhado controle acerca do seu manejo. E não parece que o anteprojeto tenha se preocupado com esse detalhe.

Numa palavra: há que se entender que um dos fatores que desencadeou o caos do sistema jurídico foi a fragmentação das decisões judiciais. As súmulas vinculantes e os demais mecanismos de “amarração hermenêutica” *nada mais são do que uma espécie de “adaptação darwiniana” do sistema jurídico*. Se cada um decide como quer e se se permite que a fundamentação possa até mesmo ser *obscura ou contraditória*, o resultado é a multiplicação de demandas, enfim, o caos. Consequência: um “leviatã hermenêutico” (lembramos, evidentemente, para entender a metáfora, do precursor do Estado Moderno – Thomas Hobbes). Ora, decisões judiciais fundadas em meros enunciados (ementas jurisprudenciais) sem a necessária justificação já são, *per se*, nulas. A isso devemos agregar que parcela considerável das decisões já são nulas por esse aspecto e que nem sequer são objeto

de embargos, tudo em face de um senso comum que se forjou no âmbito da dogmática jurídica. Observe-se que uma decisão pode estar aparentemente fundamentada com um verbete; entretanto, se o verbete jurisprudencial não estiver contextualizado, a decisão sofre(rá) da mácula constitucional. Os embargos declaratórios são transformados, desse modo, *em um âlibi para salvar decisões nulas*. Além disso, ferem o princípio do contraditório e da igualdade, circunstância que assume maior gravidade se examinarmos a previsão do parágrafo primeiro do aludido art. 482, que admite “efeitos modificativos” aos embargos...!

Portanto, afigura-se-me inconstitucional a previsão dos embargos declaratórios *stricto sensu* e os embargos declaratórios com efeito modificativo (*sic*), por afronta ao art. 93, IX e art. 5º, LV, da CF. Sua expunção do anteprojeto fará com que as decisões judiciais *sejam como devem ser*: sem obscuridades e sem contradições. Simples, pois!

2.2. *De como, na linha do que acima foi exposto, até mesmo no plano formal o Anteprojeto adotou apenas em parte o modelo (sistema) acusatório*

Se, de um lado, o projeto busca homenagear o sistema acusatório, de outro, mantém o poder do juiz de decretar medidas, no âmbito cautelar, de ofício. Nesse sentido, não convence o argumento da exposição de motivos da Comissão, no sentido de que, afinal, compete, “em última análise, zelar pela efetividade da jurisdição”. Ainda: também poderá o juiz, de ofício, substituir a medida anteriormente imposta. A justificativa – e é claro que não expressa a unanimidade dos membros da Comissão – foi a de que se deve “evitar leituras radicais da extensão do princípio acusatório adotado” (grifei). Permito-me insistir em um ponto que está presente em toda a minha argumentação: a discussão tem um fundamento paradigmático, isto é, assumir “radicalmente ou não” o modelo acusatório somente terá sentido se essa

questão for albergada em uma teoria da decisão. Mais: se o princípio é adotado, ele “princípio tudo”. Princípios são padrões que devem ser seguidos. São, pois, deontológicos. Princípios não são “mandados de otimização” ou “capas de sentido”. Ou seja, ou se adota um princípio ou não se adota. Por isso, um modelo processual é como uma matriz teórica: sua adoção não admite sincretismos, mormente no caso em que se contrapõem dois modelos antitéticos: o inquisitismo, que coloca o *locus* de sentido na “cognição” de um sujeito (S-O), e o sistema acusatório, que desloca esse pólo de tensão para uma intersubjetividade, em que os sujeitos processuais são os protagonistas da produção da prova. De todo modo, essa “não radicalização” (*sic*) propalada na exposição de motivos assume relevância em outros pontos,<sup>9</sup> como será demonstrado na sequência.

2.2.1. *De como o Projeto coloca o Ministério Público como parte, mas não lhe dá a prerrogativa de “parte” stricto sensu: recolocando a discussão – qual é o lugar do Ministério Público (em um processo jurisdicional penal democrático)?*

A par das discussões já estabelecidas anteriormente (sobre a necessidade de um sistema acusatório, e sobre os prejuízos de um sincretismo de sistemas – acusatório e inquisitorial), penso que nossos legislado-

res estão perdendo, em meio a uma disputa política (e às soluções conciliatórias que lhe são próprias) mais uma boa oportunidade de levar o processo jurisdicional ao patamar mais alto da democracia. Dito de outra forma, várias das discussões que hoje se travam a respeito do anteprojeto (o juiz não pode se substituir *ao réu* na iniciativa probatória – art. 4º; o juiz não pode requisitar a instauração de inquérito policial – art. 20; o juiz pode julgar de acordo com seu “livre convencimento” – art. 165, para citar apenas estas; também o juiz de garantias é – na maior parte das previsões do anteprojeto – incompatível com o sistema acusatório, eis que, de ofício ele pode determinar a condução do preso à sua presença (traga-me o corpo...!); prorrogar a prisão provisória ou a revogar; prorrogar o prazo de duração do inquérito; e, ainda determinar, de ofício, o trancamento do inquérito, além de requisitar documentos, laudos e informações). É o que se depreende do texto do anteprojeto. Se assim não for, urge que o texto seja emendado, para evitar interpretações despistadoras. Perderiam sua razão de existir se estivéssemos dispostos a fazer atuar, com o cuidado devido, a proposição que abre o art. 2º, onde se lê o óbvio: que “todo processo penal realizar-se-á sob o contraditório e a ampla defesa”. Esse é o ponto de estofamento da discussão.

Penso que as cláusulas constitucionais em jogo neste artigo (especialmente a do contraditório), tomadas seriamente, já forneceriam as condições de possibilidade para que (finalmente) percebêssemos o processo jurisdicional democrático como um instituto fomentador do jogo democrático, baliza e garantia na tomada dos provimentos jurisdicionais, viabilizador da participação e, fundamentalmente, do controle (NUNES, 2008, p. 351). Falo em compreender o contraditório como uma garantia de *comparticipação* e *debate*, assegurando a influência dos argumentos suscitados por todos os sujeitos processuais e *garantindo que, nas decisões, não apareçam fundamentos*

<sup>9</sup> Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, um dos membros da Comissão encarregada do Anteprojeto, deixa claro sua posição de que o processo penal deveria adotar o sistema acusatório na sua radicalidade, alertando, nesse ponto, para o fato de que “Centrado na *gestão da prova*, o processo penal será acusatório se ela não couber (sua busca), nunca, ao juiz. Neste aspecto, *decidiu a referida Comissão, por maioria, por uma fórmula tanto mitigada quanto perigosa*, certamente apostando na democracia processual: “O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”. (art. 4º). Texto publicado pelo CONJUR. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-abr-06/revisao-codigo-processo-penal-demanda-sistema-acusatorio>>. Acesso em: 14 jun. 2009

que não tenham sido submetidos ao espaço público processual (NUNES, 2008, p. 258).

Chamo a atenção para este ponto porque, se realmente quisermos avançar contra os males que advém de um sistema inquisitório, antes de investirmos em tentativas legislativas pontuais de demarcar a separação do Ministério Público da Magistratura (que, não me entendam mal, também vem em boa hora), devemos enfrentar a questão da necessidade de reforço técnico-institucional do processo, e do aprimoramento da qualidade das decisões que são produzidas a partir deste. Tenho, por exemplo, que, mais importante do que saber quem tomou a iniciativa de produzir a prova (se o réu ou o agente do Ministério Público ou, ainda, indevidamente, o próprio juiz), é interditar a possibilidade de que o juiz a examine sem que a tenha apresentado aos demais sujeitos processuais, e sem que leve em consideração, demorada e fundamentadamente, todos os argumentos relevantes por aqueles apresentados e que, ao final, não possa decidir “por livre convencimento” (para usar as palavras do art. 165, do Anteprojeto).<sup>10</sup> Ou seja, não somente as provas devem ser examinadas à luz do amplo e denso contraditório, como também os argumentos (teses) esgrimidos, tanto em primeiro como no segundo grau de jurisdição.

Neste sentido, é possível acompanhar Marcelo Cattoni na visão, a partir do “primeiro” Fazzalari, de que o procedimento “é a atividade de preparação de provimentos estatais”, caracterizado por uma “interconexão normativa entre os atos que o compõem”, pela qual “o cumprimento de uma norma da sequência é pressuposto da incidência de outra norma e da validade do ato nela previsto”; já o processo “caracteriza-se como uma espécie de procedimento pela participação na atividade de preparação do

<sup>10</sup> Sobre o assunto, consultar a excelente dissertação de mestrado Francisco José Borges Motta, intitulada Levando o direito a sério: uma exploração hermenêutica do protagonismo judicial no processo jurisdicional brasileiro (Unisinos, 2009).

provimento dos interessados, juntamente com o autor do próprio provimento”; e, no caso específico do processo jurisdicional – que é o que nos interessa mais imediatamente –, “essa participação se dá de uma forma específica, dá-se em contraditório” (OLIVEIRA, 2004, p. 448). E a “essência” desse “contraditório” está – segue Cattoni – “na simétrica paridade de participação, nos atos que preparam o provimento, daqueles que nele são interessados porque, como seus destinatários, sofrerão seus efeitos” (OLIVEIRA, 2004, p. 450).

Mais do que isso (bilateralidade de audiência), o contraditório será concretizado com a efetiva garantia de influência da argumentação das partes na formação do conteúdo das decisões judiciais, o que deverá ser cumprido através de um “dever de consulta” do juiz aos demais atores processuais, de modo a evitar que a resolução judicial possa, de alguma forma, caracterizar para estes uma “surpresa” (THEODORO JUNIOR, 2009).

Faço estas considerações de caráter mais geral para demonstrar que, a partir do momento em que o processo for reconhecido como um procedimento na qual participam, em contraditório, os interessados na atividade de preparação do provimento jurisdicional, e em que os juízes assumirem a exigência considerar todos – mas efetivamente todos – os argumentos veiculados no espaço público processual na formação das suas decisões, interessará (bem) menos saber se quem verbalizou o tal argumento era parte, fiscal, parte imparcial (sic), ou qualquer outra coisa. Em resumo: a questão mais séria a ser enfrentada (e que foi deixada de lado pelo anteprojeto) é sobre a teoria da decisão judicial.

Apesar disso, não me vou furtar à abordagem do tema que é, afinal, a ordem do dia: qual o lugar ocupado pelo Ministério Público num legítimo processo penal de um Estado Democrático de Direito?

Voltando os olhos ao anteprojeto do Código de Processo Penal, percebe-se que, à anunciada “estrutura acusatória”,

seguem-se reiteradas referências ao Ministério Público como *parte*. A ideia, simplificada, é a de que ao *devido processo legal* corresponda um *processo de partes*. No fundo, o Anteprojeto parece incorrer em uma velha dicotomia: enquanto no Processo Civil teríamos uma *Sache der Parteien*, no Processo Penal teríamos uma *Parteienkampf* (luta entre as partes). Só que essa é uma perspectiva do liberalismo processual e já suplantada de há muito. Ou seja, é como se fosse suficiente dizer que o “processo é um processo de partes” e isso encerrasse a discussão. No limite, isso implica(ria) uma espécie de radicalização do *princípio dispositivo* (gestão da demanda e da prova nas mãos da *parte autora*), então elevado à condição de categoria *fundante* do sistema processual penal.

Contudo, essa concepção do Ministério Público como *parte* (para a doutrina tradicional, aquele que *pede algo em juízo*, ou aquele *contra quem se pede algo*) já tropeça de início, quando nos damos conta do dever de que a atuação desta *parte* seja *imparcial*. Claro, o próprio art. 58 do anteprojeto esclarece, com razão, que ao Ministério Público incumbe a missão de “zelar, em qualquer instância e em todas as fases da persecução penal, pela defesa da ordem jurídica e pela correta aplicação da lei”. E a correta (adequada a Constituição) aplicação do Direito, sabemos todos, não se confunde com a defesa intransigente de uma acusação inaugural, eventualmente enfraquecida (ou derrubada) no contraditório. Qualquer um sabe que o Ministério Público não é simplesmente um órgão de acusação,<sup>11</sup> mas, sim, um órgão estatal que, constitucionalmente, recebe a incumbência – portanto, legitimidade – para fazer essa acusação.

Com isso tudo quero dizer que o fato de o Ministério Público ser o titular da ação penal (e, portanto, de exercer uma parcela

da soberania do Estado) não tem o condão de lhe desvestir da roupagem que o existencializa, que é a de *defesa da integridade* (no sentido dworkiniano da palavra) *da ordem jurídica* (defensor da correta/adequada<sup>12</sup> aplicação do Direito). Assim, sustento que, qualquer que seja a natureza da demanda (desde um vulgar processo de usucapião até um processo de júri), o papel a ser desempenhado pelo Ministério Público é o da defesa da integridade do Direito (Dworkin). Essa é a contribuição que se espera de uma instituição encarregada, no limite, da guarda da Constituição. E isso tem consequências importantes.

De resto, percebe-se que perplexidades como esta acabam nos remetendo para distinções de perfil dogmático (parte formal *versus* parte material, etc.), que bem podem servir para gerar mais confusão do que esclarecimento. Afinal, se o que digo estiver correto, então, ontologicamente (não no sentido clássico, evidentemente), não há nenhuma distinção que se possa autenticamente fazer entre a atuação do (*sujeito processual*) Ministério Público como parte ou como *custos legis*.

Portanto, permito-me insistir neste ponto: tão importante quanto atribuir a órgãos diferentes as tarefas de acusação e julgamento, e até *mais* importante do que evitar que o juiz atue também na fase de investigação, é trabalhar o *grau de legitimidade do provimento jurisdicional* (resultado do processo). E este se mede (pelo menos) de duas formas:

*Primeiro*, pela exigência de que o provimento seja efetivamente influenciado pela argumentação dos interessados (cláusula do contraditório como *garantia de influência*);

*Segundo*, pela necessidade de que a decisão seja compatível, de modo substancial, com a Constituição (a decisão deverá ser e estar integrada, validamente, na história institucional do Direito).

<sup>11</sup> Nesse sentido, por todos, veja-se OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 400.

<sup>12</sup> Sobre o assunto, remeto o leitor ao meu *Verdade e Consenso*, em especial, o posfácio.

A questão central passa, pois, pela inenunciável 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.<sup>13</sup> 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).

Aponto para esta direção não porque seja contrário à efetiva implementação de um sistema acusatório (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). Para tanto, não espero que o réu *coopere* com o Ministério Público, e nem que o Judiciário *saia à caça de prova acusatória*, ou coisa do gênero. Repito: a divisão entre as funções de acusar e julgar é salutar e pressuposta pela Constituição, além do que, o processo (enquanto direito constitucional aplicado) é garantia para o réu de que, de fato, ele é inocente até prova em contrário. Mas tenho dificuldades em enxergar, no juiz, um *outsider* deste processo (principalmente num Estado Democrático de Direito, no qual, mesmo em sede penal, não se divisa uma relação de oposição entre Estado e cidadão). 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.

De mais a mais, não tenho receio em afirmar que a almejada *imparcialidade* judicial é mais bem garantida com contraditório efetivo e com fundamentação exaustiva do que com um afastamento (na verdade, *indiferença*) processual do juiz em relação à conduta dos demais sujeitos processuais.

Em resumo, estou convencido de que 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*. Explico: penso que seria um avanço considerável – arrisco em dizer, uma verdadeira revolução copernicana no direito processual de *terrae brasilis* – se o direito brasileiro *tomasse a sério o princípio do contraditório* (nos moldes da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão citado pelo Min. Gilmar), *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*).

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

<sup>13</sup> Neste sentido, sempre é bom consultar os escritos do insuperável Ovídio Baptista da Silva.

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...!* Do mesmo modo, fosse obedecido estritamente o dever fundamental de justificar as decisões e se já tivéssemos superado o problema positivista da discussão da “livre apreciação das provas” (e outros assuntos do mesmo quilate), talvez nem precisaríamos discutir a dicotomia “sistema inquisitório-sistema inquisitivo”. De todo modo, para reforçar a tese e fazer com que o texto legal possa vir a ser levado a sério, sugiro a seguinte redação para o art. 406 do Projeto de Lei n. 156/09 (anteprojeto do novo CPP):

“Art. 406. A sentença conterà:

I – ....

II – a exposição da acusação e da defesa [retirar a palavra suscinta];

III – *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.*<sup>14</sup>

IV – a indicação dos artigos dos dispositivos normativos aplicados [substituir “artigos de lei” por “dispositivos normativos”]

V – ....

VI – ...

Nessa mesma linha, sugiro o acréscimo de um parágrafo único ao art. 504 do anteprojeto, levando também para o segundo grau os elementos conformadores de um processo penal assentado no contraditório:

Art. 504. (...)

Parágrafo único. *O acórdão conterà os requisitos da sentença.*

<sup>14</sup> O que estou sugerindo aqui é um reforço normativo, exsurgente do previsto nos arts. 5º, 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.

Na mesma linha, torna-se despidendo referir que o artigo 165 deve ser alterado, com a retirada da expressão “livremente”.

Implantada efetivamente esta dinâmica, ou seja, a de levar o processo a sério (no sentido de “levar o direito a sério” de que fala Dworkin), não veria com embaraço a atitude de um juiz que conden(ass)e o réu, mesmo contrariamente ao pedido final de absolvição por parte do Ministério Público, muito embora isso possa parecer estranho e/ou esdrúxulo.<sup>15</sup> Isto será assim, na exata medida em que os argumentos trazidos pelo Ministério Público (e, naturalmente, pela defesa) sejam demoradamente enfrentados e respondidos pela decisão judicial que se exporá, naturalmente, ao recurso do Ministério Público e da defesa. Teimo em repetir: respeitado o contraditório nos moldes da alteração que estou propondo e recolocado o Anteprojeto no contexto pós-positivista (portanto, sem a admissão da discricionariedade institucionalizada no art. 165), torna-se irrelevante a discussão sobre “se o juiz pode ou não pode absolver

<sup>15</sup> Não desconheço a chamada “doctrina Tarifeño” que, apesar de algumas oscilações, vem sendo afirmada na Suprema Corte Argentina (vide precedentes “Mostaccio” e “Aguero”, este último datado de 19 de agosto de 2004, nos quais se reconhece a ilegitimidade da condenação judicial criminal frente ao pedido final de absolvição do Ministério Público, ante o argumento – aqui resumido – de que “sin acusación no puede existir sentencia de condena.”). Mas é que penso que a sua aplicação, no direito brasileiro, contrasta com a formação constitucional do Ministério Público, independente como a Magistratura, deixando “a descoberto” (ou seja, à revelia de controle judicial) o exercício de uma (importantíssima, diga-se) prerrogativa do poder público, coisa que não se admite à luz da Constituição do Brasil (art. 5º, XXXV). No Brasil, vale destacar a posição de Américo Bedê Júnior e Gustavo Senna, para quem “admitir a condenação significa dizer que o magistrado está julgando e acusando ao mesmo tempo”. Para Bedê e Senna (2009, p. 32 e ss.), a possibilidade de o juiz condenar na hipótese de o Ministério Público “pedir” a absolvição é incompatível com o sistema acusatório. Essa igualmente é a posição de Aury Lopes Junior (2007, p. 109), em seu livro *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. Também Alberto Binder (2003), em *Introdução ao direito processual penal* e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. (op.cit).

o réu em caso de pedido de absolvição por parte do Ministério Público”, até porque erros e irresponsabilidades há nos dois “lados”. Esse “nó” da discussão perde(rá) relevância se for seguido o caminho processual já especificado, pelo qual a) os sujeitos processuais têm o direito de ver seus argumentos considerados; b) esse direito exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo para contemplar as razões apresentadas, e c) o dever de conferir atenção ao direito das partes não envolve apenas a obrigação de tomar conhecimento, mas também a de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas.

Consequentemente, a correlação (*congruência, adstrição*) – que se exige entre a narrativa fática da denúncia e a sentença – deve tomar por parâmetro a acusação aceita e o pedido realizado<sup>16</sup> ao início do processo (até porque *justa*; do contrário, não seria sequer recebida). Dali em diante, a compreensão do julgador a respeito da causa pode ser divergente daquela formada, ao longo do contraditório pelo (igualmente imparcial e independente) agente do Ministério Público, mas com submissão constante ao contraditório dinâmico. Sendo assim, não haveria necessidade de tornar vinculante o pedido de absolvição por parte do MP.

Ademais – e essa questão subjaz à toda controvérsia acerca da ação penal, gestão da prova e as condições para o julgamento do produto dessa coleta de provas – a problemática envolvendo os institutos da *emendatio e mutatio libelli* (arts. 407 e 408 do

<sup>16</sup> Perceba-se que, no direito comparado, existe uma tendência de reformulação da aplicação da congruência, não só englobando a narrativa fática da denúncia, mas, também o pedido (capitulação jurídica) eis que somente assim será permitido um exercício pleno do contraditório e do debate processual. Cf. PENALE, Corte di Cassazione. Contro la violazione del contraddittorio in sede di legittimità il rimedio è il ricorso straordinario Sentenza da revocare se nel giudizio di cassazione *si è provveduto “ex officio” alla riqualificazione giuridica del fatto, senza aver dato all’imputato la possibilità di essere informato*. ITÁLIA, Corte de Cassação, Sezione sesta, sentenza n. 45807/08; depositata l’ 11 dezembro de 2008 (grifei).

Anteprojeto) deve ser enquadrada nos marcos de uma teoria da decisão, conforme especificado anteriormente. Com efeito, o tão propalado e homenageado “princípio/mo- delo acusatório” não deve ser confundido, nesse contexto, com um direito processual de partes, como que a reprimin a teoria processual do liberalismo (ou da “escravidão” das partes, incluído o juiz, à taxatividade do texto), e tampouco com o processo instrumental(ista) que veio a predominar na concepção do Estado Social-burocrático, que, ao revés do anterior sistema, coloca(va) o juiz no comando da “busca da verdade” e da “justiça” (no Brasil, por todos, veja-se a Escola Instrumentalista do Processo).<sup>17</sup> Do mesmo modo, não se pode pensar que a adoção do princípio do contraditório seja a tábua de salvação das insuficiências decorrentes dos dois modelos citados, uma vez que este – o contraditório – deixado a cargo de um juiz solipsista/discricionário, proporciona(rá) um retorno ao subjetivismo do modelo social-inquisitório. Ou seja, um sistema não será mais democrático ou legítimo pelo fato de vir a adotar determinado modelo de processo e tampouco será suficiente esgrimir o contraditório como álibi retórico. Parece não restar dúvida de que, tanto o modelo liberal de partes (de cariz objetivista), como o modelo social-inquisitivo (de cariz subjetivista), são caudatários do grande problema paradigmático que atravessa o direito: o positivismo, isto é, os dois modelos processuais são faces da mesma moeda (é como olhar para a teoria do direito e ver, de um lado, o normativismo kelseniano e, de outro, o positivismo fático assentado no realismo jurídico – ambos apostam na discricionariedade, para dizer o menos). O que, afinal, foi deixado de lado por esses dois modelos? A resposta é simples: a questão de como se dá o processo decisório, ou seja, ambos passaram longe do enfrentamento do elemento hermenêutico

<sup>17</sup> Para uma crítica aos “modelos processuais”, ver também BARROS, Flaviane de Magalhães. (Re)forma do Processo Penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

essencial à experiência jurídica. Um sistema será, (as)sim, democrático e legítimo – e aí independará de quem toma a iniciativa probatória nos marcos do modelo processual (claro que sempre ajudará se o texto legal consagrar elementos mínimos que, desde logo, deixem os papéis bem delineados) – se contiver 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 a obediência da integridade e da coerência, vale dizer, uma decisão somente se legitima na medida em que consiga se situar numa cadeia de decisões (DNA do direito – STRECK:2009, pp. 415 e segs), vedados – e permito-me a insistência – ativismos, protagonismos e discricionariedades.

Por tudo isso, aqui novamente fica clara a desnecessidade de se discutir a serôdia “distinção” sobre se o Ministério Público é parte ou não. Basta examinar a Constituição, que estabelece um leque de atribuições, que transcendem a tradicional dicotomia “*partecustos legis*”. Observe-se: pelo anteprojeto, o Ministério Público promove, no seu âmbito, a plenitude do exame acerca da viabilidade da ação penal, seguindo os marcos do art. 129, I, da CF. O anteprojeto deixa claro que o Ministério Público detém parcela da soberania estatal. Nesse sentido, a Instituição deve se impor no tocante a essa *composition* entre parte e fiscal, um *mix* que o transformou, nas corretas palavras do Min. Carlos Ayres Brito, em *custos juris*. Ora, quem é *custus juris* é fiscal do próprio regime democrático e do cumprimento das leis e da Constituição. Então ele não é parte; é mais do que isso! Sendo mais explícito: fica sem sentido que um juiz decida uma ação penal sem levar em conta, detalhadamente – e assim responder as teses uma a uma – os argumentos daquele que detém o monopólio da ação penal pública. O mesmo vale para o segundo grau, quando se vê, cotidianamente, acórdãos insuficientemente fundamentados, nos quais

os argumentos da defesa e do Ministério Público são tergiversados e/ou ignorados, como se o Poder Judiciário conseguisse atingir a resposta final “atalhando” a argumentação que se firmou na esfera pública do processo. Aliás, esfera pública do processo só existe na plenitude do sistema acusatório.

Por isso, é possível afirmar que um processo democrático somente se faz acusatoriamente, mas dentro dos marcos de uma teoria da decisão antirrelativista. Se o velho sistema inquisitivo morreu, foram-se também os modelos operacionais/interpretativos/cognitivos utilizados pelo juiz.

### 2.2.2. A (in)compatibilidade dos embargos infringentes com o anunciado modelo acusatório de processo penal: das Ordenações (manuelinas) à eternidade?

Essa é uma questão que parece intocável, mas sobre a qual é necessário refletir, ainda que minimamente. Um projeto para um novo Código de Processo Penal pode propiciar reflexões importantes. Olhado perfunctoriamente, parece não haver dúvidas de que os embargos infringentes se constituem em uma espécie de “nova chance” ou “reexame do processo” toda vez que existir um voto a favor do acusado em segundo grau. Uma espécie de *favor rei*, construído em tempos não garantistas, o que se pode ver pela origem do instituto. Com efeito, os embargos nascem nas Ordenações Afonsinas, confirmados nas Ordenações Manuelinas, recepcionados pelas Ordenações Filipinas (eram “pedidos de reconsideração”), abolidos em 1832 (pelo fato de “causarem morosidade processual”), ressurgidos em 1850, explicitados na Lei Unitária n. 319 em 1936, não previstos, entretanto, no CPP atual (1941), tendo sido (re)introduzidos no ordenamento brasileiro em 1952 por intermédio da Lei 1720/B.

O artigo 478 do Anteprojeto mantém os referidos Embargos, em linha similar ao CPP em vigor. A questão é saber: qual é a razão de sua manutenção? Como sustentar uma “terceira instância” dentro da

segunda instância? Em tempos de sistema acusatório, como se sustentariam os Embargos Infringentes? Com paridade de armas entre acusação e defesa e com o Anteprojeto deixando explícito um conjunto de garantias processuais, de que modo podemos continuar dizendo que “somente se erra a favor do acusado”? Veja-se: em plena predominância do sistema acusatório, o Anteprojeto insiste na tese da hipossuficiência do acusado, colocando o processo sob desconfiança somente para um lado. Parece evidente que a previsão dos Embargos Infringentes tinha sustentáculo em um sistema inquisitivo, assim como já o era o Protesto por Novo Júri (já abolido em nome do princípio acusatório). O mesmo não se pode dizer neste momento histórico. O Brasil é o único país do mundo com esse tipo de recurso. Portugal o revogou em 1939. De todo modo, trata-se de um tema que exige reflexão, mormente a partir daquilo que coloca o modelo acusatório no topo do processo. Ou seja, o modelo acusatório vem para superar a própria desconfiança para com o Estado. Este – o Estado – já não pode mais ser visto como “inimigo dos direitos fundamentais”, como o era no século XIX (*aliás, é por intermédio e graças a esse Estado – Democrático de Direito – que existe o modelo acusatório*). Não há mais como se contrapor “Estado e Indivíduo”. Visto por um outro âmbito essa questão, poder-se-ia indagar: como reagiríamos diante da previsão de que também ao Ministério Público seria possível intentar os Embargos Infringentes, quando em face de voto vencido, devidamente fundamentado, dando pela condenação de um acusado? Tema controvertido, é verdade, mas que deve ser enfrentado na votação do novo CPP.

### 2.2.3. *A indevida e equivocada insistência do anteprojeto na figura do assistente de acusação (batizado, eufemisticamente, de assistente do Ministério Público)*

Aqui se está diante de outro tema que navega nas águas do “política/jurídica-

mente correto”, do qual discordarei. Com efeito, o Anteprojeto regula, nos arts. 75 a 78, a figura do assistente de acusação. Trata-se da insistência em prever uma figura incompatível com o sistema acusatório e com a própria Constituição, especialmente se entendermos a extensão da previsão de que o Ministério Público é o titular da ação penal pública, recebendo, para tanto, as garantias da magistratura. O assistente de acusação nada mais é do que a ratificação de uma realidade dos anos 40 do século XX: um país marcado por contradições e um Ministério Público visto apenas como órgão de acusação a serviço dos interesses das camadas dominantes da sociedade. Ora, não tem sentido prever o assistente de acusação em uma sociedade díspar como a nossa, uma vez que apenas determinadas pessoas, dotadas de recursos, poderão se habilitar como “assistentes do Ministério Público”, *eufemismo* criado para o velho e vetusto “assistente de acusação” (*sic*). Trata-se de confessar que o nosso direito penal é um direito de “classes sociais”, em que os mais aquinhoados podem “auxiliar” o Ministério Público, que, provavelmente, não tem “competência” para “atender os reclamos” de uma acusação mais sofisticada, quando a vítima for de uma classe que pode pagar essa “assessoria” (*sic*).

Vingando a tese, não faltará quem sustente que, para aqueles que não tem posses, isto é, para aqueles que não puderem custear um advogado, dar-se-á um defensor público para funcionar como assistente do Ministério Público. Com isso, estabelecer-se-á o surrealismo jurídico e novamente o Brasil dará “lições ao mundo”: o Estado paga alguém para acusar e alguém para ajudar a acusar; se o réu for pobre, pagará também o advogado deste. Teremos assim, o quadro completo: Juiz, o Ministério Público, o defensor-assistente e o defensor-defensor...! Talvez a isso se chame “a efetiva publicização do processo penal”. Em um país em que falta remédio até mesmo para a dengue, por que não fornecer assistentes

ao Ministério Público? Ironias à parte, se quisermos preservar a isonomia e impedir que as classes mais abastadas tenham esse privilégio de colocar assistentes, a melhor solução é impedir que todos o tenham. Por isso, minha sugestão da total expulsão da seção I do capítulo IV (artigos 75 a 78).

### 3. À guisa de considerações finais

Olhado em seu conjunto, não resta dúvida de que o Anteprojeto para o novo CPP representa considerável avanço. As alterações no tocante ao inquérito policial, mormente no que diz respeito à retirada do juiz do controle dos arquivamentos, a homenagem ao princípio da presunção da inocência (não-culpabilidade) no que toca à prisão e suas modalidades e possibilidades e, fundamentalmente, as diversas limitações a produção/gestão da prova em face da adoção – embora sem a necessária radicalidade – do sistema acusatório, inegavelmente são inovações e conquistas que, *por si só, já garantem o sucesso da difícil empreitada da Comissão encarregada de elaborar o projeto.*

Entretanto, o anteprojeto merece alterações, de dois níveis: *filosófico*, enquanto matriz de compreensão do direito, e *dogmático*, enquanto instrumentalização do texto legal a ser produzido pelo Congresso Nacional. Assim, no plano filosófico, a adoção/manutenção do “livre convencimento”, peca pela permanência do anteprojeto no superado paradigma da filosofia da consciência, com o que se corre o risco de, embora as inúmeras previsões de caráter acusatório, *a cotidianidade das práticas dos tribunais promover*, exatamente em face dessa institucionalização da discricionariedade, *o retorno ao sistema que se quer derrubar*: o inquisitório. Isso também está presente na previsão de medidas de ofício que podem ser tomadas pelo juiz, colocando-se, nesse contexto, uma série de contradições e ambiguidades na figura do “juiz de garantias”, que não se apresenta devidamente justificado no

anteprojeto. Daí a pergunta: o que esse juiz faz – a não ser algumas medidas que ele pode tomar de ofício (o que, refira-se, vai na contramão do modelo acusatório pretensamente adotado no anteprojeto) – que o juiz “comum” não pode fazer?

Ressalte-se, ainda, que quando faço o alerta para o patológico déficit democrático que acomete o sistema processual edificado sob o sujeito solipsista (a aposta na discricionariedade, eufemisticamente batizada de “livre convencimento”), não estou pugnando pela configuração de um simplório *processo de partes* à moda do liberalismo clássico. Longe disso! Aliás, como já foi ressaltado inúmeras vezes, a participação do juiz na condução do processo – que inclusive se desenrola por impulso oficial – é admitida, *desde que legitimada por um espectro hermenêutico que dê voz ao contraditório e que seja capaz de se posicionar, coerentemente, na cadeia da integridade do direito.* Quero dizer: o juiz pratica atos de ofício para levar adiante o processo, mas tais atos também precisam estar enquadrados no âmbito da integridade das decisões. Parece-me evidente, portanto, que há uma incompatibilidade entre o princípio acusatório e a subjetividade assujeitadora do juiz (esse é o modo como me refiro à predominância a-paradigmática do sujeito do esquema S-O) por este singelo motivo: *de nada adianta colocar o processo penal nos trilhos do sistema acusatório se, ao fim e ao cabo, o juiz toma decisões ao alvedrio do contraditório; ou exare uma decisão que se apresente isoladamente no contexto das demais decisões existentes sobre a matéria (integridade).* E isso é paradigmático!

Note-se que, há teses que colocam um papel estratégico no contraditório, mas não conseguem superar o sujeito solipsista da filosofia da consciência. Ou seja, não basta “apostar todas as fichas” no contraditório (ou no modelo acusatório), se, ao final, a decisão acerca do sentido da prova fica “ao alvedrio do juiz”. Esse é o caso das teorias instrumentais do processo no interior das

quais as partes se apresentam, apenas, como destinatários do poder do estado que se manifesta através da jurisdição (juiz tem a tarefa de “realizar a justiça social”).<sup>18</sup> Ora, mais do que isso, o contraditório é um *locus* no qual as partes não apenas tem o direito de serem ouvidas, mas também têm a garantia de que seus argumentos serão considerados pelo judiciário, ainda que seja para afastá-los.

Há um equívoco no interior da teoria processual que precisa ser debelado quando se fala de contraditório e do papel da jurisdição: não é possível – depois do *giro linguístico-ontológico* – continuar a professar a ideia de que a jurisdição deve garantir aquilo que as teses instrumentalistas chamam de “escopos meta-jurídicos do processo”. Isso acarreta um excesso de judicialização porque dá voz ao solipsismo do sujeito, e isso não pode ser admitido na atual quadra da história em que a filosofia (no caso, na perspectiva hermenêutica) resolveu o problema da intersubjetividade no nível do conhecimento.

Em suma, quando critico a subjetividade do juiz – e o faço no contexto tanto do sistema inquisitivo como no acusatório – não estou dizendo que o sujeito processual estado-juiz esteja aniquilado ou reduzido em sua posição institucional. O que estou dizendo é que, no que tange ao aspecto volitivo das suas decisões (discricionariedade), ele se encontra hermenêuticamente limitado pela história institucional do direito e pela integridade. É por isso que há respostas adequadas; é por isso que o cidadão tem o direito fundamental a uma resposta adequada a Constituição. E o Estado-juiz tem o dever (*have a duty*) de dá-la.

Ainda no plano filosófico, pode-se alertar para a estranha previsão de que, quando

a sentença contém obscuridades ou contradições, esta não é nula e, sim, corrigível via embargos declaratórios (sem esquecer os embargos com efeito modificativo, sem previsão de contraditório). Parece ai haver uma clara colisão com o art. 93, IX, da CF.

Penso que o Anteprojeto poderia deixar mais explícito a obediência ao princípio do contraditório, obrigando os juízes e tribunais a enfrentarem, um a um, os argumentos dos sujeitos processuais, razão pela qual faço uma sugestão de alteração dos arts. 406 e 504.

No plano, por assim dizer, mais dogmático, o anteprojeto contém medidas que podem ser tomadas de ofício pelos juízes “comuns” e o de garantias, que ofendem o princípio homenageado (acusatório). Também será de bom alvitre que o anteprojeto retire a previsão do assistente do Ministério Público, figura incompatível com o Estado Democrático de Direito, uma vez que institucionaliza uma espécie de direito de “classe social” e a possibilidade de “perseguição privada” ou até mesmo de “vingança privada”. Do mesmo modo que o velho CPP era justificável a previsão da figura do assistente de acusação (pelo menos até a vigência da CF/88), também se pode dizer que a previsão dos Embargos Infringentes em favor do acusado continha certa lógica, em face das condições em que foi gestado o Código processual nos anos 40 do século passado (os Embargos Infringentes, aliás, nem foram previstos no CPP originalmente). Entretanto, com o volume de garantias concedidas ao acusado e o modelo acusatório praticamente adotado em sua totalidade, nenhum dos dois institutos se justifica em tempos de modelo acusatório.

Subjacente à discussão proposta nestas reflexões está a questão do papel dos sujeitos processuais, o que engloba, à evidência, a *emendatio* e a *mutatio libelli*. 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

<sup>18</sup> Para uma crítica pormenorizada Cf. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; ABOUD, Georges. O Dito e o Não-dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual. In: Revista de Processo. n. 166, ano 33. dez. 2008, p. 27-70.

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 “livre convencimento”, 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 sociedade, e a decisão controlada a partir do dever de fundamentar (*accountability*), aliado a obediência da integridade e da coerência, vale dizer, uma decisão somente se legitima na medida em que consiga se situar numa cadeia de decisões (o direito tem DNA, sim), vedados – e permito-me a insistência – ativismos, protagonismos e discricionariedades.

Numa palavra final, também deve merecer cuidado a alusão ao princípio da proporcionalidade, para que este não venha a ser utilizado como um instrumento para o cometimento de discricionariedades/arbitrariedades e/ou voluntarismos (ativismos judiciais). Como se sabe, em nome da proporcionalidade e do “sopesamento entre fins e meios” (a assim denominada “ponderação”) é possível chegar às mais diversas respostas, ou seja, casos idênticos acabam recebendo decisões diferentes, tudo sob o manto da ponderação e da proporcionalidade (ou da razoabilidade). Veja-se, por exemplo, que em nome de princípios *ad-hoc* (e todos os dias são inventados novos *standards* que se pretendem princípios) como o da confiança no juiz da causa (sic) e em nome de supostos “sopesamentos” (ponderações), um acusado é posto em liberdade no RS e outro é mantido preso em SC. Há que se ter cuidado com o manejo dos princípios e mormente com esse

corriqueiro “sopesamento”.<sup>19</sup> A proporcionalidade somente tem sentido se entendida como “garantia de equanimidade”. Ou seja, proporcionalidade admitindo-se-a *ad argumetandum tantum* não é sinônimo de equidade. Aliás, o “princípio” da proporcionalidade e o “princípio” do livre convencimento são irmãos gêmeos, fruto do casamento do positivismo jurídico com a filosofia da consciência. Por isso, a necessária pré-ocupação com essas questões filosóficas que podem nos pregar peças. *Pré-juízos* não filtrados poderão vir a nos causar enormes *prejuízos*.

### Referências

BARROS, Flaviane de Magalhães. (Re)forma do Processo Penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. *Princípios do Processo Penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção*. São Paulo: RT, 2009.

BINDER, Alberto. *Introdução ao direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lume Júris, 2003.

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

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

<sup>19</sup> Para além de minhas críticas à teoria da argumentação e, em especial, à ponderação e sua dependência da discricionariedade (STRECK: 2009), entendo necessário advertir para o fato de que, na maior parte das vezes, os adeptos da ponderação não levam em conta que é impossível fazer uma ponderação que resolva diretamente o caso. A ponderação – nos termos propalados por seu criador, Robert Alexy – não é uma operação em que se colocam os dois princípios em uma balança e se aponta para aquele que “pesa mais” (sic), algo do tipo “entre dois princípios que colidem, o intérprete escolhe um” (sic). Na verdade, a ponderação é um procedimento que serve para resolver uma colisão em abstrato de princípios constitucionais. Dessa operação resulta uma – *regra regra de direito fundamental adscripta* – essa sim apta a resolução da demanda da qual se originou o conflito de princípios. E um registro: essa aplicação da regra de ponderação se fará por subsunção (por mais paradoxal que isso possa ser).

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 11 ed. São Paulo: Globo, 1995.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

HART, Hebert. *O Conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Novo código de Processo Penal pede nova mentalidade. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-abr-06/revisao-codigo-processo-penal-demanda-sistema-acusatorio>>. Acesso em: 14 jun. 2009

NUNES, Dierle José Coelho. Apontamentos iniciais de um processualismo constitucional democrático. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Cattoni de Oliveira (Coords.). *Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucio-*

*nalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Processo e jurisdição constitucional. In: \_\_\_\_\_. (Coord.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; ABOUD, Georges. O Dito e o não-dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual. In: *Revista de Processo*. n. 166, ano 33. dez. 2008, p. 27-70.

STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2009.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 168, fev. 2009.