

# Decisão Penal e Democracia: Repensando a Partir do Garantismo

## Alexandre Morais da Rosa

*Doutor em Direito (UFPR), com estágio de pós-doutoramento em Direito (Faculdade de Direito de Coimbra e UNISINOS). Mestre em Direito (UFSC). Professor Adjunto de Processo Penal e do CPGD (mestrado) da UFSC. Professor da UNIVALI. Juiz de Direito (SC). Pesquisa Judiciário, Processo e Decisão, com perspectiva transdisciplinar. Coordena o Grupo de Pesquisa Judiciário do Futuro (CNPq).*

## I. INTRODUÇÃO

O modo de produção das decisões judicial é muito mais complexo e trágico do que o senso comum teórico dos juristas acolhe. Não acontece de maneira linear, pois o mundo é caótico e o processo penal é o semblante do que poderia ser o fato histórico renarrado<sup>1</sup>. Por isso precisamos ser menos platônicos e, assim, o texto que segue ao mesmo tempo em que reconhece a contribuição de autores, não pretende os entender como plenamente coerentes, nem quer que o nome suplante as ideias, algumas acolhidas e outras rejeitadas. Por exemplo, ainda que reconheça acerto no garantismo penal de Ferrajoli<sup>2</sup>, acredito que está errado em muitos pontos<sup>3</sup>, daí o erro fundamental – e no direito parece torcida de time de futebol, a saber, ou se torce pelo time do Garantismo, e tudo que o Ferrajoli disse está certo, colocando-se etiquetas nos autores. O fato de se usar algumas noções, conceitos, enfim, de trazer contribuições de Ferrajoli não

1 MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

2 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer *et alli*. São Paulo: RT, 2002.

3 MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão Penal: a bricolage de significantes**. Rio de Janeiro; Lumen Juris, 2005. Boa parte das reflexões já estavam presentes no livro. O artigo é a reiteração, aprimorada, dos questionamentos.

me torna garantista. É difícil, mas se o sujeito citar o Ferrajoli, em seguida surge um dedo apontando – e muitas vezes franzindo o cenho: esse é garantista. É banal e bizarro como a coisa acontece no Direito. Desde já antecipo que concordo com alguns pontos da perspectiva de Ferrajoli, mas não posso ser chamado de garantista porque já critiquei ferozmente o Garantismo e, por não ser um analítico, seria paradoxal apostar minhas fichas no Garantismo. Aliás, Luis Alberto Warat no prefácio da minha dissertação já dizia isso: “o texto apresenta afirmações sobre o garantismo que parecem indicar a aceitação do autor; na realidade, são expressão de uma ironia muito fina que é preciso que os leitores, sem pressa, aprendam a desfrutar.”<sup>4</sup> A proposta desse texto é muito mais caótica do ponto de vista teórico, dado que pretende apresentar o modelo de decisão de Ferrajoli como um sendero, sem o subscrever, nem desconsiderar sua problemática.

## II. PARA ALÉM DO JURIDICIDA PARANOICO

Cumpre recuperar, mesmo que parcialmente, o caminho trilhado sobre as possibilidades hermenêuticas, na perspectiva da ‘Filosofia da Linguagem’. Neste sentido, conforme resume Warat, a epistemologia do *senso comum teórico* identifica-se com o texto da lei autossuficiente, em atitude manifestamente reducionista, na pretensão de encontrar a significação “no interior do próprio sistema criado e esquecendo as outras cenas significativas, como a produção social de sentido que, na verdade, é anterior ao próprio significado textual.”<sup>5</sup>

Não existindo mais uma *verdade* primeva<sup>6</sup>, resta o reconhecimento da existência viva do olhar do *outro* (Levinas), podendo-se aproveitar, com o encurtamento apontado, o discurso *habermasiano* no processo de atribuição de sentido realizado judicialmente. É que a democracia é um processo que precisa ser desvelado de forma participativa e crítica. Sem isso, as sanções estatais acabam se legitimando em auditórios reduzidos ou monoauditório (juiz isolado), excluindo aqueles que, todavia, sofrem as consequências das decisões, reeditando os obstáculos do *mito* da *Mo-*

4 WARAT, Luis Alberto. “Apresentação fora das rotinas”. In: MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. XV.

5 WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua linguagem...**, p. 15.

6 CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. **O caráter retórico...**, p. 97: “Nas palavras da lei penal, é arbitrária ou imotivada a relação entre significantes (suporte gráfico) e o significado (conceito). A arbitrariedade do signo, fundada em seu caráter convencional, rejeita a tese da correspondência das formas gráficas legais com os conceitos que estas veiculam. Não existe uma relação essencial entre as palavras grafadas e os objetos ou situações denotadas pelas mesmas. As palavras da lei não são, como quer a dogmática, constitutivas de sentido.”

*dernidade e as limitações do discurso comunicativo, informado por um critério material de Dussel: “El aporte de Habermas, formalmente, es un gran avance en la delimitación de la ‘razón político-discursiva’, y debe ser subsumida en una filosofía política compleja. Sin embargo, al negar el nivel material (de la reproducción política de la vida humana en comunidad, de las pulsiones – como la de solidaridad, que en Habermas quebra reductivamente indicado en la ‘formación de la voluntad’-, de la ecología, de la economía, etc), cae en un formalismo reductivista. La legitimidad se establece para Habermas en un nivel puramente discursivo, formal. No puede comprender que un sistema político ‘pierde legitimidad’ al no reproducir aceptablemente la vida humana de los ciudadanos. Hay que articular el aspecto material al concepto de legitimidad, para enriquecer la concepción puramente forma o procedimental. En los países poscoloniales, periféricos, pobres, la reproducción (económica) de la vida es una dimensión política esencial de la legitimidad. Por ejemplo, en el presente, al empobrecer a la población la política económica neoliberal deslegitima gobiernos que há cumplido formalmente con el Principio democrático, pero que han descuidado materialmente el proceso legitimatorio.”<sup>7</sup>*

Wittgenstein transformou a concepção objetificante da epistemologia em face do reconhecimento do papel das valorações expressadas pelos *usos* e *contextos* linguísticos. A contribuição de Wittgenstein rompeu com o *solipsismo* metodológico, desvelando a dimensão *pragmática* como parte das relações sociais com efeitos no mundo da vida. Matou, por assim dizer, o sujeito idealizado, universal, *cartesiano*, *kantiano*, nascendo, desde então, o sujeito concreto que se inter-relaciona pela linguagem, nas múltiplas realidades culturais. Wittgenstein, em suas *‘Investigações Filosóficas’*, fixou a linguagem como o limite do mundo, indicando a relevância da *pragmática* e o *uso* da linguagem, movimento reeditado pelos *pragmáticos*. O sentido não se restringe ao *uso* singelo de regras *sintáticas* e *semânticas*, mas aos *usos* sociais, compartilhados, da linguagem, emitidos pelo *ser-aí* (Heidegger). A *linguagem* é vista como um *jogo* em que se pode avançar jogando na medida em que se conhece suas próprias *regras*, mas também aceita a criatividade como mecanismo de adequação e crescimento, tendo como palco o seu *uso*. Com esse movimento se constitui o *giro linguístico*, no qual a realidade não é representada.

---

7 DUSSEL, Enrique. *Hacia una Filosofía Política Crítica...*, p. 52-53.

Sem incorrer (mais) na problemática representacional (sujeito e objeto do conhecimento), pois acolhe o sujeito empírico, a questão epistemológica (S/O) perde em grande parte o sentido. É da inter-relação social de sujeitos concretos que surgem as formas de vida. Não se trata mais de um sujeito transcendental que conhece, de sua aldeia ideal, o objeto. Desprovidos de *metalinguagem*, afirmou Lacan, a linguagem *desliza* como sendo o único momento, por ser da ordem do não todo, já que não é possível dizer o todo. É sobre o buraco que se organiza a palavra e instaura-se o *significante* e essa *falta é*, para o sempre, desprovida da possibilidade de preenchimento, salvo *Imaginária*, embora seja o que se busque fazer todos os dias, razão pela qual há de existir amanhã.

E como a *linguagem* é fonte de criatividade e os processos sociais formam parte dos processos sociais de vida, inexistem regras fixas e eternas. Assim é que o *solipsismo* acaba com os critérios de *verdade* do sujeito epistemológico, remetendo a questão da validade intersubjetiva na forma de justificações das convenções e acordos culturais. O *conhecimento*, pois, não pode ser mais o reflexo da realidade colhida pelo espelho da observação. No discurso jurídico, também, não é possível se acreditar na vinculação apenas *semântica* do ‘princípio da legalidade’, por insuficiente. Está-se, enfim, achado na linguagem. Mas nem todos se dão conta, sendo mais tranquilo aos atores jurídicos – principalmente aos ‘Jurista de Ofício’ – a manutenção de um ‘legalismo rasteiro’ que, decerto, funciona como poderoso ‘mecanismo paliativo de desencargo’ (Miranda Coutinho). Assumir esse movimento é fundamental para os destinos da decisão judicial, bem como para a construção do ‘Estado Democrático de Direito’.

Diante do texto normativo, o senso comum teórico cumpre a lição da Escolástica, reportada por Legendre pela máxima: “interpretação demais é como tocar piano com um martelo! Semelhante gracejo, mais profundo do que diz, visava a dissuadir o esforço interpretativo, tido como ilícito, isto é, subversivo para além de uma certa fronteira familiar designada como intransponível.”<sup>8</sup> No campo da interpretação, o senso comum teórico faz um verdadeiro loteamento das falas autorizadas, estabelecendo de antemão a forma pela qual se dá a “gramática de produção, circulação e reconhecimento dos discursos do direito.”<sup>9</sup> Sem o preenchimento desses requisitos de validade, o enunciador do discurso não está apto, isto

---

8 LEGENDRE, Pierre. *O amor do censor...*, p. 10.

9 WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito*: a epistemologia jurídica da modernidade..., p. 75.

é, não é reconhecido, diga-se ordenado, na sacrossanta missão de revelar a palavra secreta escondida por detrás do texto legal, em suma, a verdade.

Em face desse ‘efeito alienante’, Warat propõe, a partir do saber produzido pelo *senso comum teórico dos juristas*, a denominação de *juridicismo*, o qual, mesclando a lei, o saber e o poder advindo do *Outro*, confere ao discurso jurídico dos autorizados o adjetivo de sagrado, tanto assim que se encontram argumentos do seguinte jaez: *reza a lei... amém*<sup>10</sup>. Mediando a lei e o desejo, o *senso comum teórico dos juristas* será o ‘cão de guarda’ do processo intersubjetivo, barrando a participação dos sujeitos, os quais passam a receber denominações jurídicas, na forma da lei, de autor/réu, requerente/requerido, suplicante/suplicado. Substantivações ou adjetivações que, como pontua Streck, deveriam envergonhar. Nem se fica, todavia, corado, facilitando a remessa da decisão para o plano ideal, sem rostos, nem vida, tão somente raciocínios lógico-dedutivos. O divino, rebatizado agora sob o pálio da ciência, mantém a estrutura do poder, antes religioso, cuja funcionalidade de agir por mandato do Pai também justifica a obediência.

O ‘juridicismo’, entendido por Warat – a partir do saber ‘legalista’ trazido por Legendre – como “*um conjunto de conhecimentos destinados a fazer funcionar uma sociedade, na perspectiva em que opera a lei*”,<sup>11</sup> de mãos dadas com o ‘cientificismo’<sup>12</sup>, autoautoriza-se a realizar a *passagem aos mortais* da palavra divina, dando um caráter mágico ao ato. Dito de outra forma: a *verdade* está dada e advém do *Outro*, sendo que o papel do intérprete-glosador, desde que reconhecido como tal pelo *senso comum teórico*, é o de, com caráter profético e enigmático, *dizer o Verbo*, afinal, nunca é demais lembrar: *no início era o Verbo*.

Para que se esforçar de maneira vã, se o discurso do *Mestre* (Lacan)<sup>13</sup> pode oferecer os *significantes* necessários à *salvação*? Ademais, é sempre um risco saber demais, e os ‘juristas-tenentes’ estão aí, aptos e adestrados, para emitir o discurso a ser consumido, censurando, por certo, as ‘ovelhas negras’, aquelas que quiserem se desgarrar do *rebanho doma-*

10 WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito**: a epistemologia jurídica da modernidade..., p. 77: “O juridicismo, então, legitima o discurso que contém o oráculo do poder, legitima o funcionamento social da lei, como uma palavra enigmática, que demanda a presença de glosadores sacralizados.”

11 WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito**: a epistemologia jurídica da modernidade..., p. 76.

12 WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito**: a epistemologia jurídica da modernidade..., p. 76-77: “O cientificismo pode ser caracterizado como o sistema de representações constitutivas do imaginário das ciências sociais, na versão da tradição positivista. Esse imaginário exalta as possibilidades de uma ciência das ciências, que seja ao mesmo tempo crítica científica à filosofia.”

13 LACAN, Jacques. **O seminário: o avesso da psicanálise...**

do, imputando a estes, muitas vezes, adjetivações jocosas e, se forem de pouca idade, o epíteto de ‘alternativo’ – ‘MM Juiz: Menino Maluquinho Juiz’ –, talvez porque o *outro* represente, nessa hipótese, aquilo que Lacan indicou como ‘*amódio*’<sup>14</sup>. “*Criar, ousar, criticar, sonhar, parece que é local reservado aos exóticos, aos rebeldes, cuja estrutura em determinados locais, procura expelir.*”<sup>15</sup>

De sorte que a *doutrina*, cuja designação já indica sua função ‘catequisante’, e a *jurisprudência* se apresentam como fábricas ‘fast-food’ de sentido. A *doutrina*, de uma maneira geral, é alimentada pelo ‘Monastério dos Sábios’, isto é, quem for membro reconhecido possui maior credibilidade para produzir o sentido a ser consumido, e daí em diante – entre *eles* – “*citar é citar-se*”, como diz Warat<sup>16</sup>.

Alinhe-se que a *quase totalidade* dos membros ainda trabalha na perspectiva da ‘Filosofia da Consciência’ e, portanto, acreditam fingida ou ingenuamente que estão descobrindo a *verdade* da norma, por meio da aplicação do método hermenêutico correto<sup>17</sup>. Streck sintetiza a dinâmica: “*Nas práticas dos operadores jurídicos isso ocorre de forma difusa, através de uma (im)perceptível (e constante) produção de standards significativos, destinados ao consumo da comunidade jurídica. Desse modo, com a aparência da busca do ‘real’ sentido do texto jurídico, mediante a utilização de artifícios do tipo a busca da mens legis, do espírito do legislador, da ratio essendi do Direito etc., e na crença da existência de um legislador racional, constroem-se, parafraseando Umberto Eco, ‘simulacros de enunciações’, que nada mais são do que o resultado de uma rede de ficções que se põe a serviço de efeitos de verdade do enunciado, mas a verdade da enunciação no que diz respeito a sua cota de verossimilhança.*”<sup>18</sup>

Ao seu lado, a usina *jurisprudencial* é outra fonte de ‘sentidos pré-fabricados’ pelo próprio Estado, neste caso via Poder Judiciário. Articula

---

14 LACAN, Jaques. **O seminário: mais, ainda...**, p. 122.

15 BUENO DE CARVALHO, Amilton. **O juiz e a jurisprudência...**, p. 9.

16 WARAT, Luis Alberto. **A ciência jurídica e seus dois maridos...**, p. 70.

17 STRECK, Lenio Luiz. “Quinze anos da Constituição – análise crítica da jurisdição constitucional e das possibilidades hermenêuticas de concretização dos direitos fundamentais-sociais”. In: SCAFF, Fernando Facury (Org.). **Constitucionalizando direitos: 15 anos de constituição brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 134: “Este processo estabelece-se a partir da prática de uma ‘metodologia didático-casuística’, que produz uma cultura estandartizada, dentro da qual o jurista vai trabalhar no seu dia a dia com soluções e conceitos lexicográficos (que são transformados em ‘categorias’, como se fossem ‘universais’, aptos ao exercício ‘dedutivo-subsuntivo’ do ‘intérprete’), recheando, desse modo, metafisicamente, suas petições, pareceres e sentenças com ementas (verbetes) jurisprudenciais - históricas e atemporais.” Ver também: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. São Paulo: Saraiva, 2012.

18 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise...**, p. 213-214.

Cunha que a doutrina e a jurisprudência, pois, “*cumprem duas funções bem definidas. Primeiro redefinem o que é ou não crime e, em segundo lugar, servem de ‘mecanismo paliativo de descargo’ do julgador. Passam a ser, então, ‘fábricas de argumentos retóricos’.*”<sup>19</sup>

Ferrajoli reconhece, de seu turno, que em sendo preciso julgar, e não se tendo um Sistema Garantista (SG) ideal – proposta impossível, ademais –, os atores jurídicos e principalmente os juízes preenchem semanticamente o vazio dos ‘tipos penais’, utilizando-se, para tanto, da vastíssima gama de ‘Repertórios Jurisprudenciais’, os quais irão permitir escolhas arbitrárias e *ad hoc*: “*Uma vez que um código é também uma espécie de dicionário da linguagem jurídica, composto por redefinições convencionais de termos extraídos da linguagem comum, os repertórios de jurisprudência produzidos anualmente pela atividade interpretativa dos tribunais podem ser concebidos como inesgotáveis compilações de redefinições judiciais das redefinições legais, dentre as quais os juízes escolhem, para fins de subsunção, as de sua preferência. É, ademais, inevitável que este enorme volume de redefinições produza em seu conjunto o efeito de aumentar, mais do que reduzir, o caráter polissêmico e redundante do vocabulário jurídico.*”<sup>20</sup>

Com esta artimanha, o ‘Princípio da Legalidade Estrita’ resta fortemente abalado, dado que o que é proibido não está na lei, mas sim nas *redefinições* legais operadas, tal qual os ‘glosadores’, desde o *senso comum teórico* e escolhidas – com as implicações hermenêuticas e psicanalíticas –, como que numa vitrine, pelos juízes, na maioria das vezes em processos antidemocráticos e à despeito dos argumentos invocados pelas partes, como deixa evidenciado Ferrajoli no seguinte exemplo: “*Precisamente, chamarei poder de denotação jurídica ou de interpretação da lei ao exercido pelo juiz ao denotar um sujeito fático (em nosso exemplo, ‘um beijo’), mediante um predicado legal apropriadamente redefinido por ele com termos de extensão determinada (‘são obscenos todos os beijos dados em público’); e poder de denotação fática ou de interpretação dos fatos ao exercício pelo juiz ao denotar com um predicado legal (‘obsceno’) um sujeito fático expressamente conotado por ele com os termos de extensão indeterminada usados na lei (‘Tício beijou Cássia obscenamente’). ‘Frequentemente, estas duas formas de denotação potestativa (e integra-*

19 CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. *O caráter retórico...*, p. 24.

20 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 103.

dora) são alternativas entre si, no sentido de que basta uma só delas para tornar possível a dedução jurídica, frustrando a reserva absoluta de lei: ou a integração da premissa jurídica, que permite a verificação empírica da premissa fática, ou a integração da premissa fática, que permite a verificação analítica da premissa jurídica.”<sup>21</sup>

Nesse processo de escolha/filiação, Bueno de Carvalho assinala que as ‘redefinições’ jurisprudenciais servem tanto para *emancipar* quanto para manter o *status quo*, especialmente se mantida a base hermenêutica objetificante própria da ‘Filosofia da Consciência’, e a troca de dogma, a lei pelo precedente jurisprudencial. E, ademais, em alguns casos, o ato simbólico de filiação ao Tribunal – o Pai – pode fazer com que (*in*)*conscientemente* se estabeleça uma relação de *subserviência*, *negação* e *reflexão democrática* entre os acórdãos do Tribunal-Pai e as sentenças do Juiz-Filho: “Há o juiz que está na infância (que pode perdurar para sempre). Aquele que tem o pai por ídolo, que tem apenas um sonho: agradar o pai. Mais: seu desejo quando ‘crescer’ é ser igual a ele. O número daqueles que permanecem na infância é importante. E qual a forma mais comum de agradar o pai? Aderir sua sapiência, reconhecer a inteligência dele. Seu saber é o que interessa. E como o saber do pai é expresso em acórdãos, seu continente é um: transcrever, sempre e sempre, a vontade-jurisprudência do seu superior. Então a melhor sentença, na visão daquele que assume a condição de pai (ou seja, quer que se lhe agrade), é aquela que mais copia acórdãos – os seus acórdãos preferentemente. (...) Mas nesta relação, outros parecem permanecer na adolescência: querem destruir o pai. Seu inimigo externo, sempre e sempre, é o tribunal. Tudo o que acontece na vida tem um culpado: o tribunal. (...) O número não é significativo. Outros, porém, parecem assumir a maturidade: o tribunal é apenas o tribunal! Tem defeitos, como também virtudes, como qualquer grupo humano. Dele emergem decisões preciosas que merecem ser seguidas e outras não. É composto de alguns competentes e outros não, uns sérios e outros não, uns trabalhadores e outros não. Ou seja, é composto de homens com toda a sua dimensão e como tais, e não como ‘pais’, devem ser vistos. Esse filho chega à real independência do tribunal e segue seu caminho para além da vontade ‘paterna’. Está disposto a ousar e a criar, quer o pai aplauda, quer não. (...) Evidente que este juiz, que é razoavelmente livre, causa mal-estar no tribunal que se julga pai. (...) Parece que não suporta que o filho cami-

21 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*..., p. 104.



*nhe sozinho, enquanto o pai-democrata percebe que ganhou um parceiro da caminhada, um igual que contribui para o avanço do direito.”*<sup>22</sup>

Ainda que discordando de sua matriz da ‘Filosofia da Consciência’, cabe invocar a crítica de Maximiliano ao uso invariável da *jurisprudência* sem uma maior reflexão, geradora da alienação sobre o Direito, descarregados de responsabilidades, no vácuo paterno, lançados na *inautenticidade do ‘a gente’* (Heidegger): “Aos magistrados que acham meritório não ter as suas sentenças reformadas (prova apenas de subserviência intelectual) e seguem, por isso, de modo absoluto e exclusivo, a orientação ministrada pelos acórdãos dos tribunais superiores, Pessina recorda o verso de Horácio: os demasiado cautos e temerosos da procela não se alteiam ao prestígio, nem à glória: arrastam-se pela terra, como serpentes – serpit humi tutus nimium timidusque procelloe.”<sup>23</sup>

De sorte que a escolha das redefinições legais pode estar condicionadas também pela ‘preguiça mental’ denunciada por Maximiliano e ao desejo de agradar o Pai-Tribunal indicada por Bueno de Carvalho, dentre outras circunstâncias, além das condicionantes ‘criminológicas’, ‘midiáticas’ e do *inconsciente do um-juiz*, os quais funcionam como ‘mecanismos paliativos de desengargo’ (Miranda Coutinho) do peso do julgamento, crendo-se sempre que a determinação do conteúdo da decisão vem iluminada pelo *Outro*.

Cabe destacar que, como o ‘rebanho jurídico’ anda se *desgarrando* em demasia, gerando – dizem – ‘insegurança na aplicação do direito’, ganham corpo propostas como a edição de ‘súmulas vinculantes’ ou mesmo a aferição do número de decisões reformadas como índice de promoção na carreira, tudo para manietar o *um-juiz* emancipado do Tribunal e que incomoda. Tal qual um ‘programa de milhagem’, uma decisão confirmada renderia pontos, enquanto uma reformada, a perda, trocando-se, ao final, por uma promoção, o que, em tempos de ‘eficiência total’, mostra-se como uma proposta tanto mais sedutora quanto *fascista*. A *eficiência* estaria completa com a exclusão da carreira daqueles que não obtivessem um patamar de pontos.

Em face da crítica efetuada, a postura prevalente de interpretação, via método, colmatadora da ‘epistemologia’ herdada da *Modernidade*, não pode ser mais acolhida tranquilamente. Isto porque a visão da ‘Fi-

<sup>22</sup> BUENO DE CARVALHO, Amilton. *O juiz e a jurisprudência...*, p. 10-11.

<sup>23</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito...*, p. 183.

losófia da Consciência' atua com quadros mentais *paranoicos* (Cordero), atendendo a seguinte dinâmica: *objeto* – textos normativos – à frente, *método* nas mãos, o intérprete do *senso comum teórico dos juristas* tem a *certeza* de que 'a norma lhe diz, ele descobriu' ou então 'ouviu a voz do Legislador, ele me disse', o que, se ocorresse num *set* terapêutico, por certo seria enquadrado como *paranoia*. O juiz, nesse pensar, *sabe o que o Outro diz e quer dizer* com as normas jurídicas, num *delírio jurídico* que obtém aprovação e legitimidade universal. Dito de outra forma, super ego se fa(e)z carne pelo Verbo: o Real é possível para ele.

Esse quadro mental *paranoico ad-hoc*<sup>24</sup> (ela, a paranoia, como uma das modalidades de *psicose*) pode apresentar, segundo Lacan<sup>25</sup>, como característica essencial a *forclusão* do *Nome-do-Pai* no lugar do *Outro*, experimentando-se *delírios* de interpretação, numa regressão ao *narcisismo* e concentração no gozo do *Outro*. Próximo à *neurose* e diferente da *esquizofrenia*, o *paranoico* é a aderência ao significante *Um*<sup>26</sup> (S1), o significante mestre do qual se encontra preso. Lacan aponta que o mecanismo está retido na *forclusão* do *Nome-do-Pai*. Freud já havia afirmado que a *paranoia* decorre da recriminação à experiência de *gozo* que, ao ser recordada, traz consigo um *desprazer*. O *significante* do gozo, no '*neurótico obsessivo*', é seguido por uma autorrecriminação que é *recalcada*, apresentando o *sintoma* primário da *escrupulosidade*, formando o casal gozo-culpa. É eternamente *culpado* pelo encontro com o gozo, substituído por outros na cadeia de *significantes*, mas mantendo, contudo, a *estrutura*. Aparece em consequência da representação no *Simbólico* da interdição primária, do trilhamento *edipiano*<sup>27</sup>. Já na *paranoia* não existe a recriminação, ou seja, não está inscrita a crença no *Nome-do-Pai*, retornando como uma alucinação sobre o sujeito, dado que preso sob o *significante mestre* é retido, *não deslizando na cadeia de significantes* e, então, o *foraclusido* retorna ao *Real*. O desejo da mãe não é barrado, encontrando-se o sujeito alienado ao *significante*.

24 CASARA, Rubens. MELCHIOR, Antonio Pedro. **Teoria do Processo Penal Brasileiro**. V. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 83.

25 LACAN, Jacques. **O seminário: as psicoses...**

26 QUINET, Antonio. **O número um, o único...**, p. 11-25.

27 QUINET, Antonio. **O número um, o único...** p. 15: "É o que aparece com clareza quando colocamos a mãe no lugar do encontro com o sexo e o pai como representante da lei. Temos, por um lado, a estrutura edipiana do sintoma neurótico e, por outro, a articulação de dois significantes (a representação da experiência de gozo e a recriminação) que bastam logicamente para constituir a cadeia significante do inconsciente."

Nesse lugar de Um, todos os demais significantes se referem a ele, tornando-se, como diz Quinet: “o centro do mundo, aquele a quem todos se dirigem e com o qual todos são hostis. (...) É nas relações com as pessoas que ele interpreta, delira. Em um ambiente hostil, querem perseguí-lo. Muitas vezes sofre quieto, sem se queixar, só ruminando, até que, um dia, desenvolve um delírio.”<sup>28</sup> No imbricamento entre o foracluído e o Outro, surgem signos que são sinais do Outro, no qual o sujeito projeta o ideal, na crença de comprovar a certeza que lhe é pressuposta<sup>29</sup>.

Qualquer semelhança com o Processo Penal e o Sistema Inquisitório, pois, não é mera coincidência. O lugar do *Juiz Inquisidor* guarda características paranoicas por excelência; Vossa Excelência diz a *verdade* projetada desde antes e retida no *significante* mestre, por esse sujeito que se acredita único, tal qual Schreber. Com efeito, diz Quinet, “o paranoico que se acredita esse Um único pode querer encarnar o Outro para todos os outros – posição que o aproxima do canalha. Presunçoso, sabe o que é bom para os outros, como conduzi-los e como fazê-los gozar, seja do saber, seja da vida eterna ou do paraíso.”<sup>30</sup> Mas não adianta buscar salvá-lo da armadilha do aprisionamento do desejo, porque a ‘Instituição’ se apoderou de seu discurso e ele, como responsável por extirpar o mal da terra, encontra-se alienado<sup>31</sup>. Afirma Legendre: “O inquisitor realiza mecanicamente sua função, trazendo pela instituição uma Salvação; não é sensato zombar dele, pois ele não pode ouvir nem entender a crítica.”<sup>32</sup> Não é mais ele, mas o cumpridor de uma tarefa social importantíssima, tal qual Eichmann, cooptado pelo discurso (*nazista*) do *amor-ao-poder*. A adubação *Imaginária* é perfeita e sutil, manipuladora da posição e da verdade daí resultante.

Logo, a pretensão de construir uma *ciência formal*, materializada pela dogmática jurídica e sua pretensão de uma hermenêutica unitária, desta feita, é arrostada pela intersecção pela *psicanálise*, desnudando a

---

28 QUINET, Antonio. **O número um, o único...** p. 17.

29 QUINET, Antonio. **O número um, o único...** p. 17: “A interpretação delirante estabelece a significação (‘querem me matar’) ainda suspenso no fenômeno inicial da autorreferência mórbida, no qual o sujeito é tomado de perplexidade diante do enigma desses sinais que vêm do Outro. A interpretação delirante (S2) restabelece a cadeia significante, partida como efeito da foraclusão do Nome-do-Pai, articulando-se ao S1 ao qual está fixado o sujeito – S1 que pode ter sido soprado por uma voz ou inventado por ele mesmo –, arrancando-o da perplexidade e jogando-o na certeza delirante.”

30 QUINET, Antonio. **O número um, o único...** p. 18.

31 SANTNER, Eric L. **A Alemanha de Schreber...**, p. 8: “O paranoico e o ditador sofrem de uma doença do poder, que implica uma vontade patológica de sobrevivência exclusiva e uma disposição ou mesmo um impulso concomitantes de sacrificar o resto do mundo em nome dessa sobrevivência.”

32 LEGENDRE, Pierre. **O amor do censor...**, p. 28.

coprodução do *inconsciente* nesse inscrever. Quem ‘mexe as cordinhas’ sabe muito bem em que local colocar o Juiz, empurrando-o para este local *paranoico*. Debruçando-se sobre o lugar do Juiz no Processo Penal, Cordero já havia constatado este quadro: “*El inquisidor labora mientras quiere, trabajando en secreto sobre los animales que confiesan; concebida una hipótesis, sobre ella edifica cábalas inductivas; la falta del debate contradictorio abre un portillo lógico al pensamiento paranoide; tramas alambicadas eclipsan los hechos. Dueño del tablero, dispone las piezas como le conviene: la inquisición es un mundo verbal semejando al onírico; tiempos, lugares, cosas, personas, acontecimientos fluctúan y se mueven en cuadros manipulables. (...) Juego peligroso, pues el escribiente redacta com libertad, selectivamente atento a sordo a los datos, según que convaliden o no la hipótesis; y siendo las palabras una materia plástica (los acusados las lanzan como torrentes), cualquier conclusión resulta posible; el estro poético desarrolla un sentimiento nascista de omnipotencia, el cual desaparece cualquier cautela de autocrítica*”.<sup>33</sup>

No campo jurídico brasileiro, cuja estrutura propicia esse ‘estado *ad-hoc*’, os magistrados – de regra – incorporam a função da lei do *Outro* e têm a certeza dessa verdadeira missão, muitas vezes, de extirpar o ‘mal’ da terra, informados pelo discurso *positivista* e *neoliberal* reproduzido pela ‘Mídia’ da ‘Lei e Ordem’<sup>34</sup>. Sustenta Lacan: “*acreditam nisso para valer, ainda que através de uma consideração superior de seu dever de encarnar uma função na ordem do mundo, pela qual elas assumem bastante bem a imagem da vítima eleita*.”<sup>35</sup> Projetam-se no *ideal*, por mandato do *Outro* e têm a certeza de serem; o *Imaginário* é atravessado e aparece no *Real*, eles não têm a dúvida do sujeito *neurótico clivado*, eles são o *Um*, o *ideal* dos outros, impondo daí seu modelo, suas verdades, claro, como se deu com a falácia desenvolvimentista da *Modernidade* denunciada por Dussel. Dentro de sua *normalidade de fachada*, projeta-se no *outro*, não sendo raro condená-lo, diz Miranda Coutinho: “*A anormalidade, todavia, pode aparecer, como de fato aparece, quando alguém quer resolver seu problema pessoal projetando a solução na desgraça alheia, o que não é incomum em nossos dias*.”<sup>36</sup>

33 CORDERO, Franco. **Procedimento Penal**, v. 1..., p. 23.

34 CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias...**, p. 25: “O inquisidor, representante divino, é órgão de acusação e julgamento, figura sob a qual não podem pairar dubiedades, ou seja, trata-se de ente ‘semidivino’ cuja atividade não admite o dissenso, pois, em última análise, colocar-se-ia em dúvida a própria figura onipresente e perfeita do Todo Poderoso.”

35 LACAN, Jacques. **Escritos...**, p. 152.

36 MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. **Efetividade do Processo Penal...**, p. 36.

De sorte que a estrutura ‘paranoica’, no Processo Penal, aparece sutilmente, eis que encoberta por *recursos retóricos ordenados*, tanto na assunção de uma *postura inquisitória na gestão da prova*, quanto na *interpretação* da conduta. Com efeito, nesse movimento de autorrefência, na instrução probatória tudo se refere a ele (Juiz Inquisidor)<sup>37</sup>, seja um olhar do acusado, uma palavra ambígua da testemunha, um olhar perdido, é tido como algo que *não aconteceu por acaso* e refere-se a ele, e aí.... e aí.... condena-se, manejando-se recursos retóricos. Afinal, o Juiz agindo por mandato do *Outro*, possui o poder formal de dizer a *verdade* no caso em julgamento. Mesmo que seja um ‘neurótico’, ‘obsessivo’, ‘esquizofrênico’ no mundo da vida extrajurídica (se é que é possível), pelo menos nesses dois momentos pode assumir uma postura *paranóica*, agravada se partidário de movimentos de recrudescimento da repressão, como ‘tolerância zero’, ‘Lei e Ordem’<sup>38</sup>.

Por isto é que alguns que se dão conta da situação não suportam o fardo, mudam de Vara. Legendre, sobre o *locus*, assevera: “*Nenhum jurista pode fazer nada quanto a isso e pouco importa que ele saiba; ele ocupa seu quadrado, seu jardim fechado, hortus conclusus, dizia de maneira excedente o texto medieval.*”<sup>39</sup> Seu silêncio, todavia, não muda a estrutura que, por omissão, acaba com ela compactuando. Ainda que se esteja nesse local-processual, existe uma tarefa inafastável de democratização do Processo Penal brasileiro que passa pela modificação da postura ‘paranoica’, agravada, ainda, pela contingência da exclusão social e os movimentos de recrudescimento penal que sobrecarregam o fardo do ‘paranoico-juiz’ na Defesa Social da sociedade. Mas talvez quando se tenha certeza de que se não está mais neste lugar paranóico, o ego tenha vencido, de vez.

### III. UMA LEITURA GARANTISTA DA DECISÃO PENAL

Rompendo-se com a postura *paranoica* e desde o modelo de tripla inferência proposto pelo Sistema Garantista (SG), a primeira etapa do ra-

37 CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale...**, p. 52: “All’economia verbale típica del formalismo agonistico accusatorio l’inquisizione oppone parole a diluvio: inevitabile qualche effetto ipnotico-vertiginoso-alucinatorio; fatti, tempi, nessi, svaniscono nel caleidoscopio parlato; nessun processo finirebbe mai se chi lo ordisce a un dato punto tagliasse il filo; e lo fa quando voglia, preché há mano libera.”

38 CORDERO, Franco. **Procedimento Penal**, v. 1..., p. 22-23: “Provisto de instrumentos virtualmente irresistibles, el inquisidor tortura a los pacientes como quiere; dentro de su marco cultural pesimista el animal humano nace culpable; estando corrompido el mundo, basta excavar en un punto cuualquiera para que aflore el mal. Este axioma elimina todo escrúpulo en la investigación.”

39 LEGENDRE, Pierre. **O amor do censor...**, 35

ciocínio jurídico tendente à sentença é composto pela verificação empírica da acusação, em procedimento contraditório, no qual as ‘garantias penais’ e ‘processuais’ estejam satisfeitas, postando-se, ademais, o juiz como árbitro – sistema acusatório – na ‘gestão da prova’ e não como seu produtor<sup>40</sup>.

Invocando a contribuição de Hume<sup>41</sup> e Popper<sup>42</sup>, Ferrajoli irá apontar que no momento da ‘inferência indutiva’, probatória, a ser construída no decorrer da instrução processual, sem que se saiba de antemão, como acontece na dedução, a veracidade da premissa. A conclusão, portanto, é apenas uma das hipóteses explicativas possíveis, decorrentes de um procedimento jurisdicionalizado e, desta feita, diferente do científico em geral, balizado por restrições, limites e tempo. Porém, caso o raciocínio jurídico se apodere de um ‘indutivismo ingênuo’, advindo de generalizações causais, a conclusão das premissas é  *mascarada*. Na lógica da causa-efeito, nem sempre o efeito decorre da mesma causa, deslegitimando, assim, as generalizações universais. A singularidade do caso, especialmente o conteúdo probatório, é que pode gerar hipóteses mais ou menos comprováveis, rejeitando-se a *causalidade* extrema entre as hipóteses de fato e as conclusões, como se verifica, por exemplo, na ‘presunção’ jurisprudencialmente construída de que ‘*quem está com o produto do furto, presume-se o seu autor*’; para além da ingenuidade<sup>43</sup>, essa verdadeira ‘inversão do ônus da prova’, como se costuma afirmar, fere de morte a lógica do Processo Penal democrático. Toda conduta resta sub-repticiamente escamoteada – satisfazendo-se, em regra, o acusador, o defensor e o juiz com essa ‘presunção’ *inconstitucional* –, acolhida, é certo, pelo manancial jurisprudencial editado pelo *senso comum teórico* e pela ignorância dos atores jurídicos.

40 LOPES JR, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 165-167; PRADO, Geraldo. **Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 54-57.

41 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão...**, p. 105: “Os acontecimentos, como demonstrou Hume, não seguem necessariamente um ao outro e, portanto, não é possível ‘demonstrar’ sua conexão causal, mas simplesmente sustentá-la como plausível, graças a generalizações idôneas baseadas na experiência passada.”

42 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão...**, p. 108-109.

43 SANTO AGOSTINHO. **Confissões**. Trad. J. Oliveira Santos. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 130-131: “Alípio, pois, passeava diante do tribunal, sozinho, com as tábuas e o estilete, quando um jovem estudante, o verdadeiro ladrão, levando escondido um machado, sem que Alípio o percebesse, entrou pelas grades que rodeiam a rua dos banqueiros, e se pôs a cortar o seu chumbo. Ao ruído dos golpes, os banqueiros que estavam embaixo alvoroçaram-se, e chamaram gente para prender o ladrão, fosse quem fosse. Mas este, ouvindo o vozerio, fugiu depressa, abandonando o machado para não ser preso com ele. Ora, Alípio, que não o vira entrar, viu sair e fugir precipitadamente. Curioso, porém, saber a causa, entrou no lugar. Encontrou o machado e se pôs, admirado, a examiná-lo. Bem nessa hora chegam os guardas dos banqueiros, e o surpreendem sozinho, empunhando o machado, a cujos golpes, alarmados, haviam acudido. Prendem-no, levam-no, e gloriam-se diante dos inquilinos do fato por ter apanhado o ladrão em flagrante, e já o iam entregar aos rigores da justiça.”

A *inferência indutiva*, pois, primeira etapa do raciocínio garantista, demanda que a acusação seja clara em relação à conduta imputada, isto é, que descreva uma hipótese – uma pretensão de validade – a ser comprovada durante a instrução processual<sup>44</sup>. Carvalho e Wunderlich discorrem: “É básico afirmarmos que no Estado Constitucional Democrático de Direito o indivíduo tem o direito público subjetivo de responder à acusação estatal com todas as garantias inerentes à sua defesa. O direito de defesa ampla e a submissão dos atos e fórmulas processuais ao princípio do contraditório dão o norte ao processo penal constitucional. Nessa senda, o exercício da defesa a partir da formulação de uma acusação explícita é o corolário dos princípios da ampla defesa e do contraditório. É possível sustentar, ainda, que as denúncias genéricas, fundadas em estruturas multitudinárias, indicam clara opção por modelos de responsabilidade penal objetiva ao não especificar condutas, autoria e formas de participação, postulando condenação simplesmente pelo dano produzido. (...) No Estado Constitucional Democrático de Direito, instrumentalizado processualmente em matéria processual penal pelo sistema acusatório, a acusação deve sempre atender aos requisitos legais e constitucionais. Resta, à evidência, que a individualização de condutas configura-se elemento essencial a qualquer iniciativa na apuração da responsabilidade criminal.”<sup>45</sup>

Com a pretensão de validade acusatória exposta individualmente é possível dar início ao processo, abrindo-se espaço para, em igualdade de condições<sup>46</sup>, produzir-se os *significantes* probatórios. Essa igualdade de condições efetiva preconiza que desde o início do processo as partes participem e fiscalizem os atos judiciais, inclusive o interrogatório que, até a edição da Lei n. 10.792/2003, era tido por alguns ainda como ‘ato privativo do ‘juiz inquisidor’, e se acrescenta, com Bueno de Carvalho: “*Juízes, Hipócritas*”<sup>47</sup>.

Em face dos *significantes probatórios* lançados diante da pretensão de verdade contida na acusação, o *um-juiz* poderá verificar a ocorrência

---

44 BOSCHI, José Antonio Paganella. **Ação Penal**. Rio de Janeiro: Aide, 1997, p. 90: “O texto da denúncia, por isso, deve ser claro, preciso, categórico e de tal modo explícito que, mesmo à rápida leitura, seja possível a identificação de todos os contornos da acusação.”

45 CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre. “Criminalidade Econômica e Denúncia Genérica: uma prática inquisitiva”. In: BONATO, Gilson. **Garantias Constitucionais e Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 203-222.

46 BONATO, Gilson. “Por um efetivo ‘Devido Processo Penal’”. In: BONATO, Gilson (Org.). **Direito Penal e Processual Penal: uma visão garantista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 129-132.

47 BUENO DE CARVALHO, Amilton. “Nós, Juízes, Inquisidores (ou da não presença do advogado no interrogatório)”. In: BONATO, Gilson (Org.). **Direito Penal e Processual Penal: uma visão garantista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001, p. 1-11.



ou não da hipótese acusatória, sendo-lhe vedado, ademais, *redefinir* a acusação, porque as disposições contidas no art. 384 do CPP, por violarem a separação entre os órgãos de acusação e julgamento, não são democráticas: “*Daí o valor da separação, segundo o esquema triangular, entre acusação, defesa e juiz: se a acusação tem o ônus de descobrir hipóteses e provas e a defesa tem o direito de contraditar com contra-hipóteses de contraprovas, o juiz, cujos hábitos profissionais são a imparcialidade e a dúvida, tem a tarefa de ensaiar todas as hipóteses, aceitando a acusatória só se estiver provada e não a aceitando, conforme o critério pragmático do favor rei, não só se resultar desmentida, mas também se não forem desmentidas todas as hipóteses em conflito com ela.*”<sup>48</sup>

Este será, portanto, o momento da ‘inferência dedutiva’, segunda etapa da epistemologia garantista. A partir da conduta comprovada *indutiva* e *democraticamente*, conforme as regras do jogo, pode-se proceder à verificação de sua pertinência *dedutiva*, com as *manhas* e *redefinições* próprias, antes delineadas. Por isso é que sem uma discussão séria das possibilidades e limites *epistemológicos*, em suma, do que se constitui em ‘verdade’, o jogo processual resta entregue ao (des)enlace *Metafísico*, abrindo espaço para adoção, mesmo *inconsciente* e em Estados (ditos) Democráticos de Direito, de práticas *antigarantistas*.

É que apesar de maneira elegante – e, às vezes, cínica –, defender-se, no discurso *consciente*, o respeito pelas *garantias penais* e *processuais* necessárias à legitimidade da sanção, a existência normativa adversa descarrilha a interpretação dos ferrenhos legalistas, dos ‘Trumans’. Sofrem do que se apontou como sendo ‘Complexo de Prazo de Validade’, uma vez que: “*O positivista ferrenho vai ao Supermercado e confere – na forma da lei – os prazos de validade e somente consome o produto até o dia fatídico, ou seja, se o prazo de validade é hoje, somente pode consumir até às 24:00 horas; às 00.01 o produto está fora do prazo de validade e, portanto, inservível ao consumo. Para este, no exato minuto que se transpôs o dia, as bactérias, em Assembleia Geral Ordinária – adrede convocada – decidiram, à unanimidade, avançar (estragar) sobre o produto. O prazo fatal é 24:00hs. Somente rindo ! E o pior é que essa ingenuidade mesclada com astúcia é reproduzida pelo senso comum teórico dos juristas.*”<sup>49</sup>

48 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 122.

49 MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Amante Virtual...*, p. 73-74.



Condicionado pela interpretação rasteira, o *leguleio* acredita que a lei, palavra do Senhor – *Outro* – é capaz de, por si só, modificar a realidade, ou melhor, ‘é’ a realidade. Falta capacidade para pensar, refletir, criticar. Tiveram absoluta razão os militares, no seu projeto de aferrolhamento, ao retirar a *Filosofia* das grades curriculares. As sementes plantadas por eles, estão, pois, servindo às finalidades de sua sementeira: alienação e manutenção do *status quo*<sup>50</sup>.

Domingues<sup>51</sup>, referindo-se à abordagem estrutural do Texto Filosófico, indica os perigos na interpretação, as quais se aplicam ao caso jurídico. O primeiro é o da ‘certeza ingênua’, o ‘achologismo’, no qual o sujeito acredita, tem certeza de sua opinião (eu acho) e pronto, sem maiores cuidados. O perigo do juiz é que, de tanto julgar, acredita ser o senhor da verdade, o ‘Cavaleiro da Fé Jurídica’, tal qual ‘Dom Quixote’ que, de tanto ler romances de cavalaria, acreditou ser ele mesmo um ‘cavaleiro andante’ – personagens imaginários com que se identificou – e passou o resto de sua vida, com seu fiel escudeiro (Sancho Pança), na busca de novas aventuras, perigos, inimigos imaginários e moinhos de vento. De outra face, e mais temerário de todos, é o do sujeito estúpido e ignorante, decorrente de uma anemia de leitura e teórica, defasado filosoficamente, que acredita ser Sócrates um ex-jogador de futebol; Pascal um programa de computador; a ‘alegoria da caverna de Platão’, uma fantasia de escola de samba; Canotilho material para, juntamente com a miçanga, fixar lantejoula em roupas; Barata, animal doméstico de hábitos noturnos; *Fórum* o nome de uma grife de roupas. Há, por fim, o mais comum, o perigo daquele que ao início de um livro mais denso o fecha por acreditar ser a leitura muito difícil (ou mesmo por preguiça mental), procurando a salvação numa jurisprudência ou num doutrinador abalizado, reconhecido pelo ‘Monastério dos Sábios’. Afinal, se o mundo é o da ‘eficiência’ e de não ter decisões reformadas pelo Tribunal-Pai, para que pensar?

Desprovido de controle de constitucionalidade – oxigenação constitucional –, a ser efetivada pelos atores jurídicos, os quais repetem as regras, numa hermenêutica à ‘boca da lei’, somente por serem editadas formalmente, o resultado do processo de atribuição de sentido de feição *decisionista* transita em julgado e, no dizer de Warat, *a paternidade legítima e faz coisa julgada*. E as vítimas continuam pagando o preço, cumprindo pena.

50 MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. **Sonhócidio**: Estragos Neoliberais no Ensino do Direito ou ‘La Busqueda del Banquete Perdido’ como diría Enrique Mari... , p. 97-108, 2003.

51 DOMINGUES, Ivan. "A abordagem estrutural do texto filosófico". In: DOMINGUES, Ivan; MARI, Hugo; PINTO, Julio. **Estruturalismo**: memória e repercussões. Rio de Janeiro: Diadorim, 1996. p. 137-152.

Por outro ângulo, a construção de uma ‘liberdade de escolha’, fulcrada no ‘livre-arbítrio’, encontra condicionantes *inconscientes* inexprimíveis no *Simbólico*. O padrão de normalidade da conduta, do poder agir de maneira diversa, mesmo se adotada a “dirigibilidade normativa” de Roxin<sup>52</sup>, traz consigo uma construção impossível de ser aceita, salvo ao preço de muita retórica. O julgamento, aqui também, é da ordem subjetiva, cheia de jogos e manhas, salvo se adotado o ‘encurtamento conceitual’ de Ferrajoli, no sentido de que a *culpabilidade*: “Assim, fica solidamente redimensionada a máxima cognitivista, formulada já há cinco séculos por Brian e retomada por Beccaria, da impenetrabilidade e não processabilidade de pensamentos e intenções. A culpabilidade não é nem um pensamento nem um mero aspecto interno da pessoa, como pretendem as orientações puramente subjetivistas, senão um elemento do fato, isto é, uma **conditio sine qua non** do mesmo, fundada, mais do que em razões éticas ou utilitaristas, na estrutura lógica da proibição, que implica a possibilidade material de realização ou omissão da ação, imputáveis, ambas, à intenção de um sujeito. Como tal, aquela é constatável, empiricamente, por meio de procedimentos indutivos, não distintos, em princípio, dos que permitem comprovar o chamado ‘elemento objetivo’.”<sup>53</sup>

Assim, o ‘encurtamento garantista da culpabilidade’ deve ser visto de maneira que se não perquiria o interior do agente, mas tão somente a exterioridade da conduta: “Conclui-se, pois, que o livre-arbítrio, ou a possibilidade alética segundo Ferrajoli, entendido como pressuposto normativo da culpabilidade, corresponde ao atuar, mas nunca ao ser do autor. Como consequência, impede que se utilize a culpabilidade como atributo (adjetivo) da pessoa, mas apenas como uma relação de comportamento. Logo, exemplifica Ferrajoli que é inadmissível advogar que ‘A é culpado’, mas tão somente que ‘A é culpado de uma ação’, pois a interioridade da pessoa não deve interessar ao Direito Penal mais do que para deduzir o grau de culpabilidade de suas ações.”<sup>54</sup> Somente isso pode ser perquirido, resultando que a *culpabilidade* em face da conduta deve se circunscrever à possibilidade de agir de modo diverso, conforme a norma, mas não de forma a aumentar a pena base. É que a *culpabilidade* é condição para a

52 ROXIN, Claus. **Derecho penal**. Trad. Diego-Manuel Luzón Penã. Madrid: Civitas, 1997, p. 792-793: “El sujeto actúa culpablemente cuando realiza un injusto jurídico penal pese a que (todavía) le podía alcanzar el efecto de llamada de atención de la norma en la situación concreta y poseía una capacidad suficiente de autocontrol, de modo que ele era psíquicamente asequible una alternativa de conducta conforme a Derecho.”

53 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão...**, p. 401.

54 BUENO DE CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena...**, p. 40.

imposição da sanção, caso contrário há exculpante, constituindo-se, pois, em *bis in idem* a sua sobreposição na configuração do tipo e na aplicação da pena. Por isso, é ilegal a majoração da pena base diante da *culpabilidade* com o adjetivo que quiser, retoricamente, dar-se: *exasperada, forte, acima da média...*

No terceiro momento do Sistema Garantista (SG), o da inferência prática, dirigida ao *mundo da vida*, é preciso que os atores jurídicos e, em especial, o *um juiz*, dê-se conta de que sua decisão gera efeitos inexoráveis aos envolvidos (acusado, vítima, etc.). Não é uma atividade lúdica, nem desprovida de uma função na estrutura social, como exaustivamente se deixou assentado<sup>55</sup>. Daí é que, comprovada a autoria e materialidade da infração, bem como os pressupostos para aplicação de sanção, reabre-se na aplicação da pena um momento especial de invocação do *garantismo* e da atuação emancipatória, como aponta Bueno de Carvalho: “*Finalmente, além de conhecer a si próprio, a situação em litígio e o todo social, deve, a partir daí, decidir com um pé na utopia. Sentenciar com a perspectiva do amanhã, com a possibilidade transformadora na diretiva da utópica vida com dignidade para todos. E propor o ainda não, mas que pode vir a ser. Decidir com os olhos no futuro e não no passado, como se as coisas não se alterassem. É fazer parte ativa na construção de novo modelo social.*”<sup>56</sup>

Isso porque pela construção efetivada, o fundamento da pena é *agnóstico*, como indica Carvalho, sendo antidemocrática qualquer pretensão de reforma interior ou moral do condenado<sup>57</sup>, na linha *fascista* da ‘Defesa Social’. A *secularização* antes indicada impede a análise incontrolável, por *infalsificável*, da subjetividade do agente. A atuação constitucionalizada do Poder Estatal é a de aplicar *isonomicamente* a pena, independentemente de critérios subjetivos e incontrolados, tudo de maneira fundamentada e *falsificável*. Todavia, remanesce a aplicação dedutiva do Código Penal (arts. 32-99), sem que se dê a verdadeira dimensão ao processo de *secularização* nessa etapa processual. Con-

---

55 STEIN, Ernildo. *Epistemologia e crítica da modernidade...*, p. 44: “Vamos entender que o direito não é simplesmente um processo em que o juiz subsume um caso particular numa espécie de princípio universal. Vamos começar a perceber que este princípio, do qual tanto se faz uso no direito – da subsunção –, é um caso concreto, (...) faz parte de um mundo comum, de onde a lei emerge e de onde o juiz, de certo modo, retira os critérios últimos para aplicar a lei a um caso. Quer dizer, começamos a perceber em todos os campos das ciências humanas esta questão do mundo vivido.”

56 BUENO DE CARVALHO, Amilton. *O juiz e a jurisprudência...*, p. 8.

57 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 33: “Disso resulta excluída, ademais, toda função ética ou pedagógica da pena, concebida como aflição taxativa e abstratamente preestabelecida pela lei, que não pode ser alterada com tratamentos diferenciados do tipo terapêutico ou correccional.”

sabido, também, que a aplicação da pena se procede em três etapas distintas, nos termos do art. 68 do Código Penal, primeiro com a fixação da pena base, depois, as *agravantes* e *atenuantes* e, ao fim, as *causas especiais de aumento e diminuição*.

#### IV. CONCLUSÃO

Embora não seja acolhido na sua integridade, nem blindado de críticas, o modelo garantista, dos três momentos de inferências, desde que superada a noção hermenêutica da Filosofia da Consciência, pode se mostrar como um sendero na democratização do processo decisório no campo do processo penal. É verdade que não se pode apostar todas as fichas no modelo analítico, consoante proposto, dado que a linguagem, suas manhas e artimanhas, no campo da articulação dos discurso, por certo, roubam a cena. De qualquer sorte, a superação do modelo selvagem de subsunção da premissa maior e da premissa menor, ainda prevaemente, demanda crítica feroz, dado que desliza em imaginário e promove o caos hermenêutico do modelo decisório brasileiro. É uma aposta. O tempo dirá. ❖

#### V. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONATO, Gilson. "Por um efetivo 'Devido Processo Penal'". *In*: BONATO, Gilson (Org.). **Direito Penal e Processual Penal: uma visão garantista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 129-132.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Ação Penal**. Rio de Janeiro: Aide, 1997.

BUENO DE CARVALHO, Amilton. "O juiz e a jurisprudência: um desabafo crítico". *In*: BONATO, Gilson (Org.). **Garantias Constitucionais e Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

BUENO DE CARVALHO, Amilton. "Nós, Juízes, Inquisidores (ou da não-presença do advogado no interrogatório)". *In*: BONATO, Gilson (Org.). **Direito Penal e Processual Penal: uma visão garantista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001, p. 1-11.

BUENO DE CARVALHO, Amilton; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001.

CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre. "Criminalidade Econômica e Denúncia Genérica: uma prática inquisitiva". *In*: BONATO, Gilson. **Garantias Constitucionais e Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 203-222.

CASARA, Rubens. MELCHIOR, Antonio Pedro. **Teoria do Processo Penal Brasileiro**. V. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 83.

CORDERO, Franco. **Procedimento Penal**. Trad. Jorge Guerrero. Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000. V. 1 e 2.

CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: UTET, 1986.

CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. **O caráter retórico do Princípio da Legalidade**. Porto Alegre: Síntese, 1979.

DOMINGUES, Ivan. "A abordagem estrutural do texto filosófico". *In*: DOMINGUES, Ivan; MARI, Hugo; PINTO, Julio. **Estruturalismo: memória e repercussões**. Rio de Janeiro: Diadorim, 1996. p. 137-152.

DUSSEL, Enrique. **Hacia una Filosofía Política Crítica**. Bilbao: Desclee, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer *et alli*. São Paulo: RT, 2002.

LACAN, Jacques. **O seminário: o avesso da psicanálise**. Trad. Ari Roitman. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992. (Livro 17).

LACAN, Jaques. **O seminário: mais, ainda**. Trad. M. D. Magno. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985. (Livro 20).

LACAN, Jacques. **O seminário: as psicoses**. Trad. Aluisio Menezes. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002. (Livro 3)

LACAN, Jacques. **Escritos**. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

LEGENDRE, Pierre. **O amor do censor**. Trad. Aluísio Menezes. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

LOPES JR, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1998

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. "Efetividade do Processo Penal e Golpe de Cena: Um problema às reformas processuais" *In*: **JURIS-POIESIS** – Revista Jurídica dos Cursos de Direito da Universidade Estácio de Sá. Rio de Janeiro, ano 4, n. 5, p. 31-36, 2002.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. "Sonhocídio: Estragos Neoliberais no Ensino do Direito ou 'La Busqueda del Banquete Perdido' como diria Enrique Marí." *In*: **Em busca dos Direitos Perdidos** – Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 97-108, 2003.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Amante Virtual: (In)consequências no Direito de Família e Penal.** Florianópolis: Habitus, 2001.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. Guia **Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão Penal: a bricolage de significantes.** Rio de Janeiro; Lumen Juris, 2005.

PRADO, Geraldo. **Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

QUINET, Antonio. "O número um, o único". *In*: QUINET, Antonio. **Na mira do Outro: a paranóia e seus fenômenos.** Rio de Janeiro: Rio Ambiciosos, 2002. p. 11-25.

ROXIN, Claus. **Derecho penal.** Trad. Diego-Manuel Luzón Penã. Madrid: Civitas, 1997.

SANTNER, Eric L. **A Alemanha de Schreber.**

SANTO AGOSTINHO. **Confissões.** Trad. J. Oliveira Santos. São Paulo: Martin Claret, 2002

STEIN, Ernildo. **Epistemologia e crítica da modernidade.** Ijuí: Unijuí, 1991.

STRECK, Lenio Luiz. "Quinze anos da Constituição – análise crítica da jurisdição constitucional e das possibilidades hermenêuticas de concretização dos direitos fundamentais-sociais." *In*: SCAFF, Fernando Facury (Org.). **Constitucionalizando direitos: 15 anos de constituição brasileira de 1988.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 134.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso.** São Paulo: Saraiva, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

WARAT, Luis Alberto. "Apresentação fora das rotinas" *In*: MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. XV.

WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua linguagem.** Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1984.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito: a epistemologia jurídica da modernidade.** Trad. José Luís Bolzan de Moraes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1995.

WARAT, Luis Alberto. **A ciência jurídica e seus dois maridos.** Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2000.