

O PROCESSO (PENAL) COMO PROCEDIMENTO EM CONTRADITÓRIO: DIÁLOGO COM ELIO FAZZALARI

Alexandre Morais da Rosa¹

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Articulando ação, jurisdição e processo; 3. Processo como procedimento em contraditório; 4. O novo papel do juiz no procedimento em contraditório; 5. Habermas e a validade discursiva; 6. A construção discursiva da decisão e o inconsciente; 7. Conclusão; Referências.

RESUMO: No Brasil, a concepção de processo precisa ser ultrapassada. Dentro deste contexto, procurando estabelecer um diálogo entre Dinamarco, Fazzalari, Habermas e Lacan, este escrito apresenta algumas impressões críticas. Aponta, então, para a necessidade de se entender o processo penal como procedimento em contraditório.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Penal; Procedimento em Contraditório; Fazzalari.

ABSTRACT: The Brazilian concept of criminal proceeding needs to be replaced. Within this context, seeking to establish a dialog between Dinamarco, Fazzalari, Habermas and Lacan, this work presents some critical impressions and demonstrates a need to understand the criminal proceeding as an adversary procedure.

KEY WORDS: Criminal Proceeding; Adversary Procedure; Fazzalari.

1 Introdução

1 – O lugar e a função do processo, no Brasil, ainda se encontra manietado por uma concepção ultrapassada. Buscando dialogar com a obra de **Elio Fazzalari**, neste texto, são trazidos aportes de outros discursos, na pretensão de tornar o processo penal brasileiro uma tarefa democrática inafastável. Rompendo com os “escopos” hegemônicos, aponta-se para uma nova maneira de entender, no qual o *contraditório* passa a ser a pedra de toque.

2 – As reflexões que seguem, pois, estão por aí, abertas ao diálogo daqueles que se encontram, de certa forma, incomodados pela maneira exclusivamente “metodológica” ou “ideológica” do processo. Apesar de o processo dialogar com outros condicionantes, o lugar democrático que ocupa é

de fundamental importância, juntamente com o critério ético (**Dussel**²), uma vez que são as duas únicas possibilidades democráticas, consoante trabalhei alhures³.

2 Articulando ação, jurisdição e processo

1 – Não se pretende reconstruir as discussões sobre *Jurisdição, Ação e Processo*. A ideia deste momento é reiterar noções absolutamente necessárias ao encadeamento da compreensão de processo como tarefa democrática inafastável. Esta compreensão, por sua vez, não se aproxima, em nada, da rançosa visão explicada a partir de uma impossível *Teoria Geral do Processo*. Aliás, de causar náuseas⁴. É preciso superar **Dinamarco**, pelo menos, em favor de **Fazzalari**.

2 – Cumpre anotar, entretanto, que as discussões sobre o conceito de *Jurisdição* são ainda vivas⁵. **Roman Borges** faz o histórico das querelas envolvendo o conceito, acordando com **Chiovenda** que a *Jurisdição* “é o poder de aplicar a lei aos casos concretos de forma vinculante e cogente”⁶, materializada pela *coisa julgada*⁷. O desenlace desse poder, ou melhor, sua constituição, já foi alinhavado na formação do *Simbólico*, no discurso do *Outro*, a partir da interface com a *psicanálise*⁸. A *Jurisdição*, assim, está ligada indissocialmente ao poder⁹. De qualquer forma, na perspectiva de se construir a *alteridade* (**Dussel**), a *Jurisdição* precisa se aproximar de **La Boétie** e sua proposta de *amizade*. Lido a partir da *psicanálise*, o submissão à *Jurisdição* decorre do desejo de onipotência, de tirania, que aviva em cada indivíduo¹⁰. **Roman Borges** sustenta que se “*pode concluir com La Boétie que o poder de um só sobre os outros foi dado ao tirano por nosso desejo de sermos tiranos também. Além disso, o autor acrescenta que esse desejo de ser tirano vem do desejo de ser proprietário, de ter bens e riquezas e, portanto, do desprezo que temos pela liberdade.*”¹¹ Então, o argumento de **La Boétie** de que não existe fundamento em se submeter incondicionalmente a um senhor, sem garantias de que será bom ou mau¹², por não possuir limites, pode ser explicado. Não se trata de encantamento ou de feitiço, mas de desejo de ser igual (onipotente), esperando que, no futuro, detenha-se (todo) o poder¹³ (Pai da Horda). Sua perplexidade diante da ‘servidão voluntária’, naturalizada – introjetada – e perseguida pela população, na lógica do poder e do senhor, impõe uma postura diversa frente ao poder da opressão, rompendo com a base de servidão¹⁴, ou seja: “*Nos reconheçamos uns aos outros como companheiros, ou antes, como irmãos. (...) Para que cada qual pudesse mirar-se e como que reconhecer-se um no outro.*”¹⁵ **Miranda Coutinho** lembra que: “*Etienne de La Boétie tinha razão: obedecemos a vontade de um porque queremos ser que nem ele, ou seja, tiranos. Rei morto, rei posto: e viva o Rei! Bastaria, contudo, diz o próprio La Boétie, não dar o que ele quer para a casa vir abaixo, ou seja, não dar a ele nossa razão (que é só imagens) e nossa liberdade, isto é, nosso desejo de posse e poder.*”¹⁶ A partir deste reconhecimento entre iguais, a ‘servidão voluntária’ deixaria de ter fundamento, já que ela foi construída. Ao invés de ser naturalizada¹⁷, deve-se resgatar o fundamento de liberdade e a obrigação de a defender, precisando-se, de qualquer maneira, desalienar os sujeitos, porque “*do gosto da liberdade, de como é doce, nada sabes.*”¹⁸ **Roman Borges** conclui: “*Com isso, La Boétie quis dizer que a única forma de se derrubar a tirania é não consentir com a servidão, não dar o tirano mais do que lhe é devido.*”¹⁹ Este conteúdo da *Jurisdição* com *amizade* (**La Boétie**), portanto, se constitui como condição de possibilidade da instrumentalização da ‘*Ética da Libertação*’ (**Dussel**) no âmbito do Direito Penal.

3 – Por outra parte, não é possível, aqui, também, retomar o questionamento sobre a *ação*²⁰, bem como impossível se adentrar no exame de sua autonomia em face do direito (dito) objetivo, reconhecendo-se, contudo, sua densidade²¹. Por isso se avança, de logo, no *Processo*, cuja função será o acertamento do ‘caso penal’²²: cometida conduta imputada, a pena somente será executada a partir de uma decisão jurisdicional, presa a um pressuposto: a reconstituição significativa da conduta imputada, acolhida por decisão fundamentada, a partir de uma visão de verdade processual decorrente de num processo em contraditório e acusatório.

4 – Apesar de o Direito Penal ainda trabalhar, na sua visão hegemônica, sob a denominação de *processo* como algo mais que *procedimento*, grosso modo, *a maneira pela qual o processo cami-*

nha, na linha do legado de **Liebman**, este escrito desloca a compreensão para a proposta de **Fazzalari** e, ao depois, conjuga, em certa medida, a teoria do discurso de **Habermas** para, então, situando o local democrático do juiz no Processo Penal, *eminentemente acusatório*. Com efeito, a concepção de *processo* manejada pelo *sensu comum teórico dos juristas* é a de entender o *processo* como um conjunto de atos preordenados a um fim, ou seja, a atividade exercida pelo juiz no exercício da *Jurisdição*, sendo o *procedimento* seu aspecto puramente formal, o *rito* a ser impresso²³. O *processo*, assim, acaba se burocratizando em formas, modelos e ritos, muitas vezes tido como acessório do Direito Penal, redundando em flagrantes equívocos. Dizer que o Processo Penal possui um papel acessório, de fazer acontecer a lei, na lição de **Binder**²⁴, é insuficiente e superficial, dado que o que se denomina de "tipo" possui reflexos inexoráveis na compreensão da norma processual, não se podendo falar em plena autonomia, havendo, ao contrário, uma '*estrecha relación*' entre o "tipo" e o Processual Penal. A política criminal²⁵ apresenta-se, também, como fator necessário à interpretação das normas processuais, uma vez que sempre é de um '*ser-aí*' (**Heidegger**), inserido no mundo da vida. Apesar de o conhecimento das formas processuais ser importante, o isolamento formal faz desaparecer a estrutura democrática – eminentemente acusatória – do Processo Penal²⁶. É preciso mais, invertendo-se, por primeiro, a própria compreensão de processo.

3 Processo como procedimento em contraditório

1 – Entretanto, a visão prevalente, a *la Dinamarca*, demonstra o desconhecimento da atual compreensão de *processo*, já apontada por **Cordero**²⁷, dado que o *processo* na contemporânea configuração da *relação jurídica*, segundo **Fazzalari**²⁸, é o *procedimento em contraditório*. Até porque existem outros processos, como o tributário, administrativo, nem sempre em contraditório. O *contraditório* é, pois, a característica que diferencia o *processo* do *procedimento*²⁹. Com efeito, a legitimidade na imposição de atos cogentes, decorrentes do poder de império, com conseqüências no âmbito dos jurisdicionados e, no caso do Processo Penal, dos acusados, precisa atender aos *princípios* e *regras* previstos no ordenamento jurídico de forma taxativa. As *regras do jogo* democrático devem ser garantidas de maneira *crítica*³⁰ e *constitucionalizada*, até porque com '*Direito Fundamental*' (e as normas processuais o são), não se transige, não se negocia, defende-se, deixou assentado **Ferrajoli**. Dito de outra forma, as *regras do jogo* devem ser constantemente interpretadas a partir da matriz de *validade Garantista*³¹, não se podendo aplicar cegamente as normas do Código de Processo Penal, sem que se proceda antes e necessariamente, uma *oxigenação constitucional*³². Neste caminhar procedimental, preparatório ao ato de império, a existência efetiva de *contraditório* consiste em sua característica fundamental³³. Assim é que a teoria do processo precisa ser revista, a partir do *contraditório*, implicando na modificação da compreensão de diversos institutos processuais vigorantes na prática processual brasileira.

2 – Em relação ao *direito subjetivo*, **Fazzalari** propõe que este seja entendido a partir da relação entre o *sujeito* e o *objeto* do comportamento indicado pela *norma* jurídica, o qual o coloca numa posição de *vantagem* pelo exercício de uma *faculdade* ou de um *poder*³⁴. Não se trata mais de um poder sobre a conduta da parte adversa ou mesmo de prestação, senão sobre os efeitos processuais da norma³⁵. Os atos processuais lícitos se mostram como poderes decorrentes do exercício da vontade, regulados por normas processuais, perante as quais o sujeito possui o *poder* de agir (confissão judicial), a *faculdade* (arrolar testemunhas) e o *ônus*, no caso da imposição de conseqüências pelo descumprimento da norma (comprovação do *álibi*). A *faculdade* e o *poder* podem, também, gerar circunstâncias desfavoráveis ao sujeito caso não exercidas a tempo e modo. O procedimento se desenvolve a partir de atos jurídicos lícitos, componentes do desenrolar procedimental até a decisão final, mas não numa compreensão de oposição aos atos ilícitos³⁶. Destarte, até a decisão final, o procedimento, apesar de guardar uma unidade, deve ser visto como uma sucessão de atos jurídicos determinados por normas processuais que regulamentam a maneira pela qual se dará a seqüência de atos e posições jurídicas: "*O procedimento não é atividade que se esgota no cumprimento de um único ato, mas requer toda uma série de atos e uma série de normas que os disciplinam, em conexão entre elas, regendo a seqüência de seu desenvolvimento.*"

Por isso se fala em procedimento como seqüência de normas, de atos e de posições subjetivas.³⁷ É a perfeita vinculação das etapas antecedentes que legitima o procedimento³⁸ como condição preparatória ao provimento final³⁹, consoante aponta **Cordero**: "El antecedente inválido contamina a los siguientes."⁴⁰ A posição subjetiva é o vínculo do sujeito para com a norma, a qual lhe valora suas manifestações de vontade como lícitas, facultadas ou devidas, com as conseqüências daí advindas⁴¹, verificando-se a ocorrência de *preclusão* das decisões interlocutórias, salvo nulidade, passível de ser discutida, inclusive em sede de *Habeas Corpus*. Desta feita, a legitimidade do provimento judicial dependerá do desenrolar correto dos atos e posições subjetivas previstos em lei. E a perfeita observância dos atos e posições subjetivas dos atos antecedentes é condição de possibilidade à validade dos subseqüentes. Logo, a mácula procedimental ocorrida no início do processo contamina os demais, os quais para sua validade precisam guardar referência com os anteriores⁴². O ato praticado em desconformidade com a estrutura do procedimento é inservível à finalidade a que se destina⁴³. A decisão final, preparada pelo procedimento, também se constitui como uma parte deste, ou melhor, sua parte final, o corolário. Assim é que **Fazzalari** sintetiza: "L'essenza stessa del contraddittorio esige che vi partecipino almeno due soggeti, un interessato e un controinteressato: sull'uno dei quali l'atto finale è destinato a svolgere effetti facorevoli e sull'atro effetti pregiudizievoli."⁴⁴

3 – Então, invertendo-se a lógica do *senso comum teórico dos juristas*, o processo é um procedimento realizado por meio do *contraditório* e, especificamente no *Processo Penal*, entre o Ministério Público⁴⁵ e/ou querelante, e efetiva presença do acusado com defesa técnica. Por isso a necessidade de se entender o exercício da *Jurisdição* a partir da estrutura do *processo como procedimento em contraditório*, com significativas modificações na maneira pela qual ele se instaura e se desenrola, especialmente no tocante ao *princípio do contraditório* e o papel do juiz na condução do feito⁴⁶. Neste pensar, o *contraditório* precisa ser revisitado, uma vez que não significa apenas ouvir as alegações das partes, mas a efetiva participação, com paridade de armas, sem a existência de privilégios, estabelecendo-se um comunicação entre os envolvidos, mediada pelo Estado⁴⁷. Rompe-se, outrossim, com a visão de que a simples participação dos sujeitos (juiz, auxiliares, ministério público, acusado, defensor) do processo possa conferir ao ato o *status* de *contraditório*. É preciso mais. É preciso a efetiva participação daqueles que sofrerão os efeitos do provimento final, apurando-se o melhor argumento em face do Direito e do 'caso penal', na via intersubjetiva, sem perder de vista o *critério ético material* (**Dussel**).

4 O novo papel do juiz no procedimento em contraditório

1 – A figura do juiz, desde o ponto de vista de *sujeito* do processo, demonstra que sua participação não é de mero autômato, mas está vinculada às decisões proferidas no curso do procedimento e no seu final, no exercício de sua função jurisdicional⁴⁸, sem olvidar os princípios informadores de sua atuação, mormente se adotada a matriz *eminente acusatória*. Assim é que apesar dessa participação – *sujeito* do processo –, não se pode confundir a função do juiz com a das partes, eis que não assume a condição de *contraditor*, a qual é exercida pelos *interessados*, mas de *terceiro*, responsável, todavia, pela sua regularidade na produção dos significantes probatórios. Sua função é também a de expedir, em nome do Estado, o provimento com força imperativa, atendido o *devido processo legal*⁴⁹, levando em consideração os argumentos construídos no procedimento, em decisão motivada, mesmo⁵⁰.

2 – A exteriorização do *princípio do contraditório*, na proposta de **Fazzalari**, se dá em dois momentos. Primeiro com a *informazione*, consistente no dever de informação para que possam ser exercidas as *posições jurídicas* em face das normas processuais e, num segundo momento, a *reazione*, manifestada pela possibilidade de movimento processual, sem que se constitua, todavia, em obrigação⁵¹. Logo, no caso do *Processo Penal*, o *contraditório* precisa guardar igualdade de oportunidades, exigindo, assim, a revisão de diversas regras do Código de Processo Penal brasileiro, mormente no tocante à gestão da prova e ao (dito) objeto do processo, deixando-se evidencia-

da qual a conduta a ser verificada, via denúncia/queixa apta, os meios para sua configuração e as posições processuais de cada envolvido, no que a epistemologia garantista (**Ferrajoli**) se associa.

3 – Acrescente-se, de outro lado, que o *sensu comum teórico dos juristas* pretende uma adequação do processo às finalidades do *Estado do Bem Estar Social*. Para tanto, **Dinamarco** revisita a teoria processual para a adaptar aos resultados exigidos pela população, mediante a otimização do sistema rumo à *efetividade do processo*⁵². Partindo da autonomia do Direito Processual, **Dinamarco** indica a necessidade de, a partir da razão, ter-se a consciência da *instrumentalidade* do processo em face da conjuntura social e política do seu tempo, demandando um “*aspecto ético do processo, sua conotação deontológica*.”⁵³ Esse chamado exige que o juiz tenha os predicados de um homem do seu tempo, imbuído em reduzir as desigualdades sociais e cumprir os postulados processuais constitucionais, vinculando-se aos *valores constitucionais*, em especial o valor *Justiça*. A proposta está baseada nas modificações do *Estado Liberal* rumo ao *Estado Social*⁵⁴, mas vinculada a uma posição especial do juiz no contexto democrático, dando-lhe poderes sobre-humanos⁵⁵, na linha de realização dos ‘*escopos processuais*’, com forte influência da superada *Filosofia da Consciência*, deslizando no *Imaginário* e facilitando o surgimento de *Juízes Justiceiros* da Sociedade. Entretanto, este paradigma, informado pelo modelo do *Bem-Estar Social* e da *jurisprudência de valores* não mais se sustenta, como bem afirma **Cattoni**⁵⁶, mormente em face do paradigma *habermasiano*, acolhido de forma parcial neste escrito. Não se trata mais de realizar os *valores sociais*, quer via *escopos* (**Dinamarco**) ou essencialismos dicotômicos, que em certa medida concedem um conforto *Metafísico*, mas acolher no campo das práticas jurídicas a *viragem lingüística*, cujos efeitos retiram a carga axiológica do *processo*. O *processo* precisa de uma nova postura. A pretensão de **Dinamarco** de que o juiz deve aspirar os anseios sociais ou mesmo o espírito das leis, tendo em vista uma vinculação axiológica, moralizante do jurídico, com o objetivo de realizar o sentimento de justiça do seu tempo, não mais pode ser acolhida democraticamente⁵⁷.

4 – Advirta-se, por fim, que a atuação do juiz, no procedimento, não pode ser a de realizar os anseios sociais, devendo se postar de maneira imparcial, garantindo o equilíbrio contraditório, ou seja, a verdadeira democracia processual⁵⁸. Todavia, no *ato decisório*, a pretensão *habermasiana* não pode ser acolhida como se mostra. Evidente que os argumentos formulados pelas partes devem ser levados em consideração no momento da decisão, fundamentando-se as pretensões de validade, mas não se pode negar, pela construção até aqui realizada, que o *um-julgador* esteja informado por fatores externos, condicionantes *ideológicos, criminológicos, midiáticos, inconscientes*, enfim, subjetivos que sempre são co-produtores da decisão, mesmo que obliterados retoricamente. O importante é que sua atuação do juiz no decorrer do processo como procedimento em contraditório não deve pender para a realização antecipada de suas opções *ideológicas, criminológicas*, sob pena de macular a legitimidade de sua decisão. É somente na decisão é que elas devem aparecer de maneira fundamentada.

5 Habermas e a validade discursiva

1 – A portentosa obra de **Habermas**, para os fins desta pesquisa, é acolhida de maneira pontual, especificamente no tocante ao discurso a ser instado intra-processualmente. Como já se afirmou anteriormente, o Direito Processual possui balizas democráticas, não se podendo mais aceitar a decisão isolada e sem fundamentação do Juiz, devendo este, necessariamente, considerar as pretensões de validade enunciadas pelas partes no discurso comunicativo instaurado. Neste paradigma não há espaço para discricionariedade judicial (**Hart**⁵⁹), como a interpretação não atende a uma moldura de possibilidades (**Kelsen**⁶⁰). Pelo contrário, a decisão judicial, naquilo que **Habermas** evidencia como tensão entre *faticidade* e *validade*⁶¹, exige uma nova postura dos atores jurídicos embrenhados no processo (sempre) constitucional e intersubjetivo de atribuição de sentido. A autonomia do Direito Processual não pode significar o estabelecimento de *feudos* decisórios dos magistrados, inseridos desde sempre no campo comunicacional e regulados, no caso do Processo Penal, pelas respectivas normas.

2 – Conseqüência disso é a assunção de uma nova postura por parte do juiz, ganhando relevo, por conseguinte, a *teoria da decisão judicial*. Para tanto, o ponto de partida deve se constituir na crítica à maneira pela qual o *sensu comum teórico* a vende e a *massa histórica pelo gozo dos atores jurídicos* compra a *verdade* fundante prometida apocalipticamente, e entregue sob a tutela de uma *nova dinastia*, ou 'Monastério de Sábios' – **Warat** –, os *guardiães das promessas da modernidade* – **Garapon**⁶² –, em especial a figura do Juiz, do *Super-Juiz*, sujeito cheio de predicados (serenidade, sabedoria, sapiência, moralidade, hombridade, etc), um *Juiz Hércules*, como diria **Dworkin**. A discussão, portanto, sobre o instituto da *decisão judicial* exsurge fundamental. Conquanto não se acolha o procedimentalismo *habermansiano* no que se refere à postura do Poder Judiciário⁶³, a *razão comunicativa* mostra-se, no âmbito processual, importante. Para **Habermas**, o poder da razão se fundamenta no processo de reflexão, ao revés da ciência *positivista* e a postura *cognitivista*, sendo necessário o abandono da objetividade do *pensamento monológico*. Essa teoria implica redefinição do caráter universal da *verdade*. Assim é que **Habermas** pretende que a teoria crítica cumpra os objetivos de uma sociedade, consistente no fim da *coerção* e da *injustiça* pelo estabelecimento de uma autonomia através da *razão* e harmonia *consensual* de interesses por uma administração racional da *Justiça*. Partindo da *Teoria da Opinião Pública* de **Habermas**, a *linguagem* é concebida como a garantia da *democracia*, tendente a conseguir *acordos consensuais* das decisões coletivas. Com efeito, o Estado Democrático de Direito, na visão *procedimentalista*, seria um projeto constante de acordos sobre os melhores argumentos, historicamente escolhidos pelos concernidos, em situação ideal da fala⁶⁴. Destaca **Leal** que: "Nesse ponto, a teoria do processo como procedimento em contraditório (Fazzalari) é que nos habilitou saltar de uma subjetividade apofântica milenar para uma concepção processual expressa numa relação espaço-temporal internormativa como estruturante jurídica do agir em simétrica paridade e instaladora do juízo discursivo preparatório do provimento (decisão)."⁶⁵

4 – A *Teoria da Ação Comunicativa* parte da estrutura de que quem argumenta presume que ela pode ser justificada em quatro níveis: a) o que é dito é inteligível, por regras semânticas compartilhadas; b) o conteúdo do que é dito é verdadeiro; c) o emissor justifica-se por certos direitos sociais ou normas que são invocadas no uso do idioma; d) o emissor é sincero no que diz, não tentando enganar o receptor. Em suma, não pode ser uma comunicação distorcida. O *princípio 'D'* confere à proposta *habermasiana* a possibilidade de verificação da *validade dos argumentos*, desde que sejam suscetíveis de serem justificados e obtenham o livre *assentimento* de todos os concernidos na condição de participantes – atuais ou potenciais – de um discurso público real, desenvolvido conforme as normas de uma *comunidade ideal de comunicação* ou *situação ideal da fala*, entendido este último como *princípio 'U'*⁶⁶. Na teoria da democracia *habermasiana* não se trata da escolha promovida pelo juiz⁶⁷, em seu feudo soberano, alheio e descomprometido com o debate processual argumentativo efetuado em contraditório, com ampla defesa e isonomia, mas o contrário, acolhendo, ademais, o 'giro lingüístico', ou seja, é pós-metafísica. As metodologias, pois, não concedem mais a certeza de antes. Com isto, as rançosas percepções da '*Filosofia da Consciência*' (do sujeito uno) são expungidas do campo processual, abrindo-se espaço para a democracia processual discursiva, abjurando-se, dentre outras, a legitimidade formal *kelseniana* do juiz.

6 A construção discursiva da decisão e o inconsciente

1 – Com efeito, esse processo democrático precisa garantir a *isonomia*, *publicidade*, *ampla defesa* e *contraditório*, princípios fundamentais sem os quais a sua deslegitimidade aflora e macula a decisão. No decorrer do processo os *Direitos Fundamentais* serão invocados e debatidos argumentativamente (discurso proposicional e não autoritário). O processo é quem mediará, pelo discurso, a decisão, não mais solitária do juiz⁶⁸, mas co-produzida democraticamente. Enfim, diante das pretensões de validade trazidas pelas partes no *procedimento em contraditório*, que o *um-juiz* se legitima a emitir o provimento estatal, fundamentando tanto no acolhimento quanto na rejeição das alegações, não podendo buscar a legitimação apenas por sua condição formal de emissor reconhecido. As partes possuem o direito de enunciar seus argumentos, produzirem provas e os verem devidamente analisados pelo Estado-Juiz⁶⁹.

2 – Quanto ao Processo Penal, relativamente aos direitos dos acusados, a postura a ser adotada é aquela professada pelos mais ferrenhos legalistas: *respeito às regras do jogo* de maneira transparente⁷⁰. Nada mais do que isso. Todavia, quando as regras do jogo passam a ser o entrave para a *turba sedenta pelo gozo sádico* – mormente em tempos *neoliberais* de encarceramento total da pobreza –, os argumentos jurídicos transcendentais da condenação em nome da *paz social*, da *segurança jurídica*, do *interesse pedagógico em formatar o adolescente* subvertem a lógica de garantias e se constituem no fundamento retórico e deslegitimado de uma condenação⁷¹. Não se trata, assim, de aplicar uma medida socioeducativa no interesse do adolescente, consoante o senso de Justiça⁷² do julgador, porque esta visão própria do *Código de Menores*, é totalitária. As *regras do jogo* são esquecidas por um discurso empolado, bonito, valorativo, emitido pelos imaginariamente ‘bons’, por aqueles que sabem o que é melhor para a sociedade e adolescentes⁷³, afinal, exercem as funções de juízes na sociedade em nome do *Outro* (Cap. 2º). O *princípio da legalidade* é desterrado e as concepções *criminológicas* e infracionais arraigadas no *inconsciente* do um-julgador afloram. O problema é que, como diz **Miranda Coutinho**: “O enunciado da ‘bondade da escolha’ provoca arrepios em qualquer operador do direito que frequenta o foro e convive com as decisões. Afinal, com uma base de sustentação tão débil, é sintomático prevalecer a ‘bondade’ do órgão julgador. O problema é saber, simplesmente, qual é o seu critério, ou seja, o que é a ‘bondade’ para ele. Um nazista tinha por decisão boa ordenar a morte de inocentes; e neste diapasão os exemplos multiplicam-se. Em um lugar tão vago, por outro lado, aparecem facilmente os conhecidos ‘justiceiros’, sempre lotados de ‘bondade’, em geral querendo o ‘bem’ dos condenados e, antes, o da sociedade. Em realidade, há aí puro narcisismo; gente lutando contra seus próprios fantasmas. Nada garante, então, que a ‘sua bondade’ responde à exigência de legitimidade que deve fluir do interesse da maioria. Neste momento, por elementar, é possível indagar, também aqui, dependendo da hipótese, ‘quem nos salva da bondade dos bons?’, na feliz conclusão, algures, de Agostinho Ramalho Marques Neto”.⁷⁴ Ocupam, em uma palavra, o lugar do canalha.

3 – Não obstante as críticas que se possa fazer ao paradigma *procedimentalista* – cuja proposta é inviável ser realizada na prática, abaixo do Equador, mormente numa realidade de exclusão⁷⁵, e, também, por desconsiderar que o *inconsciente* opera –, sua acolhida pode ocorrer de forma mitigada, sem o universalismo que pretende. No caminho aqui defendido, a *razão comunicativa* pode ser situada para se fixar o lugar do juiz no processo em contraditório (**Fazzalari**) como sendo aquele que no decorrer dele irá garantir as *regras do jogo*⁷⁶, sem prejuízo de seu papel específico no ato decisório, o qual deve se fundamentar no *critério material* proposto por **Dussel**.

4 – O *devido processo democrático* proposto por **Habermas**, entretanto, é paradoxal. Ao mesmo tempo em que rejeita o *solipsismo* do julgador, agora envolvido pelo *medium* lingüístico, considera que o discurso *consciente* é seu fundamento. Para ele, a legitimidade do Direito e da decisão estariam jungidas à aceitação pelos concernidos das normas e das decisões, como se isso pudesse ocorrer no plano *consciente* do sujeito único. A crítica poderia ser formulada a partir de **Heidegger** ou mesmo de **Dussel**, como já se pontuou, mas para o fim deste escrito, contudo, é **Lacan** que será trazido à baila. Para além do assentimento sincero, existem mecanismos *inconscientes* que roubam a cena, conforme deixa evidenciada a *psicanálise*. Por isso procedem as críticas de **Prado Jr.** acerca do projeto *habermasiano*, no sentido de que a leitura da *psicanálise* a partir da *psicologia do eu* efetuada por **Habermas**, renegou o *silêncio* e o *inconsciente* na formulação do consenso intersubjetivo⁷⁷. De maneira que o inasfastável *buraco* é de ser apontado com **Marques Neto**: “Há essa dimensão que ultrapassa tudo aquilo que o sujeito pode pôr de intencionalidade no seu discurso. O *inconsciente* é uma referência a esse ultrapassamento, a isso que está para além do discurso. Toda a fala é acompanhada de um cortejo de silêncios, que tem uma enorme eloqüência. O que não se diz é frequentemente mais significativo do que o que se diz.”⁷⁸ **Dews**⁷⁹, contrapondo a ‘verdade do sujeito’ em **Lacan** e **Habermas**, afirma que para **Lacan** a *cadeia de significantes* impede o encontro definitivo com o *Real*, por ser impossível, sendo que, rompendo com as concepções *racionalistas*, a (possível) representação pelo *significante* não é a *coisa*; o que há é *linguagem* sem *metalinguagem*.⁸⁰ A crítica formulada por **Lacan**, portanto, detona com a pretensão de que o ‘entendimento semântico’ possa ocorrer de forma plena, fraturando, de vez, com o ‘Círculo de Viena’ – não obstante a parcial importância deste –, impedindo, de outra face, a identidade do sujeito consciente, entre suas asserções *conscientes* e o *inconsciente*⁸¹. De sorte que a ‘rede de significantes’ reage historicamente e não é possível manter a *universalidade* das pretensões de validade do discurso *habermasiano* diante da ‘verdade do sujeito’ imbricada com o *inconsciente*, e

garantidas pelo *Outro*⁸². Repita-se que a proposta *habermasiana*, principalmente no âmbito processual, é acolhida no contexto deste escrito, especialmente nas quatro pressuposições mais importantes, destacadas por **Habermas**, consistentes no: "a) *carácter público e inclusión: no puede excluirse a nadie que, en relación con la pretensión de validez controvertida, pueda hacer una aportación relevante*; b) *igualdad en el ejercicio de las facultades de comunicación: a todos se les conceden las mismas oportunidades para expresarse sobre la materia*; c) *exclusión del engaño y la ilusión: los participantes deben creer lo que dicen*; y d) *carencia de coacciones: la comunicación debe estar libre de restricciones, ya que éstas evitan que el mejor argumento pueda salir a la luz y predeterminan el resultado de la discusión*."⁸³ E, ademais, não se perca de vista, que o 'sujeito' da *psicanálise*, por ser clivado e construído pelos *significantes* que se inscreveram durante o tempo, passa sua vida questionando o *sentido* de sua própria existência⁸⁴.

5 – Portanto, conquanto sua proposta de democracia processual – no qual as *pretensões de validade* são acolhidas 'in the long run', por mecanismos de *consenso discursivo* –, possa representar uma tentativa de continuidade do projeto do sujeito da *Modernidade*, sua perspectiva de *destranscendelizar o sujeito* navega sem a dimensão do desejo, ao arripio da *fenomenologia heideggeriana* e a barra imposta pelo sujeito clivado da *psicanálise (Lacan)*, deixando à descoberto os mecanismos de ligação da proposta ao sujeito, dado que: "Lacan não nega, evidentemente, que esse questionamento será formulado em função do repertório simbólico de uma cultura determinada, mas suas formulações deixam implícito que o que está em jogo – ao menos em parte – é a relação entre o sujeito e qualquer repositório simbólico em geral, e portanto o problema da finitude de sua realização de si enquanto sujeito."⁸⁵ Por isto, neste escrito, o acolhimento da proposta *habermasiana* é contingente, como horizonte possível de assentimento dos concernidos, sem que, todavia, constitua-se em algo plenamente factível diante dos obstáculos apontados. Sem dúvida que os pressupostos do discurso indicados por **Habermas** podem e devem nortear a atuação processual num *Estado Democrático de Direito*, desde que ciente de que a racionalidade proposta é suscetível de críticas intransponíveis. Possui, ademais, o mérito de rejeitar o *solipsismo* do julgador *decisionista*, o qual não se sustenta mais democraticamente. No entanto, nem por isso o processo como eixo democrático pode tamponar o que salta do *inconsciente* das partes nas suas argumentações e do *ser-aí-julgador*. De qualquer forma, aproveita-se sua proposta para o encadeamento procedimental necessário à legitimidade da decisão a ser proferida, eis que antecedentemente já se agregou ao projeto em construção a 'viragem lingüística', com a conseqüente rejeição da *Filosofia da Consciência*. De outra parte, é impossível que a proposta seja ultimada consoante **Habermas** pretende por desconsiderar fatores intervenientes na prolação da decisão e nos próprios argumentos lançados no processo intersubjetivo⁸⁶. É que a pretensão de *sinceridade consciente* dos argumentos é vazada pelo *inconsciente* que atravessa no *Simbólico*. Enfim, a *psicanálise*, com o desvelar do *inconsciente* deixa à céu aberto a sinceridade pressuposta por **Habermas**. A *sinceridade*, então, no máximo pode ser vista como objetivo a ser alcançado na corrida, e cuja *verificabilidade* se mostra impossível de ser aferida, ou seja, é pressuposta a *sinceridade*, mas impossível de a controlar. Esses obstáculos tornam o discurso *habermasiano*, na sua versão ideal, irrealizável no plano fático, onde o *inconsciente* – repita-se mais uma vez – surge. Por isso a necessidade do reconhecimento parcial do paradigma *habermasiano*, com **Fazzalari**, na construção da proposta do *processo como tarefa democrática inafastável*, justificando-se o aproximar deste *juiz (in)consciente*, ou do *inconsciente* do *um-juiz*.

7 Conclusão

1 – Este escrito pretendeu demonstrar que o processo penal possui um lugar e uma função na democracia, a saber, um espaço de diálogo em que o contraditório deve ser garantido. É a partir do contraditório que se estabelece a legitimidade do provimento judicial. Claro que o conteúdo da decisão estará vinculado a outros fatores, dado que inexistente decisão neutra. Há sempre a aderência – mesmo alienada – a um modelo ideológico.

2 – O que importa é reestabelecer um espaço democrático no processo penal brasileiro, superando a visão prevalecente, onde o ritual e a postura inquisitória ceifam qualquer possibilidade de democracia processual, no que **Fazzalari** pode ser um sendero. Por isto a importância de seu estudo, acompanhado de reflexões sobre a linguagem e a opção ética que subjaz a decisão judicial (**Dussel**), quer consciente ou inconscientemente.

Referências

- BINDER, A. M. **Iniciación al Proceso Penal Acusatorio**. Buenos Aires: Campomanes, 2000.
- _____. **Introducción al Derecho Penal**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004.
- _____. **O descumprimento das formas processuais: elementos para uma crítica da Teoria Unitária das Nulidades no Processo Penal**. Trad. Angela Nogueira Pessoa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- BREDA, A. A. Efeitos da declaração de nulidade no processo penal. *In: Revista do Ministério Público do Estado do Paraná*, a.9, n. 9, Curitiba, 1980
- CADEMARTORI, S. U. **Estado de direito e legitimidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- CAMARGO, A. B. de. Windscheid e o rompimento com a fórmula de Celso. *In: MIRANDA COUTINHO, J. N. Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001
- CATTONI, M. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- CHIOVENDA, G. **Instituições de direito processual civil**. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965.
- CLÈVE, C. M. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: RT, 1995.
- CORDERO, F. **Procedimento Penal**. Trad. Jorge Guerrero. Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000. v. 1.
- DEWS, P. A verdade do sujeito: linguagem, validade e transcendência em Lacan e Habermas. *In: SAFATLE, V. (Org.) Um limite tenso: Lacan entre a Filosofia e a Psicanálise*. São Paulo: UNESP, 2003.
- DINAMARCO, C. R. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2002.
- DUSSEL, E. **Ética da Libertação: na idade da globalização e da exclusão**. Trad. Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen e Lúcia M. E. Orth. Petrópolis: Vozes, 2002.
- FAZZALARI, E. Il cammino della sentenza e della cosa giudicata. *In: Rivista di Diritto processuale*. Padova: Cedam, 1988, v. XLIII, n. 5, (II série).
- GARAPON, A. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- GONÇALVES, A. P. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: AIDE, 2001.
- HABERMAS, J. **Acción comunicativa y razón sin transcendencia**. Trad. Beatriz Vianna Boeira. Barcelona: Paidós, 2002
- _____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HART, H. L. A. **O conceito de Direito**. Trad. A Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1973.
- JARDIM, A. S. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1991
- LA BOÉTIE, É. de. **Discurso sobre a servidão voluntária**. Trad. J. Cretella Jr. São Paulo: RT, 2003.
- LACAN, J. **Escritos**. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- LEAL, A. C. **O contraditório e a fundamentação das decisões**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- LEAL, R. P. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.
- LOPES JR, A. Prefácio. *In: COSTA, A. P. M. As Garantias Processuais e o Direito Penal Juvenil como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- LUDWIG, C. Razão Comunicativa e Direito em Habermas. *In: A Escola de Frankfurt no Direito*. Curitiba: UFPR, 1997, p. 117.
- MARQUES NETO, A. R. O Poder Judiciário na Perspectiva da Sociedade Democrática: O Juiz Cidadão. *In: Revista ANAMATRA*. São Paulo, n. 21, 1994, p. 49.
- MARTINS, N. J. S. **Poderes do juiz no processo civil**. São Paulo: Dialética, 2004, p. 19-87.
- MIRANDA COUTINHO, J. N. de. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1998.
- _____. **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- _____. Ensino do Direito na UFPR: Voto à Esperança. *In: Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, n. 36, p. 137-145, 2001

- _____. Glosas ao 'Verdade, Dúvida e Certeza', de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito. *In: Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos (2001-2002)*. Rio de Janeiro, 2002, p. 189.
- MUÑOZ CONDE, F. **La búsqueda de la verdad en el proceso penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2003.
- PORTANOVA, R. **Princípios do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- PRADO JR, B. **Alguns Ensaios: Filosofia, Literatura, Psicanálise**. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- RAMOS, J. G. G. **Audiência Processual Penal: Doutrina e Jurisprudência**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- ROMAN BORGES, C. M. Jurisdição e amizade, um resgate do pensamento de Etienne La Boétie. *In: MIRANDA COUTINHO, J. N. de. Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ROCHA, J. de A. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 1999.
- ROSA, A. M. da. **Decisão Penal: a bricolage de significantes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- _____. **Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SCHIER, P. R. **Filtragem constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1999.
- STRECK, L. L. A Concretização de Direitos e a Validade da Tese da Constituição Dirigente em Países de Modernidade Tardia. *In: NUNES, A. J. A.; MIRANDA COUTINHO, J. N. de (orgs.). Diálogos Constitucionais Brasil/Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004,
- TOURINHO FILHO, F. da C. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- TUCCI, R. L. **Teoria do Direito Processual Penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 20.
- VILAS BOAS, M. A. **Processo Penal Completo**. São Paulo: Saraiva, 2001.

Notas

- 1 Doutor em Direito do Estado pela UFPR. Mestre em Direito (UFSC). Professor do Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI. Juiz de Direito (TJSC). **E-MAIL:** alexandremoraisdarsosa@gmail.com
- 2 DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação: na idade da globalização e da exclusão**. Trad. Epharaim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen e Lúcia M. E. Orth. Petrópolis: Vozes, 2002.
- 3 ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão Penal: a bricolage de significantes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- 4 LOPES JR, Aury. *Prefácio*. *In: COSTA, Ana Paula Motta. As Garantias Processuais e o Direito Penal Juvenil como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 17.
- 5 TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do Direito Processual Penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 20; MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. **Poderes do juiz no processo civil**. São Paulo: Dialética, 2004, p. 19-87. FAZZALARI, Elio. Il cammino della sentenza e della cosa giudicata. *In: Rivista di Diritto processuale*. Padova: Cedam, 1988, v. XLIII, n. 5, (II série), p. 589-597.
- 6 ROMAN BORGES, Clara Maria. Jurisdição e amizade, um resgate do pensamento de Etienne La Boétie. *In: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 73-108.
- 7 CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 2.
- 8 ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão Penal: a bricolage de significantes...**
- 9 BINDER, Alberto M. **Introducción al Derecho Penal**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004, p. 17-32.
- 10 LA BOÉTIE, Étienne de. **Discurso sobre a servidão voluntária**. Trad. J. Cretella Jr. São Paulo: RT, 2003, p. 29: "Os audaciosos, para adquirir o bem que desejam, não temem o perigo; os prudentes não recusam o sacrifício; os covardes e entorpecidos não sabem nem suportar o mal, nem recobrar o bem: limitam-se a desejá-lo e a virtude de pretendê-lo lhes é tirada pela covardia; o desejo de obtê-lo lhes é de natureza. Este desejo, esta vontade é comum aos sensatos e aos irrefletidos, aos corajosos e aos covardes, de querer todas as coisas que, uma vez adquiridas, os tornariam felizes e contentes."
- 11 ROMAN BORGES, Clara Maria. Jurisdição e amizade..., p. 101.

- 12 LA BOÉTIE, Étienne de. **Discurso sobre a servidão voluntária...**, p. 25: "Mas falando em sã consciência, é extrema infelicidade estar sujeito a um senhor, do qual jamais se sabe se pode assegurar se é bom, pois está sempre em seu poder ser mau, quando o quiser."
- 13 LA BOÉTIE, Étienne de. **Discurso sobre a servidão voluntária...**, p. 26: "Mas é de lamentar a servidão, ou então, não se surpreender, nem se lamentar, mas suportar o mal pacientemente e esperar melhor sorte no futuro."
- 14 LA BOÉTIE, Étienne de. **Discurso sobre a servidão voluntária...**, p. 30: "Semeais vossos frutos, para que deles faça estrago; mobiliais e supris vossas casas, para fornecer-lhe as pilhagens; alimentais vossas filhas, para que ele tenha com que saciar sua luxúria; alimentais vossas crianças, para que façam o melhor que souberem fazer, que é levá-las às guerras, que as conduza à carnificina, que as faça ministros de sua cobiça e executoras de suas vinganças; sacrificais vossas pessoas, para que ele possa desfrutar de suas delícias e chafurdar nos prazeres sujos e vis; enfraqueceis-vos, para torná-lo mais forte e rígido ao encurtar-vos as rédeas; e tantas indignidades, que os próprios animais ou não as sentiriam ou não as suportariam, podeis livrar-vos, se o tentardes, não de livrar-vos, mas apenas de desejar fazê-lo. Sede resolutos em não servir mais e eis-vos livres. Não quero que o empurreis ou abaleis, mas apenas que não o sustenteis mais e o vereis, qual grande colosso a quem se tirou a base, desfazer-se debaixo do próprio peso e romper-se."
- 15 LA BOÉTIE, Étienne de. **Discurso sobre a servidão voluntária...**, p. 31.
- 16 MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Ensino do Direito na UFPR: Voto à Esperança. *In: Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, n. 36, p. 137-145, 2001, p. 143.
- 17 LA BOÉTIE, Étienne de. **Discurso sobre a servidão voluntária...**, p. 37: "Digamos, portanto, que ao homem todas as coisas parecem naturais, nas quais é criado e nas quais se habitua, mas isso só o torna ingênuo, naquilo que a natureza simples inalterada o chama; assim, a primeira razão da servidão voluntária é o costume."
- 18 LA BOÉTIE, Étienne de. **Discurso sobre a servidão voluntária...**, p. 36.
- 19 ROMAN BORGES, Clara Maria. Jurisdição e amizade..., p. 102.
- 20 TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do Direito Processual Penal...**, p. 57-156.
- 21 CAMARGO, Acir Bueno de. Windscheid e o rompimento com a fórmula de Celso. *In: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson. Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 111-144.
- 22 MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1998, p. 137.
- 23 JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 27. No mesmo sentido: TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 479; VILAS BOAS, Marco Antonio. **Processo Penal Completo**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 401; ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 223; PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 144.
- 24 BINDER, Alberto M. **Iniciación al Proceso Penal Acusatorio**. Campomanes: Buenos Aires, 2000, p. 11.
- 25 BINDER, Alberto M. **Iniciación al Proceso Penal Acusatorio...**, p. 26: "Sin embargo, algunas de las decisiones fundamentales – como el respeto a la dignidad humana, la transformación de la sociedad, la preservación de la verdadera igualdad y de la justicia social, etc. – están implícitas en el texto. Empero, es importante que el estudioso inicie un camino de reflexión y crítica personal, orientado a un modelo propio de Política Criminal, que lo tenga siempre presente y que aprenda a luchar por él."
- 26 BINDER, Alberto M. **Iniciación al Proceso Penal Acusatorio...**, p. 31.
- 27 CORDERO, Franco. **Procedimento Penal**, Trad. Jorge Guerrero. Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000. v. 1, p. 328-337.
- 28 FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di diritto processuale**. Padova: CEDAM, 1994, p. 85-86.
- 29 Neste sentido: GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: AIDE, 2001, p. 102-132; CATTONI, Marcelo. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002; LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002; LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.
- 30 MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 6-9: "A crítica honesta, sabem todos por ser primário, só pode ser

reconhecida quando partida de alguém que está inserido no contexto. Daí a necessidade de verificar o papel do juiz no processo penal dentro da doutrina clássica.”

- 31 ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- 32 CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: RT, 1995; SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1999.
- 33 GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual...**, p. 115: “Há processo sempre onde houver o procedimento realizando-se em contraditório entre os interessados, e a essência deste está na ‘simétrica paridade’ da participação, nos atos que preparam o provimento, daqueles que nele são interessados porque, como seus destinatários, sofrerão seus efeitos.”
- 34 FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di diritto processuale...**, p. 51: “Delle posizioni soggettive primarie (facoltà, potere, dovere) abbiamo fatto cenno. Mediante un altro passaggio logico, cioè collegando l’oggetto del comportamento descritto dalla norma al soggetto al quale essa, con la propria valutazione, assicura una posizione di preminenza (in ordine a quell’oggetto, appunto), si perviene ad un’altra posizione fondamentale, di secondo grado: il diritto soggettivo. Così, la norma che concede al soggetto una facoltà, o un potere, costituisce in capo a lui una posizione di preminenza (così, il potere può indicarsi e viene indicato anche come diritto potestativo. Non altrimenti, la norma che impone ad un soggetto il dovere di prestare alcunché ad un altro soggetto conferisce a quest’ultimo una posizione di preminenza sull’oggetto della prestazione, dunque un diritto soggettivo (si pensi al diritto di credito: la posizione di chi è destinatario dell’altri obbligo di prestare). Del diritto soggettivo che – a differenza di quello costituito dal dovere di uno (o più) soggetti: perciò indicato come relativo – è realizzato dai doveri di tutti i consociati (escluso il titolare del diritto) ed è detto perciò assoluto, nonchè del diritto soggettivo reale.”
- 35 GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual...**, p. 106: “Se da norma decorre uma faculdade ou um poder, para o sujeito, sua posição de vantagem incide sobre o objeto daquela faculdade ou daquele poder que a norma lhe conferiu.”
- 36 GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual...**, p. 107.
- 37 GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual...**, p. 108.
- 38 FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di diritto processuale...**, p. 77-78.
- 39 BREDA, Antonio Acir. Efeitos da declaração de nulidade no processo penal. In: **Revista do Ministério Público do Estado do Paraná**, a.9, n. 9, Curitiba, 1980, p. 184: “É que a declaração de nulidade exige a regressão do procedimento ao momento processual em que foi o ato nulo praticado. Daí por diante, todos os demais atos processuais são atingidos pela nulidade.”
- 40 CORDERO, Franco. **Procedimento Penal**, v. 1..., p. 328.
- 41 GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual...**, p. 109: “Posição subjetiva é a posição de sujeitos perante a norma, que valora suas condutas como lícitas, facultadas ou devidas.”
- 42 BINDER, Alberto M. **O descumprimento das formas processuais: elementos para uma crítica da Teoria Unitária das Nulidades no Processo Penal**. Trad. Angela Nogueira Pessoa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- 43 GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual...**, p. 111: “O ato praticado fora dessa estrutura, sem a observância de seu pressuposto, não pode ser por ela acolhido validamente, porque não pode ser nela inserido.”
- 44 FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di diritto processuale...**, p. 85.
- 45 LOPES JR, Aury. Prefácio. In: COSTA, Ana Paula Motta. **As Garantias Processuais...**, p. 18: “Basta recordar as lições de Guarnieri: acreditar na imparcialidade do Ministério Público é incidir no erro de confiar *al lobo la mejor defensa del cordero*.”
- 46 GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual...**, p. 126.
- 47 GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual...**, p. 120: “A conotação citada como uma aproximação do conceito atual de contraditório explica-se, pois ele exige mais do que a audiência da parte, mais do que o direito das partes de se fazerem ouvir. Hoje, seu conceito evoluiu para o de garantia de participação das partes, no sentido em que já falava VON JHERING, em simétrica paridade de armas, no sentido de justiça interna no processo, de justiça no processo, quando as mesmas oportunidades são distribuídas com igualdade às partes.”
- 48 FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di diritto processuale...**, p. 85-86.

- 49 CADEMARTORI, Sergio. **Estado de direito e legitimidade**. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 1999.
- 50 GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual...**, p. 121-122: "O juiz, perante os interesses em jogo, é terceiro, e deve ter essa posição para poder comparecer como sujeito de atos de um determinado processo e como autor do provimento. Essa é uma garantia das partes, que se expressa tanto pelo princípio do juízo natural, e não pós-constituído, tanto pelas normas que controlam a competência do juiz. Investido dos deveres da jurisdição, o juiz não entra no jogo do dizer-e-contra-dizer, não se faz contraditor. Seus atos passam pelo controle das partes, na medida em que a lei lhes possibilita insurgir-se contra eles."
- 51 GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual...**, p. 126-127.
- 52 DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 13: "É preciso, em outras palavras, retornar à dogmática processual, agora com o espírito esclarecido pela visão dos objetivos a conquistar."
- 53 DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo...**, p. 22-26.
- 54 DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo...**, p. 34-35.
- 55 DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo...**, p. 48: "Imbuído dos valores dominantes, o juiz é um intérprete qualificado e legitimado a buscar um deles, a descobrir-lhes o significado e a julgar os casos concretos na conformidade dos resultados dessa busca e interpretação [...] Cada direito, em concreto (ou cada situação em que a existência de direito é negada), é sempre resultante da acomodação de uma concreta situação de fato nas hipóteses oferecidas pelo ordenamento jurídico: mediante esse enquadramento e o trabalho de investigação do significado dos preceitos abstratos segundo os valores que, no tempo presente, legitimam a disposição, chega-se à 'vontade concreta da lei', ou seja, ao concreto preceito que o ordenamento dirige ao caso em exame. Por isso é que, quando os tribunais interpretam a Constituição ou a lei, eles somente canalizam a vontade dominante, ou seja, a síntese das opções axiológicas da nação. O comando concreto que emitem constitui mera revelação do preexistente, sem nada acrescentar ao mundo jurídico além da certeza."
- 56 CATTONI, Marcelo. **Direito Processual Constitucional...**, p. 12.
- 57 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual...**, p. 68-69: "Quando Cândido Dinamarco proclama, ao se contrapor a Fazzalari, que a diferença entre ambos 'é que o professor de Roma põe o Processo ao centro do sistema' enquanto a proposta é que 'ali se ponha a jurisdição', conclui-se facilmente que o insigne professor paulista e seus inúmeros discípulos, em todo o Brasil e no mundo, ainda não fizeram opção pelo estudo do direito democrático, pensando ser ainda ser o plano da **DECISÃO** exclusivo do decisor (juiz) e não um espaço procedimental de argumentos e fundamentos processualmente assegurados até mesmo para discutir a legitimidade da força do direito e dos critérios jurídicos de sua produção, aplicação e recriação."
- 58 RAMOS, João Gualberto Garcez. **Audiência Processual Penal: Doutrina e Jurisprudência**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 19
- 59 HART, Herbert L.A. **O conceito de Direito**. Trad. A Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1973, p. 137-168.
- 60 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 363-371.
- 61 HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1 e 2.
- 62 GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- 63 STRECK, Lenio Luiz. A Concretização de Direitos e a Validade da Tese da Constituição Dirigente em Países de Modernidade Tardia. In: NUNES, Antônio José Avelãs; MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de (orgs.). **Diálogos Constitucionais Brasil/Portugal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 301-371. MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material...**, p. 81-91.
- 64 HABERMAS, Jürgen. **Acción comunicativa y razón sin transcendencia**. Trad. Beatriz Vianna Boeira. Barcelona: Paidós, 2002, p. 47.
- 65 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual...**, p. 15.
- 66 LUDWIG, Celso. Razão Comunicativa e Direito em Habermas. In: **A Escola de Frankfurt no Direito**. Curitiba: UFPR, 1997, p. 117.

- 67 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual...**, p. 27: "Com Fazzalari, foi possível um salto epistemológico que retirou a *decisão* da esfera individualista, prescritiva e instrumental da razão prática do decisor."
- 68 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual...**, p. 112: "A técnica do silogismo pelo jogo de premissas, com supressão do *processo* como estrutura encaminhadora da *decisão*, poderá premiar o decididor pela coerência dos juízos elaborativos do provimento. Entretanto, ainda que primorosa a *decisão* assim obtida, é negativa do *devido processo legal*, porque, no *direito democrático*, o acerto da *decisão* não se autojustifica ante a ausência de procedimento processualizado, que é o elemento teorizador de legitimidade do sistema jurídico constitucionalmente acolhido. Isto é: no *direito democrático*, só a institucionalização constitucional do *processo* como eixo de *decisão* das situações jurídicas asseguradas no ordenamento jurídico (*as chamadas relações de direito material ou formal*) é que tornam legítimas a dirimência dos conflitos normativos e a definição de direitos alegados ou exercidos."
- 69 CATTONI, Marcelo. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 60.
- 70 CATTONI, Marcelo. **Direito Processual Constitucional...**, p. 78-79.
- 71 CORDERO, Franco. **Procedimento Penal**, v. 1..., p. 264: "Amorfismo. Era característico del método inquisitorio, pues en el proceso reducido a sondeo introspectivo, las formas constituyen un dato secundario o simplemente sin importancia, pues solo cuenta el resultado, no importa cómo sea obtenido."
- 72 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual...**, p. 107-108: "Porque, para eles, em qualquer hipótese, as decisões serão produzidas por um senso de justiça que lhes é comum pelo resultado de manter a ordem e a segurança jurídica, social, moral ou ética, sem se perguntarem sobre as origens teórico-processuais da ordem jurídica, social, moral ou ética que estão a preservar."
- 73 MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. O Poder Judiciário na Perspectiva da Sociedade Democrática: O Juiz Cidadão. In: **Revista ANAMATRA**. São Paulo, n. 21, 1994, p. 50: "Uma vez perguntei: quem nos protege da bondade dos bons? Do ponto de vista do cidadão comum, nada nos garante, 'a priori', que nas mãos do Juiz estamos em boas mãos, mesmo que essas mãos sejam boas. [...] Enfim, é necessário, parece-me, que a sociedade, na medida em que o lugar do Juiz é um lugar que aponta para o grande Outro, para o simbólico, para o terceiro."
- 74 MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Glosas ao 'Verdade, Dúvida e Certeza', de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito. In: **Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos (2001-2002)**. Rio de Janeiro, 2002, p. 188.
- 75 DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação...**, p. 198-202. MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. O papel da jurisdição constitucional..., p. 54: "Daí ser incompreensível e inaceitável a posição de alguns dos nossos teóricos, mordidos pela mosca azul da nobreza do pensamento europeu e europeizante. Por isso que cansa o discurso; por isso que cansa o gueriguéri, cansa o blá-blá-blá. É como se ressoasse pelo país: e daí, meu amigo, eu quero comer!"
- 76 CATTONI, Marcelo. **Direito Processual Constitucional...**, p. 15: "Assim é que os juízes, não devem comporta-se, embora tantos se comportem, como donos da verdade e guardiões das virtudes."
- 77 PRADO JR, Bento. **Alguns Ensaios: Filosofia, Literatura, Psicanálise**. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 25: "É pelo menos curioso que alguém, que busca a verdade de Freud no que ele não disse, negue a idéia do inconsciente como discurso mudo, ou como um campo prévio que (tornando possível a linguagem) é de natureza análoga àquilo que torna possível, sem ser propriamente linguagem."
- 78 MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. O Poder Judiciário na Perspectiva..., p. 48.
- 79 DEWS, Peter. A verdade do sujeito: linguagem, validade e transcendência em Lacan e Habermas. In: SAFATLE, Vladimir (Org.) **Um limite tenso: Lacan entre a Filosofia e a Psicanálise**. São Paulo: UNESP, 2003, p. 75-105.
- 80 LACAN, Jacques. **Escritos**. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998, p. 501: "Por essa via, as coisas não podem fazer mais que demonstrar que nenhuma significação se sustenta a não ser pela remissão a uma outra significação: o que toca, em última instância, na observação de que não há língua existente à qual se coloque a questão de sua insuficiência para abranger o campo do significado, posto que atender a todas as necessidades é um efeito de sua existência como língua. Se formos discernir na linguagem a constituição do objeto, só poderemos constatar que ela se encontra apenas no nível do conceito, bem diferente de qualquer divergente, e que a coisa, evidentemente ao se reduzir ao nome, cinde-se no duplo raio divergente: o da causa em que ela encontrou abrigo em nossa língua e o do nada ao que ela abandonou sua veste latina (rem). Essas considerações, por mais existentes que sejam para o filósofo, desviam-nos do lugar de onde a linguagem nos interroga sobre

- a natureza. E fracassaremos em sustentar sua questão enquanto não nos tivermos livrado da ilusão de que o significante atende à função de representar o significado, ou, melhor dizendo: de que o significante tem que responder por sua existência a título de uma significação qualquer. Pois, mesmo ao se reduzir a esta última fórmula, a heresia é a mesma. É ela que conduz o positivismo lógico à busca do sentido do sentido, do *meaning of meaning*, tal como se denomina, na língua em que se agitam seus devotos, o objetivo. Donde se constata que o texto mais carregado de sentido desfaz-se, nessa análise, em bagatelas insignificantes, só resistindo a ela os algoritmos matemáticos, os quais, como seria de se esperar, são sem sentido algum.”
- 81 DEWS, Peter. A verdade do sujeito..., p. 91.
- 82 LACAN, Jacques. **Escritos...**, p. 529: “Se eu disse que o inconsciente é o discurso do Outro com maiúscula, foi para apontar o para-além em que se ata o reconhecimento do desejo ao desejo de reconhecimento. [...] Pois, se posso fazer meu adversário cair no engodo com um movimento contrário ao meu plano de batalha, esse movimento só exerce seu efeito enganador justamente na medida em que eu o produza na realidade, e para meu adversário. Mas, nas proposições através das quais iniciou com ele uma negociação de paz, é num lugar terceiro, que não é nem minha fala nem meu interlocutor, que o que ela lhe propõe se situa. Esse lugar não é senão o da convenção significante, tal como se desrevela no cômico desta queixa dolorosa do judeu a seu amigo: ‘Por que me dizes que vias a Cracóvia para que eu ache que vais a Lemberg, quando na verdade estás indo a Cracóvia?’”
- 83 HABERMAS, Jürgen. **Acción Comunicativa y Razón Sin Transcendencia...**, p. 56.
- 84 LACAN, Jacques. **Escritos...**, p. 556: “Pois, certamente, os sulcos que o significante cava no mundo real vão buscar, para alargá-las, as hiências que ele lhe oferece como ente, a ponto de poder persistir uma ambigüidade quanto a apreender se o significante não segue ali a lei do significado. Mas, o mesmo não acontece no nível do questionamento, não do lugar do sujeito no mundo, porém de sua existência como sujeito, questionamento este que, a partir dele, vai estender-se à sua relação intramundana com os objetos e à existência do mundo, na medida em que ela também pode ser questionada para-além de sua ordem.”
- 85 DEWS, Peter. A verdade do sujeito..., p. 102.
- 86 MUÑOZ CONDE. Francisco. *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2003, p. 106: “Como advierte Habermas, la búsqueda de la verdad en el discurso institucional tiene unas particularidades que la distinguen de la búsqueda de la verdad en el discurso libre de dominio, en el que precisamente por serlo, todas las partes están en un plano de igualdad y tienen el mismo interés en encontrar la verdad.”

Recebido em: 05/06

Avaliado em: 05/06

Aprovado para publicação em: 07/06

