

CONSIDERAÇÕES SOBRE O CAMPO ÉTICO NO ENFRENTAMENTO JURISDICIONAL DA CORRUPÇÃO

CONSIDERATIONS ABOUT THE ETHICAL FIELD IN JURISDICTIONAL COPING OF CORRUPTION

Luiz Sergio Fernandes de Souza¹

Doutor em Direito (USP, São Paulo/SP, Brasil)

ÁREA(S): Filosofia do Direito.

RESUMO: Busca-se discutir, no presente estudo, do ponto de vista do *campo ético*, as dificuldades enfrentadas pelo Judiciário no arbitramento das questões que envolvem corrupção, o que desafia a análise de temas polêmicos e atuais, a exemplo da judicialização da política e da politização da magistratura, além de abrir debate em torno do chamado *garantismo processual*, tudo no contexto do instrumentalismo jurídico. Para tanto, tratou-se de desenvolver análise de base indutiva, partindo de fatos de domínio público, representativos do universo que se pretende investigar, rumo à conclusão de que se não se pode prescindir de meios legítimos na

consecução de um fim ético, igualmente certo é que o paradigma vigente no processo penal tem de passar por uma revisão, porque a técnica não pode conspirar contra a ética.

ABSTRACT: *This paper aims to discuss, from the point of view of the ethical field, the difficulties faced by the Judiciary in the arbitration concerning corruption, which challenges the analysis of current and polemical issues, such as judicialization of politics and judiciary politicization, in addition to promoting debates on the procedural guaranteeism, all in the legal instrumentalism context. To this end, it was developed an inductive analysis based upon public domain facts representing the universe which is intended to be*

¹ Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Professor Assistente, Doutor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), instituição na qual leciona nos cursos de Graduação e Pós-Graduação, Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo (USP), Coordenador da Área de Filosofia do Direito da Escola Paulista da Magistratura (EPM). E-mail: luizsouza@tjsp.jus.br. Currículo: <<http://lattes.cnpq.br/7685123874441725>>. Orcid: <<https://orcid.org/0000-0003-3102-6353>>.

investigated, towards the conclusion that if legitimate means are indispensable to achieve an ethical end, it is evenly right that the usual paradigm for criminal proceedings must be subjected to review, for technique should not conspire against ethics.

PALAVRAS-CHAVE: Ética; Poder Judiciário; corrupção; ativismo judicial; judicialização da política.

KEYWORDS: *Ethics; Judiciary; corruption; judicial activism; judicialization of politics.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A expansão do controle jurisdicional; 2 Corrupção, ativismo judicial e direitos humanos; 3 O campo ético e a esfera da cultura; 4 A técnica processual e a realização de valores; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 The expansion of judicial control; 2 Corruption, judicial activism and human rights; 3 The ethical field and sphere of culture; 4 The procedural technique and realization of values; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

O escritor francês George Bernanos (2018:21), na obra *A França contra os robôs* – escrita na década de 1940, período em que esteve exilado no Brasil –, afirma que “um mundo ganho para a técnica está perdido para a liberdade”, o que leva a refletir sobre a importância da *praxis* do direito na construção de significados relevantes do ponto de vista da preservação dos valores fundamentais.

O tema sugere a discussão em torno das relações que transcorrem entre a chamada Ética do Bem (Moral Social e Direito) e a Ética do Poder (Política), perspectiva da qual se pretende examinar, neste despretensioso ensaio, as dificuldades que estão postas para o combate da corrupção pela via jurisdicional.

1 A EXPANSÃO DO CONTROLE JURISDICIONAL

San Tiago Dantas (1979:35-47), já em 1940, apercebera-se de que a política, no século XX, havia recuperado seu incontestável império, colocando para o jurista problemas que ele não estava preparado para resolver. Sustentava que a cultura representa a subjugação do mundo físico pela técnica, a par de um controle do homem sobre a razão técnica. A cultura é composta, assim, de um controle técnico e de um controle ético, de cuja adequada relação depende a expansão ou a decadência de uma civilização, de um grupo social. Advertia, naquela época, que o direito, como técnica de controle social, vinha perdendo

espaço para outras técnicas de composição de conflitos, menos dominadas pelo princípio ético e dotadas de grau mais elevado de eficiência, a exemplo da economia.

E há hoje quem sustente, do ponto de vista de um neoliberalismo econômico pragmático, que o combate à corrupção, por não preservar empresas e criar incertezas, levando à paralisação do consumo e dos investimentos em setores estratégicos, representa um desserviço ao País, com o que se confundem as noções de *valor* e *valia*, *valoração* e *avaliação*.

Em meio à crise do modelo de representação política, às dificuldades de superar um presidencialismo de coalizão, tudo permeado por aquilo que chamo de “círculo político pseudoideológico” (com matizes retóricos de direita, da social democracia e de esquerda), o Judiciário é chamado a arbitrar conflitos que, de acordo com o clássico modelo da tripartição dos poderes – no qual se formou a nossa tradição constitucional –, estão na esfera da atuação política.

Essa hipertrofia do Poder Judiciário acaba chamando a atenção para um importante aspecto, que diz respeito, precisamente, à necessidade de se pensar o Direito, no campo das *técnicas* de composição de conflito, como domínio ético. Na ideia de Estado Democrático de Direito, regime adotado no Brasil, inscrevem-se não só a vontade da maioria, a igualdade, a liberdade, a garantia dos direitos das minorias, o pluralismo político, o respeito à dignidade, ao trabalho e à livre iniciativa (art. 1º, incisos e parágrafo único, da CF), mas também a noção de *Democracia Ética*, que não se esgota no respeito às regras do jogo (procedimentalismo), exigindo a atuação de um sujeito consciente de suas possibilidades e de seus limites.

Nesse passo, inegável que a chamada “judicialização da política” – que tem como corolário a “politização do Judiciário” – atua no sentido de conter a interferência desagregadora dos “círculos políticos pseudoideológicos” e das práticas menos ortodoxas do liberalismo econômico pragmático, o mesmo que consente no emprego de quaisquer meios, contanto que sejam atingidos determinados fins.

Mas assim como há um uso instrumental, uma espécie de “agir estratégico parasitário do agir comunicativo” (para lembrar uma categoria *habermasiana*) no chamado *garantismo processual* (visão segundo a qual a jurisdição está submetida à presunção da inocência e ao imperativo da imparcialidade do juiz), poderão ocorrer consequências desagregadoras no *agir estratégico parasitário do agir*

comunicativo no concernente à atuação concreta do juiz, o que sugere a existência de uma ordem jurídica afastada da noção de *Democracia Ética*.

Destarte, enquanto o *agir comunicativo* busca o entendimento mútuo, a *ação estratégica* está comprometida com o êxito, com a consecução de determinadas finalidades na base de supostas regras racionais de escolha, prescindindo, por isto, de qualquer recurso à motivação racional. O direito integra a esfera cultural, um compartimento do mundo vivido que está preservado da ameaça da esfera sistêmica, própria das relações burocráticas e econômicas, que tendem a enfraquecer aquela razão comunicativa. O grande problema reside em que, embora a retórica se mova num campo social – no que se revela a sua capacidade de resistência ao poder de expansão dos subsistemas de ação instrumental –, o Direito, como um todo, não pode se dissociar da sua base normativa e, portanto, da possibilidade do uso da força, o que faz pensar na contaminação de um agir comunicativo por um agir estratégico (Habermas, 1990:86-101).

Enfim, o processo não é propriamente uma disputa cheia de medidas, nele se refletindo as mesmas tensões do resto da sociedade, razão pela qual, por mais que se tenha em conta o fato de ser o Direito uma ciência do espírito, não se pode fechar os olhos para a inegável capacidade de cooptação das formas de ação instrumental, que acabam colonizando o mundo da vida, tornando-se parasitárias do agir comunicativo.

E aqui não se está a falar em “corrupção do juiz” no sentido da preocupação já existente, desde os tempos do Código de Hamurabi, com a conduta venal do Magistrado, que, de outra perspectiva, na visão judaico-cristã do Deuterônomo, rompe a aliança com Deus ao agir mediante suborno. Fala-se, isto sim, num certo *ativismo judicial*, que se poderia definir – para os propósitos de nossa breve exposição – como atuação judicial voltada à realização de uma visão particular do Direito, de um sentimento de justiça e de um voluntarismo que resvala o psicologismo ou o *emotivismo ético de Nietzsche* (2017:17-49), presente na *Genealogia da Moral*, do qual está impregnado o Direito Livre, Escola formada por Kantorowicz e Isay.

2 CORRUPÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E DIREITOS HUMANOS

O *ativismo judicial* aportou no Brasil na base da leitura que alguns juízes, advogados e integrantes do Ministério Público passaram a fazer do chamado “Direito Alternativo”, uma tendência que estivera em voga na Europa até o final da década de 1960, e que aqui chegou tardiamente, na década de 1980

(Souza, 1995:197-207; Deodato, 2002:113-137). Depois, o ativismo ganhou outros contornos, com sólidos fundamentos teóricos (Teubner, 1988:17-100), que não vem ao caso discutir aqui, importando frisar apenas que as práticas do ativismo judicial renunciam à diferenciação funcional entre Direito e Política, diferenciação essa que se fez a partir de Max Weber e Hans Kelsen e que se encontra presente, por exemplo, nas contribuições de Niklas Luhmann².

Desse ponto de vista, quando se fala em “CPI Lava Toga”³, utilizando-se do mesmo campo semântico da chamada “Lava Jato”⁴, está-se confundindo, propositalmente ou não, *ativismo judicial* e *corrupção*, vale dizer, dando-se ao ativismo judicial um significado que ele historicamente não tem, na construção feita pela Teoria Política e pela Filosofia do Direito. Dito de outra forma, ao baralhar os conceitos, está-se criminalizando o ativismo judicial e, ao mesmo tempo (numa via de mão dupla), dizendo que as suspeitas que pesam, no

² A propósito dos pontos de contato das teorias de Weber e Kelsen, no concernente à diferenciação funcional entre Direito e Política, v. Gabriel Prado de Souza Aranha. *A dominação legal como expressão do direito nas sociedades burocráticas: diálogo entre a sociologia compreensiva e a teoria pura do Direito*. São Paulo: Letramento Editora e Livraria, 2018. Ainda sobre esta diferenciação, v. LUHMANN, Niklas. *Sistema jurídico e dogmática jurídica*. Trad. Ignácio de Otto Pardo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 29, 40-47, 61, 90, 110 e 113.

³ A expressão, cunhada pela mídia, designa sucessivos requerimentos, formulados no Senado, com fundamento na norma do art. 58, § 3º, da Constituição Federal e dos arts. 145 a 155 do RISTF, visando à instauração de Comissão Parlamentar de Inquérito, no âmbito daquela casa legislativa, para apurar condutas ímprobas e violações éticas, sobretudo de Ministros do STF, a exemplo do recebimento de empréstimo bancário a pessoa jurídica cujo sócio-fundador é ministro designado para participar de julgamento no qual a instituição bancária figura como parte; concessão de liminares, em sede de *habeas corpus*, a pessoas das relações do referido ministro; realização de palestras, por ministros do STF, remuneradas pelo referido banco; atuação de ministro do STF em processos nos quais o credor é parte; instauração de procedimento investigatório, por parte do Presidente do STF, sem que fossem apontados indícios de autoria, nem mesmo de materialidade, em ações supostamente ofensivas à “honorabilidade da Corte, de seus membros e familiares”, procedimento no curso do qual se ordenou a suspensão de mais de uma centena de investigações sigilosas da Receita Federal.

⁴ A expressão, que ganhou notoriedade internacional, faz referência à operação da Polícia Federal que se iniciou em Curitiba, no ano de 2014, com desdobramentos em São Paulo, Rio de Janeiro e Distrito Federal, cujas investigações resultaram na prisão e condenação de um número expressivo de agentes públicos e de agentes políticos, integrantes de organizações criminosas, além de importantes empresários, em razão da prática de crimes contra a Administração Pública e o sistema financeiro nacional, práticas essas com tentáculos em países da América do Sul, África e Europa, que resultaram na perda de bilhões de reais. Foi precisamente no contexto das relações que se estabeleceram entre grupos de trabalho do Ministério Público Federal e do Distrito Federal, conhecidos como “força-tarefa”, e a Justiça Federal de primeira instância que a chamada “Operação Lava Jato”, em 2019, colocou-se na mira do ataque de diversos segmentos da sociedade, sob o argumento da existência de parcialidade na condução dos processos e da falta de isenção nos julgamentos.

ambiente da grande mídia, sobre a jurisdição da Corte Constitucional (prática da corrupção no sentido estrito) devem-se à judicialização da política⁵.

Embora historicamente o tema da corrupção não se inscreva no espectro da violação dos Direitos Humanos (nenhum dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos faz referência à corrupção), inegável que é antiga a preocupação de organismos multilaterais (FMI, Banco Mundial, PNUD, Organização dos Estados Americanos) com o tema da corrupção, que remete ao uso indevido do Poder Público para satisfazer interesses privados (aliás, nesse aspecto, vê-se o quão indevida é a extensão do significado de “corrupção” quando se cuida de atacar o ativismo judicial, prática essa que consiste em fazer valer uma particular concepção de justiça, com total distanciamento da diferenciação funcional entre Direito e Política).

E o Brasil subscreveu tratados e convenções internacionais que promovem a cooperação internacional no combate preventivo e repressivo da corrupção. Dentre estes instrumentos está a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, podendo-se afirmar que a tríade democracia participativa (a), acesso às contas públicas (b), Judiciário e Ministério Público independentes (c) é a base (um tripé, no caso) para todas aquelas ações de combate.

Se é certo que a corrupção não se insere propriamente no campo de violação dos direitos humanos, certo também é que a repressão da improbidade é indispensável no combate à violação daqueles direitos, tratando-se, pois, de conceitos complementares (*corrupção e desrespeito aos direitos humanos*). Licitações fraudulentas comprometem políticas públicas importantes, conspirando contra a aplicação da justiça distributiva. Sob outro aspecto, a atuação do crime organizado, com a conivência dos agentes do Estado, gera violência (que atinge as camadas mais pobres da população, sobretudo), além de investir contra a integridade física e a economia popular, como se viu no desabamento de prédios na Comunidade da Muzema, Rio de Janeiro, e como se pode observar na área de manancial da Represa Guarapiranga, no extremo Sul da Cidade de São Paulo, região em que o “crime organizado” vem realizando o parcelamento irregular do solo⁶.

⁵ A propósito de uma crítica consistente ao ativismo judicial e à corrupção judicial, territórios distintos, v. PASSOS, J. J. Calmon de. *Direito, poder, justiça: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 69, 76, 89, 91, 98, 127 a 133.

⁶ KRUSE, Tulio. Crime organizado coordena invasões em áreas de mananciais de São Paulo. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 24 jun. 2019. Sustentabilidade. Disponível em: <<https://sustentabilidade>>.

Práticas do *clientelismo* e do *patrimonialismo* – objeto de estudos que se tornaram clássicos na sociologia brasileira – foram postas ao alcance da Justiça graças à formulação de políticas legislativas agregadoras, dando lugar à edição de leis que são marcos civilizatórios, os quais, por força da atuação da imprensa e dos corpos intermediários da sociedade – para lembrar Norberto Bobbio (1986:55-64) –, ainda resistem às constantes ameaças, vindas de setores que não têm compromisso com a ética. Fala-se, assim, da tentativa de “flexibilização” da Lei de Responsabilidade Fiscal e da Lei de Improbidade Administrativa, neologismo com o qual se busca edulcorar práticas que afrontam a chamada *Democracia Ética*.

No apagar das luzes do ano de 2018, editou-se lei complementar que afasta a restrição de gastos dos municípios na despesa com pessoal, objeto da Lei de Responsabilidade Fiscal, bastando que o gestor comprove queda de receita real superior a 10% em relação ao quadrimestre do exercício anterior, motivada por diminuição na transferência de *royalties*, das verbas do Fundo de Participação dos Municípios ou das participações especiais. Tramita na Câmara dos Deputados projeto de lei que, em muitos aspectos, tornará mais ágil o processo e mais eficaz a punição nos casos de prática de ato ímprobo por agentes públicos e particulares. Entretanto, a pretexto de “modernizar” as disposições da Lei de Improbidade Administrativa, cogita-se da redução da pena para o réu confesso e da aplicação do acordo de leniência a pessoas naturais, o que se revela polêmico.

No clima dos preparativos da última Copa do Mundo de futebol, a retórica da “pátria de chuteiras no pé” conseguiu vencer a atitude cívica consciente e consistente, “flexibilizando” a Lei de Licitações, com o que se instituiu um Regime Diferenciado de Contratações Públicas. A História recente mostra toda a conspiração urdida para aprovação da lei que instituiu o tal RDC, o que deixou um rastro de obras disfuncionais e abandonadas, empréstimos a descoberto de vultosas quantias à custa do Erário e consequente aumento da dívida pública interna, contribuindo, em muito, para o cenário de desalento que se instalou no País.

estadao.com.br/noticias/geral,crime-organizado-coordena-invasoes-em-areas-de-mananciais-de-sao-paulo,70002884543>. Acesso em: 23 out. 2019; DOLZAN, Marcio; JANSEN, Roberta. Operação prende 14 suspeitos ligados à exploração imobiliária ilegal na Muzema. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 16 jul. 2019. Brasil. Disponível em: <<https://brasil.estadao.com.br/noticias/rio-de-janeiro,operacao-tenta-prender-acusados-de-construir-imoveis-em-area-de-milicia,70002923720>>. Acesso em: 23 out. 2019.

Pensando no campo da razão prática (que orienta a vontade, elemento fundamental da vida desde os Antigos), é preciso que tenhamos não só a dimensão técnica do Direito (na técnica, agente, ação e finalidade surgem de maneira separada, de forma que a produção é sempre uma coisa externa ao sujeito que a produziu), mas a dimensão da *praxis* do Direito (na *praxis*, há um reconhecimento do sujeito naquilo que ele produz). Esta é a questão ética posta no texto de San Tiago Dantas (1979) – Professor Catedrático de Direito Civil da antiga Faculdade Nacional de Direito –, que chama a atenção para a importância da prudência, da capacidade de avaliar, em todas as circunstâncias, o caminho a ser seguido.

3 O CAMPO ÉTICO E A ESFERA DA CULTURA

Ocorre que fins éticos exigem meios éticos. E aqui se trata de discutir em que limite o ativismo judicial, atuando como paladino da justiça, não estaria investindo contra direitos fundamentais da Constituição, a exemplo do contraditório, da presunção de inocência, da imparcialidade da jurisdição e da excepcionalidade da restrição ao direito de ir e vir, debate que se inscreve na esfera da *Democracia Ética*, mas que remonta à filosofia clássica e à filosofia moderna, trazendo a lume a questão da consciência ética.

Rousseau dizia que somos bons por natureza e que a noção de dever (diferentemente do que ocorre na concepção do cristianismo, em que opera a noção de mandamento divino) vem apenas para nos fazer recordar de nossa bondade inata (Rousseau, 1995:308-310, 387-398, 431-461). Kant, de outra forma, sustenta que somos pérfidos, abjetos e cruéis, ávidos por prazer, e que a razão prática (tanto quanto a teórica, universal) impõe a si mesma normas e fins morais por ela própria criados, de sorte que a imposição do dever – tal qual ocorre a Rousseau – não é externa ao homem, heterônoma, mas autônoma. Nesse sentido atua o imperativo categórico, que se dirige ao Homem no sentido universal: “Age sempre de tal modo que possas também querer que o teu agir se transforme em lei universal da natureza” (Kant, 1986:49, 51, 82, 84, 87, 89, 130, 134; 1974:413-421, 425, 428, 447, 449).

A alteração dessa noção de *moralidade subjetiva*, que gira em torno da *díade sujeito-natureza*, surge com Hegel, pois importa na formação do caráter moral do indivíduo o mundo da cultura, das artes, do social, as diferentes formas de vida – para lembrar uma expressão que seria empregada mais tarde por Wittgenstein (1996:23, 27). Daí a substituição de uma *moralidade subjetiva* por

uma *moralidade objetiva*, na qual a consciência moral é resultado das interações humanas, representada pela *tríade sujeito-história-cultura*. Nestes termos, o imperativo categórico, no lugar de se dirigir à humanidade, ao Homem no sentido universal, haverá de ter em conta cada uma das realidades culturais (Hegel, 2014:256-270, 301-420).

Em outras palavras, a exigência ética, longe de constituir um mandamento da razão prática, como concebeu Kant, emerge transcendentemente da consciência histórica. O acordo entre a vontade subjetiva (indivíduo) e vontade objetiva (cultural) ocorre plenamente quando o ser humano internaliza a cultura do meio em que vive, agindo, nesta medida, de maneira livre e espontânea. Eis aqui a nova concepção de *dever moral*, que está em Hegel. No momento em que os valores de uma sociedade entram em crise, passando o homem a transgredir o dever moral, aqui se dá o rompimento daquele acordo (descompasso entre vontade subjetiva e vontade objetiva), o que explica o declínio de uma sociedade, com o surgimento de um novo período histórico.

É certo que o formalismo jurídico, ao recusar os valores, dá a impressão de recusar a história. Mas o positivismo metodológico de Hans Kelsen (1979:7-11, 17, 18, 93-107), para tomar um exemplo, não é um ceticismo ético, buscando o jusfilósofo austríaco apenas fundar uma ciência isenta de valores, o que não implica negar a necessidade e a importância do momento da interpretação da norma jurídica. Trata-se de um paradigma ultrapassado, mas não o era ao tempo da formulação da *Teoria Pura do Direito*, cabendo lembrar que a concepção de “formas de vida”, nas *Investigações Filosóficas* do segundo Wittgenstein, só viria a público no ano de 1952, achando-se Kelsen (1979:267) perfeitamente alinhado, quando refuta a falácia naturalista (de um enunciado do ser não se pode retirar um enunciado do dever-ser), ao pensamento do Círculo de Viena, que influenciou o Wittgenstein de *Tractatus Philosophicus*⁷.

4 A TÉCNICA PROCESSUAL E A REALIZAÇÃO DE VALORES

Creio que há muito está posto para a ciência prática do Direito o desafio que consiste num controle da *praxis* sobre a técnica, de forma que o sujeito moral, no seu agir, possa reconhecer uma finalidade que se coloque em acordo com as expectativas da sociedade. Bergson, em 1932, na obra *As Duas Fontes da*

⁷ Allan Janik e Stephen Toulmin registram que o positivismo jurídico sofreu influência do Círculo de Viena (JANIK, Allan; TOULMIN, Stephen. *A Viena de Wittgenstein*. Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Campus, 1991. p. 3, 7).

Moral e da Religião, distingue entre *moral fechada*, infensa à alteração dos padrões de conduta, e *moral aberta*, que rompe com a tradição, abrindo espaço para novos valores, o que se dá graças à ação de homens inspiradores, a exemplo dos sábios, heróis, santos e profetas (Bergson, 1939:21-64). Outros filósofos contemporâneos também perseguem uma *nova ética*, mas de uma perspectiva procedimentalista, fazendo-o Karl-Otto Apel (1994:217-284), do ponto de vista de uma razão dialógico-discursiva, Habermas (1990:80-82; 1989:79-84, 114-115; 2001:45-68, 132-135; 1997:307-320), sob a ótica de uma razão comunicativa, e John Rawls (1981:27-62, 253-292, 335-425), na linha de uma teoria da justiça de raiz deontológica.

A chamada Operação Lava Jato aponta para a necessidade de discutir novos paradigmas de distribuição de justiça não só no campo penal, mas também nas suas interfaces com o Direito Administrativo e o Direito Econômico. Mas é preciso cuidado para que o combate a um agir estratégico parasitário de um agir comunicativo não reproduza os mesmos malefícios que se busca combater, convindo repetir que fins éticos exigem meios éticos (com alusão, neste passo, a uma ética mais que deontológica, legalista). Em outras palavras, a *Democracia Ética* envolve, a par do respeito às regras de conteúdo inscritas na Constituição da República, também o respeito às regras do jogo (procedimentalismo). E isto nada tem a ver – para lembrar a referência de Bergson (1939:21-64) – com o espaço do heroísmo, do messianismo ou do misticismo, inserindo-se a discussão no campo da ação social.

O processo penal brasileiro tem de se submeter a profunda reformulação. Trata-se de uma codificação arcaica, que sobrevive à custa de muitos remendos, tantos que a tornaram disforme. As alterações não passam apenas pela distinção entre *sistema acusatório* (em que é rígida a separação entre juiz e acusação) e *sistema inquisitório* (no qual o juiz tem iniciativa no campo probatório), exigindo o estabelecimento de uma esfera institucional de discussão e de uma distribuição consensual do ônus da prova, como já se dá no âmbito do processo civil, a partir do Código de Processo Civil de 2015 (Souza, 2016:41-60). Lembrando a contribuição feita, ainda na década de 1970, por Tercio Sampaio Ferraz Jr., objeto da tese de livre docência no Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da USP, nesse processo judicial mais dialógico, o plano da *discussão contra*, cheia de embustes, repleta de práticas cavilosas e ações insinceras, cederia lugar para o plano de uma *discussão com*, que pressupõe homologia entre as partes na busca da verdade processual (Ferraz Jr., 1973:31-37, 61-95, 159-189).

Entendo que o legislador, na reforma implantada pela Lei Federal nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 – que estabeleceu a distinção entre o *juiz das garantias* e o *juiz da instrução e julgamento*, com o propósito de tornar efetivo o sistema acusatório delineado na regra dos arts. 129, I, e 144 da Constituição Federal –, perdeu a oportunidade de investir na instauração da razão processual discursiva.

Os críticos das alterações promovidas pela Lei Federal nº 13.964/2019 sustentam que, conquanto importante, do ponto de vista da garantia de uma sentença objetiva e impessoal, separar a fase em que se decide sobre a existência ou não de fundamentos para submeter alguém a um processo penal (a) e a fase em que se decide, diante das provas da materialidade e da autoria, sobre a imposição da pena (b), não se pode instaurar uma separação estanque desses dois momentos, que conspiraria contra a funcionalidade do processo penal.

Para os partidários dessa tese, se é bem certo que não se realiza justiça na base de prejulgamentos, pressentimentos, preconceitos, suposições e conjeturas, certo também é que o amplo descortino dos fatos, à luz do debate público e da necessária fundamentação – imperativos de ordem constitucional (art. 93, IX, da CF) –, é imprescindível para que se possa decidir de maneira conscienciosa e justa, não se revelando como consequência lógica do acesso aos elementos colhidos na fase do inquérito policial a deformação do escrutínio equilibrado que se espera do julgador⁸.

É inegável que a apuração feita na fase de investigação, servindo apenas para a formação da *opinio delicti*, não pode constituir fundamento para o veredito final, o que é da essência do modelo acusatório, impedimento esse que

⁸ A doutrina tradicional sempre deu especial relevo a uma espécie de intuição intelectual no ato de julgar, sobretudo na esfera penal, como se retira da seguinte passagem: “A técnica da decisão exige atitudes especiais, que não tem todos os juristas, não bastando conhecer, mesmo profundamente, o direito, para saber traduzí-lo em realidade; é preciso uma capacidade espiritual, um sentimento próprio, que explica como, ao lado da *técnica na aplicação*, há uma *aplicação instintiva* do direito, pela qual o prático *sente*, sem mais, a decisão justa e a segue [...]” (ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro anotado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, v. III, 1965. p. 235). Embora mais à frente o texto transcrito faça críticas à “confiança cega” na “solução instintiva”, segue na senda de uma compreensão idealista do processo de decisão: “O juiz não pode encerrar-se num ambiente irreal, alheio do meio em que vive, para decidir, escravizado a rigorismo teórico de funestas consequências; tem de agir como homem inteligente, raciocinando, na senhoria das idéias e conhecimentos, que formam o patrimônio intelectual e a experiência do seu tempo, utilizando conhecimentos extra-jurídicos, que constituem elementos e pressupostos do raciocínio, verdades naturais ou matemáticas [...]” (*idem, ibidem*). De outra forma, entendemos que é preciso ressaltar, na linha da filosofia analítica, a importância da razão discursiva no momento da decisão, pressuposto do controle democrático da produção jurisdicional.

subsiste independentemente da configuração que o modelo ganhou em cada um dos países europeus nos quais foi adotado. Todavia – defendem os críticos da reforma processual penal –, o legislador parece desconsiderar que os elementos integrantes do repertório de todo e qualquer sistema envolvem prestações recíprocas, incumbindo à estrutura de funcionamento impedir que uns sejam colonizados pelos outros.

Essa colonização se dá, na prática do processo judicial, quando os elementos do sistema (normas, princípios, institutos) passam a ser utilizados para corromper o próprio sistema, o que invariavelmente ocorre na base de expedientes retóricos que, falando em nome da integridade daquele conjunto de regras, conspiram contra a sua unidade, situação na qual a técnica é utilizada como mero exercício do poder, numa espécie de violência simbólica.

Os críticos da reforma processual penal sustentam que ao subtrair do *juiz da instrução e julgamento* tudo aquilo que foi produzido na fase da investigação criminal, sob o crivo do *juiz das garantias* (a lei abre exceção, admitindo que o *juiz da instrução e julgamento* possa ter acesso às provas consideradas “não repetíveis” e às medidas de obtenção de prova), o legislador estaria investindo na entropia negativa do sistema, vale dizer, no seu caráter disfuncional. Recorrendo a um exemplo perverso, bastaria matar a testemunha-chave – que, não fosse o fato de encontrar-se morta, estaria em condições de depor no júízo da causa (“prova repetível”) – para obter a absolvição⁹.

Sem descer ao exame da controvérsia, importa apenas considerar que a regra do art. 3º do Código de Processo Penal, com a redação conferida pela Lei Federal nº 13.964, de 24.12.2019, não é incompatível com um aprofundamento da reforma que se encaminhe no sentido de prestigiar a razão processual discursiva e a distribuição consensual do ônus da prova. Mais que isto, essa perspectiva dialógica viria ao encontro da norma, que veda a iniciativa probatória do juiz e o julgamento fora ou além do pedido (*ne procedat iudex ex officio; ne eat iudex ultra petitum et extra petitum*).

Decerto, ao ajustar com as partes os meios de prova, concitando a acusação e a defesa a cooperar na aplicação da lei penal e processual penal, com vista

⁹ É claro que se poderia contestar o argumento dizendo que, se a testemunha morreu, a prova tornou-se irrepetível. Mas ocorre, na maioria das vezes, de simplesmente não se localizar a testemunha, sem saber que está morta. Tudo depende, então, do conceito de “prova não repetível”, que ficará banalizado caso se o estenda às situações de não localização da testemunha.

à solução do caso sob exame, o julgador não estará se deixando influenciar, nem violando as garantias do réu, pois haverá clara delimitação do campo de incidência da jurisdição penal, e mais, definição consensual dos meios adequados à realização da justiça.

Mutatis mutandis, é o que se passa, a partir da Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015, no âmbito do processo civil (art. 357, §§ 1º e 3º, do CPC), cabendo lembrar que, embora não exista perfeita coincidência entre a *regra do ônus probatório* (vigente no processo civil) e o *princípio da presunção de inocência* (vigente no processo penal), no limite, diante da complexidade da matéria de fato ou de direito, poderá o juiz solicitar a colaboração da acusação e da defesa para melhor formar o seu convencimento. Enfim, cuida-se de conciliar *técnica e praxis*, elementos da tradição filosófica cuja integração se revela imprescindível à realização da *Democracia Ética*.

CONCLUSÃO

O estabelecimento consensual das regras de reconstrução dos fatos – não na sua apreensão empírica, ideal ou ontológica, mas valorativa, cultural – representa um novo e importante paradigma para a distribuição da justiça, que não investe, no campo da jurisdição penal, contra as decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos, no sentido de que a imparcialidade dos veredictos tem como pressuposto necessário a separação das funções de investigação, acusação e julgamento, discriminação que, segundo meu entendimento, não se vê prejudicada no modelo da razão processual discursiva (aliás, pelo contrário, como se buscou demonstrar).

Trata-se de reproduzir aqui – com a ressalva de que a ciência prática do Direito não se desenvolve propriamente no campo teórico – o modelo proposto por Thomas Kuhn, em *A estrutura das revoluções científicas*, obra na qual o autor, confrontando a produção do cientista com o ambiente social que nela se reflete, descreve a sucessão de teorias na base de um processo de normalidade e crise, em que se alternam períodos de consolidação e substituição de axiomas, hipóteses, princípios, categorias e interpretações, chamados *paradigmas* (Kuhn, 2017:71-176).

Há momentos nos quais os paradigmas, diante da incapacidade de dar uma explicação para fatos novos, entram em crise, exaurindo-se. Paralelamente, outros paradigmas vão surgindo no horizonte das ciências, com o que se iniciam as chamadas *revoluções científicas*, as quais só se consolidam quando o consenso

se estabelece em torno do paradigma emergente, dando lugar a um novo período de *ciência normal*.

A construção consensual do paradigma envolve estratégias de persuasão que levam em conta fatores sociais, políticos, econômicos e culturais. A verdade científica, assim como a verdade processual, é mediada pela linguagem, que, por sua vez, revela-se como produto da interação humana. A organização do consenso não é tarefa fácil. O problema é que fora dessa construção dialógica será a simples imposição, que nunca conforta, nunca pacifica, ou o sentimento de que, apesar de ter a justiça do meu lado, isto não é garantia de que ganharei o processo, para repetir Molière¹⁰. Ocorre que o Direito é, precisamente, instrumento de pacificação social, de realização da justiça, que, sem a dimensão ética, deixa de reconhecer a si próprio, perdendo a identidade.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002.

APEL, Karl-Otto. *Estudos de moral moderna*. Trad. Benno Dischinger. Petrópolis: Vozes, 1994.

ARANHA, Gabriel Prado de Souza. *A dominação legal como expressão do direito nas sociedades burocráticas: diálogo entre a sociologia compreensiva e a teoria pura do Direito*. São Paulo: Letramento Editora e Livraria, 2018.

BERGSON, Henri. *Les deux sources de la morale et de la religion, vingt-huitième édition*. Paris: Librairie Félix Alcan, 1939.

BERNANOS, Georges. *A França contra os robôs*. Trad. Lara Christina de Malimpensa. 1. ed. São Paulo: É Realizações, 2018.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

DANTAS, San Tiago. Renovação do direito. In: *Encontros da UnB – Ensino jurídico*. Brasília, Universidade de Brasília, n. 144, 1979.

¹⁰ “Minh’alma confiou no que é meu direito; No entanto, vê-me aqui privado de sucesso: A justiça me apoia, e eu perco o processo! Um calhorda, dono de escandalosa história, Por torpe falsidade é quem sai com a vitória!” (MOLIÈRE. *O misantropo*. Trad. Bárbara Heliodora. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2014, n. 1.490-1.494, p. 104).

DOLZAN, Marcio; JANSEN, Roberta. Operação prende 14 suspeitos ligados à exploração imobiliária ilegal na Muzema. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 16 jul. 2019. Brasil. Disponível em: <<https://brasil.estadao.com.br/noticias/rio-de-janeiro,operacao-tenta-prender-acusados-de-construir-imoveis-em-area-de-milicia,70002923720>>. Acesso em: 23 out. 2019.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, v. III, 1965.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1973.

HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

_____. *Consciência moral e agir comunicativo*. Trad. Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

_____. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. II, 1987.

_____. *Teoría de la acción comunicativa – Crítica de la razón funcionalista*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. 3. ed. Buenos Aires: Taurus Humanidades, v. II, 2001.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Fenomenologia do espírito*. Trad. Paulo Meneses. Petrópolis: Vozes, 2014.

JANIK, Allan; TOULMIN, Stephen. *A Viena de Wittgenstein*. Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. In: *Os pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

_____. *Crítica da razão prática*. Trad. Arthur Mourão. Lisboa: Edições 70, 1986.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 5. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

KRUSE, Tulio. Crime organizado coordena invasões em áreas de mananciais de São Paulo. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 24 jun. 2019. Sustentabilidade. Disponível em: <<https://sustentabilidade.estadao.com.br/noticias/geral,crime-organizado-coordena-invasoes-em-areas-de-mananciais-de-sao-paulo,70002884543>>. Acesso em: 23 out. 2019.

KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 13. ed. São Paulo: Perspectiva, 2017.

LUHMANN, Niklas. *Sistema jurídico y dogmática jurídica*. Trad. Ignacio de Otto Pardo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

MOLIÈRE. *O misantropo*. Trad. Bárbara Heliadora. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da moral – Uma polêmica*. Trad. Attila Blacheyre. Rio de Janeiro: Edições BestBolso, 2017.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Vamireh Chacon. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.

SOUZA, Luiz Sergio Fernandes de. Os paradoxos do Código de Processo Civil: elementos para uma análise metanormativa. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 41, v. 255, maio 2016.

_____. Que direito alternativo? In: CAMPILONGO, Celso Fernandes et al. *Direito, cidadania e justiça – Ensaio sobre lógica, interpretação, teoria, sociologia e filosofia jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Emílio ou Da Educação*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Livraria Martins Fontes, 1995.

TEUBNER, Günther. Juridificação: noções, limites, soluções. *Revista de Direito e Economia*, Coimbra, a. XIV, 1988.

WITTGESTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Trad. Marcos G. Montagnoli. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

Submissão em: 13.02.2020

Avaliado em: 13.05.2020 (Avaliador B)

Avaliado em: 25.08.2020 (Avaliador C)

Avaliado em: 30.08.2020 (Avaliador D)

Aceito em: 18.11.2020