

DECISÃO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO À LUZ DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E DO MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO

CRIMINAL DECISION IN DEMOCRATIC STATE IN LIGHT OF PHILOSOPHICAL HERMENEUTICS AND THE CONSTITUTIONAL MODEL OF PROCESS

Leonardo Augusto Marinho Marques*
Jânio Oliveira Donato**

RESUMO: O artigo promove uma crítica sobre a forma de elaboração da decisão penal no Estado Democrático de Direito, partindo-se, para tanto, de breves incursões na Hermenêutica Filosófica. Toma-se como referência o modelo constitucional de processo e o policentrismo processual, nos quais a legitimidade decisória se afere pela efetiva participação dos interessados na construção do provimento. Pretende-se combater o solipsismo judicial por meio da consideração do princípio do contraditório, como poder de influência e garantia contra decisões-surpresa, bem como da ampla argumentação das partes no exercício da atividade de interpretação dos fatos processuais.

PALAVRAS-CHAVE: Decisão penal. Hermenêutica. Democracia.

ABSTRACT: This article promotes a critique about the form of drafting criminal decision in democratic State of Law from brief incursions into Phylosophy Hermeneutics. It takes as reference the constitutional model of process and procedural polycentrism, where the legitimacy of which is measured by the effective participation of stakeholders in the construction of the provision, intended to combat judicial solipsism through the consideration of the principle audi alteram partem, as influence and guarantee against surprise decisions and of broad arguments of the parties in the exercise of the activity of interpretation of procedural facts.

KEYWORDS: Criminal decision. Hermeneutics. Democracy.

* Doutor em Ciências Penais pela UFMG, Professor da PUC Minas (Graduação e do Programa de Pós-Graduação stricto sensu) e da UFMG (Graduação). E-mail: leonardo@leonardomarinho.com.br

** Especialista em Ciências Penais e Mestrando em Direito Processual pelo IEC PUC Minas, Professor Assistente I da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. E-mail: janio.donato@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

O ato de elaboração das decisões jurisdicionais no âmbito penal é, sem dúvida, o mais significativo momento do processo. Ele simboliza o exercício do poder pelo Estado perante os seus destinatários, diante do fechamento do debate em contraditório.

O juiz jamais conhecerá o fato em sua integralidade, mas propõe-se a compreendê-lo a partir de uma “análise semiótica” (CORDERO apud LOPES JR., 2010, p. 523) das provas e dos argumentos inseridos no processo.

No entanto, não há estrutura do procedimento a previsão de uma maior interação, entre o juiz e as partes, que efetivamente viabilize, de modo intersubjetivo, a construção compartilhada do ato interpretativo, bem como o recíproco esclarecimento dos sentidos isoladamente alcançados sobre os fatos em apreço.

Desse modo, as partes se veem impedidas de conhecer, previamente, a dimensão atribuída aos entes (termos, expressões, fatos, normas e provas) pelo juiz, e, assim, tendem a se submeter, como destinatárias da decisão, ao convencimento de quem, não integrando o debate, dá-se a conhecer apenas no instante em que julga, quando então só lhes resta o direito de recorrer do prejuízo suportado.

Verifica-se, assim, que o monopólio da interpretação *final* do direito em cada caso concreto, ainda está concentrado nas mãos do Estado-Juiz. Reserva-se, pois, a este *terceiro*, o qual se pressupõe imparcial, a tarefa última de edificação dos fundamentos da decisão.

Logo, a legitimidade da decisão permanece fiada ao comprometimento monológico do juiz de apontar, em cada caso concreto, qual é “vontade da lei”, a “vontade do legislador”, ou, finalmente, a “vontade” do próprio – e exclusivo – intérprete.

Talvez seja esse o motivo pelo qual, não havendo um compartilhamento da atividade de construção da decisão, com frequência se veem decisões representativas de uma mera reprodução da lei (critério da subsunção), segundo a retrógrada concepção silogística de leis e fatos, como premissas maiores e menores, fundada, por sua vez, na crença pressuposta de que os textos e os ditos fatos *carregam* os seus próprios sentidos.

Talvez também seja essa a razão responsável pelo encobrimento de determinadas expressões do arbítrio judicial, não raramente manifestas no uso de expressões polissêmicas, retóricas ou não condizentes com o conteúdo de significantes ilustrado pelos demais intérpretes ao longo da instrução.

Como resultado, tem-se o modo de *eleição* dos sentidos conferidos aos fatos e às normas (o modo de interpretá-los), no ato de julgar, ainda permanece vinculado aos paradigmas subjetivistas (da filosofia da consciência) ou objetivistas (do positivismo clássico) que nortearam a hermenêutica jurídica no último século. Como bem observado por Lênio Luiz Streck, na doutrina e na jurisprudência, ainda é reservada “à consciência do sujeito-juiz o *locus* da atribuição dos sentidos” (STRECK, 2010, p. 561).

No Estado Democrático de Direito, no entanto, tais reflexões naturalmente devem nos conduzir à procura de outros fundamentos que deem legitimidade aos provimentos judiciais. Isso porque a própria percepção democrática do direito se contrapõe à possibilidade de existência de um sujeito solitário, capaz de captar os valores supremos do que represente o bem e o justo para toda a comunidade, sobretudo quando se almeja que isso ocorra em sociedades complexas e plurais, compostas por diversos grupos sociais, políticos e religiosos (NUNES, 2009).

Neste contexto, há de se questionar se no projeto democrático de estruturação do modelo constitucional de processo, a atividade de interpretar e de identificar os fundamentos das decisões deve se restringir apenas ao monopólio do Poder Judiciário ou, se de outro modo, pode ser facultada a todos aqueles que “vivem as normas” (HABERLE, 2002), como seus destinatários, mediante uma compreensão ainda mais significativa do princípio do contraditório, segundo uma matriz comparticipativa de atuação de todos os sujeitos processuais.

2 A DECISÃO PENAL VINCULADA AO PARADIGMA DA FILOSOFIA DA CONSCIÊNCIA (ESQUEMA HERMENÉUTICO SUJEITO-OBJETO)

Em uma época em que o protagonismo judicial se agiganta para tentar suprir a crescente demanda ao “acesso à justiça” nos mais diversos setores de uma sociedade plural, pensadores e juristas pátrios continuam atribuindo à autoridade (Poder Judiciário), de modo exclusivo, a fonte de produção e legitimação dos provimentos jurisdicionais.

Em sua grande maioria, até mesmo modernas teorias processuais seguem repetindo que a legitimidade das decisões no Estado *Democrático* de Direito pode ser assegurada se tão somente for imposto aos magistrados o dever de fundamentação das suas decisões, conforme o disposto no Art. 93, IX da Constituição Federal de 1988.

Por conseguinte, malgrado se busque, incessantemente, a afirmação do Processo como garantia constitucional do cidadão – afastando-se, assim, cada vez mais, da já superada concepção bulöwiana que o reduzia a um mero instrumento a serviço da jurisdição – e não obstante se fale em democracia, o monopólio da condução do direito, da determinação da resposta mais adequada em cada caso concreto, ainda está concentrado nas mãos do Estado-Juiz.

Nessas circunstâncias, o questionamento do poeta romano Juvenal, inevitavelmente, volta a nos confrontar na pós-modernidade: mas, afinal, “quem vigia os vigilantes?” (*Quis custodiet ipsos custodes?*).

Ora, ao juiz ainda cabe o desvelar das *suas* impressões, apenas no final do procedimento, quando então o faz de modo definitivo, sem que se reserve às partes – os destinatários da decisão – o espaço do diálogo, da compreensão (e fiscalização) mútua

dos sentidos e a oportunidade de efetivamente contribuírem com a atividade cognitiva do fato descrito na peça acusatória.

Percebe-se, desse modo, uma nítida dependência dos modelos processuais contemporâneos ao modo de interpretação do Direito da hermenêutica jurídica tradicional, que é, por sua vez, pautada no paradigma filosófico da relação sujeito-objeto na cognição do mundo existente (filosofia da consciência).

Ora, é sabido que, ao longo da história da filosofia, cada época foi marcada pela busca teórica de uma verdade comum que fundamentasse todo o conhecimento alcançado pelos homens. Nos últimos vinte séculos, como bem evidenciado por Lênio Luiz Streck, o esforço para se descobrir o inabalável fundamento da verdade absoluta ocupou a atenção dos filósofos, desde a Antiguidade Clássica até a contemporaneidade.

(...) A busca de um *fundamentum absolutum inconcussum veritatis* está já na idéia platônica, na substância aristotélica, no *esse subsistens* do medievo (última síntese da metafísica clássica), no *cogito* inaugrador da filosofia da consciência, no *eu penso* kantiano, no *absoluto* hegeliano, na *vontade do poder* nietzscheana e ‘no imperativo do dispositivo da era técnica’, em que o ser desaparece no pensamento que calcula (Heidegger) (STRECK, 2010, p.12).

No centro de tais preocupações teóricas, encontrava-se a controvérsia metafísica acerca da validade do conhecimento em função do sujeito cognoscente, ou seja, a angústia de se compreender qual era, enfim, a relação entre o ser e os objetos que o cercam: os sentidos atribuídos aos entes lhe são próprios ou residem apenas na mente de quem os observa?

Para René Descartes, em seu *Discurso do Método* (1637), tal questão somente poderia ser respondida a partir da adoção do método racionalista (cartesiano) de apuração das observações aferidas pela consciência do cientista.

Assim, na verificação da “verdade”, o cientista deve partir de sua consciência (mente, espírito) em direção ao mundo exterior (matéria), com o intuito de se aclarar, continuamente, a compreensão daquilo que observa. Desse modo, passa-se a acreditar que, na relação Sujeito-Objeto estabelecida, a perfeita compreensão sobre aquilo que é submetido à análise pode ser alcançada mediante um puro exercício intelectual (filosofia da consciência) do pesquisador.

Decorre daí que, uma vez aplicado no processo penal, o referido paradigma hermenêutico (S-O) tende a ensejar o exercício do arbítrio na sentença pelo natural desejo de quem julga de fazer prevalecer na fundamentação concepções pessoais, quiçá veladas ou apriorísticas, não necessariamente amparadas pelos elementos de prova dos autos.

Assim, o juiz pode vir a escolher as provas que quiser para fundamentar as suas decisões. “Contra tudo e contra todos, ele é (ou se torna) livre para construir a verdade de acordo com a sua convicção, ainda que a prova produzida induza a interpretações distintas” (BAPTISTA, 2007, p. 152). O conhecimento da verdade passa então a ser

monopólio do magistrado e o livre convencimento motivado, o amparo teórico legitimador da manifestação do solipsismo judicial.

Nesse contexto, o que sempre irá prevalecer, no ato de julgar, será a compreensão do juiz. Compreensão esta, repita-se, não compartilhada, não dividida com as partes, não inserida no exercício da intersubjetividade, não dialogada e não fiscalizada. Compreensão, afinal, (medi)única, isolada, salomônica de quem está *acima* e *equidistante* das partes no processo.

Consequentemente, não se permite ao juiz submeter suas pré-compreensões ao debate em contraditório. De igual modo, as partes se veem também privadas do direito de poder diferenciar, previamente, os pré-juízos legítimos dos ilegítimos que o magistrado, desde o início do procedimento, já formara em seu íntimo.

Juiz e partes, enfim, não estão efetivamente inseridos no exercício intersubjetivo da linguagem. Ao se manter distante da argumentação estabelecida pelas partes, o juiz continua (e continuará) a figurar como aquele inerte espectador que, ao final do procedimento, *dita*, em sua plenitude, a justiça e o direito a serem declarados perante os fatos que lhe são narrados (“*Narra-me os fatos e eu te darei o direito*”).

3 A DECISÃO PENAL NA PERSPECTIVA DA FILOSOFIA DA LINGUAGEM E OS APORTES DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA (ESQUEMA HERMENÊUTICO SUJEITO-SUJEITO)

As bases da Hermenêutica Jurídica que outrora sustentavam o Direito passaram a ser reconsideradas a partir da propagação das teses da viragem linguístico-ontológica, desenvolvidas na Hermenêutica Filosófica, inicialmente, por Martin Heidegger e, nos anos seguintes, por seu mais notório assistente, Hans-Georg Gadamer.

Com o advento do giro linguístico (ou viragem linguística), como assim se convencionou chamar o momento histórico da Hermenêutica Filosófica, um dos principais marcos filosóficos da pós-modernidade, realiza-se, conforme leciona Lênio Luiz Streck, “uma alteração radical na estrutura do pensamento que proporcionou a ruptura com os paradigmas objetivista e subjetivista” (STRECK, 2008, p. 96).

Segundo Manfredo Araújo de Oliveira, com a “virada” filosófica, há uma mudança na maneira de se entender a própria filosofia e na forma de seu procedimento: a linguagem passa de objeto da reflexão filosófica “para a ‘esfera dos fundamentos’ de todo pensar, e a filosofia da linguagem passa a poder levantar a pretensão de ser a ‘filosofia primeira’ à altura do nível de consciência crítica dos nossos dias” (1996, p. 12). Ainda conforme o pensamento do referido autor:

Isso significa dizer que a pergunta pelas condições de possibilidade do conhecimento confiável, que caracterizou toda a filosofia moderna, se transformou na pergunta pelas condições de possibilidade de sentenças intersubjetivamente válidas a respeito do mundo. Isso implica

radicalização da crítica do conhecimento, como ela foi articulada nos últimos séculos, pois a pergunta pela verdade dos juízos válidos é precedida pela pergunta pelo sentido, linguisticamente articulado, o que significa dizer que é impossível tratar qualquer questão filosófica sem esclarecer previamente a questão da linguagem. Numa palavra, não existe mundo que não seja exprimível na linguagem. A linguagem é o espaço da expressividade do mundo, a instância de articulação da sua inteligibilidade (ARAÚJO DE OLIVEIRA, 1996, p. 13).

Esta nova concepção permitiu romper com o esquema intrínseco/extrínseco de consciência/mundo exterior (ou sujeito/objeto) do racionalismo cartesiano, uma vez que não há uma natureza externa a ser revelada por uma consciência interna.

Heidegger e Gadamer chegaram, inicialmente, à conclusão, especialmente em suas respectivas obras “Ser e Tempo” e “Verdade e Método”, que o ato de interpretar nunca está livre das tradições e da historicidade do ser, razão pela qual também não é neutro, nem parte de um ponto zero de compreensão.

Por esse motivo é que, como consequência, no plano processual, quaisquer tentativas de se convencionar “métodos” que busquem a democratização do processo (ou seja, as tradicionais e inglórias tentativas de se proceduralizar o discurso *apenas* entre as partes) sempre “chegarão tarde” em seus propósitos (STRECK, 2010, p. 573), visto que, tais esforços tendem a pressupor a existência de saberes teóricos desacoplados de uma alegada “realidade”, bem como esquecem que a compreensão antecede qualquer argumentação – antes de argumentar, o intérprete já compreendeu!

Aplicando tais ponderações ao campo jurídico, pode-se afirmar, portanto, que aquele que julga também forma, naturalmente, as suas pré-compreensões acerca dos fatos antes mesmo de decidir. Consequentemente, não está livre do risco de fazer prevalecer na decisão final pré-compreensões vinculadas a interesses e valores pessoais (pré-compreensões ilegítimas). Ora, o juiz nada mais é que um ser-no-mundo que, em hipótese alguma, parte de um grau zero de compreensão no instante em que elege os fundamentos da sua motivação (LOPES JR., 2010, p. 351).

Decorre de tais digressões que os sentidos atribuídos aos entes pelos sujeitos processuais só encontram a sua razão de ser, no Estado democrático, se descobertos na intersubjetividade da linguagem, ou seja, no diálogo de quem julga com aqueles que se tornarão os destinatários da própria interpretação alcançada conjuntamente. Fica enfraquecida, portanto, a crença de que a melhor decisão é a deduzida pela cognição única, isolada e cabal do juiz.

Há de se buscar, desse modo, uma possibilidade, no curso do procedimento, de atribuição compartilhada dos sentidos pelo exercício da intersubjetividade de *todos* os interlocutores, buscando-se, assim, segundo a perspectiva heideggeriana, uma primazia aos pré-juízos legítimos (*Vorurteilsüberlegenheit*) na compreensão dos entes.

Pela intersubjetividade, forma-se a capacidade de darmos razão ao argumento do outro, quando não sabemos o bastante ou quando presumimos no outro um saber

maior, reconhecendo-o como autoridade (GACKI, 2004, p. 17). Daí arremata Hans-Georg Gadamer:

O compreender exige a abertura do intérprete para a opinião do outro ou para a opinião do texto, de modo que esteja disposto a deixar valer algo contra si, ainda que não haja nada ou ninguém que assim o exija, além de seu rigor ou consciência científica (GADAMER, 1997, p. 355).

Tais deduções põem em evidência, no campo do processo jurisdicional, a impescindibilidade do exercício do contraditório *pleno*, segundo as perspectivas de poder de influência e de garantia contra decisões-surpresa, assim como da ampla argumentação das partes com o juiz no ato de elaboração das decisões penais.

Ora, a sucessão dos referidos paradigmas filosóficos (do esquema sujeito/objeto para o sujeito/sujeito) equivale ao esforço teórico de se institucionalizar, com base nos princípios constitucionais, as condições de possibilidade do discurso na atividade judicante.

No atual estágio do processualismo pátrio, talvez tamanha ambição somente possa vir a ser efetivada por meio da compreensão do Processo como garantia dos direitos fundamentais (modelo constitucional de processo) e como espaço democrático de participação conjunta de todos os destinatários dos provimentos jurisdicionais no ato de sua elaboração (modelo comparticipativo de procedimento).

4 DECISÃO PENAL: ABERTURA HERMENÊUTICA NO CONTEXTO DO MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO E DO POLICENTRISMO PROCESSUAL

Embora se sustente, de um modo geral, a possibilidade de se conferir legitimidade aos provimentos mediante o controle da subjetividade do juiz, ampliando-se, para tanto, o campo de incidência dos direitos e das garantias fundamentais, há de se frisar que o cerne da questão ainda não foi detidamente estudado entre os processualistas pátrios: as partes continuam impedidas de erigir, de modo direto e compartilhado com o juiz, os fundamentos da sentença.

Segundo essa percepção, que só pode ser captada por aqueles que já compreenderam que o Direito, notadamente após a Segunda Grande Guerra, revestiu-se sobremaneira de um caráter hermenêutico-filosófico, não basta, enfim, reivindicar-se, como base principiológica de um determinado modelo constitucionalizado de processo, “contraditório” e “ampla argumentação”, por mais louváveis que sejam as tentativas de consolidação da plena cidadania no Estado Democrático de Direito.

Há de se repensar qual é, definitivamente, o papel assumido pelas partes no processo, se, afinal, ainda são vistas como “partes-delinquentes” (LEAL, 2008, p. 27) ou meros clientes do Judiciário, ou se ocupam, democraticamente e sem submissões, o

lugar de interlocutores na dialogicidade que caracteriza a essência do contraditório (NUNES, 2009, p. 202).

Ora, como bem evidenciado por José Joaquim Calmon de Passos (1999), em sociedades democráticas, o que empresta legitimidade ao processo e à tutela jurisdicional não são as suas representações como atos de poder, mas, sim, como expressões da cidadania. Desse modo, toda decisão deve ser o resultado “de um fluxo discursivo balizado por um procedimento embasado nos princípios fundamentais (processo), que permita uma (con)formação processual de todo exercício de poder” (NUNES, 2009, p. 203).

Isso explica, enfim, de modo evidentíssimo, como o processo é a forma típica de explicação da função jurisdicional. Porque a sentença da qual as partes são os destinatários é ato emanado, antes de tudo, no seu interesse, e só secundariamente no interesse do Estado à Justiça; onde, sobretudo na explicação daquela função, é sentida a necessidade de que os destinatários sejam também partícipes do processo, isto é, concorram à determinação do ato no momento, melhor, na série de momentos nos quais o poder se concretiza (BEVENUTI apud NUNES, 2009, p. 205).

No Estado Democrático de Direito, o dever de fundamentação dos provimentos jurisdicionais está diretamente vinculado a uma atuação mais decisiva das partes no processo de elaboração do conteúdo decisório (STRECK, 2010, p. 17). O contraditório já não é mais concebido apenas em seu sentido negativo, de resistência a uma atuação oposta ou como mera “contraposição mecânica de teses”, mas, sim, como garantia de influência e de não surpresa junto à atividade judicante (NUNES, 2009, p. 12).

O referido princípio compõe, juntamente com outros de igual importância (ampla argumentação, fundamentação das decisões e a existência de um terceiro imparcial), uma base principiológica comum de afirmação do Processo como garantia constitucional na redemocratização do Estado e na consolidação dos valores fundamentais referentes à liberdade.

Sob essa perspectiva, por força dos ganhos teóricos obtidos nas últimas décadas no campo da Ciência Processual, especialmente em decorrência dos contributos prestados por juristas de escol, desde o magistério de Élio Fazzalari aos constitucionalistas da pós-modernidade, passou-se a delinejar, na segunda metade do Século XX, o “modelo constitucional de processo”, segundo o qual o Processo se assenta, portanto, sobre uma base principiológica uníssona, que, por sua vez, dá suporte a um modelo único e de tipologia plúrima (ANDOLINA, VIGNERA, 1990), perfeitamente aplicável a todos os ramos do Direito Processual, sobretudo ao Direito Processual Penal, desde que também assegurada a observância do princípio da presunção de inocência por constituir, em virtude de suas peculiaridades, um microssistema próprio (PELLEGRINI, 2009).

Resgata-se, assim, a advertência quanto ao necessário abandono das orientações bülöwianas acerca do processo como instrumento à serviço da Jurisdição, bem como

dos efeitos que a teoria da instrumentalidade fizera sentir no gradativo movimento de entronização do Judiciário como o “guardião das promessas” em épocas (como a atual) de crise da legitimidade dos demais poderes públicos (GARAPON, 2001).

Quanto a esse aspecto, mostram-se ainda dignas de lembrança as considerações de Alexandre Moraes da Rosa, quando expõe as razões pelas quais modelos centralizadores do processo (o juiz como o ponto de convergência) são incompatíveis e inviáveis no Estado Democrático de Direito.

Em sua obra “Decisão Penal: a bricolage de significantes”, o autor discorre sobre a decisão penal levando em consideração suas pesquisas no campo da Psicanálise e chega à conclusão que, longe de ser um mero aplicar de lógica dedutiva, os provimentos estão condicionados a fatores de natureza ideológica, midiática, criminológica e ao inconsciente. Desse modo, deve-se abandonar de uma vez por todas a crença de que o juiz seja capaz de operar como um vetor único de captação dos ideais democráticos em sociedades plurais (MORAIS DA ROSA, 2006).

Contudo, deve-se frisar que, para o propósito abordado neste artigo, mesmo no modelo constitucional de processo, o contraditório efetivo somente se torna viável se realizado, intersubjetivamente, no plano fático-processual entre todos os sujeitos do processo.

Para tanto, além da necessária observância ao referido princípio no modelo constitucional de processo, o ato de elaboração da decisão penal deve privilegiar uma matriz procedural que assegure às partes a oportunidade de contribuírem, de modo mais decisivo, para a formação da motivação judicial, potencializando-se, desse modo, a ampla argumentação e o esclarecimento mútuo das *aporias*¹ jurídicas extraídas das versões transcritas nos autos, assim como das dúvidas pessoais formadas no íntimo de cada um dos atores do processo.

Quanto a esse aspecto, toma-se como referência o modelo comparticipativo de procedimento, atualmente propugnado por Dierle José Coelho Nunes (2009) em sua obra destinada à crítica e revisão do processo jurisdicional democrático.

Segundo o referido autor, a democratização processual carece, inexoravelmente, da percepção “da interdependência entre todos os sujeitos processuais” para que, assim, possa ser obtida uma advocacia e uma magistratura fortes, com devida formação técnica e poderes isonômicos no exercício de suas respectivas funções (NUNES, 2009, p. 198).

Essa percepção tem ainda o condão de evitar os excessos cometidos pelos superados perfis estatais (Liberal e Social), abandonando-se, por consequência, as suas

¹ Segundo Nicola Abbagnano, “este termo é usado no sentido de dúvida *racional*, isto é, de dificuldade inerente a um raciocínio, e não no de estado subjetivo de incerteza. É, portanto, a dúvida *objetiva*, a dificuldade efetiva de um raciocínio ou da conclusão a que leva um raciocínio” (2007, p. 75).

feições clientelistas e paternalistas em prol de uma maior autonomia dos sujeitos no processo. A isso acrescenta Dierle José Coelho Nunes:

Não se pode acreditar mais em uma justiça social predefinida antes do debate processual, uma vez que só as peculiaridades do caso concreto podem permitir, mediante o estabelecimento de um fluxo discursivo entre interessados e o órgão decisor, a formação de um provimento adequado.

Uma verdadeira democracia processual será obtida mediante a assunção da co-responsabilidade social e política de todos os envolvidos (juízes, partes, advogados, órgãos de execução do Ministério Público e serventuários da Justiça) segundo balizamentos técnicos e constitucionais adequados, de modo a se estruturar um procedimento que atenda às exigências tanto de legitimidade quanto de eficiência técnica (NUNES, 2009, p. 198).

Conferindo-se abertura à atividade de interpretação das normas e dos fatos, tal como idealizara Peter Häberle em sua “sociedade aberta de intérpretes” (HABERLE, 2002), juiz e partes podem descobrir os sentidos legítimos que edificarão os motivos da sentença, evitando-se as indesejadas surpresas ou os arroubos de subjetivismos.

Ora, a legitimidade das decisões judiciais em um Estado que se afirma “Democrático” e “de Direito” deve necessariamente resultar, desse modo, da ampla participação de todos os intérpretes do processo; participação esta que, conforme a óptica haberleana, não pode ser tomada tão somente como uma aptidão de aceitação de decisões ou de preparação para se recuperar de eventuais prejuízos, mas, sim, como o poder de influência qualitativa sobre a motivação judicial. Essa perspectiva, conforme arremata Häberle, não pode se tratar “de um ‘aprendizado’ dos participantes, mas de um ‘aprendizado’ por parte dos tribunais em face dos diversos participantes” (2002, p.31).

Os destinatários (as partes) só podem se reconhecer como coautores dos provimentos emanados do Poder Judiciário desde que tenham desfrutado do direito ao contraditório pleno e à ampla argumentação e desde que lhes tenha sido também assegurado o direito de fiscalizarem a liberdade judicial de eleição dos fundamentos que serão lançados no ato decisório.

É essa interdependência, enfim, que tem sido invocada pelos processualistas de vanguarda, que irá promover a intersubjetividade da qual a Hermenêutica Filosófica contemporânea reclama ponderações, legitimando-se assim o provimento judicial, tal como se propõe (e como se acredita que deve ocorrer), em democracias plenas e não apenas nominais.

Ora, por “democracia” não se quer aqui referir apenas ao governo de uma maioria, visto que, conforme Karl Popper, a maioria também pode vir a governar de forma tirânica (POPPER, 1987). Segundo a concepção popperiana, de outro modo, deve-se compreender por democracia o governo no qual os poderes sejam limitados, em que haja o aperfeiçoamento contínuo das *instituições* e a possibilidade efetiva de crítica e substituição

dos governantes sem o derramamento de sangue, ou seja, sem o emprego da violência (POPPER, 1987).

Segundo a visão popperiana, portanto, o projeto democrático se dá pelo cumprimento da Constituição e deve estar assegurado por lei para ser operacionalizado por todos (maiorias e minorias) em sociedade. Abandona-se, assim, a ideologia da democracia como vontade das maiorias, como vontade “do povo, pelo povo e para o povo”.

A sociedade deve estar, enfim, sempre aberta a novas visões filosóficas ou religiosas do mundo, a novos valores e partidos. E assim deve ser em razão da falibilidade do conhecimento humano e pelo politeísmo de valores. A sociedade aberta, enfim, estaria fechada apenas para os intolerantes (REALE, 2006).

Contudo, essa participação dos sujeitos no processo, que irá emprestar legitimidade às decisões, não deve se restringir, em uma sociedade democrática altamente complexa, ao direito dado às partes de poderem apenas *oferecer* ao Juiz suas versões sobre o mérito da causa. A participação que se reclama é, enfim, a que seja efetivamente capaz de interferir, direta, quantitativa e qualitativamente, no deslinde do julgamento e que estampe sua relevância no exercício de sua função, não por um vínculo de submissão, mas de interdependência com os demais *sujeitos* do processo.

É a participação que exige um esforço comum, ainda que impelido por interesses distintos, de construção de uma verdade processual atingida pela relação intersubjetiva, conjunta e democrática de todos os participantes no ato de maior complexidade do processo: o da interpretação do direito.

CONCLUSÃO

Ao se propor a investigação acadêmica quanto à possibilidade de uma atuação compartilhada, entre os juiz e as partes, para a formação da motivação no ato decisório, busca-se atribuir ao Processo, na esteira do que é propugnado pelo seu modelo constitucionalizado, a sua função de (con)formação da Jurisdição aos ideais democráticos do Estado Democrático de Direito, tal como fora instituído pela Constituição da República de 1988.

Tal reflexão, no entanto, não pode prescindir do diálogo com outros campos do conhecimento, especialmente da Hermenêutica, por meio da qual o cientista se permite vislumbrar uma dimensão mais abrangente de aplicação dos princípios do contraditório e da ampla argumentação (bases do modelo constitucional de processo), objetivando tornar, assim, o processo penal um espaço real de respeito à cidadania.

Busca-se, enfim, a defesa de um verdadeiro processo de bases democráticas, no qual os sujeitos se encontram no mesmo patamar ético e jurídico das instituições que os julgam.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO DE OLIVEIRA, Manfredo. Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Tradução da 1. ed. brasileira coordenada e revista por Alfredo Bossi; revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 5.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. A Oralidade Processual e a Construção da verdade Jurídica. *Revista da SJRJ*, Rio de Janeiro, nº 23, p. 131-160, 2008. Disponível em: www.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/76/75. Acessado em: 30 jan. 2011.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 3.689, de 03 de Outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del3689.htm>>. Acessado em: 06/05/2011.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Cidadania e efetividade do processo. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre: Síntese, p. 30-35, set/out. 1999.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação*. Uma contribuição ao estudo do Direito. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. *Constituição e processo*. A contribuição do Processo ao Constitucionalismo Democrático Brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. 492 p.

GACKI, Sérgio Ricardo Silva. *Perspectivas do Diálogo em Gadamer*: A questão do método. Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2004. Disponível em: <www.ihu.unisinos.br/uploads/publicacoes/edicoes/1158325728.95pdf.pdf>. Acessado em: 08 dez. 2010.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

GARAPON, Antoine. *O Juiz e a Democracia*. O guardião das promessas. Tradução Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1992. 220 p.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 2002.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Parte I. Tradução de Márcia Sá Cavalcanti. Petrópolis: Vozes, 1988.

LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas/FUMEC, 2008.

LEAL, Rosemíro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. Primeiros estudos. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. 2.

LOPES JR. Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional. 5.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LUHMANN, Niklas. *Legitimização pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Decisão Penal: A Bricolage de Significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o Povo?* A questão fundamental da Democracia. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2009. 282 p.

PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães Barros. *O Processo, a Jurisdição e a Ação sob a ótica de Élio Fazzalari*. Disponível em: <www.fmd.pucminas.br/virtuajus/virtuajus_inicio.html>. Acessado em: 27 jan. 2010.

PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães Barros. O Paradigma do Estado Democrático de Direito e as Teorias do Processo. Disponível em: <www.fmd.pucminas.br/virtuajus/virtuajus_inicio.html>. Acessado em: 15 ago. 2010.

POPPER, Karl. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987. v. I e II.

REALE, Giovanni. *História da Filosofia*: de Freud à atualidade. Tradução de Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2006. v. 7.

ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica Filosófica*. Entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem. Rio Grande do Sul: Editora Unisinos, 2005.

STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre Hermenêutica*. 2.ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica (e)m crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

STRECK, Lênio Luiz. Decisionismo e Discrição na Judicatura em Tempos Pós-Positivistas: O Solipsismo Hermenêutico e os Obstáculos à Concretização da Constituição no Brasil. In:

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; NUNES, Antônio José Avelãs (Org.). *O Direito e o Futuro – O Futuro do Direito* – Coimbra: Almedina, 2008.

STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica e possibilidades críticas do Direito: ainda a questão da Discrição positivista. *Boletim da Faculdade de Direito*. Universidade de Coimbra. Coimbra: Ed. Coimbra, 2008, n.º 84. p. 559-589.

Recebido: dezembro 2011

Aprovado: fevereiro 2012