

2007. Disponível em: [http://direitogv.fgv.br/casoteca/sonhos-de-liberdade-vidas-trafficadas]. Acesso em: 05.02.2014.

RODRIGUES, Thaís de Camargo. *O tráfico internacional de pessoas para fim de exploração sexual e a questão do consentimento*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. São Paulo, USP, 2012.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Madrid: Civitas, 2001.

SNJ. *Pesquisa Enafon: diagnóstico sobre tráfico de pessoas nas áreas de fronteira*. Brasília: SNJ, 2013. Disponível em: [file:///C:/Documents%20and%20Settings/dpf.adm/Meus%20documentos/Downloads/Pesquisa_%20ENAFRON_202x266mm_1710_19h00_WEB.PDF]. Acesso em: 20.02.2014.

TERESI, Verônica Maria. *A cooperação internacional para o enfrentamento ao tráfico de mulheres para fins de exploração sexual: o caso Brasil-Espanha*. Dissertação (Mestrado em Direito). Santos, Universidade Católica de Santos, 2007.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Das diferenças entre extradição, expulsão e deportação, de Ronaldo Rebello de Brito Poletti – *Doutrinas Essenciais de Direito Internacional* 4/817 (DTR\2012\2429);
- Lei 11.106/2005: novas modificações ao Código Penal Brasileiro, de Renato Flávio Marcão – RT 840/457-474 (DTR\2005\714); e
- Tipicidade e causa de aumento de pena, de Miguel Reale Júnior – *RBCCrim* 46/391-402 (DTR\2004\11).

CONSTITUIÇÃO, CONTRADITÓRIO E LINGUAGEM

CONSTITUTION, CONTRADICTION AND LANGUAGE

LEANDRO GORNICKI NUNES

Doutorando e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Especialista em Direito Penal pela Universidade de Salamanca (USAL). Membro do Núcleo de Direito e Psicanálise do PPGD-UFPR. Professor de Direito Penal e Criminologia. Advogado.
leandro@gnsc.adv.br

ÁREA DO DIREITO: Penal; Constitucional

RESUMO: O presente texto tem por objetivo fazer uma análise do princípio do contraditório, dialogando com a teoria da Constituição e a filosofia da linguagem, apurando a sua configuração teórica e as consequências empíricas da sua violação no processo penal.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição – Democracia – Direito processual penal – Contraditório – Linguagem.

ABSTRACT: The present text has for objective to make a analysis of the principle of the contradictory, dialogue with the Constitution theory and philosophy of language, with its theoretical configuration and the empirical consequences of their violation in criminal procedure.

KEYWORDS: Constitution – Democracy – Criminal Procedure Law – Contradictory – Language.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Teoria da Constituição e Contraditório – 3. Contraditório e filosofia da linguagem – 4. Contraditório e processo penal – 5. Considerações finais: “faltou combinar com os russos” – 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O presente ensaio tem por preocupação central o *princípio constitucional do contraditório* em uma estrutura processual penal condizente com o Estado Democrático de Direito, em que o *processo* seja visto como um instrumento moderno para a resolução de casos penais e em que a garantia dos direitos fundamentais de todos os envolvidos seja o seu *fim teleológico*, com destaque à *liberdade individual* (objeto primário de tutela).

Nesses primeiros anos do século XXI é evidente a proliferação de discursos bélicos correlacionados à definição de inimigos (*unpersonen*),¹ fato que corrói e degenera o projeto de democratização das relações de poder no processo penal, culminando em retrocessos na contenção e redução da perspectiva inquisitorial de resolução dos casos penais, com graves prejuízos à liberdade individual.

A epistemologia garantista – atrelada à limitação do poder punitivo e à tutela da pessoa contra a arbitrariedade e o decisionismo estatal – fica bloqueada pela intolerância do totalitarismo e pelo obscurantismo penal da epistemologia anti-garantista/inquisitiva, constituída por práticas de investigação e de julgamento cunhadas no positivismo (com a figura do “delinquente natural”),² no “direito penal da vontade antijurídica” (*willensstrafe*) de matriz nazista,³ na “defesa social”⁴ e, enfim, em um primado incondicional da “guerra contra o crime”, despreocupado com os direitos e garantias individuais no âmbito do Direito Penal e do Direito Processual Penal. Além disso, a *estrita jurisdicionalidade*, dependente da verificação ou refutação das hipóteses acusatórias, acaba se reduzindo às valorações discricionárias do julgador.⁵

Nessa epistemologia inquisitiva, o Direito Processual Penal acaba consubstanciando um instrumento de opressão e violação das liberdades individuais em busca – dentre outras coisas – da “verdade real”, sendo incalculável o prejuízo para a *democracia*, compreendida como a forma de Estado em que *todo o poder emana do povo* (art. 1.º da CF/1988). Então, se todo o poder emana do povo, cada indivíduo

1. A categoria de *unpersonen* (não pessoas) é central no Direito Penal do Inimigo desenvolvido por Jakobs. Trata-se de um Direito Penal que busca privilegiar a *segurança* em detrimento da *liberdade*. O Direito Penal se dividiria em: (a) Direito Penal com garantias para o cidadão; (b) Direito Penal sem garantias para o inimigo. No Direito Penal do Inimigo há uma lógica de guerra contra os terroristas, os mafiosos e os excluídos sociais, que compoariam uma classe de indivíduos não confiáveis e, por isso, não pessoas. Ver: JAKOBS, Günter; CANCIO MELIA, Manuel. *Direito penal do inimigo: noções críticas*. 2. ed. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

2. LOMBROSO, Cesare. *Luomo delinquente*. 5. ed. Torino: Fratelli Bocca, 1896.

3. Nessa matriz, há um “abandono do individualismo” (*Abkehr vom Individualismus*) e do racionalismo, típicos da ilustração e do liberalismo; enfim, há o abandono da ideia de proteção de bens jurídicos individuais como fim do Direito Penal, que passa a seguir uma lógica substancialista (juízos éticos valorativos), confundindo direito e moral, além de proteger “a dignidade do Estado e a honra da nação”, por exemplo. A propósito, ver: DAHM, Georg; SCHAFFSTEIN, Friedrich. *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*. Hamburg, 1933.

4. Ver: ANCEL, Marc. *Social defense: a modern approach to criminal problems*. Londres: Routledge & Kegan Paul, 1965.

5. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 9. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 33-90.

NUNES, Leandro Gornicki. Constituição, contraditório e linguagem. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 119. ano 24. p. 75-101. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2016.

constitutivo desse povo é um sujeito igual em direitos e deveres, surgindo daí o princípio da *igualdade* como consequência lógica da democracia. Por isso, não pode o povo – representado pelos aparelhos repressivos de Estado – admitir qualquer violação a direito fundamental de qualquer indivíduo que o constitui enquanto povo. Por tal razão o processo penal, fundado na dignidade humana, na igualdade, na legalidade, na presunção de inocência, e, principalmente, no contraditório e na ampla defesa, deve configurar um – senão “o” – instrumento de proteção das liberdades individuais contra o possível abuso de poder oriundo do próprio Estado. Assim, tanto mais democrático será um Estado quanto mais ele defender a liberdade dos acusados no processo penal. Em outras palavras: na democracia, qualquer violação a direito fundamental no campo do processo penal implica negação da própria democracia e da vida dos sujeitos em sociedade, o que configura uma *contradição pragmática* ou *performativa*, na seara do paradigma da *linguagem*.

Por isso, na perspectiva de um processo penal democrático, surge como indispensável a superação da crítica cognitiva (enquanto análise da *consciência*) pela crítica cognitiva (enquanto análise da *linguagem*),⁶ em que a validação da *verdade* é vista como “um problema da formação intersubjetiva de consensos com base em um acordo mútuo linguístico (argumentativo)”.⁷ Desse modo, para a apuração da validade das proposições (teses acusatórias e defensivas nos casos penais concretos), discutidas com pretensão de verdade no âmbito do processo penal, deve-se buscar um critério ou método intersubjetivamente válido. Nesse método, a linguagem da comunidade discursiva servirá como solução dos problemas propostos pelas partes (acusação e defesa), conforme determinadas regras de argumentação (*condições normativas de possibilidade da discussão*). Assim, a igualdade entre os sujeitos processuais, por exemplo, passa a ser uma condição inexorável para a validação da verdade no campo processual penal, de modo que qualquer forma de violência (delação premiada, ameaça, tortura e medida cautelar pessoal infundada) fulmina qualquer pretensão de verdade intersubjetivamente válida.⁸

6. “Essa mudança é decisiva para a filosofia, pois significa um movimento que vai da consciência para a linguagem, modificando o procedimento filosófico em relação à validação da verdade que de monológico passa a ter uma exigência dialógico-discursiva.” LUDWIG, Celso Luiz. *Para uma filosofia jurídica da libertação: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo*. Florianópolis: Conceito, 2006. p. 94.

7. APEL, Karl-Otto. *Transformação da filosofia*. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2000. vol. 2. p. 354.

8. “Deve, por exemplo, ser pressuposto que existe algo assim como verdade de proposições à diferença da falsidade. E que, ainda, há proposições – chamadas hipotéticas – que podem ser postas em discussão com pretensão de verdade, ainda que sem pretensão de evidência, num discurso argumentativo. E isto se faz de tal modo que em princípio se pressupõe que

NUNES, Leandro Gornicki. Constituição, contraditório e linguagem. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 119. ano 24. p. 75-101. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2016.

Em um contexto de violência (física ou discursiva), apenas o inquisidor terá algum tipo de “verdade” decorrente de um solipsismo – um “vício em si mesmo” (*selbsüchtiger*) – que define o *thema probandum* e, conseqüentemente, o *thema decidendum*.⁹ Portanto, sem democracia (igualdade material e discursiva entre os sujeitos do processo), fica fulminada qualquer possibilidade de validação da verdade no âmbito do processo penal. E, paradoxalmente, a partir do paradigma filosófico do agir comunicativo (*linguistic turn*), o processo penal fundado no princípio inquisitivo, em que o juiz é o *gestor da prova*, jamais revelará “a” verdade, esse objeto de desejo (fetiche) do inquisidor que, desde Carnelutti, sabe-se ser “demais para nós”.¹⁰

Aqui é fundamental um alerta: negar a possibilidade de serem encontradas *verdades fundantes* – como a “verdade real”, por exemplo – no âmbito do processo penal não autoriza a construção da decisão penal com proposições relacionadas à matéria de fato (*teoria da prova*) ou à matéria jurídica (*teoria do direito*) desgarradas dos critérios ou métodos de validade apregoados pelo paradigma da ação comunicativa. Admitir isso é admitir o *decisionismo* ou um relativismo nocivo à democracia.

as proposições podem ser examinadas e ser demonstradas como intersubjetivamente validadas (capazes de consenso) ou falsas, utilizando certos critérios. Nisto está implicado, ainda, que existe em princípio uma comunidade de discurso e argumentação que tem à sua disposição uma linguagem comum e clara, na qual pode formular seus problemas e soluções. E, por fim, está pressuposto que se devem respeitar determinadas regras de argumentação como condições normativas da possibilidade da discussão, isto é, da satisfação consensual ou da crítica de pretensões de verdade. Por exemplo, aquela de que todos os participantes do discurso em princípio são iguais. Não devem, portanto, ser excluídos quaisquer argumentos e que somente deve valer o melhor argumento e não pode ter papel algum a violência aberta ou oculta, como, por exemplo, ofertas de negociação, ameaças ou modos de convencer sugestivos na discussão de pretensões de verdade.” APEL, Karl-Otto. *Fundamentação última não metafísica*. In: STEIN, Ernildo; BONI, Luís A. de. *Dialética e liberdade: festschrift* em homenagem a Carlos Roberto Cirne Lima. Petrópolis: Vozes, 1993. p. 312.

9. “No sistema inquisitório, como se sabe da história, o problema não está em quem faz o papel de inquisidor: basta estar lá, naquele lugar, que o *modus pensandi* trata de fazer o resto, sob a batuta da *analítica aristotélica*. De *premissas falsas* – forjadas pelo imaginário – chega-se, sem grande esforço, a conclusões falsas. É assim que sempre se fabricou – e segue-se fabricando – delitos e delinquentes, em nome da *crença nas imagens*, hoje disseminadas (as imagens) como nunca a partir dos meios de comunicação.” COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O devido processo legal (penal) e o Poder Judiciário. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; NUNES, António José Avelãs. *Diálogos constitucionais: Brasil/Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 296.
10. “A verdade não é, e nem pode ser, senão uma só: aquela que eu, como outros chamava de verdade formal, não é a verdade” (...) “a verdade está no *todo*, não na *parte*; e o *todo* é demais para nós”. CARNELUTTI, Francesco. *Verità, dubbio e certezza. Rivista di Diritto Processuale*. vol. XX p. 4-9. Padova: Cedam, 1965.

É, assim, inevitável reconhecer que apenas com a observação dos princípios processuais previstos na Constituição da República – dentre eles o *contraditório* – será possível a construção de decisões penais vinculadas à base acusatória, refratárias ao princípio inquisitivo, antidemocrático e antigarantista. Que fique, desde já, registrado: sem igualdade não há contraditório! Sem contraditório não há prova! Sem prova não há decisão justa! Sem decisão justa não há democracia!

2. TEORIA DA CONSTITUIÇÃO E CONTRADITÓRIO

Antes da apresentação dos contornos de um modelo de processo penal fundado no princípio constitucional do *contraditório*, é necessário trabalhar um – e não “o” – conceito de Constituição, enquanto fonte dos princípios que constituem o processo penal em nosso Estado Democrático de Direito.

Com apoio em Hesse, é indispensável refutar a tese de Lassale, afirmando: a Constituição *não* é “um pedaço de papel” (*ein Stück papier*)!¹¹ Uma Constituição – modernamente falando – representa a ordem sistemática e racional da comunidade política de um Estado, havendo a declaração das liberdades e dos direitos fundamentais, acompanhada de limites ao poder político, como forma de garantia de todos os sujeitos em sociedade (constitucionalização das liberdades). Sem isso, o poder político poderá se tornar ilimitado e imoderado. Logo, não haverá Constituição sem a garantia dos direitos e liberdades fundamentais do indivíduo e sem a ordenação, fundamento e limitação do poder político. Esses elementos do conceito moderno de Constituição promovem a *fundação e legitimação do poder político* e a *constitucionalização das liberdades*.¹² Como consequência dessa concepção de Constituição, o Estado Constitucional de Direito não deve(ria) sucumbir diante da hegemonia política de algum grupo (*Realpolitik*), ou seja, não sendo a Constituição formada apenas por questões políticas, mas também por questões jurídicas, seria ela apta para controlar o poder político, não havendo sentido estabelecer a dicotomia entre *Constituição Real* e *Constituição Jurídica*, conforme propôs Lassale, em Berlim, no ano de 1862.

11. HESSE, Konrad. *Die Normative Kraft der Verfassung*. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1959. No Brasil: HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFe, 1991. No referido texto, Hesse responde à tese de Lassale, sustentando, em síntese, que, no conflito entre a *vontade de poder* (*Wille zur Macht*) e a *vontade de Constituição* (*Wille zur Verfassung*), a Constituição pode, a partir de pressupostos realizáveis (*realisierbare Voraussetzungen*), ter a sua força normativa assegurada. Ver: LASSALE, Ferdinand. *Über das Verfassungswesen*. Berlin: Buchhandlung Vorwärts Paul Singer, 1907. No Brasil: LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição política*. Trad. Manuel Soares. São Paulo: Global, 1987.
12. CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 51-55.

Nas palavras de Hesse, “a ideia de um efeito determinante exclusivo da Constituição real não significa outra coisa senão a própria negação da Constituição jurídica”.¹³ Portanto, havendo uma relação de interdependência entre o político e o jurídico, não há como negar uma significativa carga de poder do *jurídico* em controlar a atuação das *forças políticas*. Essa relação de interdependência é, na realidade, uma tensão necessária, imanente e não eliminável em qualquer Estado Constitucional. Trata-se de um *condicionamento recíproco*. Para que o Direito não seja simplesmente um setor das superestruturas do Estado a serviço de uma ordem injusta, cuja função espúria seria justificar as relações de poder, é necessário defender a *força normativa da Constituição*, sem deixar de observar a realidade e sem que isso signifique apego a qualquer ilusão legalista.

Em outros termos, o *jurídico* não pode ser despido da realidade política, enquanto as *forças políticas* não podem estar esvaziadas de elementos normativos advindos da Constituição de um Estado. Para tudo isso ser compreendido, é indispensável abandonar a ideia reducionista de que a Constituição é um “pedaço de papel” ou mais um “diploma legal”. Desse modo, é possível assegurar a eficácia da Constituição (ou do *jurídico*) como elemento autônomo no campo de forças da *Realpolitik*. Só assim ela terá *força normativa*.

A partir dessa concepção de Constituição, é dedutível que as normas constitucionais devem se projetar para o futuro, com base na realidade do presente, para terem alguma *força normativa*, razão pela qual um dos pressupostos indispensáveis a um *modelo ideal* de Constituição é a sua *longevidade* ou *duração no tempo*. Isso implica negar a existência de uma verdadeira Constituição quando ela for concebida apenas como um “diploma legal” no ápice da estrutura escalonada das normas ou quando o número de emendas constitucionais for capaz de gerar um novo conjunto de disposições, cujas dimensões desvirtuam aquilo que originariamente se chamou de Constituição. Caso isso ocorra, a Constituição não será a *lei suprema do país*, uma vez que não será reconhecida pelo povo soberano como a *supremacy clause*. Concebida a Constituição como *supremacy clause*, nem mesmo uma decisão judicial – de qualquer instância (!) – ou a vontade da maioria, representada no parlamento, poderá modificá-la, já que passa a ser o *vértice do poder*, a razão superior do próprio Estado.

O conseqüente lógico dessa concepção é a ligação inexorável entre a *supremacia constitucional* e a *vontade do povo* no momento de inauguração da ordem estatal. No entanto, para o sucesso desse *modelo ideal* de Constituição, é necessário compreender que a *vontade popular* – ou da maioria – não é o fundamento da autoridade da lei ou da Constituição, especialmente, na solução de casos penais.

13. HESSE, Konrad. *A força normativa...* cit., p. 11.

Isso demanda uma estrutura dualística, em que o sujeito-povo exprime duas vontades distintas: (a) a *vontade constituinte* (funda a *supremacia constitucional*); (b) a *vontade política/legislativa* (funda uma singular maioria). Só desta forma o legislador – ainda que o reformador – estará impedido de se colocar no lugar do povo. Neste esquadro, a Constituição será gerada por um corpo do povo (*constituente*), enquanto as leis serão geradas por outro corpo do povo: aquele que exprime a vontade da maioria. São os “dois corpos do povo”: nesse modelo, a *supremacia constitucional* se identifica com a *supremacia do povo*. Com esse modelo dualista a *força normativa da Constituição* fica protegida dos possíveis ataques advindos do Poder Legislativo,¹⁴ e até mesmo do Poder Executivo, desde que o Poder Judiciário seja efetivamente o *guardião da Constituição*, conforme pretendido por Hans Kelsen,¹⁵ sem que isso consista colocar o Poder Judiciário em um patamar superior aos demais Poderes do Estado. Afinal, a não aplicação de uma lei inconstitucional serve apenas para (re)afirmar a autoridade da Constituição.

Sendo observado esse pressuposto do *modelo ideal* aqui defendido, todos os Poderes terão o seu âmbito de atuação delimitado na própria Constituição, de modo que não serão poderes por excelência, assumindo particular relevância a dimensão do *checks and balances* (balanceamento entre os Poderes) ou “freios e contrapesos”. Além disso, o sujeito-povo é a base da Constituição, não cabendo qualquer transferência dos seus poderes para o Executivo, o Legislativo ou o Judiciário. Isso consiste uma *ordem primária* que radica o pressuposto da Constituição, não estando o poder do povo disponível e não podendo ser violada a *supremacia constitucional* por qualquer força política.

O corolário lógico dessa estrutura de Estado Constitucional de Direito é o fim de qualquer antagonismo entre o povo e a Constituição: o povo deixa de ser uma ameaça para a Constituição e passa a ser o fundamento da *supremacia constitucional*. Por isso, é fundamental a existência da *limitação constitucional do poder*: todo o poder deve ter limites estabelecidos na própria Constituição, de modo que nenhum dos Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) possa se intitular “poder por excelência” (soberano).¹⁶

Sem essa limitação a Constituição não terá *força normativa*, o poder não advirá do povo e o moderno Estado Democrático de Direito deixará de existir, havendo apenas um *simulacro* de Constituição, pelo menos, desde a perspectiva da *democracia política*.

14. FIORAVANTI, Maurizio. *Costituzionalismo: percorsi della storia e tendenze attuali*. Roma: Laterza, 2009. p. 51-55.

15. KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Trad. Alexandre Krug; Eduardo Brandão; Maria E. Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

16. FIORAVANTI, Maurizio. *Op. cit.*, p. 55-66.

Essas digressões de caráter constitucional servem para demonstrar que, em termos jurídicos, a Constituição da República é o *vértice do poder* em nosso Estado Democrático de Direito, e, para além das discussões inerentes à *teoria do poder* no campo político e filosófico, isso traz sérias implicações no campo do Direito Processual Penal, porque ela – a Constituição – prevê várias garantias aos acusados e várias limitações aos atores jurídicos (juízes, representantes do Ministério Público, advogados e os demais envolvidos no processo penal),¹⁷ dentre as quais está o *contraditório*, que, a partir do pensamento de Fazzalari, constitui a própria definição de processo.

3. CONTRADITÓRIO E FILOSOFIA DA LINGUAGEM

Dentro da perspectiva do paradigma do agir comunicativo, em que é possível promover uma *transformação pragmático-linguística* ou *semiótica transcendental*, para uma decisão penal não ser um ato de fé, moral, pré-racional ou irracional – características intrínsecas ao trabalho do inquisidor – é necessário que ela seja construída a partir de condições normativas de um discurso crítico-argumentativo, cuja matriz está na Constituição da República, com destaque ao *contraditório*.

O *contraditório* deve ser concebido como uma condição de validade intersubjetiva da argumentação dos sujeitos processuais, seja no momento propriamente dito de argumentar (lugar da acusação e da defesa), seja no momento de fundamentar a decisão (lugar do julgador). Somente com a dialética inerente ao *contraditório*, com o afastamento de estratégias de imposição ou imunização de opiniões próprias (retórica, manipulação, dogmatização ou violência, por exemplo), é possível atribuir à *síntese* última do processo penal (a decisão penal) alguma validade intersubjetiva.

Em outros termos, o solipsismo (*síntese de minha percepção*) não valida a verdade porque não tem validade intersubjetiva, pois ele é monológico.

Nessa matriz filosófica – avessa ao logocentrismo, ao idealismo e à solidão dos inquisidores – as condições de possibilidade e validade do conhecimento produzido ao longo do processo penal poderão ser aferidas sob o crivo do *contraditório*, pois é ele que auxilia a limitar o solipsismo e o decisionismo inerentes ao juiz-inquisidor. É o *contraditório*, desse modo, a ponte entre a democracia e a linguagem que constitui a decisão penal no sistema acusatório.

17. “Tem-se, no Brasil, um arsenal capaz de conduzir o sistema processual penal à base acusatória, mas isso não ocorrerá enquanto o Poder Judiciário não assumir a Constituição da República contra o CPP; enquanto se ficar fazendo concessões imperdoáveis ao fundamento inquisitorial, contra a CR. (...) é preciso um câmbio definitivo de mentalidade e um compromisso sério e duradouro com os valores democráticos.” COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O devido processo legal... cit., p. 298-299.

Mas, é importante salientar: o *contraditório*, embora seja uma condição inexorável de possibilidade e validade do conhecimento produzido ao longo do processo penal democrático, ou seja, das proposições que antecedem e constituem a decisão penal, ainda não é a panaceia contra as profundas raízes da *filosofia da consciência* (modelo metafísico de cunho platônico) que ainda sustentam o trabalho de grande parte dos atores jurídicos ou sujeitos processuais em nosso país. Ademais, o *contraditório* também não é a panaceia contra a *seletividade* do poder político, nos momentos de *criminalização primária e criminalização secundária*,¹⁸ cujas raízes transcendem o âmbito processual penal e são desveladas pelo trabalho da criminologia crítica. De qualquer modo, com o *contraditório* – vinculado à *filosofia da linguagem* e à *razão comunicacional* – há um meio para dificultar a ação de prolar de decisões penais oriundas da subjetividade transcendental.

Para isso, é necessário abandonar verdades reais ou fundantes, concebidas pelo paradigma da consciência como o grande objeto de desejo (fetiche) a ser dominado – “custe o que custar” –, mesmo que sangrando a Constituição da República, ou seja, com violação do devido processo legal, da presunção de inocência, da liberdade individual, da intimidade, da vida privada, da integridade física e do *contraditório*. A “verdade” do processo penal democrático – sem pretensão fundante – somente pode ser validada na intersubjetividade constituída de sujeitos capazes de linguagem e ação (*razão comunicativa*), nunca na solidão do trabalho inquisitorial (*razão instrumental e subjetiva*).¹⁹

Em termos mais diretos, um processo penal que promova o integral respeito ao *contraditório* será um instrumento capaz de diminuir o emprego de decisões violen-

18. “*Criminalização primária* é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas. (...) *Criminalização secundária* é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que acontece quando as agências policiais detectam uma pessoa que supõe-se tenha praticado certo ato criminalizado primariamente.” ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. vol. 1. p. 43.

19. “No paradigma da consciência temos uma razão centrada no sujeito, razão esta que se determina como razão instrumental e subjetiva. É instrumental na medida em que torna possível ao sujeito o controle teórico (conhecimento) e prático (dominação) das coisas e do mundo. É subjetiva porque privilegia o sujeito, em detrimento do objeto, tanto ontológica como epistemologicamente. Dada essa premissa do sujeito na razão monológica, no quadro paradigmático da consciência, como visto, a noção central é a da subjetividade. De outro lado, no novo paradigma, temos uma razão centrada na comunicação, alargando os horizontes da racionalidade, ao buscar suas medidas não só na consciência e autoconsciência, mas em procedimentos argumentativos que possibilitam, além do elemento cognitivo, o prático, o moral, o emancipatório e o estético.” LUDWIG, Celso Luiz. Op. cit., p. 104-105.

tas – leia-se: decisões fundadas na racionalidade monológica (*lógica autoritária*). Um processo penal com integral respeito ao *contraditório* é um processo penal que privilegia a racionalidade dialógica e a ética intersubjetiva (*lógica garantista*). Configura uma maneira de superar o paradigma da filosofia do sujeito monológico (solipsista) e, assim, de superar um processo infectado por qualquer manifestação de autoritarismo, de decisionismo e, em última análise, de inquisitorialismo. Comentando a dicotomia que há entre a técnica inquisitorial (antidemocrática) e a técnica acusatória (democrática), Franco Cordero expõe:

“L’universo giudiziario è classificabile secondo alcune dicotomie: segreto-pubblico, solitario scandaglio introspettivo-escussione corale, induzione monologante-disputa, crime detector-decisores neutrale, ossessione terapeutica-fair play. Sommati, i primi termini delle singole coppie significano ‘tecnica inquisitoria’. L’antimodello è uno spettacolo agnoistico senza misteri, dove gli esiti dipendono dalle rispettive performances, essendo esclusa dalle regole ogni disparità organica (qual è rilevabile, ad esempio, nella cosiddetta istruzione: giudice e pubblico ministero vi soverchiano l’imputato)”²⁰

Isso demonstra, conforme assinalado por Ferrajoli, que há um nexo entre garantismo, convencionalismo legal e cognitivismo jurisdicional, de um lado, e entre despotismo, substancialismo e decisionismo valorativo, de outro.²¹ No entanto, para além da preocupação inerente à lógica do direito positivado (*momento instrumental*), o *contraditório* também faz parte da dimensão ética do processo penal, merecendo, na *teoria do agir comunicativo*, igual atenção no plano da justificação (*momento material*),²² corroborando a força normativa da Constituição.

20. CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Roma: UTET, 1986. p. 288. Tradução livre: “O universo judiciário é classificável segundo algumas dicotomias: secreto-público, solitário introspectivo-dialogado coletivamente, indução monológica-disputa, crime detector-julgadores neutros, obsessão terapêutica-fair play. Somados, os primeiros termos de cada dicotomia haverá a ‘técnica inquisitória’. O antimodelo é um espetáculo agnóstico sem mistérios, onde os êxitos dependem das respectivas performances, ficando afastada pelas regras cada disparidade orgânica (sendo relevante, por exemplo, na assim dita instrução: juiz e Ministério Público se sobrepondo ao acusado)”.

21. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón...* cit., p. 46.

22. “Sin embargo, el medio ‘derecho’ permanece conectado con el derecho como institución. Por instituciones jurídicas entiendo las normas jurídicas que no pueden quedar suficientemente legitimadas con sólo apelar en términos positivistas a su corrección procedimental. Típicos en este sentido son los fundamentos del derecho constitucional, los principios del derecho penal y del derecho de enjuiciamiento criminal e toda la legislación relativa a asuntos penales próximos a casos morales (como el asesinato, el aborto, la violación etc.). Tan pronto como en la práctica cotidiana queda en cuestión la validez de estas normas, ya no basta con apelar a su legalidad. Necesitan de una justificación material, pues forman parte de los órdenes legítimos del mundo de la vida y, junto con las normas informales que

NUNES, Leandro Gornicki. Constituição, contraditório e linguagem. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. vol. 119. ano 24. p. 75-101. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2016.

4. CONTRADITÓRIO E PROCESSO PENAL

O processo penal, em um Estado Democrático de Direito, tem por fim a garantia dos direitos fundamentais de todas as pessoas envolvidas em um caso penal, especialmente, o acusado, por ser a parte mais vulnerável diante do Estado. Em suma, a liberdade individual é o objeto primário de tutela dentro do processo penal democrático, porque é inconcebível a punição de uma pessoa que não seja autora ou partícipe de uma conduta, típica, antijurídica e culpável. Não por acaso o poder punitivo do Estado tem inúmeras limitações previstas na Constituição da República (*constitucionalização das liberdades*), cujas origens históricas estão relacionadas a muitos casos de autoritarismo e perseguição.

Para a democracia constitucional efetivar a sua missão de proteger o indivíduo da “ditadura da maioria” ou da turba inflamada pelos discursos midiáticos punitivistas, a Constituição da República traz direitos e garantias fundamentais que formam aquilo que Ferrajoli denomina “esfera do indecidível”.²³ Por isso, o processo penal democrático é um instrumento que garante essas liberdades e tutela direitos fundamentais, sendo indispensável que a atuação de todos os sujeitos processuais tenha por referente-primeiro a Constituição da República, em cujo conteúdo está o *princípio do contraditório* (CR, art. 5.º, LV).

Para o *contraditório* viger na solução dos casos penais é necessário superar um modelo de processo penal vinculado ao *sistema inquisitório*, unificado pelo princípio inquisitivo, em que o juiz é o *gestor da prova*. Nas mais variadas épocas o processo penal foi caracterizado por dois sistemas: *sistema acusatório* e o *sistema inquisitório*.²⁴ O princípio unificador de cada sistema é diverso: no *sistema acusatório* a regência é feita pelo *princípio dispositivo* (as partes produzem as provas, sob o crivo do contraditório, para que, após o devido processo legal, o juiz resolva o caso penal); no *sistema inquisitório* a regência é feita pelo *princípio inquisitivo* (a gestão da prova fica a cargo do juiz, cuja missão é buscar a “verdade real”). É a forma pela qual se realiza a instrução criminal, ou seja, a reconstrução do fato investigado por meio de informações ou provas, que definirá o tipo de sistema ao qual o processo penal está ligado.²⁵

rigen la acción, constituyen el trasfondo de la acción comunicativa.” HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Madrid: Taurus, 1988. p. 516-517.

23. Trata-se do conjunto de princípios que, na democracia, estão protegidos da vontade das maiorias. FERRAJOLI, Luigi. La esfera de lo indecidible y la división de poderes. *Estudios Constitucionales*. vol. 6. n. 1. p. 337-343. 2008. Trad. Miguel Carbonell.

24. PISAPIA, Gian Domenico. *Compendio di procedura penale*. 3. ed. Padova: Cedam, 1982. p. 19.

25. Nesse sentido: COUTINHO, Jacinto Nelson de. Introdução aos princípios gerais do Direito Processual Penal Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. ano 30. n. 30. p. 163-198. Curitiba, 1998.

NUNES, Leandro Gornicki. Constituição, contraditório e linguagem. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. vol. 119. ano 24. p. 75-101. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2016.

Logo, ao contrário do que é defendido por significativa parcela da doutrina brasileira, é um equívoco imaginar que processo penal inquisitorial é aquele sem partes, em que as figuras do acusador e do julgador se fundem, ficando o acusado na condição de mero objeto de julgamento.²⁶ A característica fundamental do sistema inquisitório está na *gestão judicial da prova*: o juiz produz as provas a partir das suas íntimas convicções – por vezes inconscientes – impedindo a consolidação do *contraditório* na sua busca pela “verdade real”. Nessa perspectiva, o processo se assemelha a um filme²⁷ e o *contraditório* se reduz à condição de simulacro. Por isso o *contraditório* depende da existência de um processo penal sustentado pelo *sistema acusatório*. Conforme lição de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, “no sistema acusatório, o processo continua sendo um instrumento de descoberta de uma verdade histórica. Entretanto, considerando que a gestão da prova está nas mãos das partes, o juiz dirá, com base exclusivamente nessas provas, o direito a ser aplicado no caso concreto (o que os ingleses chamam de *judge made law*)”.²⁸

Topicamente é possível descrever os sistemas da seguinte maneira:

Sistema inquisitório: (a) gestão da prova compete ao Juiz (protagonismo judicial); (b) o juiz investiga, acusa e julga; (c) processo escrito, secreto e sem *contraditório* (trabalho solitário e o primado das hipóteses); (d) admite-se a denúncia secreta (“bocas da verdade”) e a acusação *ex officio*; (e) há tarifação da prova; (f) o acusado é o depositário da verdade; (g) a prisão processual surge como regra; (h) ausência de coisa julgada a partir da sentença;

Sistema acusatório: (a) gestão da prova compete às partes; (b) juiz coletivo; (c) processo oral, público e *contraditório*; (d) a prova é valorada sem obedecer regras

26. “È falso che metodo inquisitorio equivalga a processo senza attore: nell’ordennance criminelle 1670, monumento dell’ingegno inquisitoriale, il monopoli della’azione spetta agli hommes du roi (‘les procès seront porursivis à la diligence et sous le nom de nos procureurs’).” CORDERO, Franco. Op. cit., p. 47. Tradução livre: “È falso que método inquisitório equivale a processo sem ator: nas Ordenações Criminais de 1670, monumento da genialidade inquisitorial, o monopólio da ação pertencia aos homens do rei (‘os processos serão promovidos sob o cuidado e em nome dos nossos procuradores’).”

27. “Se o processo era um jogo em 1950 para Piero Calamandrei, em tempos modernos certamente ele diria que o processo é um filme, que o juiz dirige, escreve o roteiro, faz seu olhar girar numa panorâmica, aproxima a sua objetiva dos fatos, corta e reinicia perícias, trabalha com tempos, prazos e espaços, dá o ritmo narrativo da conclusão que deseja violentar ao final com o seu dispositivo, ou pior ainda, é muitas vezes o protagonista, que expõe de modo dramático, mas técnico-legal, a montagem incontrolável de seus planos, a satisfação incontrolável de seu ego, a sua desvairada subjetividade em busca do riso ou da lágrima dos expectadores.” BORGES, Guilherme Roman. O direito em 24 quadros-por-segundo: o processo constituído entre fotografamas. *Jornal O Estado do Paraná*. Curitiba, jul. 2005. p. 5.

28. COUTINHO, Jacinto Nelson de. Introdução aos princípios gerais... cit., p. 166.

tarifárias; (e) a liberdade do acusado é regra (o sistema acusatório é presidido pela liberdade do acusado); (f) há coisa julgada a partir da sentença.

O processo *acusatório* é cognitivo, imune ao arbítrio, com igualdade entre os sujeitos: no lugar da verdade, o que se busca é a *solução do caso penal*, com respeito aos pressupostos do *agir comunicativo*: igualdade entre os sujeitos comunicantes e aceitação do resultado por esses sujeitos, desde que respeitadas as regras processuais democráticas. Logo, trata-se de um processo muito mais vinculado à *filosofia da linguagem* e muito mais democrático, embora seja forçoso reconhecer que jamais houve um processo puro.²⁹ E a realidade processual penal brasileira demonstra que a unificação da linguagem no campo doutrinário e na *práxis forense* é uma necessidade candente, não estando superada a discussão a respeito dos sistemas processuais, lamentavelmente. De qualquer modo, como ressalta Dezza: “Il rapporto tra *accusatio* e *inquisitio* costituisce dunque, a mio sommessimo avviso, un punto di riferimento se non irrinunciabile certo assai difficilmente sostituibile, anche e, direi, specialmente nella prospettiva del dialogo tra giuristi storici e giuristi positivi”.³⁰

Para a efetiva implementação do *contraditório* também é necessário que, além da discussão em torno dos sistemas processuais, seja discutida a concepção de processo a guiar a *práxis forense*. O processo enquanto meio para o acertamento de casos penais (atuação da jurisdição) não pode mais ser visto como uma *relação jurídica* (*iudicium est actus trium personarum: iudicis, actoris et rei*)³¹ ou como uma *situação*

29. “Pur nell’indiscutibile validità schematica dei modelli storico-comparativi (*accusatio/inquisitio; common law/civil law*), gli studi che negli ultimi venti anni circa la storiografia ha prodotto, hanno certamente descritto un quadro più complicato, dove le linee pure dei due modelli non hanno trovato mais una concreta applicazione, ma piuttosto si sono sempre presentati con contaminazioni, interferenze, scorie e ibridazioni.” PIFFERI, Michele. Le ragioni di un dialogo qualche riflessione sulle alterne vicende di un complesso confronto disciplinare. In: PIFFERI, Michele; NEGRI, Daniele (org.). *Diritti individuali e processo penale nell’Italia repubblicana*. Milano: Giuffrè, 2011. p. 34-35. Tradução livre: “Apesar da indiscutível validade esquemática dos modelos histórico-comparativos (*accusatio/inquisitio; common law/civil law*), os estudos que nos últimos vinte anos a historiografia produziu, tem certamente descrito um quadro mais complicado, onde as linhas puras dos dois modelos não encontraram uma concreta aplicação, mas regularmente estão sempre apresentados com contaminações, interferências, resíduos e hibridações”.

30. DEZZA, Ettore. Accusa e inquisizione nell’esperienza italiana contemporanea. In: PIFFERI, Michele; NEGRI, Daniele (org.). *Diritti individuali e processo penale nell’Italia repubblicana*. Milano: Giuffrè, 2011. p. 102. Tradução livre: “A relação entre *accusatio* e *inquisitio* constitui então, a meu ver, um ponto de referência se não irrenunciável dificilmente substituível, ainda, e diria, especialmente na perspectiva do diálogo entre juristas historiadores e juristas positivistas”.

31. BÜLOW, Oskar von. *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*. Gießen: Emil Roth, 1868.

jurídica.³² Sendo o *contraditório* uma condição inexorável para a resolução racional e democrática de casos penais, deve o processo ser concebido como um *procedimento em contraditório*, conforme defendido por Fazzalari:

“C'è processo, insomma, quando nell'iter di formazione de in atto c'è contraddittorio, cioè è consentito a più interessati di partecipare alla fase di recognizione dei presupposti sul piede di reciproca e simetrica parità, di svolgere attività di cui l'auto-re deve tener conto, i cui risultati cioè egli può disattendere, ma non obliterare”.³³

Fazzalari é peremptório em relação à necessidade do *contraditório* para poder se falar em processo: “dov'è assente il contraddittorio, cioè la possibilita, prevista dalla norma, che esse si realizzi, ivi non c'è processo”.³⁴ É que, em uma democracia, somente se pode falar em processo se houver a garantia da participação paritária e dialética entre os sujeitos, ou seja, se houver *contraditório* (que é um princípio de envergadura constitucional). É, assim, o *contraditório* um antídoto contra o modelo inquisitório (antidemocrático).

A efetiva recepção da teoria do processo como *procedimento em contraditório* – uma exigência constitucional urgente – traz algumas implicações práticas:

O processo penal se constitui de duas razões que se complementam reciprocamente: a *razão instrumental* (procedimento em contraditório) e a *razão substancial* (inexistência de lide).³⁵

O juiz deixa de ser o *gestor da prova*, sendo vedada a sua iniciativa nas investigações de qualquer natureza; afinal, é da nossa cultura – inquisitorial – primeiro decidir (culpado/inocente; condenação/absolvição) e depois investigar, sendo que, na busca pela “verdade real”, o investigador/juiz buscará – solitariamente – os elementos que confirmam a sua prévia decisão, ou a sua prévia “verdade”, impedindo a dialética exigida pelo *contraditório*.³⁶

32. GOLDSCHMIDT, James. *Der Prozeß als Rechtslage: eine kritik des prozessualen denkens*. Berlin: J. Springer, 1925.

33. FAZZALARI, Elio. Diffusione del processo e compiti della dottrina. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. ano XII. vol. 2. p. 861-88. 1958. Tradução livre: “Há processo, em suma, quando no *iter* de formação de um ato exista *contraditório*, ou seja, quando seja permitido aos vários interessados participarem da fase de reconhecimento dos pressupostos, em pé de igualdade, e desenvolver atividade da qual o autor deva tomar conhecimento, cujos resultados este pode até descumprir, porém não pode suprimir”.

34. Idem, p. 872. Tradução livre: “Onde está ausente o *contraditório*, ou a possibilidade, prevista pela norma, que ele se realize, não existe processo”.

35. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1998.

36. CORDERO, Franco. Op. cit., p. 51. “La solitudine in cui gli inquisitori lavorano, mai esposti al contraddittorio, fuori da griglie dialettiche, può darsi che giovi al lavoro poliziesco, ma

As partes trabalharão dialeticamente para reconstruir o fato histórico sem qualquer pretensão de se chegar a uma “verdade real” (fundante), ficando afastada a iniciativa judicial, pois, na relação sujeito-objeto (juiz-prova), é o sujeito (juiz) que retira do (objeto) a “verdade” (leia-se: sentido ou natureza); eis a razão para o afastamento de verdades fundantes;

Sendo o *contraditório* constituído pela informação processual (direito de audiência) e pela possibilidade de reação dos sujeitos processuais (refutação), só existirá prova válida se produzida sob o *contraditório*.³⁷

O juiz fica impedido de decretar medidas cautelares *ex officio*, notadamente prisão processual, cabendo à acusação qualquer provocação nesse sentido, pois, do contrário, esse juiz passará a ser mais um acusador e já terá antecipado o seu veredicto, fulminando qualquer *contraditório* durante a instrução;

Os *elementos indiciários de informação* (trabalho policial) não poderão constituir *prova*, exceto as perícias indispensáveis à demonstração material do fato punível a ser apurado e que não podem ser reproduzidas – sob o crivo do *contraditório* – durante a instrução criminal;³⁸

A liberdade do acusado é a regra, porque sem liberdade o acusado não pode efetivamente participar do *contraditório*, pois tal participação depende da *ampla defesa* que é constituída pela *defesa técnica* e pela *autodefesa*;

sviluppa quadri mentali paranoidi. Chiamiamoli 'primato dell'ipotesi sui fatti'”. Tradução livre: “A solidão na qual os inquisidores trabalham, jamais expostos ao *contraditório*, alheios aos grilhões da dialética, pode ser útil ao trabalho policial, mas desenvolve quadros mentais paranoicos. Chamemo-los 'primado das hipóteses sobre os fatos'”. Por isso é importante concluir: se a gestão da prova permanecer nas mãos do juiz, a prova deixa de ser um direito das partes para se tornar um ato arbitrário do juiz.

37. “Il giudizio, pertanto, deve essere basato sul controllo empirico e ciò esige che le ipotesi acusatorie siano concretamente sottoposte a verifica ed esposte a confutazione in modo da risultare convalidate solo se suffragate da prove e contraprove”. PASTORE, Baldassare. Criteri epistemologici e principi costituzionali nel processo penale. In: PIFFERI, Michele; NEGRI, Daniele (Org.). *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*. Milano: Giuffrè, 2011. p. 164. Tradução livre: “O processo, portanto, deve se basear sob o controle empírico e isto exige que as hipóteses acusatórias sejam concretamente submetidas a verificação e expostas à refutação de modo a resultarem convalidadas só se sufragadas por provas e contraprovas”.

38. “La atribución al Ministerio Público de potestad exclusiva para desarrollar las funciones de investigación del hecho delictivo, debe estar compensada con la ineficacia probatoria de las diligencias de averiguación que él mismo lleva a cabo.” ILLUMINATI, Giulio. *El sistema acusatorio en Italia*. In: WINTER, Lorena Bachmaier (coord.). *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 153.

O conceito de *lide* – caro aos adeptos da TGP (teoria geral do processo) – deixa de existir no âmbito processual penal, tendo em vista que não há conflito entre as partes (acusação e defesa), e sim um objetivo comum de solução do caso penal, evitando que um inocente seja punido e, conseqüentemente, privado da sua liberdade e de seus demais direitos;

O processo passa a obedecer à *legalidade* (rito preestabelecido), à *publicidade* (controle democrático das decisões), à *oralidade* (concentração probatória), à *motivação* (refutação diante dos fundamentos da decisão);³⁹

Se os debates no acerto do caso penal se fundarem nas informações colhidas sem o *contraditório*, a *oralidade* perderá a importância, servindo apenas para legitimar a decisão previamente desejada por aqueles que sustentam a estrutura inquisitorial.

Enfim, sem o *contraditório* não há dialética no processo penal e a estrutura se torna inquisitória, com violação à igualdade entre as partes.

No Brasil, a realidade forense demonstra que o *contraditório* é um simulacro, uma simples formalidade. Enquanto não eliminada a supremacia inquisitória do nosso modelo processual não será possível constitucionalizar o processo penal brasileiro. Não há um progresso linear, apenas movimentos pendulares, sem um formato racional e sistemático, que não conseguem evitar a violação de garantias e de liberdades individuais, exigindo dos teóricos uma revisão dos acontecimentos e das próprias teorias.⁴⁰

39. “Da ciò deriva una struttura del giudizio assicurata normativamente da tres criteri procedurali riguardanti: la *contestazione dell'accusa*, con la quale è formata l'ipotesi accusatoria e si instaura il *contraddittorio*; l'*onere della prova* di tale ipotesi, gravante sull'accusatore; il *diritto di difesa* attribuito all'imputato. A tali criteri, aventi la qualità di garanzie epistemologiche, se ne connettono altri riguardanti: la *pubblicità*, che rende possibile il controllo interno ed esterno dell'intera attività processuale; l'*oralità*, che comporta l'immediatezza e la concentrazione dell'istruzione probatoria; la *legalità* delle procedure, che richiede lo svolgimento di tutte le attività giudiziarie secondo un rito giuridicamente prestabilito; la *motivazione*, che documenta e garantisce la fondatezza o l'infondatezza, suffragate da prove, delle ipotesi accusatorie contestate.” PASTORE, Baldassare. Op. cit., p. 163. Tradução livre: “Disto resulta uma estrutura de julgamento assegurada normativamente por três critérios processuais protetores: a *constatação da acusação*, com a qual é formada a hipótese acusatória e se instaura o *contraditório*: o *ônus da prova* de tal hipótese, que compete ao acusador; o *direito de defesa* atribuído ao imputado. A tais critérios, com força de garantias epistemológicas, se conectam outros processuais: a *oralidade*, que comporta o imediatismo e a concentração da instrução probatória; a *legalidade* dos procedimentos, que requer o desenvolvimento de todas as atividades judiciais segundo um rito juridicamente preestabelecido; a *motivação*, que documenta e garante a fundamentação ou não fundamentação, sufragada pelas provas, das hipóteses acusatórias constatadas”.

40. “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 uma comunicação entre os envolvidos, mediada pelo Estado. Rompe-

Para ilustrar esse quadro fatídico é possível citar as prisões cautelares ou condenações baseadas em acordos de delação premiada, em que as informações são colhidas unilateralmente pelas polícias ou pelo Ministério Público e transformadas em prova na instrução. Cabe frisar que as confissões são obtidas mediante o uso abusivo da prisão cautelar e, uma vez ameaçado ou pressionado pela prisão, o acusado passa a confessar – nem sempre o que fez ou deixou de fazer – e a delatar outras pessoas – nem sempre com honestidade –, “colaborando” dessa forma com a busca pela “verdade real”. Nessa realidade inquisitorial, a prisão se torna a *extrema ratio* do sistema, com vistas à obtenção da confissão e da delação. O delator recebe tratamento especial (prisão domiciliar ou revogação da prisão) e as suas palavras são incorporadas à instrução com valor de prova. E aqueles que invocarem o *nemo tenetur se detegere* e a presunção de inocência, permanecerão presos temporariamente ou preventivamente. Isso demonstra a necessidade de mudança da mentalidade dos juízes criminais. A esse respeito, Zilletti faz a seguinte crítica:

“Al tema della ‘mentalità’ ben si legano le questione della formazione e del reclutamento dei magistrati: tutto si svolge ancor oggi in un regime di autarchia, ove la cultura dei diritti individuali, nel settore del diritto penale, soccombe dinanzi alla primazia dello Stato e alla sua pretesa punitiva. Finchè la formazione comune del ceto dei giuristi sarà confinata soltanto nel momento universitario e non sarà favorita la circolazione tra i vari attori del processo, ci sarà sempre un magistrato intimamente convinto che la presunzione di innocenza sia soltanto una favola”.⁴¹

E, conforme a crítica de Garapon: “l’immaginario inquisitorio mal sopporta (...) l’idea che un soggetto gravemente indiziato, e sul quale pende la minaccia de una pena grave, possa sottrarsi al regime de custodia cautelare”.⁴²

-se, outrossim, 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).” ROSA, Alexandre Moraes da. *Decisão penal: a bricolage de significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 262-263.

41. ZILLETTI, LORENZO. Il mondo nuovo e il errori del 1988. In: PIFFERI, Michele; NEGRI, Daniele (org.). *Diritti individuali e processo penale nell’Italia repubblicana*. Milano: Giuffrè, 2011. p. 149. Tradução livre: “Ao tema da ‘mentalidade’ bem se ligam as questões da formação e do recrutamento dos magistrados: tudo se desenvolve ainda hoje em um regime de autarquia, onde a cultura dos direitos individuais, no setor do direito penal, sucumbe diante da primazia do Estado e a sua pretensão punitiva. Enquanto a formação dos juristas for confinada apenas no momento universitário, não será favorecida a circulação entre os vários atores do processo, haverá sempre um magistrado intimamente convencido que a presunção de inocência é apenas uma fábula”.

42. GARAPON, Antoine. *Del giudicare: saggio sul rituale giudiziario*. Milano: Raffaello Cortina, 2007. p. 152. Tradução livre: “O imaginário inquisitório mal suporta (...) a ideia de que um

De modo muito semelhante ao que ocorreu na Itália, durante a “Operação Mãos Limpas”,⁴³ no Brasil, muitas das operações desenvolvidas pelo Ministério Público violam completamente a Constituição da República, porque: o contraditório não é observado; as testemunhas são ameaçadas com prisões; há um uso abusivo de acordos de delação e escutas telefônicas deferidas por longos períodos de tempo; o Poder Judiciário admite, em muitos casos, o emprego desses mecanismos inconstitucionais.

O sacrifício dos direitos e garantias fundamentais, em homenagem ao discurso de *segurança pública* ou da “guerra contra o crime”, é irracional e aumenta sobrejamente o risco de ocorrerem *erros judiciais*, algo que deve ser uma – senão a maior – das preocupações éticas de qualquer jurista ou ator jurídico no campo do processo penal democrático.

A propósito da importância de se repensar o ordenamento à luz da Constituição, ou seja, da sua *constitucionalização*,⁴⁴ sustenta Pietro Costa: “I diritti fondamentali sono quindi effettivamente il nucleo germinale del nuovo ordinamento repubblicano e possono essere presi in considerazione come il più importante parametro cui rapportare il processo di costruzione della democrazia costituzionale”.⁴⁵

Logo, com o advento da Constituição brasileira de 1988, configura-se uma exigência retirar do processo penal os elementos autoritários típicos dos regimes pas-

sujeito gravemente indiciado, e sobre o qual pende a ameaça de uma pena grave, possa subtrair-se ao regime de prisão cautelar”.

43. A propósito, ver: ILLUMINATI, Giulio. I riflessi della stagione di “mani pulite” sulla procedura penale degli anni novanta. In: PIFFERI, Michele; NEGRI, Daniele (org.). *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*. Milano: Giuffrè, 2011. p. 277-283. Aqui cabe uma indagação: estamos em 2015, e, lá, na Itália, a corrupção diminui após a desgracada operação?...
44. “Per ‘costituzionalizzazione, infatti, si intende un processo di trasformazione al termine del quale l’ordinamento risulta totalmente ‘impregnato’ dalle norme costituzionali, capaci, così, di condizionare la legislazione, la giurisprudenza, la dottrina, le azioni degli attori politici, come pure le relazioni sociali.” PASTORE, Baldassare. Op. cit., p. 162-163. Tradução livre: “Por ‘constitucionalização’, de fato, se entende um processo de transformação ao fim do qual o ordenamento resulta totalmente ‘impregnado’ pelas normas constitucionais, capazes, assim, de condicionar a legislação, a jurisprudência, a doutrina, as ações dos atores políticos, como também as relações sociais”.
45. COSTA, Pietro. Il modello accusatorio in Italia: fra “attuazione della Costituzione” e mutamenti di paradigma. In: PIFFERI, Michele; NEGRI, Daniele (org.). *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*. Milano: Giuffrè, 2011. p. 153. Tradução livre: “Os direitos fundamentais são assim efetivamente o núcleo germinal do novo ordenamento republicano e podem ser levados em consideração como o mais importante parâmetro ao qual referir o processo de construção da democracia constitucional”.

sados e implementar o *contraditório* como garantia individual fundamental, para fins de assegurar um sistema processual *acusatório*.⁴⁶

Possui o *contraditório* um valor heurístico-epistemológico em face do seu método dialético. Negar isso é um grande equívoco, pois é o *contraditório* a força motriz do processo democrático, conforme lição de Baldassare Pastore:

“Il contraddittorio, dunque, presenta un essenziale valore euristico-epistemologico, in ragione della considerazione del método dialettico come quello migliore finora escogitato per l'accertamento della verità degli enunciati fattuali formulati dalle parti, in quanto presupposto per poter adeguatamente decidere quale sia la norma applicabile al caso concreto. Il contraddittorio, così, va inteso in senso soggettivo, ma anche in senso oggettivo. È contraddittorio sulla prova, ma anche per la prova. Oppore il contraddittorio alla ricerca della verità si configura, pertanto, come un infelice equivoco'. (...) 'È solo il 'libero ad aperto contraddittorio tra accusa e difesa davanti ad un giudice non vincolato nella formazione del suo convincimento' che 'consente all'imputato di far valer i suoi diritti di liberà ed a esse presunto innocente sino a tanto che non è stata prunziata una sentenza penal passata in giudicato. La forza motrice di un processo che risponda ai principi degli ordinamenti liberal-democratici è costituita dal contraddittorio, espressione del carattere della dialetticità. Proprio nella contrapposizione dialettica delle parti, che implica l'esclusione dal processo di ogni prova ottenuta fuori dal loro controllo, è possibile trovare il miglior mezzo per vedere, illuminata sotto diversi profili, la verità' (...) Emerge, con progressiva consapevolezza, l'idea che nel processo si ottiene una ricostruzione dei fatti attraverso l'accertamento della verità delle contrapposte enunciazioni delle parti, costituenti la rappresentazione 'storica' da ciascuna di esse offerta al giudice, per cui l'esito processuale consegue ad 'un'attiva partecipazione di tutti i soggetti che intervengono da diverse prospettive in ogni momento del dibattimento, influenzandone il corso. Il confronto dialettico delle 'verità', che il contraddittorio garantisce, si lega al rispetto della dignità della persona. Il principio del contraddittorio, inteso come *modus procedendi* per l'accertamento del vero, esprime, dunque, sia una scelta gnoseologica sia una scelta etico-politica”.⁴⁷

46. “L'attuazione dei diritti individuali diventa così una funzione della dialettica accusa/difesa e della scelta fra stile inquisitorio e modello accusatorio.” ORLANDI, Renzo. *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*. In: PIFFERI, Michele; NEGRI, Daniele (org.). *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*. Milano: Giuffrè, 2011. p. 80. Tradução livre: “A efetivação dos direitos individuais se torna assim uma função da dialética acusação/defesa e da escolha entre inquisitorialismo e modelo acusatório”.
47. PASTORE, Baldassare. Op. cit., p. 167-169. Tradução livre: “O contraditório, assim, apresenta um essencial valor heurístico-epistemológico, em razão da consideração do método dialético como aquele melhor cogitado para o acerto da verdade dos enunciados fáticos”.

As considerações epistemológicas de Pastore a respeito do *contraditório* evidenciam que não há verdades fundantes, sendo que o acerto da verdade no âmbito processual penal depende diretamente do *contraditório*, devendo ficar afastada qualquer prova produzida arbitrariamente, ou seja, a partir da vontade subjetiva do julgador. Nunca é demais lembrar que a prova dos fatos relevantes ao caso penal não é uma atividade somente cognitiva, mas também configura uma expressão das escolhas a respeito das hipóteses.⁴⁸ Por isso, o juiz não pode participar dessa reconstrução histórica.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS: FALTOU "COMBINAR COM OS RUSSOS"⁴⁹

Desde a psicanálise, é preciso reconhecer que muitas decisões que violam o *contraditório* não são fruto de uma intenção deliberada de violar a liberdade ou os direitos dos acusados no âmbito do processo penal. Elas partem do inconsciente, de

formulados pelas partes, enquanto pressuposto para poder adequadamente decidir qual seja a norma aplicável ao caso concreto. O *contraditório*, assim, vai entendido em sentido subjetivo, mas também em sentido objetivo. É *contraditório* sobre a prova, mas também pela prova. Opor o *contraditório* à busca da verdade se configura, portanto, como um infeliz equívoco". (...) "É só o 'livre e aberto *contraditório* entre acusação e defesa diante de um juiz não vinculado na formação do seu convencimento' que 'consente ao acusado fazer valer os seus direitos de liberdade e a ser presumido inocente até que seja pronunciada uma sentença penal transitada em julgado. A força motriz de um processo que responda aos princípios dos ordenamentos liberal-democráticos é constituída pelo *contraditório*, expressão do caráter da dialeticidade. Mesmo na contraposição dialética das partes, que implica exclusão do processo de toda prova obtida fora dos seus controles, é possível encontrar o melhor meio para ver, iluminada sob diversos pontos, a verdade" (...) "Emerge, com progressiva sabedoria, a ideia que no processo se obtém uma reconstrução dos fatos através do acerto da verdade das contrapostas enunciações das partes, constituindo a representação 'histórica' de qualquer delas apresentadas ao juiz, para qual êxito processual consegue a 'uma' ativa participação de todos os sujeitos que intervenham de diversas perspectivas em cada momento da instrução, influenciando o curso. O confronto dialético das 'verdades', que o *contraditório* garante, se liga ao respeito à dignidade humana. O princípio do *contraditório*, entendido como *modus procedendi* para o acerto da verdade, exprime, assim, uma escolha gnosiológica ou uma escolha ético-política".

48. "(...) la prova dei fatti rilevanti non riguarda un'attività solamente cognitiva, ma è espressione di schelte rispetto ad ipotesi esplicative alternative." PASTORE, Baldassare. Op. cit., p. 173.

49. A expressão nasceu durante uma preleção do técnico da seleção brasileira de futebol, na Copa de 1958. Antes do jogo com a URSS, Vicente Feola ordenou que Garrincha pegasse a bola e driblasse os zagueiros soviéticos, fosse até a linha de fundo e cruzasse forte para trás, para Vavá marcar o gol. Então, Garrincha indagou: – Tudo bem, Feola, mas o senhor já combinou com os russos? A partir daí, a expressão "faltou combinar com os russos" é usada quando algo que parecia combinado não acontece.

modo que uma aproximação entre o Direito Processual Penal e a Psicanálise há muito tempo se mostra inevitável e indispensável. Alexandre Morais da Rosa lembra que "para além do assentimento sincero, existem mecanismos inconscientes que roubam a cena, conforme deixa evidenciada a psicanálise".⁵⁰ Assim, torna-se necessária uma leitura de tais violações ao *contraditório* – expressamente previsto na Constituição – a partir da psicanálise.

Frequentemente profissionais do direito lamentam o caráter discrepante de decisões judiciais no âmbito do Sistema de Justiça Criminal quando comparadas aos textos legais (*fato gráfico*). É perceptível uma *dimensão de absurdo* em muitas decisões judiciais,⁵¹ inclusive, naquelas proferidas pelas chamadas Cortes Superiores, em que os seus atores, por força da Constituição da República deve(ria)m ser pessoas com "notável/notório saber jurídico". Em grande parte, o caráter teratológico de algumas decisões está atrelado à crise do ensino jurídico no Brasil. No entanto, essa *dimensão de absurdo* é uma decorrência de se julgar *outra coisa* para além do caso penal, trazendo como consequência *um julgamento para além do mito da legalidade*.

Apesar de todo o desenvolvimento do princípio do *contraditório*, são comuns os *desvios hermenêuticos* que, de tão aberrantes, causam estranheza no mais inexperiente dos estudantes durante a graduação em Direito. Por isso, a compreensão desses *desvios hermenêuticos* está para além do mito da legalidade, exigindo do jurista uma imersão, um flamar, na psicanálise e na psicologia social, abdicando da pretensão cartesiana de domínio dos acontecimentos pela via do racionalismo da modernidade, ou seja, deve buscar *um lugar diferente de fala*, desgarrado de fetiches epistemológicos, buscando os interstícios da ciência, ampliando o grau de reflexão sobre os acontecimentos concretos da vida em sociedade. Tal postura não implica concordância com esses *desvios hermenêuticos*!

Por tal razão, no plano psicanalítico, mais importante do que o *dito* é o *não dito*, ou seja, o que mais importa é observar que aquilo que esteja sendo dito pelo sujeito julgador possa significar outra coisa. É forçoso reconhecer um subjetivismo cuja carga consegue suplantar – antidemocraticamente – os limites semânticos das palavras que constituem os textos legais. Dessa forma, sairá vencedor aquele ator jurídico que seguir os valores que constituem o *imaginário coletivo*. Trata-se da manutenção de valores instituídos, implicando negação de toda subjetividade antagonica, ou seja, *negação da alteridade* de quem não segue a lógica do grupo social

50. ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão penal...* cit., p. 273.

51. MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. O estrangeiro: a justiça absurda. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). *Direito e psicanálise: interseções a partir de "O Estrangeiro"* de Albert Camus. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 1.

dominante. É constatada a predominância de uma razão instrumental destinada à preservação do sistema de poder vigente.⁵²

Abandonada a ingenuidade legalista, é possível compreender que, antes da repressão criminal, a decisão está procurando reafirmar a realidade do sistema que a tornou possível. Há a reafirmação da ideologia dominante, ainda que a raiz do fenômeno criminal tenha que ser ocultada, pois, é sabido que sem a ocultação da luta de classes, das desigualdades sociais e da opressão política, a preservação do sistema de poder e a consequente dominação estará em risco. Para a canalha, é preciso, portanto, preservar o sistema! Essa preservação dependerá, em última análise, da apropriação e da manipulação discursiva, ainda que com violação dos primados da *filosofia da linguagem* defendidos por um Wittgenstein, por exemplo.

A partir dos avanços da *filosofia da linguagem* o sentido dos entes (no caso o texto legal) não está no *texto* (conforme desejou a metafísica clássica), assim como não está no *sujeito* (conforme desejou a *filosofia da consciência* de matriz cartesiana). Por isso, é temerário e inútil construir um debate entre *objetivismo* e *subjetivismo*, pois, não há vontade no texto, nem sentido no sujeito intérprete, exceto o sujeito solipsista.⁵³ Na ação de interpretar, não deve(ria) o intérprete almejar verdades fundantes e, desde a legalidade, não pode falar qualquer coisa sobre qualquer coisa. Mas, há no texto um lugar velado (*outra cena*) que não temos domínio, porque está no *inconsciente*. Nossa interpretação racional chega apenas até o estabelecimento de assentimentos ou acordos semânticos (*universalismo de Habermas*). Pensar o contrário é pedir para permanecer no “país das maravilhas”. O problema é que tal empulhação é apaziguadora para muitos sujeitos incapazes de se afastar do “porto seguro” – enganador – cartesiano. Aqui é imperioso transcrever o pensamento de Alexandre Morais da Rosa:

“A empulhação universal da leitura objetiva desconsidera a singularidade e que cada resposta ao texto será única, de acordo com nossas necessidades, defesas (in) conscientes e valores, no tempo e espaço. Nela se joga com a identificação, projeção, introjeção, transferência. Sem garantias. A cadeia de significantes não se inicia com o texto. O leitor, o autor, as condições intervêm no sentido. O sujeito precisa se acomodar com o que quer ver e o que pode ver, porque o seu desejo, sujeito ao desejo do outro, afeta mais o sentido do que o orgulhoso sujeito da modernidade pode aceitar”.⁵⁴

52. Idem, p. 14-21.

53. Ver a crítica de STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme a minha consciência?* 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

54. ROSA, Alexandre Morais da. O estrangeiro, a exceção e o direito. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). *Direito e psicanálise: interseções a partir de “O Estrangeiro” de Albert Camus*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 54.

Assim, a interpretação e a aplicação do princípio do contraditório estão atreladas à singularidade e aos preconceitos desse *um* sujeito que decide – em regra – em favor da conservação do sistema de poder que lhe sustenta. É na tríade *sujeito/intérprete – pequeno outro – grande outro* que se produzirá o desvelamento do sentido de cada ente ou texto legal, sendo ilusória a defesa de uma hermenêutica fundada em interpretações objetivas. Mas, embora essa sedutora ilusão não ultrapasse o registro do *imaginário*, é necessário repetir: não é possível falar qualquer coisa a respeito de qualquer coisa! Eis o desafio garantista (Ferrajoli)!... Pois, (in)felizmente, há na *ação comunicativa* muito silêncio e o *inconsciente* é poderoso na forjadura dos consensos intersubjetivos. Será na estrutura linguística imposta pelo *grande outro* que se buscará negar o *pequeno outro* (*negação da alteridade*), tudo *in the name of love*... em nome da segurança nacional (ditadura)... da segurança pública (“caveira”!)... do combate à corrupção... com o referendo da decisão judicial, independentemente do limite semântico das palavras que constituem a legislação vigente em nosso país.

É o combate entre o *bem* e o *mal* que servirá de estímulo para todos que possuem o desejo de neutralizar ou matar o inimigo (jovem, pobre, afrodescendente, sem instrução escolar e sem influência política ou midiática, ou, ainda, o agente de “colarinho-branco”, como quer a esquerda punitivista ou a oposição derrotada). Então, é forçoso reconhecer que os justiceiros podem estar pelas ruas, mas, também, pelos gabinetes e escritórios, dispostos a estabelecer um *estado de exceção*, compreendido assim a partir do trabalho de Giorgio Agamben.⁵⁵

A busca da *justiça* funda a missão do justiceiro, ainda que pensado a partir da ilustre figura do aplicador da lei forjado na melhor tradição racionalista da modernidade. Por isso, tal qual um messias, esse tipo de intérprete da lei permanece no plano da metafísica, muito mais autocrático ou solipsista do que pode imaginar.

Embora isso não retire qualquer responsabilidade dos justiceiros, é necessário reconhecer também que o seu/nosso *Eu*, na perspectiva psicanalítica, não passa de um pronome, uma figura alienada; o *Eu* é pura miragem, pois constituído, na realidade, pelo *grande outro*, cuja estrutura linguística, nos tempos atuais, quer mais violência (*estrutural e institucional*).⁵⁶ Dito de outro modo: cada um de nós vê o

55. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. 2. ed Trad. Iraci D. Poletti. São Paulo: Boitempo, 2004.

56. A *violência estrutural* está ligada às relações de produção no processo de trabalho, em todos os setores da atividade humana, enquanto a *violência institucional* se liga ao conteúdo e à atuação ou funcionamento diferencial das superestruturas do poder político e jurídico do Estado. SANTOS, Juarez Cirino dos. *As raízes do crime: um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 85.

mundo com os olhos que tem! Isso significa que a interpretação do texto de lei ou *fato gráfico* dependerá – também – da estrutura psíquica de quem lê e das correspondentes condições de tempo e espaço (*lugar de fala*), não tendo o significante plena força de controlar o sentido a ser emitido pelo intérprete.

A partir do conjunto de significantes inseridos em cada caso penal, a eficácia da defesa será uma das coisas mais difíceis no exercício da advocacia criminal, uma vez que o controle democrático das decisões pode naufragar diante da simples coerência retórica, mormente em tempos de crise do ensino jurídico e das técnicas de “copiar e colar” nas decisões alguns precedentes jurisprudenciais desconectados da realidade fática de cada caso penal.

Em síntese: o sentido advirá das experiências pessoais, nelas inseridos sentimentos de frustração, medo, angústia, vaidade etc. Na busca pelo gozo dentro do processo penal do *estado de exceção*, alguns neossujeitos,⁵⁷ já denominados de *neojulgadores*⁵⁸ podem adotar uma postura inquisitória e paranoica rumo à condenação – *primado das hipóteses sobre os fatos* –, como estratégia de redução das ansiedades decorrentes dos conflitos internos, mediando desejo, culpa e realidade.⁵⁹ Preservar o contraditório para eles é algo doloroso, causador de frustração. Afinal, para o justiceiro, só merece ganhar o “Oscar” um filme no qual o “mocinho” vence o “bandido” e, de brinde, recebe aquele “beijo” no final como prêmio pela conservação do *estado de exceção*.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. 2. ed. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.
- ANCEL, Marc. *Social defense: a modern approach to criminal problems*. Londres: Routledge & Kegan Paul, 1965.
- APEL, Karl-Otto. Fundamentação última não metafísica. In: STEIN, Ernildo; BONI, Luís A. de. *Dialética e liberdade: festschrift em homenagem a Carlos Roberto Cirne Lima*. Petrópolis: Vozes, 1993.
- _____. *Transformação da filosofia*. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2000. vol. 2.
57. LEBRUN, Jean-Pierre. *A perversão comum: viver juntos sem o outro*. Trad. Procópio Abreu. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2008.
58. GORNICKI NUNES, Leandro. Neojulgadores e a perversão comum no processo penal brasileiro. *Revista de Direito e Psicanálise do PPGD da UFPR*. vol. 2. n. 3. p. 62-76, Curitiba, 2011. Disponível em: [www.direitoepsicanalise.ufpr.br/index.php?option=com_content&view=article&id=119:v2n3a02&catid=40:numerosanterioresartigos&Itemid=95].
59. ROSA, Alexandre Morais da. O estrangeiro, a exceção e o direito... cit., p. 64-67.

NUNES, Leandro Gornicki. Constituição, contraditório e linguagem. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 119. ano 24. p. 75-101. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2016.

- BORGES, Guilherme Roman. *O direito em 24 quadros-por-segundo: o processo constituído entre fotogramas*. *Jornal O Estado do Paraná*. Curitiba, jul. 2005.
- BÜLOW, Oskar von. *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*. Gießen: Emil Roth, 1868.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARNELUTTI, FRANCESCO. Verità, dubbio e certezza. *Rivista di Diritto Processuale*. vol. XX. p. 4-9. Padova: Cedam, 1965.
- CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Roma: UTET, 1986.
- COSTA, Pietro. Il modello accusatorio in Italia: fra “ttuazione della Costituzione” e mutamenti di paradigma. In: PIFFERI, Michele; NEGRI, Daniele (org.). *Diritti Individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*. Milano: Giuffrè, 2011.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O devido processo legal (penal) e o Poder Judiciário. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; NUNES, António José Avelãs. *Dialogos constitucionais: Brasil/Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- _____. Introdução aos princípios gerais do Direito Processual Penal Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. ano 30. n. 30. p. 163-198. Curitiba, 1998.
- _____. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1998.
- DAHM, Georg; SCHAFFSTEIN, Friedrich. *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*. Hamburg, 1933.
- DEZZA, Ettore. Accusa e inquisizione nell'esperienza italiana contemporanea. In: PIFFERI, Michele; NEGRI, Daniele (org.). *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*. Milano: Giuffrè, 2011.
- FAZZALARI, Elio. Diffusione del processo e compiti della dottrina. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. ano XII. vol. 2. p. 861-880. 1958.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 9. ed. Madrid: Trotta, 2009.
- _____. La esfera de lo indecible y la división de poderes. *Estudios Constitucionales*. vol. 6. n. 1. p. 337-343. 2008. Trad. Miguel Carbonell.
- FIORAVANTI, Maurizio. *Costituzionalismo: percorsi della storia e tendenze attuali*. Roma: Laterza, 2009.
- GARAPON, Antoine. *Del giudicare: saggio sul rituale giudiziario*. Milano: Raffaello Cortina, 2007.
- GOLDSCHMIDT, James. *Der Prozeß als Rechtslage: eine kritik des prozessualen denkens*. Berlin: J. Springer, 1925.
- GORNICKI NUNES, Leandro. Neojulgadores e a perversão comum no processo penal brasileiro. *Revista de Direito e Psicanálise do PPGD da UFPR*. vol. 2. n. 3. p. 62-76. Curitiba, 2011. Disponível em: [www.direitoepsicanalise.ufpr.br/index.php?option=com_content&view=article&id=119:v2n3a02&catid=40:numerosanterioresartigos&Itemid=95].
- HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Madrid: Taurus, 1988.

NUNES, Leandro Gornicki. Constituição, contraditório e linguagem. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 119. ano 24. p. 75-101. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2016.

- HESSE, Konrad. *Die Normative Kraft der Verfassung*. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1959.
- _____. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991.
- ILLUMINATI, Giulio. El sistema acusatorio en Italia. In: WINTER, Lorena Bachmaier (coord.). *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2008.
- _____. Riflessi della stagione di "mani pulite" sulla procedura penale degli anni novanta. In: PIFFERI, Michele; NEGRI, Daniele (org.). *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*. Milano: Giuffrè, 2011.
- JAKOBS, Günter; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo: noções críticas*. 2. ed. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Trad. Alexandre Krug; Eduardo Brandão; Maria E. Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição política*. Trad. Manuel Soares. São Paulo: Global, 1987.
- _____. *Über das Verfassungswesen*. Berlin: Buchhandlung Vorwärts Paul Singer, 1907.
- LEBRUN, Jean-Pierre. *A perversão comum: viver juntos sem o outro*. Trad. Procópio Abreu. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2008.
- LUDWIG, Celso Luiz. *Para uma filosofia jurídica da libertação: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo*. Florianópolis: Conceito, 2006.
- LOMBROSO, Cesare. *Luomo delinquente*. 5. ed. Torino: Fratelli Bocca, 1896.
- MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. O estrangeiro: a justiça absurda. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). *Direito e psicanálise: interseções a partir de "O estrangeiro" de Albert Camus*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- ORLANDI, Renzo. Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana. In: PIFFERI, Michele; NEGRI, Daniele (org.). *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*. Milano: Giuffrè, 2011.
- PASTORE, Baldassare. Criteri epistemologici e principi costituzionali nel processo penale. In: PIFFERI, Michele; NEGRI, Daniele (org.). *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*. Milano: Giuffrè, 2011.
- PIFFERI, Michele. Le ragioni di un dialogo qualche riflessione sulle alterne vicende di un complesso confronto disciplinare. In: PIFFERI, Michele; NEGRI, Daniele (org.). *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*. Milano: Giuffrè, 2011.
- PISAPIA, Gian Domenico. *Compendio di procedura penale*. 3. ed. Padova: Cedam, 1982.
- ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão penal: a bricolage de significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- _____. O estrangeiro, a exceção e o direito. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). *Direito e psicanálise: interseções a partir de "O estrangeiro" de Albert Camus*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

- SANTOS, Juarez Cirino dos. *As raízes do crime: um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- STEIN, Ernildo; BONI, Luís A. de. *Dialética e liberdade: festschrift em homenagem a Carlos Roberto Cirne Lima*. Petrópolis: Vozes, 1993.
- STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme a minha consciência?* 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. vol. 1.
- ZILLETI, Lorenzo. Il mondo nuovo e il errori del 1988. In: PIFFERI, Michele; NEGRI, Daniele (org.). *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*. Milano: Giuffrè, 2011.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Ensaio sobre uma teoria geral dos atos de comunicação no Processo Penal brasileiro: à luz da teoria da ação comunicativa habermasiana, de Bernardo Montalvão Varjão de Azevêdo – RCP 7/109 (DTR\2007\754); e
- Processo Penal constitucional e democrático. A necessidade de manifestação do Defensor após parecer do Ministério Público em Tribunal e desfavorável ao acusado, de João Eduardo Ribeiro de Oliveira – RT 910/235 (DTR\2011\2298).