

Decisão penal, discurso e ética: sobre poderes e responsabilidades

*Gabriel Antinolfi Divan**

Um homem dos vinhedos falou, em agonia, ao ouvido de
Marcela. Antes de morrer, revelou-lhe seu segredo:
– A uva – sussurrou – é feita de vinho

Marcela Pérez-Silva me contou isso, e eu pensei: se a uva é feita de
vinho, talvez nós sejamos as palavras que contam o que somos.
Eduardo Galeano, *A uva e o vinho*¹

Resumo

O presente artigo aborda a necessidade constitucional de controle das manifestações jurisdicionais decisórias na esfera penal, no que diz respeito ao linguajar por elas adotado. Há uma inegável confluência de fatores (sobretudo simbólicos) que fazem com que uma decisão penal possua um caráter constitutivo, influente, perturbador e, mesmo, criador no que diz para com a subjetividade do réu jurisdicionado. Assim, o trato ético deve prevalecer no discurso adotado, inclusive contando com previsão legal a ser criada nesse sentido, para que não seja infligida ao acusado uma pena que ultrapasse os ditames legais, por meio de uma manifestação judi-

cial atécnica, vulgarmente passional e exageradamente estigmatizante.

Palavras-chave: Decisão penal. Discurso judicial. Ética. Reforma processual.

* Professor de Processo Penal e Criminologia da Universidade de Passo Fundo - RS. Mestre em Ciências Criminais e Especialista em Ciências Penais pela PUCRS. Advogado.

Decisão penal como lugar da tensão

O exercício da jurisdição penal se apresenta sempre imantado de um caráter procedimental particularmente tenso e de um envolvimento subjetivo incomparável dentro do âmbito das práticas judiciais.

Aqui falamos tanto do desespero – presumível – que pode acometer o acusado submetido ao jugo estatal quanto daquele, traiçoeiro, que pode capturar o próprio julgador, fazendo com que o rigor técnico e a vocação para a proporcionalidade decisória que ele certamente prima por ostentar se transformem (mais do que em outras áreas e momentos de exercício de jurisdição), sub-repticiamente, em mero apelo caótico do cidadão comum que ali veste a toga e que lhe fala ao ouvido (sob as vestes inconscientes, ideológicas, passionais ou sob o baixo espectro de um senso comum que, inesperadamente, ganha eco no momento da decisão).²

Do mesmo modo, ao estudarmos de maneira mais aprofundada a manifestação jurisdicional decisória no âmbito penal, não é preciso muito para perceber que o objeto em questão (o conteúdo decisório), e suas consequências puramente técnico-processuais (dispostas sistematicamente em nosso corpo legislativo), convive lado

a lado com elementos agregados plenamente alheios à lógica jurídica, que vão sempre acoplados a qualquer prática estatal em que estejam em jogo ordem, controle, restrição (em vários níveis) e, principalmente, necessidade de sujeição a um comando.

A princípio, é difícil conceber a existência de um mecanismo essencialmente dogmático que cuide de prever, conter ou disciplinar, à totalidade, os dramas inerentes ao exercício da manifestação jurisdicional por excelência, além da carga de desgaste e potencial sofrimento latente que se choca com todos envolvidos, mesmo que receptores mediatos da declaração prolatada. Sumamente quanto ao efeito primordial de uma decisão condenatória, que conduz o receptor, este imediato (réu), à capitulação de seus direitos e/ou à perda temporária do maior deles: a liberdade. Com ela, embora sem previsão expressa legal (e quem opera nos meios forenses e conhece a realidade prisional hodierna sabe muito bem), resta, na prática, igualmente confiscada uma série extensa de direitos e bens juridicamente – em tese – tutelados pelo Estado, que vão desde a honra em um sentido amplo até as efetivas possibilidades de reinserção social e, mesmo, a integridade sexual do apenado, em muitos casos.

Concebemos, pois, a manifestação jurisdicional decisória em matéria

penal como um terreno inóspito, dados, entre outras coisas: a) a insegurança generalizada intrínseca à mesma (que assola quaisquer potenciais envolvidos com o caso penal em debate, sobretudo, e de maneira visceral, o próprio julgador); b) a suposição (para nós, *evidência*) de que ela representa muito mais do que um mero comando que põe fim a um conflito penalmente relevante, carregando sempre consigo uma carga elementar de efeitos não legalmente prescritos, tão nefastos quanto o mais insalubre dos cárceres.

Dois mundos

A existência de uma eficácia *corpórea* e bastante tátil dos preceitos e determinações da decisão penal (seus efeitos na esfera eminentemente jurídica e administrativa de fatores envolvidos: possibilidade de exercício punitivo-tutelar, pelo Estado, ou determinações sobre o *status libertatis* de um modo geral, do acusado, fundamentalmente) caminha junto a um feixe de poderio puramente imagético e sua força simbólica adjacente (principalmente representada pelo sentido prescritivo de personalidade e de *modus vivendi* adequados que as normas penais adquirem quando prolatadas pelo julgador).

Geralmente, as abordagens do tema aqui sugerido são carentes de

algum – real – efeito prático, uma vez que terminam perdidamente entre elucubrações que se caracterizam por estarem localizadas exclusivamente no campo da crítica e do pleito eterno de opções de *lege ferenda*, ou por um falso pragmatismo, que não passa de uma análise pobre e epidermicamente dogmática do problema, contribuindo para o nocivo *apartheid* entre um pensamento doutrinário de cunho crítico e a praxe do cotidiano dos tribunais.

O que propomos, nesse instante, é um exercício reflexivo sobre a faceta *mundana* da manifestação jurisdicional decisória: sem dividir os efeitos eminentemente jurídicos (pertencentes à esfera sistemática da ordem jurídica) de uma decisão penal, daqueles identificados pelo estudo crítico como resíduo simbólico metajurídico (geralmente estigmatizantes) da mesma, pensamos que o núcleo da questão, se não habita inteiramente, em muito pertence ao discurso que corporifica a manifestação do magistrado, sendo daí a fonte de onde pode brotar um princípio de amortização para o quadro.

Afinal, se é fato (lamentável) que a consciência diuturna de um *senso comum teórico* dos juristas³ é deficitária quanto à necessidade de um policiamento, tal um despir constante da veste teatral-mitológica da prática judiciária (para enxergar os conflitos de

carne e osso que ali estão submetidos e, fundamentalmente, as figuras humanas por traz dos atores de falas demarcadas, em todas suas dimensões⁴), também é fato que a própria existência da função jurisdicional, por si, retroalimenta de maneira inescapável a força do símbolo.

Críticos militantes e combativos de algumas *chagas* evidentes da dinâmica punitiva estatal, ou não, não podemos deixar de admitir o fato de que as normas penais existem, de que sua aplicação realmente ocorre (ainda que na base de incidência sobre micropartículas sociais – desprezada, para o contexto exclusivo deste artigo, uma explicação mais detalhada acerca dos fenômenos de seletividade, denunciados especialmente pela crítica criminológica).⁵

Não podemos também deixar de admitir que o processo, de forma particularizada, é *real* e tem alguma *eficácia* (não se discutindo, nessa sintaxe ventilada, se o termo “eficácia” vai conjecturado dentro dos propósitos constitucionais que lhe dão guarida ou não). E mais: que sua voz gutural ecoa em uma decisão que, escorada na carga cogente dos mandamentos estatais do Estado, se faz escutar por um ato que *muda o mundo* no instante em que *diz o direito*.

Se algo precisa ser modificado, a realidade que a nós é oferecida no

cotidiano é o mais evidente ponto de partida e meio onde podemos fazer contato e operar faticamente.

Acompanhamos, na esteira de Duclerc, o pensamento de que a mera desconstrução da lógica da prestação jurisdicional-penal estatal, através da denúncia de suas *misérias*, contorna de modo fictício o problema: (paulatinamente) subvertido, ou não, pela crítica científica, pela superveniência de novas lógicas legislativas e pelo próprio tempo (que a tudo corrói), o modelo penal de resolução de conflitos delitivos do qual dispomos segue vigente, e é preciso não apenas de ideias sobre como virá-lo do avesso, mas, principalmente, de *estratégias de convivência* com o mesmo.⁶

Poder e discurso

Nossa proposta pensa um modelo de reforma emergencial de alguns pontos nevrálgicos na estrutura processual penal a partir de uma revigoração da esfera de atuação daquele que, dentre todos os operadores jurídicos, é, ao nosso ver, o personagem que repousa sobre o elo mais crítico de toda a cadeia: o julgador. Mais (*ainda*): o seu discurso.

Afinal, como frisa, pragmaticamente, a incontornável obra *carnelutiana*:

O juízo do juiz, não o das partes, *facit ius*, o que quer dizer, vincula, ou seja, determina através do mecanismo de direito, a conduta alheia. Depois que o acusador conclui que o imputado é culpado e o defensor que ele é inocente, o mundo segue como antes; mas quando, pelo contrário, uma ou outra coisa é o juiz quem diz, o mundo muda, porque, entre outras coisas, o imputado, se era livre, é capturado, ou vice-versa, se estava detido é posto em liberdade.⁷

Tomamos como ponto de partida a hipótese de que há um princípio de mescla (quase) inevitável ocorrida no terreno do imaginário de quem exerce a função jurisdicional. Ela atenta para uma – assustadora, na mesma medida em que natural – confusão entre a esfera de atuação eminentemente jurídica e um catalisador típico do exercício de um local de fala poderoso e, como tal, repleto de armadilhas. Uma verdadeira possessão pelo exercício funcional não raro distorce a concepção que o próprio julgador tem de seu papel, e mesmo a consciência (leve) quanto à distorção, por vezes, vai suplantada por uma acomodação conformada.⁸

A suposição acima lançada ganha contornos explosivos quando, ainda em sede de hipótese, vai unida à aliança incorruptível representada pelo binômio saber-poder. Tal como fora investigado por Foucault, o binômio e seus meandros discursivos em torno da(s) verdade(s) possuem um fecundo lastro de implicação no estudo

jurídico, na medida em que é molde no qual muito perfeitamente se encaixa a prática jurisdicional decisória.

Afinal, desde a capitulação fática típica operada em contornos rebuscados pela atividade das polícias repressiva e judiciária, passando pelo corpo da denúncia (ou da manifestação acusatória legada pelo ofendido), até o dispositivo decisório exarado por magistrado, o âmbito processual-penal do Estado lida com classificações, isto é, com definições que bailam entre a disposição fria da terminologia legal e os elementos escolhidos para representar um dado caso, fazendo com que haja adequação entre discurso-opção (enquadramento legal ou não) e conduta do acusado.

Não se pode ignorar solenemente a tese de que, quando se trata de interpretação textual (e de possível aferição para classificar uma conduta como incursa em um ou outro, ou em nenhum tipo legal) nunca há (pura) definição em primeira mão, mas sempre redefinição dos caracteres.

A escolha de um ou outro viés classificatório, de uma ou outra ênfase, de um grupo de características dadas ou outro, pode alterar toda a definição de um termo que ao cabo daquele caso será decantada; assim, implica um leque de opções que, no contexto jurídico-penal, escancara perigosamente as portas para uma espé-

cie aberta de conceito e para uma fuga frente à taxatividade equivocadamente presumida dos termos legais.⁹

Não se pode olvidar a responsabilidade tremenda que repousa sobre o prolator da decisão jurídico-penal, em razão, entre outras tantas, do escândalo semântico costumeiramente imperceptível, onde por vezes penetra a falha não identificável e mais difícil de ser combatida: um argumento decisório que não é de mérito nem da *superfície* dos conceitos postos à mesa, mas, sim, das profundezas da classificação que implica nas (re)definições colocadas.

Nada mais pertinente no momento que a opinião de Taruffo, para quem

o verdadeiro problema, portanto, não é o de demonstrar ou negar que o juiz vá *além* do direito. Que isso acontece é óbvio e, além do mais, o direito não pode ser concebido como algo autônomo e destacado da realidade social e da cultura em cujo seio o juiz atua. Na realidade, o verdadeiro problema consiste em compreender o que acontece quando o raciocínio do juiz vai além dos confins daquilo que convencionalmente se entende por *direito* e em individualizar as garantias de racionalidade e razoabilidade, de confiabilidade, de aceitabilidade e de controlabilidade dos numerosos aspectos da decisão judiciária que verdadeiramente não são nem direta nem indiretamente controlados ou determinados pelo direito.¹⁰

Afinal, se, nos dizeres de Foucault, “as práticas discursivas não são puramente modos de fabricação de dis-

ursos. Ganham corpo em conjuntos técnicos, em instituições, em esquemas de comportamento, em tipos de transmissão e de difusão, em formas pedagógicas, que ao mesmo tempo as impõem e as mantêm”,¹¹ maior ainda o cuidado fiscalizador que temos de ter em relação ao discurso exercido em meio à atividade jurisdicional decisória. A palavra do julgador não precisa fazer esforço algum para se *manter* por si só, uma vez que o exercício da jurisdição é *conditio sine qua non* constitucional no Estado de direito sob a égide do qual vivemos. E, se sua função precípua é justamente se *impor* (eis que age *substitutivamente* sobre a vontade dos jurisdicionados), a inevitabilidade de seu poder deve ser filtrada de forma razoável, justa, democrática, tributária da principiológica que serve de pilar à vida social (sobretudo quanto ao respeito inegociável à dignidade da pessoa humana) e, principalmente, *ética*.

Poder e responsabilidade

Há que se controlar o bom uso da espada que divide o mundo em antes e depois, empunhada por esse julgador mitologicamente apreendido, que Carnelutti, no entanto, tratou de demonstrar que é bem real. Como frisou o maestro italiano, a opinião do julgador não só faz aderir como gera

o direito e, assim, dá maior vazão ao que Foucault, aqui também citado, diria sobre a produção da realidade por uma discursividade que jamais é meramente descritiva.

Seria alienado (e tolo), de modo alarmista, dizer que (toda) a violência que toma cor em meio ao texto de uma decisão judicial é inteiramente produzida no ventre de seu próprio discurso e que, quando vem à luz, nunca é reflexo da realidade já posta. A decisão não pinta os fatos integralmente, mas, sim, os colore. Os fatos postos à pauta da decisão judicial (ou aqueles que longinquamente inspiraram os fatos postos...), em regra, ocorreram e são portadores de algumas peculiaridades que o discurso não vai criar, simplesmente, nem vai vergar ou alterar.

Seria, porém, exageradamente otimista qualquer diagnóstico que não considere digna de valor a propositura de que o discurso jurídico-penal manifestado na decisão judicial, em alguns casos, implementa, suplementa e complementa a realidade dada, e constitui sobre o sujeito-acusado uma nova realidade, que vai operar posteriormente à chancela do trânsito em julgado do *decisum*.

A sabedoria da corrente sociológica do interacionismo simbólico¹² e os estudos foucaultianos sobre a constituição de uma própria essência do sujeito a partir dos aparelhos e meca-

nismos de poder sobre ele atuantes, nascentes nas quais toda a vertente crítica da criminologia pós-anos 60 bebeu, teve como principal mérito justamente este: o de demonstrar que a questão do direito penal (do processo penal, em última análise) deve, necessariamente, levar em consideração a quota de realidade que é produzida em meio ao discurso oficial e a ela deve exclusivamente ser creditada.

O discurso, principalmente o discurso jurisdicional-decisório, pois, é dispositivo que possui eficácia nas relações de poder verificadas, e “em sua relação com a verdade, modifica-a e a produz, podendo, ao mesmo tempo, ocultá-la”.¹³

O momento relacional em que se verifica o poder oriundo do discurso, e sua atuação, tem o condão de, em determinados níveis e em determinados casos, constituir um grau tão espesso de realidade que torna pouco importante a “realidade” primeira dos fatos anterior ao seu agir. Exemplo mais típico, o poder discursivo que emerge com a decisão judicial: dentro do universo que gravita na órbita do Estado democrático de direito, a decisão judicial penal muda, de fato, a realidade jurídica do indivíduo e, com ela, geralmente, de forma drástica, a situação de seus direitos, pouco importando, ao final, se a nova realidade constituída tem legitimidade de ser ou não (ao

final da ciranda processual, quantos culpados não se livram soltos e, mais grave, quantos inocentes não amargam punição injusta nos nossos cárceres?).

A verdade, os fatos objetivos, não são um reles mito bobo fruto de uma imaginação inteiramente falsária. Admitir isso como premissa é ser engolfado por engodos metodológicos *new age* sem caráter nenhum de confiabilidade. Porém, o pior dos cegos é o que não quer enxergar e de nada adianta trabalharmos única e exclusivamente com elementos exclusivos de apreensão fática, como se fossem (sempre) pétreos e como se a verdade fosse um mero dado à disposição.

Como já sabemos, há muito, a verdade real é epistemologicamente inapreensível em sua totalidade e qualquer tentativa humana (re)cognitiva de qualquer coisa vem sempre em golfadas mnemônicas batizadas com um (ou vários) quê de tempero emotivo, imaginativo, afetivo e ideológico, ainda que imperceptível (que o diga Damásio e seu famoso trabalho).¹⁴

Por isso, somos obrigados a aceitar, entre outras coisas, que a verdade (ou uma verdade) nunca vai nos aparecer nua e integral. Devemos partir para o raciocínio e a ponderação sobre os elementos que vão sempre atuar para delineá-la ou mesmo distorcê-la completamente em alguns casos pa-

tológicos. Assumimos, pois, que não existe verdade (pelo menos não verdade com força de implemento) fora do poder-saber-discurso que a constitui e lhe apara arestas. Não existe verdade enquanto valor maior ou místico. A verdade é construída e não atingida. É (por vezes) imposta, não descoberta ou revelada. O discurso técnico-científico (jurídico, principalmente) – e seus limites e possibilidades – é peça de altíssima tensão, na medida em que é, não raro, o artesão modelador da própria (ou de alguma) verdade:

O importante, creio, é que a verdade não existe fora do poder ou sem poder (não é – não obstante um mito, de que seria necessário esclarecer a história e as funções – a recompensa dos espíritos livres, o filho das longas solidões, o privilégio daqueles que souberam se libertar). A verdade é deste mundo; ela é produzida nele, graças a múltiplas coerções e nele produz efeitos regulamentados de poder. Cada sociedade tem o seu regime de verdade, sua ‘política geral’ de verdade: isto é, os tipos de discurso que ela acolhe e faz funcionar como verdadeiros.¹⁵

Por isso, nossa preocupação no mister reside, basicamente, em exemplos de manifestações judiciais (manifestações jurisdicionais decisórias, em todas instâncias) que parecem não atentar para o índice de construção da realidade que a discursividade de uma manifestação como a decisão penal possui.

Nossa preocupação é, mais especificamente, com a, por vezes, irrestri-

ta ausência de maiores filtros éticos verificada em certos textos decisórios na seara criminal, onde comumente se identifica um (ao nosso ver) preocupante fenômeno de transmutação do julgador: de agente estribado no ofício constitucional de prover o Estado da chancela jurisdicional e de ser garante da aplicação da lei maior em todas suas dimensões¹⁶, passa a ser o justiceiro,¹⁷ um vingativo imponderado, representante de anseios “midiáticos” e pautado por uma agenda de suprir o gosto de sangue que o amedrontado corpo social por vezes deixa à mostra.

Isso constitui tudo o que não se espera, em se tratando de um operador jurídico estatal, supostamente empenhado em ser fiador de uma prestação jurisdicional que sirva para gerir os conflitos sociais de forma racional e organizada, sistemática e justa, na promoção irrefreável do bem comum (caracteres-padrão de um conceito doutrinário de jurisdição que, de fato, no Brasil, tem soado “como pilhéria”).¹⁸

Nos dizeres de Lopes Jr., o modelo falho de julgador descrito representa para o *due process*, e para tudo o que esse princípio ostenta em termos democráticos um perigo tão assombroso quanto o das ditas atrocidades cometidas pelos réus submetidos ao seu julgamento: esse magistrado é

aquele que incorpora o discurso de fiscal sanitarista da sociedade, sem freios ou limitações, e municiado pela violência autorizada que seu lugar de fala ostenta; crê em si mesmo enquanto uma espécie de salvador da pátria, solapando a necessidade de um devido processo e todas as exigências a ele atinentes e acreditando piamente que à sua discursividade não se podem opor barreiras.¹⁹

A efetivação da *responsabilidade* (propostas)

De nada servem ao Estado democrático (constitucional) de direito decisões em matéria penal que fujam ao tecnicismo necessário e à ponderação (proporcional) recomendável e passem a tecer elucubrações fantásticas, as quais demonstram que a visão que o magistrado, por vezes, tem de si mesmo e de sua função é absolutamente perturbada (e perturbadora).

Desde decisões que tecem profundas considerações moralistas inteiramente descabidas frente à questão posta, invertendo diametralmente o enfrentamento necessário da questão, passando a “punir” a vítima de abuso sexual dado seu “desavergonhamento”, como se a suposta promiscuidade fosse autorização tácita para a pes-

soa sofrer quaisquer tipo de violência erótica sem poder reclamar (como no memorável acórdão do “bacanal”),²⁰ passando por julgados que fixam e confirmam estereótipos baixos (aceitando passivamente probabilidades – mesmo as altas – como se fossem regras gerais vinculantes²¹ e como se jamais pudesse haver dignidade em “meios sociais pouco saudáveis”, configurando-se, a exceção à regra, tal uma surpresa digna de figurar em um zoológico), vemos uma série de inobservâncias de alguns cuidados no trato das palavras que consideramos importantes demais para passarem sem o devido prestígio.

Sem falar nas típicas decisões judiciais que espelham e deixam emergir um não só um apaixonado sentimento de vingança como um perigoso e desaconselhado exercício de *futurologia* (a mescla perfeita), para não simplesmente condenar como também divagar sobre possíveis sequelas irreparáveis que, porventura, marcarão a fogo a esfera sentimental da vítima.²²

Quando um magistrado afirma categoricamente que é “certo” que o crime provocará traumatismo eterno e incurável à alma da vítima e que o acusado é um “monstro”, deveria ter a exata noção de que, mais do que artifício retórico condoreiro, seu discurso adorna a realidade, quando não chega às raias de produzir realidade.

No momento em que decide um caso penal, um magistrado responde ao réu jurisdicionalizado, à vítima do crime e a todo corpo social, de certa forma, e é para isso (e não por outro motivo) que a publicidade dos atos jurisdicionais vai erigida enquanto norma constitucional basilar. (Constituição Federal, artigo 93, IX). A decisão judicial é uma resposta, não qualquer resposta, mas a resposta oficial e necessariamente qualificada que o Estado fornece ao caso jurisdicionalizado pelo processo, optando por uma solução (jurídica) em detrimento de outras possíveis na gestão do conflito posto²³.

Assim, tendo-se o discurso tipicamente enquanto auxiliar na produção da realidade, não se pode excluir uma certa parcela de responsabilidade do julgador se a profecia se confirmar: ao se reportar à sociedade (e aos envolvidos, em especial), o discurso oficial, para ficar com o exemplo já ilustrado, termina, em certa escala, por estabelecer que a vítima deverá ficar traumatizada de forma jamais superável e que o condenado é uma espécie de demônio contemporâneo e assim deve ser visto por todos, sumamente por si mesmo, quando se confrontar com o espelho.

Goffman já nos ensinou que a subjetividade do sujeito se constitui, em grande parte, somando ao que ele genuinamente é, ou pensa ser, aquilo

que a esfera de relação social com os outros o faz crer que é e/ou o estimula a ser.²⁴ Nenhum outro, no contexto presente, é mais poderoso na impostura de subjetividades do que o Estado enquanto decisor criminal, pela figura do magistrado. Falando mais uma vez em termos criminológicos, sabemos, assim, que há um enorme contingente de pessoas cuja origem criminosa já se perdeu entre o *ser* (ou *ter sido*) criminoso, efetivamente, e o ser etiquetado como tal pelo sistema.²⁵ É por essa razão que um dos pilares da função jurisdicional-constitucional deve ser o trato ético na condução da própria jurisdição.

Estamos cientes de que a lógica jurídica não pode abarcar um tamanho grau de variáveis a ponto de se desestruturar enquanto meio organizado de controle e mecanismo binário escolhido para a gestão dos conflitos penais. Algo sempre ficará para trás, e a opção por tutelar os conflitos exclusivamente com base em um número específico de regramentos e ditames procedimental-legais (a organização jurídica cogente típica) jamais se vai deixar penetrar, em nossa opinião, por uma avalanche filosófica de possibilidades de escuta, eis que a própria existência da ordem jurídica prevê que, em um dado momento, uma versão mais verdadeira prevaleça e a partir dela, e tão-somente, se pensem

os efeitos e consequências aceitáveis dentro do sistema. A inteligibilidade do sistema jurisdicional é outra e não há lugar dentro dela, por ora, para uma apreensão ética integral das dimensões da alteridade.²⁶

Isso, contudo, não significa que não seja imperativa nossa necessidade de trabalhar (ou tentar trabalhar) a ética nos limites esgarçados de sua possibilidade de implementação dentro do processo e de considerar que a tarefa da decisão judicial (máxime na esfera penal) precisa ser encarada como um momento de relação humana que implica em um ato de responsabilidade radical da pessoa do julgador para com a pessoa do julgado.²⁷

Assim, os requisitos de uma decisão penal precisam ser imantados por essa consciência: uma decisão justa, não excessivamente benevolente, nem despudoradamente draconiana, começa pelo tratamento devido a ser dado aos a ela submetidos: pessoas, pessoas humanas. No afã de não precisar de rédeas na manifestação vingativa, a condição de pessoa parece sempre ser a primeira a cair, e o acusado vai (re)classificado e (re)etiquetado como qualquer outra coisa, diversa da categoria dos homens normalmente assentidos como tais.²⁸

Ajurisprudência de nossas cortes superiores já vem há muito registrando um número elogiável de decisões

que pugnam pela nulidade processual reconhecida no simples excesso de linguagem em certos momentos de manifestação do julgador (sentença de pronúncia, por exemplo). Em que a verborragia se mostra descabida: evidenciadas as decisões paradigmáticas proferidas pelo STF – HC 68606/DF, min. Celso de Mello; HC 72113/RJ, min. Francisco Rezek e HC 79489/PE, min. Nelson Jobim, bem como recentes entendimentos do STJ no mister - HC 78104/RJ, min. Arnaldo Esteves Lima; HC 49187/RJ, Min. Laurita Vaz.

Temos, do mesmo modo, disponíveis no repertório do ordenamento, mecanismos legais específicos para coibir a “inversão tumultuária” de atos processuais, proveniente de “erros ou abusos” praticados pelo julgador,²⁹ bem como um extenso rol de proibições³⁰ e restrições³¹ ao exercício do ofício jurisdicional, para tentar afastar a possibilidade de um julgamento maculado pela parcialidade.

Nada mais justo que se pense de forma idêntica, para a questão do discurso proferido na motivação sentencial, e assim seja vedado (ou processualmente punível, com a nulificação) qualquer resquício identificável de argumentação excessiva, manifestamente atécnica que sirva para exercer a jurisdição de modo desumano e não ético.

Não custa lembrar que preceito fundamental do ordenamento pátrio (Constituição Federal, artigo 5º, inc. XLVII, alínea ‘e’) impõe à nossa prática jurisdicional a inexistência de penas cruéis. Em um Estado democrático de direito deveria ser pauta constante a vedação de uma decisão processual penal se constituir, além de um meio de infligir penas legalmente cominadas, num palco para humilhações, considerações particulares por parte do magistrado ou mesmo alvo de descarregos psicológicos ofensivos manifestados pelo linguajar. Certamente, a pena cruel de aplicação proibida pela lei maior se constrói (pelo menos em nossa visão) desde uma decisão oficial que promove ofensas injuriosas ao jurisdicionado, representando uma inacreditável baixa do Estado ao nível do bate boca privado, algo que a própria existência de jurisdição trata de solapar.

Sem falar que a ofensa, no caso, vem com a grife e a definitividade da chancela judiciária. Confortável local de fala, o do magistrado ausente de possibilidade de responsabilização: pode injuriar e difamar ao seu bel prazer, extrapolando toda e qualquer competência legitimada para regular, judicialmente, os conflitos penais que lhe são postos.

Aguardamos, pois, ansiosos, por, talvez, alguma proposta de alteração

do texto do Código de Processo Penal, que faça incluso no arrolamento do art. 381 do referido diploma, um sétimo inciso, dando conta de que, em respeito ao ditame constitucional logo acima referido, torna-se passível de anulação a decisão que angariar adjetivação impertinente e destoante do texto dos tipos legalmente previstos aplicados à espécie, como presunção de parcialidade não processual; ou mesmo a inclusão de uma hipótese de vedação ao longo do disposto no art. 387 e seus incisos adjacentes.³²

Não vemos qualquer dificuldade em lançar mão de ideia como a apresentada, mesmo cientes das imensas dificuldades práticas e da acalorada discussão processual e tribunalícia que se iniciaria a partir dela e da disparidade jurisprudencial que poderia estar fundada. Melhor alguma forma positivada de controle (ainda que de taxatividade admitidamente não solidificada), do que uma derrocada na esfera dos argumentos, onde sempre há quem diga (e pense) que o Direito é, exclusivamente, o que está na lei, e que o magistrado só faz adequá-la à realidade.

Conclusão

Aos que necessitam de doses contumazes de pragmatismo, necessário o lembrete de que, em termos de manifestação jurisdicional penal, concei-

tuar o réu nos moldes de um “inimigo” serve apenas para trazer à baila a indesejável ideia bélica similar às doutrinas espúrias de “segurança nacional” vigorantes em tempos ditatoriais, definitivamente incondizentes com a atual situação (ao menos em tese) democrática do nosso país e, consequentemente, do nosso processo penal.³³

Muito mais por essa figura tão emblemática e essencial como a do magistrado, o uso prudente da palavra deve estar sempre atrelado ao cuidado quanto ao manejo desmedido de sua capacidade imanente de modificar o mundo e amplificar simbologias. Tarefa nada simples. Constante impulso energético que por nem todos consegue ser devidamente contido. Reação trivial: o dar de ombros e a esquiva quanto à obrigação de impor uma (mínima) contenção a esse impulso.

A negação de toda a dificuldade que reina sobre o magistrado e sua nobilíssima função no momento de mover sua espada (aquela, que redesenha a vida) e a imensa responsabilidade incutida nesse ato é a própria fuga do peso de uma necessidade de (mínimo) controle passional, de uma apuração ética rigorosa e de um olhar calculado (como convém a um bom julgador). É o que faz da decisão penal desvairada um terreno fértil para a assunção onírica de que não se está simplesmente julgando, mas expur-

gando bestas-feras, exorcizando diabos perdidos no mundo, eliminando impurezas e combatendo monstros.³⁴

Fica, por tudo, a lição fundamental de Nietzsche: “Quem combate monstruosidades deve cuidar para que não se torne um monstro. E se você olhar longamente para um abismo, o abismo também olha para dentro de você.”³⁵

Todo o cuidado é pouco.

Criminal judgement, discourse and ethics: on powerful and responsibilities

The current article approaches the constitutional necessity of control the language used in judicial resolutions on penal sphere. There are a lot of grounds, mostly symbolics, which give a constitutive, an influential, a disturbing and even a creation character to criminal judgements – when we are thinking about the defendant subjectivity. Considering that, this article defends a legal foresight’s reaction to guarantee an ethical treatment in the judicial discourse. This idea intends to avoid a punishment based on a non-technical, passionate and stigmatizing judicial resolution.

Key words: Criminal sentencing. Judicial Discourse. Ethics. Judicial procedures reform.

Notas

- ¹ GALEANO, Eduardo. *O livro dos abraços*. Trad. Eric Nepumoceno. 9. ed. Porto Alegre: L&PM, 2002. p. 16.
- ² “A análise do problema do senso comum, da experiência e da ciência no raciocínio do juiz pode partir de uma proposição ao mesmo tempo surpreendente e banal, a saber, a de eu em grande parte o raciocínio do juiz não é regido por normas nem determinado por critérios ou fatores de caráter jurídico”. TARUFFO, Michele. *Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz*. Trad. de Cândido Rangel Dinamarco. Curitiba: Ibej, 2001. p. 7.
- ³ WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito II*. A epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995/Reimpr. 2002. p. 98-99.
- ⁴ “Come ogni rito, il processo appartiene a una sfera artificiale, separata dal flusso microstorico quotidiano (Max Weber descrive queste discontinuità con l’aggettivo ‘ausseralltäglich’), anzi la genera; gli spettatori se ne accorgono: avvengono così fuori dal solito mondo. Ma è illusione scenica: parti, giudice, testimoni, sono persone di carne ed ossa, legate al tessuto profano locale, carichi delle rispettive storie private; le toghe (equivalenti a maschere) non aboliscono lo spazio-tempo profani.” CORDERO, Franco. *Procedura penale*. 5. ed. Milano: Giuffrè, 2000. p. 152.
- ⁵ Na literatura criminológica sul-americana, especialmente, ninguém discorre com mais autoridade sobre a temática do que ZAFFARONI, Eugenio Raul, para onde remetemos o leitor, in *Criminología. Aproximación desde un margen*. Bogotá: Editorial Temis, 2003, Tercera reimpressão e, de forma mais incisiva, in *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Trad. de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.
- ⁶ “De pouco serve, todavia, simplesmente desconstruir a teoria da jurisdição denunciando fragilidades [...] pelo menos até que se modifique a atual configuração das relações de hegemonia nas sociedades ocidentais capitalistas e possa surgir, assim, algum modelo realmente democrático de solução de conflitos penais.” DUCLERC, Elmir. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 194.

- ⁷ CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre o processo penal*. Trad. de Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2004. v. 4. p. 66.
- ⁸ “Na relação com a comunidade, o juiz representa, no inconsciente das pessoas, a figura do pai. Evidente que o juiz, enquanto regra, aceita/assume esta figura. Ele é aquele que pune, repreende, autoriza o casamento, determina a separação conjugal, distribui os bens. A comunidade, quando não consegue resolver seus problemas, busca socorro na figura do pai/julgador. A relação ‘familiar’ é tão forte que há até controle da sexualidade do juiz pela própria sociedade, além, é óbvio, de controles menores: na maneira de vestir, de se portar, em relação aos seus amigos. É algo forte, presente, marcante.” CARVALHO, Amilton Bueno de. O juiz e a jurisprudência: um desabafo crítico. In: BONATO, Gilson (Org.). *Garantias constitucionais e processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 9.
- ⁹ “Mas o caráter impreciso das expressões legais nem sempre é manifesto. Muitas vezes seus destinatários não percebem as mudanças de sentido propostas pelo emissor. Deste modo, os defeitos endêmicos das palavras da lei cumprem importante função retórica em relação às práticas tribunais. Constituem algumas linhas argumentativas utilizadas pelos juizes para alterar os critérios decisórios predominantes, sob a aparência de estarem aplicando conteúdos fixados pelo legislador [...]. Generalizando, é possível afirmar ao se estabelecer que A, e não B é característica definitiva de um termo contido na norma, está-se alterando as consequências jurídicas da mesma. Noutra perspectiva constata-se que nas definições jurídicas toda característica definitiva é também uma característica decisória, isto é, forma parte da decisão”. WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito I*. Interpretação da Lei. Temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994. p. 38-39.
- ¹⁰ TARUFFO, op. cit., p. 8.
- ¹¹ FOUCAULT, Michel. A vontade de saber. In: *Resumo dos Cursos do Collège de France (1970-1982)*. Trad. de Andrea Daher. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997. p. 12.
- ¹² “Teóricos como Goffman estavam profundamente atentos ao modo como o ‘eu’ é apresentado em diferentes situações sociais e como os conflitos entre estes diferentes papéis sociais são negociados. Em um nível mais macrosociológico, Parsons estudou o ‘ajuste’ ou complementaridade entre o ‘eu’ e o sistema social”. HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Trad. de Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. Rio de Janeiro: DP&A, 2001. p. 35.
- ¹³ TESHAINER, Marcus. *Psicanálise e biopolítica*. Contribuição para a ética e a política em Michel Foucault. Porto Alegre: Zouk, 2006. p. 47.
- ¹⁴ “Os níveis mais baixos do edifício neurológico da razão são os mesmos que regulam o processamento das emoções e dos sentimentos e ainda as funções do corpo necessárias para a sobrevivência do organismo. Por sua vez, esses níveis mais baixos mantêm relações diretas e mútuas com praticamente todos os órgãos do corpo, colocando-o assim diretamente na cadeia de operações que dá origem aos desempenhos de mais alto nível da razão, da tomada de decisão e, por extensão, do comportamento social e da capacidade criadora. Todos esses aspectos, emoção, sentimento, e regulação biológica, desempenham um papel na razão humana. As ordens de nível inferior do nosso organismo fazem parte do mesmo circuito que assegura o nível superior da razão”. DAMÁSIO, António R. *O erro de Descartes*. Emoção, razão e o cérebro humano. Trad. Dora Vicente e Georgina Segurado. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. p. 13.
- ¹⁵ FOUCAULT, Michel. Verdade e poder. In: *Microfísica do poder*. Trad. de Roberto Machado. 20. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2004. p. 12.
- ¹⁶ Sobre a função de defesa ostensiva dos preceitos constitucionais, exercida pelo magistrado inclusive por um juízo de controle difuso descriminalizador, manifestado na própria decisão, indispensável conferir CARVALHO, Salo de. A sentença criminal como instrumento de descriminalização (o comprometimento ético do operador do direito na efetivação da Constituição). *Revista da Ajuris*, Porto Alegre: Ajuris, jun. 2006. p. 327-348.
- ¹⁷ MORAIS ao XXXIII, n. 102, DA ROSA, Alexandre. O processo (penal) como procedimento em contraditório: diálogo com Elio Fazzalari. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí: Univali, v. 11, n. 2, 2006. p. 223.
- ¹⁸ DUCLERC, op. cit., p. 193.
- ¹⁹ “Esse juiz representa uma das maiores ameaças ao processo penal e à própria administração da justiça, pois é presa fácil dos juízos apriorísticos de inverossimilitude das teses defensivas; é

- adepto da banalização das prisões cautelares; da eficiência antigarantista do processo penal; dos poderes investigatórios/instrutórios do juiz; do atropelo de direitos e garantias fundamentais (especialmente daquela ‘tal’ presunção de inocência); da relativização das nulidades pro societate; é adorador do rótulo ‘crime hediondo’, pois a partir dele pode tomar as mais duras decisões sem qualquer esforço discursivo (ou mesmo fundamentação); introjeta com facilidade os discursos de ‘combate ao crime’; como (paleo) positivista, acredita no dogma da completude do sistema jurídico, não sentindo o menor constrangimento em dizer que algo ‘é injusto, mas é a lei, e, como tal, não lhe cabe questionar’; sente-se à vontade no manejo dos conceitos vagos, imprecisos e indeterminados (do estilo ‘prisão para garantia da ordem pública’, ‘homem médio’, ‘crimes de perigo abstrato’, etc.), pois lhe permitem ampla manipulação, etc.” LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal (Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 81-82.
- ²⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Acórdão em Apelação Criminal, nº 25220-2/213 (200400100163). Relator Des. Paulo Teles. Goiânia, 29 jun. 2004.
- ²¹ “[...] A presunção de violência, como é aceita hoje, não é tida como absoluta, pois cede diante de prova de que a vítima, no caso concreto, e não em considerações genéricas, levava vida dissoluta, desregrada, era ela corrompida e afeita aos prazeres do sexo, ou seja, já experiente. Mas não é esta a realidade dos autos. Nada foi provado neste sentido em desfavor da menor Diane. É bem verdade que, o conjunto probante revela que a menina Diane estava inserida num meio social pouco saudável para fins de formação de sua personalidade, já que sua mãe, Leila, trabalhava como prostituta em casa noturna [...]” BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Acórdão em apelação criminal, nº 70009840273. Relatora Des. Lúcia de Fátima Cerveira. Porto Alegre, 29 nov. 2006.
- ²² “[...] Certo é que o evento monstruoso, brutal e desumano reservará, indefinidamente, péssimas, incômodas e traumáticas lembranças àquela então menor de 14 anos...” BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Acórdão em Apelação Criminal, nº 1.0024.01.604182-4 /001(1) Relator Des. Armando Freire. Belo Horizonte, 31 mar. 2005.
- ²³ “Neste quadro, a decisão é um procedimento cujo momento culminante é um ato de resposta. Com ela, podemos pretender uma satisfação imediata para o conflito, no sentido de que propostas incompatíveis são acomodadas ou superadas”. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980. p. 89.
- ²⁴ GOFFMAN. Erving. *A representação do eu na vida cotidiana*. Trad. de Maria Célia Santos Raposo. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. Especialmente, p. 230 et seq.
- ²⁵ ZAFFARONI, *Em busca das penas perdidas...*, p. 123-147.
- ²⁶ “O pré-requisito para qualquer ética verdadeira – não credora da chancela ontológica-neutralizante para existir e que não necessita, assim, hipotecar suas consequências mais radicais – constitui-se, dessa forma, no estabelecimento prévio de uma base ética de inteligibilidade da realidade, como já sugerido. A ética como filosofia primeira significa: todo o contato com a realidade, toda interpretação desta realidade e todas as possíveis interpretações desta realidade se dão eticamente, onde o contato e a ação éticos substituem o conhecimento classificador tradicional e podem vir a fundamentar um conhecimento sobre bases absolutamente novas, com outro sentido.” TIMM DE SOUZA, Ricardo. *Totalidade & desagregação*. Sobre as fronteiras do pensamento e suas alternativas. Porto Alegre: Edipucrs, 1996. p. 123-124.
- ²⁷ TIMM DE SOUZA, Ricardo. *Uma introdução à ética contemporânea*. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2004. p. 103.
- ²⁸ FIGUEIREDO, Débora de Carvalho. “Vítimas e vilãs, ‘monstros’ e ‘desesperados’. Como o discurso judicial representa os participantes de um crime de estupro”. *Linguagem em (Dis)curso*, Tubarão: Unisul, v. 3, n. 1, 2002. p. 146.
- ²⁹ Veja-se a medida de *Correção Parcial*, no caso do Estado do Rio Grande do Sul, regulada pelos dispositivos do Art. 195, e parágrafos, do Código de Organização Judiciária do Estado, Lei nº 7.356 de 1ª fev. 1980.
- ³⁰ As hipóteses em que o magistrado incorre em impedimento processual para operar no julgamento do caso são coroadas constitucionalmente pelos incisos do parágrafo único do art. 95 da Carta política, sendo que já vinham perfeitamente delineadas pelo texto do nosso Código de Processo Civil, nos incisos do art. 134 e no Código de Processo Penal, nos incisos do art. 252.

³¹ Definidas, igualmente, pelo Código de Processo Civil (incisos do art. 135), com similar menção nos arts. 254 a 256 do Código de Processo Penal – estabelecida, para o processo penal em seu respectivo diploma, a possibilidade de configurar motivo para arguição de suspeição pela via processual da oposição de exceção – art. 96 a 107.

³² Ansiosos, também esperamos uma atuação rigorosa das corregedorias e sua tão necessária atividade de fiscalização, também nesse sentido: recomendações e advertências constantes deveriam fazer parte da rotina do julgador que afasta de lado a técnica e a culta ponderação nos seus julgados exarados para se entregar ao desvario da cólera e do abandono antiético no texto da decisão, humilhando, simplesmente, os desafortunados submetidos ao seu julgamento (Cientes estamos, no entanto, de que, nem esse nem qualquer outro aspecto deva nem possa se configurar em escopo para que a atividade do corregedor se transforme em uma verdadeira autorização inquisitória para perseguir e coibir sem limites, munida da mesma impertinência ora combatida).

³³ BIZZOTTO, Alexandre. O mal-estar do juiz criminal e a ética da alteridade. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre: Ajuris, ano XXXIV, dez. 2007. p. 15. Sobre o chamado “direito penal do inimigo”, a despeito de extenso material bibliográfico acerca da temática, nacional e internacionalmente falando, remetemos o leitor para dois trabalhos acadêmicos recentes e cuja contribuição inovadora sobre a matéria (abordando tanto a filosofia quanto a sociologia) é de vulto incontestável: PINTO NETO, Moysés da Fontoura. *O rosto do inimigo: uma desconstrução do direito penal do inimigo como racionalidade biopolítica*. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007; BINATO JR., Otávio. *Do estado social ao estado penal: o direito penal do inimigo como novo parâmetro de racionalidade punitiva*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2007.

³⁴ “É muito fácil etiquetar: bandido, monstro, ladrão, estelionatário, vagabundo. Tais não passam de adjetivos de impacto. Essas pessoas não são mais do que eu. O outro sou eu. O encarcerado se traduz na negação de meu lado humano destrutivo.” BIZZOTTO, op. cit., p. 17.

³⁵ NIETZSCHE, Friedrich. *Além do bem e do mal*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005. p. 70.