

Porque processo penal e garantias jamais rimam com “heterodoxia”!



O título deste texto também poderia ser: O ministro

Fachin, a heterodoxia e os fins que justificam os meios.

O papel da doutrina é fazer cobranças epistêmicas. Como faço de há muito, procurarei exercer essa função hoje novamente. Com efeito, o ilustrado ministro do STF Edson Fachin foi o autor de uma frase intrigante na semana passada. Explico: analisando a atuação do juiz Sérgio Moro e o pedido da defesa do ex-Presidente Lula no Habeas Corpus n. 164.493, cujo resultado até o momento é dois a zero pró não conhecimento do *writ*, o ministro falou em “procedimentos heterodoxos”:

"Não deixo de anotar que houve *procedimentos heterodoxos*, mesmo que para *finalidade legítima*", disse o ministro. No entanto, para o ministro Fachin, exige-se "mais que indícios ou narrativas" para se comprovar que houve eventual falha do juiz. Os grifos são meus. A notícia é da [ConJur](#), e está também [aqui](#) e [aqui](#). E aqui está o voto na íntegra ([voto transcrito](#)). [1]

Então, o que será que ele disse ou quis dizer com isso? O ministro é um professor culto, diferenciado, estudioso da linguagem, conhecedor dos autores contemporâneos que introduziram o giro linguístico na filosofia. Há vários textos escritos por ele em que se pode ver isso. (Ver, por exemplo, [aqui](#), e [aqui](#), por todos.)

Não vou falar do *linguistic turn* e a revolução que provocou na linguagem. A linguagem constitui. O mensageiro já vem com a mensagem, diz-se na hermenêutica.

Segundo os dicionários à disposição, procedimento heterodoxo é algo contrário aos padrões, às normas ou às regras preestabelecidas. Enfim, para ser bem simples, heterodoxo é o contrário de ortodoxo. Logo, quando o ministro diz que Sergio Moro pode ter lançado mão de procedimentos “heterodoxos”, admite, por *decorrência lógica*, a possibilidade de um desvio de padrões ou crenças, presentes no direito processual-constitucional, por parte do juiz.

Não é só isso. Há um elemento, ainda na frase, que torna tudo ainda mais complexo. Indago: ainda que não devam ser “*beneplacitados*” (a expressão é do Ministro) segundo o próprio ministro, admite-se que procedimentos heterodoxos (i) tenham finalidade e que (ii) esta pode ser *legítima*?

Vários problemas. Assumir que, no Direito, mesmo que hipoteticamente, procedimentos heterodoxos tenham finalidade (teleologia), qualquer que seja, já é um problema por si só. A premissa segundo a qual se pode atribuir finalidade a um procedimento sustenta a velha tese instrumentalista. Procedimento, sob essa ótica, vira algo a partir do qual se pode atingir algo. E a teleologia é atribuída pelo juiz, no caso, Sérgio Moro. Trata-se de uma perigosa justificativa de um pragmatismo *ad hoc*. Por exemplo: é possível ignorar uma prova ilícita por motivos legítimos? É possível “heterodoxizar” uma prova ilícita? No aeroporto, o funcionário, por motivos legítimos, pode dispensar alguém de passar pelo raio x? “- Ah, mas era uma velhinha e eu a dispensei, porque, se não, ela perderia o voo”. Mas a segurança dos demais passageiros não está acima dessa possibilidade de praticar heterodoxia? Não seria melhor que, em ambos os casos, a ortodoxia fosse o único caminho a ser seguido? Fins não justificam meios – principalmente se estivermos falando de garantias de liberdade.

Mais: qual a finalidade (por exemplo, a condenação do réu?) poderia ser legítima ao ponto de justificar a adoção de um procedimento heterodoxo? Que fim pode ser legítimo quando algo já nasce problemático, *ab ovo*? *Procedimentos heterodoxos, mesmo que para finalidade legítima*? Isso é conforme à ordem constitucional?

Em uma interpretação generosa, os “fins legítimos” – mesmo que admitidos apenas hipoteticamente pelo ministro – seriam aqueles internalizados por Moro. Assim, ler-se-ia assim: “Moro procedeu de modo contrário às normas pré-estabelecidas (aí está a heterodoxia), porque, para ele, os fins (condenação) eram legítimos”. Mesmo com essa minha interpretação generosa, estamos em face de um sério problema, pois não?

O episódio nos insta a pensar. Alguém dirá: “Professor, não procure pelo em ovo perscrutando o sentido de uma frase de um Ministro”!

Ok. Só que se trata do lugar da fala mais poderosa da República em termos de *juris-dicção*: a Suprema Corte. Cada palavra que vem dali é lancinante. Palavra, como já escrevo há décadas, é pá-lavra (*pá-que-lavra*). Há vários textos meus sobre isso. E dezenas de conferências em que uso essa construção no fecho da fala. A pá-lavra abre sulcos. Porque lavra. Ela salva. Mata. Dilacera. Platão dizia: a linguagem é um *pharmakon* – bálsamo, veneno, arma. (Os mais interessados em filosofia podem ver [aqui](#).)

Já que falo aqui sobre as palavras, recorro-me daquele que ensinava [como fazer coisas com elas](#): Austin. Não o jurista John. O John L, J. L. Austin, de Oxford. Pois bem. Ao trabalhar os atos de fala, Austin inaugurou o conceito dos *illocutionary acts* (geralmente traduzidos por aqui como “atos ilocucionários”). O exemplo torna tudo mais simples: suponhamos, leitor, que eu pergunte a um grupo de pessoas: “*Alguém tem um cigarro?*” Essa pergunta, a frase literal, é o ato locucionário: perguntei se alguém tinha um cigarro. O ato locucionário é o ato de dizer a frase.

O ato ilocucionário, contudo, no meu exemplo, é um óbvio pedido subjacente: “*Por favor, um cigarro!*” É, portanto, o ato *executado na fala*. Ao perguntar se alguém tinha um cigarro, estava pedindo um

cigarro.

Não me alongo. O que quero dizer já ficou bastante claro, até porque fui bem explícito. As coisas são ditas mesmo quando não são ditas. A linguagem ordinária – lembro de Wittgenstein – mostra que tenho razão.

Com todo o respeito e lhaneza que tem marcado esta coluna nas críticas à Suprema Corte, há coisas que devem ser ditas. O STF deve *accountability* à sociedade, e aquilo que diz produz efeitos.

Ademais, o STF estabelece precedentes. Se o STF acena no sentido de que juízes podem atribuir finalidades aos procedimentos, e que essas finalidades podem ser legítimas em toda sua heterodoxia, qual será o limite dessa teleologia instrumental? Dito de outro modo, *qual será o limite dessa heterodoxia?*

Falei há pouco de dois atos de fala de Austin: o *ato locucionário* e o *ilocucionário*. Perguntar se alguém tem um cigarro, pedir um cigarro. Pois é. Porém, Austin falava ainda de um *terceiro ato*: o *ato perlocucionário*, que é o efeito produzido. Traduzindo no meu exemplo, é alguém efetivamente entregar a mim o cigarro que pedi.

E traduzindo na Suprema Corte: Quais serão os terceiros atos de tudo aquilo que decorre logicamente da frase do Ministro? Quais serão os atos *perlocucionários*? Quais podem ser os efeitos de uma *juris-dicção* que diz ser possível atribuir finalidades ao procedimento legal, e que estes podem ser heterodoxos?

Coisas que por vezes podem passar despercebidas, são, na verdade, “perlocuções” (se me permitem o neologismo). Por vezes, lidos e compreendidos apenas no futuro. Como o famoso item 9 de um famoso acórdão do TRF-4, bem recente:

“9. Não é razoável exigir-se isenção dos Procuradores da República, que promovem a ação penal. A construção de uma tese acusatória – procedente ou não -, ainda que possa gerar desconforto ao acusado, não contamina a atuação ministerial.”([aqui](#)).

Quem quer ou aceita ser processado por um MP não imparcial/isento? Isso não é prova também de um olhar heterodoxo sobre o papel do Ministério Público? Então: Qual será o ato *perlocucionário* exurgente desse item 9?

Somemos: se o juiz pode ser heterodoxo, se o MP não precisa ser isento, se, via instrumentalidade do processo, fins legítimos justificam meios, o que sobrar das garantias e do texto constitucional? Texto esse que, como sabemos, deve sempre ser lido de forma ortodoxa. Ele só sobrevive desse modo.

Post scriptum: O carimbo da Procuradora e a culpa é do borracheiro!

Muito intrigante (eufemismo) o carimbo usado por uma Procuradora Federal ([aqui](#)) para, em contrarrazões, “reinterar” (sic) os termos da contestação de processo do INSS. Pois é. Já vi um monte de gente justificando o “carimbo”, com argumentos – pragmáticos – dos mais variados. Por mim, podem dizer o que quiserem, mas isso apenas mostra o fracasso da operacionalidade do direito. Warat chamava a isso de “construção de próteses para fantasmas”. Isso apenas simboliza o produto da cultura *prêt-à-porter*, *prêt-à-parler* e *prêt-à-penser*

. E de livros resumidos. E de resumos. Livros e ensino jurídico tipo “sinopses”. Que impedem sinopses. Parafraseando Elis Regina, parece que eles venceram e o sinal está fechado para nós, que pensamos criticamente. Assim, por que as contestações e contrarrazões não podem ser resumidinhas? E

aixo, não. E
so à lume. Há
h: também já
que há muitos
e avisei.

Vistos em Gerenciamento:
O INSS apresenta contrarrazões ao recurso para, reiterando os termos da contestação, pugnar pelo seu TOTAL DESPROVIMENTO, uma vez que não merece reparos a decisão recorrida, a qual deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos.

Em, 13 / 11 / 18


Procuradora Federal

[1] Obs: não discutirei o mérito do voto acerca do não conhecimento ou do conhecimento de ofício discutido pelo Ministro e as razões para a rejeição. Habeas corpus é sempre um terreno minado, eis que dependente de critérios dúcteis como a sumula 691, seus requisitos e a (im)possibilidade de concessão

de ofício. Minha discussão, aqui, é outra, como veremos no decorrer da Coluna.

Date Created

13/12/2018