

## Elmir Duclerc: ‘Como assim, vai ficar em silêncio?’

"Que palhaçada é essa de não responder às perguntas do juiz?". Já não lembro mais quantas vezes ouvi algo do gênero, mas o triste fato é que, desde pelo menos as transmissões ao vivo das sessões de julgamento do STF na Ação Penal 470 (caso "mensalão"), os professores de Direito Processual Penal têm sofrido com essa espécie de ampliação da sua jornada de trabalho, na medida em que o objeto do seu interesse extrapola progressivamente os muros da escola de maneira definitiva e irreversível, a, nas ruas, no transporte público etc.



Desde então, passamos também a ter de disputar o sentido de

certos conceitos, normas e princípios com as opiniões mais disparatadas dos novos "especialistas", que vão desde o anônimo motorista do Uber com quem conversamos até alguns conhecidos âncoras de programas jornalísticos.

Dessa vez é a cobertura diária da CPI da Covid-19 que reacende e leva também o debate sobre o "direito ao silêncio" para as salas de jantar da classe média. Entretanto, graças a ela também conhecemos o brilhante trabalho de homens e mulheres que tanto dignificam a ciência brasileira, como, por exemplo, a bióloga e pesquisadora Natália Pasternak [1], que atualmente se dedica, entre outras coisas, a estudar a própria comunicação pública da ciência, ou de como é possível popularizar o conhecimento científico e torná-lo interessante ao grande público e apto, assim, como saber crítico, objetivo e metodicamente controlado, a fazer frente a outros sistemas *reacionários* e *antimodernos* de crenças que ganharam terreno fértil das redes sociais [2].

Confesso que o tema é totalmente novo para mim, mas não é difícil intuir que uma das barreiras a serem superadas é justamente a tendência dos acadêmicos de falarem sempre para um público *interno*, abusando do hermetismo na linguagem e de um ritualismo metodológico que se exige como demonstração de "rigor científico", mas acabam tornando os textos chatos e inautênticos [3].

No Direito, especificamente, parece haver uma cisão ainda maior, mais antiga e resignada entre o que se produz na academia e o que decidem os juízes e tribunais. Uma espécie de *rebeldia* contra a doutrina jurídica, tantas vezes e com tanta precisão denunciada por Lenio Streck [4], que bem pode ser representada pela texto abaixo, extraído de decisão preferida pelo ministro Humberto Gomes de Barros, do STJ:

---

*"Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição (...). Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado (...). Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolde a ele (...). Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém" [5].*

Quando se trata de Direito Processual Penal, então, o desacordo alcança até mesmo a compreensão quanto à própria razão de ser do Judiciário, em matéria criminal: enquanto a doutrina, amparada em dados historiográficos, atribui à jurisdição penal a função de contenção do poder de punir, como algo que deve estar *entre* o aparato persecutório e os direitos fundamentais da pessoa acusada [6], a corporação dos juízes de um modo geral se vê como integrante desse mesmo aparato e responsável por dar uma resposta eficaz às demandas da sociedade por segurança pública.

Veja-se, por exemplo, trecho da chamada "Carta de Brasília", de 29/4/2008, que resultou do I Fonacrim — Forum Nacional de Juízes Federais Criminais.

*"O avanço da criminalidade organizada impõe medidas mais eficazes, quer no âmbito da legislação penal, quer no processamento das ações que lhe tenham por objeto. Não é possível lidar com a criminalidade multifacetada, organizada, nacional e transnacional, com métodos de investigação antiquados e processos que se prolongam indefinidamente no tempo, passando à sociedade uma indesejada sensação de impunidade" [7].*

Tristemente, enquanto a doutrina faz questão de pontuar a função essencialmente *contramajoritária* da jurisdição constitucional (sobretudo em matéria penal), a submissão à "vontade da sociedade" está na boca de juízes da mais alta corte do país [8], até mesmo quando se trata de simplesmente negar aquilo que está afirmado com todas as letras no próprio texto da Constituição da República de forma clara, cristalina, insofismável sobre a duração da presunção de inocência até trânsito em julgado da sentença condenatória.

Não seria exagero, portanto, falar de uma espécie de *negacionismo jurídico* que se alimenta justamente dessa busca de legitimidade política da corporação jurídica no senso comum mais rasteiro, amparado em sistemas de crenças que reagem e desafiam qualquer tentativa de construir algo como uma ciência do Direito (ou ciência *no* Direito).

Como disse acima, o julgamento/espetáculo da Ação Penal 470 parece mesmo o ponto em que o negacionismo jurídico passou a ser percebido mais claramente. Não é possível esquecer, por exemplo, do choque sentido na comunidade acadêmica pela falsificação grosseira da Teoria do Domínio do Fato de Roxin (uma teoria de Direito Penal material), para condenar *a fórceps* (como se fosse uma teoria sobre a prova) um dos acusados que, por ocupar um determinado cargo "tinha de saber" o que se passava [9]. Mas nada realmente se equipara ao que aconteceu durante os "anos de ouro" da chamada operação "lava jato", quando tivemos de conviver semanalmente com vazamentos ilegais, diligências espetaculosas e a progressiva destruição do sistema de garantias processuais penais [10].

Segundo o *mito fundador* do sistema de crenças que constitui o negacionismo jurídico processual penal, há uma espécie de *déficit* estatal no enfrentamento ao *mal* da criminalidade violenta e organizada e da corrupção, e cabe ao juiz assumir o protagonismo no enfrentamento desse mal, ainda que tenha de deixar de aplicar as garantias processuais que produzem a *impunidade* de homens *maus*. É sempre muito perigoso falar de um tema tão complexo quanto o fascismo, sobretudo para quem não é exatamente um especialista e ciência política, mas não é possível não identificar aqui algumas *permanências* de traços dos sistemas penais próprios da experiência histórica ocorrida na Itália e na Alemanha [11], bem como da experiência histórica da Inquisição, na Europa católica medieval [12].

Trata-se, portanto, de um conjunto de mitos extremamente persistentes porquanto profundamente arraigados na nossa herança cristã. Não exatamente o cristianismo de Jesus e seu pai misericordioso, mas o de *Agamemnon* e *Ifigenia* [13]. Não é à toa que ainda tenhamos de lidar com conceitos como *culpa*, *pena*, *penitenciária*, *perdão* judicial, *remição*, *confissão*, *arrependimento* etc. Não é à toa que nossas *vestes talares* ainda sejam nas cores e modelos que lembram as batinas e sejamos tão afeiçoados ao latim e às liturgias e rituais.

Mas é preciso lembrar que a própria academia processual penal tem também um dever de casa a fazer. Qualquer um que tenha se aventurado por estas bandas já deve ter ouvido falar da falta de como nos ressentimos de uma teoria própria e livre da má influência das formulações teóricas construídas em finais do século 19 para o processo civil e que até hoje se apresentam como *modelo* para uma espécie de teoria *geral* do processo [14]. Muito já se falou sobre isso, mas há relativamente pouco esforço teórico no sentido de construir categorias próprias que *ocupem* os espaços discursivos hoje colonizados pelo processo civil e, o que é pior, por sistemas de crenças inquisitoriais e fascistas.

No caso do *direito ao silêncio*, expressão *negativa* de um dos princípios ancestrais do Direito Processual Penal (*ampla defesa*), vemos as dificuldades que tem o próprio STF no delineamento da abrangência e dos limites desta garantia, e quanta incompreensão têm produzido as suas decisões, para o grande público. E o caso do direito ao silêncio não parece ser o único. Veja-se, por exemplo, as dificuldades em compreender como exercício de *defesa técnica* o assessoramento que se presta ao acusado para a abdicar de determinados direitos processuais, no âmbito desse *novo* processo penal *negocial*. Lembre-se, de igual modo, a questão das diferenças entre *ampla* defesa e a *defesa plena* no júri, a ponto de inspirara construções como a da absolvição por *clemência*. E como fica essa *plenitude* em face de limitações recentemente impostas para o manejo da tese defensiva da legítima defesa da honra [15]?

No seu conjunto, esses temas sugerem que falta uma elaboração mais consistente em torno do conceito de *defesa* no processo criminal que o habilite a ser reconhecido também como *categoria autônoma* de uma *teoria autônoma* do Direito Processual Penal, ainda hoje restrita, como se sabe, aos conceitos de *ação* (poder de persecução do autor); *jurisdição* (contrapoder de contenção do juiz); e processo (espaço-tempo formal e público onde tais poderes se encontram). Ditas categorias, repita-se, assimiladas acriticamente pelo processo penal, emergiram na Alemanha do final do século 19, a partir da polêmica Windscheid x Muther, sobre a existência ou não de um direito autônomo (*ação*), separado do Direito material, e refletem claramente uma preocupação em dar efetividade ao interesse do *autor*, na defesa do seu *direito material*. É curioso, portanto, que não nos tenhamos dado conta de falta na teoria do processo penal uma categoria *defesa* [16], que deveria ser, ao contrário, sua a pedra angular.

Concluindo, não resta dúvidas de que a academia jurídica, a exemplo do que já fazem cientistas de outras áreas, precisa urgentemente debruçar-se sobre a própria forma como ela se comunica com os atores do sistema de justiça e com o público em geral e transformar o próprio negacionismo em objeto de estudo. No caso do Direito Processual Penal, trata-se, além disso, de fazer um dever de casa que tem mais de um século de atraso, construindo as ferramentas tecnológicas que sejam capazes de ocupar os espaços significativos hoje entregues aos sistemas de crenças mais atrasados, irracionais, autoritários e violentos.

[1] <http://lattes.cnpq.br/2971054847583007>.

[2] Esses sistemas de crença *antimodernos*, é bom que se diga, não se confundem com aqueles com os saberes tradicionais que a ciência moderna e a catequese cristão tentaram apagar durante o processo (moderno) de conquista imposto pelos europeus ao resto do mundo, especialmente à América Latina e África. Trata-se, ao contrário, da *reação* cínica (e também *moderna*) à crítica instaurada pelo iluminismo, como proposto por Sloterdijk. (SLOTERDIJK, Peter. *Crítica da Razão Cínica*. São Paulo: Estação Liberdade, 2012).

[3] Como, por exemplo, a exigência daquela escrita que tenta esconder o sujeito que escreve numa "impessoalidade" tão artificial que acaba sendo até meio esquizofrênica. Como vocês podem ver, perdoem-me realmente os puristas, mas consigo mais dar tanta importância para isso. Nesse aspecto, aliás, a ciência moderna é bem mais pobre do que as visões de mundo fundadas nas contações de história.

[4] STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

[5] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 319997. Relator: ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, Data de Julgamento: 14/08/2002

[6] Veja-se, por exemplo, a lição de Pontes de Miranda, em sua clássica obra sobre Habeas Corpus, um monumento à liberdade publicado originalmente numa época em que o discurso declaradamente autoritário sobre direito e processo penal dominava os debates na academia e na política. Interessa, especialmente, a forma como aponta para a Magna Carta de 1215 e o seu *due process of law* como ponto de partida de uma cultura de resistência ao arbítrio punitivo que está na raiz da tradição britânica do próprio "remédio heroico" (MIRANDA, Pontes. *História e prática do habeas-corpus: direito constitucional e processual comparado*, 4ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962)

[7] Disponível em <https://www.ajufe.org.br/fonacrim/9716-i-fonacrim> (22 de setembro de 2021)

[8] Veja aqui: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-02/barroso-stf-responder-aos-sentimentos-sociedade>.

[9] Sobre esse uso indevido da teoria: <https://www.conjur.com.br/2012-nov-19/mensalao-esclarecimento-claus-roxin-publico-brasileiro>.

[10] A teoria escolhida para ser completamente distorcida, nesse caso, foi justamente a Teoria do Garantismo Penal do professor italiano Luigi Ferrajoli (<https://www.justificando.com/2018/06/14/favoravel-a-conducao-coercitiva-barroso-critica-garantismo-penal-no-brasil/>).

[11] Como demonstra magistralmente Zaffaroni (ZAFFARONI, Eugenio Raul. Doutrina penal nazista: a dogmática penal alemã entre 1943 a 1945 ; tradução Rodrigo Murad do Prado. – 1.ed. – Florianópolis : Tirant lo Blanch, 2019.

[12] Para uma visão panorâmica, embora extremamente informativa sobre o papel da Inquisição na formação do sistema de punição da modernidade: ANITUA, Gabriel Ignacio. História dos pensamentos criminológicos – trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008, p. 50-62.

[13] É Enrique Dussel quem descreve, magistralmente, a *corrupção* promovida por Anselmo de Canterbury (1033-1109) no âmago da mensagem cristã, que perde o seu sentido de *graça*. Seu argumento, prossegue Dussel: "*Es claro, preciso, sacrificial (es decir, sádico o masoquista, si se lo ve desde el dominador o desde el dominado): Dios, el Padre, exige por inevitable necesidad el pago de una deuda impagable, infinita, con la sangre del sacrificio de su Hijo. Su interpretación secularizada seguirá vigente hasta la actualidad• Es de alguna manera la helenización del cristianismo, en la repetición del sacrificio de Ifigenia; Agamenón es ahora el Dios padre*". (DUSSEL, Enrique. La política de la liberación: historia mundial y crítica. Madrid: Editorial Trotta, 2008, p.101).

[14] Quem já assistiu, desesperado, sessões do STF em que questões vitais de processo penal serem decididas com base em categorias do processo civil (não é ministro Fux?), sabe bem o que é isso.

[15] Ver aqui: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=462336&ori=1>.

[16] Por aí se explica, também, que se dê tão pouca atenção, nos cursos jurídicos, ao Habeas Corpus, quase sempre tratado no final, como uma *ação de autônoma de impugnação de decisões judiciais*, quase uma *anomalia* dentro da temática *ação penal*, quando deveria, justo por ser uma ação de liberdade, ter absoluta prioridade sobre as demais e servir como ponto de partida para qualquer reflexão em torno dos ~~limites e condições da ação condenatória e, de resto, de qualquer atividade, pública ou privada de~~

persecução penal.

**Date Created**

29/09/2021