

ESCOLA DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DO MINHO

SEPARATA

DE

QUE FUTURO PARA O DIREITO PROCESSUAL PENAL?

SIMPÓSIO EM HOMENAGEM A JORGE DE FIGUEIREDO DIAS,
POR OCASIÃO DOS 20 ANOS
DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL PORTUGUÊS

MARIA CLARA CALHEIROS



Coimbra Editora

2009

A CONSTRUÇÃO RETÓRICA DO PROCESSO PENAL

MARIA CLARA CALHEIROS

Professora na Escola de Direito
da Universidade do Minho

SUMÁRIO: 1. O processo como conjunto de actos comunicacionais. Breve resenha histórica. 2. O século XX como redescoberta do direito como texto. 3. A linguagem no direito e a verdade processual como narrativa. 4. A decisão judicial e o seu auditório. 5. Cidadania e Justiça.

1. O PROCESSO COMO CONJUNTO DE ACTOS COMUNICACIONAIS. BREVE RESENHA HISTÓRICA

No momento em que o legislador se prepara para alterar a lei processual penal, coincidindo com os vinte anos do actual Código de Processo Penal, pareceu-me útil realizar uma reflexão sobre os aspectos processuais que, infalivelmente, estão condenados a serem perenes. Em tempo de mudança, pois, proponho-me passar ao lado das diferenças de regras sobre prazos, recursos, etc., para envidar uma análise do processo penal enquanto conjunto de actos comunicacionais.

O pressuposto de que parte esta análise é, necessariamente, o de que o direito é texto, logo susceptível de uma análise do ponto de vista linguístico, ou até mesmo desde o prisma da filosofia da linguagem. É isso mesmo que tem procurado levar a cabo a moderna hermenêutica. Só que, em abono da verdade, devemos dizer que não foi só nos finais do século XX que se começou a entender a importância da linguagem no direito e a sua função comunicacional. Na verdade, tratou-se, sobretudo, de uma redescoberta. Aristóteles, Cícero e Quintiliano são autores de obras maiores da Antiguidade Clássica que testemunham a importância que se atribuía, então, ao domínio da linguagem no exercício da *ars iuris*. O estudo da retórica, de que Platão foi profundamente crítico, constituiu um elemento incontornável da cultura helénica, no seu momento de maior ful-

gor, face ao sistema de democracia directa que aplicavam também à administração da justiça. Basta recordar o célebre julgamento de Sócrates para compreendermos as razões desta relevância.

Já o direito romano é alheio à ideia de processo enquanto conjunto de actos que conduzem a uma decisão, mas introduz a estrutura dialéctica do juízo, dirigido e decidido por um terceiro imparcial. A tradição do direito inglês, fundada sobretudo sobre a actuação do juiz como árbitro do processo, sem teorizar demasiado sobre as suas regras, encontra-se hoje, curiosamente, mais próxima daquele modelo do que o estão os ordenamentos jurídicos civilísticos, herdeiros reclamados daquele.

Ora, o predomínio do racionalismo e do empirismo dos séculos XVII ao XIX, dominados pela lógica cartesiana e pelos paradigmas das ciências da natureza relegariam ulteriormente a retórica, nos planos de estudo, para uma espécie de estilística, nem sempre de boa reputação...

A sorte da retórica, no seu relacionamento com o direito, só mudaria, como se verá, no século XX.

2. O SÉCULO XX COMO REDESCOBERTA DO DIREITO COMO TEXTO

É preciso dizer que, se o século XIX foi o século da ciência, o século XX foi indiscutivelmente o século da linguagem. Ou seja, o mesmo positivismo jurídico que animou a construção e a refundação do direito dentro do paradigma da ciência, perante todas as críticas e falhas sentidas, descobriu na abordagem do direito como texto, i.e., na linguagem, uma nova forma de procurar explicar o direito e de o fundamentar, ainda dentro da racionalidade, mas agora de um tipo de racionalidade ou de lógica distinta da cartesiana até aí trabalhada.

Como dizia ainda há dias aqui nesta casa o Prof. Calvo González, tinha-se descoberto que o direito era facto, era norma, era valor ⁽¹⁾, mas

(1) Diz-nos Miguel Reale procurando explicar a sua teoria tridimensional do direito: "a) onde quer que haja um fenómeno jurídico, há, sempre e necessariamente, um facto subjacente (facto economico, geográfico, demográfico, etc.); um valor, que confere determinada significação a esse facto, inclinando ou determinando a acção dos homens no sentido de atingir ou preservar certa finalidade ou objectivo; e, finalmente, uma regra ou norma, que representa a relação de medida que integra um elemento no outro: o facto ao valor; b) tais elementos não existem separados um dos outros, mas coexistem numa uni-

também era texto. Esta descoberta haveria de produzir poderosas consequências na forma como a dogmática jurídica encarou o direito: desde logo diluíam-se as fronteiras entre dois momentos que o direito, e designadamente o português, considerava completamente distintos: o momento da criação do direito e o momento da aplicação do direito. Citando RADBRUCH, de cor, "a interpretação não é um pensar de novo algo que alguém já pensou, mas é pensar até ao fim algo que alguém começou a pensar". O realismo americano iria certamente mais longe, e depressa preconizou a inversão do próprio silogismo judiciário. Doravante partia-se da decisão em busca da forma de a fundamentar. Esta deixava de ser meta interpretativa para ser critério de interpretação. Esta linha de pensamento, de resto, não é indiferente à jurisprudência portuguesa. Entre nós, também Barbosa de Melo soube salientar o valor desta análise, por exemplo, afirmando que "a ponderação das consequências constitui ainda um momento de argumentação jurídica pelo menos para todos quantos entendem — e são hoje muitos — que a inferência jurídica não pode ficar alheia aos efeitos práticos da solução inferida" (2).

Não me inscrevo entre os que entendem que as novas ideias do storytelling, narrativistas, de argumentação, etc., possam ser fundamentos em si mesmas do direito. Continuo a pensar que existem valores que são perenes e por isso fundantes do Direito, enquanto ordem com sentido.

No contrapolo desta defesa da importância da linguagem para o direito está a defesa da lógica formal, do rigorismo metodológico que o cartesianismo nos trouxe. Foi esse rigorismo lógico-formal que nos legou o silogismo judiciário. Todavia, como nos ensina Armando PLEBE, tal atitude é comparável apenas à ingenuidade daqueles que o progresso científico pode vir dos computadores porque nunca erram. A simples diferenciação entre verdadeiro e falso não pode produzir a inventividade da descoberta.

Para sustentar esta posição, o autor lembra, também, um outro retórico, Isócrates: para criar um discurso interessante é preciso ser pertinente e original. A pertinência pode vir a ser programada, mas a originalidade não. Foi nessa contradição que Karl Popper baseou, em 1934, a sua teo-

dade concreta; c) mais ainda, esses elementos não só se exigem recíprocamente, mas actuam como elos de um processo, de tal forma que a vida do direito resulta da interação dinâmica e dialéctica dos três elementos".

(2) Citado no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 389, p. 547, *apud* Acórdão do S.T.J., DR, n.º 157, de 10-7-1999.

ria da descoberta científica: enquanto o neopositivismo vienense pretendia impor a base da lógica na distinção verdadeiro /falso "ele advertia que o acto de conceber e inventar uma teoria não é susceptível de nenhuma análise lógica". (3)

Contudo, o contributo mais significativo do século XX para a redescoberta da retórica viria a ser dado por PERELMAN. Tratou-se de uma tentativa bem sucedida de propor uma racionalidade — a argumentativa — alternativa à da lógica formal, que pudesse aplicar-se ao mundo dos valores, no qual o direito se inscreve.

Mas, ainda antes de começarmos a falar mais concretamente dos processos judiciais, é preciso advertir uma coisa: o estilo retórico tem como seu antagonista, pelo menos na aparência, não tanto o estilo filosófico, mas o estilo dialéctico. O 1.º com estilo mais combativo e o 2.º com estilo mais colaborativo.

Vamo-nos esclarecer: a relação entre dialéctica e retórica sempre foi estreita, já que usam o mesmo tipo de raciocínio por argumentos. Em ambos os casos se busca o verossímil.

A acepção clássica de retórica que mais se difundiu no pensamento contemporâneo vem-nos de Aristóteles que nos diz dela: é a faculdade de ver teoricamente o que, em cada caso, pode ser capaz de gerar persuasão, por recurso sobretudo à emoção. Já a dialéctica, pela sua capacidade de levar a várias soluções aceitáveis, partindo do provável e dos tópicos (4) (os lugares comuns ou teses geralmente aceites) como base busca convencer segundo a razão.

Resumindo, em muitos estudos contemporâneos, costuma-se distinguir entre convencer e persuadir: a primeira recorre à via racional e a segunda à emocional. Mais, esta tem claramente um objectivo agonístico que falta à primeira. Todavia, convém salientar que já em Aristóteles encontramos a noção de que não há persuasão sem convicção, e vice-versa.

No seguimento das posições perelmanianas, acredita-se que retórica, dialéctica e filosofia se baseiam na razão prática, com as suas categorias do verossímil e do razoável e o seu método argumentativo, justificativo. Por

(3) Plebe, A. e Emanuele, P., Manual de Retórica, S. Paulo, Martins Fontes, 1992, p. 27.

(4) Diz-nos Viehweg, os tópicos "são pontos de vista utilizáveis em múltiplas circunstâncias, com validade geral, que servem para a ponderação dos prós e dos contras das opiniões e que podem conduzir-nos ao que é verdadeiro". A argumentação a partir destes lugares, que carregam a s cargas valorativas e culturais da sociedade pode ser a mais apta para desvendar a significação das normas.

isso fica resolvido um problema complicado que era o da possibilidade de aplicar a razão ao mundo dos valores, das normas, da acção.

Significa isto que os juristas deixaram para trás, durante alguns séculos, o uso dos recursos retóricos e dialécticos e apenas mais recentemente os recuperaram? Não, obviamente: a tragédia, com um toque imprescindível de comédia, é que os juristas estão condenados à sua utilização. Deixaram foi de os estudar perdendo, em consequência, noção de que os estavam a utilizar. Todo o processo judicial, seja escrito ou oral, possua as regras que possuir, encontra-se assente na linguagem e na comunicação que, através dela, se estabelece entre os seus intervenientes.

3. A LINGUAGEM NO DIREITO E A VERDADE PROCESSUAL COMO NARRATIVA

O processo judicial é uma construção retórica e dialéctica em que o verosímil se mostra superior ao verdadeiro, como veremos. É que até a verdade tem de ser demonstrada: ela não se demonstra a si própria. É com esta realidade, que se devem defrontar advogados, Ministério Público e Juizes.

Baseando-me na análise da experiência jurídica do advogado de defesa no processo penal, num grupo de trabalho sobre a argumentação dos diversos operadores jurídicos, numa amostra de diferentes peças processuais reais, pude verificar esse mesmo recurso à retórica, ainda que do ponto de vista da originalidade dos argumentos invocados não existisse nada de verdadeiramente assinalável. ⁽⁵⁾

O principal dos argumentos invocados era o argumento de autoridade, retirado da força obrigatória das leis, da jurisprudência, da doutrina, da interpretação administrativa. Este facto é comum nos países de tradição jurídica romano germânica, já que o juiz deve obediência à lei. Neste capítulo temos de diferenciar. Na invocação da lei existe um inegável factor de segurança a actuar contra o arbitrário e mesmo nas situações em que a lei não nos serve somos tentados a demonstrar a sua ilegalidade, inconstitucionalidade, a existência de uma lacuna, etc. O recurso à doutrina e jurisprudência já não fornece a mesma segurança, pois facilmente encontramos, na sua diversidade, argumentos a favor das teses opostas.

⁽⁵⁾ Cf. La experiencia jurídica del object defensor en el juicio penal, in "La Argumentacion de les operadores juridices", Buenos Aires, Educa, 2005, pp. 235-254.

Ora, queria aqui destacar um argumento de autoridade que se prevê que ganhe crescente peso no processo penal perante o anúncio do governo de criar uma base de dados genéticos, pelo menos numa primeira fase para fins de identificação criminal: é o problema da invocação da opinião do perito, muitas vezes em matéria científica muito específica em que é difícil ao jurista (eu diria ao próprio juiz) avaliá-la, pior ainda, pô-la sequer em causa. Introduce, como prova, um elemento perturbador no processo: a verdade absoluta do facto, que escapa à convicção do juiz.

São muitos os tipos de argumentos que se podem invocar, eu vou dispensar-me da sua apresentação, mais ou menos exaustiva, apenas para dizer que em penal o apelo emocional é de substancial importância. Falemos claro, é sobretudo aí que pode surtir efeito os argumentos *ad misericordiam* e *ad populum*.

O que se espera do advogado de defesa do ponto de vista retórico? Que possua boa imagem, conhecimentos amplos e sólidos que vão para além do jurídico, mas abarcam a própria sociologia, história, filosofia, política. Isso trar-lhe-á grandes vantagens na capacidade de contra-argumentação, na aptidão para estabelecer relações inusitadas e oportunas entre a sua tese e teses maiores aceites genericamente pela sociedade. O domínio de maior número de tópicos culturais dar-lhe-há maior possibilidade de contextualização da sua tese no universo social, tornando-a mais crível e imune a contra-argumentos. A ordem de apresentação dos argumentos é crucial: os mais fortes devem ser oferecidos primeiro.

Também o advogado escolhe o seu público, ou o seu auditório, se quisermos usar uma linguagem mais técnica. Mas, antes de tentar persuadir o juiz da sua tese, o advogado tem de, num exercício dialéctico procurar antecipar os contra-argumentos desfavoráveis à sua posição. O advogado faz um primeiro julgamento da causa do ponto de vista da parte contrária. Disto resultará a conclusão sobre o que é mais sólido para a defesa do cliente.

A apresentação gráfica do texto escrito deve ser harmónica e seguir as convenções. O ordenamento do discurso e mesmo o interrogatório das testemunhas não deixam de ser momentos retóricos importantes do ponto de vista agonístico/estratégico.

No interrogatório de uma testemunha hostil é importante que as perguntas sejam apresentadas sem ordem aparente, que quanto a algumas a sua formulação não permita à testemunha compreender a importância da resposta para o resultado do processo e até eventualmente que a distraia com perguntas inúteis.

O discurso escrito, sempre mais importante do que o oral, deverá ser ordenado, claro, sólido, técnico e breve.

Uma última referência para os factos e a sua narração. Num processo judicial a realidade dos factos é a organização discursiva que a desenvolve, que a torna conhecida, compreendida, explicada.

E uma narrativa que se apresenta como simples — o que aconteceu — ou como narrativa complexa — como, porquê, para quê aconteceu.

Em ambos os casos o que se espera alcançar é uma verdade não absoluta, na medida em que se atinge apenas o verosímil.

Assim devem as duas narrativas seguir modos de redacção distintos: para a primeira frases curtas, composição sintáctica simples, seguindo o modelo tópico-argumentativo proposto por Aristóteles: *quis, quid, ubi, quando, quibus auxiliis*; para a segunda parte da narrativa importa encontrar meios mais pragmáticos, isto é mais persuasivos e argumentativos: o *cur* (porquê), *quo modo* (de que modo) ⁽⁶⁾.

Regressemos novamente às origens: Górgias e Platão discutem, acerca do valor da retórica designadamente para a filosofia e a descoberta da verdade. A retórica, enquanto, arte de persuadir, conduz apenas ao verosímil. Assim, parece paradoxal que Górgias mostre mais preço pelo verosímil do que pelo verdadeiro. A razão para este paradoxo parece estar na tradução do grego para o latim: na realidade Górgias referia-se "ao que é segundo a racionalidade" e "não o que é apenas semelhante ao verdadeiro" ⁽⁷⁾.

E, na realidade, o verdadeiro sem o verosímil é, por vezes impotente: a figura de Cassandra no Agamemnon não convence ninguém porque parece inverosímil.

Então, pergunta-se, o verosímil é superior ao verdadeiro ou não?

Nas ciências exactas vale o contrário, como é óbvio, mas as coisas deixam de ser assim no universo do agonístico, ou dito de outro modo, do estratégico, ou melhor ainda: quando o que importa — o objectivo — é ganhar. Aí, nesse terreno somos confrontados com uma série de possibilidades com distintas consequências.

A retórica serve para aqueles para quem a verdade pode surgir da discussão e do confronto de ideias. É mais do que simples meio de expressão.

⁽⁶⁾ Cf. Calvo González, Modelo Narrativo del juicio de hecho: inventio y ratiocinatio, <http://webpersonal.uma.es/~ICALVO/>

⁽⁷⁾ PLEBE, *op. cit.*, p. 23.

Encontra-se hoje em crise, no domínio do processo penal, a ideia da procura e determinação da verdade material — aquela que objectivamente corresponderia aos factos. É necessário que se diga que estamos perante um mito — o processo judicial não contém os factos, mas apenas a narração deles, de muitas origens e com múltiplas intenções, de que a sentença judicial ficará inexoravelmente contaminada, sendo que ela própria não deixa de ser em si narração, mais uma vez.

Acompanho a autora espanhola, Laura MIRAUT, que num artigo significativamente intitulado "A sentença judicial entre a recriação e a substituição dos factos", afirma:

"a reconstituição judicial dos factos não pode escapar à subjectividade não só do juiz, mas também de cada um dos indivíduos que intervêm, seja como testemunhas, como peritos, etc, no processo dirigido a esclarecer o que sucedeu exactamente num momento que, por não ser já presente, não pode ser captado em toda a sua plenitude." (8)

E Deus sabe que a verdade por vezes, muitas vezes, é difícil de acreditar. Como afirma um autor brasileiro: "A verdade não só é muito mais incrível do que a ficção, como é muito mais difícil de inventar." (9)

Vamos tomar esta citação para o patamar que se segue e que é o da posição do juiz e da sentença judicial, onde este tema voltará a ser retomado — é que se admite não ouvir a verdade do advogado, do juiz a expectativa já é diferente...

4. A DECISÃO JUDICIAL E O SEU AUDITÓRIO

A primeira atitude do juiz no processo é receptora. O juiz contrapõe-se à parte como órgão que escuta, frente ao órgão que fala (as partes). Escutar é mais do que ouvir: é receber as demandas, as afirmações e as demonstrações. A simplicidade desta tarefa é apenas aparente: exige paciência, vigilância e imparcialidade. O juiz que não sabe escutar, não sabe julgar.

(8) Laura Miraut, *La sentencia judicial entre la recreación y la sustitución de los hechos*, in "Anuario de Filosofía del Derecho", *nova época*, Tomo XVIII, 2001, p. 55, *apud* Fernando Navarro Aznar, *La argumentación del abogado penalista*, in "La argumentación de los operadores jurídicos", op. cit., p. 275.

(9) Millôr Fernandes, *A bíblia do Caos*, p. 579.

Não é uma mera função passiva, já que pressupõe um trabalho interno intenso: há que compreender as demandas, afirmações e demonstrações, eventualmente pedir esclarecimentos ou correcções, quer para estimular o contraditório, quer para o moderar.

A fase que se segue é a de confirmação das afirmações: é a apreciação das provas para construir o material da decisão: de facto e de direito. E aqui começa verdadeiramente a frase construtiva. A montante da decisão judicial existe uma questão que cabe ao juiz deslindar e que não é nada fácil, já que existe uma conexão íntima entre as premissas normativas e as fácticas e a sua determinação. A qualificação prévia do ponto controvertido e dos limites jurídicos e fácticos do caso é um labor que pode passar inadvertido nos litígios mais fáceis, mas que nem por isso deixa de produzir-se. O que o juiz deve fazer é situar-se ante o caso considerando o marco normativo hipotético dos factos juridicamente relevantes a priori. Esta tarefa é complexa já que nesse momento ainda não é possível deslindar radicalmente questão de facto e questão de direito. Pois, se por um lado a qualificação jurídica dos factos exige utilizar critérios de relevância que foram fornecidos pelo direito, por outro lado, a própria juridicidade do caso depende dos factos possíveis ⁽¹⁰⁾.

Independentemente deste debate existe uma questão que é incontornável: a obrigatoriedade da fundamentação das decisões jurídicas é um elemento essencial de qualquer país que se deseje ver como Estado de Direito. PERELMAN dedicou-se especialmente ao estudo das decisões dos tribunais superiores, porque eram essas as que fixavam os grandes princípios norteadores da jurisprudência. O autor salienta a importância da motivação fazendo-a assentar em três pilares essenciais:

1. explicam às partes a decisão e, mais rapidamente a tomar consciência se concordam ou não com ela e se devem recorrer,
2. dirigem-se a todos os cidadãos, em particular aos comentaristas das decisões judiciais, permitindo-lhes compará-las, analisá-las e retirar conclusões,
3. dirigem-se à população em geral.

O autor também verifica que a ciência não pode explicar o direito e, muito menos, as suas decisões. As sentenças não resultam de proposições

⁽¹⁰⁾ Rodríguez Boente, "Argumentación fáctica. Los Enunciados declarativos de hechos probados", in *La argumentación jurídica*, Santiago de Compostela, USC, 2004, pp. 361-389.

verdadeiras retiradas de um silogismo, mas em respostas mais aceitáveis e adaptadas integradas numa argumentação.

Verifica-se, portanto, que existe uma crescente responsabilidade do judiciário fundamentar as suas decisões, de forma não só a atender os operadores do direito — dentro de linguagem técnica e quase cifrada — mas também de abrir esta argumentação a uma comunidade alargada de cidadãos cultos, portadores do direito de verem satisfeito a legítima aspiração de reconhecer que a decisão foi justa, a mais justa. Só isso trará legitimidade democrática aos Tribunais, constituindo o complemento da sua vinculação à lei, que estipula o art. 8.º do Código Civil. A obrigatoriedade de fundamentar as decisões judiciais (em termos compreensíveis) assegura o respeito pelos direitos individuais e a segurança das decisões.

5. CIDADANIA E JUSTIÇA

O sábado é para o Homem e não o Homem para o sábado, *mutatis mutandis*, assim também o direito é, existe por e para o povo. É, como nos ensinou Castanheira Neves, uma alternativa humana.

Mas que povo, ou melhor, que cidadãos são estes que nos aparecem como vítimas/assistentes, arguidos, testemunhas, peritos e nessas múltiplas qualidades dão vida aos processos?

É, na generalidade dos casos, em Portugal, um cidadão muito pouco informado. Parece mesmo existir um nível preocupante de desconhecimento das mais elementares regras que constituem o nosso Estado de Direito e cujo domínio é indispensável para o exercício de uma cidadania real. É comum, por exemplo, alegar-se nos tribunais portugueses que não se entendeu o significado de notificações realizadas pelos tribunais e outras autoridades.

A ignorância, a iliteracia, mata a liberdade. O indivíduo ignorante está indefeso não só perante o Tribunal como órgão de soberania, mas também perante a actuação das polícias e até, em relação ao próprio advogado que o representa, cuja actividade não controla, porque para isso era necessário que em primeiro lugar a compreendesse. E se é verdade que a criminalidade surge já associada a fenómenos de exclusão social, todavia continua por explicar a dificuldade de compreensão da justiça pela sociedade em geral.

A justiça populista impulsionada pelos *media* deve ser contrariada, quer pela divulgação de um maior número de dados sobre os resultados das decisões judiciais, quer também por uma exigência de que as reformas sejam acompanhadas de estudos sobre os previsíveis ganhos da sua implementação.

Assim, se realmente o Estado português está empenhado em acabar com a crise da justiça, eu proponho-lhe que, reformando ou não o código de processo penal ou outros, se preocupe com a preparação dos cidadãos para o serem, de pleno direito, perante a administração da justiça que é feita — não esqueçamos — em seu nome. Existe aqui um problema cultural, que ainda não foi ultrapassado, pese embora, todos os progressos alcançados.

Em síntese, a utilização e presença da retórica e da dialéctica nos processos judiciais enquanto metodologia, é um instrumento fundamental do jurista. Espero que os operadores do direito estejam cada vez mais conscientes do poder da linguagem, da importância do seu domínio, da existência de múltiplos argumentos que é próprio do direito utilizar e que podem até construir a própria prova; que os factos no processo são fruto de diferentes narrativas, de que o juiz fará a narrativa final. E por último, que a linguagem é hoje mais importante do que nunca para a compreensão do próprio mundo do direito, aos vários níveis, mesmo ao nível da decisão judicial, perante o escrutínio cada vez mais apertado a que este está sujeito por parte da sociedade.