

“NARRA-ME OS FATOS E TE DAREI O DIREITO”? UM ESBOÇO SOBRE O PROCESSO PENAL COMO METALINGUAGEM

“GIVE ME THE FACTS, I WILL GIVE YOU LAW”? AN OUTLINE OF THE CRIMINAL PROCEDURE AS METALANGUAGE

Gabriel Rodrigues de Carvalho¹

RESUMO

Buscando demonstrar a insustentabilidade, no processo penal, da dicotomia (ainda) existente entre fatos e direito, recorre-se à mais recente forma de se pensar a teoria do delito; a partir daí, intenta-se adequar o processo penal à filosofia da linguagem, lançando mão das noções processuais de instrumentalidade e objeto. Essa breve investigação desponta o início de um questionamento mais amplo: pode-se considerar o processo penal como metalinguagem?

Palavras-chave: Processo Penal. Instrumentalidade. Ação Significativa. Metalinguagem.

ABSTRACT

Seeking to demonstrate the unsustainability of the dichotomy between facts and law in criminal procedures, uses the latest way of thinking about the theory of the crime; from there, intends to adapt the criminal procedures to the philosophy of language, making use of procedural notions of instrumentality and object. This brief investigation dawns the beginning of a broader question: can consider the criminal procedures as metalanguage?

Keywords: Criminal Procedure. Instrumentality. Meaningful Action. Metalanguage.

¹ Pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal pelo Centro Universitário Curitiba. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Franciscano do Paraná. Advogado criminalista (OAB/PR).
E-mail: gabrieler.carvalho@hotmail.com

INTRODUÇÃO

Ainda muito se insiste numa dicotomia existente entre *atos* e *direito* no processo penal; seriam dois elementos extremamente diversos que se colidem dentro da dinâmica processual para, ao final, resultar numa conclusão a ser fornecida pelo julgador quando da prolação de uma sentença – ao menos é isso que se extrai do entendimento jurisprudencial e de diversos ensinamentos doutrinários.

Porém, quando se (re)pensa essa dicotomia – que se exterioriza por meio do brocardo latino *nihil factum dabo tibi ius* –, afastando-se da repetição manualística, evidencia-se um dos vários pontos em que o atual processo penal brasileiro se mostra carente de uma adequação às mais modernas formas de se pensar o Direito.

É aí que começa a investigação aqui proposta; iniciando-a com a delimitação do problema no âmbito processual penal, no qual a separação entre fatos e direito acarreta consequências em pontos relevantes, especialmente na correlação entre denúncia e sentença.

Após, o percurso proposto a se seguir em tal investigação passa pelas noções de instrumentalidade e objeto do processo penal, aliando-as, em seguida, às mais recentes doutrinas do Direito material (Direito penal), mais especificadamente ao modelo significativo de imputação.

Com isso, desponta uma incontestável relação entre Direito processual e Direito material, a qual acaba por se mostrar de grande utilidade e relevância para a crítica que aqui se põe em mesa e, porque não, questionar as efetivas pretensões do sistema punitivo como um todo coerente.

Ao final, surge a possibilidade de uma nova provocação (mais ampla e, por isso, sem qualquer intenção de se debruçar demasiado sobre), protagonizando um epílogo apresentado de forma sucinta, com o único objetivo de se instigar novos caminhos de crítica e investigação.

1 A DELIMITAÇÃO DO PROBLEMA

“Narra-me os fatos e te darei o direito” é uma máxima conhecida no direito desde os bancos da graduação; praticamente uma frase de efeito (*catchphrase*), prendendo a atenção do ouvinte, principalmente quando associada à sua expressão em latim, *nihil factum dabo tibi ius*. Porém, tal máxima carrega um ensinamento arraigado na jurisprudência, com o apoio de doutrina nada escassa na prática jurídica. Assim, não pode ser visto como um simples “brocardo”, pois o ensinamento dele derivado decide casos processuais com efeitos significativos, tais como a *emendatio libelli*.

A título de exemplo, a doutrina de Guilherme de Souza Nucci, na 13ª edição de seu “Código de processo penal comentado”, assim se manifesta:

[...] o que o juiz pode fazer, na fase da sentença, é levar em consideração o fato narrado pela acusação da peça inicial (denúncia ou queixa), sem se preocupar com a definição jurídica dada, pois o réu se defendeu, ao longo da instrução, dos fatos a ele imputados e não da classificação feita. O juiz pode alterá-la, sem qualquer cerceamento de defesa, pois o que está em jogo é a sua visão de tipicidade, que pode variar conforme o seu livre convencimento.²

Como uma das doutrinas mais vendidas no país, não se olvida que tal entendimento seja semelhante ao que decide a jurisprudência pátria majoritária, inclusive por parte do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Demonstrando o que aqui se alega, o Ministro do STJ, Sebastião Reis Júnior, no agravo regimental em Recurso Especial n. 1.256.137/PA, proferiu voto – acolhido por unanimidade – em que assim se manifestou:

[...] o juiz poderá – sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa – atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave ao fato, conforme redação determinada pela Lei n. 11.719/2008. Tal norma decorre da máxima *nihil tibi factum dabo tibi ius*, que exprime o dever do réu de se defender dos fatos, pois cabe ao juiz dizer o direito.³

Nessa mesma linha também leciona Eugênio Pacelli:

Uma vez narrado o fato na denúncia ou queixa, a consequência jurídica que dele deve extrair o seu autor, Ministério Público ou querelante, não vincula, nem poderia vincular, o juiz da causa. Narra-me o fato que te darei o direito como dizia o antigo brocado latino. Obviamente, a pena a ser aplicada não resulta da escolha do autor da ação, mas de imposição legal.⁴

² NUCCI, G. de S. **Código de processo penal comentado**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 785.

³ No caso colacionado, o recorrente fora denunciado como incurso nas sanções previstas pelos arts. 39, da Lei n. 9.605/98, 155, do Código Penal. Ao final, porém, a condenação, atribuindo ao fato nova definição jurídica, condenou-o às penas previstas no artigo 39, da Lei n. 9.605/98, e no art. 2º da Lei n. 8.176/91. Para maiores detalhes, cf. a íntegra da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?processo=1.256.137&&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 29 maio 2016.

⁴ OLIVEIRA, E. P. **Curso de processo penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 569.

Essa é, de forma breve e sucinta, a forma majoritária como doutrina⁵ e jurisprudência enxergam um ponto específico da correlação entre a sentença e a denúncia, deixando clara a existência de uma diferença entre “questões de fato” e “questões de direito”. Essa diferença, porém, não fica imune a críticas.

É nas lições de Aury Lopes Jr. que se vislumbra o maior enfrentamento à mencionada noção jurisprudencial e doutrinária dominante, a qual, para o mencionado doutrinador, “peca por reducionismo da complexidade, ainda atrelada a uma concepção simplista do processo penal, incompatível com seu nível de evolução e dos cânones constitucionais contemporâneos”⁶.

Acrescenta ainda que, “em muitos casos, a correção na tipificação legal decorre, na essência, do desenvolvimento de nova situação fática, como sói ocorrer [...] na mudança de crime doloso para culposo”⁷. Nessa base, conclui que:

É elementar que o réu se defende do fato e, ao mesmo tempo, incumbe ao defensor, também, debruçar-se sobre os limites semânticos do tipo, possíveis causas e exclusão da tipicidade, ilicitude, culpabilidade, e em toda a imensa complexidade que envolve a teoria do injusto penal. É óbvio que a defesa trabalha – com maior ou menor intensidade, dependendo do delito – nos limites da imputação penal, considerando a tipificação como a pedra angular em que irá desenvolver suas teses.⁸

Tal crítica será retomada mais adiante. No entanto, vale salientar que não é apenas no debate quanto ao art. 383 do CPP que a dicotomia aqui trabalhada desponta como relevante. Afinal, tal distinção também aparece quando da admissibilidade de recursos excepcionais, os quais, conforme Súmulas n. 7, do STJ⁹, e n. 279, do STF¹⁰, não são aptos ao “simples reexame de prova” ou, noutras palavras, ao reexame de “questões de fato”, sendo tais recursos voltados exclusivamente à análise de “questões de direito”.

Esse ponto também não fica imune de questionamentos, pois aqui também se aventa a “dificuldade ontológica para se separar fato e direito”¹¹.

⁵ Outros exemplos de obras processuais penais que caminham na mesma toada e têm semelhante destaque em vendas e utilizações na prática penal são: TOURINHO FILHO, F. da C. **Prática de processo penal**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 543 e MIRABETE, J. F. **Código de processo penal interpretado**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 982.

⁶ LOPES JR., A. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva 2014. p. 1125.

⁷ *Ibidem*.

⁸ *Ibidem*.

⁹ “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

¹⁰ “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”.

¹¹ ROCHA JR., F. de A. do R. M. **Recurso especial e recurso extraordinário criminais**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 211.

Tratando dessa dificuldade, a processualista civil Teresa Arruda Alvim Wambier afirma que, em verdade, “o fenômeno jurídico é de fato e é de direito”, sendo “impossível fazer-se esta distinção, pelo menos no plano ontológico, já que o fenômeno *direito* ocorre, de fato, no momento de *incidência* da norma, no mundo real, no universo impírico [sic]”¹².

Estando em dúvida, assim, a validade dessa distinção entre questão de fato e questão de direito – que acarreta consequências práticas em significativos pontos do processo penal – justifica-se a dedicação sobre o tema. Dedicção essa que não ignora as investigações já relacionadas à compatibilidade da mencionada dicotomia quanto a ditames fundamentais do processo penal (contraditório e ampla defesa), ou sua relevância quando do exercício do direito a recursos excepcionais. Entretanto, considerando os limites do presente trabalho, este se volta somente à possibilidade de se aventar essa separação fatos-direito.

Antes, porém, é importante deixar claro que o *locus* da investigação é apenas e tão somente o processo penal, respeitando sua “diversidade fenomenológica (e metodológica)” em relação ao processo civil, bem como suas “categorias jurídicas próprias” e sua “diversidade inerente”¹³.

Exposto o problema e delimitado o local de fala, segue-se com a delimitação do percurso possível (e coerente) a se seguir para a investigação aqui almejada.

2 O CAMINHO A PERCORRER – INSTRUMENTALIDADE E OBJETO DO PROCESSO PENAL

Buscando soluções para a mencionada problemática do processo (penal) – sempre tendo em mente a noção há muito ensinada por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, de se investigar os “fundamentos dos fundamentos”¹⁴ –, parece-nos útil ir ao cerne do Direito processual penal, e essa jornada passa por trabalhar tanto o fundamento de sua existência (instrumentalidade), quanto o seu objeto.

¹² WAMBIER, T. A. A. Questões de fato, conceito vago e a sua controlabilidade através de recurso especial. In: WAMBIER, T. A. A. (Org.). **Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 449.

¹³ LOPES JR., A. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 70.

¹⁴ Uma frase há muito repetida pelo doutrinador. Mais recentemente: “[...] é preciso repassar, sempre, os fundamentos; e os fundamentos dos fundamentos [...]”, in: MIRANDA COUTINHO, J. N. de. Por que sustentar a democracia do sistema processual penal brasileiro? **Empório do Direito**, 28 fev. 2015. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/por-que-sustentar-a-democracia-do-sistema-processual-penal-brasileiro-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/?utm_campaign=news_0404&utm_medium=email&utm_source=RD+Station&doing_wp_cron=1462724318.2395899295806884765625>. Acesso em: 8 maio 2016.

2.1 POR QUE FALAR DA INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO?

O motivo pelo qual se aduz a instrumentalidade do processo não é outro senão zelar pela coerência. Afinal, ao se criticar uma determinada questão processual, é necessário que se atente às suas bases, para que a crítica não termine por ficar isolada, carente de uma base concreta que lhe sustente.

Dito isso, ao se falar das bases próprias do processo penal, é impossível ignorar seu caráter instrumental:

Desde logo, não devem existir pudores em afirmar que o processo é um instrumento (o problema é definir o conteúdo dessa instrumentalidade, ou a serviço de que(m) ela está) e que essa é a razão básica de sua existência. Ademais, o direito penal careceria por completo de eficácia sem a pena, e a pena sem processo é inconcebível, um verdadeiro retrocesso, de modo que a relação e interação entre direito e processo é patente.¹⁵

Antes de mais nada, é importante ressaltar que exaltar essa instrumentalidade do processo penal não significa uma recusa à sua autonomia em face do Direito penal, a qual está, há muito, segura; faz-se possível, e até imprescindível, porém, dar os próximos passos a respeito desse conceito:

A acentuada visão autônoma está em vias de extinção e a instrumentalidade está servindo para relativizar o binômio direito-processo, para a liberação de velhos conceitos e superar os limites que impedem o processo de alcançar outros objetivos, além do limitado campo processual.¹⁶

É aqui que se pode vislumbrar a instrumentalidade do processo penal como um adequado ponto de partida para a solução de algumas problemáticas processuais, que são, em sua grande maioria, decorrentes de “velhos conceitos”. Está mais do que na hora de “superar os limites que impedem o processo de alcançar outros objetivos”¹⁷ e, de fato, a instrumentalidade desponta como um início adequado à essa jornada.

¹⁵ LOPES JR., A. **Fundamentos...** op. cit., p. 64.

¹⁶ Ibidem, p. 67. Essa relativização, para alguns autores, ocasiona uma mudança da visão de instrumentalidade. Nesse sentido: “Justamente por isso, a relação entre direito penal e processo penal não é apenas instrumental, mas substancial. Como ensinava Calmon de Passos, ‘não há um direito independente do processo de sua enunciação, o que equivale a dizer-se que o direito pensado e o processo do seu enunciar fazem um’”. In: QUEIROZ, P. de S. Direito processual penal. **Empório do Direito**, 9 abr. 2016. Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/direito-processual-penal/?utm_campaign=news_0904&utm_medium=email&utm_source=RD+Station>. Acesso em: 29 maio 2016.

¹⁷ LOPES JR., A. **Fundamentos...** Op. cit., p. 67

Felizmente, a importância da instrumentalidade do processo penal não é uma novidade, merecendo destaque a doutrina de Jorge de Figueiredo Dias, que ensina que:

O direito processual e o direito substantivo penal formam uma unidade, derivada da função específica que a esta extensa região do direito compete: só através do direito processual logra o direito substantivo, ao aplicar-se aos casos reais da vida, a realização ou concretização para que originalmente tende.¹⁸

Surge, pois, como função do Direito processual penal, “a regulamentação jurídica da realização do direito penal substantivo, através da investigação e valoração do comportamento do acusado da prática de um fato criminoso”¹⁹.

Trata-se do que leciona o brocado latino *nulla poena sine iudicio*: “Não existe delito sem pena, nem pena sem delito e processo, nem processo penal senão para determinar o delito e impor uma pena”²⁰; ou, noutras palavras, “o processo penal é caminho necessário para a pena”²¹.

Trata-se, assim, de “uma íntima e imprescindível relação entre delito, pena e processo, de modo que são complementares”²², relação essa também defendida por Figueiredo Dias:

Do exposto deriva que a relação entre direito penal e direito processual penal é, sob diversos pontos e vista, uma relação mútua de complementariedade funcional que, só ela, permite também concebê-los com participantes de uma mesma unidade.²³

Dessa relação mútua surge a importância de se atentar, nas investigações de problemáticas processuais, também ao Direito material (Direito Penal), fato esse também bem ventado pelo doutrinador português:

Assim, logo a conformação teleológica fundamental do direito penal substantivo exercerá uma enorme influência na concepção do direito processual penal respectivo. E não só, acrescente-se, a sua conformação fundamental: mesmo relativamente a problemas processuais os mais concretos ficam o seu sentido e a sua solução dependentes de uma certa tomada de posição da parte do direito substantivo, de tal modo que as alterações deste (mesmo mínimas) se comunicam, por vezes com força potenciada, ao direito processual penal.²⁴

¹⁸ DIAS, J. de F. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1974. p. 23-24.

¹⁹ *Ibidem*, p. 27.

²⁰ LOPES JR., A. **Fundamentos...** Op. cit., p. 62.

²¹ *Ibidem*.

²² *Ibidem*.

²³ DIAS, J. de F. **Direito...** Op. cit., p. 28.

²⁴ *Ibidem*.

A partir da instrumentalidade do processo penal, resta evidente que atentar ao Direito penal em análises processuais é de fundamental importância. Mesmo respeitando a autonomia de ambas as ciências²⁵, dá-se valor a uma necessária coerência entre esses “dois planos” do sistema jurídico que são, como visto, complementares. A instrumentalidade, no entanto, não está só nessa busca por coerência dentro dessa complementariedade.

2.2 O CASO PENAL COMO OBJETO DO PROCESSO

Outra noção que merece destaque na presente investigação é o objeto do processo penal, que seria, para alguns doutrinadores, o que se denomina de *caso penal*. Essa noção é bem trabalhada por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, que assim justifica sua escolha:

Trata-se, entenda-se bem, de encontrar uma palavra, uma expressão, adequada ao fenômeno que se dá no processo e, dessa maneira, o melhor é deixar, na medida do possível, um menor espaço à indeterminação, por natureza sempre presente. Caso penal cumpre o requisito a contento.²⁶

Para Aury Lopes Jr., o caso penal seria “o fato aparentemente punível, aquela conduta que reveste uma verossimilitude de tipicidade, ilicitude e culpabilidade. Em suma, é o *fumus commissi delicti*”²⁷. Ocorre que, para o mencionado doutrinador, o caso penal seria apenas um dos elementos (objetivo) do verdadeiro objeto do processo penal (pretensão acusatória):

não pode ser o caso penal o objeto do processo, pois sem a acusação formalizada não se constitui o suporte jurídico para que o processo nasça e se desenvolva. O objeto do processo é a acusação como um todo (logo, a pretensão acusatória), da qual o caso penal é elemento integrante (elemento objetivo)²⁸.

Entretanto, tais visões em face do objeto do processo não se excluem, como Aury Lopes Jr. mesmo faz questão de salientar:

²⁵ Sobre a autonomia do processo em relação ao direito material, insiste-se: “O que acaba de dizer-se sobre as relações entre direito penal e direito processual penal não pode infirmar ou sequer obscurecer a conclusão logo resultante da consideração inicial: trata-se ali de províncias, mas de províncias *distintas*, de um mesmo ordenamento jurídico; o processo penal é *autônomo* relativamente ao direito substantivo”. In: DIAS, J. de F. **Direito...** op. cit., p. 32-33.

²⁶ MIRANDA COUTINHO, J. N. de. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989. p. 135.

²⁷ LOPES JR., A. **Fundamentos...** Op. cit., p. 194.

²⁸ *Ibidem*, p. 195.

não há incompatibilidade, senão que a discussão remonta a uma nova dimensão, de continente e conteúdo [...]. Assim, pensamos que nossa posição pode coexistir com aquela defendida pelo autor [Jacinto Nelson de Miranda Coutinho], desde que compreendidas essas distintas dimensões de recorte.²⁹

De qualquer forma, tomando por base a pretensão acusatória como objeto do processo, a “importância do elemento objetivo”³⁰ (caso penal) é inegável, primordialmente na investigação que aqui se propõe.

Nessa noção de caso penal como componente do objeto do processo (pretensão), desponta a regra aqui posta em discussão referente à dicotomia fatos-direito:

Para [Jaime] Guasp e os seguidores dessa corrente, o fato que compõe a pretensão é o *natural – factae nuda* – visto como a soma de acontecimentos concretos, históricos, despidos da qualificação jurídica. O que importa é a identidade do fato histórico, individualizado em sua unidade natural e não jurídico-penal. Nessa linha, segue o sistema brasileiro o princípio *jura novit curia* amparado pela regra do *narra mihi factum dabo tibi jus* – ao acusador cabe narrar o fato, para que o juiz diga o direito aplicável.³¹

Prontamente Aury Lopes Jr. aventa sua crítica (já mencionada), afirmando que “a dicotomia entre fato natural e qualificação jurídica é, em termos processuais, ingênua e perigosa”, assim concluindo:

É ingenuidade, senão até reducionismo interesseiro, afirmar que o réu se defende dos fatos naturais, mas que, no entanto – e aqui reside o problema –, o juiz poderá dar ao fato a definição jurídica que lhe pareça mais adequada, como prevê nosso mofado art. 383 do CPP. Mesmo tendo sido alterado pela Lei n. 11.719/2008, a lógica (superada) continua a mesma: a ingênua (?) crença de que o réu se defende dos fatos, podendo o juiz dar a eles a definição jurídica que quiser, sem nenhum prejuízo-para a defesa... Ora, isso é uma visão bastante míope da complexidade que envolve a defesa e a própria fenomenologia do processo penal.³²

Diante de tais fatos, além da instrumentalidade do processo penal, o fato desse ter como objeto (ou como elemento do objeto) o “caso penal”, permite verificar que recorrer ao Direito material numa investigação processual não é, nem de longe, equivocado. Pelo contrário.

Se o Direito processual penal é um instrumento para a realização do Direito penal, e tem como objeto (ou ao menos elemento fundamental que o compõe) o próprio “caso

²⁹ Ibidem, p. 181, na nota de rodapé número 4.

³⁰ Ibidem, p. 194.

³¹ Ibidem, p. 195.

³² Ibidem.

penal”, como visto anteriormente, a complementariedade entre essas duas faces de uma mesma moeda merece atenção, ganhando especial relevância quando se investiga a dicotomia entre questões de fato e de direito.

Em verdade, é justamente dessa complementariedade que surge a imprescindível necessidade de se questionar se tal dicotomia é, de fato, possível.

3 PROCESSO PENAL E O MODELO SIGNIFICATIVO DE IMPUTAÇÃO

Como aqui muito se insiste, o Direito penal merece, sim, atenção, mesmo quando se está em mesa uma investigação processual. Afinal, mesmo sendo “dois panos verdadeiramente distintos no sistema jurídico”, “estão relacionados pela unidade de objetivos sociais e políticos”³³. Principalmente quando a problemática em tela é a dita dicotomia fatos-direito dentro do processo, que, como visto, tem como (elemento objetivo do) objeto do processo penal o caso penal.

Assim, é perfeitamente possível analisar como o Direito material trata, atualmente, desse fato aparentemente punível para, de forma coerente com o sistema punitivo como um todo, elaborar a crítica que aqui se introduz.

A dogmática penal, em especial no que tange a teoria do delito, transformou-se radicalmente ao passar dos anos, encontrando, nos dias mais recentes, uma opção majoritária “pelos sistemas funcionalistas”³⁴. Entretanto, tem-se percebido um ímpeto voltado a uma nova mudança de paradigmas, em decorrência de

um esgotamento da perspectiva de sistema punitivo proposto, já que o reconhecimento da estrutura social baseada na dialética de *classes sociais* já se transferira para um passo adiante, exigindo novos câmbios sociais e, certamente, um novo esforço teórico correspondente.³⁵

A sociedade do século XXI, diversamente daquela em que se estruturaram as teorias funcionalistas, se caracteriza “por ser uma sociedade de *consumo* e de *comunicação*”³⁶; as próprias relações sociais se alteraram, assumindo uma dinâmica pautada na inclusão/exclusão pelo consumo e pela velocidade/volume de informações transmitidas e obtidas. Com isso:

A validação das normas passa a depender da justificação pelo contexto, pela expressão de comunicação de um sentido que as torne válidas para um grupamento humano

³³ LOPES JR., A. **Fundamentos...** Op. cit., p. 67.

³⁴ BUSATO, P. C. **Direito penal:** parte geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 246.

³⁵ *Ibidem*, p. 247.

³⁶ *Ibidem*.

determinado. E é justamente a realização dessa *ponte* entre o ser e o dever ser que insere o direito enquanto expressão linguística.³⁷

Daí surge a Filosofia da Linguagem como base da reformulação exigida do Direito em prol da atualidade social; no que tange o Direito penal, essa reformulação vem se concretizando a partir da aceitação e difusão de um *modelo significativo de imputação*. Nessa reformulação, reconhecem-se as insuficiências dos sistemas ontológicos de imputação, sem recair em um modelo diametralmente oposto de absoluta normatização³⁸:

É óbvio que não é possível desprezar o componente ontológico completamente, porque este interfere de modo necessário no próprio sentido de aplicabilidade da norma, bem assim, é igualmente óbvio que esse condicionamento é também bilateral, posto que a norma interfere no sentido da realidade. Não há, em verdade, uma subordinação, que os dois pontos de vista pretenderam, do ontológico ao axiológico ou vice e versa. O que há é uma perspectiva holística, de mútua interferência, estabelecida através de um processo de comunicação de sentido, este sim, campo sobre o qual se constrói – aliás, sempre se construiu – a pretensão de validade do sistema punitivo em face das condutas humanas.³⁹

Essa pretensão de validade, construída racionalmente por meio de um processo comunicativo, é o elemento fundamental pelo qual se faz possível concluir, a partir do Direito penal, a impossibilidade da dicotomia entre questões de fato e questões de direito ainda predominante no Direito processual penal.

Afinal, sendo o processo penal um instrumento de realização e efetivação do Direito material, e tendo como objeto o fato aparentemente punível, não se pode simplesmente dar as costas ao mais moderno modelo de imputação, mantendo-se incoerente a ele.

Essa incoerência resta demonstrada quando o modelo significativo de imputação não se coaduna com o entendimento doutrinário e jurisprudencial majoritário.

Retorna-se, como exemplo, a visão extraída da obra de Nucci⁴⁰, que, como visto, defende uma dita “visão de tipicidade” do julgador, a qual poderia “variar conforme o seu livre convencimento”, autorizando a mudança da classificação jurídica de uma determinada imputação quando da prolação da sentença; tudo com base na defendida dicotomia entre os fatos e o direito.

³⁷ Ibidem, p. 248.

³⁸ Nesse sentido: “Percebe-se que, conquanto haja inegável insuficiência nas ancoragens em determinantes ontológicas tal como proposto por Welzel, a solução de tais insuficiências não advém de uma igualmente radical migração para a absoluta normatização do sistema, especialmente se adotada através do recurso simplista proposto por Jakobs de submeter a estrutura punitiva à norma posta, como decisão autolegitimada”. In: BUSATO, P. C. **Direito penal**: parte geral... Op. cit., p. 249.

³⁹ Ibidem, p. 249-250.

⁴⁰ NUCCI, G. de S. **Código de processo**... Op. cit., p. 785.

A dita (in)compatibilidade se constata quando essa visão se choca frontalmente ao conceito de “tipo de ação”, fundamental no modelo significativo aqui trabalhado:

O modelo significativo da teoria do delito irá propor uma aproximação também entre essas duas categorias [ação e tipo], embora ancorada já não em uma mera adição, mas em uma simbiose derivada do modelo de interpretação comunicativa em que se alicerça a teoria de base aqui oferecida. A categoria fundamental de qual parte a organização do sistema de atribuição de responsabilidade penal, então, não é somente a conduta, nem o tipo, nem a conduta típica, mas o tipo de ação, que representa uma pretensão de relevância, ou seja, que pretende a identificação da situação concreta relevante para o direito penal, ou seja, de que a ação ou omissão realizada seja uma daquelas que pertencem ao âmbito de interesse do Direito penal.⁴¹

Essa noção de “tipo de ação”, que no Brasil é bem trabalhada por Paulo César Busato, provém dos estudos do espanhol Tomás Salvador Vives Antón, o qual propõe “a reordenação das categorias do delito segundo uma perspectiva que arranca da relação descrita entre norma e ação”⁴² (sem rechaçar “as categorias do delito tradicionalmente conhecidas, propondo tão só um câmbio de perspectivas de sua composição”⁴³).

Nessa relação, caracterizada pelo “tipo de ação”, torna-se impossível aduzir, no processo penal, qualquer noção que separe drasticamente questões de fato e questões de direito.

Afinal, no modelo significativo, a conduta punível depende, invariavelmente, de seu significado social⁴⁴ extraído do tipo. É novamente nas lições de Busato que essa questão se mostra clara:

A ação é independente do tipo, mas não é independente de seu sentido social. O tipo tampouco é independente de seu significado social. Assim, pode-se dizer que desde o ponto de vista do interesse jurídico-penal, tipo e ação estão unidos sobre o sentido comum de controle social.

[...]

⁴¹ BUSATO, P. C. **Direito penal**: parte geral... Op. cit., p. 267.

⁴² *Ibidem*, p. 257. Aqui também se verifica que, para Vives Antón, essa relação “se resume, segundo seu ponto de vista, no reconhecimento do que ele chama de ‘liberdade de ação’”, noção fundamental para o modelo significativo de imputação.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ Cf.: “[...] o reconhecimento da ação deriva da expressão de sentido que uma ação possui. A expressão de sentido, contudo, não deriva das intenções que os sujeitos que atuam pretendam expressar, mas do ‘significado que socialmente se atribua ao que fazem’. Assim, não é o fim mas o significado que determina a classe das ações, logo, não é algo em termos ontológicos, mas normativos”. BUSATO, P. C. **Direito penal**: parte geral... op. cit., p. 253.

A conclusão é de que não existe um conceito geral de ação que autorize qualificá-la como um elemento independente na estruturação da teoria do delito, pelo que, evidentemente, o centro de sua estruturação não parte de um conceito geral de ação, mas da teoria do tipo, ou mais precisamente do tipo de ação.⁴⁵

Em resumo, “a ação exerce uma função de dar sentido ao tipo, ou seguindo a proposta dogmática Vives, de dotar de pretensão de relevância o *tipo de ação*”⁴⁶.

Se os sistemas de imputação finalistas, e aqueles anteriores a eles, justificavam a existência de mundos distintos que compreendem, separadamente, os fatos (ontológico) e o direito (normativo), o que se tem de mais moderno no Direito penal impede essa visão.

Por via de consequência, essa visão se torna equivocada também no processo penal, diante da relação de complementariedade existente entre direito material e direito processual, conforme mencionado anteriormente.

Tanto é verdade que, embora não elaborada especificadamente para o processo penal, como aqui se intenta, a crítica já trabalhada de Teresa Arruda Alvim Wambier se coaduna perfeitamente com a noção de *tipo de ação*.

A excepcional processualista civil, como visto, leciona que o “fenômeno jurídico” é tanto de fato quanto de direito, ou seja, convivem mutuamente, defendendo a impossibilidade dessa drástica distinção no plano ontológico, “já que o fenômeno *direito* ocorre, de fato, no momento de *incidência* da norma, no mundo real”⁴⁷.

De igual forma leciona Busato, em doutrina já colacionada neste artigo, ao aventar a “perspectiva holística” do modelo significativo de imputação, na qual se constata uma “mútua interferência” entre o ontológico e o axiológico, “estabelecida através de um processo de comunicação de sentido”⁴⁸:

Resulta que o direito também *existe*, ou ao menos, *se valida*, em sua própria aplicação, ou seja, em uma fórmula dinâmica e não estática. O direito não é uma fotografia, mas sim um filme. Desse modo, é possível afirmar que não existe uma correção *a priori* do direito, posto que a validade das normas jurídicas (e a consequente correção das decisões nela baseadas) só pode ser afirmada em face do caso concreto, através de um processo argumentativo, onde o produto final deriva da possibilidade de consenso entre os interessados sobre uma dimensão de sentido.

⁴⁵ BUSATO, P. C. **Direito penal e ação significativa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 193.

⁴⁶ BUSATO, P. C. **Direito penal e ação**... Op. cit., p. 214.

⁴⁷ WAMBIER, T. A. A. **Questões de fato, conceito**... Op. cit., p. 449.

⁴⁸ BUSATO, P. C. **Direito penal**... Op. cit., p. 249-250.

Com essa doutrina a respeito do fenômeno de imputação, parece demonstrada a impossibilidade de, por meio de um pretense “livre convencimento”, o juiz alterar a classificação jurídica de uma acusação a seu bel prazer, independentemente de uma reação das partes (em especial da defesa do réu), como se o direito fosse uma simples escolha que pode ocorrer “livremente” na mente do julgador, dissociada dos fatos em si.

Noutras palavras, a classificação jurídica de um crime não está simplesmente associada à narrativa fática constante na denúncia. Em verdade, a classificação jurídica convive mutuamente com o próprio fato posto em debate no processo penal, pois, segundo o modelo significativo de imputação, conduta e tipo convivem entrelaçadamente.

Não haveria, assim, essa dicotomia pregada pela doutrina tradicional e pela jurisprudência majoritária. Porém, salienta-se: essa breve crítica se limita ao processo penal, ante sua intrínseca relação com o Direito penal e, conseqüentemente, com as modernas tendências sobre a teoria do delito.

Assim, essa breve exposição busca apenas aventar que um sistema punitivo coerente não autoriza a reiterada aplicação do axioma *nihifactum dabo tibi ius*, sendo perfeitamente possível que se recorra ao Direito penal para corroborar as inúmeras críticas já existentes a esse instituto – e não só, diga-se. Afinal, quando essa “relação mútua de complementariedade funcional” se mostra de grande utilidade, surge a possibilidade de se começar a pensar grande; pensar numa coerência entre Direito penal e Direito processual penal que traga a todo o sistema punitivo, de maneira racional e moderna, uma efetiva pretensão de justiça.

4 EPÍLOGO: PROCESSO PENAL COMO METALINGUAGEM?

A crítica à dicotomia entre “questões de fato” e “questões de direito” aparece como apenas uma parcela das imensas contribuições que uma atenta observação à relação entre Direito material e Direito processual podem ocasionar no sistema punitivo como um todo⁴⁹. Em verdade, essa investigação instiga ir além.

⁴⁹ Outra contribuição fornecida por essa íntima relação entre direito processual e direito material penal que merece ganhar destaque se verifica em PASCHOAL, J. C. **O prejuízo e as nulidades processuais penais: um estudo à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 16-17: “O estudo de qualquer instituto jurídico processual penal não pode prescindir da análise do direito penal, já que o processo nada mais é que um instrumento para uma possível e eventual concretização do direito penal, que não serve só para a punição, mas, sobretudo, para proteger e resguardar direitos e liberdades. É imprescindível tratar do direito material penal, mesmo porque seria de pouca utilidade afirmar – mormente em matéria de nulidades, que tem íntima conexão com as formas jurídicas – que o processo é um instrumento destinado a um fim (ou melhor: a alguns fins) se não se sabe muito bem ao certo qual(quais) seria(m) esse(s) fim(ns)”.

Afinal, se o modelo significativo de imputação é o que se tem de mais moderno na teoria do delito, o processo penal pode (e deve) se aproveitar do ímpeto doutrinário que lhe envolve e, de igual forma, adequar-se às modernas noções provenientes da Filosofia da Linguagem.

Essa adequação se prega não apenas pela coerência de um sistema punitivo que compreende Direito material e Direito processual⁵⁰, mas também pelos próprios benefícios oriundos dessa base epistemológica.

Isso porque “o conceito significativo de ação é um conceito que faz parte de uma estrutura dogmática e que encontra paralelo na moderna Filosofia da Linguagem e em uma Política criminal humanista”⁵¹; assim, por um processo penal mais humanista, nenhum esforço a mais é exagero.

Para Busato, essa pretensão deriva, no modelo significativo de imputação, de uma “substituição das certezas científicas pelo significado social”, além do reconhecimento de um “modelo teórico a partir do modo de desenvolvimento das relações humanas”⁵²:

[...] a perspectiva do *significado* aproxima gradamente a dimensão científica da dimensão forense, por vezes levando à inevitável conclusão de que desde sempre os processos de imputação buscaram a tradução do *justo* como expressão de sentido e jamais encontraram nos modelos ontológicos ou normativos de estruturação do sistema punitivo algo que respondesse logicamente essa aspiração. Pela primeira vez, o homem se aproxima de uma estrutura que guarda simultaneamente coerência lógica e abriga a dimensão do *justo*.⁵³

Enquanto a “coerência lógica” encontra abrigo nos ensinamentos de Ludwig Wittgenstein e Jürgen Habermas, a “dimensão do justo” se caracteriza por uma pretensão de justiça.

Assim continua o mencionado doutrinador:

Vives [Tomás Salvador Vives Antón] entende que, em um momento dado, a dogmática penal se equivocou e trocou uma correta pretensão de *justiça*, que deveria acompanhar suas formulações conceituais para adotar uma pretensão de verdade. Assim, a proposta é voltar à ideia de que a dogmática é tão somente um modo de argumentar e não uma ciência; para, em seguida, propor com os valores de que a norma pretende ser expressão, quer dizer, de *Justiça*.⁵⁴

⁵⁰ É possível incluir aqui, também, a execução penal. Nesse sentido, cf.: “Afinal, direito penal, processo penal e execução penal constituem momentos de um mesmo fenômeno, que é a concretização e o exercício do poder punitivo estatal, destinados a legitimar/deslegitimar uma forma especial de violência: a pena, a qual pode variar de uma simples multa à pena de morte, que é uma espécie de assassinato legal”. QUEIROZ, P. de S. Direito processual penal... Op. cit.

⁵¹ BUSATO, P. C. **Direito penal e ação**... Op. cit., p. 154-155.

⁵² *Ibidem*, p. 160.

⁵³ *Id.* **Direito penal**: parte geral... Op. cit., p. 260.

⁵⁴ *Id.* **Direito penal e ação**... Op. cit., p. 194.

Isso porque o “resultado prático da aplicação da norma jurídica é a produção de justiça e não de verdade”, o que se faz possível na “conjugação de tópica e silogismo, sob a égide da relação entre fato e norma”⁵⁵ (diz-se *relação*, e não *separação*, nunca é demais ressaltar).

Rechaçar pretensões de verdade, como se sabe, é uma missão antiga do processo penal que defende um sistema efetivamente acusatório.

Nesse sentido, por exemplo, apresentam-se as críticas ao mito da “verdade real”, que ainda se vislumbra em diversos julgados e em algumas doutrinas. Uma dessas críticas vê esse mito como uma “empulhação ideológica que serve para *acalmar* a consciência de acusadores e julgadores”⁵⁶.

Adveio, assim, a noção de *verdade processual* (ou formal, que substituiria a mitológica verdade real), a qual, porém, também recebeu críticas da doutrina mais atual:

Além de inalcançável, tampouco existem verdades absolutas, como a própria ciência encarregou-se de demonstrar, pois todo o saber é datado e tem prazo de validade (Einstein). Uma teoria só vale até que outra venha para negá-la. Logo, a verdade está no todo e o todo é excessivo, jamais pode ser alcançado pelo homem.⁵⁷

Com isso, nega-se que a *função* do processo penal seja alcançar a verdade (característica típica de um sistema inquisitório), ainda que essa possa surgir, eventualmente:

A verdade assim é contingencial e a legitimação da decisão se dá através da estrita observância do contraditório e das regras do devido processo. São essas regras que, estruturado o ritual judiciário, devem proteger do decisionismo e também do outro extremo, onde se situa o processo inquisitório e sua verdade real.⁵⁸

Parece claro que essa posição é, de fato, adequada com a pretensão de justiça que o Direito penal possui ao assumir para si um modelo significativo de imputação.

⁵⁵ Ibidem, p. 196.

⁵⁶ ROSA, A. M. da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 177.

⁵⁷ LOPES JR., A. **Direito...** Op. cit., p. 584-585.

⁵⁸ Ibidem, p. 591.

Assim, a Filosofia da Linguagem como base epistemológica, tanto da teoria do delito quanto do processo penal, traria uma coerência ao sistema punitivo como um todo e, o que seria mais importante: dá a todo esse sistema pretensões de justiça, essenciais num Estado Democrático de Direito⁵⁹. Afinal:

As teorias da argumentação e da comunicação possibilitaram uma mudança de ponto de vista desde as aspirações do próprio direito, no sentido de, por um lado, trocar a pretensão de verdade por uma pretensão de justiça e, de outro, permitir a confluência de aspectos normativos e ontológicos sob a medida da comunicação de um sentido.⁶⁰

Porém, como se daria a efetivação dessa mútua relação complementar, que aparenta ter tantas utilidades para um sistema punitivo adequado à Constituição? Pela opção da base epistemológica já mencionada, é possível dizer que o ponto de partida é a linguagem.

A crítica aqui elaborada tornou possível constatar que o crime, em si, é linguagem, por ser uma conduta percebida e interpretada.

[...] a categoria de ação deve ser identificada através de sua interpretação social, através da comunicação, da linguagem, em definitivo, do sentido que possui. Na verdade, as ações não são eventos, mas sim interpretações que podem ser dadas ao comportamento, a partir de diferentes tipos de regras sociais.⁶¹

Mas não só, eis que o processo também é uma atividade de construção que se dá pela linguagem:

[...] é na linguagem que se instaura a ação, do mesmo modo que é na linguagem que se estabelece o sentido. A linguagem serve como garantia democrática, uma vez que a própria democracia pressupõe a compreensão de vários interesses e o alcance do consenso. Nesses casos, e em quase todos os outros, a linguagem tem função especial, mas ela deve ser clara e acessível (*Everything that you can be said, can be said, clearly*. Wittgenstein), de maneira a não ser utilizada como ação estratégica. A dialética comunicacional de responsabilidade/imputação que se almeja democrática no ambiente processual

⁵⁹ É preciso ao afirmar que: “depois do *Linguistic turn*, como parece indubitável, sobra pouco para continuar investindo na verdade da forma como se fez até então ou, melhor dizendo (dado que a resistência e tenaz), até agora”. Cf.: COUTINHO, J. N. de. M. Por que sustentar a democracia do sistema processual penal brasileiro?... Op. cit.

⁶⁰ BUSATO, P. C. Bases de uma teoria do delito a partir da filosofia da linguagem. **Direito e Liberdade**, Natal, v. 14, n. 1, jan./jun. 2012. p. 245.

⁶¹ BUSATO, P. C. **Direito penal e ação...** Op. cit., p. 149. Outra posição que leciona no mesmo sentido, tendo como base de investigação o processo penal, é a de QUEIROZ, P. de S. Direito processual penal... Op. cit. que, parafraseando Nietzsche, afirma: “[...] rigorosamente falando não existem fenômenos criminosos, mas uma interpretação criminalizante dos fenômenos. Consequentemente, não existem fenômenos típicos, antijurídicos, culpáveis e puníveis, mas uma interpretação tipificante, antijuridizante, culpabilizante e punibilizante dos fenômenos”.

penal, onde as interações se interligariam, deve pressupor alcançar “procedimentos de entendimentos não violentos”.⁶²

Com isso, se o processo penal que abandona pretensões de verdade “tem uma finalidade retrospectiva, em que, através das provas produzidas em contraditório, pretende-se criar condições para a atividade recognitiva do juiz acerca de um fato passado”⁶³, e se esse fato passado deve ser identificado, como visto, “através da comunicação, da linguagem, em definitivo, do sentido que possui”, então seria possível falar em uma verdadeira *metalinguagem*.

Para tanto, importa salientar que “processos metalinguísticos não são [...] exclusivos da literatura”⁶⁴, eis que, “enquanto extensão conceitual, *linguagem* acerca de *linguagem* refere-se a tudo desde que o homem é um animal simbólico, o ser da fala”⁶⁵.

Mas, o que seria a metalinguagem? Trata-se do fenômeno em que “a linguagem fala da linguagem, voltando-se para si mesma”⁶⁶, ou, noutras palavras, de

uma leitura relacional, isto é, mantém relações de pertença porque implica sistemas de signos de um mesmo conjunto onde as referências apontam para si próprias, e permite, também, estruturar explicativamente a descrição de um objeto.⁶⁷

Diz-se leitura, pois tal ação não se restringe a olhar e apreender palavras de um determinado texto. Em verdade, “o simples olhar ao redor implica em um gesto de leitura do mundo”⁶⁸:

Ora, considerar assim a relação do ser humano com o mundo, como um ato de leitura, é generalizar demais! Tudo, então, reduz-se ao ato de leitura? Diria antes: tudo amplia-se

⁶² BRITTO, C. A. S. Processo penal comunicativo: uma abordagem filosófica habermasiana para o processo penal. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 21., 2012, Uberlândia. **Anais do Encontro Nacional do Conpedi**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. p. 11220. No mesmo sentido, cf.: AZEVEDO, B. M. V. de. Ensaio sobre uma teoria geral dos atos de comunicação no processo penal brasileiro e uma breve análise da teoria da ação comunicativa habermasiana. **Revista Eletrônica do CEAf**, Porto Alegre, v. 1, n. 2, fev./maio 2012. p. 3: “[...] o próprio processo penal deve ser entendido enquanto processo de linguagem. Num só termo, em dias atuais, quando se assiste à crise do direito, da democracia e do processo penal, a linguagem, a nosso ver, é a última estratégia da qual o Estado pode lançar mão para (re)legitimar o processo e a decisão produzida por esse”. Ressalta-se, porém, que o autor entende, no mencionado texto, que o processo “sobleva uma verdade construída” pela linguagem. Porém, qualquer noção de verdade que não seja mais do que contingencial, como visto, deve ser vista com ressalva.

⁶³ LOPES JR., A. **Direito...** Op. cit., p. 590.

⁶⁴ WALTY, I.; CURY, M. Z. **Textos sobre textos**: um estudo da metalinguagem. Belo Horizonte: Dimensão, 1999. p. 22.

⁶⁵ CHALHUB, S. **A metalinguagem**. São Paulo: Ática, 1986. p. 8.

⁶⁶ WALTY, I.; CURY, M. Z. **Textos sobre...** Op. cit., p. 12.

⁶⁷ Ibidem.

⁶⁸ CHALHUB, S. **A metalinguagem...** Op. cit., p. 6.

no ato de leitura que, por sua vez, implica sempre relações entre um e outro, porque ambos constituem-se como linguagem.⁶⁹

Essa visão é típica da Filosofia da Linguagem, adequando-se perfeitamente à base epistemológica do modelo significativo de imputação e, conseqüentemente, a um processo penal assim embasado.

Quando atua (como instrumento), o processo penal tem como objeto o caso penal; uma conduta a ser interpretada ou, noutras palavras, *lida*. Tratar-se-ia, então, do “gesto que lê desvendando o objeto – é uma operação de conhecimento, e sua tradução em linguagem, a tentativa de dizer dele, sobre ele, com ele: como é o que é, ou, como é o seu ser”.

Assim, um processo penal que abandona pretensões de verdade, substituindo-a por pretensões de justiça, atuaria como metalinguagem; trata-se da linguagem processual discorrendo sobre a linguagem da imputação, num processo metalinguístico.

Não se trata de mera nomenclatura, nem mesmo de mera abstração teórica carente de efeitos concretos. Trata-se de ir no “fundamento do fundamento” em prol da justiça como pretensão do processo penal, o que acarretaria em diversas conseqüências, desde os princípios⁷⁰ e fins do processo até as teorias da nulidade e da decisão jurídica.

Obviamente, nesse curto espaço, intenta-se apenas propor o tema, instigar a investigação, a crítica, a discussão, sem nenhuma intenção de se esgotar, aqui, a proposta. Daí a razão de ser de um simples epílogo. Os próximos capítulos, espera-se, ainda estão por vir.

⁶⁹ Ibidem.

⁷⁰ Essa coerência entre os princípios penais e processuais penais recebe especial atenção da doutrina. Nesse sentido: “Possivelmente o mais importante é que os princípios devem incidir de modo unitário, porque os princípios penais são princípios processuais penais e vice-versa. A vedação da prova ilícita e o princípio do juiz natural, por exemplo, não são senão o princípio da legalidade penal, embora com outro nome. E os princípios da intranscendência, *nemo tenetur se detegere* e *ne bis in idem* têm repercussão penal, processual penal e executória”. QUEIROZ, P. de S. Direito processual penal. **Empório do Direito...** Op. cit.. Na mesma toada leciona BUSATO, P. C. **Direito penal...** Op. cit., p. 38-39: “É fundamental ter em mente que todo o sistema jurídico penal partilha dos mesmos princípios e das mesmas limitações em face das garantias fundamentais das pessoas. O Direito penal, o processo penal e as leis de execuções penais devem ter diretrizes comuns e devem ser submetidas a um filtro comum de garantias”.

CONCLUSÃO

A crítica acadêmica, usualmente, surge para provocar, instigar; essa é sua função primordial. A questão a respeito da dicotomia entre questões de fato e questões de direito é um ponto que merece atenção dessa crítica, diante das repetições jurisprudenciais e doutrinárias de um brocado latino que carrega nada mais do que uma antiquada visão acerca do processo penal como um todo.

Exposta a incoerência dessa dita dicotomia em face da relação entre Direito processual penal e Direito penal (sem a intenção de se esgotar, aqui, as investigações, diga-se), o caminho percorrido revela que se faz necessário dar a devida atenção a essa conexão, principalmente quando é no Direito material que se verifica a assunção do que se tem de mais moderno: a atenção às inovações provocadas pela Filosofia da Linguagem.

Que essa provocação acadêmica, porém, estenda-se. Não há razões para, também no processo penal, não se tomar os mesmos rumos que a teoria do delito, assumindo as teorias da argumentação como uma importante base epistemológica. Carlos Drummond de Andrade, ao escrever o poema “Procura da poesia”, já há muito convidara a penetrar “surdamente no reino das palavras”.

Até quando o Direito processual penal negará tal convite?

BIBLIOGRAFIA

AZEVEDO, B. M. V. de. Ensaio sobre uma teoria geral dos atos de comunicação no processo penal brasileiro e uma breve análise da teoria da ação comunicativa habermasiana. **Revista Eletrônica do CEAf**, Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 1-15, fev./maio 2012.

BRITTO, C. A. S. Processo penal comunicativo: uma abordagem filosófica habermasiana para o processo penal. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 21., 2012, Uberlândia. **Anais do Encontro Nacional do Conpedi**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. p. 11197-11222.

BUSATO, P. C. Bases de uma teoria do delito a partir da filosofia da linguagem. **Direito e Liberdade**, Natal, v. 14, n. 1, p. 241-264, jan./jun. 2012.

_____. **Direito penal e ação significativa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Direito penal: parte geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CHALHUB, S. **A metalinguagem**. São Paulo: Ática, 1986.

COUTINHO, J. N. de. M. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989.

_____. Por que sustentar a democracia do sistema processual penal brasileiro?

Empório do Direito, 28 fev. 2015. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/por-que-sustentar-a-democracia-do-sistema-processual-penal-brasileiro-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/?utm_campaign=news_0404&utm_medium=email&utm_source=RD+Station&doing_wp_cron=1462724318.2395899295806884765625>. Acesso em: 8 maio 2016.

DIAS, J. F. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1974.

LOPES JR., A. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva 2014.

_____. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2015.

MIRABETE, J. F. **Código de processo penal interpretado**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NUCCI, G. de S. **Código de processo penal comentado**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, E. P. **Curso de processo penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PASCHOAL, J. C. **O prejuízo e as nulidades processuais penais: um estudo à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

QUEIROZ, P. de S. Direito processual penal. **Empório do Direito**, 9 abr. 2016. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/direito-processual-penal/?utm_campaign=news_0904&utm_medium=email&utm_source=RD+Station>. Acesso em 29 mai. 2016.

ROCHA JR., F. de A. do R. M. **Recurso especial e recurso extraordinário criminais**. São Paulo: Saraiva, 2013

ROSA, A. M. da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

TOURINHO FILHO, F. da C. **Prática de processo penal**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

WALTY, I.; CURY, M. Z. **Textos sobre textos**: um estudo da metalinguagem. Belo Horizonte: Dimensão, 1999.

WAMBIER, T. A. A. Questões de fato, conceito vago e a sua controlabilidade através de recurso especial. In: WAMBIER, T. A. A. (Org.). **Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 428-463.