

**EXPECTATIVA,  
SENSO COMUM E  
DECISÃO (UMA  
INCURSÃO TEÓRICA  
A MONTANTE  
DA MORAL)  
EXPECTATION,  
COMMON SENSE AND  
DECISION  
(AN INCURSION INTO  
THE THEORETICAL  
AMOUNT OF MORAL)**

*Rui Cunha Martins<sup>1</sup>*

Resumo

O senso comum, entronizado no Direito como opinião pública, forma uma lógica social tutelada por uma estética da *communis opinio*, que se dirige a decisão jurídica. Procura-se neste panorama uma verdade que sirva de confirmação do que já se sabe por antecipação dentro do processo jurídico. O processo e a celeridade processual, assim, são investigados à luz desta realidade complexa.

Palavras-chave: Processo. Senso Comum. Evidência. Decisão. Verdade

*Abstract*

*The common opinion, enthroned in law as public opinion, forms a social logic tutored by an aesthetic of communis opinio, which addresses the legal decision. Looking at this view a truth that serves as confirmation of what is already known in advance within the legal process. The process and speed of the procedure, thus, are investigated on this complex reality.*

*Keywords: Process. Common Opinion. Evidence. Decision. Truth.*

A quem se dirige, hoje, o processo penal quando pretende colocar-se sob o signo da celeridade? Às expectativas. Dirige-se a determinado quadro de expectativas. E de quem fica refém esse mecanismo de estabilização normativa que é o direito sempre que, acossado por operadores que disputam em novos moldes a sua área político-funcional de actuação, opta por embarcar em lógicas estranhas ao seu código genético, ou, ao invés, por crispar a sua posição em torno de uma nostalgia da ordem perdida? Das expectativas. Em ambas as hipóteses, fica refém das expectativas – sociais, processuais, normativas, ou outras. À imagem da política, também o direito é, em maior ou menor

---

<sup>1</sup> Professor da Universidade de Coimbra. Membro da comissão de supervisão do Doutoramento em Altos Estudos Contemporâneos da Universidade de Coimbra.

grau, sensível às sinaléticas e às pressões expectantes que, do exterior, lhe solicitam um desempenho. Ora, os sistemas da expectativa movem-se na esfera do desejo. Os mecanismos sociais, epistêmicos ou processuais são aí, sempre, por definição, *potenciais máquinas desejantes*.

O dispositivo probatório comporta, em termos funcionais, um duplo mecanismo: uma *maquinaria processual das convicções* e uma *maquinaria processual das expectativas*. Manda o cânone que só a primeira conte. Mas ela, na sua dinâmica, move também a segunda. Move-se com ela. Em rigor, operam em conjunto, ou, o que é dizer mais, derramam a respectiva matéria no sistema uma da outra. Compreensivelmente, derramam também os elementos de contágio que cada uma delas produz. Em termos de processo probatório, direi assim: a maquinaria produtora das convicções é o mecanismo onde, em matéria de contaminação, o risco de uma “evidência apressada” (isto é, de uma matéria probatória que tende a satisfazer-se com meros indicadores de

plausibilidade e que aspira a subtrair-se ao contraditório)<sup>2</sup> se manifesta a nível interno, correspondendo a uma contaminação da prova por dentro, interna à fronteira jurídica classicamente entendida; já a maquinaria agenciadora das expectativas é o mecanismo responsável por movimentos daquele tipo de “evidência apressada” a partir do exterior, correspondendo a uma contaminação da prova vinda de fora para dentro daquela putativa fronteira jurídica. Em outro local abordei já o que me parecem ser os aspectos salientes daquele modo de contaminação interno associado à operação da convicção (Martins, 2010, p. 21-49). Interessa-me agora ver o que se passa, entretanto, do lado da maquinaria processual das expectativas.

Avanço a minha pré-compreensão. A sociedade moderna, que, segundo alguns, organizou espontaneamente a estabilidade sócio-normativa – isto é, que foi

---

<sup>2</sup> Utilizo aqui o termo *evidência* no sentido dado à expressão em (Gil, 1996).

encontrando maneira de prover às expectativas –, parece hoje entregar-se a uma tarefa de reinvenção dessa estabilidade, e, por arrasto, da própria noção de expectativa. Uma tarefa que, sendo embora encarada, por vezes, como mero reflexo de uma estética desestabilizadora supostamente cultivada pela actualidade, me parece mais corresponder a um esforço de reposicionamento perante desafios emergentes na contemporaneidade (em especial o acréscimo de complexidade) e à consequente necessidade de reavaliação do quadro de mecanismos normalizadores disponíveis para lhes dar resposta (um dos quais o direito). Até certo ponto, o que actualmente se passa não configura uma situação de ruptura, podendo mesmo ser lido como a continuação do processo de estabilização social e de introdução de confiança referenciado no pensamento iluminista e que agora, perante uma inusitada pressão da complexidade, parece resvalar para a sua versão drástica. Algo que o direito hesita entre não saber/não poder/não querer fazer, ou

fazer mesmo. Dada a manifesta tensão entre, por um lado, a área jurídico-penal, e, por outro, as expectativas sociais a seu respeito, ou, de acordo com a minha definição, dada a manifesta interacção entre a maquinaria processual das convicções e a maquinaria processual das expectativas, a turbulência assim trazida a esta última por via dos aludidos movimentos de redefinição acaba por se traduzir na ocorrência de curto-circuitos ao nível desse relacionamento. A conflitualidade entre julgamentos pela imprensa e julgamentos pelo direito é aqui que entronca. A ditadura do senso comum como agente municador de expectativas securitárias de lei e ordem também é aqui que entronca.

Uma correcta equação do que está aqui em causa requer, a meu juízo, menos uma leitura de tipo decadentista ou escatológico do que um esforço de definição de algumas hipóteses de trabalho. Proponho quatro:

a) primeira hipótese: a presente instabilidade colada à noção de expectativa não de-

corre de uma recusa ou sequer de uma ultrapassagem do modelo consagrado pela modernidade – a clássica *parelha campo de experiência / horizonte de expectativa* –, aliás vigente e operante a múltiplas dimensões da realidade social, política e jurídica, mas decorrerá sobretudo de uma requisição preferencial de um elemento como que adendado àquela *parelha*, o *preenchimento*, reivindicado como destino inevitável do expectável e como possibilidade efectiva de que as expectativas tenham concretização;

b) segunda hipótese: a reconfiguração atrás apontada, porque concomitante, também, de crescentes níveis de complexidade, procede igualmente a uma reavaliação dos *estabilizadores de expectativas* classicamente disponíveis; e parece disposta, neste âmbito, a sacrificar a tradicional centralidade do direito à maior eficácia revelada por outros sectores de desempenho social enquanto *redutores de complexidade*;

c) terceira hipótese: toda esta dinâmica ocorre em simultâneo com (sendo influen-

ciada por) modificações sensíveis, também, ao nível dos *processos de intermediação* vigentes na contemporaneidade – fenómenos como a *obsessão de transparência* (uma alucinação do princípio da verdade) e a *celeridade processual* (uma alucinação do princípio da eficiência) ganham em ser analisados também nesta perspectiva e em ser encarados como tentativas frustradas de o sistema jurídico responder aos desafios colocados “desde fora”;

d) quarta hipótese: o efeito combinado dos três níveis anteriores ostenta uma marca social e política reconhecível: a negação do múltiplo, a recusa do complexo, a ditadura da normalidade informam a cultura do *senso comum* – desenham, tudo somado, a instalação de uma lógica de *pensamento único*.

Pretendo agora arrolar argumentos e patamares de sentido para cada uma destas hipóteses.

## DESEJO E PREENCHIMENTO

Começemos por enunciar matéria sabida a respeito dos regimes de expectativa: (i) a expectativa inspira-se no real e arranca dele, estimando-o enquanto *campo de experiência* (reduzido de tudo aquilo que costuma acontecer e repetir-se, segundo padrões de “normalidade”) por ela filtrado a fim de eleger o que pode presumir-se como expectável; (ii) dado que o expectável visa ser respondido, toda a expectativa antecipa um determinado *preenchimento*, podendo dizer-se que a projecção de um conhecimento prévio naquilo que há-de vir é o modelo por excelência da parêntese expectativa/preenchimento; (iii) o sentimento de preenchimento corresponde à satisfação de algo que começa por se apresentar como um *desejo* e que, de uma maneira ou de outra, deve absolutamente ser cumprido; (iv) o carácter *alucinatório* da expectativa radica tanto nesta vontade de preenchimento quanto na prévia instrução dessa vontade a partir de uma lógica do presumível;

(v) em resumo, qualquer regime de expectativas é sequestrável pela lógica epistémica da *evidência* e compreende três coisas: um dado *campo de experiência*, um dado *horizonte de expectativa* e uma dada *vontade de preenchimento* (Martins, 2010, p.11-15; Gil, 1996, p.36-70).

Este é, portanto, o modelo genérico. Naturalmente, cada conjuntura histórica tratou, como ainda trata, de o apropriar a seu modo. É por isso que, apesar da sua manifesta estrutura tripartida, a história dos regimes de expectativa, expressão, de resto, da dos regimes de temporalidade, é bem mais a dos investimentos preferenciais em um ou dois dos componentes estruturantes do que a de um completo acolhimento da tripartição. E isso, como se compreende, acarreta consequências que não podem ser menosprezadas, em particular no que diz respeito ao legado da modernidade a este nível. Um bom começo de reflexão é admitir que a gestão moderna das expectativas, por mais que apresente, ainda hoje, uma força de adequação notável à maioria das formas de vivência

do tempo, é, também ela, o resultado de um trabalho e de uma apropriação específica, historicamente situado, daquele modelo. Até porque só entendendo isto poderemos aceitar que o aparecimento de desafios históricos de novo tipo possa exigir reformulações aos mecanismos expectantes disponíveis.

Ao estabelecer que o sujeito histórico está permanentemente situado entre um campo de experiência e um horizonte de expectativa (Koselleck, 2002), a modernidade fixa uma temporalidade de tracção atrás. A expectativa é possível, mas embraia, por definição, na experiência. A mola que despoleta a acção está assente num capital acumulado de histórias. Só há horizonte se houver percurso. A expectativa merece-se. Por consequência, só está aberto o futuro para um presente que saiba previamente reconhecer os futuros, cumpridos e incumpridos, do seu próprio passado. E se é verdade que também a experiência é comandada pela expectativa, dado que a leitura teleológica do percurso manda que se

pergunte pelo fim último na véspera de cada acção, o certo é que esse horizonte não está totalmente disponível para todo e qualquer tipo de expectativas. Ele configura um horizonte de esperança, eventualmente de salvação, mas não, forçosamente, um horizonte de incondicional realização onde, por norma, as mais diversas expectativas devam ser preenchidas. O “teatro dos sonhos” não está aberto. É por isso a *esperança*, mais do que o *preenchimento*, aquilo que é oferecido pela gestão moderna da expectativa. Não porque o preenchimento esteja verdadeiramente de fora deste regime, mas porque, de alguma maneira, ele é vítima de uma contracção na linha da temporalidade. É como se a expectativa processasse, neste esquema, um desdobramento funcional que a leva a ser em simultâneo a expectativa que ela é e o preenchimento em que ela deveria desembocar. Porque, a partir do momento em que o mecanismo se inclina para um dos seus pólos, instalando o seu cerne sobre a relação de consequência entre experiência e expectativa, en-

tão esta última, quando descola, fá-lo já enquanto resposta, desempenhando já funções de preenchimento. A expectativa já é, aqui, o próprio preenchimento. Coincide com ele na medida em que ela mesma se oferece ao campo de experiência como o horizonte que ele solicita. E mesmo nos casos, como o dos “amanhãs que cantam”, ou o dos perfectibilismos cientistas, em que a barreira da esperança surge como que rompida em favor de uma consumação de determinadas expectativas, mesmo aí dificilmente se poderá dizer que o horizonte fica disponível, porque a expectativa, ao consumir-se, vira aí *linha*, ao longo da qual – mas não fora dela – deve o preenchimento passar a ter lugar. Donde: o preenchimento tem afinal vigência no âmbito do paradigma moderno de regime de expectativas? Tem. Mas ele ou é antecipado para o modo da esperança, ou é aprisionado sob o modo da promessa.

É este paradigma que me parece passar hoje por importantes correções, decorrentes, no fundamental, de uma flexão do regime de expectativas

em direcção ao preenchimento. Algo próximo de uma devalução desse regime ao sistema triádico que ele não pode deixar de apresentar, pelo simples motivo de que lhe é inerente. Porque, conforme o sabe, desde sempre, a tradição filosófica e política a este respeito, não há regime de expectativas que possa dispensar o momento do preenchimento: “toda a expressão de expectativa convoca o estado de coisas que a preencherá” (Wittgenstein *Apud* Gil, 1998, p.75.). A identidade dos dois termos da equação está ligada à do outro, pertencendo-se mutuamente: “a expectativa fixa o regime do preenchimento mas, sem a possibilidade principal, no nosso mundo, de preenchimentos, não poderia também haver expectativas” (*Idem*, p.76).

Não há por isso como negar ao preenchimento um lugar de pleno direito no âmbito dos regimes de expectativa. Que a modernidade tenha muitas e boas razões para lhe reduzir espaço e acesso, pode até compreender-se. Tem por certo a ver com uma suspeita, mais do que fundada, de que a

eleição do preenchimento como pólo primordial dos regimes de expectativa consubstanciaria uma entrada da *evidência apressada* nos regimes de historicidade e de vivência do tempo. Na verdade, “o preenchimento de uma expectativa é um dos eixos conceptuais da *evidência*”, razão pela qual “o par expectativa/preenchimento pertence à arqueologia da *evidência*; ele é uma estrutura “arcaica” da compreensão” (Gil, 1998, p.65). O “contentamento preenchido pela plena posse da coisa visada” é de natureza alucinatória e essa pretensão de plenitude traduz, com efeito, “o arquétipo do preenchimento, [isto é] o encaixe sem espaço vazio, o engaste, a soldadura” (*Idem*, p.73), a impossibilidade de frustração de um desejo. Todavia, se estes aspectos podem explicar os esforços de controlo sobre o preenchimento, não há como recusar indefinidamente a sua presença. Se a modernidade investiu no vínculo ao pólo da experiência, fazendo jus à noção de que “os factos da natureza, o mundo em que vivemos, são o impensado da ex-

pectativa, a montante desta”, fê-lo em paralelo com a redução do preenchimento à condição de *não dito* da expectativa, a jusante desta.

Ora esse “não dito”, afinal, nunca deixou de estar aí, trabalhando a partir de poderosos operadores, como o *desejo*. São estes operadores que, desde o momento em que a conjuntura histórica passa a dar mostras de alguma turbulência de conceitos, alguma complexificação das práticas e, sobremaneira, de alguma insatisfação no relativo aos seus horizontes de temporalidade, à sua inscrição no tempo histórico e aos seus patamares de realização, encontram o pretexto ideal para a sua maior activação, assegurando uma dimensão concretizadora que se propõe viabilizar a passagem ao acto no quadro do horizonte de expectativa. Semelhante processo não passa por uma obliteração da reconhecida importância do campo de experiência ou pela sua pura substituição pelo pólo oposto. Não funciona assim. A estratégia da evidência, tal como protagonizada pelo operador desejo”, corres-



ponde mesmo à intensificação de uma dada experiência do mundo. É dela que o desejo arranca. “O desejo é uma função de intensificação, de ligação e de transformação; ele assegura uma dupla operação, num só tempo: uma certa experiência do mundo, na intersecção dos suportes sensoriais da evidência com a sua interpretação linguística, transforma-se numa inteligibilidade patente e em acto” (*Idem*, p.21). Convém aqui ao nosso raciocínio a leitura deleuziana do desejo enquanto fluxo incessante e permanentemente renovado. Um desejo que não se esgota freudianamente na descarga do prazer, mas que a prolonga em novos e sempre renovados desejos, numa dinâmica que bebe um pouco de tudo aquilo com que se cruza e que nesses cruzamentos encontra desdobradas motivações para continuar a desejar (Deleuze, 1980).

Se é verdade, pois, como sustentamos, que o significado da torção hoje imposta ao regime moderno de expectativas não deve ser lido em termos de decadentismo ético mas sim de reivindicação de

uma mais descomplexada relação com o pólo do preenchimento, deve contudo admitir-se que é de um preenchimento sem causa outra que não a da sua própria realização desejante que, em muitos casos, se trata. Por que motivo? Porque é essa a *forma princeps* de o preenchimento sempre se dar (a qual, entretanto, a modernidade havia colocado em suspenso)? Muito provavelmente. Porque a presente conjuntura histórica se afigura particularmente estimulante para esse tipo de desempenho? Também. Uma coisa é certa: o horizonte está em aberto. O que é grave é que isso se demonstre um fardo. Quem está disposto a arcar com a responsabilidade inerente a um horizonte disponível para ser preenchido? Enquanto a resposta tarda, convém ter presente o seguinte: esta abertura do regime de expectativas ao seu “terceiro excluído” é contemporânea da afirmação do capitalismo como estética (p)referencial dos regimes de temporalidade. Quando o preenchimento se evade dos quadros de enquadramento moral que o tornavam previsí-

vel e quando, provavelmente como nunca antes ocorrera, ele fica incondicionalmente disponível, é o capitalismo que está na calha para o receber. A primeira versão deste “preenchimento independente” será, pois, muito naturalmente, a de produto pronto a ser consumido.

### **REDUTORES DE COMPLEXIDADE**

A abertura pesa. Por isso, estabilizar as expectativas deve, historicamente, tarefa concomitante da afirmação gradual da complexidade. A religião, a política, a ciência ou o direito contam-se entre os agentes a quem foi sendo entregue a tarefa. Não o fizeram de modo idêntico, é sabido. Mas é aceitável dizer que o fizeram de acordo com um comum paradigma de simplificação. A instauração de níveis de confiança generalizada, a redução da leitura do mundo a códigos binários – bem/mal, legítimo/ilegítimo, verdadeiro/falso, legal/ilegal – e uma particular vocação para administrar o horizonte de expectativas em termos morais e

normativos conjugaram-se no âmbito de cada uma dessas áreas para assegurar esse desempenho. O objectivo de *redução da complexidade* exigido por sociedades em crescente processo de complexificação foi, por conseguinte, tradicionalmente entregue aos *mecanismos de estabilização das expectativas sociais e normativas*. Entretanto, vigoram hoje modalidades concorrenciais para esse efeito. Com alguma dose de pertinência se dirá que, mais do que qualquer outra, a *comunicação social* surge como um eficiente produtor de códigos binários e, dessa maneira, um competente redutor de complexidade. O que sugere que, até certo ponto, ela se limita a prolongar uma função que outros desempenharam já; e em parte assim é. Mas será apenas isso? Que outro significado empresta ela ao exercício da função? E com que consequências para as tradicionais sedes de desempenho, nomeadamente o direito? Vejamos, para já, de onde retiram os *mass-media* a sua eficácia.

Merece a pena atentar nas considerações de Niklas Luhmann (2000) a este respei-

to. Ele identifica duas estratégias no discurso da comunicação de massas, uma de *esquematisação* e outra de *generalização*. Quanto àquela, o ponto fulcral está em que, na sociedade contemporânea, os *mass media* produzem antecipadamente o real que eles mesmos depois simulam trabalhar *a posteriori*. Como o fazem? Mediante o recurso a “rotinas cognitivas”. Estas “rotinas” corresponderão a *scripts* ou *esquemas*, quer dizer, a “mini-cenários, pré-constituídos”, correspondendo seja a realidades comuns, seja, no oposto, a situações excêntricas, mas, num como noutro caso, previamente estereotipadas e depuradas por forma a adequarem-se tanto quanto possível à “dimensão moral das coisas”, à “forma como o mundo deve ser lido”, permitindo “reduzir a complexidade” desse mesmo mundo (*Idem*). São estes esquemas prévios que acolhem a informação e a moldam ao efeito que dela se pretende enquanto notícia. Assim sendo, “no contexto dos *mass media* encontramos-nos frente a um mundo por um lado surpreen-

dente, porque regido pelo princípio sistemático da “novidade”, e por outro totalmente rotineiro, porque as informações têm lugar num contexto pré-constituído. Trata-se neste sentido de uma realidade encenada [que reconstitui] uma semântica pré-existente. Em suma, é a semântica que cria o acontecimento e não o inverso” e, ao fazê-lo, contribui para “a reprodução do código moral” (Rabault, 2006, p.284-285).

Por outro lado, a par desta estratégia de *esquematisação*, a redução da complexidade opera também a partir do recurso a formas de *generalização*. O que se compreende, se pensarmos que a promoção da “novidade” a critério informativo acarreta a opção por uma temporalidade de curto prazo, marcada pela rapidez e o instantâneo, a exigir por isso uma estética de generalização. Indispensáveis se tornam, neste contexto, as noções de *binarização*, *digitalização* ou *redução do complexo*, expressões do fenómeno da *codificação*, que está na base de toda a comunicação e que redundando na mobilização de códigos essencialmente

binários como matrizes explicativas, das quais é subtraído o potencial de diferimento e de dissenso. Na perspectiva luhmanniana, não são apenas os *mass media* que processam a informação em termos de redução a um binário mínimo. Cada sistema social específico produz os respectivos códigos de simplificação (ter/não ter para a economia, verdadeiro/falso para a ciência, legal/ilegal para o direito, belo/feio para a estética...). Isto porque todos esses sistemas específicos são, sem excepção, *sistemas de comunicação* e todos se deparam com o problema de tratar a correspondente informação. Sucede que esses vários sistemas comportam níveis de interpenetração e sobreposição. “A complexidade da vida humana decorre do facto de que a partir de um original código de *sim/não*, a comunicação chegou a um estágio de desdobramento em vários códigos binários, que coexistem. É assim que surgem conflitos potenciais entre economia e política, direito e política, etc.” (*Idem*, p.286). No entanto, se a realidade produzida pelos *mass media* não é a

única que pode dizer-se socialmente construída (os *media* constituem, de facto, um sistema de comunicação entre outros), o seu exemplo “é particularmente expressivo porque eles dizem respeito à mais trivial realidade” (*Idem*). Residirá, pois, em boa parte, nesse carácter que chamarei de “rente à realidade” – e que permite aos *media* insinuar um posicionamento deslocado daquelas zonas de potencial enfrentamento entre códigos de simplificação do real e como que pairando algures sobre eles – a capacidade de os *media* se apresentarem como credíveis redutores de complexidade.

Estas considerações bastam para o nosso propósito. Advertem-nos, desde logo, para o facto de os *media* assegurarem uma espécie de quadratura do círculo das expectativas. Eles mobilizam tanto a aceleração, o múltiplo, o excesso, a gestão das expectativas em aberto e a órbita do preenchimento, quanto, em simultâneo, a garantia de redução de tudo isso: da sobreposição, do múltiplo, do excesso e da abertura. A sua

competência é de banda larga: a complexidade que eles constitutivamente são e desenvolvem – e que por definição oferecem – é por eles mesmos reduzida e depurada, para de igual modo ser oferecida como forma de apaziguamento das discrepâncias e de nivelamento do potencial de fulguração segundo critérios de normalidade e de adequação moral. Uma estratégia a que não chocaria talvez a Alain Badiou (1998) apelidar de “morte do acontecimento” no seguimento da sua construção artificial.

Por outro lado, creio ser necessária uma precisão no respeitante ao sentido da própria noção de “redução de complexidade”. Luhmann insiste em dar-lhe um sentido de compensação – resposta à complexidade do mundo e à necessidade consequente de a simplificar. Ora, tanto quanto me parece, ela é também, a par disso e cada vez mais na actualidade, uma operação de puro preenchimento de expectativas. Não é apenas mecanismo de correcção e de compensação, é exercício de von-

tade. Poderá não parecer, mas a diferença é importante.

Num contexto contemporâneo de disponibilidade do horizonte de expectativas para o respectivo preenchimento em moldes não forçosamente canónicos (nos termos da leitura que propus no ponto anterior), torna-se possível uma mobilização multidireccional do desejo, apontada em simultâneo a uma coisa e ao seu putativo contrário. A busca de um preenchimento de expectativas relativamente a valores como “diversidade” e “gozo do múltiplo” (uma busca geradora de complexidade e assegurada pelos *media*) faz-se acompanhar de uma paralela vontade de preenchimento de expectativas de normalização e de simplificação das opções em presença (reduzora de complexidade e igualmente assegurada pelos *media*). Que esta simultaneidade produza um esquema compensatório, é inegável, a tese de Luhmann não está em causa. O que faltará, inclusive, é levar mais longe a sua leitura, de forma a admitir que para lá do efeito de resposta estamos perante uma expansão do desejo, um

exercício de reivindicação de preenchimentos simultâneos, os quais, uma vez garantidos, asseguram uma coisa e logo depois outra, consoante os momentos e os apetites concretos. Isto é, um exercício de *consumo*.

Nestes termos, a redução da complexidade é uma das valências, entre outras, que os *media* cultivam e promovem, do mesmo modo que cultivam e promovem outras funcionalidades diversas e até contrastantes entre si, disponibilizando o respectivo preenchimento enquanto *produto*. A eficácia dos *mass media* resulta da sua capacidade para não apenas produzirem a compensação mas para, sobretudo, oferecerem diferentes tipos de preenchimento, ao arrepio de eventuais coerências principiológicas entre eles. Algo que, como se compreende, o direito não poderá jamais fazer. Não com esta agilidade, pelo menos. É aliás possível que nunca como hoje a função de *redução de complexidade* tenha estado tão desligada dos *mecanismos de estabilização das expectativas*, que tradicionalmente a asseguravam. Uma vez assim desloca-

da, ela é menos tarefa e é mais vontade. Até porque, em rigor, os *media* não se propõem estabilizar as expectativas normativas, propõem-se *estabilizar o preenchimento* – assegurar que ele esteja aberto, que seja viável e operativo; que ele *funcione*, em suma, seja para responder satisfatoriamente à vontade galopante da “novidade” e ao desejo de sangue, seja para responder favoravelmente à vontade de aplaiamento crítico e ao desejo de certeza em relação ao retorno do mesmo em tudo o que acontece.

Por conseguinte, sempre que a participação da maquinaria processual das expectativas no campo do direito se processa por intermédio do *sistema de comunicação* – e os *media* são hoje, de facto, o principal agente processador dessa interpenetração – é frente a lógicas de consumo que o sistema jurídico se encontra. Os problemas daí decorrentes são de vária ordem.

Destaca-se, desde logo, a possibilidade de que o canal em aberto seja utilizado como porta de entrada pelos *operadores* do que chamámos já a *evi-*

*dência apressada*. Basta pensar que a preferência da dinâmica mediática pelo instantâneo, a comoção, o conflito, a manipulação dos sentidos e uma disposição genérica para criar *pathos*, sinalizam a presença daquele tipo de evidência. É, aliás, nesse contexto que os *mass media* forjam um ambiente social de “necessidade normativa”, já devidamente denunciado como o modo de “condicionar a consciência social através da informação selectiva sobre a criminalidade, [acomodando] a visibilidade social do delito às suas próprias necessidades empresariais e dogmas” (Cervini, 1994, p. 53; Zaffaroni, 2003). Uma vez mais, estamos perante um enxerto do prévio e do conhecido naquilo que virá, um verdadeiro “salto”, portanto, da presunção para o preenchimento. Com efeito, aquilo de que se trata, nestes casos, é de comprimir a distância entre o expectável e o realizável, deslocando, se necessário for, o campo da experiência e a regularidade do que se repete – feitas normalidade – para o lugar do preenchimento, e prescindindo, nesse movimen-

to de fusão entre o que se sabe e o que se espera, de mecanismos de despistagem ou de operadores de constrangimento sobre a “irrecusável” evidência daquilo que, porque é repetidamente sabido, se supõe ser aceite, sem mais, como previsível. Num mesmo estratagema são assim consumadas quer as expectativas de voyeurismo social (por via de uma focagem da informação na exposição do crime), quer as expectativas de redução da complexidade (por via de uma leitura estereotípica da criminalidade). E são ainda consumadas, é bom não esquecer, as expectativas das empresas de comunicação (por via de uma adequação das soluções aos modelos punitivos neoliberais) (Batista, 2003). Também aqui, a capacidade dos *media* para assegurar, em simultâneo, o preenchimento de expectativas de diversa índole patenteia de forma cabal o seu elevado grau de operatividade.

Nunca é demais insistir neste aspecto. Mais do que a uma análise de fundo moralista sobre o desempenho dos *mass media*, o importante, aqui, é perceber a lógica do seu

funcionamento e os critérios de valor por eles convocados de acordo com o ambiente de expectativas que é o seu. Pense-se, a este título, na ideia comumente difundida de que, no âmbito comunicacional dos *media*, “o valor velocidade substitui o valor verdade” (Schreiber, 2009, p.537). Sim, há razões para o supor e para o dizer, pelo menos em sede de julgamento crítico. Mas o fundamental, para o nosso presente propósito, tem a ver com o uso que é feito desses valores na perspectiva dos próprios *media*. E, desse ponto de vista, não só é incorrecta a ideia de total abdicação do valor “verdade” do discurso dos *media* (até porque, conforme exposto antes, a possibilidade de coexistência entre duas funcionalidades – no caso “velocidade” e “verdade” – é tão ou mais provável quanto a ideia de substituição de um valor por outro), como é crucial reconhecer que o valor “verdade” se encontra entre os argumentos auto-fundantes e auto-legitimantes da actividade jornalística, ainda quando, como sabemos, ele é trabalhado ao arripio do

cânone. Não se confunda o visível desrespeito para com os canónicos processos de aferição do verdadeiro – mormente os que existem na moral, na ciência e no direito – com um desinteresse pela ideia de “verdade”, a qual não pode ser imputada à comunicação social contemporânea. É mesmo de uma obsessão pela verdade que pode justificadamente falar-se. Ao ponto, aliás, de ser mesmo esse carácter obsessivo, feito pretexto, por exemplo, de uma luta pela qualidade da democracia, que está afinal na origem da vertigem anti-democrática da comunicação.

Assim se compreende que “a transmissão da imagem do *crime flagrado enquanto ocorre*” seja interpretada como recuperação “da antiga verdade real, agora com nova roupagem” (Prado, 2001, p.18). Os *media*, pois, fornecem *verdade*. A sua, claro. Mas é de um desejo de verdade que eles se alimentam. Ademais, a crítica a que muito justamente foi sujeita, nas mais variadas áreas da contemporaneidade, a possibilidade de uma “verdade real”, acabou, perversamente,



por deixar vago o lugar da produção e da defesa de “verdades reais” (logo alucinadas pela respectiva caracterização em termos de reposição de uma vontade de certeza supostamente triturada pelos relativismos), lugar esse tendencialmente ocupado pelos especialistas em redução da complexidade, os quais, sem dificuldade, reconhecem como parcela dessa sua especialidade uma promessa de obtenção de verdade.

Tanto quanto ao redor de uma *estética do consumo*, os *media* orientam a sua actividade em torno de uma *estética do verdadeiro*. Quase se poderia dizer que, pelo cruzamento de ambas as valências, eles “vendem verdade”, a verdade que eles mesmo produzem. O risco está tanto na aparente disponibilidade social para a comprar, quanto na invisibilidade do projecto político subjacente à sua produção. E se a junção de ambas as estéticas se tem revelado, por vezes, produtora de novos fascismos sociais, é porque esta é uma “bandeira da verdade” de manifesto patrocínio político. Todas o serão, de acordo; esta,

porém, é dramaticamente eficaz na hora de simular que o não é.

É sobre este pano de fundo que se levantam os problemas de relacionamento entre sistema de comunicação e sistema jurídico, acentuados, conforme refere Geraldo Prado, pelo facto de os *media* “passarem subliminarmente a ideia do carácter obsoleto e ineficiente das garantias processuais, a que se soma a percepção do processo penal como meio demorado de se fazer justiça, em comparação com a sumariedade e perfeição da investigação dos *media*” (*Idem*). Quando o certo é que, como explica o citado autor, esta ideia escamoteia uma série de situações que importa reconhecer: que “o *processo paralelo* difundido nos *media* é superficial, emocional e muito raramente oferece a todos os envolvidos igualdade de oportunidade para expor os seus pontos de vista” (*Idem*); que, em virtude desta disparidade de tratamento “a presunção da inocência sofre drástica violação, pois a imagem do investigado é difundida como pessoa responsável pela infracção

penal, e, em vista disso, o desequilíbrio de posições que os sujeitos têm de suportar durante o período de exposição do caso pelos *media* transfigura os procedimentos seculares de apuração e punição”; e que “em semelhante situação sofrem o devido processo legal e a liberdade de imprensa e assim esta, que se apresenta como direito civil elementar em uma sociedade democrática, pode terminar produzindo em seu extremo aquilo que deveria evitar: um modelo autoritário de exercício de poder, em virtude do qual os procedimentos acabam tendo valor exclusivamente formal” (*Idem*, p.180). Pelo que, considerando os procedimentos ilegais de averiguação dos factos, de que os meios de comunicação se socorrem em muitas oportunidades, propõe, com toda a pertinência, o seguinte: “o controle das situações de conflito entre liberdade de imprensa e devido processo legal está em se proibir à imprensa aquilo que é igualmente proibido ao Estado, isto é, fazer uso de informações obtidas criminosamente. Como a censura prévia é impossível, duas

alternativas podem ser consideradas: o recurso aos mecanismos de responsabilidade tradicional, de natureza reparatória; e a intransigente proibição de que as partes do processo lancem mão das provas obtidas dessa maneira, a qualquer título” (*Idem*, p.183). Não parece, de facto, que exista outra via.

Importa agora observar o comportamento do direito sempre que pretende competir com esses temíveis redutores da complexidade que são os *media*. A minha percepção é a de que o peso tomado pelo ideal de “transparência” no mundo jurídico é a expressão da vontade de competir no *campo da verdade*. E o peso tomado pelo ideal de “celeridade” é a vontade de competir no *campo do consumo*. A análise de cada uma destas dimensões vai-me permitir deslocar o meu posto de observação para o lado do direito. Um direito, diga-se, preocupado em responder a expectativas que o pressionam desde um exterior cada vez menos demarcado.

## CELERIDADE E TRANSPARÊNCIA

Vejamos então, mais de perto, o que pode ocorrer com o processo penal quando, ao ensaiar, também ele, modalidades de redução da complexidade, ele se dispõe a “dormir com o inimigo”.

Começarei pela questão da *celeridade processual*. Disponho, para mais, de uma acutilante aproximação ao problema feita por Jacinto Coutinho (2008), num contexto tão particular quanto o foi o das reformas parciais introduzidas em 2008 ao Código de Processo Penal Brasileiro, um ambiente reformista espartilhado entre a definição de “mudanças para tudo permanecer como esteve” e a tendência para tudo vir conduzido “sob a égide do discurso fácil da *celeridade* que adquire, no processo penal, feição por demais perigosa aos direitos fundamentais (a começar pelo devido processo legal), restando, *em última ratio*, por ser apenas uma *palavra sutil* no lugar de *punitivismo* e *repressão* e, portanto, no mais das vezes, indo de encontro aos princípios e

regras constitucionais” (Coutinho, 2008). Importa, pois, para aquele autor, não descerrar o discurso político escondido por detrás da tendência, a começar pelas premissas em que assenta: “premissas falsamente similares para tratar de fenômenos *autônomos* e *distintos* que são o objecto das disciplinas do Direito Processual Penal e do Direito Processual Civil. Com *denominadores comuns diferentes*, um *sistema diverso* (o que significa um princípio unificador diverso), um *conteúdo do processo diverso* e uma *diversidade estrutural em cada elemento da trilogia fundamental* (jurisdição/ação/processo), não há que se cogitar sobre uma teoria, muito menos *geral*. Ela, quando aparece, sempre acaba tendo os postulados do DPC aplicados ao DPP, o que invariavelmente significa utilização de uma *lógica patrimonial e privatista* nesta dimensão do direito em cujo desenrolar *se vive e se morre*, que é o processo penal” (*Idem*).

Semelhante esbatimento de fronteiras, de nenhuma inocência, ajuda a perceber a matriz política que o suporta, explicando também o carácter

nevrálgico aí tomado pelo ideal de celeridade, isto é, o porquê de “falar-se tanto em reformas em prol da “celeridade”, como se a *questão do tempo*, aqui, fosse equivalente, por exemplo, ao “*periclitamento de um bem*”. Porque o que se joga aqui, advoga-se, é “optar, sem meias palavras, por um processo penal *de defesa social*, típico dos regimes autoritários, ou por um processo penal constitucionalizado, *garantidor* dos direitos do acusado, *limitador* da violência do Estado; e este último, como é evidente, é incompatível com anseios de “celeridade” no sentido de *se condenar mais rápido* ou *se acalmar a sociedade*”, exatamente porque o seu escopo é garantir que só se puna por meio de um *processo legal devido*, com a *observação do contraditório e dos direitos da defesa*. E para tanto, *não cabe a pressa*. [Posto o que,] falar apenas em *celeridade* como parâmetro de justificação política neste caso é mais uma reafirmação do princípio da *eficiência* que pauta os sistemas penais em tempos de neoliberalismo” (*Idem*).

Que esta leitura política do argumento da celeridade

se justifica, mostra-o bem o facto de a questão motivar ainda um visível braço de ferro no âmbito do mais recente debate a propósito da redacção e aprovação do novo Código de Processo Penal Brasileiro. Assim, se o preâmbulo ao Anteprojecto de CPP que está na origem do Código ora em discussão indica – pelo menos até onde terá sido possível estender algum consenso nesta matéria – uma direcção medianamente coincidente com a linha crítica atrás citada, já a respectiva recepção pelo Senado, a avaliar por algumas das Emendas apresentadas, não deixa dúvidas quanto ao espírito norteador da campanha pela celeridade. Vale a pena determo-nos no caso brasileiro.

Veja-se então o referido preâmbulo, na sua parte VI: “Não desconhecem os membros da Comissão que frequentemente se tem atribuído ao número excessivo de recursos a demora da prestação jurisdicional, de modo a justificar a necessidade da adoção de um critério de recorribilidade mínima das decisões judiciais. No processo penal,

contudo, a questão da extensão recursal há-de encontrar solução à luz da garantia constitucional da ampla defesa, indissociável dos recursos a ela inerentes, como reza o inciso LV do artigo 5º da Constituição da República, e é próprio do processo penal democrático. A disciplina legal dos recursos deve buscar, por certo, a celeridade necessária à produção da resposta penal em tempo razoável e socialmente útil e à tutela dos direitos fundamentais dos indiciados ou imputados autores de infrações penais”<sup>3</sup>. A ideia norteadora é pois clara: a eficiente administração da função jurisdicional, mesmo sendo condição de efectividade da norma penal, “deve, todavia, atuar dentro dos limites intransponíveis do devido processo legal, que, por certo, compreende, substancialmente, a efetividade dos recursos que não podem figurar nos códigos apenas simbolicamente, como sói acontecer em

tempos autoritários, nos quais culmina sempre por germinar, como limite do poder do Estado, a interpretação ampla do cabimento do *habeas corpus*, a fazer dele o sub-rogado universal das impugnações recursais”<sup>4</sup>.

Inverta-se agora o tom. É quase pedagógica a consulta das intervenções políticas a respeito do Anteprojecto sinalizado neste preâmbulo e, designadamente, das Emendas para ele sugeridas em sede legislativa. Os indicadores de um assalto mais ou menos ostensivo da lógica da celeridade a determinadas garantias inarredáveis traduzem-se aí, por exemplo, numa argumentação preocupada em demonstrar que as duas exigências – a da celeridade e a das garantias processuais – são compagináveis, ainda quando parece o contrário. É este o espírito que preside, por exemplo, a dada Emenda a respeito dos embargos infringentes, onde se sustenta “que esse tipo de recurso contraria o princípio da celeridade processual, mostran-

---

<sup>3</sup> Comissão de Juristas Responsável Pela Elaboração de Anteprojecto de Código Penal, *Anteprojecto*. Brasília: Senado Federal, 2009.

---

<sup>4</sup> Idem.

do-se perfeitamente dispensável, *sem prejuízo para a ampla defesa*<sup>5</sup>. Uma veleidade logo desmentida pelo teor da resposta: “não concordamos com a tese de que esse recurso seja “perfeitamente dispensável, sem prejuízo para a ampla defesa”, como argumenta o autor. Note-se que, de acordo com o art. 489, *caput*, do Substitutivo, os embargos infringentes somente serão admitidos para atacar acórdão não unânime que, em grau de apelação, reforme a sentença em prejuízo do réu. Ora, parece-nos evidente, nesse caso, o direito de o acusado manejar os infringentes, posto que a sentença que lhe era favorável foi reformada, não de forma unânime, mas por maioria. *Tratando-se de processo que pode levá-lo à privação de liberdade, nada mais justo do que disponibilizar essa modalidade de recurso ao réu*”<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania sobre o Projecto de Lei do Senado nº 156, de 2009, que reforma o Código do Processo Penal, e proposições anexas.

<sup>6</sup> Idem.

“Celeridade, eficiência e economia processual”, triáde literalmente expressa em uma outra Emenda e subentendida em muitas outras, não é bandeira que costume esvoaçar sozinha nestas diatribes argumentativas. Perto dela é bramido o argumento complementar do “clamor público” (para o qual se pretende, por exemplo, o estatuto de hipótese autorizativa da decretação de prisão preventiva, com a justificação de que este último mecanismo viria tratado de forma tímida no CPP)<sup>7</sup>. É coincidência a registrar. Se a justificação da celeridade, ao utilizar argumentos internos à economia do processo, procura resguardar-se numa linha de intervenção de cariz em aparência apenas técnico e eivado fundamentalmente de preocupação instrumental, já a inserção desse argumentatório efficientista num plano discursivo mais vasto onde se inclui também a factor “clamor público” ou similares, empurra a lógica subjacente para uma linha de indesmentível cariz político e onde a

---

<sup>7</sup> Idem.

gestão das expectativas sociais e respectiva manipulação surge como verdadeiro eixo estratégico. Ora, há todas as razões, historicamente fundadas, para desconfiar da utilização do argumento da “agitação social” com fins normativos. Entendo-a como uma variante do “estado de exceção” e um perigoso intróito a formas pontuais deste último. Por isso, se é ambição estimável que o sistema jurídico escute o sistema social, convirá que ele se prepare devidamente para a função – que aprenda a trabalhar sobre a fronteira entre ambos, que se municie dos instrumentos usados em casos que tais, que perceba o que politicamente está em jogo nessa actividade demarcatória.

Advertência válida, também, na altura de o processo penal assumir o objectivo da *transparência*. Vejamos. É bem verdade que “o processo penal democrático necessita de publicidade dos seus procedimentos e assegurá-la pode impedir que se coloque no seu lugar a publicidade espectacular dos actores que deles tomam parte, além de facilitar

o controle e coibir os excessos” (Prado, 2001, p.184). É certo, também, que a publicidade reforça o “sentimento de co-responsabilidade”, tanto dos cidadãos como dos órgãos estatais, na administração da justiça (Gomes Filho, 2001, p.49). E é, enfim, correcto dizer-se, em relação a garantias processuais como a *publicidade dos actos* e a *motivação das decisões*, que se trata de *garantias das garantias* (Ferrajoli, 2000, p.640), dado assegurarem o controlo sobre as restantes fases do processo e responderem a uma “exigência mais ampla de *transparência* no exercício do poder” (Gomes Filho, 2001, p.48). Mas, pergunta-se: até que ponto estes instrumentos de constrangimento e controlo mantêm a sua eficácia num mundo em que as condições de mediação e o sistema comunicacional no seu todo passam por modificações constantes, capazes de pôr em causa o efeito pretendido pelos tradicionais mecanismos de intermediação entre sistemas, seja, no caso, o sistema jurídico e o sistema social? Até que ponto é lícito

esperar da *transparência*, hoje, o mesmo efeito de correção que historicamente a guindou a exigência de um processo instruído em moldes democráticos? E não será mesmo de admitir que, a exemplo do que acontece com múltiplos outros instrumentos delineados para minorar a pulsão ostensiva da *evidência apressada*, também os mecanismos ao serviço da transparência possam reconfigurar-se enquanto expressões do que seria suposto eles constrangerem?

A equação destas questões carece de uma indagação prévia sobre o significado da transparência em matéria processual. Um significado que começa por se desvelar na história do próprio processo, na medida em que a publicidade dos procedimentos vincula-se à inversão histórica (de inspiração greco-romana e iluminista) patrocinada pelas reformas revolucionárias setecentistas, onde a sua adopção sinalizou a recusa do segredo que, no âmbito dos regimes absolutos, era a prática dos sistemas processuais inquisitórios. É esta marca genética que permite ao paradigma da

“transparência” (concretizado quer por via da *publicidade* dos procedimentos processuais, quer por via da exigência de *motivação* das decisões penais) confundir-se doravante com o próprio exercício da democracia, mormente com a desejável clareza dos assuntos públicos ou com a possibilidade de controlo popular sobre o uso do poder. Conforme explica Gomes Filho (2001, p.48), se, de acordo com a acepção de Bruggemann, o Estado de direito é o “Estado que se justifica”, então “isso implica que os destinatários da motivação não sejam somente as partes, seus advogados ou os juízes superiores que irão apreciar eventuais impugnações, mas também a *opinião pública*, ou seja, o próprio povo em nome do qual a sentença é pronunciada. Na democracia, como argutamente observou Ramat, a opinião pública é o *juiz natural* da magistratura”.

É neste ponto que uma observação se torna necessária. Nota, assim, o mesmo autor, que “é preciso não confundir, entretanto, o objetivo de um controle geral e difuso da opinião pública so-



bre a atuação do Judiciário, inerente à motivação e à publicidade dos julgamentos, com outra coisa, absolutamente indesejável, que seria a submissão dos juízes a pressões resultantes de sondagens junto à própria população, com o propósito de fazer crer que a sociedade *quer* determinada decisão. Além do risco concreto de manipulação de resultados, isso acabaria mesmo por suprimir a função jurisdicional, levando o magistrado a adotar, como próprias, escolhas adotadas, ilegitimamente, em outras instâncias decisórias” (Gomes Filho, 2001, p.48). E conclui: “o que a motivação deve propiciar, ao invés, é a *comunicação entre atividade judiciária e a opinião pública*, ensejando a apreciação geral da sociedade sobre a forma pela qual é aplicado concretamente o direito” (*Idem*).

A *comunicação*, por conseguinte. Comunicação entre a actividade processual e o ambiente social. É ela que a *transparência* buscada para o processo penal deve tratar de garantir. Com certeza que sim. O que se passa é que, assim sendo – e não pode mesmo ser de

outra forma –, o assunto fica sujeito às vicissitudes que marcaram o próprio sistema de comunicação: alterações na estética comunicacional, mudanças ao nível das formas de mediação, acelerações de índole técnica, oscilações dos regimes de expectativas, intercâmbio de posições entre receptor e emissor, modificações conjunturais dos jogos políticos subjacentes ao exercício comunicacional, inversões da respectiva função social, e assim por diante. Porque uma coisa é certa: ao orientar-se para a *opinião pública* (e isto independentemente das filiações históricas em presença) o processo judicial aceita implicitamente que produz essa mesma opinião pública e é produzido por ela. Será grave? Depende. Mas é seguro que não ajuda muito se, do “outro lado”, do lado da opinião pública, estiver placidamente instalada uma *cultura do senso comum*. Porque, nesse caso, não será de estranhar que os célebres e consagrados “valores aceites pela comunidade em cada momento”, aqueles que é mister do sistema jurídico auditar, sejam –

permita-se a ironia – de “reduzida complexidade”: rapidez (quer dizer, celeridade) e verdade (quer dizer, transparência); uma junção que, quando compulsiva, pode bem chamar-se “evidência apressada”. E por maioria de razão o será se acrescentarmos a este quadro o apego à “normalidade”, valor que tudo indica ser aparrado quer do sistema jurídico, quer do ambiente social. Pense-se, a título exemplar, no instrumento das chamadas “máximas de experiência” – “noções ministradas pela cultura média da sociedade em relação às quais – até em razão da sua definição como dados do conhecimento privado do juiz – não se exige prova” e que, justamente por serem regras fundadas em conhecimentos comuns, “incluem na sua formulação elementos vagos, heterogêneos, mutáveis e ambíguos, confundindo-se muitas vezes com generalizações sem qualquer fundamento, preconceitos, julgamentos morais, vulgarizações pseudo-científicas, que hoje em dia são difundidos com frequência pelos meios de comunicação, assumindo indevidamente a

condição de regras certas e universais, qualidades que em alguns casos não possuem” (Gomes Filho, 2001, p.165).

De novo, eis-nos instalados na fronteira entre a maquinaria processual das convicções e a maquinaria processual das expectativas. Desloquemos então, uma vez mais, o nosso posto de observação para o exterior do direito. Interessa medir o pulso, uma última vez, a esse universo de expectativas que o desafia.

## **SENSO COMUM, PROCESSO E DECISÃO**

Quando se sugere que sistema social e sistema jurídico se alimentam conjuntamente e se relacionam no âmbito de uma *cultura do senso comum*, o que se quer dizer exactamente com esta última expressão? A constante fusão do diverso e sua redução ao singular e ao Mesmo, como adverte Deleuze (1980)? Uma disposição impensada para valorizar os elementos de regularidade e repetição, conforme a leitura do pensamento aristotélico por Fernando Gil (2005)? O raptó do dissenso pelas ciber-

cascatas informativas de que fala Cass Sunstein (2007)? A vivência partilhada de um sentimento implícito de transgressão em comum da norma, aspecto em que insiste Slavoj Žižek (1994)? Ou a instalação de um simulacro de pluralidade que confunde o acto político com a mera possibilidade da discussão, reduzindo-o ao confronto das opiniões, para evocar a denúncia de Alain Badiou (1998)?

Entendo que o senso comum convoca todas estas características. Dir-se-á, então, com inspiração nos autores acima citados, que o *sensu commun*: a) traduz uma consciência difusa e não tematizada, situando-se aquém da prova, da verificação e da sua própria definição, não sendo por isso completamente redutível aos juízos que o explicitam; b) corresponde a uma disposição de resistência a tudo o que parece contra-intuitivo, aspecto corroborado pelo seu limitado poder de abstracção; c) expressa-se em práticas comuns, recorrentes, indefinidamente repetidas e em larga medida trans-históricas; d) tende, não obstante esta voca-

ção para a *inércia*, a estimular estéticas de inquietude e de aparente acolhimento do múltiplo; e) tende, porém, em paralelo, a produzir uma subsunção da diversidade à unidade, reportando a dispersão a formas de identidade.

Se, por conseguinte, é este o painel de funcionalidades do *sensu commun*; se, como vimos, é do interior deste painel que são geridas as expectativas normativas e a consequente vontade de preenchimento que desafiam em permanência o ritmo da processualidade jurídica; e se – é essa, já o explicitarei, a minha hipótese – este perfil de funcionamento enforma o relacionamento entre sistema jurídico e ambiente social; se, portanto, assim é, então a pergunta que importa aqui colocar é a seguinte: qual a disponibilidade do senso comum, entronizado enquanto “opinião pública”, para aceitar cortes nessa horizontalidade escondida pelo pluralismo formal que é a sua, viabilizando o exercício do juízo?

A pergunta não é inócua. Joga-se aqui, como se perceberá, a possibilidade, ou não, de que uma lógica social tute-

lada por uma estética da *communis opinio* deixe espaço ao exercício da política, quer dizer, à possibilidade da *decisão*. Porque a questão é esta: a preferência pelo que se repete e pelo que reaparece de modo continuado ao longo do tempo configura, de facto, uma resistência de fundo conservacionista – neste sentido: a promoção da normalidade à condição de valor inibe a possibilidade do *acontecimento*.

É certo que o senso comum, ao impor um tipo de processualidade enquanto mobilização do desejo, se orienta para um horizonte de consumação e aspira ao respectivo preenchimento. Como é indiscutível que a produção continuada de processos de expectativas encontra suporte numa convicção de ordem teleológica quanto à possibilidade de que algo aconteça e mesmo, a um nível intuitivo e espontâneo, na crença de que aconteça, mais exactamente, algo como uma verdade. Mas, dito isto, esta é uma processualidade pífia. A exigência de verdade do senso comum é marcada pela ausência de verdadeira vontade de *emergência*

de uma verdade; é uma verdade procurada enquanto *confirmação* do que já se sabe por antecipação e que é projectada sobre o horizonte de expectativas buscando ocupar o preenchimento. Este é o problema de base: o processo, tal como activado pelo senso comum, produz uma verdade a-acontecimental, pois suprime o acontecimento de cada vez que ocupa previamente o espaço da fulguração com os valores da normalidade. A conclusão é uma: não se sai do senso comum pela *verdade*, sai-se pela *decisão*.

Oportunidade para lembrar, com Pintore, que “o Direito é uma instituição orientada para a decisão, não para a verdade; existe e tem utilidade justamente porque supre uma verdade que não nos é dada” (Pintore, 2005, p.226). Deve reconhecer-se, para estes efeitos, o mérito de Badiou (1998, p.20-45), ao insistir, a partir do campo político, na denúncia dessa falácia, entretanto feita senso comum, que é a ideia de que a discussão é o cerne da política, seu alfa e seu ómega. Porque, defende, “a discussão não é

política senão na medida em que se cristaliza numa decisão” (*Idem*). Perpassa, nesta reflexão, a ideia de que o âmbito do senso comum, sendo o de uma permanente unificação da pluralidade, que desfaz a radicalidade do múltiplo, abre o caminho a uma doutrina do consenso, isso é, à coroação “do não-pensamento como pensamento único”. Quando, afinal, e nisto insiste, “a essência da política não é a pluralidade das opiniões, é a prescrição de uma possibilidade em ruptura com aquilo que existe”. Pelo que, em suma, se o senso comum é, nesta perspectiva, o modo de consagração pardacenta e rotineira da opinião, a decisão é aquilo que permite ir para lá dele e por isso ela tem que ser “arrancada ao regime da opinião” (*Idem*).

E no caso concreto da decisão penal? Uma vez que ela constitui, para todos os efeitos, o resultado de um processo de comunicação entre o sistema jurídico, onde ela reside, e o sistema social que, vimo-lo desde variados ângulos, interfere naquele, requerendo o preenchimento de expectativas e promovendo

graus de adequação a lógicas epistémicas e técnicas conotadas com o senso comum, poderá a decisão penal ser outra coisa que não uma questão de opção entre a emergência do acontecimento e a sua omissão? Uma questão fulcral. Até porque, à luz do que ficou dito no presente capítulo, não é líquido que o processo deva conduzir, conforme o poderá sugerir um procedimentalismo em versão bem pensante, a uma verdade apta a ser compartilhada pela sociedade.

## Referências

- ALEXY, Robert. *Theory of Constitutional Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2002.
- ANKERSMIT, Frank R. *Political Representation*, Stanford, Stanford University Press, 2002.
- BADIOU, Alain. *Abrégé de Métapolitique*. Paris: Seuil, 1998.
- BATISTA, Nilo. “Media e Sistema Penal no Capitalismo Tardio”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 11, nº 42, 2003.
- BECKER, Gary; POSNER, Richard A. *Uncommon Sense*.

- Economic Insights, From Marriage to Terrorism*, Chicago, The University of Chicago Press, 2009.
- BIMBER, Bruce. *Information and American Democracy. Technology in the Evolution of Politics Power*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.
- BRANDÃO, Cláudio *et alli*. *Princípio da legalidade. Da Dogmática Jurídica à Teoria do Direito*, Rio de Janeiro, Forense, 2009.
- BUCHANAN, Ian; THORBURN, Nicholas Thorburn (eds.). *Deleuze and Politics*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2008.
- BYBEE, Keith J. (ed.). *Bench Press. The Collision of Courts, Politics and the Media*, Stanford, Stanford University Press, 2007.
- CERVINI, Raul. “Incidencia de las “Mass Media” en la Expansion del Control Penal en LatinoAmérica”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 2 (5), 1994.
- CHANDLER, James Chandler *et alli*. *Questions of Evidence. Proof, Practice and Persuasion Across the Disciplines*, Chicago, The University of Chicago Press, 1994.
- COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. “As Reformas Parciais do CPP e a Gestão da Prova: Segue o Princípio Inquisitivo”, *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, ano 16, nº 188, Julho 2008.
- DELEUZE, Gilles. *Mille Plateaux*, Paris, Éditions de Minuit, 1980.
- DWORKIN Ronald. *Is Democracy Possible Here? Principles For a New Political Debate*, Princeton, Princeton University Press, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, 4ª ed, Madrid, Trotta, 2000
- GIL, Fernando. *Acentos*, Lisboa, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005.
- GIL, Fernando. *Modos da Evidência*, Lisboa, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1998.
- GIL, Fernando. *Tratado da Evidência*, Lisboa, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1996.
- GOMES FILHO, António Magalhães Gomes Filho. *A Motivação das Decisões Penais*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- HÖRNQVIST, Magnus. *Risk, Power and the State. After Fou-*

*cault*, New York, Routledge, 2010.

KAPTEIN, Hendrik, *Legal Evidence and Proof*, Ashgate, 2009.

KOSELLECK, Reinhart. *The Practice of Conceptual History. Timing History, Spacing Concepts*, Stanford, Stanford University Press, 2002.

LUHMANN, Niklas. *Law as a Social System*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

LUHMANN, Niklas. *The Reality of the Mass Media*, Stanford, Stanford University Press, 2000.

MARTINS, Rui Cunha Martins, *O Ponto Cego do Direito. The Brazilian Lessons*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

ORLANDI, Mariagrazia. *La Nuova Cultura Del Giusto Processo Nella Ricerca Della Verità: Aspecti Giuridici, Sociolinguisti e di Comunicazione*, Milano, Giuffrè, 2007.

PINTORE, Anna Pintore. *El Derecho Sin Verdad*, Madrid, Dykinson, 2008.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*, 2ª ed, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001

RABAULT. “L’illusion de la réalité: la construction sociale de la réalité par les medias de masse”, *Droit et Société*, 2006, 1 (62).

RODOTÀ, Stefano. *La Vita e le Regole. Tra Diritto e non Diritto*, Milano, Feltrinelli Editore, 2006.

ROSA, Alexandre Morais da Rosa. *Decisão Penal. A Bricolage de Significantes*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.

SCHREIBER, Simone. “A Publicidade Opressiva dos Julgamentos Criminais: Reflexões Sobre a Colisão da Liberdade de Expressão e o Direito a um Julgamento Justo, Sob a Perspectiva da Constituição Federal de 1988”, *Processo Penal e Democracia. Estudos em Homenagem aos 20 Anos da Constituição da República de 1988*. Geraldo Prado e Diogo Malan (coords.), Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009.

SOLOVE, Daniel J. *Understanding Privacy*, Cambridge, Harvard University Press, 2010.

SUNSTEIN, Cass R. *A Constitution of Many Minds. Why the Founding Document Doesn't Mean What It Ment Before*, Oxford,

Princeton University Press, 2009.

SUNSTEIN, Cass R. *Republic.com. 2.0*, Princeton and Oxford, Princeton University Press, 2007.

TWINING, William. *Rethinking Evidence, Exploratory Essays*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

WOLIN, Sheldon S. *Democracy Incorporated: Manage Democracy and the Specter of Inverted Totalitarianism*, Princeton, Princeton University Press, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *En Busca de las Penas Perdidas. Deslegitimacion y Dogmática Jurídico-Penal*, 4ª reimp., Buenos Aires, Ediar, 2003.

ZIZEK, Slavoj. *The Metastases of Enjoyment*, London, Verso, 1994.