

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

BRUNO CAMPAGNOLI DE ALCANTARA

**AS MODALIDADES DE RECEPÇÃO NO BRASIL E A APLICABILIDADE
DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES
JUDICIAIS**

Um estudo a partir dos elementos subjetivos do crime de receptação

CURITIBA

2019

BRUNO CAMPAGNOLI DE ALCANTARA

**AS MODALIDADES DE RECEPÇÃO NO BRASIL E A APLICABILIDADE
DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES
JUDICIAIS**

Um estudo a partir dos elementos subjetivos do crime de receptação

Monografia apresentada como Trabalho de Conclusão de Curso do Curso de Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito sob a orientação do Professor Doutor Paulo César Busato.

CURITIBA

2019

As modalidades de receptação no Brasil e a aplicabilidade da garantia constitucional de motivação das decisões judiciais: um estudo a partir dos elementos subjetivos do crime de receptação

por

BRUNO CAMPAGNOLI DE ALCANTARA

Monografia aprovada como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná, pela comissão formada pelos professores:

Orientador: Prof. Dr. Paulo César Busato

Membro: Prof. Dr. Marco Aurélio Nunes da Silveira

Membro: Prof. Dr. Décio Franco David

AGRADECIMENTOS

Agradeço a minha mãe, Cleise Marla, que me ensinou a compreensão e a incondicionalidade do amor. Agradeço ao meu pai, Alexandre, por ter me mostrado que o mundo não acaba hoje, e é preciso pensar no amanhã. São lições que, juntas, guiam minhas interações no mundo.

Agradeço as minhas avós, Cleide Marilda e Nilde, ao meu avô Amoreti, e a amiga da minha família materna, Paulina Ivanilde, por sempre me proporcionarem um espaço de conforto nos seus braços.

Agradeço aos meus irmãos, Thiago e Henrique, que me fizeram amadurecer como ser humano muito antes do que seria possível sem eles.

Agradeço aos meus amigos e amigas Jhonny Wesley, Matheus Binder, Victor Alcântara, Gustavo Finco, Bruno Chagas, Alana Plucinski, Victor Hugo Anyzewski, Victor Binder, Beatriz Dias, Felipe Araújo, André Vasselai, Kirstin Elise, Gustavo Moreira, Yunnes Perez, Vinícius Cidral, Matheus Kauan, Marcelo Piacecki, Eric Hoffmann, Fellipe Almeida, Luísa Conselvan, Rodrigo Costa, Mateus Delage, André Nakamura, Eduardo Nadvorny, Maria Luiza Muller, Rodrigo Valões, Isabelle Demétrio, Flávia Grupenmacher e Marielli Rodrigues, além de muitos outros, que possibilitaram que eu estivesse suficientemente saudável mentalmente para fruir os cinco anos que vivi na graduação.

Agradeço ao meu amigo, com o qual divido apartamento, Mateus Pastório, por ter me apoiado nos tensos dias e noites em claro que precederam a entrega deste artigo.

Agradeço também ao meu amigo Rodrigo Cavagnari, que sempre acreditou no meu potencial como humano e ser pensante, e que sempre procurou semear minha mente com indagações inteligentíssimas, sempre me fazendo evoluir.

Agradeço a todos os Professores que tive em minha vida, muitos para nomear, que recebem este agradecimento no nome de Sueli Takemori, *sensei*, que me ensinou ser a disciplina uma constante evolução que faço à sombra de seus ensinamentos.

Agradeço, por fim, ao meu orientador Paulo César Busato, por sempre ter prestado muita atenção no meu trabalho, como enorme Professor que é, me respeitando como indivíduo e, não obstante, buscando sempre elevar meu potencial com seu inestimável conhecimento em Direito penal.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	7
2. UM CASO HIPOTÉTICO	8
3. O CRIME DE RECEPÇÃO NO BRASIL.....	10
4. O PROBLEMA DOS ELEMENTOS SUBJETIVOS	12
5. O REFLEXO DA FILOSOFIA DA LINGUAGEM NA GARANTIA CONSTITUCIONAL DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS.....	17
6. A FUNDAMENTAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO NO CASO HIPOTÉTICO.....	22
7. CONCLUSÃO.....	27
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	29

RESUMO

O juiz, ao tentar compreender uma ação descrita pela acusação na denúncia, emprega regras que, conforme seus usos, possibilitam sua definição. Essas regras, segundo WITTGENSTEIN, se entrelaçam de diferentes formas, dando origem aos diferentes jogos de linguagem. Sabendo que, conforme o entrelaçado de regras em que estejam inseridas, as regras operam distintamente, há que se oportunizar à defesa a possibilidade de contradizer as interpretações possíveis a respeito da ação dentro do marco de um jogo de linguagem. Para que isso seja possível, entende-se que o livre convencimento, controlado através do dever de motivar, não deve se referir à livre apreciação das provas pelo juiz, mas sim ao contraditório promovido pelas partes. No intuito de explorar esta hipótese, foi proposto o estudo dos elementos subjetivos do crime de receptação, através de um caso hipotético, para se compreender como operaria esta forma de controle.

Palavras-chave: Direito penal; dolo; processo penal; motivação das decisões.

1. INTRODUÇÃO

O estudo proposto tem como objetivo analisar o impacto da filosofia de WITTGENSTEIN na atribuição judicial da intenção que se requer para a afirmação do crime de receptação. Adota-se uma perspectiva procedimental, que é caracterizada por se ocupar com a forma pela qual determinado elemento se configura no processo penal. Definitivamente, uma nova realidade se estabiliza juridicamente na sentença, identificados seus fundamentos. Assim, deve-se buscar entender qual papel exercerá o dever de motivação no controle do livre convencimento do juiz, na medida em que este livre convencimento se refira ao contraditório promovido pelas partes.

Portanto, a proposta busca obter algum respeito ao contraditório das partes, considerando uma ideia de contraditório amparada na forma pela qual a linguagem constitui a realidade.

Não por outro motivo, será preciso delimitar também a discussão aqui proposta a um jogo de linguagem e um autor do crime em específico. Assim, será apresentado um caso hipotético de receptação.

O primeiro passo para resolver o caso e apresentar o tema, atendendo ao princípio de legalidade, será recorrer ao Código Penal, em seu artigo 180 e parágrafo terceiro, e explicitar, dentre os elementos do injusto penal, qual deles importam para o recorte do presente estudo: os subjetivos.

A missão passa a ser, então, o estudo das bases da filosofia da linguagem de WITTGENSTEIN, compreendendo como, através desta linha teórica, estes elementos subjetivos se configuram no processo.

Neste marco, a realidade é constituída pela própria linguagem. Para melhor compreender isso, enfrentar-se-á as ideias de linguagem como uso, arbitrariedade das regras e primazia dos jogos de linguagem nas relações semânticas.

Daí em diante, se observará se tal mudança na forma de entender a realidade deve levar à substituição de uma forma pela outra também no Direito. Nosso ordenamento é sustentado por diversas categorias ontologicamente fundamentadas. É assim que emerge uma possível atualização.

Neste intento, o livre convencimento do juízo será estudado com referência à produção do caso pelas partes e não a uma indefinível apreciação probatória, sendo

controlado através do dever de motivação das decisões, controle este que atenderá a exigências do direito ao contraditório. A atualização aventada trata de uma nova acepção para o dever de motivar: uma na qual o magistrado deverá se submeter ao contraditório de maneira mais ampla, não estando autorizado a utilizar-se de fundamentos que não estejam inscritos no marco do jogo de linguagem e das técnicas dominadas pelo réu em que a ação foi até ali constituída no rito judiciário sob o contraditório das partes.

Para concluir, buscar-se-á resolver o caso e demonstrar como seria a aplicação da hipótese aventada, procedimentalizando o elemento subjetivo do caso hipotético de suposta receptação. Ao final, refletir-se-á acerca dos possíveis resultados advindos da proposta aqui formulada, no que se refere aos deveres de motivação do juiz, na consecução de um processo mais justo e melhor amparado no conceito central que o contraditório representa.

2. UM CASO HIPOTÉTICO

A seguir se expõe um caso hipotético que foi formulado por mim, com base na experiência que adquiri em estágios formativos na área criminal. Nenhuma informação se refere a um caso verídico, mas buscou-se elaborar um caso que representasse uma das formas mais corriqueiras dos casos de receptação julgados nas varas criminais do Brasil.

Dezembro de 2017 *Carlos* registrou um Boletim de Ocorrência relatando o roubo de seu veículo Volkswagen Gol, cor preta, ano 2005, placas XXX-0000, chassi nº 9BW113GJ05C89087. É aberto inquérito policial.

Dezembro de 2017 O carro foi avaliado indiretamente, pela autoridade policial, em 17 mil reais.

Fevereiro de 2018 *Caio* foi abordado por dois policiais militares enquanto trafegava tranquilamente em via pública, na companhia de sua esposa *Cláudia*, com um veículo Volkswagen Gol, cor preta, ano 2005, placas YYY-9999. Os policiais verificaram que o número do chassi do veículo indicava, no sistema eletrônico, as placas XXX-0000, que estavam com alerta de roubo. Diante disso, deram voz de prisão ao condutor do veículo e o encaminharam para a delegacia.

Fevereiro de 2018 Na delegacia de polícia, os policiais militares que participaram da abordagem declararam que *Caio*, ao avistar a viatura, demonstrou nervosismo, o que motivou a atuação da equipe; que a placa não aparentava estar adulterada à primeira vista; que *Caio* não soube explicar onde estaria o documento do carro, nem porque não o teria em mãos; que o rapaz relatou ter comprado o veículo mediante oferta em grupo de WhatsApp por três mil reais; que não havia ferramentas para troca de placas no veículo; que *Cláudia* não possui antecedentes criminais; que *Caio* possui antecedentes criminais referentes a um tráfico de drogas em 2008 e um furto de supermercado em 2010. *Cláudia* afirmou que não sabia que o carro era roubado. *Caio* ficou em silêncio.

Março de 2018 A vítima, *Carlos*, na delegacia de polícia, declarou que não reconhece *Caio* como autor do roubo.

Março de 2018 *Caio* foi denunciado pelo Ministério Público pelo crime de receptação dolosa (artigo 180, *caput*, CP). A denúncia narrava que *Caio* conduziu, em via pública, veículo que sabia ser oriundo de crime, eis que com placas adulteradas, adquirido em grupo de WhatsApp, por três mil reais – quantia muito inferior à de mercado. A denúncia foi recebida em seguida.

Agosto de 2018 Realizado e relatado laudo pericial do veículo, foi constatado que a placa estava adulterada. O laudo apontou também que a troca das placas havia sido realizada de tal maneira que os sinais da adulteração não poderiam ser percebidos por leigos, a não ser por detalhes no lacre metálico.

Dezembro de 2018 Na audiência de instrução, os policiais reiteraram todas as declarações que deram durante o inquérito. *Cláudia*, esposa do réu, relatou que seu marido havia sido demitido do emprego de motorista, no qual ganhava cerca de dois mil reais, no início de 2017; que estava, desde então, realizando ‘bicos’ como pintor e jardineiro; que o dinheiro proveniente não era muito, mas bastava para o sustento da família – o casal e duas filhas, uma de um e outra de seis anos; que não possuía renda, pois trabalhava em casa; que *Caio* mencionou que estava procurando um carro barato para ganhar tempo no deslocamento até os clientes e, assim, poder aumentar a receita, bem como para levar as filhas à escola; que *Caio* estava com o carro desde meados de janeiro de 2018; e que não sabia que o veículo era produto de crime.

Janeiro de 2019 *Caio*, interrogado em audiência de instrução em continuação, confirmou o depoimento de sua esposa integralmente e afirmou que não sabia que o carro era oriundo de crime; que não sabia que as placas estavam adulteradas; que não consultou o chassi do veículo; que buscou através do site da Polícia Civil as placas YYY-9999, que estavam instaladas no veículo, e não indicavam veículo irregular; que é comum a venda de automóveis de baixo preço em redes sociais; que o vendedor do veículo apresentou-se, na época, como *Normando*; que lhe disse que era legal o negócio; que lhe informou que adquiriu o carro mediante financiamento bancário, mas que, após algumas parcelas, não conseguiria mais pagá-lo e decidiu vendê-lo; que comprou o carro poucos dias antes de ser preso; que combinou de pagar para *Normando* 5 mil reais parcelados em cinco vezes; que iria receber o documento do veículo quando pagasse a quinta parcela; que chegou a pagar três parcelas, no total de 3 mil reais; que, após ser preso, não conseguiu mais contato com o vendedor.

Fevereiro de 2019 O Ministério Público requereu a condenação do réu nos termos da denúncia, argumentando que *Caio* conduzia, em via pública, veículo que sabia ser oriundo de crime, eis que com placas adulteradas, adquirido em grupo de WhatsApp, por três mil reais – quantia muito inferior à de mercado.

Março de 2019 A defesa requereu a absolvição de *Caio*, uma vez que não sabia que o veículo era oriundo de crime. Argumentou que as placas estavam postas de tal forma que não era possível notar sua adulteração; que, considerando ter acreditado adquirir veículo com financiamento não pago, não desconfiou do baixo valor do veículo ou do local onde o encontrou sendo ofertado. Arguiu, por fim, que *Caio* teve um compromisso em evitar o resultado, consultando as placas do veículo no site da Polícia Civil e, por isso, sequer cometeu o crime na modalidade culposa.

Pretende-se tomar este caso hipotético como paradigma de situação corriqueiramente enfrentada na prática forense, para que se possa explorar as consequências das hipóteses aqui defendidas.

3. O CRIME DE RECEPÇÃO NO BRASIL

O crime de receptação é descrito no Código Penal pelo artigo 180: “Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe

ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte”. A pena é de reclusão, de um a quatro anos, e multa.

Trata-se de um crime doloso, pois o agente adquire a coisa compromissado com o resultado jurídico ali causado¹, já que *sabe* que a coisa é oriunda de crime. Ademais, esta modalidade também é percebida quando o agente “supõe que o objeto provém de crime, e decide que não lhe importa, caso se produza o resultado ofensivo ao patrimônio, consistente na transmissão da posse do bem”², pois também se percebe um compromisso com a produção do resultado jurídico, mas de maneira eventual.

O mesmo artigo, em seu parágrafo terceiro, descreve uma outra modalidade de receptação, esta com pena reduzida, detenção, de um mês a um ano, ou multa, ou ambas as penas: “Adquirir ou receber coisa que, por sua natureza ou pela desproporção entre o valor e o preço, ou pela condição de quem a oferece, deve presumir-se obtida por meio criminoso”.

Nesta modalidade, ambos os verbos que descrevem o tipo de ação coincidem com os da receptação do caput. O objeto é o mesmo, *coisa*. Não há o especial fim de agir, mas, comumente, o proveito que trata este elemento é inferido da própria conduta; continua-se a adquirir ou receber a coisa em proveito próprio ou alheio. Não exige-se que o sujeito ativo do crime saiba ou deva saber que a coisa seja oriunda de crime. Mas, por sua natureza, desproporção entre o valor e o preço ou condição de quem a oferece, esta deveria presumir-se obtida por meio criminoso. Tais circunstâncias apontam para a culpa do agente, pois ainda que não se possa lhe imputar um compromisso com o resultado, percebe-se que tampouco este teve um compromisso em evitá-lo.

Dessa forma, a modalidade descreve um crime culposo, isto é, o juízo de desvalor da conduta do sujeito aqui é diverso, e explica a pena reduzida.

Estaria configurada a receptação culposa, portanto, quando alguém não presumiu que a *coisa* era oriunda de crime, mas deveria ter presumido que era.

O ponto diferenciador entre as duas modalidades reside, portanto, na intenção imputada ao sujeito ativo da ação.

¹ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: parte geral**, v. 1 / Paulo César Busato. 3ª edição revista, atualizada e ampliada – São Paulo: Atlas, 2017. P. 391.

² BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: parte especial**. Vol. 2. 2a ed. São Paulo: GEN-Atlas, 2008. Pp. 638-639.

Em ambos os tipos, o parâmetro é o autor do crime. Assim, não basta o estabelecimento de um parâmetro geral para analisar se a coisa foi obtida por meio criminoso. A discussão gira em torno do réu, como sujeito: se *sabia* que a coisa possuía proveniência criminosa comete um crime doloso; se deveria ter presumido tal proveniência, mas não o fez, comete um crime culposo.

4. O PROBLEMA DOS ELEMENTOS SUBJETIVOS

Imputar uma intenção a alguém não é coisa simples³. É difícil imaginar de que maneira um juiz, meses ou anos depois de um crime ter ocorrido, fundamentará uma condenação penal⁴, afirmando que certa pessoa que adquiriu um veículo e o conduz em via pública tranquilamente o fez *sabendo* que a coisa era produto de crime.

No Item 3 deste artigo afirmou-se que o fato da pessoa *saber* a proveniência criminosa da coisa é fator preponderante na análise de sua intenção no crime de receptação. Esta intenção é um elemento subjetivo necessário na caracterização do crime e pode ser entendida como um compromisso de atuar – na medida em que se atue.

Tomam-se os elementos subjetivos em uma perspectiva procedimental. Por isso, o foco da discussão será o trato desses elementos no rito judiciário. Esta abordagem, portanto, aproxima os estudos de direito material aos de direito processual⁵.

O marco teórico do qual parte a proposta é a filosofia da linguagem de WITTGENSTEIN. Entende-se que a linguagem não pode ser vista como um “instrumento secundário do conhecimento”⁶, ou mera *designadora* da realidade

³ BUSATO, Paulo César. **Dolo...** Pág. 59: “A transformação semiótico-significativa da filosofia afetou todos os campos do conhecimento humano em um ponto comum, a redefinição dos fenômenos mentais, essencialmente cognitivos, através da categoria central da semiótica, o signo, com o que toda atividade mental se redefine como atividade semiótica. A partir disso, se pode falar que, em Direito Penal, os elementos subjetivos da teoria do delito estão merecendo uma revisão”.

⁴ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: parte geral...** P. 380-382: “Na práxis forense, o que se pode identificar é que muitos julgamentos e condenações são impostos a partir de uma constatação de que o sujeito atuou dolosamente, mas a discussão sobre os fundamentos nos quais se sustentam tais afirmações sobre o dolo não costumam merecer, de parte dos juízes, uma especial atenção. (...). O dolo é a forma mais grave de atribuição subjetiva do ilícito, e assim, não é possível admiti-lo sem uma concreta demonstração”.

⁵ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: parte geral...**; QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal. Parte Geral.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

⁶ DANIEL NETO, Carlos Augusto. **Wittgenstein e a desconstrução da metafísica – efeitos sobre a constituição dos fatos jurídicos.** Acessado em <<http://www.revistasapereade.org/index.php/edicoes/anos-antiores/ano-1-vol-1-12/ano-1-volume-4->

metafísica. Toma-se como premissa que a linguagem *constitui* a realidade: trata-se do chamado giro-linguístico pragmático⁷.

Do contrário, o juiz, para julgar o dolo de determinado sujeito, teria que buscá-lo num suposto *mundo do ser*. Isto é, na mente do sujeito, considerada ontologicamente – o que não é possível. Tal impossibilidade é reconhecida na doutrina penal⁸.

Na linha adotada, o dolo deve ser lido como essa intenção subjetiva, ou como o compromisso do autor com a ação ofensiva realizada⁹. Essa ideia de dolo como compromisso carrega consigo a noção de desaprovação normativa de uma intenção, e quer informar que este elemento do crime é atribuído mediante regras que compõem um esquema de atribuição de responsabilidade¹⁰. Assim, a identificação de uma ação ocorre em termos normativos, e não psicofísicos¹¹.

Essa perspectiva sustenta-se em três pilares básicos. Em primeiro lugar, a recepção da realidade que nos circunda como realidade valorada, e não como substância. Em segundo lugar, os conceitos subjetivos – entre eles o dolo – são considerados *títulos de atribuição*. Por fim, o direito processual deve possuir grande relevância na atribuição de elementos como o dolo. Não mais subsiste, nesta perspectiva, a busca por uma verdade empírica¹².

Na literatura sobre o tema, distingue-se intenção subjetiva e intencionalidade.

A intencionalidade é objetiva, contextual, social e histórica, e cumpre um papel conceitual na ação. Ainda que ela pressuponha a possibilidade de atribuição de

novembro-2012/category/6-11-2012-ano-1-volume-4>, no dia 20 de novembro de 2019. P. 9: “Para a metafísica clássica, o conhecimento verdadeiro consistiria na captação de uma essência imutável das coisas, e comunica-la (designá-la) através da linguagem”.

⁷ Ibid. P. 6.

⁸ HASSEMER, Winfried. **Los elementos característicos del dolo**. Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales. Trad. para o Espanhol de María del Mar Díaz Pita. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1990: “Características ontológicamente fundamentadas (por ej., acción o dolo) son correctas en la medida en que tienen sus raíces en las estructuras del ser de este mundo; su conformidad con las estructuras del deber deja de plantearse”.

⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **O conceito “significativo” de dolo: um conceito volitivo normativo**. In: Dolo e direito penal : modernas tendências / Carlos Martínez-Buján Pérez...[et al.] ; Paulo César Busato (coordenador). - - 2. ed. - - São Paulo: Atlas, 2014. P. 24.

¹⁰ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del Sistema Penal**. 2ª. Ed. Acción Significativa y Derechos Constitucionales. Tirant lo blanch, Valencia, 2011. P. 492.

¹¹ Ibid. P. 205-213.

¹² DÍAZ PITA, Maria del Mar. **A presumida inexistência do elemento volitivo no dolo e a sua impossibilidade de normatização**. In: Dolo e direito penal : modernas tendências / Carlos Martínez-Buján Pérez...[et al.] ; Paulo César Busato (coordenador). - - 2. ed. - - São Paulo: Atlas, 2014. P. 12.

intenções subjetivas ao sujeito, não se atém ao seu conteúdo. Trata-se de um critério de sentido¹³.

Por sua vez, a intenção é subjetiva. Não obstante, somente pode ser *imputada* a alguém, tal qual a intencionalidade. No procedimento, sua atribuição possui o papel de possibilitar a persecução penal, eis que a responsabilidade penal jamais pode ser somente objetiva. É um critério de responsabilidade¹⁴.

Para **atribuição** da intenção subjetiva, que se expressa em um compromisso com o resultado jurídico em determinada figura delitiva, há que se fixar as regras sociais e jurídicas que definam aquela ação como típica. Em seguida, tais regras devem ser cotejadas com a “bagagem de conhecimentos ou a competência do autor (ou seja, as técnicas que este dominava) de tal modo que, desde o ponto de vista externo, seja possível afirmar que é o que a pessoa *sabia*”¹⁵.

VIVES ANTÓN¹⁶ propõe que na intenção há uma relação interna tanto com o objeto quanto com sua tendência de satisfação. Na intenção, a subjetividade se direciona no curso de uma ação e dirige-se a um resultado.

Portanto, ainda que para se falar em ação, e não em um mero comportamento, seja necessário que os sujeitos possam expressar e formar intenções, as ações que realizam não dependem das intenções que pretendam expressar¹⁷. As próprias intenções são expressas no *jogo de linguagem*; somente conhecendo as regras de um jogo, posso imputar intenções aos sujeitos na ação.

No âmbito da ação, compreendê-la passa por distinguir o jogo de linguagem em que ela está inserida.

As ações são o significado de algo; e não algo que significa¹⁸.

Para o filósofo WITTGENSTEIN¹⁹, é o uso de uma palavra que caracteriza o seu significado; e serão regras que ditarão este uso.

¹³ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos...** Pp. 239-244.

¹⁴ Ibid. P. 244.

¹⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ. Carlos. **O conceito...** P. 27.

¹⁶ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos...** P. 243.

¹⁷ Ibid. P. 230-236: “Uma vez que falamos de ação, podemos também indagar pela intenção: ou, dito de outro modo, visto que há um seguimento de regras, podemos falar em sentido e ver na ação a realização de uma intenção”.

¹⁸ Ibid. P. 204.

O mesmo ocorre com as ações.

WITTGENSTEIN²⁰ chegou a afirmar que “A linguagem é somente um refinamento. No princípio era ação”. No mesmo sentido, VIVES ANTÓN²¹ afirma que “o processo de transformação da conduta humana em ação significativa começa antes da linguagem”.

Tanto a linguagem como as ações significam algo. São, portanto, interpretadas segundo diferentes regras sociais²². As atividades não linguísticas também podem integrar um jogo de linguagem.

Entende-se por “jogo de linguagem também a totalidade formada pelas atividades com as quais ela vem entrelaçada”²³. A expressão traz consigo a noção de que falar uma língua é indissociável de realizar uma atividade no seio de uma forma de vida²⁴.

Para HINTIKKA²⁵, os jogos de linguagem “são usos práticos, i.e., constituem interações governadas por regras com o nosso ambiente não-linguístico”.

Segundo VIVES ANTÓN²⁶, ação e linguagem se fundem na ideia de jogo de linguagem e, dessa forma, “se encontram entrelaçadas, formando um conjunto governado por regras – um jogo – de que o significado é oriundo”. O estudioso afirma que “o significado não é senão um subproduto da interpretação e aplicação das regras deste jogo”.

¹⁹ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Wittgenstein's Lectures, Cambridge, 1932-1935**, das anotações de Alice Ambrose e Margaret Macdonald, organizado por Alice Ambrose, Oxford, Basil Blackwell, 1979. Pp. 3-4. *Apud.* JAAKKO, Hintikka. **Uma investigação sobre Wittgenstein** / Jaakko Hintikka, Merrill Hintikka; tradução Enid Abreu Dobranszky. – Campinas, SP : Papirus, 1994. – (Papirus filosofia). P. 239: “As regras constituem o significado, e não são responsáveis por ele”.

²⁰ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Observaciones (1937)**, Siglo XXI, Madrid, 1991. P. 63. *Apud.* VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos...** P. 223.

²¹ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos...** P. 223.

²² *Ibid.* P. 221-223: “A este novo caráter da ação significativa da conduta humana mediada por símbolos, adquirido no processo da evolução biológica e social, corresponde, por sua vez, uma capacidade nova, inexistente até então no mundo natural: capacidade de reger os movimentos corporais mediante ideias (conhecimentos, razões, previsões, etc)”.

²³ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas** / Ludwig Wittgenstein ; tradução Marcos G. Montagnoli; revisão da tradução e apresentação Emmanuel Carneiro Leão. 9ª edição – Petrópolis, RJ : Vozes; Bragança Paulista, SP : Editora Universitária São Francisco, 2014. (Coleção Pensamento Humano). P. 19.

²⁴ *Ibid.* P. 27.

²⁵ JAAKKO, Hintikka. **Uma investigação...** P. 259.

²⁶ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos...** P. 229.

GHIZONI DA SILVA²⁷ entende que a noção de uso restringe a arbitrariedade das regras. O estudioso leciona que, por volta de 1931, esta noção ganhou proeminência na filosofia de WITTGENSTEIN, vez que este abandona o privilégio gramatical, semântico e ontológico do presente da experiência imediata. Nesse sentido, embora as regras gramaticais se revelem arbitrárias, uma dimensão pragmática restringiria tal arbitrariedade.

As regras que foram mencionadas, para poderem ser seguidas, devem possuir uso estabelecido e, de caso em caso de aplicação, deve ser possível captá-lo. São, conseqüentemente, externas em relação aos sujeitos; do contrário, “crer que se segue uma regra seria o mesmo que seguir a regra”²⁸.

Ademais, esse caráter de exterioridade determina que o sentido de uma conduta não irá se derivar da regra que o sujeito tenta seguir ou infringir, mas das “regras que resultem socialmente pertinentes para qualificar seu comportamento”²⁹.

Delimitar o uso de uma regra implica estipulação acerca do uso ulterior da regra, determinando quando deve ser empregada da mesma maneira. Seguir uma regra envolve entender as outras pessoas; envolve interação dentro do jogo de linguagem³⁰.

Como VIVES ANTÓN³¹ leciona, WITTGENSTEIN afirma que são as formas de vida o que se tem que aceitar como condição de compreensão. As regras, somente elas, não são capazes de determinar as relações semânticas³².

Segundo HINTIKKA³³, é preciso “explorar o contexto comportamental e conceitual mais amplo no qual ocorre a suposta observância da regra”. Esse horizonte

²⁷ GHIZONI DA SILVA, Guilherme. **Wittgenstein, hipótese e uso: as análises do tempo e a pragmática da linguagem, no início da década de trinta**. Publicado em COGNITIO-ESTUDOS: Revista Eletrônica de Filosofia. São Paulo, Volume 6, Número 2, julho – dezembro 2009, pp. 139-146. Centro de Estudos do Pragmatismo – Programa de Estudos Pós-Graduados em Filosofia – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Disponível em < <http://www.pucsp.br/pos/filosofia/Pragmatismo> >.

²⁸ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos...** P. 229-230.

²⁹ Ibid. P. 230.

³⁰ Ibid. P. 205-206.

³¹ Ibid. P. 205: “Quando não se aceita a forma de vida tal qual ela é – quando não se participa de algum modo dela – não se entende as pessoas”.

³² JAAKKO, Hintikka. **Uma investigação...** Pp. 248-253.

³³ Ibid. P. 251.

mais amplo nos faz retornar para aquilo que WITTGENSTEIN chamava de jogo de linguagem. Sem o jogo de linguagem não poderia haver observância das regras³⁴.

Diante disso, são os *jogos de linguagem* que assumem o papel fundamental na mediação das relações linguagem-mundo. É a primazia dos jogos de linguagem³⁵:

“Rigorosamente falando, não se aprendem novos jogos de linguagem aprendendo suas regras; aprendem-se novas regras dominando os jogos de linguagem dos quais elas fazem parte”³⁶.

Diante de tais considerações sobre a interpretação do significado, é possível concluir que, procedimentalmente, os elementos subjetivos se constituem na interação das técnicas dominadas pelo autor com o jogo de linguagem em que a ação se deu.

Enfim, para a atribuição de intenções, isto é, do elemento subjetivo do injusto penal – o dolo –, não mais deve-se partir de análises psicofísicas. Só então, as regras que ali estão postas serão apreendidas, conforme seu uso, e, enfim, utilizadas na valoração judicial.

5. O REFLEXO DA FILOSOFIA DA LINGUAGEM NA GARANTIA CONSTITUCIONAL DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Este estudo nos mostrou que é através da linguagem que se constrói a realidade e, portanto, o Direito³⁷. Considerando que o Direito inspirou-se, para o desenvolvimento de suas próprias categorias e conceitos, nas linhas de pensamento dominantes ao longo do tempo, e hoje ainda se apresenta, no que se refere aos elementos subjetivos do

³⁴ Ibid. P. 262-263: “Ele [Wittgenstein] observa que a própria questão da inexatidão vs. exatidão [das regras] surge apenas contra o pano de fundo dos jogos de linguagem adequados”.

³⁵ Ibid. P. 260-263: “Essa primazia é, por exemplo, o que salienta Wittgenstein ao dizer que as regras são seguidas cegamente (...). O que ocorre na mente não é um padrão que indique se uma regra está sendo seguida, diz ele. (...). Essa questão de serem as regras seguidas cegamente resulta em dizer que indagar o que ocorre numa observância de regra não nos auxilia a compreender o que significa jogar um jogo de linguagem. Pelo contrário, a observância de regras deve ser entendida com referência aos jogos de linguagem”.

³⁶ Ibid. P. 265.

³⁷ DANIEL NETO, Carlos Augusto. **Wittgenstein...** P. 12. “Dentro do paradigma moderno do giro-linguístico, é necessária a adaptação da tradicional teoria do direito de base filosófica kantiana, passando justamente pela questão da constituição da realidade jurídica, haja vista ser o Direito nada mais do que uma língua, um jogo de linguagem como vários outros – ainda que de grande complexidade”.

injusto penal, constituído sob uma ótica ontológica, algumas atualizações devem ser propostas.

Ao abordar os elementos subjetivos em uma perspectiva procedimental, logo percebe-se a falha das teorias ontológicas, pois buscar o dolo no mundo do ser representaria uma análise em termos psicofísicos – buscar na mente do autor algo que já ocorreu. Percebe-se, desde logo, que a perspectiva procedimental do dolo traz consigo a necessidade de considerações acerca do livre convencimento motivado³⁸.

O controle exercido pelo **dever de motivação** no livre convencimento do juiz, no paradigma do giro-linguístico pragmático, deve levar em consideração a forma como WITTGENSTEIN afirmou que a linguagem adquire significação.

Em resumo, até aqui se estudou como a realidade é constituída pela linguagem – que as coisas são um significado, e não um substrato – e, portanto, as intenções não são descobertas no mundo do ser, mas são sim imputadas, ou atribuídas pelos falantes. A fundamentação da decisão judicial, portanto, é momento no qual o juiz, *no pano de fundo do jogo de linguagem judiciário*³⁹, faz uma ação significar algo. Esta realidade é criada por meio da linguagem de uma autoridade estatal, ou seja, o juiz, na sentença penal, condenando ou absolvendo.

Em geral, a liberdade de convencimento é tida como um critério de valoração dos dados probatórios, correspondente a “uma liberdade de seleção e valoração dos elementos probatórios obtidos que (...) reclama sobretudo controles sobre a introdução das provas no processo e sobre a sua utilização pelo juiz na formação do

³⁸ HARTMANN, Érica de Oliveira. **A parcialidade do controle jurisdicional da motivação das decisões**. Dissertação apresentada pela mestrandia Érica de Oliveira Hartmann ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade Federal do Paraná, sob a orientação do Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito das Relações Sociais. Curitiba, 2005. P. 92: “(...) o exame dos fatos pelo juiz nos processos de ritos diversos ao do júri é orientado pelo princípio do livre convencimento motivado”.

³⁹ JAAKKO, Hintikka. **Uma investigação...** P. 287: “A falácia dos jogos de linguagem verbais possui um corolário sutil que, por oposição, elucida de maneira interessante o verdadeiro significado de Wittgenstein. Esse corolário igualmente falacioso diz que o jogo de linguagem que é o ninho lógico de uma palavra ou uma expressão é aquele onde essa palavra ou expressão é enunciada. (...) É falaciosa, porque a única esperança que há de manter a concepção de jogo de linguagem é mediante a distinção em princípio entre os diferentes jogos jogados mediante a enunciação de uma dada palavra em diferentes ocasiões e os jogos que conferem a essa palavra o seu significado”.

convencimento”⁴⁰, o que indica que a análise probatória é tomada como central na formação do convencimento.

A motivação das decisões, conforme já advertia FERRAJOLI⁴¹, é uma garantia de segundo grau, pois funciona no processo como uma garantia da efetividade de outras garantias. GOMES FILHO, no mesmo sentido, afirma que o dever de motivar é uma garantia que faz valer as demais garantias processuais⁴².

Com o giro-linguístico pragmático, entendo que o livre convencimento dos magistrados deve se restringir ao processo de compreensão realizado pelas partes a respeito das provas. Este controle deve ser garantido através do dever de motivação das decisões. Esta compreensão busca aumentar o poder de influência das partes no julgamento, fortalecendo o direito ao contraditório.

O papel do dever de motivação só pode ser atingido – e a garantia aplicada – mediante essa atualização referente à abrangência do controle que será exercido no livre convencimento do juízo.

Colocando a construção do caso realizada pelas partes como limite da convicção judicial, não as provas, e a motivação das decisões no protagonismo deste controle, entendo que poder-se-á ter um campo de debate mais frutífero acerca da limitação do livre convencimento, no que diz respeito à compreensão das ações.

Com efeito, não são as provas que, bem investigadas, revelarão a verdade.

Este problema das provas e fatos pode ser melhor entendido quando posto ao lado da exposição de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ sobre o problema do supraconceito de ação⁴³.

Ao delinear os passos tomados por VIVES ANTÓN em sua investigação sobre a doutrina da ação, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ explica que, ao se pretender identificar uma diferença entre os fatos e as ações, via-se a ação como um fato

⁴⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais** / Antonio Magalhães Gomes Filho. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2001. P. 147-148.

⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione: teoria del garantismo penale**. 3. ed. Roma : Laterza, 1996. P. 632-641. *Apud*. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação...** P. 35.

⁴² GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação...** P. 96.

⁴³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **A “Concepção Significativa da Ação” de T. S. Vives e sua Corrêspôndência Sistemática com as Concepções Teleológico-Funcionais do Delito**. Tradução de Paulo César Busato. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2007. P. 9-13.

composto, formado pela soma de um fato físico e um mental. Através da mente, portanto, seria possível distinguir fatos e ações.

Mas tomada a questão pelo paradigma de WITTGENSTEIN, a diferença é que “os fatos acontecem, as ações têm sentido (significam); os fatos podem ser descritos, as ações devem ser entendidas; os fatos se explicam mediante leis físicas, químicas, biológicas, etc., as ações se interpretam mediante regras gramaticais”⁴⁴.

Entendo que o problema das provas é similar. É usual que os juízes classifiquem as provas pela semelhança com a verdade; umas são mais dignas de atenção que outras. Vistas fora de um jogo de linguagem, porém, qualquer uma delas será mera informação; as provas só significam quando integradas a um jogo. Com efeito, não há um substrato que diferencie os elementos de convicção. Confunde-se capacidade da prova influir no convencimento e a própria prova.

Isso ocorre porque as provas e fatos, dependendo do jogo em que estejam inseridas, assumirão diferentes significações – e influirão no convencimento de diferentes maneiras.

Tome-se como exemplo o jogo de linguagem da compra de carro em concessionária. Conforme o uso, amplamente reiterado pelo brasileiro, extrai-se a regra de que os carros lá vendidos são de procedência lícita. O valor pago no automóvel perde relevância; se fosse muito abaixo, concluir-se-ia que o carro está muito rodado, ou com o motor falhando, etc.

A intenção – e, portanto, o dolo – é extraída destes jogos de linguagem.

Considerando que, ao ser julgada, a ação continua a significar, parece-me que o juiz não deve atribuir ao réu uma ação que não aquela que lhe foi atribuída pelo acusador e debatida entre as partes.

Anote-se que o limite do julgamento sequer pode residir no pedido, pois a realidade que se constitui na fundamentação não se limita à dicotomia entre condenação e absolvição.

⁴⁴ Ibid. P. 12: “Disso decorre, ademais, que o problema do supraconceito de ação se achava mal proposto e que era, pois, um pseudoproblema, uma vez que se pretendeu identificar a diferença entre ações e fatos em alguma entidade ou processo real (físico ou psíquico) que a justificasse, buscando um substrato da imputação de sentido, pelo que, o que ocorreu é que se veio confundindo duas questões: por um lado, a capacidade de ação; por outro, a ação em si mesma”.

Por isso, entendo que a motivação das decisões somente funcionará no controle do livre convencimento do magistrado, na compreensão da ação, tomando como premissa que o convencimento do juiz se dá sobre o debate, e não sobre uma irrestrita livre apreciação probatória.

Isto porque não se está mais tratando o dolo como uma essência imutável presente no mundo do ser. Caso assim fosse, talvez fizesse sentido tal parâmetro extrínseco, uma vez que todos estariam em uma busca conjunta pela verdade no mundo. Seriam as partes do processo meras descobridoras e, assim, o enfrentamento – e superação argumentativa – de suas considerações seria suficiente para propiciar o respeito necessário ao contraditório.

O sentido é externo e, assim, a limitação ao livre convencimento deve passar por exigir que as proposições atributivas da fundamentação judicial considerem integralmente as técnicas dominadas pelo autor, bem como o jogo de linguagem no qual se desenrolou o debate das partes, conforme se depreenderá da acusação. Isso se mostra essencial para a noção de contraditório, uma vez que a compreensão das regras que devem ser utilizadas para interpretar cada ação não se acumula de um jogo para outro; um argumento válido em um determinado jogo pode não ser em outro. Em outras palavras, não havendo substrato da imputação de sentido, não é possível que se estabeleça um verdadeiro contraditório sem que os falantes estejam orientados pelo mesmo jogo. Os esforços valorativos efetuados em um jogo de linguagem não podem ser transpostos para outros jogos de linguagem não cogitados anteriormente.

Outrossim, não se está abdicando da análise probatória. Ela é inevitável e inerente ao ato de julgar, e acontecerá no limite do respeito ao debate das partes; no marco de um jogo de linguagem, conforme as regras dominadas pelo autor.

Independentemente de quão adequado seja o fundamento, deve ser oportunizada a sua efetiva contradição.

O juiz que valora a realidade de forma apartada da acusação e da defesa não somente faz sua própria interpretação das provas; ele cria uma realidade que não estava em voga no procedimento em contraditório⁴⁵.

⁴⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação...**: “(...) o contraditório representa uma nota do próprio conceito de processo, pois, como sublinha Fazzalari, só é digno de ser assim chamado o

Evidentemente, o juiz não precisa se ater à estrutura retórico-argumentativa da atividade das partes⁴⁶, mas do jogo de linguagem e das técnicas dominadas pelo autor que foram debatidas sob o contraditório, dada uma acusação.

As partes devem interpretar as provas; o juiz deve prover (ou não) o pedido acusatório fundamentado no debate instaurado pelo direito de defesa.

É preciso pontuar, por fim, que esta atualização não obsta a necessidade de outras alterações na estruturação do direito ao contraditório. Pelo contrário.

Ao se abordar este assunto, vê-se que diversas atualizações se fazem necessárias. Entre elas, podem-se anotar os temas da gestão da produção probatória e da plena cognição dos autos em segunda instância. Temas estes para uma possível continuação do estudo proposto.

Assim, entende-se que o juiz não deve somente enfrentar o debate das partes; ele deve aí estar limitado. A motivação da decisão deve estar restringida à ação, e, portanto, deve ser atribuída mediante a compreensão das técnicas dominadas pelo autor perante as regras que, entrelaçadas, dão significado às ações.

6. A FUNDAMENTAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO NO CASO HIPOTÉTICO

No caso apresentado, viu-se que a discussão, desde a denúncia, sobre a intenção de *Caio* partiu de três dados objetivos: (i) a placa adulterada; (ii) o baixo preço do veículo; (iii) a oferta em grupo de WhatsApp.

Logo de início se percebe que apesar da ação imputada ser “conduzir veículo”, o elemento subjetivo está fundamentado por dados objetivos que se referem ao momento em que *Caio* adquiriu o carro. Isto, porque o valor e local de oferta se referem ao ato de adquirir o automóvel. A questão da placa adulterada, igualmente, se refere ao tempo em que o veículo foi adquirido, uma vez que a acusação afirma ser um elemento

procedimento regulado de modo a que dele participem, em simétrica paridade, aqueles em cuja esfera jurídica o provimento final produzirá seus efeitos”.

⁴⁶ HARTMANN, Érica de Oliveira. **A fundamentação das decisões no processo penal brasileiro e a teoria da argumentação de Chaïm Perelman**. Monografia de final de curso apresentada pela acadêmica Érica Hartmann, sob a orientação do Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, como requisito essencial à obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2002.

indicativo de que o réu sabia a origem do veículo. Seriam indicadores objetivos⁴⁷ de que, ao aceitar o negócio de três mil reais, tinha a intenção de adquirir o veículo mesmo sabendo que ele era ou devia ser oriundo de crime.

Isto não significa que está sendo julgada a ação de *Caio* adquirir a coisa. Somente compreende-se que em razão daqueles indicadores, *Caio*, que sabia da origem da coisa no momento de a adquirir, ainda sabia ao conduzi-la; e a razão desse saber constitui a ação linguisticamente.

A ação é a de conduzir o veículo, sabendo que ele era oriundo de crime, já que, quando o comprou, devia ter percebido a placa adulterada, o baixo valor e o local de oferta.

Trata-se de uma técnica de imputação possível no caso, eis que nos dois momentos – adquirir e conduzir –, supostamente, *Caio* estaria cometendo o crime. Como analisado no Item 2, a receptação é prevista legalmente com verbos denominadores alternativos, que podem ser utilizados para descrever a ação a partir de diferentes jogos de linguagem.

A respeito desses indicadores, e considerando as técnicas do autor e qual é o contexto no qual se envolve o saber da origem criminosa – e, neste caso, portanto, o dolo –, as partes deveriam debater as regras que interessam no jogo de linguagem da compra de automóveis em redes sociais. As técnicas dominadas aqui seriam a capacidade de desconfiar de discrepâncias de preço e de ofertas feitas por desconhecidos em rede social, e conhecimento sobre placas.

Bem-vinda, no esclarecimento da ação, seria a oitiva de pessoas que participaram do jogo sob o qual o debate se assenta, pois, como apresentado no Item 4, a questão da observância da regra demanda interação dentro do jogo de linguagem. O caso não oferece.

O testemunho de outras pessoas que já realizaram o comércio de veículos em redes sociais seria imprescindível para a interação das partes no sentido de compreender as regras que vigem neste jogo.

⁴⁷ HASSEMER, Winfried. **Los elementos...** P. 925-929.

Não nos importa aqui, contudo, debater quais são as regras no contexto da compra de automóveis, mas sim a aplicação da proposta trazida no Item 5.

O juiz deverá se atear ao discutido: que *Caio*, ao conduzir o veículo, tinha o adquirido sabendo que era proveniente de crime, uma vez que foi ofertado por valor muito baixo, que a placa estava adulterada.

Se condenar com estes fundamentos, não há violação ao dever de motivação – como aqui proposto. Nestes parâmetros, o juiz deve apreciar o debate realizado – sobre a verossimilhança dos elementos, a fixação das regras do contexto, a apreciação das técnicas que o autor dominava, etc. – e proferir a decisão motivada.

A condenação fundamentada em argumento referente à ausência de documentação, por exemplo, ainda que tratasse de informação contida nos autos, seria uma violação. Como o jogo de linguagem da compra de automóveis ilícitos sem documentação, não arguido, não passou pelo crivo do contraditório, e então não pode constituir a ação. Foi sempre mera informação dos autos.

Imagine-se então que o juiz condene com base no fundamento de que o réu, sendo reincidente, conheceria os meandros do crime e, por isso, deveria saber que carros vendidos sem documentação são oriundos de furtos e roubos.

Esta fundamentação toma como premissa uma técnica que não foi debatida. Portanto, violaria o contraditório, pois imputa ao “conhecimento do mundo do crime”, algo sequer cogitado pelas partes.

Caso as alegações finais da acusação fossem outras, e abrangessem a discussão a respeito da reincidência do acusado, imputando-lhe conhecimento do mundo do crime, este fundamento, ainda que não contido na denúncia, poderia ser contraditado pela defesa no ato a seguir. A defesa terá a oportunidade de esclarecer o contexto dos dois crimes anteriormente cometidos pelo acusado, o tempo em que ficou preso, o local de sua prisão, apresentar relatórios psicossociais, enfim, de se defender e contradizer a parte adversária.

Neste caso, o fundamento, caso assim julgasse o magistrado, poderia fundamentar a sentença.

Agora, pense-se que o julgador decida desclassificar a conduta de *Caio* para a modalidade culposa, com base no fundamento de que, sendo o preço muito baixo,

deveria ter presumido a origem do veículo; que somente ter pesquisado a placa no site da Polícia Civil não foi suficiente para caracterizar um compromisso de evitar o resultado.

Tais fundamentos são completamente possíveis.

Imagine-se que o acusador afirme que, no caso proposto, está demonstrado o dolo, amparado no fundamento de que a simples compra de veículo ofertado em grupo de WhatsApp já demonstra, por si só, que o veículo é produto de crime. E que esta fosse a imputação desde a denúncia.

Neste caso, se o juiz condenar nestes termos, não há violação alguma. Mas, tendo a acusação se limitado a isto, o juiz também só até aí poderia interpretar a ação: utilizar-se da técnica dominada – desconfiar da venda em rede social – pelo autor dentro deste jogo, alegando que sua intenção, por isso, estaria configurada.

Note-se, contudo, que seria possível logo indagar se as regras do jogo de compra de automóveis em rede social são realmente estas, considerando que vários veículos são vendidos em rede social de forma lícita.

Similar a esta hipótese, considere-se que o juiz imputasse o elemento subjetivo com base apenas no argumento de que a placa estava adulterada, e que, por isso, o réu teria uma fonte segura que indicasse a origem criminosa do bem. Isto pressupõe o domínio de uma técnica; uma que foi trazida pela acusação desde o início. Tal fundamentação não viola a garantia que se estuda, e seria possível.

Poder-se-ia, daqui em diante, buscar compreender os reflexos estruturais de uma atualização mais ampla, também no procedimento recursal. Vislumbra-se um melhor aproveitamento dos recursos, eis que se teria claramente delimitada a questão a ser julgada em segundo grau no provável caso de recurso da defesa: debater se era possível que *Caio* acessasse este elemento, isto é, as regras deste jogo de linguagem⁴⁸.

Seria, evidentemente, impossível prever todas as hipóteses possíveis no âmbito da livre compreensão humana. Apesar disso, de alguma maneira pôde ser esclarecida a aplicação desta proposta em um caso, ainda que hipotético, corriqueiro na prática penal.

⁴⁸ Mencionou-se anteriormente uma possível atualização mais abrangente, a realizar, que incluía, entre outras, a questão da livre cognição dos autos.

Enfim, nota-se que o livre convencimento, ao se direcionar ao debate das partes, para partir à valoração subsequente, estabelecendo-se o marco de um jogo de linguagem, em sua interação com as técnicas dominadas pelo autor, possibilita uma maior atuação da garantia de segundo grau (como afirmado por FERRAJOLI⁴⁹), que é a motivação das decisões, no respeito ao contraditório das partes.

Notou-se, também, que, além do contraditório, fortalece-se a busca pela imparcialidade do juiz, entendida como *meta* a ser atingida no exercício da jurisdição⁵⁰. Isto ocorre na medida em que este mecanismo, percebendo que as regras da linguagem só podem ser compreendidas num contexto, e alterando o foco da atividade de se convencer, afasta o juiz de um compromisso com a busca da verdade.

Poder-se-ia afirmar que o controle do livre convencimento só poderia ser efetivo na medida em que constituísse um grande quadro de controle das decisões judiciais⁵¹. Para a proposta, contudo, dado o dolo do crime de receptação, buscou-se compreendê-lo através de uma perspectiva procedimental, no marco da linguagem. Por isso, se trata de uma proposta que aí se limita: tendente a afirmar como melhor deve-se desenvolver a relação direito penal e processual penal, a fim de dar aplicabilidade ao previsto como garantia na Constituição, sem que isto signifique a simplificação do processo de julgar. Simplificação que considera-se evitada, dado que em nenhum momento foi proposto o controle sobre a avaliação das provas pelo juiz, mas somente a delimitação do objeto passível de integrar as razões de decidir.

Evidentemente, o juiz poderá se deparar com situações nas quais não concorda com a ação pela qual a acusação optou atribuir ao réu, na medida em que realiza sua própria leitura das provas; mas, por outros motivos, quer condenar. Cada integrante do jogo processual deve ter seu papel bem estabelecido; e o papel do juiz inclui julgar uma pretensão acusatória, e não propô-la. Assim, este ímpeto, apesar de não ser moralmente repreensível, a meu ver, não contribui em nada com a busca de um processo justo. E é precisamente na busca de um processo mais justo que este estudo se situa.

⁴⁹ Ver página 18.

⁵⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito. Curitiba: Ed. da UFPR, a. 30, n. 30, p. 163-198, 1998.

⁵¹ O que se revelou ser impossível com as provas como marco em HARTMANN, Érica de Oliveira. **A parcialidade...** P. 164.

7. CONCLUSÃO

O estudo do tema aqui proposto tomou por base os empreendimentos teóricos da filosofia de WITTGENSTEIN e suas consequências no Direito. Discutiui-se uma nova abrangência para o dever de motivação das decisões penais como forma de controle do livre convencimento do magistrado – na qual ele se refere ao debate das partes –, analisando-o desde os elementos subjetivos do crime de receptação.

Foi proposto, logo de início, um estudo de caso. Entendeu-se, com este estudo, que o contraditório só pode ser exercido no marco de técnicas dominadas por um autor e o jogo de linguagem no qual se insere a ação. Dessa maneira, a própria discussão a respeito dos elementos subjetivos do injusto penal demandou a estipulação de um jogo de linguagem.

Para resolução do caso, acudiu-se inicialmente à legislação penal, em atenção ao princípio de legalidade, explicitando como estavam previstos os elementos subjetivos. Nesta análise, observou-se que a intenção, no crime em questão, estava identificada como um *saber*.

O passo seguinte era, então, o estudo das bases da filosofia da linguagem de WITTGENSTEIN, para que pudesse ser possível a compreensão dessa nova forma de abordar a realidade, como realidade constituída pela própria linguagem. Deparamo-nos com a ideia de linguagem como uso e a primazia dos jogos de linguagem nas relações semânticas. Na medida em que se foi avançando, abordou-se a atribuição procedimental das intenções nas ações, considerando que o arcabouço teórico estava à serviço da resolução do problema do elemento subjetivo no caso hipotético.

Daí em diante, estabelecida a premissa de que o Direito é linguagem e que também constitui a realidade, explorou-se a necessidade de substituição, no direito penal e processual penal, de certas categorias jurídicas, que ainda estão fundamentadas, elas mesmas, no paradigma ontológico.

Enfim, percebeu-se a necessidade de abordar uma atualização possível.

No seio deste intento, viu-se que o livre convencimento do juízo é controlado pelo dever de motivação das decisões, atendendo a exigências do direito ao contraditório. Em razão disso, foi proposto que não basta que o julgador, além de expor suas próprias razões, enfrente um a um os argumentos trazidos pelas partes. Com efeito,

considerando que os fundamentos do magistrado não somente descobrem uma determinada realidade, mas que constituem uma realidade, afirmou-se que melhor atenderia o direito ao contraditório das partes uma nova aceção do dever de motivação. Esta nova aceção do dever de motivar seria, portanto, uma na qual o convencimento do magistrado tivesse de partir dos fundamentos debatidos pelas partes no marco do jogo de linguagem em que a ação se deu.

Para concluir a promessa de resolver o caso, procurou-se demonstrar como seria a aplicação da hipótese aventada, ao procedimentalizar o elemento subjetivo em um caso de suposta receptação. Por fim, concluiu-se que a proposta para a aplicabilidade da garantia de motivação se impõe, a fim de obter-se um processo penal mais justo, amparado no direito ao contraditório.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: parte especial, v. 2** / Paulo César Busato. 2ª edição – São Paulo: GEN-Atlas, 2008.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: parte geral, v. 1** / Paulo César Busato. 3ª edição revista, atualizada e ampliada – São Paulo: Atlas, 2017.

BUSATO, Paulo César. **Dolo e Significado**. In: MARTÍNEZ BUJÁN-PÉREZ, Carlos. et al. *Dolo e direito Penal : modernas tendências* / Carlos Martínez Buján-Pérez...[et al.] ; Paulo César Busato (coordenador). – 2ª edição – São Paulo: Atlas, 2014.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito. Curitiba: Ed. da UFPR, a. 30, n. 30, p. 163-198, 1998.

DANIEL NETO, Carlos Augusto. **Wittgenstein e a desconstrução da metafísica – efeitos sobre a constituição dos fatos jurídicos**. Acessado em <<http://www.revistasapereade.org/index.php/edicoes/anos-anteriores/ano-1-vol-1-12/ano-1-volume-4-novembro-2012/category/6-11-2012-ano-1-volume-4>>, no dia 20 de novembro de 2019.

FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione: teoria del garantismo penale**. 3. ed. Roma : Laterza, 1996. *Apud*. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais** / Antonio Magalhães Gomes Filho. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2001.

GHIZONI DA SILVA, Guilherme. **Wittgenstein, hipótese e uso: as análises do tempo e a pragmática da linguagem, no início da década de trinta**. Publicado em COGNITIO-ESTUDOS: Revista Eletrônica de Filosofia. São Paulo, Volume 6, Número 2, julho – dezembro 2009, pp. 139-146. Centro de Estudos do Pragmatismo – Programa de Estudos Pós-Graduados em Filosofia – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Disponível em < <http://www.pucsp.br/pos/filosofia/Pragmatismo> >.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais** / Antonio Magalhães Gomes Filho. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2001.

HARTMANN, Érica de Oliveira. **A fundamentação das decisões no processo penal brasileiro e a teoria da argumentação de Chaïm Perelman**. Monografia de

final de curso apresentada pela acadêmica Érica Hartmann, sob a orientação do Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, como requisito essencial à obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2002.

HARTMANN, Érica de Oliveira. **A parcialidade do controle jurisdicional da motivação das decisões.** Dissertação apresentada pela mestrandia Érica de Oliveira Hartmann ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade Federal do Paraná, sob a orientação do Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito das Relações Sociais. Curitiba, 2005.

HASSEMER, Winfried. **Direito penal: fundamentos, estrutura, política /** Winfried Hassemer ; organização e revisão Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos ; tradução: Adriana Beckman Meirelles... [et al.] – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.

HASSEMER, Winfried. **Los elementos característicos del dolo.** Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales. Trad. para o Espanhol de María del Mar Díaz Pita. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1990.

JAAKKO, Hintikka. **Uma investigação sobre Wittgenstein /** Jaakko Hintikka, Merrill Hintikka; tradução Enid Abreu Dobranszky. – Campinas, SP : Papirus, 1994. – (Papirus filosofia).

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **A “Concepção Significativa da Ação” de T. S. Vives e sua Corrêspôndência Sistemática com as Concepções Teleológico-Funcionais do Delito.** Tradução de Paulo César Busato. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2007.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **O conceito “significativo” de dolo: um conceito volitivo normativo.** In: Dolo e direito penal : modernas tendências / Carlos Martínez-Buján Pérez...[et al.] ; Paulo César Busato (coordenador). - - 2. ed. - - São Paulo: Atlas, 2014.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal. Parte Geral.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del Sistema Penal.** 2ª. Ed. Acción Significativa y Derechos Constitucionales. Tirant lo blanch, Valencia, 2011.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas** / Ludwig Wittgenstein ; tradução Marcos G. Montagnoli; revisão da tradução e apresentação Emmanuel Carneiro Leão. 9ª edição – Petrópolis, RJ : Vozes; Bragança Paulista, SP : Editora Universitária São Francisco, 2014. (Coleção Pensamento Humano).

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Observaciones (1937)**, Siglo XXI, Madrid, 1991. P. 63. *Apud.* VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del Sistema Penal**. 2ª. Ed. Acción Significativa y Derechos Constitucionales. Tirant lo blanch, Valencia, 2011.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Wittgenstein's Lectures, Cambridge, 1932-1935**, das anotações de Alice Ambrose e Margaret Macdonald, organizado por Alice Ambrose, Oxford, Basil Blackwell, 1979. *Apud.* JAAKKO, Hintikka. **Uma investigação sobre Wittgenstein** / Jaakko Hintikka, Merrill Hintikka; tradução Enid Abreu Dobranszky. – Campinas, SP : Papyrus, 1994. – (Papyrus filosofia).