

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS – UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO**

VINICIUS FERRASSO DA SILVA

**O DEVIDO GARANTISMO PROCESSUAL E A EFETIVA TUTELA DOS
INTERESSADOS NO INTERROGATÓRIO PENAL:
a abertura da escuta alienada dos juristas para a continuidade do
romance em cadeia dworkiniano**

**São Leopoldo
2015**

VINICIUS FERRASSO DA SILVA

**O DEVIDO GARANTISMO PROCESSUAL E A EFETIVA TUTELA DOS
INTERESSADOS NO INTERROGATÓRIO PENAL:
a abertura da escuta alienada dos juristas para a continuidade do
romance em cadeia dworkiniano**

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito, pelo Programa de Pós-Graduação em DIREITO da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS.

Orientador: Prof. Dr. André Callegari

São Leopoldo
2015

S586d

Silva, Vinicius Ferrasso da.

O devido garantismo processual e a efetiva tutela dos interessados no interrogatório penal : a abertura da escuta alienada dos juristas para a continuidade do romance em cadeia dworkiniano / Vinicius Ferrasso da Silva. – 2015.

176 f. : il. ; 30 cm.

Dissertação (mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2015.

"Orientador: Prof. Dr. André Callegari."

1. Sistemas processuais penais. 2. Positivismo-normativo. 3. Direito e literatura. 4. Três subtilitas. 5. Concretização da norma. 6. Integridade. I. Título.

CDU 34

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: “O DEVIDO GARANTISMO PROCESSUAL E A EFETIVA TUTELA DOS INTERESSADOS NO INTERROGATÓRIO PENAL: a abertura da escuta alienada dos juristas para a continuidade do romance em cadeia dworkiniano”, elaborada pelo mestrando **Vinicius Ferrasso da Silva**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 30 de março de 2016.

Prof. Dr. **Leonel Severo Rocha**

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. André Luís Callegari

Membro: Dr. Nereu José Giacomolli

Membro: Dr. Darci Guimarães Ribeiro

Aos meus pais, Arlei e Dalvani, e meus irmãos,
minhas inspirações!

Minha amada e compreensível Cecília e ao nosso
tesouro Valentina!

AGRADECIMENTO

Todo encerramento de um curso, seja aquele do primeiro grau, do segundo grau, do curso técnico, depois das graduações, das especializações, agora, outro Mestrado! Todas são etapas que nunca devem se encerrar na carreira de um advogado, isso mesmo. Não como uma obrigação, mas como um *dever-ser*, com intuito de agregar algo no Direito, preservar o bom e modificar o desprezável, numa busca incansável pelo saber, para construção da boa doutrina, que não se cansa de tentar doutrinar o ensino estandardizado dos advogados, juízes e tribunais.

Somente a sabedoria, alcançada pelo esforço do ensino que conseguiremos alcançar um cenário desejável do direito. Portanto, friso! Não paro nesse degrau, sigo em frente na academia e convido sempre a todos para embarcar nessa caminhada do saber jurídico.

... agradeço:

... ao Prof. Dr. André Luís Callegari pela acolhida nessa orientação e aos seus consideráveis ensinamentos ao longo do Mestrado.

... à minha família, especialmente, meus pais Arlei e Dalvani, aos meus irmãos Darlei, Adriano, Rafael e Igor, e a minha irmã Carini.

... aos meus sobrinhos, Bernardo, Arthur, Miguel e Murilo, e as minhas belas sobrinhas, Luiza, Maria Júlia, Sofia, Rafaela, Pietra.

... às minhas amadas e para sempre companheiras Cecília e Valentina.

“A interpretação não é um ato posterior e ocasionalmente complementar à compreensão. Antes, compreender é sempre interpretar, e, por conseguinte, a interpretação é a forma explícita da compreensão”.¹

¹ Hans-Georg Gadamer.

RESUMO

O presente trabalho visa apresentar as bases para a construção de uma interpretação íntegra do artigo 212 do CPP, mas não fica adstrito ao referido artigo processual penal. Muito pelo contrário, inicia-se com uma análise histórica da evolução dos sistemas inquisitório (*direct examinatio*) e acusatório (*cross-examination*) no Direito estrangeiro, demonstrando a diferença de atuação do magistrado nos modelo anglo-saxão, nos estados europeus e estados latino-americanos, apontando para a mudança paradigmática que fora pretendida após a alteração dada pela Lei 11.690/2008, que inseriu o artigo 212 do CPP e os incisos I e II do artigo 156 do CPP. Em seguida, apresenta-se uma imbricação entre a comédia shakespeariana e a obra de Kantorowicz, demonstrando que a passagem do positivismo-exegético, da proibição de se interpretar, para o positivismo-normativista, produziu o fenômeno da discricionariedade do juiz, o dono da lei, que se movimenta dentro da moldura da norma kelseniana, o que Warat definiu de senso comum teórico dos juristas, demonstra a relação do juiz que inicia a inquirição no interrogatório com a busca da fictícia verdade real. Após a indicação do problema da discricionariedade, demonstram-se as estruturas da compreensão, juntamente com a crítica que Gadamer faz ao processo nefasto de interpretação por etapas. E, de modo a dar seguimento ao processo de compreensão gadameriana, destaca-se a teoria estruturante do direito do jurista alemão Friedrich Müller para que se possa identificar que, quando os juristas realizam a interpretação do artigo 212 do CPP, dada a abertura de produção de provas possibilitada pelos incisos I e II do artigo 156 do CPP, o intérprete olvida-se de realizar uma leitura atenta do artigo 212 do CPP, e por muitas vezes, equivocadamente, supera o conteúdo do texto normativo. Ao final, apresenta-se o caminho alternativo baseado na hermenêutica filosófica, com aportes da teoria do romance em cadeia dworkiniano, que garante compromissos do intérprete com a integridade, e, assim, leva o jurista a retirar-se da cilada kelseniana da mobilidade dentro da moldura da norma contida no positivismo-normativista, conduzindo à obtenção da máxima eficácia da justiça social, e, ao mesmo tempo, respeitando o teor do conteúdo do texto normativo do artigo 212 do CPP na linha da teoria estruturante da norma do jurista alemão Friedrich Müller, e não realizando interpretações por etapa, cindindo compreensão e aplicação, conforme adverte Georg-Hans Gadamer em sua respeitável crítica às três *subtilitas*, que ao fim e ao cabo, apresenta compromissos com o devido garantismo processual penal.

Palavras-chave: Sistemas processuais penais. Positivismo-normativo. Direito e Literatura. Três subtilitas. Concretização da norma. Integridade.

ABSTRACT

This paper presents the basis for building an interpretation part of Article 212 of the CPP, but that is not attached to that criminal procedure article. On the contrary, we start with a historical analysis of the evolution of inquisitorial systems (direct examination) and accusatory (cross-examination) on foreign law, demonstrating the magistrate's action difference in the Anglo-Saxon model, in European states and Latin American states, pointing to the paradigm shift that was required after the change given by Law 11,690 / 2008, which inserted Article 212 of the CPP and the items I and II of Article 156 of the CPP. Then we present an overlap between the Shakespearean comedy, with the work of Kantorowicz, demonstrating that the passage of positivism-exegetical, the prohibition to interpret, to positivism-normative, produced the phenomenon of the judge's discretion, the owner of the law that moves within the frame of Kelsenian standard, which Warat set of theoretical common sense of lawyers, we demonstrate the relationship of the judge who begins questioning the interrogation to the pursuit of fictitious real truth. After the statement of the problem of discretion, we demonstrate the understanding of structures, along with the criticism that Gadamer makes the nefarious process of interpretation in stages. And in order to continue the process of Gadamer's understanding, stand out the structural theory of the German Friedrich Müller Jurist right so that you can identify that when the lawyers perform the interpretation of Article 212 of the CPP, given the evidentiary opening enabled by sections I and II of Article 156 of the CPC, the interpreter forgets you perform a careful reading of Article 212 of the CPP, and often mistakenly exceeds the content of the regulatory text. In the end, then present, the alternate path based on philosophical hermeneutics, with contributions of the theory of the novel in Dworkinian chain, which guarantees interpreter's commitments with integrity, and thus takes the lawyer to withdraw from the Kelsenian trap mobility within the Frame rule in positivism-normative, leading to the achievement of maximum effectiveness of social justice, while respecting the content of the regulatory text of the content of Article 212 of the CPP in line with the structural theory of rule of German jurist Friedrich Müller, and not realizing interpretations, by stage, splitting understanding and application, as Hans-Georg Gadamer warns in his respectable critical to the three subtilitas, that after the cable has commitments with proper criminal procedure garantismo.

Keywords: Criminal procedural systems. Positivism and normative. Law and Literature. Three subtilitas. Implementation of the standard. Integrity.

LISTA DE SIGLAS

| | |
|-----|------------------------------|
| CPP | Código de Processo Penal |
| SCT | Senso Comum Teórico |
| STF | Supremo Tribunal Federal |
| STJ | Superior Tribunal de Justiça |

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO | 11 |
| 2 O SISTEMA ACUSATÓRIO HISTÓRICO | 20 |
| 2.1 O Direito Romano como Fonte Inautêntica do Direito Inglês | 22 |
| 2.2 O Sistema Acusatório e a Vinculação ao Princípio Dispositivo | 24 |
| 2.3 O Sistema Inquisitivo Histórico | 29 |
| 2.3.1 O Sistema Inquisitivo no Olhar da Doutrina Majoritária..... | 31 |
| 2.3.2 A Refutação Histórica às Origens do Sistema Inquisitivo Apresentada pela Doutrina Majoritária | 35 |
| 2.3.3 A Desvinculação da Inércia Judicial Probatória com o Brocardo <i>ne procedat iudex ex officio</i> | 40 |
| 2.4 A Vigência do Direito Acusatório no Estrangeiro | 45 |
| 2.4.1 O Papel Intermediador do Juiz Anglo-Saxão | 47 |
| 2.4.2 O Princípio Acusatório e a Iniciativa Probatória do Juiz Penal nos Estados Europeus..... | 54 |
| 2.4.3 O Princípio Acusatório e a Iniciativa Probatória do Juiz Penal nos Estados Latino-Americanos | 59 |
| 2.4.4 O Princípio Acusatório e a Iniciativa Probatória do Juiz Penal no Brasil: a (In)Definição do Sistema Nacional | 62 |
| 3 O POSITIVISMO-NORMATIVISTA PÓS-KELSENIANO: A ORIGEM DA DISCRICIONARIEDADE DO INTÉRPRETE | 70 |
| 3.1 A Passagem do Positivismo-Exegético para o Positivismo-Normativista: um Modo de Explicar o Modelo de Juiz Discricionário de Shakespeare | 72 |
| 3.2 O Senso Comum Teórico dos Juristas: a Significação Atribuída Institucionalmente aos Mesmos | 82 |
| 3.3 A Imbricação do Direito e Literatura: o Modelo de Juiz Ângelo II Shakespeariano e o Modelo de Juiz <i>Corpus Mysticum</i> da Obra <i>Os Dois Corpos do Rei</i> de Kantorowicz | 89 |
| 3.4 O Modo Comportamental do Juiz no Interrogatório: a Obstinação na Busca da Falácia da Verdade Real | 97 |

| | |
|--|------------|
| 4 HANS-GEORG GADAMER E FRIEDRICH MÜLLER: A INTERPRETAÇÃO NO NÍVEL DA APLICAÇÃO NO DIREITO | 102 |
| 4.1 O Problema Central da Hermenêutica: a <i>Aplicação</i> Presente em toda <i>Compreensão</i>..... | 105 |
| 4.2 A Superação das Três Subtilitas (<i>Intelligendi, Explicandi e Applicandi</i>): Compreender, Interpretar e Aplicar | 109 |
| 4.3 Norma como Produto do Texto Normativo: a Teoria Estruturante de Friedrich Müller como Modo de Correção da Recepção do Art. 212 do CPP | 116 |
| 5 RONALD DWORKIN: UMA RESPOSTA HERMENÊUTICA ADEQUADA AO ARTIGO 212 DO CPP | 131 |
| 5.1 A Oposição de Dworkin ao Positivismo Analítico de H. L. A. Hart: o Direito Enquanto Conceito Interpretativo | 133 |
| 5.2 A Teoria do Romance em Cadeia: a Maneira de Responder Adequadamente no Modo Operante do Interrogatório | 140 |
| 5.3 O Modelo de Juiz Imaginário Hércules: o Esperado Comportamento do Magistrado no Interrogatório Penal | 146 |
| 5.4 A Réplica Necessária do Juiz Hércules: a Equivocada Recepção Metafórica da Função do Juiz Dworkiniano | 150 |
| 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS | 154 |
| REFERÊNCIAS | 166 |

1 INTRODUÇÃO

Tem-se como *tema* desta dissertação: O devido garantismo processual e a efetiva tutela dos interessados no interrogatório penal: a abertura da escuta alienada dos juristas para a continuidade do romance em cadeia dworkiniano.

Apresenta como *problema* o modo de interpretação dos juristas a partir da persistente controvérsia contemporânea oriunda do artigo 212 do CPP. A formulação do problema surgiu da compreensão da necessidade de uma leitura baseada na integridade do artigo 212 do CPP, que inexoravelmente, parte do nível elevado de constrangimento por parte dos juízes, de modo que desempenhe sua função principal de intérprete do texto normativo, despoluindo não o texto em si, este que já se apresenta inovador, mas seus próprios comportamentos arraigados no senso comum teórico que não possibilita uma superação da maneira histórica de condução do interrogatório no interior do processo penal. A norma oriunda do texto, primeiramente como se pode notar na prática dos tribunais, vem trilhando o caminho tortuoso do senso comum teórico dos juristas, que ao mesmo tempo, desrespeita os limites semânticos implicitamente fixados no texto. Diante disso, resulta afirmar que, a formulação da problemática reside na controversa interpretativa do artigo 212 do CPP. Admite-se que, o intérprete possa criar direito

Desse modo, o *objetivo central* será remover o chão linguístico onde está assentada a tradição dos sistemas penais processuais, realizando uma espécie de (des)leitura que manifeste o fenômeno contemporâneo do sistema acusatório descrito dentro dos limites semânticos do artigo 212 do CPP, ainda inobservado por parcela substancial dos intérpretes. Frisa-se ainda que o *objetivo*, pelo qual se pretende alcançar tal fim, se dá com base na condição de possibilidade que a hermenêutica jurídica derivada da hermenêutica filosófica fornece ao intérprete para alcançar a resposta adequada para cada caso concreto.

Quanto aos *objetivos específicos*: apresentar a história dos sistemas processuais penais de modo a corrigir o erro crasso de grande parte da doutrina que considera tais sistemas (inquisitório e acusatório) com características adversas da história, a seguir destacar a passagem do positismo-exegético para

o positivismo-normativista pós-kelseniano², para apontar a fonte do decisionismo, este que se arrasta dentro do imaginário do intérprete até os dias de hoje. Logo após, demonstrar a partir de uma analogia do Direito com a Literatura, a semelhança de comportamento do intérprete ao personagem Ângelo II shakespeariano, com uma imbricação a difícil tarefa de separação dos dois corpos do Rei de Kantorowicz, e ainda, apontar a crítica de Luiz Alberto Warat ao normativismo que denomina de senso comum teórico dos juristas. Após esta primeira etapa de desleitura histórica dos sistemas processuais penais e a identificação da origem da maneira equívoca de se interpretar contemporaneamente, apresentar-se-á a crítica de Gadamer às *três subtilitas*, e de maneira a apresentar uma interpretação plenamente integrada em observância às promessas da modernidade descrita na Constituição Federal do Brasil de 1988, assim como, destacar a teoria estruturante do jurista alemão Friedrich Müller, voltada sempre a concretização da norma ao caso concreto. Como *objetivos específicos* final, sugerir a teoria do Romance em Cadeia de Ronald Dworkin, demonstrando as condições de possibilidades para se atingir uma interpretação de integridade, em observância aos limites semânticos do texto normativo produzido democraticamente.

Encontra como *justificativa* ser um tema de extrema importância, ainda que desprezado por grande parte da doutrina e de parcela significativa dos intérpretes das leis, pois se trata de um direito fundamental do acusado no curso do interrogatório, momento de grande importância no interior do processual penal. Admite-se que no Estado Democrático de Direito, o intérprete crie direito, mas qualquer modo interpretativo que ultrapasse os limites semânticos do texto construído democraticamente, somente pode ocorrer, conforme assinala Lenio Streck nas seguintes hipóteses: a) quando se tratar de inconstitucionalidade; b) quando for o caso de aplicação dos critérios de resolução de antinomias; c)

² Por razões epistemológicas, Warat sustenta a tese de que o positivismo é uma forma de idealismo, porquanto diacronicamente define sua problemática através de um movimento duplo: racional e empírico, conceitual e referencial, que, aceitando sua dialética, ao mesmo tempo está desprezando tanto o idealismo puro como o empirismo ingênuo. Por consequência disso, Warat sustenta que como síntese temos um idealismo crítico, que não admite um conhecimento exclusivamente processado pelo pensamento, sem fazer referência à experiência para constituir a razão em fator determinante do conhecimento a partir da experiência, e um positivismo lógico, que se distancia dos dados sensíveis, desembocando em um conceitualismo vazio e formal, que se conforma com um controle sintático da realidade. Refere-se ainda, a Teoria pura do Direito ao ser reduzida a um conceitualismo. WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito II**. Porto Alegre: Fabris, 1995. p. 14.

quando aplicar a interpretação conforme à Constituição (*verfassungskonforme sinngebung*); d) quando aplicar a nulidade parcial sem redução de texto (*Teilnichtigerkklärung ohne Normtextreduzierung*); e) quando for o caso de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto; f) quando for o caso de deixar de aplicar uma regra em face de um princípio, entendidos estes não como *standards* retóricos ou enunciados performativos.³ E, desde logo, afirma-se que não são estas as hipóteses que se constatam como justificativas dadas pelos intérprete e doutrina majoritária,⁴ quando questionados a respeito de suas interpretações fora dos limites semânticos fornecidos pelo artigo 212 do CPP.

A presente pesquisa busca apresentar um novo modo de observar o fenômeno (recepção do artigo 212 do CPP) que se manifesta todos os dias nas centenas audiências de instruções Brasil a fora, despercebido e (in)compreendido pela parcela majoritária dos intérpretes responsáveis pela aplicação do referido texto normativo, inclusive, fornecendo um modo interpretativo-prescritivo, com critérios dirigidos para a decisão jurídica. Nesse sentido, tem a presente dissertação *natureza aplicada*, uma vez que, tem por finalidade gerar um novo conhecimento para a aplicação na prática forense criminal dirigida à solução de um problema de interpretação de texto de lei específico, despertando o interesse jurídico que, apesar de ser dirigido a análise específica do artigo 212 do CPP, ao final desta pesquisa, surgirá a possibilidade de analisar diversos outros fenômenos de outras áreas do direito. Com relação ao *Método* desta investigação científica, tem-se como o mais apropriado aquele

³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 604-605.

⁴ No Supremo Tribunal Federal, o HC 103.525/PE, da relatoria da Ministra Carmen Lucia, datado de agosto de 2010; HC 107.318/SP, 1ª T., rel. Min. Marco Aurélio, rela. p/ o Acórdão Mina. Rosa Weber, j. 5-6-2012, DJe 204, de 18-10-2012; HC 112.217/SP, 2ª T., rel. Min. Gilmar Mendes, j. 13-11-2012, DJe 240, de 7-12-2012; HC 110.623/DF, 2ª T., rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 13-3-2012, DJe 61, de 26-3-2012; HC 115.336/RS, 2ª T., rela. Mina. Cármen Lúcia, j. 21-5-2013, DJe 105, de 5-6-2013; na mesma linha segue o entendimento da 5ª e da 6ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça: HC 217.691/SP, 5ª T., rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 18-9-2012, DJe de 21-9-2012; HC 278.673/RS, 5ª T., rel. Min. Jorge Mussi, j. 20-5-2014, DJe de 26-5-2014; AgRg no Ag 1.420.725/SC, 5ª T., rela. Mina. Regina Helena Costa, j. 8-5-2014, DJe de 14-5-2014; HC 230.277/SP, 6ª T., rel. Min. Og Fernandes, j. 21-8-2012, DJe de 26-11-2012; RHC 38.435/SP, 6ª T., rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 6-5-2014, DJe de 15-5-2014; AgRg no AREsp 430.876/RS, 6ª T., rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 13-5-2014, DJe de 2-6-2014. NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 479-480 e GOMES, Luis Flávio; CUNHA, Rogerio Sanches; PINTO, Ronaldo. **Comentários às reformas do código de processo penal e da lei de trânsito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 302.

proposto por Hegel, da realização de um percurso dialético, onde a contradição, neste caso a ausência de recepção do art.212 do CPP, exsurge originando uma nova contradição que reclama uma solução.⁵ E para tanto, a referida investigação científica se apropriará de *recurso técnico* tais como: bibliografias *nacional*, fundamentalmente dos professores Dr.Lenio Streck, Dr.André Callegari e Dr. Darci G. Ribeiro, e *estrangeira*, principalmente dos autores Hans Kelsen, Luis Alberto Warat, Hans-Georg Gadamer, Friedrich Müller e Ronald Dworkin. E assim, estima-se que sendo utilizadas as sofisticadas e contemporâneas obras do Direito, ao fim ao cabo, resultará na tão aclamada solução da contradição que o fenômeno impõe para análise.

Cumprе observar que, o método de abordagem desta investigação científica será o fenomenológico-hermenêutico, aquele que possui uma abordagem que não se apega tão somente as coisas factuais observáveis, mas visa a penetrar seu significado e contexto com um refinamento e previsão sempre maiores, por isso, a referida pesquisa apresenta o caráter de interdisciplinariedade do Direito com áreas da Literatura, e fundamentalmente, da filosofia.

Desse modo, o presente trabalho tem como *limitação do problema*, analisar o modo de interpretação dos juristas, emblematicamente frente à controvérsia instaurada a partir da introdução do artigo 212 do Código de Processo Penal (CPP), alteração esta que surgiu através da Lei 11.690/2008 como um pilar democrático no Direito Penal, considerado um período histórico que, supostamente, haveria de consolidar o sistema acusatório, e asseguraria o devido garantismo processual no interrogatório (art. 212 CPP), combinado com a obtenção da máxima eficácia da justiça social (art.156 CPP).

Nota-se que a literalidade do artigo 212 do CPP, que se conforma cotidianamente no imaginário dos juizes com os incisos I e II do artigo 156 do CPP no momento da condução do interrogatório, mesmo que os referidos artigos tratem de momentos processuais distintos, *a priori*, tem resultado na completa confusão desses intérpretes no momento da aplicação da lei, uma vez que um

⁵ A teoria social do devir: aspectos da contribuição hegeliana para o método de investigação científica, o intuito é expor, de maneira sintética, o meio pelo qual Hegel mostra o caminho de apreensão da realidade é, necessariamente, um caminho mimético, do ponto de vista da realização de um percurso dialético. RANIERI. Jesus. **Hegel, Marx e a teoria social do devir**. São Paulo: Boitempo, 2011.

diploma legal se mostra mais acusatório, e o outro mais inquisitivo, e assim, como bem sabe qualquer um que vivencie a prática processual penal brasileira, salvo raras exceções, o magistrado se sente à vontade para produzir a prova que bem entender dentro do processo, não diferenciando os textos de ambos os diplomas legais.

Todavia, ainda que os referidos diplomas pudessem abarcar semanticamente os limites que assegurassem a garantia do sistema acusatório ao menos no interrogatório, uma vez que os incisos I e II do artigo 156 do CPP já autorizam o intérprete a um acentuado grau de autonomia quanto à produção de provas, sempre observada a *necessidade, adequação e proporcionalidade* da medida, percebeu-se que não bastou o legislador colocar na lei, taxativamente, “*sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição*”, de modo que isso acontecesse. Tanto parcela considerável da doutrina, quanto a grande maioria dos juristas, decidiram que onde está escrito que o juiz deve complementar a inquirição, deve-se ler o juiz pergunta o que quer e no momento que quer, em uma espécie ensimesmada de uma razão cínica (*zynischen Vernunft*).⁶

Para alcançar tal fim, é imprescindível incursionar no Capítulo 1 pela evolução histórica dos sistemas inquisitório (*direct examinatio*) e acusatório (*cross-examination*) no Direito estrangeiro, nos países que servem de referência para o Direito brasileiro, demonstrando a diferença de atuação do magistrado no modelo anglo-saxão, nos estados europeus e estados latino-americanos, de modo a compreender a evolução de ambos os sistemas processuais no Direito brasileiro, apontando para a mudança paradigmática que fora pretendida após a

⁶ Cinismo como a falsa consciência esclarecida, uma consciência infeliz modernizada, da qual o Esclarecimento se ocupa ao mesmo tempo com êxito e em vão. Ele aprendeu sua lição sobre o Esclarecimento, mas não a consumou, nem a pôde consumir. Ao mesmo tempo bem instituída e miserável, essa consciência não se sente mais aturdida por nenhuma crítica ideológica; sua falsidade já está reflexivamente conformada. SLOTERDIJK, Peter. **Crítica da razão cínica**. São Paulo: Estação Liberdade, 2012.

alteração dada pela Lei 11.690/2008, que inseriu o artigo 212 do CPP^{7, 8} e os incisos I e II do artigo 156 do CPP.^{9, 10}

Nesse caminho, para demonstrar que tal realidade ainda não se concretizou com a alteração legislativa, e que até mesmo Shakespeare no seu

⁷ O PRESIDENTE DA REPÚBLICA. Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei: [...] “Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição”. (NR). BRASIL. **Lei n. 11.690, de 9 de junho de 2008**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%2011.690-2008?OpenDocument>. Acesso em: 15 jan. 2015.

⁸ Na redação do Novo Código de Processo Penal, o texto do artigo 212 praticamente não se altera. O que se nota é uma Subseção específica para o interrogatório, a saber: **Disposições especiais relativas ao interrogatório em juízo**. Art. 73. No interrogatório realizado em juízo, caberá à autoridade judicial, depois de informar o acusado dos direitos previstos no art. 66, proceder à sua qualificação. Parágrafo único. Na primeira parte do interrogatório, o juiz indagará ainda sobre as condições e oportunidades de desenvolvimento pessoal do acusado e outras informações que permitam avaliar a sua conduta social. Art. 74. As perguntas relacionadas aos fatos serão formuladas diretamente pelas partes, concedida a palavra primeiro ao Ministério Público, depois à defesa. § 1º O defensor do corréu também poderá fazer perguntas ao interrogando, após o Ministério Público. § 2º O juiz não admitirá perguntas ofensivas ou que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem repetição de outra já respondida. Art. 75. Ao término das indagações formuladas pelas partes, o juiz poderá complementar o interrogatório sobre pontos não esclarecidos, observando, ainda, o disposto no § 3º do art. 67. BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=3020ADD007F79D4FA1831015D6E804F5.proposicoesWeb2?codteor=831788&filename=PL+8045/2010>. Acesso: 30/10/2005>. Acesso em: 15 jan. 2015.

⁹ Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (NR). BRASIL. **Lei n. 11.690, de 9 de junho de 2008**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%2011.690-2008?OpenDocument>. Acesso em: 15 jan. 2015.

¹⁰ Já com relação ao artigo 156 do CPP, na redação do Novo Código de Processo Penal, o texto se altera acentuadamente, claro se bem compreendido para uma interpretação adequada. Pois agora localizado na parte “Do Juiz das Garantias”, o juiz somente poderá realizar o pedido de produção de provas consideradas urgentes e não repetitivas, assegurando ao acusado o contraditório e ampla defesa, a saber: Art. 14. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente: VII – decidir sobre o pedido de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa. BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=3020ADD007F79D4FA1831015D6E804F5.proposicoesWeb2?codteor=831788&filename=PL+8045/2010>. Acesso: 30/10/2005>. Acesso em: 15 jan. 2015.

tempo, em *Medida por Medida*¹¹, já denunciava, no Capítulo 2 será realizada uma imbricação entre a comédia shakespeariana, juntamente com a obra de Kantorowicz, demonstrando a passagem do positivismo-exegético, da proibição de se interpretar, para o positivismo-normativista, do juiz dono da lei eivado de espaços para discricionariedades dentro da moldura da norma kelseniana, com aquilo que Warat definiu de senso comum teórico dos juristas, uma espécie de escuta alienada¹², a paralinguagem que está além dos significados para estabelecer em forma velada a realidade jurídica dominante.¹³ Encerra-se o segundo capítulo com a apresentação da relação do juiz que inicia a inquirição no interrogatório com a busca da verdade real, processo pelo qual a verdade do processo penal se revelaria ao juiz (*adequatio intellectus et rei*).

Posteriormente, no Capítulo 3, demonstrar-se-á como são construídas as estruturas da compreensão, além disso apontar-se-á a crítica que Gadamer faz ao processo nefasto de interpretação por etapas, uma vez que a compreensão e aplicação se mostram incidíveis, alertando que a realização da compreensão se dá no projeto de um horizonte histórico, que é apenas um momento na realização da compreensão, denominado de pré-compreensão. Constatar-se-á que Gadamer alerta que não se deve prender na autoalienação de uma consciência passada unicamente (sistema inquisitivo), pois é preciso se

¹¹ Em *Medida por Medida*, Ângelo I, decidiu conforme a letra da lei, eis um trecho “Ângelo I: Para pôr medo às aves de rapina não podemos fazer um espantalho da lei. [...] E seu delito é tal, como parece, que se encontra passível do castigo previsto pela lei”. Ângelo II: “[...] por motivo de sua posição, pudesse libertar facilmente das algemas da lei que envolve a todos, e que meio terreno não houvesse de salvá-lo, exceto o de entregardes a mais rica joia do vosso corpo a essa pessoa. Sem isso, fatal fora a morte dele. Que faríeis?”. SHAKESPEARE, Willian. **Medida por medida**. Tradução de Beatriz Viégas-Faria. Porto Alegre: L&PM, 2012. p. 31;63.

¹² “Os operadores do Direito não revelam nenhum excesso de sensibilidade, ao contrário, as formas dominantes de conceber o Direito conseguem formar operadores sem sensibilidade, corpos sem capacidade de relacionar-se sensivelmente com os outros e com o mundo. Os autistas temem um tipo muito particular de escuta, o que eu chamo de escuta alienada ou de uma escuta cega em relação a tudo o que se deveria escutar, que está relacionado com a capacidade de perceber o que o outro emocionalmente reclama. Não escutam as necessidades emocionais do outro senão caem embriagados com seu próprio canto da sereia. Ulisses quando navegava, atravessava alguns mares cheios de sereias com vozes absolutamente cativantes. Quando os marinheiros as escutavam não conseguiam resistir e se lançavam ao mar, onde terminavam devorados pelo seu canto. O canto dessas sereias terminou consagrado como força de expressão que se refere aos cantos que nos fascinam e nos atraem como chamado, para logo sermos devorados pela sereia que canta”. WARAT, Luis Alberto. **A rua grita Dionísio: direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010. p. 27-50.

¹³ WARAT, Luis Alberto. **A rua grita Dionísio: direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010. p. 15.

recuperar no próprio horizonte compreensivo do presente (sistema acusatório).¹⁴ Neste Capítulo, iniciar-se-á a demonstração do modo que o intérprete pode trabalhar com o antagonismo que representam ambos os diplomas legais, por um lado o artigo 212 do CPP e de outro o artigo 156 do CPP, quando postos em conflito no imaginário do intérprete.

Nesse mesmo Capítulo 3, de modo a dar seguimento ao processo de compreensão gadameriana, destacar-se-á a teoria estruturante do Direito do jurista alemão Friedrich Müller, para que se possa identificar que quando os juristas realizam a interpretação do artigo 212 do CPP,¹⁵ dada a abertura de produção de provas possibilitada pelos incisos I e II do artigo 156 do CPP, o intérprete olvida-se de realizar uma leitura atenta do artigo 212 do CPP, e por muitas vezes, equivocadamente, supera o conteúdo do texto normativo, se inserindo sem qualquer constrangimento no SCT waratiano, com resquícios de discricionariedades oriundas do processo de superação do positivismo-exegético nas décadas de 30 e 40, que sem saber, se deixam levar pela herança kelseniana de não realizarem uma interpretação concreta no nível da aplicação, e assim, acabam cindindo o processo de compreensão e de aplicação, que ao fim e ao cabo resulta em uma interpretação como mero ato de vontade.

No Capítulo 4, demonstrar-se-á então o caminho alternativo, baseado na hermenêutica filosófica, com aportes da teoria do romance em cadeia dworkiniano, que garante compromissos do intérprete com a integridade, e, assim, leva o jurista a retirar-se da cilada kelseniana da mobilidade discricionária dentro da moldura da norma contida no positivismo-normativista, deixando de apresentar-se como Ângelo II shakespeariano e o Rei político dono do poder de

¹⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 14. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2014. p. 405.

¹⁵ “O Brasil é, graças a Constituição de 1988, um Estado Democrático de Direito em todas estas perspectivas. A teoria estruturante do direito não se perde nem na Alemanha, nem por seu efeito sobre o Brasil. “fora do lugar”, nem representa em seu país uma ideia “fora de lugar”. O lugar ao qual ela pertence é precisamente esta forma de Estado Democrático de Direito fundado nos direitos fundamentais das pessoas. Para um país como o Brasil, que vem lutando sempre contra alguns demônios do passado e para a realização do Estado Democrático de Direito, uma tal transferência de teoria parece, no entanto, muito judiciosa e útil – sobretudo porque se trata, no caso da teoria estruturante do direito, de uma teoria da práxis que não somente tem bases na teoria da ação, mas também tem fundamentos necessários da ordem ética. Friedrich Müller em entrevista concedida à Cecília Caballero Lois e Rodrigo Miotto dos Santos. In: MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 312.

Kantorowicz e partícipe do senso comum teórico waratiano, utilizando os incisos I e II do artigo 156 do CPP para assegurar, com todo constrangimento epistemológico necessário para não ultrapassar a limitação explícita (necessidade, adequação e proporcionalidade da medida), a obtenção da máxima eficácia da justiça social, e, ao mesmo tempo, respeitando o teor do conteúdo do texto normativo do artigo 212 do CPP na linha da teoria estruturante da norma do jurista alemão Friedrich Müller, e não realizando interpretações por etapa, cindindo compreensão e aplicação, conforme adverte Georg-Hans Gadamer em sua respeitável crítica às três *subtilitas*, que, ao fim e ao cabo, resulta no devido garantismo processual.

Por fim, no Capítulo 5, uma observação: este trabalho não visa construir um modelo de juiz acusatório inerte, aquele que tão somente conduz o interrogatório no processo penal como presidente dos trabalhos, e com base nas provas derivadas exclusivamente pelas partes, ao final do processo penal tece sua decisão, assim como, defender um juiz dono de si, uma espécie de Ângelo II, em que o direito é aquele que está presente no seu imaginário, produzindo provas livremente como quer e na hora que quer.

O objetivo deste trabalho não é escrever o que já se encontra nos manuais, ou seja, aqui pretende-se remover o chão linguístico onde está assentada a tradição, de modo a possibilitar a construção do devido garantismo processual penal contido no artigo 212 do CPP e a obtenção da máxima eficácia da justiça penal alcançada com a devida observância dos incisos I e II do artigo 156 do CPP, como o meio para se chegar a tal fim, utilizar-se-á a hermenêutica-filosófica, que oferece condições de possibilidades para tratar do referido fenômeno intrigante com integridade, coerência e adequação.

2 O SISTEMA ACUSATÓRIO HISTÓRICO

A doutrina que caracteriza e defende irrestritamente o sistema acusatório tem no Direito inglês, o berço da *common law*, a sua base originária de sustentação, na qual o juiz figura como mero árbitro.¹⁶

Assim como, referindo-se estritamente ao âmbito processual, Luigi Ferrajoli assinala que o sistema acusatório deve basear-se nonexo indissociável entre a garantia dos derechos fundamentais do indivíduo, divisão de poderes e democracia. E, ainda afirma que, somente um direito processual que garanta os direitos do imputado pode minimizar os espaços impróprios da “discricionariedade judicial”, pode oferecer um sólido fundamento para a independência da independência e seu papel de controle das lides.¹⁷

Todavia, tal como observa Andrade, em estudo aprofundado das origens dos sistemas inquisitivo e acusatório, fazendo uma reparação autêntica daquilo que Coutinho defendeu em 1993 no Seminário Nacional sobre o uso do Direito Alternativo, onde sustentou que a gestão da prova estando confiada ao juiz, o sistema seria inquisitivo, e ao contrário, quando em mãos exclusivamente das partes, o sistema seria o acusatório.¹⁸ Diferentemente disso, removendo o chão linguístico onde efetivamente assenta a tradição autêntica, Andrade vai demonstrar que o Direito ateniense, lugar onde o julgador não seria aquele

¹⁶ Para Aroca o princípio acusatório vigente na grande parte dos países europeus surgiu da concepção francesa reconhecida no *Code d'instruction criminelle de 1808 napoleónico*, que foi do Bajo Rin além da Mediodía Pirineos ao longo do século XIX. Naturalmente, después de tantos anos sofreu uma revolução muito precisa. Com efeito, sem dúvida nos dias de hoje, se reconhece que o princípio acusatório teve seu núcleo essencialmente na Europa continental, por meio da imparcialidade do Órgão Jurisdicional frente às partes e objeto do processo, tem-se basicamente a imparcialidade como garantia de independência. AROCA, Juan Montero. **Derecho jurisdiccional III: proceso penal**. 23. ed. Espanha: Tirant to Blanch, 2015.

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón: teoría del garantismo penal**. Prólogo de Norberto Bobbio. Madrid: Trotta, 1995. p. 10. Ainda, Ferrajoli observa que a seleção dos elementos teoricamente tidos como essenciais aos modelos de sistemas penais processuais, está inevitavelmente condicionada por juízos de valores, a causa do nexos que sem dúvida cabe estabelecer entre sistema acusatório e modelo garantista e, por outra parte, entre sistema inquisitivo, modelo autoritário e eficácia repressiva. Com destaque que, isso se torna essencial distinguir no plano metodológico, com toda lucidez, a noção teórica e convencional dos modelos, da reconstrução de seus rasgos empíricos nas diversas experiências históricas, e observado para evitar posições ideológicas sem lastro histórico. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón: teoría del garantismo penal**. Prólogo de Norberto Bobbio. Madrid: Trotta, 1995. p. 563.

¹⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: **Direito alternativo: seminário nacional sobre o uso alternativo do direito**. Rio de Janeiro: ADV, jun. 1993. p. 38. Conferir, ainda, CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: Utet, 1986. p. 32 e seq.

absolutamente inerte, visão esta defendida por Coutinho, este sim seria o berço do sistema acusatório.¹⁹

Precisamente em 509 a.C, com a mudança do período monárquico pelo período republicano, houve a revisão das práticas judiciais aplicadas naquela época, e Roma recorreu ao Direito ateniense em busca de um modelo de persecução penal ajustado aos novos tempos republicanos, assim, o sistema acusatório ateniense seria consolidado sob as bases das Leis das Doze Tábuas em Roma. Desse modo, como pode-se auferir, o sistema acusatório não se originou no Direito inglês, diferentemente daquilo que observa a doutrina majoritária erroneamente, ou seja, que o julgador inserido no sistema acusatório romano se mostrava inerte na fase de julgamento, como pode-se perceber, isso é um erro crasso. Naquela época, de fato, os julgadores não partiam à busca de provas para solucionar as dúvidas. Mas os mesmos julgadores tinham a alternativa de determinar às partes a produção de mais e melhores provas, a fim de que pudessem decidir com algum grau de certeza.²⁰

Os julgadores, tanto do Senado Romano, quanto dos tribunais populares, na época constituídos por números diferentes de integrantes, findadas as fases de apresentação de provas e de debates entre as partes, recebiam os votos A (absolvo), C (condeno) e NL (*non liquet*, não está claro)²¹, que após suas escolhas deveria ser depositado em uma urna. No caso do *non liquet*, o julgador não estava obrigado a decidir por uma das partes, e sendo o número de votos do *non liquet* superior aos da condenação, as partes deveriam apresentar melhores

¹⁹ O sistema surgiu no direito ateniense, sob o argumento de levar a equidade a um processo que somente estava formado pelo acusado e pelo julgador. Para que isso fosse possível, foram limitados os poderes do órgão julgador, transferindo sua legitimidade persecutória a um terceiro sujeito distinto do juiz. Esse sujeito atuaria como acusador, e suas funções poderiam ser exercidas pela vítima, por qualquer cidadão, por um funcionário público ou, inclusive, por um representante do poder central, especialmente nomeado para esse fim. ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 78-100.

²⁰ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 78-100.

²¹ Essa é a postura que alguns julgadores populares podem apresentar antes do julgamento, como é o caso dos próprios jurados no direito brasileiro. Basta lembrar que, antes de decidirem, o magistrado, condutor dos trabalhos (qual seja, o Juiz-Presidente do Tribunal do Júri), deve questioná-los se estão em condições de julgar, ou necessitam de mais e melhores esclarecimentos, que serão prestados por aquele magistrado ou, se necessário, por peritos (art. 480, § 1º, do CPP), havendo, inclusive, a possibilidade de dissolução do Conselho de Sentença e repetição do julgamento. É o *non liquet* no direito brasileiro! ANDRADE, Mauro Fonseca. **Teoria da gestão da prova: um confronto consigo mesma**. Texto resultante da adaptação em forma de artigo do parecer apresentado à Presidência da Associação do Ministério Público do Rio Grande do Sul. [2015]. p. 17.

provas, a denominada *ampliatio*, determinando a repetição do julgamento. No entanto, estas novas provas não partiam dos julgadores pelo simples fato da comodidade dos julgadores, devido ao número expressivo deles, e nem por isso, tinham a sua imparcialidade questionada.²²

2.1 O Direito Romano como Fonte Inautêntica do Direito Inglês

Seguindo o caminho histórico do Direito Romano era de se esperar que o Direito Inglês sofresse sua conformação com base no julgador do sistema acusatório romano, aquele autorizado a solicitar novas provas quando deparado com provas rasas originadas exclusivamente pelas partes. Apesar da estrutura do processo criminal inglês medieval acompanhar o Direito Romano no qual os juízes populares e um magistrado condutor do processo serviam de mediadores das partes. Já com relação aos juízes populares, segundo destaca Moreira, ao contrário do que a grande parcela da doutrina escreve e acredita, a imparcialidade tanto destacada do julgador no modelo inglês existia de fato, mas como se verá a seguir, em que constataremos que derivava de mera conveniência.²³

Nesse período, os julgadores afastavam do núcleo familiar temporariamente os cidadãos acusados para o julgamento, fato que paralisava diretamente as atividades econômicas da família e quanto maior o tempo de afastamento, maior era o prejuízo do acusado. Desse modo, os julgadores se viam obrigados a realizarem rapidamente os julgamentos com base nas provas fornecidas pelas partes, sem que fosse ultrapassado um dia sequer. Assim, observa-se o caráter puro de conveniência, isto é, os julgadores não estavam impedidos de produzirem novas provas, só não o faziam para livrar-se de vez do compromisso do julgamento, assim como, no caso de uma absolvição, ordenar o regresso do acusado ao núcleo familiar.

²² ANDRADE, Mauro Fonseca. **Teoria da gestão da prova**: um confronto consigo mesma. Texto resultante da adaptação em forma de artigo do parecer apresentado à Presidência da Associação do Ministério Público do Rio Grande do Sul. [2015]. p. 17.

²³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos. **Revista Forense**, São Paulo, v. 344, out./dez. 1998. p. 100-101; ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 211-212.

Convém observar que se a origem da inércia judicial deriva originalmente do juízo de conveniência dos julgadores, no entendimento de que as questões discutidas no processo atingem somente interesses de natureza individual ou privada, então, há de ser (re)visto como o sistema acusatório é encarado atualmente.²⁴

Conforme destaca Jolowicz, além da peculiaridade apresentada com relação ao procedimento dos julgamentos populares, ainda a então imparcialidade do julgador inglês foi criada com base exclusivamente na característica desse julgador que era impedido de decidir o processo. Com o declínio dos julgamentos populares ingleses, esta cultura do julgador inerte, ainda tão criticada na Inglaterra, transferiu-se para o juízo singular dos dias de hoje.²⁵

Nesse sentido, a oposição de Andrade à gestão da prova exclusivamente nas mãos das partes, como quer parcela da doutrina brasileira, deriva do fato histórico que o julgador romano não produzia provas no sistema acusatório efetivamente, mas como se nota, por pura conveniência, onde reside uma das (des)leituras históricas dos sistemas. Inclusive, este mesmo julgador tinha liberdade para determinar a produção de provas caso fosse necessário ou conveniente para o processo, e não por vinculação à deficiência das provas apresentadas pelas partes de maneira exclusiva. Nesse ínterim, se o modelo de julgador popular inglês inerte fundamenta-se no modelo de juiz romano representativo-inerte, o que de fato, como se pode verificar, a História não o definiu como tal, mas sim, como um juiz com autonomia suficiente, caso quisesse, produzir provas necessárias ao processo, logo, há uma inversão de valores, firmando o sistema acusatório formado pelo princípio dispositivo, ao invés do princípio acusatório real e verdadeiramente histórico.²⁶

Historicamente, não se encontra qualquer respaldo de modo a afirmar que o julgador acusatório não pudesse ordenar a produção de provas. Com isso,

²⁴ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 211-212.

²⁵ JOLOWICZ, J. A. A reforma do processo civil inglês: uma derrogação do adversarial system?. **Revista Forense**, São Paulo, v. 328, out./dez. 1994. p. 66-68; ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 211-212.

²⁶ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Teoria da gestão da prova**: um confronto consigo mesma. Texto resultante da adaptação em forma de artigo do parecer apresentado à Presidência da Associação do Ministério Público do Rio Grande do Sul. [2015].

esta correção prévia se faz necessária, primeiro para corrigir o erro crasso quando nos referimos às distinções dos sistemas inquisitivos e acusatórios pelo simples fato do lugar da gestão da prova, ou nas mãos exclusivamente do julgador ou das partes; e segundo, para quando nos referirmos aos sistemas no momento de análise do modo de interpretação dos julgadores brasileiros, usarmos as expressões adequadas historicamente, sem permanecermos na linha de erro.²⁷

2.2 O Sistema Acusatório e a Vinculação ao Princípio Dispositivo

No cenário brasileiro, a defesa ao sistema acusatório descrito pela doutrina que defende a gestão da prova de maneira irrestrita nas mãos das partes, sempre se faz por meio da imposição do princípio dispositivo.²⁸ Segundo afirma Ferrajoli, o modelo acusatório histórico pode ser definido como um “*sistema processual que tem o juiz como sujeito passivo rigidamente separado das partes*”, sendo o julgamento um debate paritário, iniciado pela acusação, à qual compete o ônus da prova, desenvolvida com a defesa mediante um

²⁷ Ferrajoli também destaca a confusão de características entre os sistemas processuais penais, a distinção entre sistema acusatório e inquisitório pode ser de caráter teórico ou meramente histórico. Deve se notar que as diferenças identificáveis em teoria não necessariamente são coincidentes em termos históricos, nem sempre logicamente correlacionados uns aos outros. Por exemplo, se partirmos de ambos os modelos teóricos e suas tradições históricas da separação estrita do processo acusatório entre juiz e acusação, a igualdade entre acusação e defesa, publicidade e oralidade do julgamento; não ser dito o mesmo de outros elementos que, mesmo pertencendo historicamente à tradição do processo acusatório, não são logicamente essenciais para o seu modelo teórico, como a discricionariedade da ação penal, a natureza eletiva do juiz, a sujeição dos órgãos de acusação do poder executivo, excluindo a motivação do tribunal do júri, etc. Por outro lado, se são tipicamente característicos do sistema inquisitorial a iniciativa do juiz no nível probatório, a desigualdade de poder entre a acusação e a defesa e o caráter escrito e secreto da instrução, não são, de forma tão exclusiva, institutos nascidos dentro da tradição inquisitiva, como a obrigatoriedade e a irrevogabilidade da ação penal, a natureza pública dos órgãos da acusação, a pluralidade de graus de jurisdição e obrigação do juiz de motivar suas decisões. Esta assimetria tem sido a fonte de muita confusão, dando lugar àquilo que consideramos como até então, elementos essenciais de um ou outro modelo baseado na sua tradição histórica. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón: teoría del garantismo penal**. Prólogo de Norberto Bobbio. Madrid: Trotta, 1995. p. 563.

²⁸ Para Ferrajoli, a prevalência de um sistema acusatório necessita da imparcialidade absoluta do magistrado, da capacitação técnico-normativa, da independência, vinculação à lei, juiz natural, entre outros. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón: teoría del garantismo penal**. Prólogo de Norberto Bobbio. Madrid: Trotta, 1995. p. 576.

contraditório público e oral e solucionado pelo juiz com base em sua livre convicção.²⁹

Todavia, a Corte Constitucional Italiana, em enfrentamento ao questionamento da constitucionalidade dos artigos 190 e 507 do CPP, já se manifestou desvinculando o princípio dispositivo em relação ao sistema acusatório, entendendo-se, ao fim e ao cabo, que a relação de obrigatoriedade ou coexistência entre eles simplesmente não existe. Nesse sentido, como de costume, sempre se fazendo referências e comparações ao Direito estrangeiro, Coutinho, observando as decisões proferidas pelas Seções Unidas da Corte de Cassação e pela Corte Constitucional, fez suas considerações em oposição ao reconhecimento da constitucionalidade dos artigos 190 e 507 do CPP italiano.³⁰

²⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**: teoría del garantismo penal. Prólogo de Norberto Bobbio. Madrid: Trotta, 1995. p. 520.

³⁰ A Lei Delegada nº 81, promulgada em 16 de fevereiro de 1987 revogou de uma vez por todas o Código de Processo Penal de 1930 (Código Rocco), e para haver a adequação às realidades normativas necessárias nos termos da nova Constituição e dos tratados internacionais firmados pela Itália, traçou 105 critérios entre princípios e diretrizes de política criminal, que deveriam estar presentes no novo código. Dentre elas, optou-se expressamente, pela adoção de um processo penal com as características do sistema acusatório (art. 2.1), e pela possibilidade de o juiz dispor da assunção dos meios de prova (critério nº 73), quais sejam: L. 16 febbraio 1987, nº 81. Delega Legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale (Suppl. ord. Alla G.U. Serie gen. nº 62 del 16 marzo 1987). [...] 2.1. Il Codice di procedura penale deve attuare i principi della Costituzione e adeguarsi alle norme delle convenzioni internazionali ratificate dall'Italia e relative ai diritti della persona e al processo penale. Esso inoltre deve attuare nel processo penale i caratteri del sistema accusatorio, secondo i principi ed i criteri che seguono: 73. [...] potere del presidente, anche su richiesta di altri componenti del collegio, o del pretore di indicare alle parti temi nuovi od incompleti utili alla ricerca della verità e di rivolgere domande dirette all'imputato, ai testimoni ed ai periti, salvo in ogni caso il diritto delle parti di concludere l'esame; potere del giudice di disporre l'assunzione di mezzi di prova. ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 108-109. Com a necessidade das reformas determinadas na década de oitenta do século passado, os juristas nomeados pretenderam fazer foi afastar o critério nº 73, arrolado no artigo 2º da Lei Delegada nº 81, que dizia respeito à postura do juiz italiano na fase probatória. Então, ao invés de estabelecer um — potere del giudice di disporre l'assunzione di mezzi di prova (parte final do critério nº 73), parte dos juristas integrantes da comissão entendeu que tal critério estaria relacionado a uma patente nostalgia em relação ao sistema inquisitivo, pois a gestão da prova seguia em mãos do juiz. Portanto, ela deveria estar ausente do futuro código, por incompatibilidade com o sistema eleito, qual seja, o acusatório. ANDRADE, Mauro Fonseca. **Teoria da gestão da prova**: um confronto consigo mesma. Texto resultante da adaptação em forma de artigo do parecer apresentado à Presidência da Associação do Ministério Público do Rio Grande do Sul. [2015]. p. 5. Todavia o Estado italiano permaneceu com a autorização concedida ao juiz de atuar de ofício na fase probatória, com manifesta adaptação de tal critério às exigências de um sistema acusatório, o que se materializou, em especial, junto aos artigos 190 e 507 do código. Ao contrário do que se possa imaginar, a produção de prova ex officio iudicis contou com o apoio de doutrinadores de relevo daquele país COMOGLIO, Luigi Paolo. Prove ed Accertamento dei fatti nel nuovo CPP. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Milano, Fasc. 1, Jan./Mar. 1990. p. 130-132; CORDERO, Franco. **Procedura penale**. 5. ed. Milano: Giuffrè, 2000. p. 602; TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**.

Tradução de Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: RT, 2002. p. 91-95. Viram eles, em tal critério de política criminal, um instrumento de controle excepcional e necessário sobre a atividade das partes – controle, aliás, que já se fazia presente em processos de natureza civil que versassem sobre direitos indisponíveis –, justamente porque o processo penal, bem se sabe, trata de temas de direito público e, por conseguinte, de caráter indisponível. Mas com a entrada em vigor do Código de Processo Penal italiano, novamente se deu início a novos ataques aos artigos 190 e 507. (Art. 190. Diritto alla prova. 1. Le prove sono ammesse a richiesta di parte. Il giudice provvede senza ritardo con ordinanza (495) escludendo le prove vietate dalla legge e quelle che manifestamente sono superflue (190-bis, 4954) o irrilevanti (468). 2. La legge stabilisce i casi in cui le prove sono ammesse di ufficio (70, 195, 224, 237, 507, 508, 511, 603). 11 Art. 507. Terminata l'acquisizione delle prove, il giudice, se risulta assolutamente necessario, può disporre anche di uffici o l'assunzione di nuovi mezzi di provell.). Desse modo, as Seções Unidas da Corte de Cassação italiana tiveram que se pronunciar sobre um questionamento atinente à possibilidade de o juiz determinar, de ofício, a oitiva de testemunhas que não haviam sido arroladas pelo Ministério Público em seu momento oportuno, cuja consequência, em não se admitindo a prova ex officio judicis, levaria à óbvia absolvição do acusado, isto é, o que se discutiu foi a possibilidade de o juiz suprir a omissão probatória do Ministério Público, sem que isso importasse na quebra de sua imparcialidade. Na ocasião, decidiu-se que a interpretação extensiva, ao invés da restritiva, era a melhor indicada ao artigo 507 do código, por estar mais de acordo com a política criminal traçada pelo critério 73 da Lei Delegada nº 81. Logo, a Corte passou a interpretar o artigo 507 não só como autorizador de seu manejo judicial para solver dúvida derivada da atividade probatória das partes, senão também para suprir eventual ausência de produção de provas proporcionada pela omissão de uma ou ambas as partes. (Sentença de 6 de novembro de 1992, MARTIN, in Cass. Pen., 1993, p. 280.). O argumento central da Corte Constitucional foi no sentido da impossibilidade de incidência do princípio dispositivo no direito processual penal italiano, ainda que tal princípio, segundo alguns, fosse consequência da adoção do sistema acusatório pretendido pelo legislador delegante. Melhor explicando, a Constituição e o Código de Processo Penal italianos optaram por determinar que o Ministério Público estivesse vinculado ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, e que, uma vez ajuizada, era indisponível por parte de seu autor. Nessa linha de raciocínio, o princípio dispositivo foi entendido sob um duplo aspecto: primeiro, aquele atinente ao ajuizamento da ação penal, que simplesmente inexiste no direito processual penal italiano; segundo, aquele atinente à condução da ação penal interposta, que foi chamado de — potere dispositivo delle parti in materia di provall, e era o objeto da discussão travada naquele tribunal. ANDRADE, Mauro Fonseca. **Teoria da gestão da prova: um confronto consigo mesma.** Texto resultante da adaptação em forma de artigo do parecer apresentado à Presidência da Associação do Ministério Público do Rio Grande do Sul. [2015]. p. 8. **Ao final, considerou-se que, em razão de a ação penal pública ser indisponível por parte do Ministério Público, não haveria como considerar que a condução desta mesma ação penal fosse encarada como disponível, a ponto de seu autor negligenciar na comprovação dos fatos por ele narrados em sua peça inicial. E, como mecanismo de controle sobre a inércia – proposital ou simplesmente desidiosa – do acusador público no processo, o magistrado condutor do processo foi erigido à condição de garante daquele princípio – o da indisponibilidade da ação penal –, que inegavelmente tem caráter social e supraindividual. Mais que isso, entendeu-se que essa atividade judicial – fiscalizadora na condução do processo pelas partes – não atingiria somente a figura do acusador, senão também do próprio acusado,** possibilitando-o produzir prova ex officio judicis em benefício de ambos os lados da relação processual, — così evitando assoluzioni o condanne immeritatell. Em termos simples, a constitucionalidade do artigo 507 do Código de Processo Penal decorreria dos princípios de legalidade e igualdade, a quem o princípio da obrigatoriedade da ação penal serve de instrumento. (E, del resto, evidente che sarebbe contraddittorio, da un lato, garantire l'effettiva obbligatorietà dell'azione penale contr o le negligenze o le deliberate inerzie del pubblico ministero conferendo al giudice per le indagine preliminare il potere di disporre che costui formuli l'imputazione (art. 409, quinto comma); e, dall'altro, negare al giudice dibattimentale il potere di supplire ad analoghe con dotte nella parte pubblica. L'attribuzione di tale potere ha, anzi, un fondamento maggiore, perché i principi di legalità ed egualianza – di cui quello di obbligatorietà dell'azione à strumento (cfr. Sentenza nº 88 del 1991) –

Nesta oposição Coutinho tratou de atacar os princípios da obrigatoriedade da ação penal e da disponibilidade do processo,³¹ destacando a impossibilidade de ambos os princípios existirem em nosso ordenamento e em um sistema considerado acusatório.³²

De modo a enfrentar a refutação de Coutinho ao posicionamento da Corte Constitucional, Andrade, se utilizando da História invocando o testemunho de Heródoto e Aristóteles³³, sustenta que é possível saber se a relação entre o princípio dispositivo e o sistema acusatório foi extremamente prejudicial à sociedade ateniense, pois, por volta do ano 592 a.C., o tirano Pisístrato foi levado a julgamento por um acusador popular. Entretanto, a presença do acusado intimidou substancialmente seu oponente, tanto que ele simplesmente desistiu do processo, fazendo com que um caso de homicídio daquela época não fosse punido. Conforme Cícero,³⁴ as ameaças contra o acusador se constituíam em um dos fatores determinantes para que eles desistissem de dar seguimento

esigono che il giudice sia messo in grado di porre rimedio anche alle negligenze ed inerze del difensorell (Sentença 111, de 24 de março de 1993, in Cass. Pen., 1993, p. 2.224). O texto integral dessa decisão pode ser encontrado em: www.paginasdeprocessopenal.com.br.)

³¹ Textualmente, afirma esse autor que é preciso ter presente, por todos, o princípio da obrigatoriedade (e que aponta direto para a ação penal, como se sabe da melhor doutrina), assim como o princípio da disponibilidade, dirigido para o conteúdo do processo. Que ação e processo são elementos distintos é despiciendo dizerll. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Mettere Il pubblico ministero al suo posto: ed anche El giudice*. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 17, n. 200, jul. 2009. p. 23.

³² Para Andrade exigir a obrigatoriedade da ação penal, sem que haja a indisponibilidade do processo penal, é o mesmo que dizer — a lei obriga que a ação penal seja ajuizada, mas depois a gente se acerta ...ll, seja em tom de corrupção (de ambas as partes), seja em tom de ameaça (ao acusador, por óbvio). Significa usar a máquina judiciária para superar uma obrigatoriedade que, na prática, poderia ser burlada sem qualquer mecanismo de controle, que só existe para obrigar o início desse mesmo processo. É como se fosse exigida a instauração do processo para que ele fosse fraudado, ainda que por mera desídia de uma das partes. Mas essa lição já nos deu a jurisprudência italiana, há quase 20 anos, o que esvazia a necessidade de repeti-la. ANDRADE, Mauro Fonseca. **Teoria da gestão da prova**: um confronto consigo mesma. Texto resultante da adaptação em forma de artigo do parecer apresentado à Presidência da Associação do Ministério Público do Rio Grande do Sul. [2015]. p. 21.

³³ HERÓDOTO. **Historia**. Livro I. 31,3.. Tradução de Carlos Schrader. Madrid: Gredos, 2000. v. 10: Coleção Los Clásicos de Grecia y Roma. p. 87. ARISTÓTELES. **La Constitución de Atenas**. 16,8. 3. ed. Tradução de Antonio T ovar. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000. p. 82;84; ANDRADE, Mauro Fonseca. **Teoria da gestão da prova**: um confronto consigo mesma. Texto resultante da adaptação em forma de artigo do parecer apresentado à Presidência da Associação do Ministério Público do Rio Grande do Sul. [2015]. p. 21.

³⁴ CÍCERO, Marco Tulio. **Dos Deveres**. XXXI, 112. Tradução de Angélica Chiapeta. Revisado por Wilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 179; ANDRADE, Mauro Fonseca. **Teoria da gestão da prova**: um confronto consigo mesma. Texto resultante da adaptação em forma de artigo do parecer apresentado à Presidência da Associação do Ministério Público do Rio Grande do Sul. [2015]. p. 22

ao processo. Mas, naquela época, havia mecanismos de controle das desistências, quais sejam a *calumnia*, que se destinava a coibir os casos em que o acusador não somente interpunha sua ação com prévio conhecimento de que os fatos imputados ao acusado não eram verdadeiros; o *tergiversatio*, o delito que punia quem dolosamente e injustificadamente desistisse de dar seguimento à condução da ação, e, portanto, do processo; e a *praevaricatio*, o delito que punia o acordo feito pelas partes, em especial para buscar a absolvição do acusado.³⁵

Diferentemente do que sustenta Coutinho, qualquer teoria que se mostre submissa à imposição restrita ao princípio dispositivo, como solução para o processo penal, se torna fragilizada diante da História, pois como se pode perceber, esta estrutura de processo já se apresentou defeituosa, considerada um problema na História de 2.500 anos atrás.

Portanto, se há alguma crítica a ser ventilada quanto ao posicionamento da Corte Constitucional Italiana, ela pode ser direcionada tão somente ao fato que as decisões da Corte no sentido de confirmar a constitucionalidade dos artigos 190 e 507 do CPP italiano foram proferidas no começo da década de noventa do século passado, anteriores, portanto, à reforma constitucional ocorrida na Itália em 1999, que alterou o artigo 111 de sua Carta Maior,³⁶ definindo o que seria processo justo, e introduzindo uma explícita distinção entre os atributos de todo juiz, quais sejam, ser terceiro e ser imparcial.³⁷

A partir dessa alteração constitucional, poderia ser aventado agora um fato novo a determinar a revisão da fundamentação utilizada pelas Cortes Superiores italianas, em virtude de um possível conflito entre as normas da Constituição e as normas do Código de Processo Penal, pois o juiz deveria ser definido agora como um terceiro processual, sendo encarado como um juiz representativo, impedido de ordenar a produção probatória *ex officio judicis*.

Todavia, o entendimento da doutrina processualista italiana tem repellido tal interpretação, mantendo inalterados os argumentos utilizados pela Corte

³⁵ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 91-92.

³⁶ Art. 111, 2. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparciali.

³⁷ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Teoria da gestão da prova**: um confronto consigo mesma. Texto resultante da adaptação em forma de artigo do parecer apresentado à Presidência da Associação do Ministério Público do Rio Grande do Sul. [2015]. p. 9.

Constitucional Italiana, conformando o fato de o juiz italiano dever atuar como um terceiro em todo e qualquer enfrentamento, com a possibilidade de produção probatória *ex officio judicis* complementar. Desse modo, conforme descreve o artigo 111 de sua Carta Maior que o julgador deva comportar-se como terceiro, nada o impede, mesmo sendo terceiro, de fazer uso das condutas autorizadas pelos artigos 190 e 507 de sua lei adjetiva penal,³⁸ posicionamento contrário à parte considerável de nossa doutrina que exclui diligências *ex officio judicis* para dirimir dúvida específica dentro do sistema penal acusatório.³⁹

2.3 O Sistema Inquisitivo Histórico

Na atualidade discute-se muito o sistema utilizado no processo penal, se acusatório ou inquisitivo, de modo objetivo a limitar ou não a produção de prova *ex officio judicis*, e, assim, verificam-se inúmeras conceituações que caracterizam tais sistemas. Nesse caminho, com a definição do Superior Tribunal de Justiça que nosso sistema é o acusatório, iniciou-se uma onda simplória de diferenciação de ambos os sistemas. Como já descrito, o sistema acusatório originou-se com característica adversa da leitura majoritária que caracteriza contemporaneamente os sistemas penais, observando-se uma verdadeira inversão de valores, que apontam o próprio sistema acusatório com as características do tão repudiado sistema inquisitivo narrado nas inúmeras conceituações atuais.

No que tange ao sistema inquisitivo, e não poderia ser de outra maneira, existem diversas reparações a serem apresentadas. De modo a vincular a produção de provas de ofício com o sistema inquisitivo, conforme doutrina encabeçada por Coutinho,⁴⁰ dois fundamentos merecem destaque.

³⁸ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Teoria da gestão da prova**: um confronto consigo mesma. Texto resultante da adaptação em forma de artigo do parecer apresentado à Presidência da Associação do Ministério Público do Rio Grande do Sul. [2015]. p. 9.

³⁹ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Teoria da gestão da prova**: um confronto consigo mesma. Texto resultante da adaptação em forma de artigo do parecer apresentado à Presidência da Associação do Ministério Público do Rio Grande do Sul. [2015]. p. 9.

⁴⁰ Narra Jacinto N. Miranda Coutinho que se o processo tem por finalidade, entre outras, a reconstituição do crime, enquanto fato histórico, através da instrução probatória, é a gestão da prova o princípio unificador que irá identificar se o sistema é inquisitório ou acusatório. Se a gestão da prova está nas mãos do juiz, como ocorre no nosso sistema, à luz do art. 156 (entre outros), estamos diante de um sistema inquisitório COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios do Direito Processual Penal brasileiro. **Separata ITEC**, ano 1, n. 4, jan./fev./mar. 2000. p. 3.

Primeiramente, nas próprias palavras de Coutinho, a doutrina parte do pressuposto que o sistema inquisitorial tenha como origem a Igreja Católica. Sustenta-se também que a produção de prova *ex officio judicis* decorre de um (pre)julgamento por parte do julgador, o que desconsideraria a sua imparcialidade, uma vez que este só busca a incriminação do acusado. Nesse sentido, segundo Franco Cordero⁴¹, afirma-se que o juiz apresentaria quadros mentais paranoicos, decorrentes da prevalência da hipótese criada por ele (culpabilidade do réu) sobre o fato (necessária absolvição do réu, ante a ausência de provas produzidas pela parte adversária).

Em outras palavras, a História demonstrou que o julgador acusatório originário, por motivos de conveniência, não ordenava a produção de provas suplementares, não por objeção de lei, descaracterizando o que se ouve há muitos anos no Brasil que o modelo de juiz acusatório é um julgador inerte.

No mesma linha de refutação da história sobre as características reais dos sistemas processuais penais, Guerrero com base na pesquisa do Professor John Langbein da Universidade de Yale⁴², assinala que o moderno sistema acusatório derivou do rompimento de uma tradição onde a assistência jurídica era escassa, realidade que conduzia o próprio acusado a promover a sua defesa diante do júri e em oposição à acusação do promotor, tudo sob a supervisão do juiz. A pesquisa do Professor Langbein identificou que no Século VXIII o processo penal dos britânicos foi guiado pela máxima “*o inocente que é acusado será capaz de defender-se como o melhor dos advogados*”, enquanto que “*quando alguém distinto fala pelo acusado frequentemente ajuda a descobrir a verdade que o próprio acusado ocultaria*”. Destas características dificilmente poderia originar um modelo de processo inquisitivo, como aquela que a todos nós a literatura nos apresentou como sendo o verdadeiro.⁴³

⁴¹ CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: Utet, 1986. p. 51. ANDRADE, Mauro Fonseca. **Teoria da gestão da prova**: um confronto consigo mesma. Texto resultante da adaptação em forma de artigo do parecer apresentado à Presidência da Associação do Ministério Público do Rio Grande do Sul. [2015]. p. 23.

⁴² LANGBEIN, John H. **The origins of adversary criminal trial**. Nueva York: Oxford Studies in Modern Legal History, 2003. También pueden consultarse LANGBEIN, John H. **Prosecuting crime in the renaissance**: England, Germany, France. Nueva York: Oxford, 1974.

⁴³ GUERRERO, Oscar Julián. **El difícil encuentro entre el proceso penal anglosajón y el proceso penal continental**. 2006. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/R08047-19.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2015.

2.3.1 O Sistema Inquisitivo no Olhar da Doutrina Majoritária

Este sistema pressupõe a convergência das funções de acusar, defender e julgar, unificada nas mãos do inquisidor⁴⁴, o sujeito responsável por todas essas funções.⁴⁵ Conforme sugeri Zilli, é justamente dessa centralização de funções que o referido sistema, historicamente, esteve associado a estruturas políticas igualmente centralizadas, como nos diversos Estados absolutistas.⁴⁶ Em prol da soberania do Estado absolutista, o inquisidor ignorava os mais elementares direitos do acusado, e o imputado era tido como simples objeto de inquisição, não como sujeito detentor de direitos fundamentais no processo.⁴⁷ O argumento de sustentabilidade de supressão dos direitos fundamentais do indivíduo e a permanência do sistema eram a busca da verdade a qualquer custo, não importando os modos utilizados para a consecução de tal mister.⁴⁸

Destacam-se como traços característicos deste período do sistema inquisitório, além da reunião das funções de persecução nas mãos do inquisidor, também o julgamento e defesa nas mãos de um mesmo órgão, a iniciativa do juiz no campo probatório, o caráter escrito e secreto da instrução, a inexistência de partes, a ausência de contraditório e ampla defesa e a adoção do sistema da prova tarifada ou das provas legais, a inexistência de coisa julgada e a concepção do acusado como mero objeto do processo.⁴⁹

⁴⁴ Na obra "El conflicto entre el Sistema Acusatorio y el Sistema Inquisitivo en la crisis institucional jurídica. Un análisis desde el punto de vista de las Ciencias Penales en dos novelistas contemporáneos: Camus y Kafka Por Alberto Castells y Susana I. Crotti", fica claro isso quando o artigo destaca em quadro comparativo a diferença entre os sistemas, sendo o Sistema Inquisitivo representado por (Kafka - O Processo) e o Sistema Acusatório por (Camus - O Extranjeiro). CASTELLS, Alberto; CROTTI, Susana I. **El conflicto entre el Sistema Acusatorio y el Sistema Inquisitivo en la crisis institucional jurídica: un análisis desde el punto de vista de las Ciencias Penales en dos novelistas contemporáneos: Camus y Kafka.** [S.l.:s.n.], 28 maio 2015.

⁴⁵ Segundo a doutrina tradicional de Tourinho Filho: [...] é ele quem inicia, de ofício, o processo, quem recolhe as provas e quem, afinal, profere a decisão, podendo, no curso do processo, submeter o acusado a torturas, a fim de obter a rainha das provas: a confissão. O processo é secreto e escrito. Nenhuma garantia se confere ao acusado. Este aparece em uma situação de tal subordinação, que se transfigura e se transmuda em objeto do processo e não em sujeito de direito. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 83.

⁴⁶ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 39.

⁴⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal.** Coimbra: Coimbra, 1974. v. 1. p. 61.

⁴⁸ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 40.

⁴⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 87-92.

Para Ferrajoli, denomina de inquisitório todo sistema processual em que o juiz procede de ofício à procura, à colheita e à avaliação das provas, produzindo um julgamento após uma instrução escrita e secreta na qual são excluídos ou limitados o contraditório e os direitos de defesa.⁵⁰

Conforme Miranda Coutinho, as raízes do sistema inquisitório estão no período de decadência da antiga Roma, e nasce no *seio da Igreja Católica*, e é descrito pelo autor como o maior engenho jurídico que o mundo conheceu, dada a própria dificuldade de superação do referido sistema. Ao final do Império Romano e com o desespero das populações em feudos na conquista de segurança institui-se o modo de produção da vida medieval, impulsionado pela descentralização política e uma sociedade estruturada em classes composta por *suseranos*, os senhores feudais detentores de domínios e bens de produção, e *vassalos*, os súditos que dedicavam sua fidelidade e trabalho no ato de *homenagem*, como bem de troca, à *investidura* composta por benefícios e terras no sistema de produção feudal. Ainda, figuravam os *cavaleiros*, tidos como o braço armado do poder, e os *clérigos*, que constituíam a classe letrada e iluminada, a qual monopolizava o *saber* e acesso às escrituras sagradas, para delas extrair o *poder* com a interpretação privilegiada, em face da inacessibilidade aos meios de informações, por parte da população.⁵¹

Destaca ainda Coutinho que, com o fundamento de combater a heresia, a qual colocava em dúvida os dogmas e preceitos do catolicismo, pondo em risco o poder supremo da Igreja, o Papa Inocêncio III ordena uma cruzada contra os Albigenses, que se iniciara em 1209, referenciada pelo IV Concílio de Latrão em 1215, com a constituição dos Tribunais de Inquisição, cuja base jurídica residu na *Constitutio Excomuniamus* em 1231, do Papa Gregório IX, para consolidar-se com a Bula *Ad extirpanda*, de Inocêncio IV, em 1252.⁵² Nesta estrutura inquisitória desde a época da Monarquia romana, quando vigorava o procedimento denominado *cognitio*, observava-se a ausência de limitação ao poder do magistrado, que podia instruir o processo da forma que melhor

⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 520.

⁵¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz no processo penal**: crítica à teoria geral do direito processual penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 13.

⁵² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz no processo penal**: crítica à teoria geral do direito processual penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 15.

entendesse.⁵³ Na Roma imperial, o processo inquisitório desenvolveu-se em caráter subsidiário ao acusatório sob a forma da *cognitio extra ordinem*, com os procedimentos de ofício para os delitos públicos, neles incluídos os crimes de lesa-majestade, em que a parte ofendida se identificava com o Estado.

Todavia, foi na Baixa Idade Média, quando se concretizou o controle rígido das doutrinas heréticas, aquelas que declaravam como hereges os indivíduos que se recusavam a repetir o discurso da consciência coletiva, criando novas concepções alicerçadas em diferentes visões da realidade religiosa,⁵⁴ que ocorre o ápice do sistema inquisitório, qualificando todas as ações intentadas que colocassem em risco os dogmas da Igreja Católica, embasadas no Manual dos Inquisidores.⁵⁵ E, como já exposto, os aspectos fundamentais da lógica inquisitorial fundam-se no dogma da verdade absoluta,⁵⁶ que, em nenhuma hipótese, permitia questionamentos contrários à Igreja.⁵⁷

⁵³ LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 152.

⁵⁴ BOFF, Leonardo. Prefácio: inquisição: um espírito que continua a existir. In: EYMERICH, Nicolau. **Manual dos inquisidores**. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993. p. 12.

⁵⁵ O Manual dos Inquisidores foi redigido em 1376, pelo dominicano Nicolau Eymerich, e revisto e ampliado por Francisco de la Peña em 1578, e a gravidade atribuída ao delito de heresia explica o motivo por que o julgador, frente a um fato típico, procedia e perquiria a prova de ofício, dando origem ao chamado processo por investigação, para cuja instauração bastava a existência de boatos de que alguém disse ou fez alguma coisa contra a fé. BOFF, Leonardo. Prefácio: inquisição: um espírito que continua a existir. In: EYMERICH, Nicolau. **Manual dos inquisidores**. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993. p. 17.

⁵⁶ CASTELLS, Alberto; CROTTI, Susana I. **El conflicto entre el Sistema Acusatorio y el Sistema Inquisitivo en la crisis institucional jurídica**: un análisis desde el punto de vista de las Ciencias Penales en dos novelistas contemporáneos: Camus y Kafka. [S.l.:s.n.], 28 maio 2015.

⁵⁷ “Senhor juiz de instrução, o senhor não me perguntou absolutamente nada: brandiu a sua constatação como uma primeira verdade. Isso caracteriza bem o modo como foi conduzido todo este processo”. KAFKA, Franz. **O processo**. São Paulo: Círculo do Livro, 1991. p. 44. Josef K. Nunca cometeu um crime ou violação de uma lei. Ele não sabe seus acusadores, ou por que as acusações feitas contra ele. A partir desse momento estranho você sabe que há um processo contra ele, e começa o processo, que se dá início para o entendimento e em busca de explicações. Assim, ao longo da história, sem sucesso, Josef K. tenta descobrir o porque ele é acusado, pois corre um processo judicial indecifrável e complexo. Superando sua relutância, escolhe um advogado, o primeiro ato que desperta nele um sentimento de culpado, esse personagem adverte que alguns documentos misteriosos podem ser exibidos e usados contra eles, e o julgamento vai durar para sempre. A partir disso, ele começa a ser remetido de uma autoridade para outra, vítima de uma perseguição inexplicável, não consegue ser levado perante os juízes encarregados do processo. E claro, contra Josef. K todas as partes da acusação o consideram culpados, embora ele achasse que o julgamento fosse critério, no caso, o mais desejado. Assim, passa por todos os tipos de situações com funcionários judiciais, advogados, usando os colegas de trabalho, chefes, familiares e amigos, em uma explicação que justifique a forma como a sua vida foi destruída. Sua primeira reivindicação é feita a quem deve proteger os direitos dos cidadãos comuns e respeitável, ou seja, clama ao Tribunal. Porém se ve esmagado por um sistema burocrático e desumanizante. É neste falta de justiça, que avidamente procura ajuda à religião, e acaba descobrindo que o sacerdote faz parte do então Tribunal secreto, em meio a esta incerteza,

Nessa época, submerge o princípio *ne procedat iudex ex officio*⁵⁸, e com ele o fragilizado triângulo processual denominado *actum trium personarum*, exurgindo uma relação direta entre Juiz e réu, como objeto de investigação.⁵⁹

Dessa forma, o Juiz, na busca da verdade forçada inquisitorialmente, poderia inclusive fazer uso arbitrário da tortura, o que fazia da confissão o meio de prova tido pela Igreja por representar uma forma de expiação do pecado,⁶⁰ vez que a heresia era um crime concebido no cérebro e contido dentro da alma do herege, tornando-a um elemento evidentemente importante no ato inquisitório de interrogar o etiquetado herege.⁶¹

Como já referido, para o sistema inquisitório o método de avaliação e valoração da prova considerada era o da prova tarifada, a confissão por si só se bastava para a condenação. Em circunstâncias em que a própria tortura no corpo do herege não era o bastante para se buscar a confissão,⁶² a prisão cautelar se transforma em regra geral do sistema para tal alcance.⁶³ Nessas circunstâncias, que até o final do século XVIII o sistema inquisitorial passou a expandir as jurisdições comuns da Europa continental, além de um mecanismo

sua angústia é resolvida em uma cena de violência, dois agentes vestidos de fraque, integrantes desta organização secreta, o matam através de uma facada no peito. Pode-se ver que por trás de toda essa perseguição, sente-se a presença de culpa, Joseph K. vive apesar da culpa que carrega com ele e ser condenado sem discussão aceitou sua culpa. Sua preocupação é saber quem o acusa e não se realmente é culpado, deixando claro que o problema de culpa provoca concomitantemente o problema da autoridade. KAFKA, Franz. **O processo**. São Paulo: Círculo do Livro, 1991.

⁵⁸ LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 157;160.

⁵⁹ JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 42.

⁶⁰ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 87.

⁶¹ EYMERICH, Nicolau. **Manual dos inquisidores**: escrito em 1376, revisado e ampliado por Francisco de la Peña em 1578. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993. p. 138.

⁶² A difusão da tortura como método de apuração acompanhou o incremento do movimento da Igreja de combate aos hereges. Inicialmente, expediu-se o decreto *Licet ad capiendos* de Gregório IX (1233), arremetido por uma formulação inequívoca na Bula *Ad extirpanda* (1252) da autoria de Inocêncio IV, a partir de quando a aplicação da tortura, prevista para todos os processos contra os suspeitos de heresia, foi delegada a juízes civis. Mais tarde, com a bula *Multorum querela* de Clemente V, a tortura alcançou também os tribunais do Santo Ofício. Conforme Angelis, “*com a tortura, a confissão brotava quase espontaneamente dos lábios dos imputados, cujas carnes vinham dilaceradas por rodas dentadas, torquesas, correntes e outros instrumentos de suplício*”. ANGELIS, Vanna de. **Le streghe**: storia di donne che nacquero fate e morirono amanti del diavolo. 2. ed. Padova: Piemme, 2003. p. 237.

⁶³ LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 161.

de confissão penal, agora mais como um verdadeiro instrumento de dominação política, tornando-se a estrutura processual predominante nos Estados europeus.

2.3.2 A Refutação Histórica às Origens do Sistema Inquisitivo Apresentada pela Doutrina Majoritária

Conforme descrito no capítulo anterior nas palavras de Coutinho, as raízes do sistema inquisitório estão no período de decadência da antiga Roma, e ele nasce no seio da Igreja Católica.⁶⁴ Todavia, este é o erro crasso quando nos referimos a esse sistema, uma vez que o sistema inquisitivo, delineado pela Inquisição Católica, nada mais foi do que a incorporação de um modelo preexistente no Direito romano. Nota-se que a origem do sistema inquisitivo está ligada ao *cognitio*, porém o que consolidou o referido sistema foi a assunção do Cristianismo como religião oficial do Império Romano, durante o império de Constantino. Esse momento histórico que marca precipuamente a sobrevivência do modelo inquisitivo na Igreja Católica, até mesmo a queda do Império Romano.

Nessa linha histórica, mesmo que fosse correta a referência a sistemas processuais penais considerados puros, o que, definitivamente, não se pode concordar, não seria a Igreja Católica a criadora do sistema inquisitivo com esse qualificativo. Vale destacar a importância desse marco temporal, porque não foram somente as regulamentações da Igreja Católica que definitivamente determinaram o sistema inquisitivo, caso esta hipótese fosse acertada, a observação que se faz necessária é que o referido sistema contou com o apoio popular com o intuito de resgatar a paz social desconstruída pela presença do princípio dispositivo do sistema acusatório no período republicano.⁶⁵

A Revolução Francesa, dada a perseguição religiosa itinerante, é apontada como o fim do sistema inquisitivo, que fez a Assembleia Constituinte pós-revolucionária optar por acolher a proposta décadas antes feita por Montesquieu, no sentido de erigir o sistema acusatório romano como o modelo

⁶⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz no processo penal**: crítica à teoria geral do direito processual penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 13.

⁶⁵ TÁCITO, Publio Conelio. **Anales**. Livro I. 2.; Livro I. 4. Tradução de José Luis Moralejo. Madrid: Gredos, 2001. v. 89: Coleção Los Clásicos de Grecia y Roma. p. 5-6;8; ANDRADE, Mauro Fonseca. **Teoria da gestão da prova**: um confronto consigo mesma. Texto resultante da adaptação em forma de artigo do parecer apresentado à Presidência da Associação do Ministério Público do Rio Grande do Sul. [2015]. p. 25.

de processo adequado para uma sociedade pautada pelos ideais revolucionários, medida que, vale destacar, trouxe as mesmas fragilidades do sistema acusatório romano, razão pela qual foi necessária uma nova política criminal para corrigir as falhas do sistema acusatório até então calcado no princípio do dispositivo.⁶⁶

Uma prática comum presente até os dias de hoje é vincular o sistema inquisitivo com a forma liberalista que o exercício de poderes probatórios padece em mãos dos julgadores. Constantemente, descreve-se que a produção *ex officio judicis* nas palavras de Franco Cordero causa uma espécie de quadro paranoico que leva o julgador a posicionar-se contra o réu, ou conduzi-lo para tanto.⁶⁷ Andrade alerta para a ausência da necessária prévia verificação científica, pois a consequência que se destaca desta premissa é que o sistema inquisitivo produz provas somente contra o réu, estando o juiz sempre prestes a condenar o acusado, e isso constitui a prova da ausência de preocupação e comprometimento com a História, pouco importando como o referido sistema foi efetivamente constituído, importando sim, como é defendido pelas correntes oposicionistas. Convém observar, ainda que considerada na Inquisição Católica a única premissa que o juiz se voltava exclusivamente contra o acusado,⁶⁸ esta cairia por terra, pois os regulamentos ou instruções da Inquisição Espanhola simplesmente não admitiam que o juiz produzisse prova contra o réu.⁶⁹

E surpreendentemente, isso fica mais claro em análise às instruções deixadas por Tomás de Torquemada, denominado por Coutinho como o símbolo

⁶⁶ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Teoria da gestão da prova**: um confronto consigo mesma. Texto resultante da adaptação em forma de artigo do parecer apresentado à Presidência da Associação do Ministério Público do Rio Grande do Sul. [2015]. p. 25.

⁶⁷ CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: Utet, 1986. p. 51.

⁶⁸ O processo inquisitório consistiu em peça fundamental na engrenagem da Inquisição, prestando-se ao molestamento, à inflição de castigos e flagelos aos desafetos da Igreja, ficando, dessa forma, completamente escancarado o objetivo de dominação geral da população que norteou o movimento inquisitorial. O método inquisitorial, a partir de sua dupla origem: religiosa e secular, representa uma nova forma de exercício de poder, uma vez que as guerras e os duelos foram substituídos pelas perguntas. FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes. Rio de Janeiro: Nau/PUC, 1996. p. 54 e seq.

⁶⁹ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Teoria da gestão da prova**: um confronto consigo mesma. Texto resultante da adaptação em forma de artigo do parecer apresentado à Presidência da Associação do Ministério Público do Rio Grande do Sul. [2015]. p. 26.

da inquisição,⁷⁰ nas referidas instruções a única referência ao juiz- inquisidor que o permite produzir prova de ofício dizia respeito à busca de novas testemunhas que comprovassem que, aquelas arroladas pelo acusador, haviam prestado depoimento com o ânimo de prejudicar o réu, por inimizade ou corrupção. Isto é, segundo o regulamento de Torquemada, a atividade probatória judicial só poderia ser a favor do réu, e jamais em desfavor do acusado, o que contraria sobremaneira os manuais que caracterizam o sistema inquisitivo contemporaneamente.⁷¹

Da mesma forma, nas instruções de Fernando de Valdés de 1561, o inquisidor espanhol estabeleceu que a tortura somente poderia ser empregada no caso em que requerida com anterioridade na peça acusatória do acusador público, inclusive com a restrição quanto à determinação de ofício pelo juiz. E, ainda, vale repisar, a única referência do inquisidor espanhol, a exemplo das instruções de Torquemada, é no sentido de produção de provas na fase probatória a favor do réu com objetivo de inocentá-lo. Nesse sentido, Andrade, em estudo histórico aprofundado sobre os sistemas, destaca que Carpsódio definiu o perfil psicológico do juiz do sistema inquisitivo com o seguinte brocardo: *ludex supplere debet defensionis rei ex officio*, ou seja, que o julgador deveria suprir *ex officio* a deficiência de provas em favor do acusado.⁷²

⁷⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 46, n. 183, ed. esp., jul./set. 2009. p. 109; ANDRADE, Mauro Fonseca. **Teoria da gestão da prova**: um confronto consigo mesma. Texto resultante da adaptação em forma de artigo do parecer apresentado à Presidência da Associação do Ministério Público do Rio Grande do Sul. [2015]. p. 26.

⁷¹ Instrução 14. Instrucciones fechas en Seuilla año de 1484 por el prior de fancta Cruz. Copilacion delas Infrucciones del Officio dela fancta Inquificion hechas por el muy Reuerendo feñor Thomas de Torquemada Prior del monafterio de fancta cruz de Segouia, primero Inquifidor general delos reynos y feñorios de Efpaña, 1532. A tradução das instruções de Torquemada pode ser encontrada em: ANDRADE, Mauro Fonseca. **Inquisição espanhola e seu processo criminal**: as instruções de Torquemada e Valdés. Curitiba: Juruá, 2006. p. 27. ANDRADE, Mauro Fonseca. **Teoria da gestão da prova**: um confronto consigo mesma. Texto resultante da adaptação em forma de artigo do parecer apresentado à Presidência da Associação do Ministério Público do Rio Grande do Sul. [2015].

⁷² Instrução 21. Copilación delas Infrucciones del Officio dela fancta Inquificion, fechas en Toledo, año de mil y quinientos y fefenta y un años. A tradução das instruções de Valdés pode ser encontrada em: ANDRADE, Mauro Fonseca. **Inquisição espanhola e seu processo criminal**: as instruções de Torquemada e Valdés. Curitiba: Juruá, 2006. Instruções 29 e 38. Copilación delas Infrucciones del Officio dela fancta Inquificion, fechas en Toledo, año de mil y quinientos y fefenta y un años. ANDRADE, Mauro Fonseca. **Teoria da gestão da prova**: um confronto consigo mesma. Texto resultante da adaptação em forma de artigo do parecer apresentado à Presidência da Associação do Ministério Público do Rio Grande do Sul. [2015]. p. 27.

Como se depreende, há uma verdadeira inversão de valores contida nas caracterizações conduzidas pela doutrina majoritária,⁷³ quando se referem aos

⁷³ Para Leonardo Augusto Marinho, o sistema inquisitório fundamenta-se na ideologia da defesa social e instrumentaliza-se na gestão centralizada de poder. Monopolizando toda informação importante, e priorizando o poder concentrado e sem controle, voltado para o direito material. MARQUES, Leonardo Augusto Maurinho. A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do juiz. **Revista de informação Legislativa**, Brasília, ano 46, n. 183, ed. esp., jul./set. 2009. p. 147. Segundo Denilson Feitoza: “O sistema Inquisitivo correspondia à concepção de um poder central absoluto, com a centralização de todos os aspectos do poder soberano (legislação, administração e jurisdição) em uma única pessoa”. FEITOZA, Denilson. **Reforma processual penal**. Niterói: Impetus, 2008. p. 33. O modelo inquisitório, nos dizeres de Gustavo Badaró: “é caracterizado por uma conotação negativa, de uma técnica de investigação que visa principalmente a valores de defesa social”. BADARÓ, Gustavo Henrique R. Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: RT, 2003. p. 108. Segundo José Laurindo Netto, o processo inquisitório passou a subjugar quase toda a Europa, a partir do Concílio de Latrão, de 1215. Originou-se, no ventre da Igreja Católica, com propósito de evitar injustiças, porém as autoridades visualizaram naquele tipo de processo, uma arma poderosa e, por isso, espalhou-se entre os Tribunais, transformando em instrumento de opressão. NETTO, José Laurindo de Souza. **Processo penal: sistemas e princípios**. Curitiba: Juruá, 2003. p. 25. O modelo inquisitório é marcado por um autoritarismo por parte do Estado que assume o papel de acusar, julgar e defender, sendo que o juiz passa a ser um inquisidor. Como bem demonstra Aury Lopes Jr.: O sistema inquisitório muda a fisionomia do processo de forma radical. O que era um duelo leal e franco entre acusador e acusado, com igualdade de poderes e oportunidades, se transforma em uma disputa desigual entre o juiz inquisidor e o acusado. O primeiro abandona sua posição de árbitro imparcial e assume a atividade de inquisidor, atuando desde o início também como acusador. Confundem-se as atividades do juiz e acusador, e o acusado perde a condição de sujeito processual e se converte mero objeto da investigação. LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 61. Para Denilson Feitoza, as características principais do Sistema Inquisitivo são: A reunião dos poderes de acusar e julgar nas mãos do órgão jurisdicional, para não depender da vontade de um particular; a redução do acusado a mero objeto das investigações, deixando de ser sujeito de direitos; o estabelecimento da averiguação da verdade como objetivo principal do procedimento penal, para cuja obtenção de admitiam quaisquer meios, inclusive a tortura. FEITOZA, Denilson. **Reforma processual penal**. Niterói: Impetus, 2008. p. 33. Em linhas estreitas, como bem ressalta José Laurindo de Souza Netto O processo tipo inquisitório puro é a antítese do acusatório. Nele, não há o contraditório, e por isso mesmo, inexitem as regras de igualdade e liberdade processual. As funções de acusar, defender e julgar encontra-se enfeixadas em uma só pessoa: o juiz. É ele quem inicia, de ofício, o processo, quem recolhe as provas e quem, ao final, profere a decisão, podendo, no curso do processo submeter o acusado a torturas (na origem), a fim de obter a rainha das provas: a confissão. O processo é secreto e escrito, nenhuma garantia se confere ao acusado. NETTO, José Laurindo de Souza. **Processo penal: sistemas e princípios**. Curitiba: Juruá, 2003. p. 25. Assim, nos aspectos de produção probatória do tipo processual inquisidor, bem salienta Gustavo Henrique Badaró: No campo probatório, que se liga diretamente ao princípio em análise, no sistema inquisitório, havia intervenção ex officio do juiz, que verdadeiramente se identificava com o acusador. O juiz inquisidor tinha liberdade de colher provas, independentemente de sua proposição pela acusação ou pelo acusado. O acusado normalmente permanecia preso durante o processo. Na busca da verdade material, frequentemente, o acusado era torturado para que se alcançasse a confissão. Em suma, o sistema inquisitório baseia-se em um princípio de autoridade, segundo o qual a verdade é tanto melhor acertada, quanto maiores forem os poderes conferidos ao investigador. Quanto ao método probatório, há uma substituição da concepção argumentativa por uma concepção demonstrativa da prova, baseada nos moldes científicos experimentais. BADARÓ, Gustavo Henrique R. Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: RT, 2003. p. 105. No entender de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, a República Brasileira, adota o sistema inquisitório, como bem salienta: [...] O sistema processual penal brasileiro é, na essência, inquisitório, porque regido pelo princípio

sistemas inquisitivos e acusatórios, e precipuamente, seguidos por ninguém menos que o Superior Tribunal de Justiça, quando suas deficientes caracterizações são comparadas aos esclarecimentos com comprometimento histórico narrados neste trabalho. Reparações realizadas, chega-se à conclusão que conforme demonstram as instruções de Torquemada e Valdés, na Inquisição Espanhola a lógica se inverte, pois, se o juiz do sistema inquisitivo é paranoico, e o juiz-defensor só existe no sistema inquisitivo, então o juiz-defensor é paranoico, mas contra o acusador, por ser entendido como um assistente do acusado. Esse é o resultado prático de um preconceito que assola a doutrina brasileira com relação ao sistema inquisitivo construído por aqueles que não possuem um comprometimento com a história, que inverteu o valor verdadeiro dos sistemas, construindo característica jamais identificadas historicamente, isto é, um preconceito ao sistema inquisitivo que afronta a história do próprio processo penal.

Nesse íterim, observa-se então um relevante erro histórico, seja a doutrina que defende o sistema brasileiro como necessariamente acusatório, seja o STF que denominou o sistema penal brasileiro de acusatório, sem aventar tais especificidades. Pois como se pôde notar, dada as características históricas dos sistemas, ainda que à contrário senso, mesmo com a titularidade da ação penal em mãos do Ministério Público, o sistema processual penal brasileiro, inevitavelmente, confunde características históricas muito próximas ao sistema inquisitivo, diante dos poderes probatórios *ex officio judicis*.

Aufere-se desse modo, se as raízes históricas dos sistemas penais demonstram que no sistema acusatório os julgadores se viam obrigados a realizarem rapidamente os julgamentos com base nas provas fornecidas pelas partes de modo a livrar-se dos julgamentos, não produzindo provas *ex officio judicis* por mero motivo de conveniência, e no sistema inquisitivo, segundo o

inquisitivo, já que a gestão da prova está, primordialmente, nas mãos do juiz, o que é imprescindível para a compreensão do Direito Processual Penal vigente no Brasil. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. Direito alternativo. In: Seminário Nacional Sobre o Uso Alternativo do Direito. Rio de Janeiro: ADV, p. 33-45, 1994 apud NETTO, José Laurindo de Souza. **Processo penal: sistemas e princípios**. Curitiba: Juruá, 2003. p. 25. Segundo as palavras de Paulo Rangel O sistema inquisitivo, assim, não guarda compatibilidade com os direitos constitucionais que devem prevalecer em um Estado Democrático de Direito e, em vista disso, deve ser afastado das legislações contemporâneas que tem o escopo de assegurar ao cidadão as mínimas garantias em apreço à honra da pessoa humana. RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008. p. 47.

regulamento de Torquemada, a atividade probatória judicial só poderia ser a favor do réu, e conforme o inquisidor espanhol Fernando de Valdés a tortura somente era empregada no caso em que requerida com anterioridade na peça acusatória do acusador público, inclusive com a restrição quanto à determinação de ofício pelo juiz, tem-se na afirmação de Coutinho um verdadeiro descomprometimento com as características históricas dos sistemas processuais, uma vez que, para o referido autor, o juiz do sistema acusatório tem apenas a função de garantir as regras do jogo, cabendo somente às partes apresentarem suas provas, com igualdade de armas.⁷⁴

Para corroborar, Andrade vai identificar a contradição que se perpetuou no Brasil com relação às definições dos sistemas processuais sustentadas acentuadamente por Coutinho durante as últimas décadas. Coutinho afirma que o princípio reitor do sistema acusatório seria o princípio dispositivo, e o princípio inquisitivo, no sistema inquisitivo, ambos os elementos fixos de cada sistema, sendo que qualquer outro elemento integrante de cada sistema seria considerado prescindível para a determinação destes, demonstrando que a figura do acusador é dispensável, pois seguindo a lógica histórica que Cordero descreve, este já era presente inclusive na codificação do sistema inquisitivo do Conde Louis de 1670. E, conforme referenciado anteriormente, considerando a igualdade de armas como imprescindível dentro do sistema acusatório, logicamente Coutinho descarta a presença de um princípio reitor único no sistema.⁷⁵

2.3.3 A Desvinculação da Inércia Judicial Probatória com o Brocardo *ne procedat iudex ex officio*

Após a jornada histórica dos sistemas processuais apresentada, demonstrando pormenorizadamente que, no sistema acusatório originado no

⁷⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, n. 188, p. 11-13, jul. 2008. p. 12.

⁷⁵ Segundo Andrade, na visão de Coutinho, agora já seriam dois os elementos fixos ou princípios imprescindíveis – para utilizarmos um qualificativo por ele mesmo empregado em relação ao princípio da igualdade de armas –, a serem encontrados na composição do sistema acusatório: o princípio dispositivo e o princípio da igualdade de armas. ANDRADE, Mauro Fonseca. **Teoria da gestão da prova**: um confronto consigo mesma. Texto resultante da adaptação em forma de artigo do parecer apresentado à Presidência da Associação do Ministério Público do Rio Grande do Sul. [2015]. p. 36-37.

Direito ateniense, o julgador não seria aquele absolutamente inerte, e do ponto de vista do sistema inquisitório, aquele mais desprezado pela doutrina detratadora, o juiz desempenhava a atividade probatória permitida *ex officio judicis* em favor do réu, resta claro e evidente que a tão comentada inércia judicial probatória não guarda nenhuma relação como o brocardo *ne procedat iudex ex officio*.

Conforme Andrade, os autores nacionais que pregam o modelo de juiz inerte dentro do sistema acusatório, de maneira sistemática invocam a lição de Cordero,⁷⁶ o qual afirma que o juiz que busca provas de ofício desenvolve uma espécie de “*quadri mentali paranoide*”.⁷⁷ Porém, inicialmente cabe uma observação, não podemos permanecer repetindo aquilo que Cordero afirmou em 1986 quando lançou sua obra com o marco referencial do juiz inerte, pois naquela época, na Itália, o modelo de investigação criminal era o juzado de instrução, momento que o juiz realizava a função que hoje se aproximaria mais da polícia judiciária que do próprio órgão do Ministério Público, realizando diretamente as investigações criminais. No ano de 1984, o “*Caso De Cubber*”⁷⁸ foi emblemático para que a decisão produzisse a reforma processual penal italiana em 1988, e somente nesse momento histórico cabe a adequada menção da observação de Cordero com relação ao juiz de quadro mental paranoico.

Dito isso, era de se esperar que a referida alteração processual restringisse sobremaneira a produção de provas *ex officio judicis*, porém o Código de Processo Penal italiano permaneceu autorizando o juiz responsável pelo processo a produzir provas de ofício, consoante requisitos estabelecidos para o bom julgamento. O mais relevante por autorizar ao juiz a produção de novos meios de prova foi o artigo 507 do CPP italiano, já abordado em tópico

⁷⁶ CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: Utet, 1986. p. 51.

⁷⁷ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 216.

⁷⁸ Em 1984, o *Caso De Cubber vs. Bélgica*, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos decidiu que “na própria direção, praticamente exclusiva, da instrução preparatória das ações penais empreendidas contra o Requerente, o citado magistrado havia formado já nesta fase do processo, segundo toda verossimilhança, uma idéia sobre a culpabilidade daquele. Nestas condições, é legítimo temer que, quando começaram os debates, o magistrado não disporia de uma inteira liberdade de julgamento e não ofereceria, em consequência, as garantias de imparcialidade necessárias”.

anterior.⁷⁹ Ainda, em meio este revolucionário Código Processo Penal, que era a esperança daqueles interessados em corrigir as falhas originadas do juiz-instrutor, Cordero permaneceu sustentando que “*l’ inquisitore elabora ipotesi in um quadro paranoide*”.⁸⁰

Porém, aqui se repisa aquilo que vem sendo alertado ao longo deste trabalho, isto é, parte significativa da doutrina equivocadamente passou a utilizar a referida expressão para atestar que o juiz do sistema inquisitivo em geral era paranoico na busca de provas, de modo a construir um modelo de juiz inerte dentro do sistema acusatório,⁸¹ usando a colocação de Cordero de modo perpétuo, sem identificar que o autor italiano quando se referiu ao tal “quadro paranoico” do juiz-instrutor inquisitivo, disse isso em plena atividade do juizado de instrução na Itália, assim como, logo após a reforma do código de processo penal italiano, desprezaram inclusive a defesa de Cordero frente ao artigo 507 do CPP italiano. Esse fenômeno se alastrou no Direito brasileiro, uma atitude doutrinária descompromissada com o contexto histórico que não teve a cautela de fazer uma leitura correta em Franco Cordero, proliferando palavras com o sentido desconexo com o objetivo exato do autor italiano. Atualmente, se perguntarmos qual deve ser o comportamento do juiz no sistema inquisitivo, a resposta será: *deve produzir provas de ofício ao dissabor do réu*; se perguntarmos qual o comportamento do juiz inserido no sistema acusatório, como quer a parcela majoritária da doutrina dirigida por Coutinho, a resposta que receberemos: *deve ser inerte*. Esta foi a construção equivocada daqueles que fundaram a teoria da gestão da prova em mãos das partes no Brasil.

Quando Cordero se refere à iniciativa probatória *ex officio judicis* contida no artigo 507 do CPP italiano, ele não realiza qualquer oposição à possibilidade de o julgador determinar de ofício a produção de provas que entenda

⁷⁹ Articolo 507. Ammissione di nuove prove: 1. Terminata l’acquisizione delle prove, il giudice, se risulta assolutamente necessario, può disporre anche di uffici o l’assunzione di nuovi mezzi di prove (disp. Di att 151).

⁸⁰ CORDERO, Franco. **Procedura penale**. 5. ed. Milano: Giuffrè, 2000. p. 21.

⁸¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz no processo penal**: crítica à teoria geral do direito processual penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 32; LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 172; BIZZOTO, Alexandre; JOBIM, Augusto; EBERHARDT, Marcos. Sistema Acusatório: (apenas) uma necessidade do processo constitucional. In: AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli; CARVALHO, Salo de. **A crise do processo penal e as novas formas de administração da justiça criminal**. Sapucaia do Sul: Nota Dez, 2006. p. 17; ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 216-217.

necessárias ao bom julgamento, ainda mais, Cordero iria reconhecê-las como “necessárias”.⁸² Contrariando a leitura da doutrina brasileira conduzida por Coutinho, a posição verdadeira sustentada por Cordero foi no sentido de permanecer afirmando que o juiz-instrutor do sistema inquisitivo se comportava paranoicamente. Mas com uma observação fundamental, o autor italiano ressaltou que o fato de um juiz determinar a produção de provas de ofício não faz dele um paranoico, e muito menos, um juiz que busca prova em desfavor do réu como um inquisidor.

Depreende-se disso que, em conformidade com a história dos sistemas processuais, não quer dizer que um juiz que produza provas de ofício na fase probatória possa vir a definir um sistema processual. Além disso, Cordero afirma que o próprio sistema de processo italiano é acusatório, e autoriza o juiz responsável pelo processo a produzir provas de ofício, consoante requisitos estabelecidos para o bom julgamento, nos termos do artigo 507 do CPP italiano.

E, surpreendentemente, o mais inusitado não é o fato de Cordero não demonstrar oposição à iniciativa probatória *ex officio judicis*, o maior prejuízo repousa na construção realizada pela doutrina no Brasil ainda após vinte anos após a obra de Cordero,⁸³ que segue sustentando somente a expressão que lhe convém,⁸⁴ e assim, esconde-sonega-omite a seus seguidores, aos tribunais e ao meio acadêmico, o verdadeiro sentido que Cordero sustenta contemporaneamente.

Nessa senda, como se percebe, a doutrina que sustenta a gestão da prova no Brasil, ou a sua vinculação do princípio dispositivo ao sistema acusatório, certamente, tão somente considerou a figura do julgador ativo

⁸² Conforme sinaliza Andrade, diz textualmente Cordero: “Il potete istruttorio del giudice sopravvive inalcuni contesti [...]. Sono um resíduo necessário questi poteri d’intervento diretto, coordinati al sistema penale italiano: azione obbligatoria nonché irretirabile; processo a oggetto indisponibile e no sarebbe più, almeno de facto, se a chi giudica fosse negato ogni accesso ala prova. Gli artt. 507 e 603 risolvono l’equazione”. CORDERO, Franco. **Procedura penale**. 5. ed. Milano: Giuffrè, 2000. p. 602; ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 218.

⁸³ Vide notas nº 51 e nº 59 que se referem a doutrina alienada que utiliza-se das palavras de Cordero que somente lhes convem.

⁸⁴ Carvalho e Bizzoto et alii chegam ao ponto de utilizar essa última obra de Cordero como justificativa para a figura do juiz inerte, mas nada referem quanto a nota de rodapé referenciada, onde ninguém menos que o próprio Cordero se apresenta como defensor da figura do juiz ativo. CARVALHO, Salo de. Da necessidade de efetivação do sistema acusatório no processo de execução penal. In: CARVALHO, Salo de (org.). **Crítica à execução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 218; ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

inserido no sistema inquisitivo, desprezando de maneira proposital as palavras ditas por Cordero após a vigência do novo Código de Processo Penal de 1988, proferindo repetidamente a expressão “*quadri mentali paranoide*” que lhes servem para fulgarizar o sistema inquisitivo, e assim, tentar uma implantação forçada do sistema acusatório. Ao contrário, caso os doutrinadores fossem sinceros com seus leitores, ao certo sepultariam a ideia do juiz inerte no sistema acusatório, uma construção ideologicamente pensada de um juiz que nunca existiu na história, uma vez que o julgador acusatório originário não produzia provas de ofício por comodidade e o juiz inquisitivo estava restrito à produção de provas em benefício do acusado, isso é o que realmente se pode depreender da História.

E, quando Cordeiro se referiu ao “*quadri mentali paranoide*”, o autor italiano foi bem claro para aqueles que quisessem se fazer entender,⁸⁵ pois sua referência paranoica foi dirigida ao juiz-instrutor que havia de realizar concomitantemente o papel de investigador. Constatamos que a causa da colocação de Cordero, originou-se verdadeiramente do quadro mental paranoico do juiz inquisidor do “*Caso De Cubber*”, aquele juiz-instrutor e solitário, do processo em que o acusado não possuía o direito do contraditório e qualquer outro direito de defesa. Como se percebe, uma situação totalmente diferente do processo brasileiro contemporâneo, um descabimento que iguala a função do

⁸⁵ Aqui há de ser ressaltado que o embasamento teórico para a compreensão autêntica dos sistemas processuais penais, assim como, do pensamento de Franco Cordero (aquele mal interpretado pela Teoria da gestão da prova no Brasil), se deu no dia da apresentação do Projeto de Pesquisa defendido no dia 1º de junho de 2015 na Universidade do Vale do Rio dos Sinos, intitulado de “*A INTEGRIDADE NA APLICAÇÃO DO ARTIGO 212 DO CPP: uma desconstrução da escuta alienada dos juristas para a continuidade do romance em cadeia dworkiniano*”, que aqui ressalva-se, sua parte histórica estava guiada para se unir aos erros que a doutrina majoritária intenta até os dias de hoje construir no Brasil, ou seja, criticam veementemente o sistema inquisitivo como responsável pela imparcialidade do juiz inquisitivo. Todavia, no dia da defesa do referido Projeto de Pesquisa, além dos ilustres Professores Dr. André Callegari e Dr. Darci Guimarães Ribeiro, também estava o Professor Dr. Mauro Fonseca Andrade, um exímio pesquisador das origens dos sistemas processuais, que ao final de minha apresentação, em comentários à exposição, e me indicou algumas obras que foram essências para a guinada quanto o meu entendimento da historicidade dos sistemas de processos penais, e, fundamentalmente da minha visão quanto a expressão utilizada pelo jurista italiano Franco Cordero. Creio que me junto hoje com uma parcela minoritária da doutrina, mas esta parcela tem compromissos com história do Direito. Por isso, que o Título desta Dissertação agora é O devido garantismo processual e a efetiva tutela dos interessados: *a abertura da escuta alienada dos juristas para a continuidade do romance em cadeia dworkiniano*.

juiz-instrutor de 1984 ao juiz do século XXI, este último que deve atentar para todas as garantias e direitos fundamentais do acusado.⁸⁶

O caminho da doutrina majoritária, que além de apresentar uma desleitura histórica dos sistemas processuais, repete somente o que lhe convém da obra de Franco Cordero, objetivando uma diminuição da função instrutória do julgador como meio de diminuir a probabilidade de provas contra os acusados, sem atentarem que a origem do sistema inquisitório somente produzia provas a favor do acusado. Pois, caso esse julgador do século XXI fizesse como o julgador do sistema inquisitivo descrito por Tomás de Torquemada e Fernando de Valdés em 1561, e viesse a produzir provas tão somente a favor do réu, não seria um meio mais nobre de contar a história e produzir uma teoria coerente. Então, isso foi o que definitivamente Cordero objetivou quando se debruçou em apoio ao artigo 507 do CPP italiano, defendendo uma atividade probatória do juiz em caráter “complementar-limitada-fundamentada” à atuação das partes, similarmente ao nosso artigo 212 do CPP.

2.4 A Vigência do Direito Acusatório no Estrangeiro

Realizada a devida reparação histórica das características dos sistemas processuais, concomitantemente aos esclarecimentos necessários com relação ao posicionamento do autor italiano Franco Cordero, declaradamente mal interpretado pela corrente doutrinária defensora da Teoria da Gestão da Prova no Brasil, cabe agora adentrarmos no Direito estrangeiro para a verificação de suas peculiaridades, pois estas muitas vezes acabam recepcionadas no Direito brasileiro para servirem de bases às alterações legislativas.

Inicialmente, cabe destacar que sistema e princípio são inconfundíveis, uma vez que não representam a mesma ideia. Os sistemas processuais penais podem ser definidos como subsistemas jurídicos, formados a partir de uma reunião, ordenada e unificada, de elementos fixos e variáveis de natureza

⁸⁶ Para corroborar Guerrero destaca que: “En efecto, de la manera en que se plantea en nuestro medio, la recurrida contraposición entre lo acusatorio y lo inquisitivo conduce a errores de apreciación considerables, pues este criterio únicamente aporta rasgos incompletos sobre las formas de investigación y juzgamiento de tradiciones diversas, pero de modo alguno permite conclusiones claras sobre la estructura y la impronta filosófica en que se ha formado cada tradición”. GUERRERO, Oscar Julián. **El difícil encuentro entre el proceso penal anglosajón y el proceso penal continental**. 2006. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/R08047-19.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2015.

processual penal; derivando dos sistemas jurídicos, os sistemas processuais estão formados por elementos fixos, que se destinam a criar e identificar cada sistema, e elementos variáveis, os quais permitem o funcionamento e mobilidade desse mesmo sistema.⁸⁷

Os elementos fixos distinguem-se, de ordem principiológica, e de ordem procedimental. O elemento principiológico relaciona-se diretamente ao princípio reitor de cada sistema, mais especificamente à importância atribuída à figura do acusador. Nos casos dos sistemas processuais penais, cumpre essa função o princípio acusatório, no qual deve ter a presença obrigatória de um acusador distinto do juiz em todo o modelo de processo; e o princípio inquisitivo, que dispensa a presença de um acusador, ficando tal tarefa nas mãos do julgador. Já

⁸⁷ Autores como Habermas e Luhmann que tratam com profundidade a temática não definem objetivamente o conceito de sistema jurídico. No entanto, para que um sistema possa ser considerado como tal se faz necessário a presença de mais de um elemento, seja princípio, HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez**: sobre el derecho y el estado democrático de derecho em términos de teoría del discurso. 4. ed. Madrid: Trotta, 2002; LUHMANN, Niklas. **Sistemi sociali**: fondamenti di una teoria generalii. Bologna: Il Mulino, 1990. LUHMANN, Niklas. **Sociedad y sistema**: la ambición de la teoría. Barcelona: Paidós Ibérica, 1997; ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 37. Os sistemas jurídicos são formados por diversos elementos de natureza civil, tributária, penal e processual penal, a reunião e organização de seus princípios, normas e regras em áreas individualizadas do conhecimento que permite a fragmentação do sistema jurídico, determinando a formação, para cada uma delas, de um subsistema jurídico civil, tributário, penal e processual penal. Por isso, conforme Monton Redondo temos que esses sistemas processuais penais como subsistemas, ou segundo ensina Cuenca Boy como sistemas parciais dos sistemas jurídicos, que se caracterizam pela reunião e organização de elementos de ordem processual penal, permitindo sua investigação e aperfeiçoamento constantes. Nessa linha, para Cintra e Grinover há certo consenso de que os sistemas processuais penais estão formados por princípios, normas ou institutos que podem ser comuns a vários ordenamentos, ou estar presentes somente em alguns. Em razão disso, haveria uma diferenciação entre os elementos que chamamos de fixos e variáveis, alterando essa denominação de acordo com o autor que trate do tema. Assim, para que se possa identificar um determinado sistema processual, é necessária a presença de três elementos que sempre devem estar presentes, como uma espécie de núcleo rígido do sistema processual penal, quanto aos demais, estes poderão ser dispensáveis, uma vez que integram outros sistemas para permitir seu funcionamento. Desse modo, uma aproximação ao conceito dos sistemas processuais penais, de maneira provisória, os define como subsistemas jurídicos formados a partir da reunião ordenada de elementos fixos e variáveis de natureza processual penal. Assim, se realizarmos um comparativo entre as definições realizadas pela doutrina especializada, com relação ao que seriam os sistemas acusatório, inquisitivo e misto, o resultado será a constatação de que somente um número limitado de elementos se faz presente em todas as definições existentes. Agora, constata-se um reduzido grupo de princípios, normas e regras de natureza penal, variavelmente citado não os elevando à categoria de elementos fixos do sistema processual penal analisado. **Disso resulta, uma imensa dúvida no âmbito acadêmico, pois o que um autor definir-se com um sistema acusatório, para outro se subentende como um sistema inquisitivo**. Isso resulta da mínima importância dispensada por eles quanto ao grau de importância entre os elementos presentes em suas definições. [Grifo nosso]. ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 41-44.

o elemento procedimental se refere ao fator ou fatores que, em cada sistema, são determinantes para a abertura do processo judicial de natureza punitiva.⁸⁸

O sistema acusatório exige a presença de dois elementos fixos, respectivamente: o princípio acusatório e o fato de o processo iniciar-se somente com o oferecimento da acusação por órgão independente, os demais elementos, quais sejam, os princípios da oralidade, contraditório e publicidade, são elementos considerados prescindíveis ao longo de todo o processo, ou restringirem sua manifestação em determinadas ocasiões. Já no sistema inquisitivo estão presentes os dois elementos: o princípio inquisitivo, e contrariamente ao sistema acusatório, aqui a abertura do processo pode se dar tanto pelo oferecimento de uma acusação por órgão independente, tanto pela *notitia criminis*, ou mesmo de ofício, seus demais elementos, tais como, os princípios de escritura, segredo e oficialidade, são considerados elementos variáveis em virtude da mesma conclusão narrada com relação aos elementos variáveis do sistema acusatório.⁸⁹

Dito isso, passar-se-á à análise da vigência do princípio acusatório no Direito estrangeiro, uma vez que vigora fortemente no cenário internacional após a segunda metade do século XX, acentuadamente a partir da década de setenta. Logo a seguir destacar-se-ão as características de iniciativa probatória do juiz penal desses estados.

2.4.1 O Papel Intermediador do Juiz Anglo-Saxão

Pelo sistema *common law* o papel do juiz não é dizer o Direito, mas conduzir o processo, dirigi-lo para que o júri decida todas as questões de fato. Nesse sistema, o protagonismo cabe ao júri, o juiz atua como mero intermediário entre as partes e o júri. As partes, em paridade de armas, apresentam seus argumentos, que são direcionados exclusivamente à formação do convencimento dos jurados, cabendo a parte decisória do julgamento aos jurados. O juiz anglo-saxão tem característica de um mediador nato entre o júri e as partes, uma função avessa quando equiparada ao juiz do modelo romano-germânico.

⁸⁸ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 479-481.

⁸⁹ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 479-481.

Conforme descreve Soares, no sistema *common law* uma decisão judicial possui dupla função, o juiz decide o caso *sub judice* e faz coisa julgada, e a decisão tem um efeito para além das partes ou da questão resolvida, criando o denominado precedente.⁹⁰ No *Common Law* a eleição do precedente se caracteriza como fonte primária, sendo tal força vinculativa das decisões, como se registrou, elemento central de tal estrutura jurídica, os precedentes ostentam o condão de vincular a decisão proferida aos casos posteriores, situação esta criticada pelos próprios seguidores do *Common Law* já que, em determinadas oportunidades, pode gerar situações teratológicas.⁹¹

A doutrina do anglo-saxão, conforme destaca Porto, o direito na mesma jurisdição deve dar a mesma resposta para as mesmas questões legais, e ressalva que, justiça imparcial e previsível significa que casos semelhantes serão decididos da mesma forma, em atenção ao princípio da isonomia, independente das partes envolvidas, caso não fosse assim, o planejamento nas demandas iniciais seria de difícil concepção, ainda, o conceito do *stare decisis* representa opiniões razoáveis, consistentes e impessoais, que representa credibilidade do poder judicante junto à sociedade.⁹²

⁹⁰ 1.) Decide o caso *sub judice* e faz coisa julgada (*res judicata* é expressão corrente nos EUA), dizendo os doutrinadores dos EUA que assim se cria o direito, como o legislador, porém limitado às questões em controvérsia (*issues*) e às partes; neste particular, nada de diferente existe quanto ao sistema romano-germânico, salvo no que diz ao poder de “criação” de direito por parte do juiz; 2.) Tem um efeito além das partes ou da questão resolvida (e aqui reside a tipicidade da *Common Law*), pois cria o precedente, com força obrigatória para os casos futuros. Na verdade, o precedente não é uma regra abstrata, mas uma regra intimamente ligada aos fatos que lhe deram origem, razão pela qual, o conhecimento das razões da decisão é imprescindível; não se pode aplicar um precedente fixado em matéria de motivos para divórcio, por exemplo, à resolução de uma questão que verse sobre contratos ou obrigações alimentícias!”. SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law**: introdução ao direito nos EUA. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 40.

⁹¹ Lembre-se, por exemplo, do precedente polêmico existente na Inglaterra, cujo conteúdo dizia que “não era crime o estupro dentro do casamento”. Tal precedente levou, de fato, muito tempo para ser alterado. VIEIRA, Andréia Costa. **Civil Law e Common Law**: os dois grandes sistemas legais comparados. Porto Alegre: Fabris. 2007.

⁹² “(a) Na mesma jurisdição, o direito deve dar a mesma resposta para as mesmas questões legais. Para desenvolver o direito uniformemente e através do sistema judicial, as Cortes devem respeitar as resoluções hierarquicamente superiores. Trata-se, pois, do prestígio ao valor ‘segurança jurídica’. (b) Em segundo lugar, justiça imparcial e previsível significa que casos semelhantes serão decididos da mesma forma, independentemente das partes envolvidas, numa homenagem ao princípio da isonomia. (c) Em terceiro lugar, se na prática fosse de outra forma, isto é, não fossem as decisões judiciais previsíveis, o planejamento nas demandas iniciais seria de difícil concepção. (d) Em quarto lugar, *stare decisis* representa opiniões razoáveis, consistentes e impessoais, a qual incrementa a credibilidade do poder judicante junto à sociedade. (e) Em quinto lugar, além de servir para unificar o direito, serve para estreitar a imparcialidade e previsibilidade da justiça, facilitando o planejamento dos particulares, em face do padrão prefixado de comportamento judicial. Em

Ocorre uma verdadeira restência ao abandono do precedente (*overruling*), uma vez que o precedente como uma fonte de direito, exercendo a função de regulação social, no caso de seu abandono em determinado caso concreto que, em regra, seria plenamente aplicável, resultaria numa violação à base do próprio sistema *Common Law*.⁹³

O precedente se apresenta vinculante quando houver: a identidade de fato; já tenha sido adotado em Corte da mesma jurisdição; não tenha sido modificado ou revisto, ou seja, não tenha sido superado por entendimento mais atual; e quando a matéria jurídica se apresenta idêntica. Em outras palavras, o precedente terá força vinculante se houver identidade com base nos fatos ou nas questões de direito suscitadas (*binding ou leading precedents*), caso contrário servirá apenas de elemento persuasivo (*persuasive precedents*).⁹⁴ E se assim for, o precedente não possuirá caráter vinculante, pois não corresponderá à mesma realidade, isto é, será uma condição meramente análoga, não pertencerá à Corte da mesma jurisdição, ou também, quando por qualquer outra razão, expõe-se como mero elemento de argumentação jurídica, de persuasão (*persuasive precedents*).⁹⁵

No interior do sistema clássico *Common Law*, a interpretação de um precedente clássico é a distinção entre *holding* (*ratio decidendi*) e de *dictum* (originariamente derivado da expressão *obiter dictum*). O *holding* foi aquilo discutido e arguido frente ao juiz, que para alcançar a devida solução foi necessário “fazer” (criar/descobrir) a norma jurídica.⁹⁶ Já *dictum* diz respeito a

resumo, a existência da doutrina da *stare decisis* acredita implementar - modo claro - qualidade e segurança na prestação do serviço justiça e, por decorrência, melhorar o convívio social”. PORTO, Sérgio Giberto. **Precedente vinculante**: estudo em homenagem ao professor Egas Moniz de Aragão. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/textos/artigos/html/Artigo%20final.htm>>. Acesso em: 19 fev. 2016.

⁹³ Segundo Vieira ao lado do fato de se criar certeza para a *Common Law*, outras razões para não se revogar precedentes são os problemas financeiros e contratuais que disso decorreria. Pode ser até que, em certas circunstâncias, um fato que antes era lícito venha a ser considerado ilícito pelo sistema da revogação. O mesmo não acontece com os precedentes que sejam revogados por estatutos. A revogação por Estatuto, assim como se dá na maior parte dos países da família romano-germânica só opera com efeito *ex nunc*, ou seja, não há retroatividade. VIEIRA, Andréia Costa. **Civil Law e Common Law**: os dois grandes sistemas legais comparados. Porto Alegre: Fabris. 2007. p. 127-128.

⁹⁴ MATTEI, Ugo. **Stare decisis**: il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d’America. Milano: Giuffrè, 1988. p. 3.

⁹⁵ LIMA, Leonardo D. Moreira. **Stare decisis e súmula vinculante**: um estudo comparado. Disponível em: <http://sphere.rdc.puc-rio.br/direito/revista/online/rev14_leonardo.html#_ftnref3>. Acesso em: 19 fev. 2016.

⁹⁶ SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law**: introdução ao direito nos EUA. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 42.

tudo aquilo que se afirma na decisão, mas que não é decisivo para o deslinde da controvérsia, sendo, pois, elementos persuasivos e, talvez, no caso, confortadores da decisão proferida.⁹⁷

Como se pode notar, os precedentes apresentam sua importância dentro do *Common Law*. Todavia, segundo destaca Moreira, cada país guarda suas peculiaridades. Nos Estados Unidos, por exemplo, a Suprema Corte não se vincula aos seus precedentes, servindo, pois, como mero *dictum*, muito embora seja raro ela negar suas orientações já lançadas.

Para Garapon e Papapoulos a função de julgar é inerente aos papéis complementares do juiz e do júri, sendo o que o juiz possui a tarefa de dar forma às questões de fato decididas pelo júri, as questões de fato escapam inteiramente aos juízes, que por outro lado vão intervir pontualmente ao longo de todo o processo para decidir questões de Direito relativas à apresentação dos fatos e procedimentos. O juiz anglo-americano facilita o trabalho do júri preparando-o e orientando-o, cabe ao júri o verdadeiro e o falso, distinguir o justo e o injusto. Dizer que o juiz no *common law* é um árbitro não é suficiente, ele é ainda e de preferência o intermediário entre as partes e o júri, este o verdadeiro árbitro que herda a função de dizer o justo e prefigura a forma democrática do poder do povo, justificação que lhe virá tardiamente.⁹⁸

Em tese, os limites da atuação do juiz se encontram dentro de grandes conceitos, tais como respeito ao direito de defesa, direito de produção de prova, direito da parte de ser ouvida, devido processo legal, entre outros. Há nos Estados Unidos precedentes, por exemplo, que garantem a toda pessoa humana residente naquele país o direito irrestrito ao *Due Process of Law*, bem como a não violação de seus direitos fundamentais, tais como, o direito à vida, à liberdade, à livre expressão, ao ir e vir, à propriedade individual, etc. A atuação do juiz parece estar mais voltada à proteção de sua imagem de imparcial perante a sociedade do que propriamente atrelada ao seguimento de alguma orientação doutrinária ou normativa. Nos Estados Unidos essa posição de proteção da imagem fica exacerbada, uma vez que a legitimidade do juiz deriva do voto dos

⁹⁷ SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law**: introdução ao direito nos EUA. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 43.

⁹⁸ GARAPON, Antoine; PAPAPOULOS, Ioannis. **Julgar nos Estados Unidos e na França**: cultura jurídica francesa e common law em uma perspectiva comparada. Tradução de Regina Vasconcelos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 124-125.

cidadãos. No *Common Law* americano, há uma repulsa a aspectos inquisitoriais, seja no processo civil, seja criminal, de forma que se exige moralmente uma neutralidade absoluta do juiz, como se fosse um árbitro que meramente controla o jogo.⁹⁹

Já a posição dos poderes do juiz na Inglaterra distancia-se sensivelmente da empregada nos Estados Unidos. É que, ao passo que naquele país se admite, (por conta da *Civil Procedure Rules* de 1999), que o juiz emita instruções no sentido de especificar as questões para as quais deseja a prova, a maneira como deve ser ela apresentada em juízo (*rule 32.1.*), ou solicite informações adicionais a respeito da prova (*rule 18.1.*), nos Estados Unidos, não se concebe tal tipo de intervenção. Segundo alerta Moreira, aos advogados norte-americanos, de forma alguma lhes agrada a participação ativa do magistrado no momento da colheita das provas orais, porquanto tal situação ocasiona o “roubo” da cena em que os advogados pretendem ser os protagonistas. Segundo refere, “essa idiossincrasia é capaz de induzir numerosos magistrados a timbrar na autocontenção, notadamente nos Estados Unidos onde os juízes são eleitos: aqueles que se candidatam à reeleição não se dispõem com facilidade a alienar a simpatia da classe dos advogados, cuja influência eleitoral costuma ser apreciável.”¹⁰⁰

A posição da questão probatória dentro do *Common Law* é absolutamente particular e se revela muito interessante no que, nos Estados Unidos, se denomina *the law of evidences*, instituto que em realidade é visto e estudado não como um elemento dentro da conjuntura processual, mas, sim, um ramo do Direito, assim ensinado nas *Law School*, por causa da natureza dispositiva das provas no processo criminal, existe um modo privatista e não publicista no processo penal, mesmo movido pelo Estado, uma vez já assentado que não é propriamente em função da parte que toma a iniciativa de exercer o direito de ação que define sua natureza e, sim, em função dos princípios que irão governá-la, assim, esse caráter privatista, ainda que não impossibilite uma iniciativa probatória suplementar do juiz, comporta o caráter de passividade do julgador e do júri.

⁹⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A Suprema Corte norte-americana: um modelo para o mundo?**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. (8. s.: Temas de Direito Processual). p. 239.

¹⁰⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A revolução processual inglesa**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. (9. s.: Temas de Direito Processual). p. 75.

Na Inglaterra, os advogados frequentam as *Inns of Court* (albergues da Corte), que são escolas existentes desde a Idade Média na Inglaterra, onde os estudantes convivem com os juízes, uma espécie de estágio obrigatório para atingir o nível máximo da profissão de advogado (*barristers*), único habilitado a atuar perante os tribunais superiores, representando particulares ou Estado, e também únicos que podem concorrer aos tribunais centrais de Londres. Disso resulta que a proximidade cultural entre o juiz e os advogados ingleses, concomitantemente ao dever de expor todas as provas que são assinaladas às partes no sistema da *common law*, propiciam as bases para que ocorra faticamente o julgador da atividade probatória no modelo em exame.

Ainda, comporta o modelo anglo-saxão o papel do Ministério Público que exerce, segundo seu juízo de conveniência e oportunidade, uma ampla disponibilidade da ação penal, inclusive, no modelo norte-americano com preponderância ao próprio Poder Judiciário em relação à persecução penal, tanto em relação à discricionariedade do exercício do direito de ação, quanto, principalmente, ao poder exclusivo do Ministério Público de negociar com a defesa do acusado, a própria acusação e a pena a ser aplicada ao réu (*plea bargaining*), cabendo ao juiz a homologação dos referidos acordos de culpa (*guilty pleas*), que são geralmente celebrados com crimes menos graves, de modo a evitar a acusação por crimes mais graves.

Como se percebe, quando está presente uma cultura que distancia o julgador dos meios de prova, não há de estranhar que o juiz anglo-americano esteja alheio à iniciativa probatória, pautado pela solução do conflito penal por muitas vezes de maneira consensual. Fato relevante a ser destacado, refere-se à legitimidade da atuação discricionária do Ministério Público norte-americano, uma vez que a investidura de seus membros no âmbito federal se dá por nomeação do Presidente da República, no plano dos Estados, em sua grande maioria, por eleição. Disso resulta afirmar que, indiretamente, podemos afirmar que a investidura do representante do Ministério Público é popular, a explicação adequada para explicar a atuação discricionária na persecução penal, essa situação salienta-se, originou da onda de crimes nos Estados Unidos com o reconhecimento da incapacidade do Estado de administrar a política criminal americana com êxito, o que conduziu o Estado americano a entregar ao

Ministério Público o referido mecanismo de controle discricionário do acesso penal ao Poder Judiciário.

Resulta afirmar que, no modelo americano a posição do juiz em relação à prova é muito mais “fria” do que aquela que, hoje, se percebe no modelo inglês. Por conseqüência da *Civil Procedure Rules*, cujo objetivo foi tornar o processo inglês mais célere, menos dispendioso e efetivo (procurando-se, com isso, afastar a insatisfação social que estava até então se observando), o Direito inglês passou a ostentar uma tônica próxima da *Civil Law* e contrária à visão do sistema adversarial, por meio do qual o juiz, assim como ocorre nos Estados Unidos, tem uma posição mais distante. De fato, em face da legislação inglesa, agora, expressamente incumbe ao juiz uma postura mais reguladora e condutora dos rumos do processo, inclusive, na fase probatória.¹⁰¹

Com efeito, o *Civil Procedure Rules* inglês, expressamente arrola uma série de medidas que bem demonstram atualmente, de forma exemplificativa, os poderes do juiz naquele país. É a regra n. 3.1. que registra caber ao juiz: dilatar ou encurtar prazos; adiar ou antecipar audiências; ordenar à parte ou ao seu representante que compareça ao tribunal; realizar audiências ou colher prova por telefone ou outro meio de comunicação oral direta; determinar que se processe em separado parte da matéria litigiosa; suspender total ou parcialmente o curso do feito, quer em termos genéricos, quer até a data ou acontecimento especificado; reunir processos; julgar duas ou mais causas na mesma ocasião; ordenar o julgamento separado por qualquer questão; estabelecer a ordem em que as questões serão decididas; excluir a apreciação de alguma; rejeitar ou proferir julgamento após decisão de questão preliminar, entre outras disposições, calhando notar que as referências legais não são taxativas, conforme dá a entender o próprio *Civil Procedure Rules*.¹⁰²

Para encerrar, conforme destaca Guerrero, convém observar que o modelo de processo anglo-saxão vem ganhando espaço frente ao processo penal de origem continental, pelo menos naquilo que corresponde à cultura jurídica do Ocidente dos últimos sessenta anos, a tendência parece estar marcada a uma orientação aos modelos processuais americano e inglês. Adverte

¹⁰¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A revolução processual inglesa**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. (9. s.: Temas de Direito Processual). p. 75.

¹⁰² MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A revolução processual inglesa**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. (9. s.: Temas de Direito Processual). p. 75.

o autor que, assim como evidenciado no Item 2.4.1, há diferenças acentuadas entre os países, enquanto aos pontos de vista e as valorações realizadas sobre a recepção dos referidos modelos.¹⁰³ Alerta Guerrero que, a opção pela velha dicotomia (acusatório-inquisitório) que sempre permeou a discussão no último século, merece uma reformulação básica, porque não pode continuar a omitir o resultado recente da pesquisa histórica de Máximo Langer,¹⁰⁴ que aprofundou a problemática com propostas sérias de reformulação da visão tradicional dos sistemas, destaca o autor que é equivocado diferenciar estruturas abordadas justiça criminal anglo-saxónica e tradição continental.¹⁰⁵

2.4.2 O Princípio Acusatório e a Iniciativa Probatória do Juiz Penal nos Estados Europeus

Na Alemanha, quando analisamos o sistema processual penal, considerando o elemento principiológico ligado ao princípio reitor acusatório que exige a presença obrigatória de um acusador distinto do juiz no processo penal, auferimos a presença do princípio acusatório, já que há uma separação das funções entre acusar e julgar, estando a abertura do processo oral condicionada ao exercício da ação pelo Ministério Público, ficando o Tribunal impedido de estender o processo pendente a outras pessoas nem a outros fatos que se atribuem ao acusado. Além disso, se permite a iniciativa probatória do juiz penal, conforme disposição do § 244.II da *Strafprozessordnung* de 1975, que consagra o dever de esclarecimento ou averiguação (*Aufklärungspflicht*), permitindo o Tribunal a produzir provas que sejam relevantes para a solução do caso.¹⁰⁶

¹⁰³ GUERRERO, Oscar Julián. **El difícil encuentro entre el proceso penal anglosajón y el proceso penal continental**. 2006. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/R08047-19.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2015.

¹⁰⁴ Un enfoque afortunado sobre el tema, con una excelente apreciación de las fuentes, en LANGER, Máximo. La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. In: MAIER, Julio; BOVINO, Alberto (Comp.). **El procedimiento abreviado**. Buenos Aires: del Puerto, 2001. p. 97-136.

¹⁰⁵ GUERRERO, Oscar Julián. **El difícil encuentro entre el proceso penal anglosajón y el proceso penal continental**. 2006. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/R08047-19.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2015.

¹⁰⁶ PICO I JUNOY, Joan. **O juiz e a prova**: estudo da errônea recepção do brocardo iudex iudicare debet secundum allehata et probata, non secundum conscientizam e sua repercussão atual. Tradução de Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 117.

Todavia, segundo os arts. 170 e ss. do Código de Processo Penal alemão, não revogado pela alteração de 1988, a vítima de um delito pode recorrer ao Poder Judiciário para que se obrigue o Ministério Público a oferecer a acusação, sendo que esse procedimento pode ocorrer sempre que o Ministério Público se recuse a investigar um fato noticiado pela vítima, ou quando ele determine o arquivamento de uma investigação criminal que tenha sido instaurada a pedido dela. Desse modo, o Poder Judiciário examina os fundamentos que determinaram a conduta omissiva do órgão ministerial e, se não está de acordo com eles, ordenará que essa investigação seja instaurada ou que ofereça a acusação em respeito ao princípio da legalidade.¹⁰⁷

Do mesmo modo na Itália, também encontramos o princípio acusatório, com a reforma processual de 1988, o modelo de Juizado de Instrução, consagrado no então vigente *Código Rocco* aboliu o modelo de Juizado de Instrução, e instituiu, pelo novo Código de Vassali, um sistema processual acusatório, com separação entre as funções de julgar e acusar.

Com essa alteração se estabeleceu, com relação à gestão da prova, a iniciativa principal das partes, porém sem prejuízo da iniciativa suplementar do juiz. Ainda que, dada a substituição do sistema processual inquisitivo do juiz-instrutor já descrito anteriormente, contemporâneo ao *Código Rocco*, a modificação não se operou diretamente pelo sistema acusatório puro, nos moldes da descrita família anglo-saxã, mas através de uma conformação sistêmica que, ao fim e ao cabo, de maneira sutil, manteve-se a iniciativa probatória do julgador italiano.¹⁰⁸

¹⁰⁷ Porém alerta Andrade que o fato do Ministério Público de um determinado país possuir o monopólio acusatório, invariavelmente nos leva a crer que, nesse modelo de processo, está presente o princípio acusatório material em sua plenitude, já que somente esse órgão público poderá exercer as funções de acusador. Entretanto, essa situação encobre uma dura realidade: esse monopólio somente garante que o Ministério Público será o único legitimado a assinar a acusação. Em nenhum momento, a legitimidade exclusiva do Ministério Público se refere a quem será o responsável por determinar o conteúdo de uma acusação, e, muito menos, se o acusador pode ser obrigado a ajuizá-la. Essas situações são responsáveis por converter o princípio acusatório material em princípio acusatório formal, e, infelizmente, fazem parte da realidade existente nos direitos alemão e italiano. ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 341.

¹⁰⁸ O Código não admite a concepção de procedimento penal como sendo meramente uma “batalha”. O escopo do procedimento é buscar a verdade com base nas provas, e já que, na prática, as partes em conflito podem ser diferentes e podem valer-se de diversos instrumentos, o legislador atribui ao juiz o poder de substituição que incide sobre a iniciativa probatória, ou seja, o juiz pode admitir também provas que não tenham sido requeridas pelas partes. Esse poder configura-se com uma “exceção” em relação à regra contida o artigo 190, inciso I, do CPP e, portanto, deve ser previsto expressamente pelo Código. O

poder de iniciativa do juiz é exercido de modo e com limite tais a não dificultar a iniciativa das partes. **O juiz-presidente do órgão colegiado pode formular perguntas às testemunhas (ou outro depoente) somente após o exame cruzado (artigo 506, inciso 2, do CPP). O juiz (ou seja, o órgão colegiado) pode determinar a produção de novos meios de provas se resultar absolutamente necessário, desde que concluída a obtenção de provas.** As normas acima expostas demonstram que o legislador não quis um sistema acusatório puro, que atribuísse a iniciativa probatória unicamente às partes (princípio dispositivo). O legislador quis estabelecer, como corretivo à iniciativa das partes, os poderes que podem ser exercitados de ofício pelo juiz. O corretivo constitui uma exceção e, portanto, a “regra” é o poder de iniciativa probatória atribuído às partes (art.190 do CPP). [...] A busca da verdade não pode ser deixada ao inteiro arbítrio das partes, caso contrário também o direito à liberdade tornar-se-ia disponível. [...] O juiz penal desenvolve uma atividade de substituição da iniciativa probatória das partes com uma intensidade que varia conforme as fases do procedimento. Ao final das investigações preliminares, quando é apresentado o pedido de arquivamento, o juiz pode determinar que o Ministério Público realize novas investigações e pode constrangê-lo a formular uma acusação (art.409, incisos 4 e 5 do CPP). No curso da audiência preliminar, o juiz que entende não poder decidir “conforme o estado dos atos”, indica às partes temas novos ou incompletos sobre os quais é necessário obter novas informações para o fim da decisão de envio ou não a juízo (art.422, inciso 1, do CPP). Na fase dos debates, ao final da qual é tomada uma decisão idônea para formar o juízo, os poderes de iniciativa probatória conferidos ao juiz são ainda mais amplos. Tais poderes são estruturados com relação às deficiências e às lacunas que as partes demonstram em concreto e seguem precisas regras de caráter geral [...]. De acordo com a primeira regra, a iniciativa compete às partes; somente depois que as partes tiveram a possibilidade de exercitar seus poderes, o juiz pode exercitar sua atividade de suplente [...]. Com base na segunda regra, os poderes que podem ser exercitados pelo juiz não são “exaustivos” de outros poderes, seja no sentido de que podem ser requeridos por outros sujeitos diversos da partes, quais sejam os entes representativos dos interesses lesados pelo delito (art.505 do CPP), seja porque, uma vez exercitados pelo juiz, as partes podem retornar a iniciativa probatória. [...]. Em terceiro lugar, o juiz, ouvidas as partes, pode revogar a admissão das provas que sejam supérfluas ou admitir provas já excluídas (art.495, inciso 4, do CPP). Dessa disposição nos interessa a parte que permite ao juiz a admissão, também de ofício, das provas já excluídas. São provas que, obviamente, foram requeridas na época pelas partes (art.495 do CPP) e que o juiz tinha excluído porque, naquele momento, considerou-as inadmissíveis, impertinentes, irrelevantes ou supérfluas. Em quarto lugar, o juiz pode determinar, também de ofício, a produção de novos meios de prova quando absolutamente necessárias (art.507 do CPP). O poder é exercitável tão logo tenha sido concluída a obtenção das provas. A “absoluta necessidade” pode consistir na incerteza decorrente de uma instrução não exaurida, em razão de temas de prova não suficientemente explorados; pode derivar de uma defesa de ofício tardia ou ineficaz, que “criaria” inúteis massacres se não fosse sustentada por eventuais suplências judiciais”; pode ser causada, finalmente, por uma acusação ineficaz ou até mesmo por uma deliberada inércia do acusador na fase de debates. Em decorrência das referências dos artigos do Código de Processo Penal Italiano que conferem a referida iniciativa probatória “supletiva” do juiz, segue a transcrição dos artigos a seguir: **Art. 190. Diritto alla prova.** - 1. Le prove sono ammesse a richiesta di parte. Il giudice provvede senza ritardo con ordinanza escludendo le prove vietate dalla legge e quelle che manifestamente sono superflue o irrilevanti. 2. La legge stabilisce i casi in cui le prove sono ammesse di ufficio. 3. I provvedimenti sull'ammissione della prova possono essere revocati sentite le parti in contraddittorio. **Art. 506. Poteri del presidente in ordine all'esame dei testimoni e delle parti private.** - 1. Il presidente, anche su richiesta di altro componente del collegio, in base ai risultati delle prove assunte nel dibattimento a iniziativa delle parti o a seguito delle letture disposte a norma degli articoli 511,512 e 513, può indicare alle parti temi di prova nuovi o piu` ampi, utili per la completezza dell'esame. 2. Il presidente, anche su richiesta di altro componente del collegio, può rivolgere domande ai testimoni, ai periti, ai consulenti tecnici, alle persone indicate nell'articolo 210 ed alle parti già esaminate, solo dopo l'esame e il controesame. Resta salvo il diritto delle parti di concludere l'esame secondo l'ordine indicato negli articoli 498, commi 1 e 2, e 503, comma 2. **Art. 409. Provvedimenti del giudice sulla richiesta di archiviazione.** - 1. Fuori dei casi in cui sia stata presentata l'opposizione prevista dall'articolo 410, il giudice,

Em Portugal, o art. 32.5 da Constituição da República Portuguesa prevê expressamente a vigência do processo penal com “estrutura acusatória”,¹⁰⁹

se accoglie la richiesta di archiviazione, pronuncia decreto motivato e restituisce gli atti al pubblico ministero. Il provvedimento che dispone l'archiviazione è notificato alla persona sottoposta alle indagini se nel corso del procedimento è stata applicata nei suoi confronti la misura della custodia cautelare. 2. Se non accoglie la richiesta, il giudice fissa la data dell'udienza in camera di consiglio e ne fa dare avviso al pubblico ministero, alla persona sottoposta alle indagini e alla persona offesa dal reato. Il procedimento si svolge nelle forme previste dall'articolo 127. Fino al giorno dell'udienza gli atti restano depositati in cancelleria con facoltà del difensore di estrarne copia. 3. Della fissazione dell'udienza il giudice dà inoltre comunicazione al procuratore generale presso la corte di appello. 4. A seguito dell'udienza, il giudice, se ritiene necessarie ulteriori indagini, le indica con ordinanza al pubblico ministero, fissando il termine indispensabile per il compimento di esse. 5. Fuori del caso previsto dal comma 4, il giudice, quando non accoglie la richiesta di archiviazione, dispone con ordinanza (125) che, entro dieci giorni, il pubblico ministero (51) formuli l'imputazione. Entro due giorni dalla formulazione dell'imputazione, il giudice fissa con decreto l'udienza preliminare. Si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni degli articoli 418 e 419. 6. L'ordinanza di archiviazione è ricorribile per cassazione (606) solo nei casi di nullità previsti dall'articolo 127 comma 5 **Art. 495. Provvedimenti del giudice in ordine alla prova.** - 1. Il giudice, sentite le parti, provvede con ordinanza all'ammissione delle prove a norma degli articoli 190, comma 1, e 190-bis. Quando è stata ammessa l'acquisizione di verbali di prove di altri procedimenti, il giudice provvede in ordine alla richiesta di nuova assunzione della stessa prova solo dopo l'acquisizione della documentazione relativa alla prova dell'altro procedimento. 2. L'imputato ha diritto all'ammissione delle prove indicate a discarico sui fatti costituenti oggetto delle prove a carico; lo stesso diritto spetta al pubblico ministero in ordine alle prove a carico dell'imputato sui fatti costituenti oggetto delle prove a discarico. 3. Prima che il giudice provveda sulla domanda, le parti hanno facoltà di esaminare i documenti di cui è chiesta l'ammissione. 4. Nel corso dell'istruzione dibattimentale, il giudice decide con ordinanza sulle eccezioni proposte dalle parti in ordine alla ammissibilità delle prove. Il giudice, sentite le parti, può revocare con ordinanza l'ammissione di prove che risultano superflue o ammettere prove già escluse. 4-bis. Nel corso dell'istruzione dibattimentale ciascuna delle parti può rinunciare, con il consenso dell'altra parte, all'assunzione delle prove ammesse a sua richiesta. **Art. 422. Attività di integrazione probatoria del giudice.** - 1. Quando non provvede a norma del comma 4 dell'articolo 421, ovvero a norma dell'articolo 421-bis, il giudice può disporre, anche d'ufficio, l'assunzione delle prove delle quali appare evidente la decisività ai fini della sentenza di non luogo a procedere. 2. Il giudice, se non è possibile procedere immediatamente all'assunzione delle prove, fissa la data della nuova udienza e dispone la citazione dei testimoni, dei periti, dei consulenti tecnici e delle persone indicate nell'articolo 210 di cui siano stati ammessi l'audizione o l'interrogatorio. 3. L'audizione e l'interrogatorio delle persone indicate nel comma 2 sono condotti dal giudice. Il pubblico ministero e i difensori possono porre domande, a mezzo del giudice, nell'ordine previsto dall'articolo 421, comma 2. Successivamente, il pubblico ministero e i difensori formulano e illustrano le rispettive conclusioni. 4. In ogni caso l'imputato può chiedere di essere sottoposto all'interrogatorio, per il quale si applicano le disposizioni degli articoli 64 e 65. Su richiesta di parte, il giudice dispone che l'interrogatorio sia reso nelle forme previste dagli articoli 498 e 499. **Art. 505. Facoltà degli enti e delle associazioni rappresentativi di interessi lesi dal reato.** - 1. Gli enti e le associazioni intervenuti nel processo a norma dell'articolo 93 possono chiedere al presidente di rivolgere domande ai testimoni, ai periti, ai consulenti tecnici e alle parti private che si sono sottoposte a esame. Possono altresì chiedere al giudice l'ammissione di nuovi mezzi di prova utili all'accertamento dei fatti. **Art. 507. Ammissione di nuove prove** - 1. Terminata l'acquisizione delle prove, il giudice, se risulta assolutamente necessario, può disporre anche di ufficio l'assunzione di nuovi mezzi di prove. 1-bis. Il giudice può disporre a norma del comma 1 anche l'assunzione di mezzi di prova relativi agli atti acquisiti al fascicolo per il dibattimento a norma degli articoli 431, comma 2, e 493, comma 3.

¹⁰⁹ Art. 32.5 - O processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os actos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório. (Fonte: Constituição da República Portuguesa).

entendido em função de a acusação ser formulada pelo órgão ministerial ou acusador particular, portanto pessoas que não participam do julgamento, seja o juiz, seja órgão singular ou colegiado (Tribunal de 2º Grau ou Júri), possuem ampla iniciativa probatória, o que decorre de seu poder de direção do processo. No mesmo sentido, corrobora o art. 340 do Código de Processo Penal português,¹¹⁰ que trata o tema relativo à produção de prova, disciplinando que o tribunal poderá ordenar, oficiosamente ou a requerimento, a produção de todos os meios de prova cujo conhecimento se lhe afigure necessário.

E na Holanda também prospera o princípio acusatório com ênfase na denúncia exclusiva por parte do Ministério Público, e é a que decide ademais o objeto da causa, já que o juiz pode decidir sobre os fatos tal e como são apresentados pelo Ministério Público em sua denúncia.¹¹¹

Enfim, no processo espanhol, a iniciativa probatória do juiz penal é excepcional, e isso está retratado no art. 792.2º da Lei de Procedimento Criminal (LECRim). O art. 728 do LECrim estabelece que o juiz não poderá praticar outras diligências de prova do que aquelas propostas pelas partes, e tampouco serem examinadas outras testemunhas que aquelas compreendidas nas listas apresentadas. Todavia, o art. 792 descreve que, sem prejuízo do parágrafo anterior, “[...] 2º as diligências de provas não propostas por nenhuma das partes,

¹¹⁰ - PARTE II - LIVRO VII - Do julgamento - TÍTULO II - Da audiência - CAPÍTULO III - Da produção da prova: Artigo 340.º - Princípios gerais. 1 - O tribunal ordena, oficiosamente ou a requerimento, a produção de todos os meios de prova cujo conhecimento se lhe afigure necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa. 2 - Se o tribunal considerar necessária a produção de meios de prova não constantes da acusação, da pronúncia ou da contestação, dá disso conhecimento, com a antecedência possível, aos sujeitos processuais e fá-lo constar da acta. 3 - Sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo 328.º, os requerimentos de prova são indeferidos por despacho quando a prova ou o respectivo meio forem legalmente inadmissíveis. 4 - Os requerimentos de prova são ainda indeferidos se for notório que:

a) As provas requeridas já podiam ter sido juntas ou arroladas com a acusação ou a contestação, exceto se o tribunal entender que são indispensáveis à descoberta da verdade e boa decisão da causa; b) As provas requeridas são irrelevantes ou supérfluas; c) O meio de prova é inadequado, de obtenção impossível ou muito duvidosa; ou d) O requerimento tem finalidade meramente dilatória. (Fonte: Código de Processo Penal Português)

¹¹¹ NOORDHOEK, E. W. **Holanda, em “Sistema de processo penal na Europa”**. Barcelona: CEDECS, 1998. p. 193; PICO I JUNOY, Joan. **O juiz e a prova: estudo da errônea recepção do brocardo iudex iudicare debet secundum allehata et probata, non secundum conscientizam e sua repercussão atual**. Tradução de Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 115.

que o Tribunal considere necessárias para a comprovação de qualquer dos fatos que tenham sido objeto dos escritos da qualificação”.¹¹²

Conforme alerta Pico i Junoy, a jurisprudência do Tribunal Supremo (TS) oferece um panorama pouco clarificador, pois no lugar de efetuar uma doutrina precisa a respeito, limita-se a resolver casuisticamente o caso concreto, o que evita deste modo uma resposta genérica ao tema da iniciativa probatória *ex officio judicis*, sentença que ora admite, ora nega a produção de provas, colocando em questão a constitucionalidade do art. 729.2º LECrim.¹¹³

2.4.3 O Princípio Acusatório e a Iniciativa Probatória do Juiz Penal nos Estados Latino-Americanos

Os estados latino-americanos demonstram um comportamento muito semelhante aos estados europeus quanto à opção do sistema processual penal, pois são países que possuem o elemento principiológico ligado ao princípio reitor acusatório inserido visivelmente em seus sistemas processuais penais vigentes. No entanto, os países latino-americanos apresentam um movimento inverso com relação aos países europeus quando falamos em iniciativa probatória *ex officio judicis*.

¹¹² Art. 729. 2º da Lei de Procedimento Criminal (LECrím), eis o teor: “No podrán practicarse otras diligencias de prueba que las propuestas por las partes, ni ser examinados otros testigos que los comprendidos en las listas presentadas”. No tocante do referido artigo, a excessão é explanada, “Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo: [...] 2º Las diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes, que el Tribunal considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación”.

¹¹³ Contrária a produção de provas *ex officio judicis*, mostramos a STS de 2 março de 2005: [...] tomó el partido de la acusación descendiendo a la arena del combate, situándose en las antípodas del modelo – acusatorio – ya descrito en la Exposición de Motivos de nuestra venerable Ley Enjuiciamiento Criminal de 1882 a cuyo espíritu hay que seguir siendo obediente:...No; los Magistrados deben permanecer durante la discusión passivos, retraídos, neutrales, a semejanza de los jueces de los antiguos torneos, limitándose a dirigir ánimo sereno los debates [...] Hay que concluir afirmando que el derecho a un juicio imparcial quedó vulnerado por la actuación ya analizada. Já para demonstrarmos o apoio a produção de provas *ex officio judicis*, temos a STS de 9 maio de 2005, em seu f.j. 4º, destaca a constitucionalidade de dita norma que, em princípio, não atenta nem o princípio acusatório nem ao dever de imparcialidade judicial, sempre que a atividade probatória do juiz penal se limite aos fatos discutidos no processo, se empreguem as fontes probatórias que já constem nos autos e se garanta o direito de defesa de todas as provas. **O juiz e a prova**: estudo da errônea recepção do brocardo *iudex iudicare debet secundum allehata et probata*, non secundum conscientizam e sua repercussão atual. Tradução de Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 121-125.

O Código Processual Penal do Chile de 2000 estabelece que o modelo de procedimento criminal seja baseado no princípio acusatório, estabelecendo o monopólio da iniciativa probatória às partes, permitindo somente prova sobre prova já produzida pelas partes.¹¹⁴

Também na Colômbia, a integridade pelo princípio acusatório está presente no novo Código de Processo Penal de 2004, com uma transparente distinção entre as funções de acusação e julgamento, estando limitada a acusação aos fatos configurados. E trilhando o movimento latino-americano, o novo Código de Procedimento Penal de 2004 tratou de proibir a iniciativa probatória do juiz em seu art. 361, sinalizando que em nenhum caso o juiz poderá decretar a produção de provas de ofício, autorizando a iniciativa probatória somente quando originada pelas partes envolvidas no processo (arts. 374 e 357), com autorização de intervenção do juiz somente durante a prática da mesma.¹¹⁵

Todavia, essa rigidez dirigida ao juiz ficou relativizada quando a Corte Suprema de Justiça, através da relatoria do magistrado Edgar Lombana Trujillo, aprovada pela Ata nº 28, de 30 de março de 2006, se manifestou deixando claro que a proibição de provas de ofício tem base legal para prosperar em razão do sistema acusatório implementado na Colômbia, mas por motivos de ordem constitucional, se o juiz tiver a convicção que seja imprescindível a decretação de provas de ofício, antes de decretá-la, o juiz deve expressar suas razões para afastar a aplicação do art. 361, indicando a inconstitucionalidade da aplicação naquele caso concreto. Somente desse modo, excepcionalmente, o juiz poderia produzir uma prova de ofício.¹¹⁶

¹¹⁴ Conforme estabelece o art. 336.II, “Si con ocasión de la rendición de una prueba surgiera una controversia relacionada exclusivamente con su veracidad, autenticidad o integridad, el tribunal podrá autorizar la presentación de nuevas destinadas a esclarecer esos puntos, aunque ellas no hubieren sido ofrecidas oportunamente y siempre que no hubiere sido posible prever su necesidad”. PICO I JUNOY, Joan. **O juiz e a prova**: estudo da errônea recepção do brocardo iudex iudicare debet secundum allehata et probata, non secundum conscientiam e sua repercussão atual. Tradução de Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 116-119.

¹¹⁵ PICO I JUNOY, Joan. **O juiz e a prova**: estudo da errônea recepção do brocardo iudex iudicare debet secundum allehata et probata, non secundum conscientiam e sua repercussão atual. Tradução de Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 116-119.

¹¹⁶ A flexibilização do art. 361 do Código de Procedimento Penal Colombiano nas palavras do magistrado Edgar Lombana Trujillo: “[...] 4.5. Es aquí que, em términos generales, el Juez Penal está en la obligación de acatar el artículo 361 de la Ley 906 de 2004, em cuanto prohíbe decretar pruebas de oficio, pues se trata de un mandato legal que tiene razón de

O Código de Procedimento Penal boliviano de 1999 abandona a velha estrutura inquisitiva e acolhe um modelo acusatório de justiça penal, caracterizado pela proibição de que o juiz inicie e realize a instrução de ofício e a existência de um juízo oral, público, contraditório, fundado nos princípios da imediação e concentração. E, quanto à iniciativa probatória do juiz penal, o art. 342 do Código de Procedimento Penal de 1999 estabelece que em nenhum caso o juiz ou tribunal poderão incluir fatos não abarcados na acusação, assim como produzir provas de ofício.¹¹⁷

Na Nicarágua, o Código Processual Penal de 2004 assume todas as notas próprias de um processo penal acusatório. Do mesmo modo, o art. 10 do CPP nicaraguense estabelece a proibição do juiz procurar provas, se produz uma ausência de normas que autorizam o interrogatório do julgador a testemunha e peritos ou a recepção de provas complementares, e se exclui expressamente a possibilidade de que o juiz realize de ofício a inspeção judicial.¹¹⁸

Já no modelo peruano, vigora o princípio acusatório conforme disposição do novo Código Processual Penal de 29 de julho de 2004, com nítida separação de funções instrutórias (Ministério Público), de controle da investigação (juiz da investigação preparatória) e decisórias (juiz penal); a devida correlação entre a acusação e a sentença; e a proibição da *reformation in pejus*. Contudo, assim

ser en el sistema acusatorio implementado en Colombia. Sin embargo, cuando por motivos de índole constitucional el Juez arribe a la convicción de que es imprescindible decretar una prueba de oficio, antes de hacerlo debe expresar con argumentos cimentados las razones por las cuales em el caso concreto la aplicación del artículo 361 produciría efectos inconstitucionales, riesgo ante el cual, aplicará preferiblemente la Carta, por ser la 'normas de normas', como lo estipula el artículo 4º constitucional. Sólo después de um ejercicio de esa naturaliza el Juez, excepcionalmente puede decretar una prueba de oficio." PICO I JUNOY, Joan. **O juiz e a prova**: estudo da errônea recepção do brocardo iudex iudicare debet secundum allehata et probata, non secundum conscientizam e sua repercussão atual. Tradução de Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 118.

¹¹⁷ O art. 342 do Código de Procedimento Penal de 1999, estabelece: "Base del juicio [...] En ningún caso el juez o tribunal podrá incluir hechos no contemplados en alguna de las acusaciones, producir pruebas de oficio ni podrá abrir el juicio si no existe, la menos, una acusación". PICO I JUNOY, Joan. **O juiz e a prova**: estudo da errônea recepção do brocardo iudex iudicare debet secundum allehata et probata, non secundum conscientizam e sua repercussão atual. Tradução de Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 118.

¹¹⁸ PICO I JUNOY, Joan. **O juiz e a prova**: estudo da errônea recepção do brocardo iudex iudicare debet secundum allehata et probata, non secundum conscientizam e sua repercussão atual. Tradução de Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 119.

como outros países latino-americanos, o Peru, através do art. 155 do CPP, optou por permitir a iniciativa probatória do juiz penal de forma excepcional.¹¹⁹

Nessa mesma linha, encontramos também o Equador que autoriza a iniciativa probatória do juiz penal através das disposições do art. 301 do Código de Procedimento Penal de 2000, dispondo que o presidente terá a faculdade de chamar qualquer pessoa para interrogar e ordenar que seja exibido ao tribunal os objetos ou documentos que considere necessários para esclarecer as circunstâncias alegada pelas partes. Similar se mostra o caso da Venezuela, o art. 359 de seu Código Orgânico Processual Penal de 2001, de maneira excepcional, permite a iniciativa probatória *ex officio judicis*, sinalizando que o tribunal, excepcionalmente, poderá ordenar de ofício ou à petição da parte, a recepção de prova, se no curso da audiência surjam fatos ou circunstâncias novas, que requeiram seu esclarecimento. O tribunal cuidará de não substituir este meio como substituição das partes.¹²⁰

2.4.4 O Princípio Acusatório e a Iniciativa Probatória do Juiz Penal no Brasil: a (In)Definição do Sistema Nacional

No Brasil, as funções de acusar e julgar pertencem a órgãos distintos, que em análise superficial, resultaria afirmar na presença do princípio acusatório.¹²¹¹²² Todavia, como vimos, sistema e princípio são inconfundíveis,

¹¹⁹ Art. 155 do Código Processual Penal Peruano de 2004: “[...] 2. Las pruebas se admiten a solicitud del Ministerio Público o de los demás sujetos procesales [...]. 3. La Ley establecerá, por excepción, los casos em los cuales se admitan pruebas de oficio nestes termos:” 1. Si para conocer los hechos, siempre que sea posible, que no se halla realizado dicha diligencia em la investigación preparatória o ésta resultara manifiestamente insuficiente, el Juez Penal, de oficio o a pedida de parte, prévio debate de los intervinientes, ordenará la realización de una inspección de una reconstrucción, disponiendo las medidas necesarias para llevarlas a cabo. 2. El Juez Penal, excepcionalmente, uma vez culminada la recepción de las pruebas, podrá disponer, de oficio o a pedido de parte, la actuación de nuevos médios probatórios si en el curso del debate resultasen indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdade. El Juez Penal cuidará de no reemplazar por este médio la actuación propia de las partes. La resolución que se emita en ambos supuestos no es recurrible.”

¹²⁰ PICO I JUNOY, Joan. **O juiz e a prova**: estudo da errônea recepção do brocardo iudex iudicare debet secundum allehata et probata, non secundum conscientizam e sua repercussão atual. Tradução de Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 120.

¹²¹ Como já referido, para que se possa identificar um determinado sistema processual, é necessária a presença de três elementos que sempre devem estar presentes, como uma espécie de núcleo rígido do sistema processual penal, quanto aos demais, estes poderão ser dispensáveis, uma vez que integram outros sistemas para permitir seu funcionamento. O sistema acusatório exige a presença de dois elementos fixos, respectivamente: o princípio

sendo os sistemas processuais penais definidos como subsistemas jurídicos, formados por elementos fixos e variáveis, os fixos criam os sistemas, os variáveis determinam o seu funcionamento.

Para a determinação de um sistema, temos a necessidade da presença de três elementos fixos. Revisando nosso sistema, conclui-se que, apesar da presença dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da publicidade e a imparcialidade do juiz, estes considerados elementos prescindíveis, uma vez que integram outros sistemas, não podemos definir o sistema processual penal brasileiro como puramente acusatório. E, do mesmo modo, excluída a hipótese de sistema inquisitório, pela presença da separação entre acusar e julgar, assim, teríamos então um sistema misto!

Segundo Thums, o Brasil não tem nenhum sistema, porque ser misto corresponde a não existir nada definido. O autor ainda sustenta que o sistema acusatório não está previsto em nossa Constituição Federal de 1988, uma vez que há previsão de apenas um sistema de garantias, e acrescenta que ela tampouco faz referência ao sistema acusatório. Afirma que em nossa Constituição Federal há sim uma previsão legal do princípio acusatório, e que o Direito Processual infraconstitucional não o reconhece como sistema, e alerta, o Código de Processo Penal brasileiro atual determina a existência do que, na sua visão, constituir-se-ia no sistema inquisitório brasileiro. Reconhece o autor que a Constituição Federal adotou o sistema acusatório, mas que ele não é, e não será, reconhecido em sua plenitude, seja pelos tribunais, doutrinadores e Ministério Público, caracterizando o Brasil como um sistema inquisitório que, em

acusatório e o fato do processo iniciar-se somente com o oferecimento da acusação, os demais elementos, quais sejam, os princípios da oralidade, contraditório e publicidade, são elementos considerados prescindíveis ao longo de todo o processo, ou restringiram sua manifestação em determinadas ocasiões.

¹²² Ementa: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA ORDEM TRIBUTÁRIA. REQUISIÇÃO DE INDICIAMENTO PELO MAGISTRADO APÓS O RECEBIMENTO DENÚNCIA. MEDIDA INCOMPATÍVEL COM O SISTEMA ACUSATÓRIO IMPOSTO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. INTELIGÊNCIA DA LEI 12.830/2013. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. SUPERAÇÃO DO ÓBICE CONSTANTE NA SÚMULA 691. ORDEM CONCEDIDA. 1. Sendo o ato de indiciamento de atribuição exclusiva da autoridade policial, não existe fundamento jurídico que autorize o magistrado, após receber a denúncia, requisitar ao Delegado de Polícia o indiciamento de determinada pessoa. A rigor, requisição dessa natureza é incompatível com o sistema acusatório, que impõe a separação orgânica das funções concernentes à persecução penal, de modo a impedir que o juiz adote qualquer postura inerente à função investigatória. Doutrina. Lei 12.830/2013. 2. Ordem concedida. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 115015 SP**. Relator: Min. Teori Zavascki. Segunda Turma. Julgado em: 27 ago. 2013. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em: 15 jan. 2015.

razão das garantias presentes na Constituição Federal, poderia ser chamado de inquisitório misto, inquisitório moderado ou inquisitório reformado, e conclui afirmando pela necessidade de um novo Código de Processo Penal para a completa vigência das conquistas da Constituição Federal de 1988.¹²³

Todavia, como destacado em análise da doutrina estrangeira, seja nos estados europeus, seja dos países latino-americanos, em regra, constatamos a presença do princípio acusatório, que em razão de atuar como o princípio vetor, em muitos deles embasa o sistema processual penal acusatório nesses países. Porém, também ficou claro, ainda que descrito literalmente no corpo de suas Constituições ou no Direito Processual infraconstitucional, há concomitantemente previsões legais para produção de provas *ex officio judicis*, ou um posicionamento jurisprudencial que autorizem os julgadores para tanto, mas sempre, sempre com limitações e muita fundamentação, é o caso emblemático da Alemanha, Itália, Portugal, Holanda, França e Espanha, e nos países latino-americanos, emblematicamente o Peru, Equador e Venezuela.¹²⁴

Esse mesmo fenômeno ocorre no Brasil, assim como no Direito estrangeiro, o que conduz a uma verdadeira divisão doutrinária e jurisprudencial que entende haver sido adotado o sistema acusatório¹²⁵, outros que afirmam que hoje o Brasil adota o sistema misto¹²⁶, ou outros que defendem um sistema

¹²³ THUMS, Gilberto. **Sistemas processuais penais: tempo, tecnologia, dromologia e garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 175-264.

¹²⁴ Como destaca Mauro Andrade, "Portugal e Itália também optaram por adotar esse mesmo modelo de processo, que bem pode ser denominado de sistema acusatório contemporâneo". Mais adiante, destaca, com propriedade, que "a maioria dos autores [...] se fixa somente na maneira como foi estruturado o sistema acusatório clássico, abandonando a análise dos elementos do sistema contemporâneo". ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 49;111.

¹²⁵ SCHOLTZ, Leônidas Ribeiro. **Sistemas processuais penais e processo penal brasileiro**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999. p. 466; GRINOVER, Ada Pellegrini. O código modelo de processo penal para ibero-américa 10 anos depois. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 30, p. 46, abr./jun. 2000; SEABRA, Sílvia Cives. **Sistemas processuais**. Rio de Janeiro: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, 1995. p. 273; SARAIVA, Márcia Maria Tamburini Porto. Os reflexos das liberdades públicas no sistema acusatório. **Revista da Emerj**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 21, 2003. p. 249; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. Resquícios inquisitoriais na Lei 9.034/95. Ob. cit., p. 188. LIMA, Marcellus Polastri. O Ministério Público pode ou não investigar?: uma análise de recente decisão do STF. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 12, n. 46, p. 388, jan./fev. 2004. Junto ao Supremo Tribunal Federal, a adoção do sistema acusatório, sob esse argumento, é encontrada na seguinte decisão: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 1.570-2**. Relator: Min. Maurício Corrêa. Tribunal Pleno. Julgado em: 12 fev. 2004. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em: 15 jan. 2015.

¹²⁶ O Professor Guilherme de Souza Nucci, juiz de direito em São Paulo, afirma que: "o sistema adotado no Brasil, embora não oficialmente, é o **misto**. Registremos desde logo que há **dois enfoques: o constitucional e o processual**. Em outras palavras, se fôssemos seguir

exclusivamente o disposto na Constituição Federal poderíamos até dizer que nosso sistema é acusatório (no texto constitucional encontramos os princípios que regem o sistema acusatório). Ocorre que nosso processo penal (procedimentos, recursos, provas, etc.) é regido por Código Específico, que data de 1941, elaborado em nítida ótica inquisitiva (encontramos no CPP muitos princípios regentes do sistema inquisitivo, como veremos a seguir). Logo, não há como negar que o encontro dos dois lados da moeda (Constituição e CPP) resultou no hibridismo que temos hoje. Sem dúvida que se trata de um sistema complicado, pois é resultado de um Código de forte alma inquisitiva, iluminado por uma Constituição imantada pelos princípios democráticos do sistema acusatório. Por tal razão, **seria fugir à realidade pretender aplicar somente a Constituição à prática forense**. Juízes, promotores, delegados e advogados militam contando com um Código de Processo Penal, que estabelece as regras de funcionamento do sistema e não pode ser ignorado como se inexistisse. **Essa junção do ideal (CF) com o real (CPP) evidencia o sistema misto. É certo que muitos processualistas sustentam que o nosso sistema é o acusatório. Mas baseiam-se exclusivamente nos princípios constitucionais vigentes** (contraditório, separação entre acusação e órgão julgador, publicidade, ampla defesa, presunção de inocência etc.). Entretanto, olvida-se, nessa análise, o disposto no Código de Processo Penal, que prevê a colheita inicial da prova através do inquérito policial, presidido por um bacharel em Direito, que é o delegado, com todos os requisitos do sistema inquisitivo (sigilo, ausência de contraditório e ampla defesa, procedimento eminentemente escrito, impossibilidade de recusa do condutor da investigação etc.) Somente após, ingressa-se com a ação penal e, em juízo, passam a vigorar as garantias constitucionais mencionadas, aproximando-se o procedimento do sistema acusatório. [...] **Defender o contrário, classificando-o como acusatório é omitir que o juiz brasileiro produz prova de ofício, decreta a prisão do acusado de ofício, sem que nenhuma das partes tenha solicitado**, bem como se vale, sem a menor preocupação, de elementos produzidos longe do contraditório, para formar sua convicção. Fosse o inquérito, como teoricamente se afirma, destinado unicamente para o órgão acusatório, visando a formação da sua opinião delict e não haveria de ser parte integrante dos autos do processo, permitindo-se ao magistrado que possa valer-se dele para a condenação de alguém”. NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 104-105. No mesmo sentido, Denílson Feitoza, afirma: “No cotidiano forense, é comum se afirmar que o sistema brasileiro é acusatório, primeiro, pelo simples fato que o juiz ou tribunal não poder começar o processo penal de ofício, ou seja, o juiz ou tribunal depende de um pedido do acusador (propositura da ação penal ou oferecimento da denúncia ou queixa) para poder iniciar o procedimento que leva ao julgamento (sentença condenatória ou absolutória), que é a fase da persecução penal que, no Brasil, é denominada processo penal (propriamente dito); segundo, porque as partes debatem durante o processo, em contraditório, e se afirma a ampla defesa. Entretanto, um ‘observador externo’ ao nosso sistema diria que nosso sistema não é acusatório, por ser marcadamente informado pelo princípio inquisitivo. Além disso, diria que se encontra numa espécie de ‘fase embrionária’ do sistema misto, ainda no século XIX. Culturalmente, o sistema inquisitivo domina claramente no Brasil. **O juiz brasileiro pode, de ofício, ou seja, sem qualquer requerimento ‘das partes’**: determinar a produção de provas em geral, seja durante a investigação criminal ou processo penal, como busca-apreensão, interceptação telefônica, oitiva de testemunhas, oitiva do ofendido, prova documental etc.; requisitar instauração de inquérito policial (art. 5º, II, do CPP); **decretar prisão preventiva (art. 311, CPP)**; [...]”. PACHECO, Denílson Feitosa. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2006. p. 49. Logo, de acordo com boa parte da doutrina, **o nosso sistema é inquisitivo garantista ou misto**. Nem totalmente acusatório, nem totalmente inquisitivo. Há divisão entre as duas fases (inquisitivo e acusatório). Antonio Magalhães Gomes Filho ainda afirma que nossa: “cultura processual penal ainda predominantemente inquisitória, que valoriza tudo aquilo que possa ser útil ao esclarecimento da chamada verdade real”. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001. p. 234. Sem embargo de a Constituição Federal ter feito opção pelo sistema acusatório, continuam a ser observados dispositivos do CPP que remontam ao modelo inquisitório. Dessa forma, não se pode falar que aqui é utilizado um modelo de processo penal acusatório puro. Acerca desse tema o professor Geraldo Prado discorre da seguinte forma: “Se aceitarmos que a norma constitucional que assegura ao Ministério Público a privatividade do exercício da ação penal

inquisitivo reformado, ou como Thums que afirma que sistema misto não é sistema.

Em síntese inicial, é possível afirmar que nossa legislação, tanto a constitucional, quanto a infraconstitucional, em nenhum momento faz qualquer referência ao tipo específico de sistema processual penal utilizado no Brasil. Ainda, os argumentos apontados pela doutrina e jurisprudência, a favor do sistema processual acusatório¹²⁷, do sistema processual inquisitório¹²⁸ ou o

pública, na forma da lei, a que garante a todos os acusados o devido processo legal, com ampla defesa e contraditório, além de lhes deferir, até o trânsito em julgado da sentença condenatória, a presunção de inocência, e a que, aderindo a tudo, assegura o julgamento por juiz competente e imparcial, pois que se excluem as jurisdições de exceção, com a plenitude do que isso significa, são elementares do princípio do acusatório, chegaremos à conclusão de que, embora não o diga expressamente, a Constituição da República adotou-o. Verificando que a Carta Constitucional prevê, também, a oralidade do processo, pelo menos como regra para as infrações de menor potencial ofensivo, e a publicidade, concluiremos que filiou-se, sem dizer, ao sistema acusatório. **Porém, se notarmos o concreto estatuto jurídico dos sujeitos processuais e a dinâmica que, pelas relações jurídicas ordenadas e sucessivas, entrelaçam a todos, de acordo com as posições predominantes nos tribunais (principalmente, mas não exclusivamente no Supremo Tribunal Federal), não nos restará alternativa salvo admitir, lamentavelmente, que prevalece, o Brasil, a teoria da aparência acusatória, porque muitos dos princípios opostos ao acusatório são implementados todo dia. Tem razão o mestre Frederico Marques ao assinalar que a Constituição preconiza a adoção e efetivação do sistema acusatório. Também tem razão Hélio Tornaghi, ao acentuar que há formas inquisitórias vivendo de contrabando no processo penal brasileiro, o que melhor implica em considerá-lo, na prática, misto.** O princípio e o sistema acusatório são, por isso, pelo menos por enquanto, meras promessas, que um novo Código de Processo Penal e um novo fundo cultural, consentâneo com os princípios democráticos, devem tornar realidade". PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. De forma mais crítica, o professor Jacinto Nelson Miranda Coutinho aponta que: "o sistema, assim, **é tomado como acusatório somente enquanto discurso** porque não há, por definição, um sistema com tal natureza, de modo que o dizer misto, aqui, é o reconhecer como um sistema inquisitório que foi recheado com elementos da estrutura do sistema acusatório (por ex: exigência de processo devido, de contraditório, de parte, etc.), o que lhe não retira o cariz inquisitório"[5]. [Grifo nosso]. É de suma importância o conhecimento das posições extremas, tal qual a trazida pelo professor Jacinto Nelson Miranda Coutinho, para demonstrar que **não é aceita a tese de que o processo penal brasileiro é regido pelo sistema acusatório puro**. Portanto como Código de Processo Penal foi promulgado em 03 de outubro de 1941, fruto da realidade histórica e social do Estado Novo, faz-se necessária uma reforma processual penal geral, já que grande parte dos seus dispositivos não se coaduna com os princípios acusatórios radiantes da Constituição Federal. Só assim alcançaremos um sistema processual penal genuinamente acusatório, sem a influência inquisitória herdada do período ditatorial. COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. Fundamentos à Inconstitucionalidade da Delação Premiada. **Boletim IBCCRIM**, ano 13, n. 159, fev. 2006. p. 2.

¹²⁷ Pode se afirmar que a doutrina de Andrade é aquela que melhor descreve as correntes doutrinárias com relação aos sistemas processuais penais brasileiro. Ao analisar sua obra na qual se debruçou historicamente para descrever os sistemas processuais penais e seus princípios reitores, esse autor vai sustentar que a corrente majoritária no Brasil que defende o sistema processual penal acusatório em vigor no Brasil, possui diversos argumentos manejados na defesa dessa ideia, sendo o argumento mais presente aquele fundado na titularidade da ação penal concedida ao Ministério Público, inc.I, da Constituição Federal. Como somente o Ministério Público pode acusar nos crimes de ação penal pública, se excluiu da norma constitucional outra pessoa dessa função, e assim, o processo penal

nacional teria adotado o sistema acusatório ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 462. Outra vertente argumentativa sustenta que, além desse argumento referido, afirmam que há outras garantias concedidas ao acusado o que corroboram para a definição do sistema acusatório no Brasil. ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 465. Outra vertente, simplesmente vai dizer que pelo fato de vivermos no regime democrático de direito, isto por si só, nos levaríamos à adoção do sistema acusatório no Brasil. Esse raciocínio subdivide-se em duas linhas argumentativas: a primeira vai dizer que a definição do sistema de processo penal deve ser seguido “diretamente do sistema político, fundado na Constituição”, ou da natureza do Estado, uma vez que não resultaria de “mera opção legislativa”, logo no Brasil, da presença do regime democrático resultaria automaticamente o sistema acusatório; a segunda vertente defende a ideia que esse regime deve estabelecer um rol de garantias ao acusado. ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 465. Todavia, todas essas padecem de contradições, logo não merecem ser dignas de caracterizar um sistema processual penal, vejamos: quanto à concessão da titularidade da ação penal ao Ministério Público, já vimos que isso historicamente nunca foi prática somente no sistema acusatório, exemplo de codificações como a França mesclaram regras do sistema acusatório e do próprio sistema inquisitivo resultando no sistema misto, a Inquisição Espanhola concedeu a titularidade da ação penal ao Ministério Público, tudo isso corrobora para desconstituir essa corrente, ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 466. Quanto às garantias processuais concedidas ao acusado pela Constituição de 1988, que já caracterizaria diretamente o sistema acusatório, pelas promessas trazidas intrinsecamente de garantias ao acusado, uma espécie de maleficação do sistema inquisitivo, tal vertente é desconstituída pela própria história, pois as referidas garantias democráticas: a existência do tribunal do júri, o princípio da publicidade, o princípio do contraditório, o princípio da oralidade, o princípio da igualdade e a liberdade do acusado como regra, todas essas já eram vistas historicamente entre os regulamentos do sistema inquisitivo, mais uma vez, citamos a Inquisição Espanhola que concedia ao pobre o defensor pago pelos cofres do Santo Ofício ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 467. Por fim, a referência que a adoção do Estado democrático de Direito já estabeleceria obrigatoriamente o sistema acusatório, repousa no fato que países de natureza inquisitiva em países de regime democrático, como o caso da Alemanha, Itália e Espanha, somado a desobservância prévia do sistema processual ateniense, apontado como berço da democracia, demonstram desse modo que, a própria história dá resposta a essa vertente afirmando que o regime democrático nunca serviu para vincular o sistema acusatório estabelecido.

¹²⁸ Seguindo a doutrina histórica de Andrade para analisar a doutrina que sustenta o sistema inquisitivo no Brasil, tendo o Código de Processo Penal como fundamento, há quem lecionem em especial Aury Lopes Júnior, que o sistema inquisitivo subsiste simplesmente em razão da possibilidade do juiz realizar a produção de provas ex officio judicis, fato que não seria permitido no sistema acusatório. ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 468. Outra vez alerta Andrade, a história do processo penal poderia contrapor tal argumentação, assim como o direito comparado. Constatamos na análise do direito estrangeiro, que o sistema acusatório não é o único a proibir que o juiz tenha conduta ativa na produção de provas contra o réu, vimos que o Inquisidor-Geral Torquemada da Inquisição Espanhola, também previa essa proibição. Assim, desse modo, não seria a possibilidade de produção de provas ex officio judicis que poderia caracterizar um sistema processual penal. Definitivamente, não é apenas o sistema inquisitivo que permite o juiz a atuar na busca de provas ao longo do processo, vimos que o sistema acusatório também permite. Além disso, há dois modelos de juiz no sistema acusatório, aquele que simplesmente precide os trabalhos (adversarial system), e outro que pode determinar a produção de provas suplementares quando entender que a atividade das partes não foi suficiente para sanar as dúvidas para o bom julgamento (inquisitorial system) ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 469.

sistema processual penal misto¹²⁹, não subsistem ao confronto de suas afirmações com os dados de natureza histórica aqui apresentada.

Como se nota, podemos identificar inúmeros conceitos de sistema acusatório e inquisitivo, que são similares um ao outro. Conforme já destacado, conceituações com características inquisitoriais, utilizadas para descrever o sistema acusatório, o que faz resultar na problemática que ocorre no Brasil atualmente. Em outras palavras, com a nova redação dada pela Lei 11.690/2008, temos sinais do princípio acusatório assegurado pela imposição do art. 212 do CPP, e uma flexibilização para produção de provas *ex officio judicis*, através dos incisos I e II do art. 156 do CPP, que ensejariam sinais inquisitoriais contemporâneos.

No caso do Brasil, essas disposições trazem ainda mais confusão na definição do nosso sistema processual pátrio, resultando no panorama pouco clarificador quanto a uma definição do sistema processual brasileiro, se é que existe, ainda que os tribunais constantemente se refiram a este com um pleno sistema acusatório,¹³⁰ fundamentalmente, esta ausência de definição corrobora

¹²⁹ Como última possibilidade de definir o sistema processual penal brasileiro, parcela da doutrina já referida aqui, afirma que nosso sistema é o misto. Conforme Andrade há duas linhas de argumentação: a primeira invoca a existência do inquérito policial; e a segunda, em virtude da possibilidade de o juiz atuar “em complementação às deficiências das partes”, atuação essa descrita no art. 384 do CPP. ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 469. Em relação ao primeiro argumento, tal posição está na equivocada interpretação do Code de 1808, especificadamente em relação à natureza jurídica de sua investigação criminal. A afirmação que a presença de uma investigação criminal, anterior à propositura da acusação conduziria à adoção do sistema misto, em razão de essa haver sido a divisão feita pelo Code d’Instruction Criminelle francês de 1808, não prospera pelo fato que nele a investigação criminal fazia parte do processo penal propriamente dito, não sendo, portanto, uma atividade meramente administrativa, como hoje a atividade policial é vista atualmente. Ainda, se regressarmos ao sistema acusatório clássico em Roma, lá já figurava a investigação anterior à propositura da acusação (inquisitio). Em outras palavras, o inquérito policial não deve figurar como elemento para determinar o sistema processual penal, pois como se nota, a referida doutrina não reconhece a diferenciação existente entre processo penal e persecução penal, nesse sistema a investigação criminal nitidamente possui natureza processual, natureza essa que não é do inquérito policial definitivamente. Com relação a atividade complementar de produção de provas do juiz definir o sistema processual penal misto, não guarda qualquer arrimo legal para subsistir pelo argumentos aqui exaustivamente apresentados ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 470.

¹³⁰ **EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL. COMPETÊNCIA. CONEXÃO. INEXISTÊNCIA. ADITAMENTO DA DENÚNCIA. SISTEMA ACUSATÓRIO.** 1. O princípio acusatório é vulnerado de forma reflexa nas hipóteses em que a decisão do magistrado, após a manifestação do Ministério Público Federal no sentido de remessa dos autos ao juízo competente, determina o aditamento da denúncia para incluir fatos constantes do relatório policial em função da conexão [...]. (STF - RHC: 120379 RO , Relator: Min. LUIZ FUX, Data

sobremaneira para criação de instabilidades das decisões judiciais contemporaneamente.

de Julgamento: 26/08/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-210 DIVULG 23-10-2014 PUBLIC 24-10-2014)

Ementa: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA ORDEM TRIBUTÁRIA. REQUISIÇÃO DE INDICIAMENTO PELO MAGISTRADO APÓS O RECEBIMENTO DENÚNCIA. MEDIDA INCOMPATÍVEL COM O SISTEMA ACUSATÓRIO IMPOSTO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. INTELIGÊNCIA DA LEI 12.830/2013. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. SUPERAÇÃO DO ÓBICE CONSTANTE NA SÚMULA 691. ORDEM CONCEDIDA. 1. Sendo o ato de indiciamento de atribuição exclusiva da autoridade policial, não existe fundamento jurídico que autorize o magistrado, após receber a denúncia, requisitar ao Delegado de Polícia o indiciamento de determinada pessoa. A rigor, requisição dessa natureza é incompatível com o sistema acusatório, que impõe a separação orgânica das funções concernentes à persecução penal, de modo a impedir que o juiz adote qualquer postura inerente à função investigatória. Doutrina. Lei 12.830/2013. 2. Ordem concedida. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 115015 SP**. Relator: Min. Teori Zavascki. Segunda Turma. Julgado em: 27 ago. 2013. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em: 15 jan. 2015.

RECURSO ESPECIAL. PENAL. SUSPEIÇÃO. ART. 254 DO CPP. MAGISTRADO QUE REALIZA CITAÇÃO E INTIMAÇÃO DE PARTE EM PROCESSO ADMINISTRATIVO. ATOS ORDINATÓRIOS REALIZADOS EM CUMPRIMENTO DE ORDENS EMANADAS DE AUTORIDADE JUDICIÁRIA HIERARQUICAMENTE SUPERIOR. SISTEMA ACUSATÓRIO. IMPARCIALIDADE DO JUIZ. GARANTIA CONSTITUCIONAL PRESERVADA. RECURSO IMPROVIDO. 1. O sistema acusatório elenca os princípios que servem, não somente para a elaboração das normas processuais penais, mas, principalmente, para a aplicação das leis penais aos casos concretos, determinando ao magistrado o dever de observar tais princípios quando da prolação de sua decisão, sob pena de infringir todo o sistema jurídico e, em especial, a Constituição Federal. [...]. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1379140 SC 2013/0136602-7**. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Quinta Turma. Julgado em: 27 ago. 2013. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em: 15 jan. 2015.

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. (1) NULIDADES: ABUSO NO EMPREGO DE ALGEMAS E VIOLAÇÃO DO ART. 212 DO CPP. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. (2) RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO POSTERIORMENTE À IMPETRAÇÃO. OBSTÁCULO À COGNIÇÃO. (3) ILEGALIDADE PATENTE. AUSÊNCIA. MANDAMUS NÃO CONHECIDO. 1. Os Tribunais Superiores têm envidado esforços para racionalizar o emprego do habeas corpus, tendo em vista que sua hipertrofia representa o índice de ineficácia da garantia constitucional. Nesse contexto, firmou-se a compreensão de que não deve ser empregado o remédio heroico como sucedâneo dos recursos legalmente previstos, reservado seu âmbito de cabimento para o debate acerca da injusta afetação do ius libertatis - ressalva feita à possibilidade de concessão de ordem de ofício, em casos de ilegalidade patente. In casu, todavia, constrangimento evidente não desponta dos autos, dado que a alegação de violação do art. 212 do CPP não se mostra em sintonia com o entendimento consolidado nesta Corte e, em relação ao suposto abuso da utilização de algemas, o tema não teria sido objeto de debate nas anteriores instâncias, sendo vedada, então, sua cognição. 2. Ordem não conhecida. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC nº 227893 SP 2011/0298178-4**. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Sexta Turma. Julgado em: 13 nov. 2012. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em: 15 jan. 2015.

3 O POSITIVISMO-NORMATIVISTA PÓS-KELSENIANO: A ORIGEM DA DISCRICIONARIEDADE DO INTÉRPRETE

O segundo capítulo demonstrou a equivocada leitura histórica dos sistemas processuais penais conduzida pela doutrina majoritária brasileira, assentada na expressão de Cordero “*quadri mentali paranoide*”, a qual foi dirigida exclusivamente ao juiz-instrutor italiano de 1986, expressão esta que a doutrina defensora da gestão da prova unicamente nas mãos das partes trata de proferir até os dias de hoje, sem a separação histórica necessária distorcendo, veementemente, aquilo que o autor italiano passou a defender após 1988, momento em que o Código de Processo Penal italiano sofreu sua alteração para o sistema processual penal acusatório.

A partir disso, viu-se que surgiram inúmeras conceituações para os sistemas processuais penais que foram uma a uma fulminadas pelo próprio arcabouço histórico desconsiderado pela doutrina majoritária.¹³¹ Mas esse fenômeno gerou resultados no interior da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal,¹³² que nesse impulso definiu o sistema processual penal de acusatório, frente a uma omissão taxativa nos textos constitucionais e infraconstitucionais de qual seria até então o sistema brasileiro. Notadamente, pode-se afirmar caracterizações de sistemas processuais que se misturam uma à outra.

¹³¹ Todas as determinações de sistemas de sistemas processuais penais construídos pela doutrina brasileira, quando observada a evolução histórica dos sistemas, são passíveis de oposição, uma vez que todas elas apresentam características que se confundem uma a outra. ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 469-471.

¹³² Decisão paradigma: STF – **ADI 1.570-2** – Tribunal Pleno – Rel. Min. Maurício Corrêa – 12.02.2004 – DJ 22.10.2004; entre outras **RHC 120379** ED, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 23/06/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-183 DIVULG 15-09-2015 PUBLIC 16-09-2015. [...] “**A violação do princípio acusatório, decorrente da inobservância da separação entre as funções de acusar e julgar pela autoridade judicial**, anula a decisão de recebimento do aditamento à denúncia. Não é nula a peça acusatória que contém a compreensão do órgão acusador quanto à prática criminosa, por ser o Ministério Público o titular exclusivo da opinio delicti, independentemente da manifestação anterior do juízo a respeito dos fatos”. [Grifo nosso]. **HC 109713**, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 19/02/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-043 DIVULG 05-03-2013 PUBLIC 06-03-2013. [...] “As nulidades suscitadas pela Defesa foram devidamente analisadas e rejeitadas tanto pelo Juízo de primeiro grau quanto pelo Tribunal de Apelação, não se vislumbrando qualquer omissão. A indigitada contrariedade às regras do sistema acusatório não foi objeto de exame nem na decisão ora atacada nem nos acórdãos da Corte de apelação, o que impede sua análise por esta Corte, sob pena de dupla supressão de instância. **O sistema acusatório não pressupõe magistrado como mero espectador estático no processo penal**”. [Grifo nosso].

Cabe destacar que, por muitas vezes, inclusive aquilo que está taxativamente descrito na lei torna-se desobservado pelo intérprete; é o caso do art. 212 do CPP,¹³³ pensa-se então aquilo que não está escrito nos códigos, isto é, que deve passar pelo filtro do imaginário dos juristas.

Diante disso, passaram-se a constatar interpretações de tudo que é ordem, que sequer respeitam o conteúdo programático dos dispositivos legais, que variavelmente se enquadram, ora com característica acusatória (art. 212 CPP), ora com característica inquisitória (art. 156, incisos I e II), e a partir disso, inúmeras decisões surgiram sem a devida observância dos limites semânticos¹³⁴ dos dispositivos legais, precipuamente do artigo 212 do CPP.

Portanto, neste capítulo será analisada a postura dos intérpretes frente a tal mister, demonstrando que tal comportamento, *a nosso ver*, origina-se da passagem do positivismo-exegético para o positivismo-normativista kelseniano, que se assemelha a uma espécie de Ângelo II shakespeariano, e sem a devida separação dos dois corpos do Rei de Kantorowicz, e com aquilo que Luiz Alberto Warat já havia denominado de senso comum teórico dos juristas, já que, a partir da leitura histórica dos sistemas processuais penais, pode-se identificar que a doutrina construiu seus conceitos próprios dos sistemas processuais penais com total desobservância da historicidade dos sistemas acusatórios e inquisitivos, e

¹³³ **RHC 122467**, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 03/06/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-149 DIVULG 01-08-2014 PUBLIC 04-08-2014.
HC 114787, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 25/06/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-158 DIVULG 13-08-2013 PUBLIC 14-08-2013.
HC 117102, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 25/06/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-157 DIVULG 12-08-2013 PUBLIC 13-08-2013.
HC 112212, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 18/09/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 02-10-2012 PUBLIC 03-10-2012.
HC 105538, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 10/04/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-083 DIVULG 27-04-2012 PUBLIC 30-04-2012.
RHC 110623, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 13/03/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-061 DIVULG 23-03-2012 PUBLIC 26-03-2012

¹³⁴ A discricionariedade (que acaba não se fixando sequer nos limites da “moldura” semântica). E tenho a convicção de que isso se deve a um motivo muito simples: a tradição continental, pelo menos até o segundo pós-guerra, não havia conhecido uma Constituição normativa, invasora da legalidade e fundadora do espaço público democrático. Isso tem conseqüências drásticas para a concepção do direito como um todo! Quero dizer: saltamos de um legalismo rasteiro, que reduzia o elemento central do direito ora a um conceito estrito de lei (como no caso dos códigos oitocentistas, base para o positivismo primitivo), ora a um conceito abstrato-universalizante de norma (que se encontra plasmado na idéia de direito presente no positivismo normativista), para uma concepção da legalidade que só se constitui sob o manto da constitucionalidade. Afinal – e me recordo aqui de Elias Dias –, não seríamos capazes, nesta quadra da história, de admitir uma legalidade inconstitucional. Isso deveria ser evidente. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 39.

cada autor e julgador ao seu modo permanecem construindo seus conceitos e realizando suas interpretações à luz daquilo que ideologicamente acreditam, que ao fim e ao cabo, acaba comportando-se com uma postura idêntica àquela descrita por Warat, quando se referia ao senso comum teórico dos juristas.

3.1 A Passagem do Positivismo-Exegético para o Positivismo-Normativista: um Modo de Explicar o Modelo de Juiz Discricionário de Shakespeare

Muitos poderiam estar se perguntando agora qual a relação entre os reflexos da indefinição do sistema processual penal no Direito brasileiro pelos motivos históricos aqui já expostos e a passagem do positivismo-exegético para o positivismo-normativista pós-kelseniano.¹³⁵ Explica-se, o fenômeno resultante da leitura histórica equivocada dos sistemas processuais penais conduziu a doutrina às conceituações e caracterizações dos modelos de processo confundíveis um ao outro,¹³⁶ e isso levou o Supremo Tribunal Federal a

¹³⁵ Por razões epistemológicas, Warat sustenta a tese de que o positivismo é uma forma de idealismo, porquanto diacronicamente define sua problemática através de um movimento duplo: racional e empírico, conceitual e referencial, que, aceitando sua dialética, ao mesmo tempo está desprezando tanto o idealismo puro como o empirismo ingênuo. Por consequência disso, Warat sustenta que como síntese temos um idealismo crítico, que não admite um conhecimento exclusivamente processado pelo pensamento, sem fazer referência à experiência para constituir a razão em fator determinante do conhecimento a partir da experiência, e um positivismo lógico, que se distancia dos dados sensíveis, desembocando em um conceitualismo vazio e formal, que se conforma com um controle sintático da realidade. Refere-se ainda, a Teoria pura do Direito ao ser reduzida a um conceitualismo

¹³⁶ Durante o período da Inquisição Espanhola, período em que Torquemada foi o Inquisidor-Geral. ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 299. [...] a instauração do processo por notitia criminis poderia ocorrer sempre que os inquisidores tivessem conhecimento de uma prática herética ou de seu autor, através de alguma informação após o término do período da inquisitivo geral. Por fim, o que se observa nessa primeira fase do processo criminal – como é chamada essa etapa inicial da persecução do período de Torquemada – é que não há qualquer participação do investigado durante a inquisitio. Na realidade, a impressão que se tem é que o investigado não tem o mínimo conhecimento sobre a existência de um processo contra ele, pois inexiste qualquer previsão que permita sua participação nessa fase inicial do processo. Finalizado o prazo para a realização do inquisitio geral, a pesquisa era enviada a um funcionário da Inquisição chamado Fiscal ou Promotor Fiscal, que equivale à figura do Ministério Público – aliás, até hoje na Espanha o Ministério Público é chamado de Ministerio Fiscal, e seus membros são chamados de fiscales. De posse dessa inquisitio geral, o Fiscal poderia oferecer sua notitia criminis ou acusação, que eram tratadas como se fossem sinônimas, seguindo os mesmos passos do direito romano do período imperial. Esse acusador público possuía legitimidade exclusiva para noticiar ou acusar, o que determinava a exclusão do processo tanto do acusador particular, como do acusador popular. **Isso provocava uma perfeita distinção entre as funções de julgar e acusar, festejada com o símbolo ou ícone do sistema acusatório, mas que, curiosamente, também estava presente no modelo processual representativo da perseguição religiosa que foi considerada a mais rígida e sanguinária entre as inquisições que já existiram.** [Grifo

reconhecer nosso sistema como acusatório.¹³⁷ No entanto, como já demonstrado, inúmeros julgados do próprio Supremo Tribunal Federal¹³⁸ apontam para interpretações que superam o âmbito normativo¹³⁹ do art. 212 do CPP, este referido artigo, inclusive, podendo ser considerado um elemento fixo para dar rumo ao sistema acusatório no Direito Processual Penal brasileiro.

Todavia, essa jurisprudência que vem se formando no STF tem levado todos os intérpretes a comportarem-se como tal, ou seja, ainda que seja *ipsis litteris* que no interrogatório o juiz só possa realizar perguntas complementares, a grande maioria dos juízes criminais inicia o interrogatório realizando perguntas diretamente ao acusado, como se o art. 212 do CPP nada dissesse.

Assim, essa espécie de baixa constitucionalidade¹⁴⁰ se parece com a forma comportamental assemelhada ao intérprete originado do resultado da

nosso]. ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 300.

¹³⁷ A argumentação que mais vezes se faz presente está fundada na titularidade da ação penal concedida do Ministério Público, prevista no art.129, inc. I, da Constituição Federal. No voto do Min. Sepúlveda Pertence, [...] Digo apenas que, ao me referir à evolução histórica, não no sentido de aumentar os poderes instrutórios do juiz, mas, ao contrário, de diminuí-los, ao meu ver, de modo absoluto na fase investigatória, na fase pré-processual, não pretendi elidir, no processo *stricto sensu*, eventuais iniciativas do juiz na instrução. Não estamos perante um juiz absolutamente neutro, pelo menos, na nossa versão do processo acusatório, que não é o puro processo acusatório anglo-saxão, em que se tem, idealmente, o juiz totalmente passivo. De modo que não se afastam iniciativas do juiz de aprofundamento ou complementação da prova no curso do processo, como foram os exemplos aqui citados da inspeção pessoal de pessoas ou coisas. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 1.570-2**. Relator: Min. Maurício Corrêa. Tribunal Pleno. Julgado em: 12 fev. 2004. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em: 15 jan. 2015.

¹³⁸ **RHC 122467**, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 03/06/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-149 DIVULG 01-08-2014 PUBLIC 04-08-2014. **HC 114787**, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 25/06/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-158 DIVULG 13-08-2013 PUBLIC 14-08-2013. **HC 117102**, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 25/06/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-157 DIVULG 12-08-2013 PUBLIC 13-08-2013. **HC 112212**, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 18/09/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 02-10-2012 PUBLIC 03-10-2012. **HC 105538**, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 10/04/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-083 DIVULG 27-04-2012 PUBLIC 30-04-2012. **RHC 110623**, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 13/03/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-061 DIVULG 23-03-2012 PUBLIC 26-03-2012

¹³⁹ O âmbito normativo no sentido de garantir a imposição de um conjunto de elementos estruturais que o referido art.212 do CPP carrega intrinsecamente, obtidos a partir da própria definição do Supremo Tribunal Federal que o sistema processual penal é acusatório. Para Müller, essa realidade, geralmente aparece tradicionalmente formados ou conformados pelo direito, sendo formulado como algo possível no mundo real. MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 241.

¹⁴⁰ Os problemas decorrentes de uma “baixa constitucionalidade” pode ser detectadas em vários âmbitos do direito e sob os mais diversos matizes. O déficit de constitucionalidade da operacionalidade do direito tem suas feridas expostas na (metafísica) equiparação entre vigência e validade (o que equivale hermeneuticamente a equiparar texto e norma). Em

superação do velho positivismo-exegético, aquele juiz boca da lei, para aquele julgador do positivismo-normativista pós-kelseniano que o sucedeu, este por sua vez, como será descrito, implicando em um império de decisões solipsistas¹⁴¹, que admitiam discricionariedades^{142,143} do intérprete no momento de decidir, que, por analogia literária, entende-se aqui, muito próximo do modelo de juiz Ângelo II da comédia *Medida por Medida* de William Shakespeare e da obra *Os dois corpos do Rei* de Ernst H. Kantorowicz, pois o intérprete não consegue separar os dois corpos do rei.

Esse positivismo se mostra num primeiro momento especificamente nos Códigos, que é o produto do parlamento. Todavia, essa espécie de legalismo

consequência, a Constituição fica relegada a um segundo plano, porque sua parametricidade perde importância na aferição da validade de um texto, colocando em risco a própria (sobrevivência da) Constituição de 1988. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 257.

¹⁴¹ Decisões solipsistas no sentido do julgador colocar sua consciência ou convicção pessoal como norteadores no momento de decidir, perfectibilizando essa “metodologia” de vários modos. E isso “aparecerá de várias maneiras, como na direta aposta na: a) interpretação como ato de vontade do juiz ou no adágio “sentença como sentire”; b) interpretação como fruto da subjetividade judicial; c) interpretação como produto da consciência do julgador; d) crença de que o juiz deve fazer a “ponderação de valores” a partir de seus “valores”; e) razoabilidade e/ou proporcionalidade como ato voluntarista do julgador; f) crença de que “os casos difíceis se resolvem discricionariamente”; g) cisão estrutural entre regras e princípios, em que estes proporcionariam uma “abertura de sentido” que deverá ser preenchida e/ou produzida pelo intérprete. STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: decido conforme minha consciência?**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 33.

¹⁴² Discricionariedade, sob o palió da filosofia da consciência e, com relação a multiplicidade de respostas corretas no âmbito de prévia resolutividade dos problemas jurídicos, no sentido de negar a presunção de respostas corretas antes do surgimento da diferença ontológica entre texto e norma, quando o caso concreto, pela sua depuração processual, singulariza o evento e, somente então, contempla a tese da decisão constitucionalmente adequada; dizer que há resposta correta/adequada antes do caso concreto implica, o reprovável reducionismo entre casos fáceis, de mecânica e idêntica resolução – na esteira de enunciados do tipo “dispositivo claro e inequívoco” e “indeterminado e aberto” –, e casos difíceis, nos quais ocorre a indevida isenção de responsabilidade no ato de decidir. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 625.

¹⁴³ Ressalva-se aqui a objeção quanto ao uso da discricionariedade jurídica, no modo como é exposto na obra (VIDAL, Isabel Lifante. *El problema de la discreción judicial*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho), vez que a autora conclui em sua obra que a discricionariedade jurídica deve ser recepcionada como um modo normal de conferir poderes aos órgãos jurídicos, onde se considera importante e fundamental decisões com base em circunstâncias do caso concreto, ainda que o a autora destaque que isso tudo deva estar submetido a um determinado controle. Primeiramente, cabe destacar que, conforme a defesa desta dissertação, toda a decisão jurídica deve ser considerada sob o palió do caso concreto, e assim, a norma de decisão resultante do processo de concretização da norma, que nasce do texto normativo, no entendimento que texto e norma são coisas diferentes, assim como, decisão jurídica é do caso concreto, e não de casos concretos. Em segundo momento, a objeção também radica no fato que não há qualquer tipo de controle de discricionariedade jurídica, ao contrário da discricionariedade administrativa, esta que pode ser impugnada administrativamente, convém observar que a decisão jurídica discricionária em determinado grau de jurisdição, pode estar ser inacalçável através de recurso.

exacerbado se mostra de maneiras distintas de acordo a determinada tradição jurídica, por exemplo: o positivismo utilitarista inglês; o positivismo do exegetismo da legislação francês; e o positivismo do formalismo conceitual alemão, presente na raiz da “Jurisprudência dos Conceitos”. O Direito romano exerceu grande influência na construção do Direito privado francês e alemão, porém, não pelos romanos terem criado as leis escritas, mas, pelo modo como o Direito romano era ensinado. Daí que deriva o denominado “exegetismo”, precisamente do estudo sofisticado em torno do *Corpus Juris Civilis*, isto no período pré-codificação, pois antes dos Códigos o direito romano fornecia uma função complementar ao Direito. O que não podia ser resolvido pelo Direito comum, passava a ser resolvido pelos comentadores ou glosadores com base em critérios advindos do Direito romano. Esse movimento codificador passa a incorporar todas as discussões romanísticas, e assim, exurgem os Códigos Civis na França em 1804, e na Alemanha tardiamente em 1900.¹⁴⁴

A partir de então, desaparece o caráter acessório do Direito romano, e passa a despontar os Códigos como verdadeiros textos sagrados, passando a ser o Direito positivado, aquele que a Ciência do Direito passa a lidar. Embora, considerados textos sagrados, já naquela época haviam aparições com problemas relativos à interpretação, uma vez que os Códigos não conseguiam abarcar toda a condição de possibilidades.¹⁴⁵

Surgia nesse momento a instabilidade dos Códigos motivada pelas interpretações do Direito carregadas com elementos metafísicos¹⁴⁶ que eram

¹⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 33.

¹⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 33.

¹⁴⁶ Na obra de Ernildo Stein, em “As voltas com a Metafísica e a Fenomenologia”, o autor utiliza dois grandes autores, Aristóteles e Heidegger. Aristóteles aponta para a hipótese de que há duas versões, aquilo que ele chamou de ciência primeira, que partia da ideia do motor imóvel. E, o segundo caminho, cuja característica fundamental consistia no reconhecimento de Aristóteles que a resposta do ente enquanto ente teria de enfrentar o paradoxo da incompletude, que ficou denominado por Aristóteles de ciência procurada. A primeira se tornou hegemônica no Ocidente, é aquela que principia com a pergunta: A origem das coisas! Como elas se movimentam e termina com a afirmação de um “ente” absoluto, e isso constitui o que Heidegger vai chamar de ontoteologia. Mas existe em Aristóteles outra versão, que aquela que ele articulou com a pergunta o que é o ente enquanto ente e essa versão da metafísica que Heidegger vai levar adiante. E aqui Stein observa uma interpretação equivocada de Heidegger que se tornou lugar comum, ou seja, que Heidegger havia superado a metafísica, pelo contrário, “A superação da metafísica não é o fim da metafísica”. STEIN, Ernildo. **As voltas com a metafísica e a fenomenologia**. Ijuí: Unijuí, 2014. p. 23.

rejeitados como um modelo de interpretar a realidade. A primeira resposta deriva de uma análise da própria codificação, através da Escola da Exegese na França e com a Jurisprudência dos Conceitos na Alemanha. Streck irá denominar esse *positivismo primevo ou positivismo exegetico*. Já Castanheira Neves, de *positivismo legalista*.¹⁴⁷

Diante desse problema de interpretação do Direito, o primeiro positivismo jurídico irá enfrentá-lo através de uma análise, nos termos de Rudolf Carnap¹⁴⁸, denominada de sintático, isto é, uma simples determinação rigorosa da conexão lógica dos signos que compõem o Código seria o suficiente para resolver o problema da interpretação do Direito. Aqui cabe uma observação relevante, ainda que os conceitos como o de analogia e princípios gerais do Direito também fossem encarados nessa perspectiva de construção de um quadro conceitual rigoroso, estas seriam hipóteses “excepcionais” de inadequação dos casos às hipóteses legislativas.¹⁴⁹

Já no segundo momento surge o *positivismo-normativista*, como uma proposta para aperfeiçoar o rigor lógico sintático do trabalho científico proposto pelo positivismo, incapaz de dar conta do problema da indeterminação do sentido do Direito, aqui se modifica acentuadamente o ponto de partida de observação do fato positivado. Esse fenômeno despertou da falência dos modelos sintáticos-semânticos de interpretação do Código, combinada com o

¹⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 33.

¹⁴⁸ Para Carnap seu principal motivo para o desenvolvimento do método sintático foi o seguinte: ao correr das discussões do Círculo de Viena, mostrou-se que a tentativa da formulação precisa dos problemas filosóficos que nos interessam terminava sempre em problemas de uma análise lógica da linguagem. Já que, de acordo com nossa maneira de pensar, o resultado do interrogar filosófico dis respeito não ao mundo, mas á linguagem, deveriam essas perguntas ser formuladas não na linguagem objetal, mas na metalinguagem. Daí pareceu-me que o desenvolvimento de uma metalinguagem utilizável contribuiria essencialmente para maior clareza na formulação de problemas filosóficos e levaria sua discussão a resultados frutuosos. OLIVEIRA, M. A. de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 1996. p. 80. Segundo Manfredo, a tarefa da filosofia consiste em pesquisar a estrutura lógica do conhecimento científico, isto é, pesquisar como conhecimentos e sentenças se vinculam logicamente. O trabalho da filosofia é, então, pesquisar logicamente conceitos, sentenças, demonstrações, hipóteses, teorias das ciências. Por essa razão, ela é fundamentalmente análise da linguagem, pois a linguagem é como que o corpo do conhecimento. As ciências empíricas pesquisam os fatos, isto é, o que é apresentado por meio da linguagem, enquanto a análise lógica, própria da filosofia, pesquisa como os fatos são apresentados por meio dos conceitos e das sentenças na linguagem. OLIVEIRA, M. A. de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 1996. p. 81.

¹⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 34.

crescimento do poder regulatório do Estado nas primeiras décadas do século XX, intensificado nas décadas de 1930 e 1940. E nesse ambiente de desgaste da determinação do sentido do Direito, surge Hans Kelsen, e como observa Streck, sem a pretensão de destruir a tradição positivista construída pela Jurisprudência dos Conceitos. Pelo contrário, Kelsen aparece com objetivo primeiro de combater o desfalecimento do rigor lógico propagado pelo crescimento dos argumentos psicológicos, políticos e ideológicos na interpretação da Jurisprudência dos Interesses e da Escola Direito Livre,¹⁵⁰ fortalecendo desse modo o método analítico proposto pelos conceitualistas.¹⁵¹ Kelsen identifica o problema da interpretação do Direito muito mais na semântica do que na sintática.¹⁵² Conforme descreve Streck, a ênfase semântica radicada

¹⁵⁰ Precisamente, a Teoria pura do Direito pretende nos revelar os caminhos para uma autêntica Ciência do Direito, em virtude de seu caráter anti-ideológico. Desta forma, a doutrina do positivismo jurídico procura a eliminação dos componentes ideológicos do conhecimento jurídico. A ciência como conhecimento, diz Kelsen: “tem sempre a tendência imanente de por seu objeto a descoberto. Mas a ideologia veda a realidade, ora transfigurando-a, a fim de conservá-la ou defendê-la, ora desfigurando-a, a fim de ataca-la, destruí-la ou substituí-la por outra realidade. Toda ideologia política tem suas raízes na vontade, não no conhecimento; no elemento emocional de nossa consciência, não no elemento racional. Surge de certos interesses, ou melhor, de interesses distintos do interesse pela verdade. Naturalmente que esta observação não implica em um juízo de valor sobre os interesses. Não existe a possibilidade de adotar uma decisão racional relativa a valores opostos. É precisamente desta situação que surge um conflito realmente trágico: o conflito entre a verdade, como princípio fundamental da ciência, e a justiça, como supremo desideratum da política”. WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito II**. Porto Alegre: Fabris, 1995. p. 164.

¹⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 35.

¹⁵² Partindo das principais categorias do Positivismo Lógico e partes da Semiótica, Warat vai explicar que a análise de qualquer sistema linguístico é o signo, e para Carnap, o signo é composto por dois elementos: indicador, situado no plano da expressão, de natureza sempre material (som, grafia, gesto), e o indicado, constituído pela situação significativa (fenômeno, fato, situação do mundo), que conseguimos comunicar mediante o indicador. O signo seria, uma realidade bifásica e seu estatuto lógico seria o de uma relação. O signo, assim caracterizado, pode ser estudado sob três pontos de vista, atendendo ao fato de que pode ser considerado como elemento que mantém três tipos de vinculações: com os outros signos; com os objetos que designa; com os homens que o usam. A primeira vinculação é chamada sintaxe; a segunda semântica; a terceira, pragmática. Estes três níveis de análise constituem as partes da semiótica, entendida como a teoria geral de todos os signos e sistemas de comunicação. Mediante tais níveis, tenta-se estabelecer regras que, apesar de não serem inerentes às linguagens, permitem sua análise. Por esta razão Ferrater Mora considera a semiótica como uma metalinguagem. WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. Porto Alegre: Fabris, 1995. p. 39. A sintaxe, segundo Carnap, é a parte da semiótica que, prescindindo dos usuários e das designações, estuda as relações dos signos entre si. Portanto, a sintaxe é a teoria da construção de toda linguagem, do ponto de vista sintático, podemos afirmar que um enunciado não tem sentido se não satisfaz a tais regras, do ponto de vista jurídico, podemos afirmar que uma expressão está sintaticamente bem formada quando o enunciado acerca de uma ação encontra-se deonticamente modalizado. A semântica estuda os signos em suas relações com os objetos a que se referem. Segundo Ferrater Mora, ela se ocupa em averiguar os modos e as leis segundo os quais as palavras

no problema da interpretação do Direito conforme é descrito por Kelsen no capítulo VIII de sua Teoria Pura do Direito (*Reine Rechtslehre*).¹⁵³

Para Kelsen, o conceito de interpretação deriva da cisão entre a interpretação semântica, como ato de vontade (criando a normas) e interpretação sintática, como ato de conhecimento (criando preposições).¹⁵⁴

aplicam-se aos objetos, assim, surge desta forma, a verdade semântica, a ocupação central da semântica. WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. Porto Alegre: Fabris, 1995. p. 40. Já a relação semântica é aquela que vincula as afirmações do discurso com o campo objetivo a que este se refere. Estamos, assim, frente a uma noção de verdade que se qualifica como objetiva, para diferenciar-se da verdade subjetiva, que pode revestir-se na forma de um apinião, uma crença, uma valoração ou um estado mental. A partir da concepção semântica de verdade tornam-se sem sentido os enunciados que não possuem referência empírica. Desta forma, os critérios de organização positivista das linguagens científicas desqualificam os âmbitos ideológicos de significação. Pretendem, assim, reduzir a significação ao campo referencial e constroem, dessa maneira, o mito do referente puro. Pretendem a construção de uma linguagem ideal, com aparência de realidade, que reforça a visão do mundo cristalizadora do status quo. WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. Porto Alegre: Fabris, 1995. p. 42. Kelsen, por exemplo, considera a possibilidade de efetuar um processo de verificação (estipular a verdade de uma preposição jurídica) quando o conteúdo desta corresponder ao conteúdo da norma. As condições de sentido das normas jurídicas, quanto aos critérios de verificação, necessitam de um processo análogo ao da verificação da preposição, assim, uma norma é significativa se é válida. O critério de sentido é sempre uma proposição metalinguística, pela qual a validade de uma norma (que pertence a uma linguagem-objeto) surge da relação entre a referida linguagem-objeto e a instância metalinguística que opera com sua condição de sentido. WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. Porto Alegre: Fabris, 1995. p. 43. Por fim, a pragmática, conforme a definição proporcionada por Carnap é a parte da semiótica que estuda a relação dos signos com os usuários. WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. Porto Alegre: Fabris, 1995. p. 45. A análise com base pragmática (que extrapola o Positivismo Lógico) permite articular certas características do funcionamento significativo (persuasão, legitimação, antecipação), explicando em grande parte as funções dos discursos na sociedade e mostrando como a identificação empirista entre descrição e realidade é uma forma de despolitização-politizadora do discurso científico, uma tentativa de identificar a reconstrução teórica da realidade com ela mesma obscurece a dimensão legitimadora de tal processo (que implica na substancialização das noções teóricas), de tal forma que se acaba por confundir a ideologia do emissor com o real. WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. Porto Alegre: Fabris, 1995. p. 47. A realidade assume um valor que não admite nenhuma suspeita e, portanto, rejeita no plano do saber as necessidades de mudança. Desta maneira, o discurso científico das ciências sociais e jurídicas perde toda a possibilidade de converter-se em um discurso de denúncia, de diagnóstico, obviamente, é uma linguagem adormecedora. WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. Porto Alegre: Fabris, 1995. p. 48.

¹⁵³ Kelsen já no início do capítulo VIII da sua Teoria Pura do Direito (*Reine Rechtslehre*) vai decrever que a norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 389. O Direito a aplicar forma, em todas as hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 390.

¹⁵⁴ Kelsen define a norma jurídica como o sentido de um ato de vontade. Segundo Warat, é interessante fazer uma reinterpretação saussuriana desta definição. Na Teoria Pura, não se

Assim, como Kelsen era um pessimista moral,¹⁵⁵ que relativiza a moral para pensar o Direito cientificamente, as normas resultantes do ato de vontade invariavelmente forneciam ao intérprete sempre um espaço de mobilidade. Essa mobilidade do intérprete resultava, exatamente, do problema semântico no momento da aplicação de um signo linguístico aos objetos do mundo concreto, estes que seriam afetados pela criação dessa nova norma jurídica nascida da cisão da interpretação, especificamente do ato de vontade.¹⁵⁶ Já o ato de conhecimento, por sua vez era meramente sintático, ou seja, essas proposições e relacionam de uma maneira estritamente lógico-formal,¹⁵⁷ num plano de uma

encontra devidamente esclarecido o duplo papel significativo que Kelsen atribui às normas jurídicas. Por outro lado, elas são o sentido dos atos de vontade e, por outro, o objeto da ciência jurídica, que outorga sentido objetivo às normas, vistas como fatos empíricos do mundo do ser. Essa duplicidade significativa poderia ser esclarecida no momento em que aceitamos, em Kelsen, a dupla dimensionalidade da noção de língua. As normas, como expressões dos órgãos de autoridade, seriam um código que operaria como condição de sentido do ato. WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. Porto Alegre: Fabris, 1995. p. 23.

¹⁵⁵ Kelsen pensava nas condições de possibilidade de uma ciência jurídica em sentido estrito, o autor nunca pretendeu responder: Que é o Direito? Mas pretendia saber: Que é uma ciência jurídica em sentido estrito?; que tivesse como objeto as normas positivadas (no sentido estritamente normativo) para interferir na ciência jurídica em sentido estrito. Kelsen se preocupava quais eram as condições sob as quais o Direito poderia ser pensado cientificamente, repisa-se, de um ponto de vista estritamente normativo, considerando o princípio da imputação, e não de causalidade. Por isso, Kelsen deve ser considerado um pessimista moral, pois propunha deixar ceteris paribus considerações do tipo: moral, política, religiosa, sociológicas, ideológicas, que por ventura, pudessem interferir na ciência jurídica em sentido estrito. WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito II**. Porto Alegre: Fabris, 1995. p. 290.

¹⁵⁶ As normas são a linguagem-objeto, as regras de direito sua metalinguagem descritiva. Quando se estuda uma linguagem-objeto qualquer, a primeira preocupação metalinguística é a de contar com um critério de *decidibilidade* qualquer, isto é, com critério que nos permite decidir se qualquer enunciado ou proposição forma ou não parte da referida linguagem-objeto. Como esse critério de decidibilidade baseia-se em certas propriedades significativas, pode, por outro lado, ser também analisado como uma tentativa de definição da região temática que pretende descrever ou ordenar a linguagem-objeto (nesse caso, a validade). Ela operaria como critério de decidibilidade das normas que podem ou não integrar um direito positivo, distinguindo-se de outros tipos de normas. A validade é a condição de sentido para as normas que vão ou não constituir o direito positivo. A esta condição definitiva do direito positivo, Kelsen denominou norma fundamental gnoseológica. Assim, através dessas duas categorias, pode-se fornecer uma interpretação metodologicamente adequada da noção de norma fundamental kelseniana, que, do contrário, penetraria em uma zona obscura e irremediavelmente infecunda. WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. Porto Alegre: Fabris, 1984. p. 51.

¹⁵⁷ Warat destaca que Kelsen foi o primeiro autor que utilizou, para o campo jurídico, as noções de linguagem-objeto e metalinguagem, ainda que sem mencioná-las expressamente. A distinção que efetua entre normas e regras de direito corresponde às mesmas necessidades que levaram Wittgenstein a falar de “uso” e “menção” e Russel de “linguagem-objeto” e “metalinguagem”. WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. Porto Alegre: Fabris, 1984. p. 50.

metalinguagem.¹⁵⁸

O problema radica no momento da interpretação, pois com a referida cisão: o aplicador da lei, no momento em que verificava que o signo linguístico não aderiria ao objeto do mundo concreto, realiza um ato de vontade, produzindo a *nova norma* (agindo como legislador o fosse). O cientista, no entanto, realizava um ato de conhecimento descritivo, uma vez que somente descrevia as normas produzidas pela autoridade jurídica criando *proposições*. O modelo de juiz kelseniano não possuía qualquer método ou critérios para a produção da nova norma derivada do ato de vontade, podendo, inclusive, ultrapassar a referida

¹⁵⁸ Carnap define linguagem-objeto como a linguagem em que se fala e metalinguagem como a linguagem em que se fala da linguagem-objeto. Estudando-se uma certa linguagem (L1), temos que contar com outra linguagem (L2), para nela formular os resultados da análise da linguagem L1. L1 é chamada linguagem-objeto e L2 metalinguagem. A necessidade de estabelecer esses dois níveis de linguagem surge quando tomamos como objeto de nossa reflexão a própria linguagem. O sentido desta distinção é dado, segundo os lógicos positivistas, pela incapacidade das linguagens produzirem processos de autocontrole sobre a lei de sua organização lógica. WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. Porto Alegre: Fabris, 1984. p. 48. e WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito II**. Porto Alegre: Fabris, 1995. p. 48. Dessa forma, se as leis de organização lógica fossem produzidas no mesmo corpo da linguagem-objeto, afirmam os positivistas lógicos, encontraríamos situações paradoxais. O exemplo mais famoso, a antinomia do mentiroso, ela pode ser formulada da seguinte forma, se um cretense dissesse: “Os cretenses sempre mentem”, estaríamos frente à paradoxal situação de que se aceitássemos a proposição como verdadeira o cretense que a formulou também mentiu e, assim, nem sempre os cretenses mentem. O que conduz a admitir que a proposição “Os cretenses sempre mentem” é falsa. Para superar a contradição, temos de admitir que a preposição “Os cretenses sempre mentem” não forma parte do conjunto de proposições que se pretende qualificar como mentiras; se formassem parte de um mesmo corpo discursivo entrariam em contradição, como foi assinalado anteriormente. Extrapolada da linguagem-objeto e vista como metalinguagem, eliminar-se-ia seu caráter contraditório pelo princípio lógico, que estabelece que só entram em contradição proposições do mesmo nível. WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. Porto Alegre: Fabris, 1984. p. 48 e WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito II**. Porto Alegre: Fabris, 1995. p. 49. Kelsen foi o primeiro autor que utilizou, para o campo jurídico, às noções de linguagem-objeto e metalinguagem, ainda que sem mencioná-las expressamente. A distinção que efetua entre normas e regras de direito correspondem às mesmas necessidades que levaram Wittgenstein a falar de “uso” e “menção” e Russell de “linguagem-objeto” e “metalinguagem”. WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. Porto Alegre: Fabris, 1984. p. 48 e WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito II**. Porto Alegre: Fabris, 1995. p. 50. para Kelsen, as normas de direito positivo, com respeito aos comportamentos, são expressões metalinguísticas, através das quais se pretende dar um sentido objetivo aos atos de interação social, determinando seu caráter deôntico, sua significação normativa. A norma pode, desse modo, ser vista como a explicitação metalinguística do sentido social predominante das condutas humanas. O que não deixa de ser uma afirmação ideológica. WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito II**. Porto Alegre: Fabris, 1995. p. 50. Notamos, que através da Semiótica, o ilustre Prof. Warat demonstra que, mesmo que Kelsen quisesse se livrar das amarras das ideologias que o intérprete carrega consigo, de modo a constituir a sua ciência jurídica em sentido estrito, a utilização de Kelsen da linguagem-objeto e metalinguagem, o conduziu ao final a ter que reconhecer que a norma de direito positivo, vista como uma explicitação metalinguística do sentido social predominante daria abertura a influências ideológicas.

“moldura-ideia-imagem” da norma superior, pois, no positivismo-normativista, o juiz produzia normas.

O grande problema que envolve o projeto kelseniano de ciência jurídica é o modo como isso tudo é recepcionado pelos juristas no imaginário individual de cada um no momento da interpretação. A partir disso, exsurge a ideia de discricionariedade do intérprete, aquela aqui já referenciada, que se origina da metáfora kelseniana de “moldura-ideia-imagem” da norma superior,¹⁵⁹ fato que amplia os problemas semânticos da interpretação.¹⁶⁰ Desse modo, conclui-se que a interpretação kelseniana do Direito é eivada de subjetivismo, pois como se pôde notar, a produção da norma resultante do ato de vontade era aplicada dentro do espaço de mobilidade no âmbito de sua “moldura semântica”.

Segundo Warat, a tentativa de expurgar do saber jurídico qualquer forma de manifestação da política ficou reduzida a uma questão simples em Kelsen: a de não confundir os atos de produção normativa e seus efeitos (as normas jurídicas) com os enunciados que as descrevem. Assim, desordenadamente, a

¹⁵⁹ Conforme Streck, Kelsen não era um positivista exegético, pelo contrário, o seu positivismo era normativista. Ele não separa o direito da moral, mas sim, a ciência do direito da moral. Juiz não faz ciência e, sim política jurídica. Sua preocupação com relação à ciência do direito é de que o intérprete tem uma ideia (ou imagem) da lei (do seu texto). Quem aplica a lei, o juiz, não tem nenhum método ou outros critérios que possam assegurar que uma aplicação é melhor que outra ou que seja correta e outra não. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 35.

¹⁶⁰ Para Streck nesse ponto Kelsen é picado pelo “agulhão semântico” que Dworkin se refere. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 356. Ronald Dworkin, em “O Império do Direito”, precisamente no Capítulo II denominado O agulhão semântico. Refere que suas vítimas são as pessoas que têm uma determinada imagem do que é a divergência e quando ela é possível. Pensam que se pode discutir sensatamente apenas quando todos aceitarem e seguirem os mesmos critérios para decidir quando as posições são bem fundadas, mesmo que não se possa fixar com exatidão, como era de se esperar, quais são estes critérios. Para melhor compreensão, ilustra com um exemplo prático. Duas pessoas podem discutir sobre quantos livros uma delas tem na biblioteca, desde que ambas previamente tenham a mesma noção ou estejam de acordo sobre o que é um livro. Podem até divergir nos casos limítrofes, por exemplo, uma chamando de livrinho aquilo que a outra denomina panfleto. Agora, não podem divergir sobre os denominados casos centrais. Exemplifica: “Se para você meu exemplar de Moby Dick não é um livro, pois em sua opinião romances não são livros, qualquer divergência será necessariamente absurda”. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 55. Ou os advogados, apesar das aparências, aceitam, em linhas gerais, os mesmos critérios para decidir quando uma afirmação sobre o direito é verdadeira, ou não pode existir absolutamente nenhum verdadeiro acordo ou desacordo sobre o que é o direito, mas apenas a estupidez de pessoas pensando que divergem porque atribuem significados diferentes ao mesmo som. Logo a seguir, volta à discussão em torno daquela que denomina a segunda divergência. As discussões no Direito geralmente são sobre questões teóricas e não empíricas. E conclui: “Aí está o agulhão: estamos marcados como seu alvo por uma imagem demasiado tosca do que deve ser a divergência”. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 56.

linguagem da ciência seria uma legislação, isto é, mais do que o Direito deve ser, fazendo que os enunciados da Ciência Jurídica perdessem sua objetividade e sua neutralidade e o cientista, indiretamente, estaria produzindo normas de justiça.¹⁶¹

Como vimos, o caráter epistemológico da Teoria pura do Direito de Kelsen reside em Carnap, que projeta o empirismo moderno ou o positivismo lógico, postulando suas investigações com um caráter científico rigoroso.¹⁶² Nesse sentido, Kelsen abandona a concretização do Direito e opta, exclusivamente, em fazer Ciência do Direito (que é uma metalinguagem). Desse modo, Kelsen exclui a análise dos enunciados chamados pragmáticos, e assim como Carnap, fica somente com dois níveis que constituem as partes da semiótica, ou seja, a sintaxe e a semântica.¹⁶³ Com esse papel secundário do nível da pragmática, segundo alerta Streck, reside a grande problemática da *discricionariade* do intérprete, e assegura ainda, que esse é ponto fundamental para compreender o positivismo que se desenvolveu no século XX, o principal problema do Direito: a interpretação concreta, no nível da *aplicação*.¹⁶⁴

3.2 O Senso Comum Teórico dos Juristas: a Significação Atribuída Institucionalmente aos Mesmos

O senso comum teórico dos juristas exsurge exatamente da abordagem semiológica que Luis Alberto Warat realiza a partir da significação unívoca dos diversos textos kelsenianos, dominante nas escolas de direito latino-americanas,

¹⁶¹ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito II**. Porto Alegre: Fabris, 1995. p. 170.

¹⁶² WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito II**. Porto Alegre: Fabris, 1995. p. 140.

¹⁶³ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito II**. Porto Alegre: Fabris, 1995. p. 39-52.

¹⁶⁴ Conforme defende Streck, não podemos admitir que, ainda nessa quadra da história, sejamos levados por argumentos que afastam o conteúdo de uma lei – democraticamente legitimada – com base em uma suposta “superação” da literalidade do texto legal. E insiste, literalidade e ambiguidade são conceitos intercambiáveis que não são esclarecidos numa dimensão simplesmente abstrata de análise dos signos que compõem um enunciado. Tais questões sempre remetem a um plano de profundidade que carrega consigo “dobra da linguagem”, vale dizer, o contexto no qual a enunciação tem sua origem. Esse é o problema hermenêutico que devemos enfrentar. Problema esse que argumentos despistadores, como o da “superação” da literalidade da lei, só fazem esconder e, o que é mais grave, com riscos de macular o pacto democrático. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 36-37.

em especial, durante os vinte anos de vigência da escola analítica de Buenos Aires.¹⁶⁵

A aceitação da ideia de “senso comum teórico dos juristas” (SCT), segundo Warat requer um grau de cumplicidade semiológica, uma vez que se estaria diante de uma forte dissidência com as teorias linguísticas dominantes. Em outras palavras, que aquilo que os filósofos e cientistas asseguravam como sendo o real, não passaria de um complexo, um fluxo, de significações, uma rede de signos, um grande tecido de escrituras intercaladas infinitamente, que ao final não deixam de ser um instrumento de poder dos juristas.¹⁶⁶

Note-se, no contexto que está sendo discutido este trabalho de pesquisa, o SCT sustentado por Warat em 1995, que em primeira análise poderia parecer velho, inexoravelmente, se torna com cara de novo. Pois Warat, já nesta época descrevia que precisávamos admitir a existência de um princípio de intertextualidade através do qual aprendemos que o sentido de um texto depende de sua própria história,¹⁶⁷ ou seja, ainda que o STF sustente o sistema processual penal brasileiro como acusatório com base em características comum entre os sistemas processuais inquisitório e acusatório, uma vez definido à luz dos julgados como acusatório, o tribunal não deve recepcionar o art. 212 do CPP como vem fazendo. Em outras palavras, há uma notória ausência de integridade dos Ministros do STF que sustentam, “*o art. 212 do CPP não obstaculiza a possibilidade de, antes da formalização das perguntas pelas partes, dirigir-se o juiz às testemunhas, fazendo indagações*”.¹⁶⁸

Vejam a similitude do caso em comento com o SCT, pois este pode ser definido como uma paralinguagem, alguma coisa que está mais além dos significados para estabelecer uma forma velada da realidade jurídica

¹⁶⁵ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito II**. Porto Alegre: Fabris, 1995. p. 132.

¹⁶⁶ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito II**. Porto Alegre: Fabris, 1995. p. 14.

¹⁶⁷ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito II**. Porto Alegre: Fabris, 1995. p. 14.

¹⁶⁸ JUÍZO – PARCIALIDADE – DECISÕES CONTRÁRIAS AOS INTERESSES DA PARTE – NEUTRALIDADE. A parcialidade do Juízo há de ser demonstrada, sendo elemento neutro o fato de haver implementado decisões contrárias à parte. TESTEMUNHAS – AUDIÇÃO – PERGUNTAS – ORDEM. **O disposto no artigo 212 do Código de Processo Penal não obstaculiza a possibilidade de, antes da formalização das perguntas pelas partes, dirigir-se o juiz às testemunhas, fazendo indagações**. SENTENÇA DE PRONÚNCIA – NATUREZA – TERMOS. A pronúncia faz-se mediante decisão interlocutória, cabendo ao Juízo fundamentar a submissão do acusado ao Tribunal do Júri. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 105538**. Relator: Min. Marco Aurélio. Primeira Turma. Julgado em: 10 abr. 2012. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em: 15 jan. 2015.

dominante.¹⁶⁹ Pois as significações são modos de ser do instrumento de poder, sendo o Direito utilizado com uma técnica de controle social, alertando que há uma espécie de saber acumulado, estando difusamente presente nas redes dos sistemas institucionais, com uma condição necessária para o exercício do controle jurídico da sociedade.¹⁷⁰

A referida adaptação darwiniana do novo paradigma acusatório inserido no interrogatório, no fundo não passa da presença do “efeito manada”, uma espécie do senso comum teórico como aqui referimos presente na prática interpretativa dos juristas e constatado por Luis Alberto Warat já na década passada. Aliás, a alegoria do Hermeneuta, citada por Lenio Streck, retrata bem o que é isto – o senso comum teórico. Em linhas gerais, diz o seguinte: um hermeneuta chega a uma ilha e lá constata que as pessoas cortam a cabeça e o rabo dos peixes, mesmo diante da atual escassez de alimentos naquela ilha. Intrigado, o hermeneuta foi buscar as raízes desse mito, ou seja, remover o chão linguístico onde estava assentada a tradição. E, assim descobriu, finalmente, que, no início do povoamento da ilhota, os peixes eram grandes e abundantes, não cabendo nas panelas, que eram pequenas. Consequentemente, cortavam a cabeça e o rabo. Hoje, as panelas são grandes e os peixes pequenos, ainda assim continuam a cortar a cabeça e o rabo dos peixes. Perguntado sobre o porquê de assim agirem, um dos moradores respondeu: “Não sei... o senso comum teórico (escuta alienada) permanece, sempre foi assim, e sempre continuamos fazendo assim.”! Eis o senso comum.¹⁷¹

Na mesma linha, conforme assinala Rosa, a semiologia waratiana precisa ser invocada para demonstrar que esse lugar comum, o denominado SCT, é um lugar sem amarras da tradição e preso aos desígnios da moda, o sujeito sente-se liberado para dizer o que quiser, uma espécie de pluralismo democrático da louvação do sujeito *solipsista* que gera o furor dos sentidos, no qual o discurso da moda ocupa um efeito devastador.¹⁷² É o caso específico do artigo 212 do CPP, contido por essas amarras, embora a sua redação anterior já

¹⁶⁹ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito II**. Porto Alegre: Fabris, 1995. p. 15.

¹⁷⁰ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito II**. Porto Alegre: Fabris, 1995. p. 15.

¹⁷¹ STRECK, Lenio Luis. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2014. p. 9.

¹⁷² ROSA, Alexandre Moraes da et al. **Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de Verdade e Método**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 130-131.

merecesse¹⁷³, a partir da Constituição Federal de 1988, uma interpretação conforme a Constituição (*verfassungskonforme sinngebung*)¹⁷⁴, vez que a Carta Maior já havia inserido os princípios garantistas da legalidade, da ampla defesa, do contraditório, todos estes, considerados elementos fixos para a caracterização do sistema acusatório.

Antes da reforma de 2008, a audiência de oitiva de testemunhas do processo penal se dava através do sistema presidencialista-inquisitorial (*direct examinatio*), fato em que as perguntas das partes eram direcionadas ao juiz, que as transmitiam, dado o seu juízo de pertinência com a causa à testemunha, sendo permitido, ao juiz, realizar perguntas pertinentes ao seu próprio juízo à testemunha em qualquer momento da audiência.

A Lei 11.689/2008 inseriu o artigo 212 no CPP, alterando taxativamente a ordem de inquirição do acusado, ou seja, a partir dessa alteração legislativa as partes passariam a iniciar as perguntas, e o juiz passaria a realizar as perguntas complementares, ainda que dada a referida alteração do procedimento de inquirição das partes e testemunhas. Indiscutivelmente, a interpretação

¹⁷³ “Art. 212. As perguntas das partes serão requeridas ao juiz, que as formulará à testemunha. O juiz não poderá recusar as perguntas da parte, salvo se não tiverem relação com o processo ou importarem repetição de outra já respondida”. Artigo inserido no Código de Processo Penal anterior a edição da Lei 11.690 de 2008.

¹⁷⁴ A possibilidade de interpretação conforme a Constituição (*verfassungskonforme auslegung*) apresenta-se como um relevante e fundamental mecanismo para a constitucionalização dos textos normativos infraconstitucionais. Desse modo, a interpretação nos termos da constituição, apresenta-se com um princípio imanente do seio da Constituição, isto é, a obrigação de que todos os textos normativos do sistema sejam interpretados de acordo com ela, e sendo um princípio fundamental imanente do próprio dever de zelar pela constituição, deve vincular os juízes e tribunais a reconhecer sua força normativa, sob a pena de negar a própria Constituição. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 443-444. Com a atribuição de sentido à interpretação conforme sob a ótica ontológica fundamental, com base na matriz fenomenológica heideggeriana-gadameriana, o termo utilizado originalmente mereceu uma rediscussão, vez que no Estado Democrático de Direito ocorreria, uma verdadeira ruptura com a concepção liberal que entendia o Poder Judiciário como apenas um legislador negativo. Agora, avança-se para a produção de sentido *Sinngebung*, em que o intérprete adjudica sentido, a partir de sua própria condição de ser-no-mundo, a hermenêutica filosófica (gadameriana) vem para dar um novo horizonte de interpretação no sentido de combater a relação sujeito-objeto até aqui posta, e assim, o compreender passa para uma condição de possibilidades, com uma fusão dos supostos horizontes para si mesmos. Convém resultar que, trata-se de um instituto construído pela tradição jurídica visando à otimização dos textos jurídicos, mediante a “produção de sentido”. Conforme Gadamer apud Stein “a hermenêutica filosófica irá percorrer de volta o caminho da Fenomenologia do espírito hegeliana, na medida em que se mostra em toda a subjetividade a substancialidade que a determina”. Como já exaurido, Gadamer quando destaca que todo saber de si emerge a partir do elemento histórico previamente dado que denomina-se substância, está nesse momento, se referindo a Hegel, no aspecto que história enquanto tradição. ROSA, Alexandre Morais da et al. **Hermenêutica e epistemologia**: 50 anos de Verdade e Método. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 16.

equivocada da majoritária parcela da doutrina (SCT), não compreendeu a alteração dada pela Lei 11.690/2008.

Nessa senda, a Lei 11.689/2008 que inseriu o artigo 212 no CPP não foi o bastante para desconstituir o SCT, ao contrário, despertou interpretações equivocadas como já referenciadas de juristas e juízes, aquilo erroneamente denominado de *easy case* pelas teorias argumentativas, com o passar das decisões se tornará um *hard case*, e, por isso, adverte-se, desde já, que não se deve confundir a dupla estrutura da linguagem que cinde casos fáceis e difíceis, pois como explicar o *case* do artigo 212 do CPP, um *easy case* que se transforma em um *hard case*.¹⁷⁵ Observou-se que o produto das interpretações foi diferente daquilo que o legislador pretendeu transmitir para a sociedade, apesar de plenamente constitucional, quero dizer, que a alteração do artigo 212 do CPP não mereceria interpretação diferente dos limites semânticos do texto normativo, ou seja, não poderia ser considerada inconstitucional, de modo que o poder judiciário tivesse que reparar erro legislativo.¹⁷⁶

¹⁷⁵ Esse equívoco de distinguir *easy* e *hard cases* é cometido tanto pelo positivismo da Hart como pelas teorias discursivo-procedurais que vão desde Habermas e Günther até Alexy e Atienza, para citar apenas estes. Observe-se que em *On Reading the Constitution*, Laurence Tribe e Michael Dorf criticam a distinção dos casos jurídicos em simples (*easy cases*) e difíceis (*hard cases*): “É um erro básico supor que os grandes problemas de interpretação só aspectos para os quais o texto é vago ou ambíguo. Esta é armadilha favorita de determinados críticos da Supreme Court, que apontam as discórdias entre os juízes como se quisessem dizer: vejam como ele discordam, cinco a quatro. Deve ser porque na realidade não estão lendo a Constituição, mas procurando um espelho no qual eles querem acreditar”. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 306-312.

¹⁷⁶ Conforme destaca Lenio Streck o Poder Judiciário somente pode deixar de aplicar uma lei ou dispositivo de lei nas seguintes hipóteses: **a)** quando a lei (o ato normativo) for inconstitucional, caso em que deixará de aplicá-la (controle difuso de constitucionalidade *stricto sensu*) ou a declarará inconstitucional mediante controle concentrado; **b)** quando for o caso de aplicação dos critérios de resolução de antinomias. Nesse caso, há que se ter cuidado com a questão constitucional, pois, v.g., a *lex posterioris*, que derroga a *lex anterioris*, pode ser inconstitucional, com o que as antinomias deixam de ser relevantes; **c)** quando aplicar a interpretação conforme à Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*), ocasião em que se torna necessária uma adição de sentido ao artigo de lei para que haja plena conformidade da norma à Constituição. Neste caso, o texto de lei (entendido na sua “literalidade”) permanecerá intacto; o que muda é o seu sentido, alterado por intermédio de interpretação que o torne adequado a Constituição; **d)** quando aplicar a nulidade parcial sem redução de texto (*Teilnichtigklärung ohne Normtextreduzierung*), pela qual permanece a literalidade do dispositivo, sendo alterada apenas a sua incidência, ou seja, ocorre a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinada(s) hipótese(s) de aplicação (*Anwendungsfälle*) do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal. Assim, enquanto na interpretação conforme há uma adição de sentido, na nulidade parcial sem redução de texto, ocorre uma abdução de sentido; **e)** quando for o caso de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto, ocasião em que a exclusão de uma palavra conduz à manutenção da constitucionalidade do dispositivo. **f)** quando – e isso é absolutamente corriqueiro e comum – for o caso de deixar de aplicar uma regra em face de

Neste caso, seria simplesmente cumprir a lei.¹⁷⁷ O que se tem, até os dias de hoje, 6 (seis) anos após a inserção do art. 212 no CPP, é uma incontestável omissão dos juristas diante da taxatividade do artigo 212 do CPP (*o juiz só pode fazer perguntas complementares*), uma alienação da doutrina que nada doutrina, e, por fim, e mais relevante, um prejudicial comportamento do Supremo Tribunal Federal que não se pronuncia quanto a tudo isso que se vê nos Tribunais inferiores, dando margem a uma onda de *habeas corpus* ao STF, clamando por nulidades absolutas em (des)respeito ao dispositivo legal acusatório.

Alguns dizem que nada mudou como Guilherme Nucci, Luís Flávio Gomes, Rogério Sanches e Ronaldo Batista Pinto; outros defendem a nulidade relativa, como a Ministra Cármen Lúcia, desde que tenha havido o *protesto da parte prejudicada no momento oportuno, sob pena de preclusão*, no mesmo sentido temos o Ministro Marco Aurélio, sustentando que o disposto no artigo 212 do Código de Processo Penal não obstaculiza a possibilidade de, antes da formalização das perguntas pelas partes, dirigir-se o juiz às testemunhas

um princípio, entendidos estes não como standards retóricos ou enunciados performativos. Conforme deixo claro em Verdade e Consenso (posfácio da terceira edição), é através da aplicação principiológica que será possível a não aplicação da regra a determinado caso (a aplicação principiológica sempre ocorrerá, já que não há regra sem princípio e o princípio só existe a partir de uma regra). Tal circunstância, por óbvio, acarretará um compromisso da comunidade jurídica, na medida em que, a partir de uma exceção, casos similares exigirão, graças à integridade e a coerência, aplicação similar. Um exemplo basilar que ajuda a explicar essa problemática “regra-princípio” é o da aplicação da insignificância. Em que circunstância um furto não deverá ser punido? A resposta parece ser simples: quando, mesmo estando provada a ocorrência da conduta, a regra deve ceder em face da aplicação do princípio da insignificância. Entretanto, isso implicará a superação do seguinte desafio hermenêutico: construir um sentido para esse princípio, para que este não se transforme em “álibi para aplicação ad hoc”. Lamentavelmente, a dogmática jurídica fragmentou ao infinito as hipóteses, não havendo a preocupação com a formatação de um mínimo grau de generalização. No mais das vezes, uma ação penal que envolve esse tipo de matéria é resolvido com a mera citação do princípio ou de um verbete, na maioria das vezes, absolutamente descontextualizado. Trata-se de uma aplicação equivocada da exceção, embora se possa dizer, em um país com tantas desigualdades sociais, que, na maior parte das vezes (no atacado), as decisões acabam sendo acertadas. A aplicação da insignificância – como de qualquer outro princípio jurídico – deve vir acompanhado de uma detalhada justificação, ligando-a a uma cadeia significativa, de onde se possa retirar a generalização principiológica minimamente necessária para a continuidade decisória, sob pena de se cair em decisionismo, em que cada juiz tem o seu próprio conceito de insignificância (que é, aliás, o que ocorre no cotidiano das práticas judiciais). STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 610-611.

¹⁷⁷ STRECK, Lenio. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?. **Revista NEJ – Eletrônica**, v. 15, n. 1, jan./abr. 2010.

fazendo indagações, entre outros Ministros do STJ, tais como Jorge Mussi¹⁷⁸ e Maria Thereza de Assis Moura.¹⁷⁹

O caso específico do senso comum teórico dos juristas em relação ao artigo 212 do CPP é emblemático, pois essa desobservância na recepção do referido artigo mostra exatamente aquilo que Warat descreve como uma espécie de racionalismo jurídico, como magna de conceitos e redes de sentidos que expandem uma força ideológica altamente eficaz.¹⁸⁰

Nesse sentido, o artigo 212 do CPP deveria ser factualmente considerado como uma garantia individual do acusado no interrogatório, devendo ser inevitavelmente também observado como são os princípios do devido processo legal, contraditório, da presunção de inocência, da legalidade, da ampla defesa, todos esses princípios norteadores do Estado Democrático de Direito.

Assim como observa Warat, não podemos admitir o uso do Direito como formador do sentido democrático de uma sociedade, ou seja, admitir que o judiciário reconheça ou não uma lei originada democraticamente pelo legislativo, isso seria o mesmo que diminuir acentuadamente a força normativa da Constituição. De um lado, por vezes, o STF e STJ se comportando com um formalismo exacerbado, afirmando aqui que a letra da lei é clara (Ângelo I), ao mesmo tempo, por outro lado, a letra da lei nada importa (Ângelo II), tal como o caso do artigo 212 do CPP. Ora, o senso comum dos juristas faz com que o discurso jurídico¹⁸¹, em suas múltiplas aparições, parece ter aversão a tudo que é novo.

¹⁷⁸ “Eventual inobservância à ordem estabelecida no artigo 212 do Código de Processo Penal caracteriza vício relativo, devendo ser arguido no momento processual oportuno, com a demonstração da ocorrência do dano sofrido pela parte, sob pena de preclusão, porquanto vige no cenário das nulidades o brocardo *pas de nullité sans grief* positivado na letra do artigo 563 do Código de Processo Penal”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC nº 222.917/SP**. Relator: Min. Jorge Mussi. Quinta Turma. Julgado em: 20 mar. 2012. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em: 15 jan. 2015.

¹⁷⁹ “O entendimento que prevaleceu nesta Corte é de que, invertida a ordem de perguntas, na colheita de prova testemunhal (CPP, art. 212, redação conferida pela Lei n. 11.690/2008), tem-se caso de nulidade relativa, a depender de demonstração de prejuízo - o que não se apontou. Ressalva de entendimento da Relatora”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC nº 183.696/ES**. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Sexta Turma. Julgado em: 14 fev. 2012. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em: 15 jan. 2015.

¹⁸⁰ WARAT, Luis Alberto. **A rua grita Dionísio**: direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010. p. 52.

¹⁸¹ No Supremo Tribunal Federal, o HC 103.525/PE, da relatoria da Ministra Carmen Lucia, datado de agosto de 2010; HC 107.318/SP, 1ª T., rel. Min. Marco Aurélio, rela. p/ o Acórdão Mina. Rosa Weber, j. 5-6-2012, DJe 204, de 18-10-2012; HC 112.217/SP, 2ª T., rel. Min.

3.3 A Imbricação do Direito e Literatura: o Modelo de Juiz Ângelo II Shakespeariano e o Modelo de Juiz *Corpus Mysticum* da Obra *Os Dois Corpos do Rei* de Kantorowicz

Ingressando agora no caminho literário, de modo a demonstrar que tal realidade até mesmo Shakespeare no seu tempo, em *Medida por Medida*¹⁸², já denunciava, apresentar-se-á os dois modelos de juiz construídos na comédia, com uma imbricação à obra *Os dois corpos do rei*¹⁸³ de Ernst Kantorowicz.

Isso para demonstrar que, se diante do artigo 212 do CPP construído democraticamente que diz: “*Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição*”, o julgador comporta-se sem qualquer constrangimento epistemológico decidindo: “*O disposto no artigo 212 do Código de Processo Penal não obstaculiza a possibilidade de, antes da formalização das perguntas pelas partes, dirigir-se o juiz às testemunhas, fazendo indagações*”, inexoravelmente, este atua ainda como o próprio julgador do potivismo-

Gilmar Mendes, j. 13-11-2012, DJe 240, de 7-12-2012; HC 110.623/DF, 2ª T., rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 13-3-2012, DJe 61, de 26-3-2012; HC 115.336/RS, 2ª T., rela. Mina. Cármen Lúcia, j. 21-5-2013, DJe 105, de 5-6-2013; na mesma linha segue o entendimento da 5ª e da 6ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça: HC 217.691/SP, 5ª T., rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 18-9-2012, DJe de 21-9-2012; HC 278.673/RS, 5ª T., rel. Min. Jorge Mussi, j. 20-5-2014, DJe de 26-5-2014; AgRg no Ag 1.420.725/SC, 5ª T., rela. Mina. Regina Helena Costa, j. 8-5-2014, DJe de 14-5-2014; HC 230.277/SP, 6ª T., rel. Min. Og Fernandes, j. 21-8-2012, DJe de 26-11-2012; RHC 38.435/SP, 6ª T., rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 6-5-2014, DJe de 15-5-2014; AgRg no AREsp 430.876/RS, 6ª T., rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 13-5-2014, DJe de 2-6-2014. NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 479-480 e GOMES, Luis Flávio; CUNHA, Rogerio Sanches; PINTO, Ronaldo. **Comentários às reformas do código de processo penal e da lei de trânsito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 302.

¹⁸² Em *Medida por Medida*, Ângelo I, decidiu conforme a letra da lei, eis um trecho “Ângelo I: Para pôr medo às aves de rapina não podemos fazer um espantalho da lei. [...] E seu delito é tal, como parece, que se encontra passível do castigo previsto pela lei”. Ângelo II: “[...] por motivo de sua posição, pudesse libertar facilmente das algemas da lei que envolve a todos, e que meio terreno não houvesse de salvá-lo, exceto o de entregardes a mais rica jóia do vosso corpo a essa pessoa. Sem isso, fatal fora a morte dele. Que faríeis?”. SHAKESPEARE, Willian. **Medida por medida**. Tradução de Beatriz Viégas-Faria. Porto Alegre: L&PM, 2012. p. 31;63.

¹⁸³ O conceito jurídico dos Dois Corpos do Rei não pode, por outros motivos, ser separado de Shakespeare. Pois, se essa imagem curiosa, que se esvaneceu completamente do pensamento constitucional, ainda possui hoje um significado muito concreto e humano, isso, em grande parte, deve-se a Shakespeare. Foi ele quem eternizou essa metáfora. Fez dela não só o símbolo, mas, de fato, a própria substância e essência de uma de suas melhores peças: A tragédia do rei Ricardo II é a tragédia dos Dois Corpos do Rei. KANTOROWICZ. Ernst H. **Os dois corpos do rei**: um estudo sobre teologia política medieval. Tradução de Cid Knipel Moreira. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 34.

normativista pós-kelseniano sem qualquer método ou critério que possam assegurar que sua aplicação está correta, pois, concorre contra a lei.

No Processo Penal brasileiro, temos primeiro que admitir que existam outros meios de o julgador atuar na produção de provas *ex officio judicis*, e isso não somente a própria história dos sistemas processuais penais demonstrou,¹⁸⁴ como também é uma tendência do Direito estrangeiro.¹⁸⁵ Porém, diferentemente do que vem acontecendo no Brasil, as autorizações de produção de provas *ex officio judicis* somente ocorrem de maneira *complementar e fundamentada e com amplo direito ao contraditório das partes*,¹⁸⁶ como importante meio para a busca

¹⁸⁴ Vejamos a **única oportunidade em que as instruções de Torquemada autorizavam uma conduta mais ativa por parte dos inquisidores era para permitir a busca de testemunhas que os informassem sobre a condição das pessoas que depuseram contra o imputado durante a pesquisa**, e que constavam na acusação do Fiscal. Em outras palavras, os inquisidores somente poderiam atuar a favor do imputado, buscando elementos que pudessem debilitar a que também permitisse essa atuação para comprovar ou reforçar os termos da acusação ou da notitia criminis oferecida. [Grifo nosso]. ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 304. Ressalva-se que o rompimento da Inquisição Espanhola com a Inquisição Medieval se deu com as instruções emitidas no período de Fernando de Valdés. NDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 305. [...] No que dizem respeito à atuação dos inquisidores, as instruções de 1591 seguiam as mesmas diretrizes do processo do período de Torquemada. Assim, não há qualquer instrução que permita uma atuação de ofício por parte do inquisidor, tanto para acusar, como para apresentar alguma prova condenatória. Ao contrário, as instruções de Valdés deixavam claro que qualquer acusação somente poderia ser oferecida pelo Fiscal, e que tanto a tortura, como as diligências destinadas a comprovar a culpabilidade do imputado, somente poderiam ser realizadas se requeridas expressamente por esse acusador. **A única oportunidade em que as instruções de Valdés orientaram a atuação subjetiva dos inquisidores foi para lhes chamar a atenção para que atuassem com grande cuidado nos assuntos relacionados à defesa do imputado**. Mais especificamente que atuassem com o mesmo zelo que exerciam durante a averiguação da culpa deste último de modo que a inocência dele também pudesse ser comprovada. [Grifo nosso]. ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 311.

¹⁸⁵ No âmbito do direito estrangeiro, e a respeito dos modernos códigos processuais penais – europeus e latino-americanos – inspirados pelo princípio acusatório, se prevê a iniciativa probatória do juiz penal. Assim como, outros códigos as negam veementemente (os da Bolívia, Chile, Colômbia ou Nicarágua); e outros a permite com caráter excepcional (os da Itália, Perú, ou Venezuela); e outros, ao contrário o prevem de maneira geral (os da Alemanha, Equador, Holanda, ou Portugal). Na Espanha, onde se encontra vigente todavia uma lei de procedimento criminal do século XIX, regida por um sistema acusatória formal ou misto, também se prevê dita iniciativa se bem que com caráter excepcional. PICO I JUNOY, Joan. **O juiz e a prova: estudo da errônea recepção do brocardo iudex iudicare debet secundum allehata et probata, non secundum conscientizam e sua repercussão atual**. Tradução de Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 137.

¹⁸⁶ Conceber a impossibilidade de atribuir qualquer atividade probatória ao juiz com uma manifestação do princípio acusatório é só o resultado de uma evolução – doutrinária e jurisprudencial – pouco reflexiva que, pretendo incorporar o máximo de garantias de imparcialidade do julgador, esqueceu que o processo é o instrumento que possuem os juízes e tribunais para levar a cabo sua jurisdição (art. 5º, XXXV, CF/88), pelo que é de todo inadequado não atribuir-lhes as faculdades necessárias que, sem desprezar nenhum direito fundamental das partes, lhes permita cumprir justa e eficazmente a citada função jurisdicional. PICO I JUNOY, Joan. **O juiz e a prova: estudo da errônea recepção do**

da resposta adequada, sem afetar a imparcialidade do julgador e assegurando a efetividade da tutela judicial.

O próprio *parágrafo único* do art. 212 permite ao juiz “*complementar*” a inquirição; o art. 156 do CPP, com as devidas ressalvas, permite ao juiz de ofício ordenar a produção de provas antes de iniciada a ação penal, e ainda, que determine diligências para dirimir dúvidas antes de proferir a sentença, além de outros artigos não menos importantes nesse sentido de autorizar a produção de provas *ex officio judicis* no CPP.¹⁸⁷ Mas ressalva-se aqui, são momentos processuais distintos, os argumentos dos eminentes Ministros do STF não devem afastar o conteúdo do art. 212 do CPP, com base simplesmente em uma suposta superação da literalidade do texto legal.

A partir desse comportamento, por vezes, o STF se comportando com uma espécie de formalismo exacerbado, sustenta que a letra da lei é clara conforme o julgador do positivismo-exegético, e por outro lado a letra da lei nada diz, ou pouco importa, e atua como um modelo de juiz positivista-normativista pós-kelseniano. Diante disso, passa-se para uma aproximação do Direito à Literatura muito válida, por meio da imbricação entre a comédia *Medida por Medida* de William Shakespeare e a obra *Os dois corpos do rei* de Ernst H. Kantorowicz, demonstrando a passagem do positivismo-exegético, da proibição de se interpretar, para o positivismo-normativista pós-kelseniano, do juiz dono da lei, de modo a apresentar que, apesar do passar de séculos, a História nos prova que o comportamento do intérprete-julgador, em regra, se mostra eivado de um egoísmo que deriva da sua própria razão cínica (*zynischen Vernunft*).¹⁸⁸

Na comédia *Medida por Medida* de William Shakespeare, por um lado, assistimos a Ângelo I promovido a governador durante a ausência do Duque Vicêncio,¹⁸⁹ que se apresentava com trejeitos exegéticos próprios do Século XIX,

brocardo iudex iudicare debet secundum allehata et probata, non secundum conscientiam e sua repercussão atual. Tradução de Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 137.

¹⁸⁷ Nesse ínterim, podemos citar outros artigos que fornecem poderes instrutórios ao juiz na gestão da prova no processo penal, traduzidos na possibilidade de o juiz, *ex officio*, decretar a prisão preventiva (art. 311, CPP); determinar o sequestro de bens (art. 127, CPP); decretar a busca e a apreensão (art. 242, CPP); ouvir outras testemunhas além das arroladas pelas partes (art. 209, CPP).

¹⁸⁸ SLOTERDIJK, Peter. **Crítica da razão cínica**. São Paulo: Estação Liberdade, 2012.

¹⁸⁹ “Ouve, pois, Ângelo: Sê plenamente Nós em nossa ausência. O castigo e a demência, agora, em Viena, só te pendem do peito e do discurso. O velho Escalo, embora em tudo seja

ainda que escrito no início do Século XVI, momento em que texto e norma eram a mesma coisa. Neste período na França havia a proibição de interpretar, pois era um direito feito pelos legisladores; na Alemanha, havia as *pandectas*, o nascimento do formalismo conceitual, produzido pelos professores na raiz da Jurisprudência dos Conceitos; e, então, na Inglaterra, tinha-se a jurisprudência analítica. Todos esses apresentavam a limitação de se interpretar, fase denominada, por Rudolf Carnap, de *sintática*.

De outra banda, após pedir em troca o amor de Isabela e fazer um espantalho da lei,¹⁹⁰ lá está Ângelo II, um sujeito que se comportava como o juiz do Século XX, aquele dono da lei, que não prestava contas (*accountability*). Período este que o problema da interpretação descrita pelo positivismo-normativista era muito mais *semântico* do que *sintático*, crescia a Jurisprudência dos Interesses e da Escola do Direito Livre.

Esse comportamento ensimesmado-egoístico do modelo de juiz representado por Ângelo II, que primeiro se nega a fazer da lei um espantalho com medo das aves de rapina, ou seja, que faz uma leitura respeitando o conteúdo programático do texto, fazendo exsurgir a norma mais correta possível.¹⁹¹ É o mesmo Ângelo II que, por motivos da posição de Isabela, o

primeiro, é teu segundo. Eis o mandato. (Entrega-lho.)". SHAKESPEARE, Willian. **Medida por medida**. Tradução de Beatriz Viégas-Faria. Porto Alegre: L&PM, 2012. p. 9.

¹⁹⁰ Em Medida por Medida, Ângelo I, decidi conforme a letra da lei, eis um trecho "Ângelo I: Para pôr medo às aves de rapina não podemos fazer um espantalho da lei. [...] E seu delito é tal, como parece, que se encontra passível do castigo previsto pela lei". Ângelo II: "[...] por motivo de sua posição, pudesse libertar facilmente das algemas da lei que envolve a todos, e que meio terreno não houvesse de salvá-lo, exceto o de entregardes a mais rica jóia do vosso corpo a essa pessoa. Sem isso, fatal fora a morte dele. Que faríeis?". SHAKESPEARE, Willian. **Medida por medida**. Tradução de Beatriz Viégas-Faria. Porto Alegre: L&PM, 2012. p. 31;63.

¹⁹¹ ÂNGELO (Cena II) - Punir o crime, apenas, sem punir o culpado? Condenadas já estão todas as faltas antes mesmo de cometidas. Meu papel seria simplesmente risível, se tratasse de castigar os crimes cujas penas se acham previstas, mas deixasse impunes os infratores. [...] ISABELA - É necessário, pois, que ele morra? ÂNGELO - É inevitável, jovem. [...] ÂNGELO - É muito tarde; já se acha sentenciado. [...] ÂNGELO - Vosso irmão se encontra sob a ação da lei; por isso, malgastais as palavras. [...] ÂNGELO - Resignai-vos, bela menina, mas é a lei que pune vosso irmão, não sou eu. Fosse ele, embora, meu parente, irmão, filho, pouco importa: morreria amanhã. [...] ISABELA - Sem embargo, dai mostras de piedade. [...] ÂNGELO - É o que faço, ao dar mostras de justiça, pois revelo piedade para aqueles que eu não conheço e que viriam, certo, a sofrer por um crime não punido, sobre ser com o culpado apenas justo, pois expiando ele a culpa, não tem tempo de cometer mais crimes. Conformai-vos; vosso irmão morrerá; paras com as queixas. SHAKESPEARE, Willian. **Medida por medida**. Tradução de Beatriz Viégas-Faria. Porto Alegre: L&PM, 2012. p. 9-30.

Direito dele já não cabe mais na lei,¹⁹² algo muito parecido com o modelo de juiz positivista-normativo pós-kelseniano, um juiz discricionário que se movimenta dentro ou fora da moldura, não tem qualquer método ou critério de aplicação da lei. Pode-se afirmar, taxativamente, é o mesmo juiz que hoje sustenta: onde está escrito o juiz deve complementar a inquirição, leia-se: o juiz pergunta como e quando quer. Conforme salienta Streck, por vezes, cumprir a “*letra da lei*” já é um avanço considerável.¹⁹³

Com tamanha similitude a esse comportamento liberal do intérprete, que entende e interpreta o texto normativo conforme seu próprio imaginário, através de uma imbricação com o modelo de juiz Ângelo II da comédia de Shakespeare, seguindo o caminho literário, está o modelo de juiz da obra *Os dois corpos do rei* de Ernst Kantorowicz, que demonstra uma aproximação comportamental de grande parcela dos juízes com esses personagens históricos, precisamente nessa última obra, pelo fato da dificuldade de os juízes não conseguirem, em grande parte, realizarem a referida separação do corpo privado do corpo público.¹⁹⁴

Verdadeiramente, esse perfil discricionário e decisionista do poder, que se entende como originado no seio da mobilidade dedicada por Kelsen que permitiu aos intérpretes uma atuação dentro da “*moldura-ideia-imagem*” do texto, como uma espécie de resposta à derrocada do rigor jurídico do positivismo-

¹⁹² ÂNGELO - Não morrerá, Isabel, se amor me derdes. [...] ISABELA - Ah! essa honra é pequena em demasia para ser crida. E o intento, mais que infame! Hipocrisia tudo, hipocrisia! Cuidado, Ângelo! Vou desmascarar-te! Vais assinar-me logo a liberdade de meu irmão, se não, com toda a força dos pulmões vou gritar por esse mundo que espécie de homem tu és. [...] ISABELA - Estranho, sim; contudo, verdadeiro. É estranho dizer que Ângelo é perjuro? É estranho dizer que Ângelo é assassino? Que é um ladrão adúltero, um hipócrita, um violador de virgens? Muito estranho, pois não? Bastante estranho? [...]. SHAKESPEARE, William. **Medida por medida**. Tradução de Beatriz Viégas-Faria. Porto Alegre: L&PM, 2012. p. 31-45.

¹⁹³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 646.

¹⁹⁴ Observamos que o primeiro dos corpos do rei aparece enquanto seu corpo natural, sustentado nas efemeridades humanas, calcado nos defeitos, infantilidades e apelos naturais ao homem, aquele que poderia transgredir a época do positivismo-exegético, observada a necessária separação dos dois corpos do rei, e simplesmente realizar a rigorosa conexão lógica dos signos linguísticos lastreados no Código com o caso concreto do mundo real. Já o segundo, o corpo político, supera o primeiro no sentido em que é ele possuidor do poder da verdade, da decisão, da legitimidade, se aproximando do modelo decisionista, criado por Kelsen nas primeiras décadas do Século XX.

exegético do Século XIX, acabou gerando esse fenômeno nefasto para o Direito.¹⁹⁵

Na obra *Os dois corpos do rei*, E. H. Kantorowicz mostra que, numa fórmula que nasce na teologia política medieval e evolui até o absolutismo, o rei tem dois corpos: um é o corpo natural, visível, concreto e mortal; o outro é o corpo jurídico, invisível, imaterial e imortal, que se superpõe ao primeiro, e aqui, que repousa mais essa aproximação do Direito à Literatura, uma vez que se mostra, inexoravelmente, que há uma separação dos dois corpos do rei, um corresponde ao rei como homem, o outro ao rei como função, dualidade que permite a continuidade da monarquia por ocasião da morte do monarca, de acordo com o dito: “*O rei morreu. Longa vida ao rei*”. As propriedades do corpo sagrado transmitem-se ao corpo empírico, acreditando-se, por exemplo, que um doente pode sarar se for tocado pelo rei: a cura por imposição das mãos reais é praticada até os Stuarts, na Inglaterra do século XVII, e os Bourbons, na França do século XVIII.

Segundo Kantorowicz, as dificuldades de definir os efeitos exercidos pelo corpo político – ativo no rei indivíduo como um *deus absconditus* – sobre o corpo natural real são óbvias. De fato, os juristas elisabetanos tinham de proceder, às vezes, com a cautela e a circunspeção de teólogos definindo um dogma. Não era tarefa simples permanecer coerente quando se tinha que defender ao mesmo tempo a união perfeita dos *Dois Corpos do Rei* e as capacidades muito distintas de cada corpo isoladamente, e refere-se ainda, é uma verdadeira acrobacia que os juristas desempenham.¹⁹⁶

Isso é fato, quando da interpretação, viu-se que o aplicador da lei, no momento em que verificava que o signo linguístico não aderira ao objeto do mundo concreto, realiza um ato de vontade, produzindo a *nova norma* (agindo como legislador o fosse), realizando a já referida cisão. O cientista, no entanto, realizava um ato de conhecimento descritivo, uma vez que somente descrevia as normas produzidas pela autoridade jurídica criando *proposições*. O modelo de juiz kelseniano não possuía qualquer método ou critérios para a produção da

¹⁹⁵ E uma reparação deve ser feita, ainda que Kelsen por muitos, seja reconhecido como o pai de uma interpretação “pura da lei”, na verdade, esta não passa de uma leitura desatenta de sua obra, uma vez que Kelsen não se tratava de um positivista-exegético, mas sim de um positivista-normativista como aqui exaustivamente observado.

¹⁹⁶ KANTOROWICZ. Ernst H. **Os dois corpos do rei**: um estudo sobre teologia política medieval. Tradução de Cid Knipel Moreira. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 24.

nova norma exurgida do ato de vontade, podendo, inclusive, ultrapassar a referida “moldura-ideia-imagem” da norma superior, e nesse instante há a confusão entre os dois corpos (público e privado),¹⁹⁷ pois no positivismo-normativista o juiz produzia normas, e é nesse aspecto que assenta sua similaridade à obra literária *Os dois corpos do rei*, de Kantorowicz, uma vez que aqui repousa o problema do poder da discricionariedade do juiz, confundindo os seus dois corpos, não entendendo a necessária separação dos dois corpos do Rei.

O jargão dos *Dois Corpos do Rei*, contudo, conforme Kantorowicz não pode ser facilmente desconsiderado do pensamento político inglês. Sem as esclarecedoras – ainda que por vezes confusas – distinções entre a eternidade do Rei e a temporariedade do rei, entre seu corpo político imaterial e imortal e seu corpo natural material e mortal, teria sido quase impossível ao Parlamento recorrer a uma ficção similar e conjurar, em nome e por meio da autoridade de Carlos I, corpo político do Rei, os exércitos que iriam combater o mesmo Carlos I, corpo natural do rei. Mediante a Declaração dos Lordes e Comuns do dia 27 de maio de 1662, o corpo político do rei era retido no e pelo Parlamento enquanto o corpo natural do rei era, por assim dizer, colocado de gelo.¹⁹⁸

Essa separação entre o corpo político e o corpo natural do Rei Carlos I representa a adequada separação que para parcela significativa de muitos juízes é incompreensível, esta referência literária ilustra a dificuldade do intérprete quando necessita da desejável separação dos dois corpos para a decisão mais correta possível, desconsiderando seus gostos e preferências, morais, políticas, religiosas, ideológicas, etc.¹⁹⁹⁻²⁰⁰ Nota-se na obra, que isso ocorre

¹⁹⁷ Aqui o rei “nunca morre” é substituído pelo rei que sempre morre e sofre morte mais cruel que os outros mortais, desaparece a unidade do corpo natural com o corpo político imortal, esse corpo duplo, ao qual nenhum Corpo se iguala. KANTOROWICZ. Ernst H. **Os dois corpos do rei**: um estudo sobre teologia política medieval. Tradução de Cid Knipel Moreira. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 38.

¹⁹⁸ KANTOROWICZ. Ernst H. **Os dois corpos do rei**: um estudo sobre teologia política medieval. Tradução de Cid Knipel Moreira. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 30.

¹⁹⁹ Conforme salientava Warat, “os juristas terminam só escutando, de modo autorreferencial, as vozes e crenças de sua ideologia funcional ou institucional; as escutam e ficam fascinados por elas a ponto de gerar um processo em que terminam devorando-se a si mesmos por conta de suas ideologias. WARAT, Luis Alberto. **A rua grita Dionísio**: direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010. p. 50.

²⁰⁰ Conforme defende Streck, temos que afastar os predadores do direito penal (material e processual), por ser considerada uma dimensão autônoma em face das outras dimensões com ele intercambiáveis, pois é no interior dele que tratamos da liberdade do indivíduo, considerado o bem da vida mais relevante. Os predadores do direito é considerado um dos

harmoniosamente, pois o Rei, apesar de ser considerado a fonte da justiça, não poderia apropriar-se de seus desejos para proteger o seu corpo natural, porque este corpo era posto em paralisia, e o seu corpo político retido pelo Parlamento. Em outras palavras, a decisão do corpo político do Rei Carlos I suspendia as preferências do seu corpo natural, e, ao mesmo tempo, seu corpo político era limitado pela Declaração dos Lordes, isto é, pela lei.

Outra passagem que ilustra devidamente a separação entre pessoa e cargo surge quando Kantorowicz aborda a figura do filósofo político Dante, bem como Dante, o poeta. Aqui mais uma vez, a distinção entre pessoa e cargo mostra-se de modo claro e nítido, e, principalmente, fundamental para exercer tanto a função de rei, assim como no caso de Dante, filósofo político e poeta, uma vez que a hipótese da presença da imparcialidade, isso interferiria sobremaneira na função do cargo.²⁰¹

Enfim, a imbricação apresentada entre a comédia de Shakespeare com a obra de Kantorowicz serve para demonstrar a passagem do positivismo-exegético, em que havia a proibição de se interpretar, para o positivismo-normativista, para uma espécie de juiz dono da lei eivado de espaços para discricionariedades, suportado pela Teoria pura do Direito de Hans Kelsen, com aquilo que Warat definiu de senso comum teórico dos juristas, uma espécie de escuta alienada²⁰², a paralinguagem que está além dos significados para

fundamentos do primeiro princípio de preservação da autonomia do direito (predadores externos), dentre os cinco sugeridos pelo autor, todos forjados na tradição do Estado Democrático de Direito. A sua função específica é preservar a autonomia do direito, afastando os predadores do direito (juízos morais, políticos e econômicos). STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, Constituição e autonomia do direito*. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, jan./jun. 2009.

²⁰¹ “Por exemplo, no modo como o papa Bonifácio VIII figura na Divina Comédia. Para Dante, o papa da família Gaetani era simplesmente o “Príncipe dos novos fariseus” que não considerava “nem o supremo ofício nem as ordens santas em si mesmo” ou nos outros; que cinicamente se gabava: “Abro e fecho o Céu, como bem sabes”, que é chamado por um irado são Pedro de uma pessoa”. KANTOROWICZ. Ernst H. **Os dois corpos do rei**: um estudo sobre teologia política medieval. Tradução de Cid Knipel Moreira. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 275.

²⁰² “Os operadores do Direito não revelam nenhum excesso de sensibilidade, ao contrário, as formas dominantes de conceber o Direito conseguem formar operadores sem sensibilidade, corpos sem capacidade de relacionar-se sensivelmente com os outros e com o mundo. Os autistas temem um tipo muito particular de escuta, o que eu chamo de escuta alienada ou de uma escuta cega em relação a tudo o que se deveria escutar, que está relacionado com a capacidade de perceber o que o outro emocionalmente reclama. Não escutam as necessidades emocionais do outro senão caem embriagados com seu próprio canto da sereia. Ulisses quando navegava, atravessava alguns mares cheios de sereias com vozes absolutamente cativantes. Quando os marinheiros as escutavam não conseguiam resistir e

estabelecer em forma velada a realidade jurídica dominante.²⁰³ Essa formulação se mostrou como a origem e a maneira com que ainda se perpetua essa equivocada recepção da parcela substancial dos intérpretes, aqui direcionada especificamente para a análise do artigo 212 do CPP.

3.4 O Modo Comportamental do Juiz no Interrogatório: a Obstinação na Busca da Falácia da Verdade Real

Não se pode olvidar que o enfoque da interpretação do artigo 212 do CPP deve ser constitucional, em consonância com os princípios do contraditório, do devido processo legal, da presunção de inocência, da ampla defesa, da fundamentação e da publicidade que impõem a prova como um direito fundamental das partes, de modo que o juiz seja um dos destinatários da prova, não o único, devendo valer-se dela para o convencimento da comunidade (publicidade), no caminho da integridade dworkiniana, seja esta a melhor decisão para aquele caso, de modo a inviabilizar e blindar sua decisão em relação a decisões subjetivas e arbitrárias. Mas convém destacar que esse comportamento está presente na grande parcela dos intérpretes, e, por isso, convém observar como uma das causas da desobservância da literalidade do parágrafo único do artigo 212 do CPP.

No mesmo sentido, Luigi Ferrajoli sustenta que “A verdade certa, objetiva ou absoluta representa sempre a expressão de um ideal inalcançável”, reduzindo que a ideia de que se pode conseguir e asseverar uma verdade objetiva ou absolutamente certa é, na realidade, uma “*ingenuidade epistemológica*”.²⁰⁴ Do mesmo modo, Eugênio Pacelli de Oliveira diz que sustentar a existência de uma possível verdade real é inteiramente inadequado, “pois que esta diz respeito à realidade do já ocorrido, da realidade histórica”, também “pode revelar uma aproximação muito pouco recomendável com um passado que deixou marcas

se lançavam ao mar, onde terminavam devorados pelo seu canto. O canto dessas sereias terminou consagrado como força de expressão que se refere aos cantos que nos fascinam e nos atraem como chamado, para logo sermos devorados pela sereia que canta”. WARAT, Luis Alberto. **A rua grita Dionísio**: direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010. p. 27-50.

²⁰³ WARAT, Luis Alberto. **A rua grita Dionísio**: direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010. p. 15.

²⁰⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 42.

indelévels no processo penal antigo, particularmente no sistema inquisitório da Idade Média”. Conclui, ainda, Oliveira, que o maior mal causado por tal ideal foi a disseminação de uma “*cultura inquisitiva*”, com a qual as mais diversas práticas probatórias foram legitimadas “pela nobreza de seus propósitos: a verdade”, subvertendo a própria lógica inquisitiva aqui apresentada que prospectava provas em favor do réu.²⁰⁵

Em virtude dessas considerações, defender a presença da “verdade real”, falácia esta que auxilia a permanência do senso comum teórico dos juristas, e conseqüentemente a desobservância do conteúdo programático do artigo 212 do CPP, é imaginar a presença concomitante da “paralaxe cognitiva”, ou seja, há um deslocamento entre o eixo da experiência real e o eixo da construção teórica na obra do indivíduo que está fazendo esta construção. A idêntica busca de Guilherme de Ockham na construção de sua teoria empirista, que nunca conseguiu construir a verdade, isto é, contribui apenas com uma parcela do conhecimento desejado – ao mesmo tempo em que cotidianamente os juristas buscam alcançar a falácia da verdade real, deixam de obedecer a uma lei construída democraticamente para o povo.

Segundo Streck, no Processo Penal não passa despercebida a continuidade da força do princípio da verdade real, presente na maioria dos autores utilizados no curso de Direito Brasil afora, isso é um paradoxo. Esse denominado “princípio” na origem conhecido como um “princípio geral do Direito” – axioma do século XIX – foi recepcionado equivocadamente pelo Estado Democrático de Direito, uma espécie de institucionalização do mito do dado da metafísica clássica,²⁰⁶ era a instrumentalização da ontologia clássica no Processo Penal, pelo qual a verdade do Processo Penal se revelaria ao juiz (*adeaquatio intellectus et rei*). Ao invés da “coisa” “assujeitar” o juiz – circunstância que asseguraria o exurgimento da verdade “dada” no âmbito do Processo Penal –, foi o juiz que passou a “assujeitar” a coisa (a prova

²⁰⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 281-282.

²⁰⁶ O positivismo ou os positivismos que predominam na ciência do Direito (dogmática jurídica)1 desde o século XIX apoiam-se no modelo aristotélico-tomista, acreditando que o texto normativo possui uma realidade objetiva fundante que deve ser elucidada pelo intérprete da norma. É o “mito do dado”. Funda-se, pois, numa filosofia teórica-formal, que aparta o jurista da vida prática, afastando o Direito da moral e da política. STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: decido conforme minha consciência?**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 49.

processual), e, desse modo, a “verdade real” passou a ser aquela “extraída inquisitorialmente pelo juiz”.²⁰⁷

Para Silva-Sánchez, a ocorrência dessa ingenuidade epistemológica corrobora para a expansão do sistema do Direito Penal, pois se tem uma maior identificação da maioria com a vítima do delito, uma vez que o juiz busca a prova em (des)favor do réu. Há uma alteração progressiva na concepção do Direito Penal subjetivo (*ius puniendi*), segundo o autor destaca-se uma situação em que “a espada do Estado é levantada contra o delinquente desvalido”, provocando conseqüentemente uma transformação no âmbito do Direito Penal objetivo (*ius poenale*), com tendência à perda da visão deste instrumento de defesa dos cidadãos diante da intervenção coativa do Estado. O Direito Penal deixa de ser um instrumento de defesa dos cidadãos em face do arbítrio punitivo estatal.²⁰⁸ Na mesma linha, Muñoz Conde sustenta que enquanto existir o Direito Penal o mesmo deve ser estudado e analisado de modo que seja convertido em um instrumento de mudança e progresso para uma sociedade mais justa e igualitária²⁰⁹, ou seja, a interpretação respeitando os limites semânticos do artigo 212 do CPP é condição de possibilidade, um artigo que permite no interrogatório a concretização democrática, que respeitaria fundamentalmente os direitos individuais do acusado.

O comportamento daqueles que inobservam a literalidade do parágrafo primeiro do artigo 212 do CPP, desprestigiam significativamente a Carta Maior, pois o modelo inquisitorial majoritário apresentado contemporaneamente, tendo perdido suas características históricas quando estava autorizado a produzir provas somente a favor do acusado, causa uma intervenção punitiva por parte do Estado, que representa um sério risco às liberdades e garantias fundamentais do cidadão.

Conforme já reiterado, o artigo 212 do CPP é um avanço histórico institucional conquistado desde 1988 que colocou o Processo Penal brasileiro no pleno caminho da democracia, em consonância com a Constituição Federal de

²⁰⁷ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: decido conforme minha consciência?**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 49.

²⁰⁸ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução da 2ª edição espanhola de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002. p. 51.

²⁰⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Direito penal e controle social**. Tradução de Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 33.

1988, que já garantia, em função das características aqui referidas, uma aproximação do sistema acusatório, uma vez que o texto constitucional, desde seu nascimento, já garantia a todo cidadão brasileiro a segurança do princípio da legalidade, do devido processo legal, da presunção de inocência, do contraditório, todos estes, na esteira da estrutura do sistema acusatório. Em virtude disso, negar o princípio acusatório contido no interior do artigo 212 do CPP, como vem fazendo sistematicamente o STF, sem ressalvas, é negar a força normativa da Constituição Federal que o Tribunal tem o dever-obrigação de zelar.

Identifica-se como outro fator relevante para a causa da expansão do Direito Penal, concomitantemente à sua politização, é o papel que toda a decisão relacionada ao controle de criminalidade está sempre envolvida de um discurso politizado e publicizado, que ao contrário de gerar um constrangimento ao juiz na linha da interpretação integrativa do artigo 212 do CPP, o conduz na inobservância do referido artigo na busca da ilusão da justiça social. Conforme salienta Díez Ripollés, cada vez mais a experiência do povo e sua percepção direta da realidade e dos conflitos sociais passam a ser considerados fatores de primeira importância na hora de configurar leis penais e na aplicação dessas leis, em detrimento dos conhecimentos e opiniões dos expertos, que passam a ser desacreditados porque considerados, em sua maioria, desresponsabilizantes.²¹⁰

Resulta afirmar, inclusive, dada as referidas restrições das garantias processuais ao acusado no interrogatório, uma aproximação às características do Direito Penal do inimigo. Conforme destaca Callegari, para Günter Jakobs existe uma dupla diferenciação do Direito Penal: há os inimigos e os cidadãos, do mesmo modo, que há o Direito Penal do inimigo e o Direito Penal do cidadão, sendo que o Direito Penal do cidadão é o Direito de todos, já o Direito Penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo frente ao inimigo, ao passo que os inimigos são os próprios indivíduos, cujas atividades refletem seu distanciamento duradouro – e não incidental – em relação ao Direito.

Por isso, Jakobs irá afirmar que este cidadão não oferece a garantia da segurança cognitiva mínima, de um comportamento pessoal, demonstrando esse déficit por meio de sua atitude. Outro aspecto importante, para o Direito Penal do

²¹⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **La racionalidad de las leyes penales**: práctica y teoría. Madrid: Trotta, 2003. p. 77-79.

cidadão, é que a finalidade da pena é a manutenção da vigência da norma; ao passo que, para o Direito Penal do inimigo, a pena tem a função de inocuidade, de eliminação do perigo. Podendo observar, com as características apresentadas do Direito Penal do Inimigo, que o juiz ao desrespeitar o artigo 212 do CPP, realizando perguntas inicialmente ao acusado, também está realizando essa divisão entre inimigos e cidadãos, ainda que de forma despercebida.²¹¹

No mesmo sentido, Gracia Martín é um sinal característico da influência do Direito Penal do inimigo²¹², uma vez que se questiona, no âmbito do interrogatório, a própria presunção de inocência, quando o juiz inicia as perguntas e desrespeito ao parágrafo único do artigo 212 do CPP. A supressão dos princípios constitucionais, a partir da (des)leitura tortuosa do artigo referenciado, faz do Direito Penal um mero instrumento de personificação do Estado para uma atuação punitiva descabida constitucionalmente, deslegitimando literalmente toda a proteção dos cidadãos construída há longos anos e dos seus direitos fundamentais descritos na Carta Maior.

Essa leitura equivocada, ao final e ao cabo faz resultar em afronta ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, uma vez que retira do acusado seus próprios direitos individuais.

²¹¹ CALLEGARI, André Luís. Constituição, sistemas sociais e hermenêutica. In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS**. São Leopoldo: UNISINOS, 2012. p. 33-53.

²¹² MARTÍN, Luis Gracia. Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “derecho penal del enemigo”. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, n. 07-02, p. 1-43, 2005. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

4 HANS-GEORG GADAMER E FRIEDRICH MÜLLER: A INTERPRETAÇÃO NO NÍVEL DA APLICAÇÃO NO DIREITO

O terceiro capítulo ressaltou a origem do positivismo de maneira a distinguir o positivismo-exegético e o positivismo-normativista, para demonstrar que essa passagem fez nascer o comportamento discricionário que se estende ainda hoje no imaginário dos juristas, especialmente quando nos dirigimos à interpretação do artigo 212 do CPP, um artigo recepcionado equivocadamente por parte significativa da corrente doutrinária brasileira, assim como pela majoritária jurisprudência que se formou com relação ao referido artigo, precipuamente no STJ e STF.

Com isso, ao longo do referido Capítulo, após descrever o lugar de origem dessa discricionariedade, passamos a apresentar uma aproximação com a construção sedutora de Warat,²¹³ ou seja, do lugar comum dos intérpretes que radica essa liberdade interpretativa, em que o Direito não cabe na lei, denominado de “senso comum teórico dos juristas”, uma forma de conceber o Direito sem qualquer sensibilidade, também intitulada de escuta alienada ou escuta cega em relação a tudo o que se deveria escutar.²¹⁴ Conforme palavras de Warat, o grande boato do normativismo que acabou vencedor extinguindo com todas as possibilidades de emancipação do objeto, ou destino do Direito.

²¹³ De qualquer forma, com a sedução que ele opera, vale a descrição de Pedro Juan Gutiérrez, o qual, por certo, descreve Warat: “Sou um sedutor. Eu sei. Assim como existem os alcoólicos irrecuperáveis, os jogadores, os viciados em cafeína, em nicotina, em maconha, os cleptomaníacos etcétera, sou um viciado em sedução. Às vezes o anjinho que tenho dentro de mim tenta me controlar e diz assim: Não seja tão filho-da-puta, Luisito. Não percebe que está fazendo estas mulheres sofrerem? Mas aí aparece o diabinho e o contradiz: Vá em frente. Elas ficam felizes assim, nem que seja só por um tempo. E você também fica feliz. Não se sinta culpado. É um vício. Sei que a sedução é um vício igual a outro qualquer. E não existe nenhum Sedutores Anônimos. Se existisse, talvez pudessem fazer algo por mim. Se bem que não tenho tanta certeza. Seguramente su inventaria pretextos para não comparecer a suas sessões e ter de ficar lá na caradura na frente de todo o munfo, botar a mão na Bíblia e dizer serenamente: Meu nome é Luis Alberto Warat. Sou sedutor. E faz hoje vinte e sete dias que não seduzo ninguém”. WARAT, Luis Alberto. **A rua grita Dionísio: direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia.** Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010. p. XV.

²¹⁴ Essa escuta alienada está relacionada com a capacidade de perceber o que o outro emocionalmente reclama. Não escutam as necessidades emocionais do outro senão caem embriagados com seu próprio canto da sereia. Ulisses quando navegava, atravessava alguns mares cheios de sereias com vozes absolutamente cativantes, os marinheiros quando as escutavam não conseguiam resistir e se lançavam ao mar, onde terminavam devorados pelo seu canto. O canto dessas sereias terminou consagrado como força de expressão que se refere aos cantos que nos fascinam e nos atraem como chamado, para logo sermos devorado pela sereia que canta. WARAT, Luis Alberto. **A rua grita Dionísio: direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia.** Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010. p. 50.

Um estilo de vida em sociedade transformando em uma articulação complexa de lugares comuns, o que denominou de pós-modernidade jurídica, uma concepção do Direito moderno disfarçada de si mesmo, lugares comuns que nos apresentam um boato de normativismo jurídico que se tornou imprestável, se excedeu em simplificações, em defesas maníacas, em vulgaridades, construiu um mundo de faz de conta. Algo que bloqueia a entrada de qualquer ideia iluminadora.²¹⁵

Diante disso, identificada a origem comportamental desses juristas, por muitas vezes ainda impulsionado pela busca da falácia da verdade real, que realizam a leitura equivocada do artigo 212 do CPP,²¹⁶ do mesmo modo, caracterizado o modo de perpetuação desse pensamento liberal com base na leitura lapidada de Warat aproximou o Direito da Literatura de maneira a demonstrar que tal comportamento, da ausência de separação do corpo público do privado, já William Shakespeare e E. H. Kantorowicz, cada um no seu tempo já descrevia de maneira literária.

Agora, no presente Capítulo, faremos oposição à passagem descrita no interior do poema “A segunda Infância – Pintura” de Manoel de Barros,²¹⁷ em que o poeta narra que “*sempre compreendo o que faço depois que já fiz*”,

²¹⁵ WARAT, Luis Alberto. **A rua grita Dionísio**: direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010. p. 55.

²¹⁶ Aqui, cabe uma lembrança, quando Hitler (austríaco) foi julgado na Alemanha ele deveria ter sido expulso, pois a Constituição alemã era clara, aquele que dá um golpe de Estado (o golpe das cervejarias de 1923 naquela ocasião), considerada uma tentativa de golpe de Adolf Hitler e do Partido Nazista contra o governo da região alemã da Baviera. A lei era clara, o estrangeiro que dá um golpe deve ser expulso. Mas, os juízes foram críticos e foram cavar debaixo da lei e descobriram: onde está escrito “expulse-se”, leia-se “só se aplica a quem não conhece os valores alemães”. Então o resultado, ele foi condenado apenas por pena de prisão, na cadeia ele escreveu 1925 (Mein Kampf - expressando suas ideias antissemitas, racialistas e nacional-socialistas) depois que saiu da prisão, deu no que deu, quase acabou com o mundo.

²¹⁷ Sempre compreendo o que faço depois que já fiz. O que sempre faço nem seja uma aplicação de estudos. É sempre uma descoberta. Não é nada procurado. É achado mesmo. Como se andasse num brejo e desse no sapo. Acho que é defeito de nascença isso. Igual como a gente nascesse de quatro olhares ou de quatro orelhas. Um dia tentei desenhar as formas da Manhã sem lápis. Já pensou? Por primeiro havia que humanizar a Manhã. Torná-la biológica. Fazê-la mulher. Antemente eu tentara coisificar as pessoas e humanizar as coisas. Porém humanizar o tempo! Uma parte do tempo? Era dose. Entretanto eu tentei. Pinte sem lápis a *Manhã de pernas abertas para o Sol*. A manhã era mulher e estava de pernas abertas para o sol. Na ocasião eu aprendera em Vieira (Padre Antônio, 1604, Lisboa) eu aprendera que as imagens pintadas com palavras eram para se ver de ouvir. Então seria o caso de se ouvir a frase pra se enxergar a Manhã de pernas abertas? Estava humanizada essa beleza de tempo. E com seus passarinhos, e as águas e o Sol a fecundar o trecho. Arrisquei fazer isso com a Manhã, na cega. Depois que meu avô me ensinou que eu pintara a imagem erótica da Manhã. Isso fora. BARROS, Manoel de. **Poema**: A segunda Infância. Disponível em: <<http://manualdebarros.blogspot.com.br/>>. Acesso em: 01 nov. 2015.

demonstrar-se-á nesse sentido, a oposição que Gadamer realizou a esse processo nefasto de interpretação por etapas, uma vez que a compreensão e aplicação se mostram incindíveis, alertando que a realização da compreensão se dá no projeto de um horizonte histórico, que é apenas um momento na realização da compreensão, constatando que Gadamer alerta que não se deve prender na autoalienação de uma consciência passada (o histórico interrogatório iniciado com perguntas do juiz), pois é preciso se recuperar no próprio horizonte compreensivo do presente (em que o juiz no interrogatório deve complementar a inquirição).²¹⁸

No mesmo Capítulo, destacaremos a teoria estruturante da norma do jurista alemão Friedrich Müller para que se possa identificar que os juristas, quando realizam tais interpretações equivocadas que superam o conteúdo programático do texto normativo do artigo 212 do CPP, inseridos no SCT waratiano, com resquícios de discricionariedades oriundas do processo de superação do positivismo-exegético nas décadas de 30 e 40, se deixam levar pela herança kelseniana de não realizarem uma interpretação concreta no nível da aplicação.

Por isso, pelo problema hermenêutico que passa o Direito,²¹⁹ aqui demonstrado pormenorizadamente no Capítulo anterior pelo modo de recepção das influências positivistas no Direito, no Capítulo 3 iremos descrever a partir da

²¹⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 14. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2014. p. 405.

²¹⁹ Conforme Stein a hermenêutica possui conceitos conhecidos como compreensão, interpretação, círculo hermenêutico, antepredicativo e pré-compreensão. E, desses conceitos, abriu um novo espaço na filosofia que tinha diversos lados que o aproximavam da questão do conhecimento. A crítica principal aos traços modernos da teoria do conhecimento será a partir da procedência da hermenêutica da fenomenologia, direcionada a questão da subjetividade. A hermenêutica, compreendida desde o horizonte da fenomenologia hermenêutica, não era mais simplesmente um método de interpretação ou de compreensão, mas surgia para condições de possibilidades que integravam qualquer tipo de conhecimento com era entendido pela teoria do conhecimento. ROSA, Alexandre Morais da et al. **Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de Verdade e Método**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 10. Na segunda metade do século XX podemos falar numa mudança na filosofia, vez que podemos denominar de uma descoberta de um campo novo de exploração do problema do conhecimento e, portanto, uma epistemologia hermenêutica, o que significa uma virada hermenêutica na concepção tradicional do conhecimento. Heidegger no começo dos anos vinte foi quem trouxe pela primeira vez o adjetivo “hermenêutico”, como sendo algo totalmente diferente na compreensão da filosofia, mas o autor não traz a hermenêutica adjetivada com o termo filosófico. Todavia, quando Gadamer começa a falar de hermenêutica filosófica, ele realiza uma nova mudança na compreensão da hermenêutica, que produziria um cenário muito diferente daquele que aparece em Heidegger. ROSA, Alexandre Morais da et al. **Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de Verdade e Método**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 11.

hermenêutica filosófica *gadameriana*, uma de suas tarefas primordiais no processo interpretativo-compreensivo, ou seja, a desconstrução do chão linguístico que sustenta a tradição do Direito. Ressalvando que, se para a teoria pura do Direito de Kelsen a norma jurídica não equivale, *stricto sensu*, à lei, e desse modo, o intérprete pode aplicá-la no âmbito de sua moldura da norma,²²⁰ aqui demonstrar-se-á que hermenêutica não é método, mas uma maneira de desconstrução, em que estamos sempre construindo,²²¹ pois a hermenêutica sugerida por Gadamer, não é uma doutrina de métodos, mas sim, o modo como experimentamos as tradições históricas, as ocorrências naturais de nossa existência e de nosso mundo, é isso que forma um universo verdadeiramente hermenêutico.²²²

4.1 O Problema Central da Hermenêutica: a *Aplicação* Presente em toda *Compreensão*

Para Hans-Georg Gadamer toda interpretação correta deve proteger-se da arbitrariedade de intuições repentinas e da estreiteza dos hábitos de pensar imperceptíveis, e voltar seu olhar para “as coisas elas mesmas”,²²³ um modo de pensar a interpretação no nível da aplicação, do mesmo modo, que Friedrich Müller irá sustentar sua teoria da concretização da norma, está também voltada para a coisa mesma, ou seja, para o caso concreto.

Quando Gadamer afirma que interpretar é aplicar, superando as três subtilitas (*intelligendi, explicandi e aplicandi*), não quer dizer que ele tenha substituído a interpretação pela aplicação ou a compreensão pela

²²⁰ Kelsen superou o positivismo-exegético, que já demonstrado sua exaustão no início do século passado, porém, desprezou o principal problema do direito: a interpretação concreta, no nível da aplicação. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 36.

²²¹ Somente dentro da hermenêutica é que podemos compreender que ao “descascarmos” o fenômeno, este aparece(rá) como “ele é”, em sua historicidade e sua facticidade. (STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 207-208.

²²² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 14. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2014. p. 32-33.

²²³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 14. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2014. p. 355.

concretização.²²⁴ A hermenêutica gadameriana é sempre aplicação (*o Direito é parte ou momento do próprio caso*), nunca é uma espécie de subsunção do individual nos conceitos do geral.²²⁵

Em Gadamer o texto que se pretende compreender historicamente quando vemos a tradição a partir do ponto de vista histórico,²²⁶ nos dirigimos à situação histórica, com o intuito de (re)construir o horizonte, onde renunciamos à pretensão de encontrar uma verdade compreensível que possa ser válida para nós mesmos.²²⁷ E, destaca-se ainda, esse horizonte a qual Gadamer se refere, não se trata de um horizonte fechado,²²⁸ e muito menos, de dois horizontes diferentes, o horizonte onde vive quem compreende e o horizonte histórico a que este pretende se deslocar.

O horizonte referido por Gadamer é aquele em que trilhamos o nosso caminho e que conosco constrói o caminho, o horizonte a que nos referimos ao passado, é por ele denominado de tradição,²²⁹ que está sempre em movimento, e nesse movimento não faz mais que tomar consciência de si mesmo. No momento que nossa consciência histórica se transporta para esses horizontes históricos, não se translada a mundos diferentes do nosso; ao contrário, todos juntos formamos o grande horizonte que se move a partir de dentro, abarcando a profundidade histórica de nossa autoconsciência para além das fronteiras do

²²⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 255-256.

²²⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 225.

²²⁶ A tarefa da compreensão histórica inclui a exigência de ganhar em cada caso o horizonte histórico a fim de que se mostre, assim, em suas verdadeiras medidas, o que queremos compreender. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 14. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2014. p. 400.

²²⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 14. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2014. p. 401

²²⁸ A mobilidade histórica da existência humana se constitui precisamente no fato de não possuir uma vinculação absoluta a uma determinada posição, e nesse sentido jamais possui um horizonte verdadeiramente fechado. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 14. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2014. p. 402.

²²⁹ Diante disso, a tradição fenomenológica de Heidegger irá ocupar na história da filosofia um lugar importante, pois trouxera através da analítica existencial, consequências inovadoras para a filosofia no século XX. Mas isso não significa uma nova teoria filosófica como se apresentavam as teorias metafísicas da tradição. Quando se refere à hermenêutica filosófica, se afirma o desenvolvimento de uma ideia que pretende dar conta da historicidade do compreender ligado ao universo da cultura humana e do mundo vivido, isto é, uma nova referência à “substância” de Hegel utilizada por Gadamer para expressar a história enquanto tradição. ROSA, Alexandre Morais da et al. **Hermenêutica e epistemologia**: 50 anos de Verdade e Método. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 23.

presente. Assim, o nosso passado e dos outros, para o qual se volta à consciência histórica, é parte integrante do horizonte móvel a partir do qual vive a vida humana, horizonte este que determina a origem e tradição.²³⁰

Segundo Gadamer, para se compreender uma tradição, inevitavelmente precisamos de um horizonte histórico. Todavia não alcançamos esse horizonte histórico nos deslocando à situação histórica desejada, isto é, através de abstrações de si mesmo, é lógico que precisamos representar-nos uma situação diferente. Mas, fundamentalmente, precisamos nós próprios nos transportarmos até essa situação, somente assim atingimos o sentido do “deslocar-se”. Tudo isso, para Gadamer sustentar que atingir um horizonte é necessário para uma visão superior e mais ampla que deve ter aquele que compreende, é aprender a ver além do próximo, não de modo a abstrair dele, mas especialmente para vê-lo melhor, para compreender com critérios mais justos.²³¹

E, salienta aquele que faz como Nietzsche, uma abstração de si mesmo, priva-se justamente do horizonte histórico.²³² E assim, como sempre estamos tomados por aquilo que é mais próximo e abordamos os testemunhos do passado a partir dessa predeterminação, a nossa tarefa mais árdua será de impedirmos uma assimilação precipitada do passado com as próprias expectativas de sentido, pois somente abstraindo tudo que está próximo de nós,

²³⁰ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 14. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2014. p. 402.

²³¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 14. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2014. p. 403.

²³² Observa Gadamer que, não estamos fazendo uma descrição adequada da consciência quando, com Nietzsche, falamos dos muitos horizontes mutáveis aos quais a consciência histórica ensina a se deslocar. Aquele que assim faz abstração de si mesmo priva-se justamente do horizonte histórico, e na verdade a demonstração de Nietzsche das desvantagens da ciência histórica para a vida não diz respeito à consciência histórica como tal, mas à autoalienação de que ela é vítima quando compreende a metodologia da moderna ciência da história como a sua própria essência. Já acentuamos que uma consciência verdadeiramente histórica sempre tem em vista também seu próprio presente, e quiza de modo a ver as relações corretas entre si mesma e o historicamente outro. É evidente que alcançar um horizonte histórico implica necessariamente um esforço pessoal. Nós já estamos sempre tomados pelas esperanças e temores do que nos é mais próximo e abordamos os testemunhos do passado a partir dessa predeterminação. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 14. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2014. p. 403.

transportando-nos até a outra situação, é que poderemos ouvir a voz da tradição tal como ela pode se fazer ouvir em seu sentido próprio e diverso.²³³

Refere-se Gadamer que o horizonte de um presente é formado pelos preconceitos que trazemos conosco,²³⁴ que representam por sua vez aquilo além do que já não conseguimos ver. Alerta que devemos nos manter longe do erro que o horizonte do presente é formado por opiniões e valores, mas sim, está numa constante formação colocando a prova todos os nossos preconceitos,²³⁵ a prova disso é o encontro com o passado e a compreensão da tradição da qual nós mesmos procedemos. Nas palavras de Gadamer, “*o compreender é sempre o processo de fusão desses horizontes presumidamente dados por si mesmos*”.²³⁶

Por isso, nessa fusão de horizontes a tarefa hermenêutica consiste em não dissimular essa tensão em uma assimilação ingênua,²³⁷ mas em desenvolvê-

²³³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 14. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2014. p. 404

²³⁴ O preconceito surge do jogo do processo que cria o destaque (Abhebung), uma vez que destacar é sempre uma relação recíproca, o que deve ser destacado deve destacar-se de algo que, por sua vez, deverá destacar-se ele próprio daquele primeiro. Toda vez que se destaca alguma coisa se está tornando simultaneamente visível aquilo de que se destaca, nesse processo é colocado em jogo os preconceitos. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 14. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2014. p. 404.

²³⁵ Gadamer vai além destacando, ainda que o termo preconceito tenha recebido um sentido negativo, pela palavra prejuízo/preconceito entendemos um juízo ou um conceito preconcebido, já operado e fixado de antemão como tal e fechado em si, sem abertura de mundo. Já a pré-compreensão, ligadas aos fatos essenciais, fica sendo aberta que progride e se amplia constantemente, pois uma vez que a compreensão se adianta, ela se deixa refutar e retificar, tudo isso não se mostra por meio de preconceito, que anteriormente vai sugerir uma representação contrária. Desse modo, torna-se mais adequado falar em pré-compreensão, a partir do círculo hermenêutico ligado a historicidade da compreensão, fundada como o contexto histórico efetivo em que estamos e no qual a palavra historicamente falada e escrita entra na tradição, continua a operar nela e se interpreta, penetrando, assim, também no horizonte de nossa compreensão e tornando-se condição de possibilidade da compreensão histórica. CORETH, Emerich. **Questões fundamentais**. Tradução de Carlos Lopes de Matos. São Paulo: EPU, 1973. p. 87.

²³⁶ Conforme Stein a hermenêutica por um lado é apenas integrada em posições filosóficas receptivas para o conceito, sem que elas mesmas deixem de manter as suas características predominantes. Por outro lado, a hermenêutica inaugura estilos novos de análise, alguns dos quais se tornam predominantes, quando não excludentes de outras posições. ROSA, Alexandre Morais da et al. **Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de Verdade e Método**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 10.

²³⁷ Importa ressaltar que, na tradição é o lugar onde essa fusão ocorre constantemente, onde o velho e o novo sempre crescem juntos numa validade vital, sem um se destacar explícita e mutuamente. Nota-se que falamos em fusão de horizontes, mas na realidade não existem esses horizontes que se destacam uns dos outros, pois conforme Gadamer admitir a formação de um horizonte único, a compreensão se converteria em tarefa científica e haveria a necessidade de elaborar esta situação como situação hermenêutica, assim, todo o encontro com a tradição realizado graças à consciência histórica experimenta por si mesmo

la conscientemente. A consciência histórica tomada pela consciência da sua própria alteridade, destacando o horizonte da tradição de seu próprio horizonte, não se trata de uma superposição sobre a tradição permanentemente atuante.²³⁸ Aqui é importante ressaltar que Gadamer considera o projeto do horizonte histórico, apenas uma fase da compreensão, que não se prende à autoalienação de uma tradição passada, mas que a todo o momento está a se recuperar no próprio horizonte compreensivo do presente. Para Gadamer, durante a realização da compreensão ocorre uma verdadeira fusão de horizontes, com o projeto do horizonte histórico, suspendida/controlada pela própria consciência histórico-efetual.²³⁹ E nesse ponto, reside o problema central da hermenêutica, a *aplicação* presente em todo *compreensão*.

4.2 A Superação das Três Subtilitas (*Intelligendi, Explicandi e Applicandi*): Compreender, Interpretar e Aplicar

Neste contexto, desde logo é possível com total segurança afirmar que Gadamer rompe com a possibilidade de interpretação por etapas, cindindo a compreensão e aplicação. E por isso o jurista alemão realiza a oposição às três *subtilitas*, uma espécie de operação realizada em três etapas pelos intérpretes; *subtilitas intelligendi* (*compreensão*), *subtilitas explicandi* (*interpretação*) e *subtilitas applicandi* (*aplicação*), ou seja, se interpreta para depois

a relação de tensão entre texto e presente. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 14. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2014. p. 405.

²³⁸ A referência ao termo “substância” significaria para Gadamer, a história enquanto tradição. Refere-se Stein, que toda a subjetividade existe uma dimensão de historicidade de sentido que deve ser interpretada, mas que não pode ser tornada inteiramente transparente. Convém notar, todo saber de “si” será dado a partir do elemento histórico (substância-tradição), caminho esse que a hermenêutica deverá percorrer, regressando a Fenomenologia do espírito hegeliana, de modo a (re)descobrir toda a subjetividade, integralmente a substancialidade que a determina. “Todo o saber de si emerge a partir do elemento histórico previamente dado que denominamos, com Hegel, substância, porque esse elemento suporta, pré-lineia e delimita toda opinião e todo o comportamento subjetivos, e, com isso, toda a possibilidade de compreender uma tradição em sua alteridade histórica. A partir daí, a tarefa da hermenêutica filosófica pode ser caracterizada da seguinte forma: Ela tem de percorrer de volta o caminho da Fenomenologia do espírito hegeliana, na medida em que se mostra em toda a subjetividade a substancialidade que a determina”. GADAMER, 1972. p. 307 apud ROSA, Alexandre Morais da et al. **Hermenêutica e epistemologia**: 50 anos de Verdade e Método. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 16.

²³⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 14. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2014. p. 405.

compreender.²⁴⁰ Esse problema que se situa antes do conhecimento, isto é, antes da compreensão, o senso comum teórico tem a compreensão já antecipada no imaginário, uma espécie de dominação dos sentidos, como se o sentido estivesse à nossa disposição.²⁴¹

Para Gadamer a interpretação não é um ato posterior e ocasionalmente complementar à compreensão. Antes, compreender é sempre interpretar, e, por conseguinte, a interpretação é a forma explícita da compreensão.²⁴² Nesse particular, Gadamer ainda retira a linguagem de um lugar marginal, agora a linguagem e a conceptualidade da interpretação passam a ter lugar de destaque, reconhecida como um momento estrutural interno da compreensão.²⁴³

Conforme Streck, parcela considerável da doutrina acredita que o ato interpretativo é um ato cognitivo,²⁴⁴ no qual interpretar é retirar da lei tudo que

²⁴⁰ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 14. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2014. p. 406.

²⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 475.

²⁴² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 14. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2014. p. 406.

²⁴³ Resulta afirmar que, o giro ontológico-linguístico é uma nova possibilidade de constituição de sentido, agora toda a compreensão se faz no seio da linguagem, diferentemente da concretização realizada anteriormente da consciência da influência histórica, há uma relação essencial para Gadamer entre compreensão e linguagem. De acordo com a hermenêutica filosófica de Gadamer, a totalidade da cultura humana deve ser compreendida como envolvido num acontecer da historicidade de um sentido que nunca recuperamos em sua plenitude, nesse contexto, a filosofia se transforma em explicitação através da hermenêutica universal da existência humana na cultura. A referência conclusiva que o Prof. Ernildo Stein chega, é que Gadamer apresenta uma teoria capaz de gerar definitivamente a denominada “consumação hermenêutica”. Agora, o compreender e interpretar, enquanto um acontecer do sentido, cuja historicidade jamais se esgotam, ou seja, confluem para um vasto painel numa época histórica determinada. Desse modo, poder-se-á ter em mente que todo o saber racional se enraíza numa compreensão que nunca pode ser esgotada. Gadamer fundamentou e tornou produtiva a intuição da analítica existencial de Heidegger, nos instruindo que a hermenêutica, semelhante ao jogo de perguntas e respostas, sempre estão num acontecer, em que ela não pretende ter a última palavra. ROSA, Alexandre Morais da et al. **Hermenêutica e epistemologia**: 50 anos de Verdade e Método. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 23-24. Ocorre a superação do nível apofântico (desobjetivação), no apofântico tínhamos a linguagem como necessária, agora no hermenêutico a linguagem é que remete a uma espécie de ideal, sempre presente, nunca alcançada pelo nível apofântico. STEIN, Ernildo. **Às voltas com a metafísica e a fenomenologia**. Ijuí: Unijuí, 2014. p. 52;166.

²⁴⁴ Streck destaca que há posturas neoconstitucionalistas que podem ser epitetadas, hoje, de cognotivistas, por acreditarem na existência de uma moral objetiva, que poderia corrigir o direito injusto, como é o caso de Alfonso García Figueroa. Trata-se, assim, de um cognotivismo de segundo grau, ou de segundo nível. Ou seja, enquanto o positivismo exegético se sustenta na apreensão cognotivista (objetivista) da lei (esta teria um conteúdo em si), algumas posturas não positivistas (ou neoconstitucionalistas) acreditam que a moral – apreensível objetivamente – possa vir a ser esse conteúdo corretivo da legislação. Este é o modo de ultrapassar a tese da não vinculação entre o direito e a moral pregada pelo

nela contém. Isso ainda está presente no imaginário dos juristas, quando cindem questão de fato e questão de direito, essa cisão entre fato e direito é impossível de ser realizada, assim como de retirar do texto algo que o texto possui-em-si-mesmo, numa espécie de reprodução de sentido (*Auslegung*), pois agora para Gadamer o intérprete sempre atribui sentido (*Sinngebung*).²⁴⁵

Conforme destaca Gadamer, a interpretação não é um ato posterior e ocasionalmente complementar à compreensão, uma vez que compreender é sempre interpretar, e a interpretação é uma forma explícita da compreensão. E ressalva ainda que a fusão entre compreensão e interpretação acabou expulsando do contexto da hermenêutica o terceiro momento da problemática da hermenêutica, a aplicação. Nesse sentido, devemos sempre considerar um processo unitário não somente a compreensão e interpretação, como também a aplicação.²⁴⁶

À margem de tais afirmações, encontra-se a decisão emblemática da Ministra Cármen Lúcia no HC 115336/RS²⁴⁷, uma vez que destaca a maneira de

positivismo clássico. O cognotivismo ético (ou moral) seria a soma do próprio cognotivismo com a tese de que existe uma relação conceptual entre o direito e essa ordem moral apreensível pela cognição do intérprete não positivista. Assim, se o positivismo se sustenta na tese da não vinculação, no cognotivismo haveria essa vinculação entre o direito e moral, so que feita a partir dessa apreensão cognotivista. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 216.

²⁴⁵ Há de ser considerado, fundamentalmente, que a referenciada matriz fenomenológica, rompe com o método de cisão (primeiro compreender, depois interpretar), um processo interpretativo puramente reprodutivo (*Auslegung*), isto é, o dualismo metafísico é posto ao fim, aniquila-se com a possibilidade de retirar do texto algo que o texto possui-em-si-mesmo, afasta-se qualquer possibilidade de fazer ponderações em etapas, circunstâncias essas, que sempre colocaram a teoria argumentativa atrelada a filosofia da consciência. STRECK, Lenio. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?. **Revista NEJ – Eletrônica**, v. 15, n. 1, jan./abr. 2010. p. 162. Agora, avança-se para a produção de sentido *Sinngebung*, em que o intérprete adjudica sentido, a partir de sua própria condição de ser-no-mundo, a hermenêutica filosófica (gadameriana) vem para dar um novo horizonte de interpretação no sentido de combater a relação sujeito-objeto até aqui posta, e assim, o compreender passa para uma condição de possibilidades, com uma fusão dos supostos horizontes para si mesmos.

²⁴⁶ Para Gadamer a aplicação edificante que se fazia, por exemplo, da Sagrada Escritura no anúncio e na pregação cristã parecia ser algo completamente distinto da compreensão histórica e teleológica da mesma. Ora, segundo o autor, nossas reflexões nos levaram a admitir que, na compreensão, sempre ocorre algo como uma aplicação do texto a ser compreendido à situação atual do intérprete. Nesse sentido nos vemos obrigados a dar um passo mais além da hermenêutica romântica, considerando como um processo unitário não somente a compreensão e interpretação, mas também a aplicação, não significando um retorno à distinção tradicional das três *subtilitates* de que falava o pietismo. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 14. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2014. p. 397-410.

²⁴⁷ A 2ª Turma denegou habeas corpus em que pretendida a anulação de sentença de pronúncia com realização de nova audiência, ao argumento de que o magistrado teria

operacionalização tripartite da compreensão do artigo 212 do CPP, ou seja, a Ministra sem compreender ou com a presença antecipadora de uma compreensão pré-concebida, que se forma unicamente por meio do seu desde-já-sempre,²⁴⁸ se prende à autoalienação de uma tradição passada, e realiza a interpretação diretamente com base em assentada jurisprudência do STF, sem relacionar sequer a decisão da Corte na ADI 1.570-2,²⁴⁹ que seria o horizonte histórico necessário e fundamental para a composição de uma das fases da compreensão.²⁵⁰

formulado perguntas antes de conceder a palavra às partes. Na espécie, alegava-se que as indagações por parte do juiz seriam de caráter complementar, realizadas ao final, em consonância com a nova redação dada pela Lei 11.690/2008 (CPP: “Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição”). Ponderou-se que, conforme assentada jurisprudência do STF, para o reconhecimento de eventual nulidade, necessário demonstrar-se o prejuízo por essa pretensa inversão no rito inaugurado por alteração no CPP, o que não teria ocorrido. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 115336/RS**. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Tribunal Pleno. Julgado em: 21 maio 2013. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em: 15 jan. 2015.

²⁴⁸ Certamente, não temos dúvidas, com o desde-já-sempre, sobre as coisas que estão dadas ao nosso redor, tipo: por que o campo de futebol é retangular e não redondo, por que o lutador espanca o adversário durante a luta, mas ao final ambos se abraçam, por que levantar peso é tarefa árdua, mas o atleta de powerlifting comemora quando faz o levantamento de peso máximo, todos são exemplos do cotidiano no nosso desde-já-sempre. Agora, se trabalharmos o direito do mesmo modo que tratamos as coisas do cotidiano, com alienação, sem a suspensão dos pré-juízos, estaremos mergulhados na mais profunda inautenticidade do ser. O descobrimento do *ser* é realizado por Heidegger, que supera não somente o *cogito* em Descartes, mas também os *princípios epocais* de esquecimento do *ser* que se sucederam – *eu penso* em Kant, *saber absoluto* em Hegel e *vontade de poder* em Nietzsche – é que a fenomenologia hermenêutica heideggeriana vai *desentificar o ser do ente*, ou seja, Heidegger procedia a uma desleitura dos textos de caráter ético e antropológico, na direção em que transformava os termos básicos de caráter ético em termos ontológicos. Conforme destaca Stein, Heidegger foi um autor presunçoso que num único golpe de análise da Filosofia, pretendia resolver a questão não resolvida durante dois mil anos de discussão filosófica: o caráter antitético e paradoxal de trazer a questão do ser para a linguagem adequada. STEIN, Ernildo. **Às voltas com a metafísica e a fenomenologia**. Ijuí: Unijuí, 2014. p. 108-112.

²⁴⁹ Decisão: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 1.570-2**. Relator: Min. Maurício Corrêa. Tribunal Pleno. Julgado em: 12 fev. 2004. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em: 15 jan. 2015, que definiu o sistema processual penal como “acusatório”.

²⁵⁰ Gadamer irá observar que toda vez que se destaca alguma coisa se está tornando simultaneamente visível aquilo de que se destaca, que partindo de uma situação hermenêutica determinada pelos preconceitos que carregamos, formam o horizonte de um presente, representando aquilo que não conseguimos ver. Alerta Gadamer também que devemos nos manter longe do erro de pensar com base em nosso acervo fixo de opiniões e valores. Além disso, no horizonte do presente que está sempre em formação, devemos sempre colocar a prova todos os nossos preconceitos. No horizonte do presente, que não se forma à margem do passado, não existe por si mesmo: “Antes, compreender é sempre o processo de fusão desses horizontes presumivelmente dados por si mesmos”. E o lugar que se dá essa fusão é na vigência da tradição, lugar em que o velho e o novo crescem juntos para uma validade vital, sem um se sobrepor ao outro. Assim, Gadamer realiza a seguinte pergunta: Por que falamos então em fusão de horizontes, e não simplesmente horizonte

Desse modo, definitivamente não interpretamos, compreendemos e depois aplicamos. Como bem assegura Gadamer, na compreensão sempre ocorre algo como uma aplicação do texto a ser compreendido à situação atual do intérprete.²⁵¹ E, nesse caminho, chegamos ao círculo-hermenêutico que oferecerá condições de possibilidades do conhecimento originário,²⁵² ficando claro que a tarefa primordial, constante e definitiva da interpretação continua sendo não permitir que a posição prévia (*Vorhabe*), a visão prévia (*Vorsicht*) e a concepção prévia (*Vorbegriff*) lhe sejam impostas pelo senso comum teórico dos juristas.²⁵³

Nas palavras de Gadamer, o círculo não é de natureza formal, não é objetivo e nem subjetivo, descreve, porém, a compreensão como o jogo no qual

único? Porque isso converteria a compreensão em matéria científica, e o papel da hermenêutica é justamente não dissimular essa tensão (novo e o velho) em uma assimilação ingênua, mas em desenvolvê-la conscientemente, e por esta razão que a hermenêutica preocupa-se em projetar um horizonte que se distinga do presente. Contudo, o horizonte histórico é apenas uma parte da compreensão, que não se prende na autoalienação de uma consciência passada, ela se recupera no próprio horizonte compreensivo do presente. Por isso, a compreensão se dá na fusão de horizontes, que sempre se opera com controle do intérprete em vigília da consciência histórico-efeitual. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 14. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2014. p. 404-405.

²⁵¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 14. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2014. p. 407.

²⁵² Para Gadamer, “compreender é sempre um mover-se nesse círculo, e por isso é essencial o constante retorno do todo às partes e vice-versa”. Como o conceito do todo é relativo o círculo está em constante ampliação afetando a compreensão do indivíduo. A revelação quanto à linguagem e ao conteúdo de um texto contemporâneo, só se dá “no vaivém do movimento circular entre o todo e as partes”. Torna-se possível resumir a ideia do círculo hermenêutico na (inter) relação ou lógica interna que se estabelece no âmbito da compreensão hermenêutica entre o todo de um texto e as partes, onde a compreensão se daria do todo para as partes e das partes para o todo. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 14. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2014. p. 354-355. Se pensarmos com cuidado o problema do círculo hermenêutico, descobriremos nele esse movimento que jamais se encerra, vendo-nos como se estivéssemos numa espiral hermenêutica, em que as mesmas questões sempre aparecem para a análise, mas se encontram nas formas em espiral, portanto no mesmo movimento do círculo hermenêutico, mas apenas em níveis diferentes. Estamos livres para representar aquilo que Heidegger ligou à compreensão do ser pelo Dasein e à compreensão do ser do próprio Dasein, compreendendo o seu ser, o Dasein compreende o ser e compreendendo o ser, o Dasein compreende o seu modo de ser. Aproximar a Metafísica e a Fenomenologia, é um segundo nível do pensar, ideia de compreensão do ser e ciência procurada de Aristóteles. Mas indica Stein, como não consigo sair da circularidade para responder “o que é o ser”, também na segunda via de Aristóteles da ciência do ser permanece aberta pela dificuldade de aproximar ser e dizer, o caráter antitético, isso impede uma resposta definitiva da questão do ser que Aristóteles predica de múltiplos modos. STEIN, Ernildo. **Às voltas com a metafísica e a fenomenologia**. Ijuí: Unijuí, 2014. p. 116.

²⁵³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 499.

se dá o intercâmbio entre o movimento da tradição e o movimento do intérprete. E ressalva, depois, que a antecipação de sentido, que guia nossa compreensão de um texto, não é um ato de subjetividade, já que se determina a partir da comunhão que nos une com a tradição. Em nossa relação com a tradição, essa comunhão é concebida como um processo em contínua formação.²⁵⁴

Destaca Streck que a hermenêutica é filosófica, não é lógica, e, no contexto da fenomenologia hermenêutica,²⁵⁵ a lógica é uma metodologia, que a partir da filosofia, o filosofar está ligado ao esforço explicativo de algo que ainda não chegou a ser enunciado logicamente, e esse nível explicativo desvelador ocorre argumentativamente, todo esse processo se denomina de hermenêutico, onde sempre compreendemos para depois interpretar²⁵⁶, contrariamente o que se vê com relação à interpretação do artigo 212 do CPP, em que o jurista interpreta sem operar previamente com a compreensão. A interpretação é articulada pelo sentido projetado pela compreensão. Vejamos, sem compreensão, não há interpretação; sem compreensão, não há explicitação. Mas como alerta Streck tudo isso somente se dá em um círculo, sem categorias

²⁵⁴ O sentido desse círculo que forma a base de toda compreensão possui uma nova consequência hermenêutica que o autor gostaria de chamar de “concepção prévia da perfeição”. [...] a concepção prévia da perfeição que guia toda nossa compreensão demonstra também ela ter em cada caso um conteúdo determinado, pressupondo que essa compreensão seja guiada constantemente também por expectativas de sentido transcendente, que surgem de sua relação com a verdade do que é visado. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 14. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2014. p. 388-389.

²⁵⁵ A partir da fenomenologia hermenêutica heideggeriana, verificou-se a desentificação do ser do ente, ou seja, Heidegger procedeu a uma desleitura dos textos de caráter ético e antropológico, na direção em que transformava os termos básicos de caráter ético em termos ontológicos. E que a partir de Heidegger é que o problema do círculo hermenêutico iria preocupar-se com a problemática filosófica da compreensão e interpretação. Verificou-se que a pré-compreensão, é derivada do círculo hermenêutico ligado a historicidade da compreensão, fundada como o contexto histórico efetivo em que estamos e no qual a palavra historicamente falada e escrita entra na tradição, continua a operar nela e se interpreta, penetrando, assim, também no horizonte de nossa compreensão e tornando-se condição de possibilidade da compreensão histórica. Concluindo que, o giro ontológico-linguístico é uma nova possibilidade de constituição de sentido, agora toda a compreensão se faz no seio da linguagem, diferentemente da concretização realizada anteriormente da consciência da influência histórica, há uma relação essencial para Gadamer entre compreensão e linguagem. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 14. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2014. p. 354-361.

²⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 484.

abstratas-universalizantes das quais se possam fazer deduções ou subsunções.²⁵⁷

No mesmo sentido, afirma Manfredo de Oliveira o sujeito já desde sempre se “experimenta” no seio de um mundo de sentido, ao qual ele pertence e que nunca simplesmente pode tornar-se seu objeto, pois é sempre o horizonte a partir de onde qualquer conteúdo singular é captado em seu sentido. Daí o caráter circular da compreensão.²⁵⁸ Em outras palavras, ele sempre opera a partir da nossa pré-compreensão, o que procede do nosso mundo de experiência e compreensão, mas essa pré-compreensão não é limitada, ela poderá captar novos conteúdos. Ainda, Manfredo observa que o enraizamento da compreensão no campo do objeto é a expressão desse círculo inevitável em que se dá qualquer compreensão. Em uma palavra, a hermenêutica é essencialmente histórica tanto do objeto da compreensão como da própria situacionalidade do que compreende. A compreensão nunca é captação de um estado de coisas isolada, objetivado simplesmente por meio de determinado sujeito, mas resulta de uma tradição que se aprofunda em um diálogo a partir do qual o dito recebe sentidos. Compreender é participar num sentido, numa tradição, numa conversa. Segundo Gadamer, toda sentença é uma resposta a uma pergunta, por isso, compreensão é uma mediação entre os conceitos que constituem o universo do outro e o próprio pensamento.²⁵⁹

Resulta afirmar que estamos inseridos na estrutura do nosso modo de ser no mundo, que é exatamente a interpretação, e a interpretação não é um ato complementar à compreensão, compreender é sempre interpretar, e na compreensão sempre ocorre algo como uma aplicação do texto a ser compreendido à situação atual do intérprete. Isso tudo, definitivamente, nunca

²⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 485.

²⁵⁸ Não só a compreensão é circular, como também tanto o método dialético com o método hermenêutico articulam um paradigma novo para a filosofia, em que a justificação das proposições é feita de maneira circular, segundo E. Stein, o que significa para ele, um corte definitivo com o paradigma da filosofia da consciência ou da representação, de tal maneira que caem as pretensões das filosofias do absoluto, sendo, por outro lado, excluídos do pensamento hermenêutico e do pensamento dialético dois pressupostos: o ponto de partida do mundo natural ou o ponto de partida do mundo teológico. OLIVEIRA, M. A. de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 1996. p. 230-231.

²⁵⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 14. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2014. p. 354-378.

ocorre de maneira sequencial ou por etapas, mas, verdadeiramente, tudo ocorre de maneira dialética e simultânea, sempre com implicações recíprocas.²⁶⁰

Nesse sentido da fenomenologia hermenêutica, descoberta e descrita pela filosofia hermenêutica de Heidegger e na hermenêutica filosófica de Gadamer,²⁶¹ é possível vislumbrar nas obras tanto de Friedrich Müller, quanto de Ronald Dworkin, a recepção dos principais conceitos desenvolvidos por esta tradição hermenêutica do século XX, que passamos a analisar.

4.3 Norma como Produto do Texto Normativo: a Teoria Estruturante de Friedrich Müller como Modo de Correção da Recepção do Art. 212 do CPP

De modo a demonstrar que esta tradição inautêntica do SCT dos juristas, originada no seio do imaginário dos juristas nas décadas de 1930 e 1940, não contribui somente para que haja essa desconformidade com relação à interpretação do art. 212 do CPP, como também, se enquadra como um erro irremediável que acaba perdendo completamente a dimensão estruturante e intencional do Direito.

²⁶⁰ Temos uma estrutura do nosso modo de ser no mundo, que é a interpretação. Estamos, assim, condenados a interpretar. O horizonte do sentido nos é dado pela compreensão que temos de algo. Compreender é um existencial, que é uma categoria pela qual o homem se constitui. A faticidade, a possibilidade e a compreensão são algumas dessas existências. É o nosso modo da compreensão enquanto ser no mundo que exsurte a “norma” produto da “síntese hermenêutica”, que se dá a partir da faticidade e historicidade do intérprete. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 218.

²⁶¹ Para o filósofo Gadamer, apesar de recuar diante das pretensões da filosofia hermenêutica de Heidegger, ampliou a compreensão da hermenêutica. Como bem salienta Stein, a Filosofia para Gadamer se tornara um adjetivo da hermenêutica, do mesmo modo que já existiam outros adjetivos como, hermenêutica bíblica, jurídica, literária, histórica. A relação dessa nova hermenêutica com as hermenêuticas anteriores terminaria sendo o objetivo principal da obra de Gadamer “Verdade e Método”. Pois essa sua denominação dava ao autor dois tipos de liberdades: primeiramente o autor poderia introduzir uma maneira de compreender diferente daquela das ciências do espírito, ao mesmo tempo, se libertaria do uso estrito da hermenêutica, como aparecia em Heidegger, o que modificaria seu próprio conceito de compreensão. Tem-se uma ampliação da hermenêutica para além de qualquer limite, uma pretensão de universalidade, como sendo uma forma de criar uma disciplina que englobe toda e qualquer atividade do ser humano no campo da interpretação. Em outras palavras, essa nova hermenêutica vem ampliar o espaço de legitimação dos processos cognitivos, o processo interpretativo tem a função de explicitar o compreendido, ou seja, a compreensão vai ocorrer em um nível estruturante, onde o sentido se manifestará de forma antecipada, assentado nos pré-juízos autênticos e inautênticos do intérprete. A entificação minimamente necessária, resultante da explicitação do compreendido, torna-se indispensável no plano da intersubjetividade, para que o interprete consiga se comunicar. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 484.

Neste subcapítulo pretende-se utilizar a teoria estruturante da norma do jurista alemão Friedrich Müller, que desperta o interesse cada vez maior da doutrina brasileira no seu estudo, com intuito de aproximar o Direito da realidade social, na medida em que sua teoria preceitua a concretização da norma jurídica, a partir da verificação do texto legal (constitucional ou infraconstitucional), combinada com a análise do caso concreto e a aplicação dos elementos de concretização, permitindo através do trabalho realizado pelo operador do direito, a obtenção da verdadeira norma jurídica aplicável.

A teoria estruturante oferece condições de balizamento às possibilidades de aplicação da norma correta ao caso concreto, de modo a evidenciar que o resultado da interpretação deve ser uma norma jurídica dentro do programa normativo que a originou, já que a positividade do texto sendo um imperativo do Estado de Direito, estando ausentes as hipóteses autorizadoras de não aplicação da lei, deve ser respeitado como limite material do texto legislativo.

Poderíamos achar incompatível a teoria Mülleriana, já que o pressuposto primeiro do jurista alemão é que texto de norma e norma jurídica não são a mesma coisa.²⁶² Pois aqui a todo o momento se sustenta que devemos fazer uma leitura que respeite os limites semânticos do artigo 212 do CPP. Sim, é verdadeiramente isso, conforme Müller a norma jurídica é construída tão somente do resultado da atividade prática no caso concreto, onde os elementos linguísticos do Direito, os textos de normas, adquirem sentido a partir de sua conjugação com os elementos de fato, por isso, Müller se refere ao termo “concretização”, de modo a distanciar-se do termo “interpretação”, este que vem sendo conforme descrito no decorrer desta pesquisa, tão fulgarizado pelos intérpretes contemporâneos.²⁶³ Pois se sabe que a adequada e correta

²⁶² Na mesma linha defendida por Streck, sustenta-se aqui que a diferença entre texto e norma, não se refere a um texto (enunciado linguístico-assertórico) ao qual o intérprete atribui uma norma (baseada na “realidade”), ou um ato de subjetividade do intérprete dando sentido a um texto. Aqui texto e norma não são coisas separadas, cindidas estruturalmente. Texto e norma não podem ser vistos/compreendidos isoladamente um do outro, uma vez que não é tarefa do intérprete “extrair um sentido oculto do texto”, como defendem algumas posturas axiológicas. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 345.

²⁶³ A Teoria Estruturante do Direito não apresenta uma teoria de aplicação do direito de forma ilimitada, ao contrário, ela deve seguir limites impostos pelo Estado Democrático de Direito (e dos direitos e garantias fundamentais), legitimado, portanto, pelo poder constituinte de um povo, com uma constituição escrita e uma ordem jurídica pautada no statute Law. O próprio

interpretação é sempre aquela derivada da compreensão que temos do *ser-dos-entes*, ou seja, originalmente o *Ser-aí*²⁶⁴ que compreende o *ente* em seu *ser* e, de uma forma derivada, torna explícita essa compreensão através da interpretação, que sempre exige integridade e comprometimento do intérprete com o exercício do Direito.²⁶⁵

Destaca Müller que a concretização do Direito na prática cotidiana, principalmente naquela da judicatura, mostra claramente que em toda parte em que Direito e realidade ou, então, elementos dessa relação se inserem nos problemas materiais de interpretação e aplicação da norma, os enunciados teórico-jurídicos em geral em nada ajudam nesse amplo campo.²⁶⁶ E aqui cabem as devidas observações, primeiro para localizarmos o nosso objeto de fala, isto é, o problema da interpretação, e segundo para (re)afirmarmos que essa

Friedrich Müller afirma que sua teoria foi desenvolvida a partir e para este modelo de ordem jurídico-política.

²⁶⁴ “O passado é selo histórico imprimido em nosso ser: Faticidade; o futuro é o ter-que-ser que caracteriza o modo-de-ser do ente que somos (Ser-aí): Existência. Portanto, a hermenêutica é utilizada para compreender o ser (faticidade) do Ser-aí e permitir a abertura do horizonte para o qual ele se encaminha (existência). Logo, aquilo que tinha um caráter ôntico, voltado para textos, assume uma dimensão ontológica visando a compreensão do ser do Ser-aí. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 213.

²⁶⁵ A compreensão como totalidade e a linguagem como meio de acesso ao mundo e aos seus objetos são, assim, questões centrais na hermenêutica filosófica de Heidegger, por ele denominada de Fenomenologia Hermenêutica. Para Gadamer o processo compreensivo fenomenológico ocorre no campo da análise de questões filosóficas oriundas dos neokantianos, é deles que o autor receberia influências também para o conceito de compreensão do ser. O pensamento de Gadamer não se propunha a tarefa de acompanhar Heidegger no seu modo de usar a fenomenologia hermenêutica para pensar a compreensão do ser. A compreensão em Heidegger chegava ao problema do ser, no nível da transcendentalidade como a compreendia a analítica existencial, já para Gadamer a compreensão foi desenvolvida no contexto de um projeto que procura recuperar a historicidade da cultura e do mundo vivido.²⁶⁵ Nesse mesmo sentido, Streck assegura que sempre compreendemos para interpretar e não o contrário, a interpretação é a articulação do sentido projetado pela compreensão. Do mesmo modo, sem compreensão, não há interpretação; sem compreensão, não há explicitação. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 18-20. Como compreender só é possível se o homem é um ser-no-mundo, nosso acesso a esse mundo só é possível pela linguagem. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 287. Nas palavras de Heidegger, “[...] a linguagem é a casa do ser, a casa do ser – em que mora o homem. Os pensadores e os poetas são os guardas desta habitação. A guarda que exercem é o consumir da manifestação do ser, na medida em que a levam à linguagem e nela conservam”. HEIDEGGER, Martin. **Carta sobre o humanismo**. Lisboa: Guimarães, 1987. p. 33 e seq. A linguagem, então, é totalidade; é abertura para o mundo; é, enfim, condição de possibilidade. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 288.

²⁶⁶ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 145.

problemática semântica no momento da aplicação de um signo linguístico aos objetos do mundo concreto, remonta desde a passagem do positivismo-exegético para o positivismo-normativista aqui já exaustivamente delineado.²⁶⁷

A recepção equivocada do artigo 212 do CPP, mesmo tendo o próprio STF já definido o sistema processual penal como acusatório, de maneira antagônica ultrapassa o limite material da sua atividade jurídica não legislativa, quando interpreta isoladamente o emblemático artigo processual penal.²⁶⁸ Nesse sentido, conforme destaca Müller, em relação ao princípio de interpretação gramatical, que fixa o texto literal como o limite intransponível da interpretação, tal texto literal é abertamente negligenciado e driblado – podemos reafirmar isso exatamente com relação ao artigo 212 do CPP – de forma que a conclusão tirada da história das origens e dos materiais legislativos, diante da “teoria objetiva”, é convertida em eixo material da decisão.²⁶⁹

Alerta Müller para um aspecto que não difere do posicionamento do STF diante da interpretação emblemática do artigo 212 do CPP, é o caso da Corte (*Bundesverfassungsgericht*) que sem abordar os problemas metodológicos emergentes ou apenas tocando-os de leve, transforma os pontos de vista materiais que são indispensáveis à “norma”, na compreensão tradicional, em

²⁶⁷ Muitas vezes a lei não dá conta de abarcar todas as possibilidades do caso concreto, isto Kelsen já em seu tempo já havia observado. Enquanto ele concluía tal raciocínio, a partir da cisão entre ser (ato de vontade) e dever ser (ato de conhecimento), com a divisão entre linguagem objeto e metalinguagem, as teorias analíticas concluía a mesma coisa, porém na mesma indeterminação, mixaram inadequadamente o nível da metalinguagem com o da linguagem objeto, do plano da ciência do direito (pura) e do direito (evado do solipsismo próprio da razão prática) Em outras palavras, Kelsen apostou na discricionariedade do intérprete (no nível da aplicação do direito, que Streck destaca, não é o nível da ciência) como sendo uma fatalidade, exatamente para salvar a pureza metódica, que assim permanecia à salva da subjetividade, da axiologia, da ideologia etc. Kelsen realizou essa aposta nesse nível, as diversas teorias (semânticas e pragmaticistas) apostaram na discricionariedade a ser feita diretamente pelo intérprete/juiz. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 203.

²⁶⁸ Para o Autor alemão, tal processo deve partir do texto da norma, formado pela aplicação de todos os recursos hermenêuticos disponíveis e princípios de interpretação constitucional. O resultado dessa interpretação – a primeira parte integrante da norma jurídica – é chamado de programa da norma. O segundo estágio nasce a partir da consideração dos dados reais coletados no caso concreto. Na medida em que esses fatos são relevantes para a questão do direito em tela e compatíveis com o programa da norma elaborado, constituem sua segunda parte: o âmbito da norma. É da junção de ambos os elementos que se chega ao terceiro e último ponto do processo interpretativo proposto por Müller: a norma de decisão, que concretiza a linha conclusiva do raciocínio, distanciando o texto da norma propriamente dita. MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

²⁶⁹ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 145.

elementos (co)decisivos da concretização do Direito. Em outras palavras, tanto a definição pelo STF do sistema processual penal como acusatório, levando em consideração precipuamente o fato da titularidade da ação penal estar concedida ao Ministério Público,^{270,271} evidenciando uma característica que aqui foi demonstrada como originada dentro do sistema inquisitivo,²⁷² desvinculando a verdadeira história com a contemporaneidade; quanto à interpretação contrária à lei do artigo 212 do CPP, denotam os problemas metodológicos que transformam a critério do intérprete, os aspectos materiais indispensáveis à concretização da norma.²⁷³

O jurista alemão irá inclusive salientar que, a exemplo da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, os métodos *exegéticos savignyanos*, utilizando-se de interpretações gramaticais, inegavelmente possuem relevância na interpretação do texto da norma. Conforme Müller, as regras exegéticas de Savigny evidenciam ser, não em último lugar quando aplicadas ao Direito Constitucional, aspectos que não representam “*métodos*” universalmente válidos, mas pontos de vista auxiliares de fecundidade variável conforme a peculiaridade das normas jurídicas concretizandas.²⁷⁴ E nessa linha, dada a ausência de um “*método dos métodos*”,²⁷⁵ seu uso inevitavelmente será arbitrário, conforme

²⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 1.570-2**. Relator: Min. Maurício Corrêa. Tribunal Pleno. Julgado em: 12 fev. 2004. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em: 15 jan. 2015.

²⁷¹ V.Nota de rodapé 107.

²⁷² Como já referido, observa-se que todos incorrem em erro histórico, seja a doutrina que defende o sistema brasileiro como necessariamente acusatório, seja o STF que denominou o sistema penal brasileiro de acusatório, dada as características históricas dos sistemas, ainda que à contrário senso, mesmo com a titularidade da ação penal em mãos do Ministério Público, o sistema processual penal inevitavelmente se assemelha às características históricas muito próximas ao sistema inquisitivo, diante dos poderes probatórios ex officio judicis, conforme demonstram as instruções de Torquemada e Valdés, na Inquisição Espanhola a lógica se inverte, pois se o juiz do sistema inquisitivo é paranóico, e o juiz-defensor só existe no sistema inquisitivo, então o juiz-defensor é paranóico, mas contra o acusador, por ser entendido como um assistente do acusado.

²⁷³ Nesse sentido, Müller vai sustentar que casos desse tipo mostram que a autolimitação programática aos meios de interpretação tradicionais é ilusória, tedno em vista os problemas da prática, bem como quem também os princípios tradicionais de interpretação contêm numerosos elementos escondidos ou encobrem verbalmente processos que vão muito além da compreensão habitual da norma jurídica. MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 146.

²⁷⁴ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho de direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 28.

²⁷⁵ Friedrich Müller, a propósito, critica as técnicas/regras/métodos de interpretação, pois elas não devem ser isoladas como “*métodos*” autônomos por si. As regras se dirigem a toda e qualquer norma jurídica, uma vez que cada norma jurídica tem seu texto da norma – a consuetudinária, um texto mutante, a escrita, um texto autenticamente fixado (interpretação gramatical), porque nenhuma norma de direito positivo representa apenas a si mesma, mas

destaca Streck, propiciando inclusive interpretações *ad hoc* (quando não voluntaristas),²⁷⁶ por isso a cautela de Müller em deixar consignado que as regras exegéticas de Savigny são vistas como auxiliares, e não como aqueles métodos perpetuados do século XIX.

O problema da concretização prática da norma deriva, no momento que o intérprete, ao considerar os elementos de fato que formam o âmbito normativo, quando em conjugação ao programa normativo resulta a norma jurídica, utiliza a norma compreendida de maneira isolada e imperativa como realidade pura e simplesmente ou como a totalidade das situações sociais e históricas. Refere Müller que a concretização da norma se associa antes a determinados âmbitos da vida humana, cuja extensão, estrutura e consistência são investigadas de modo relativamente independente e sempre numa relação metodológica com o teor normativo da disposição legal,²⁷⁷ e é exatamente nesse momento que Müller consegue suspender/limitar interpretações que ultrapassam os limites semânticos, ou seja, faz o intérprete observar as condições de possibilidades fornecidas pelo teor normativo do texto legislativo no momento da aplicação. Em outras palavras, nesse instante ocorre a máxima da decisão do caso particular, segundo o qual o legislador não deveria, na regulamentação de uma determinada esfera, considerar todas as diferenças fáticas (condições de possibilidades).

O texto normativo possui relevância em atenção à segurança jurídica, um enunciado somente é compreendido quando analisada a situação na qual é aplicado, exatamente esse nível da interpretação concreta no nível da aplicação dispensado por Kelsen, quando superou o positivismo-exegético.²⁷⁸ Observa-se

ao menos se relaciona com todo o ordenamento jurídico (interpretação sistemática); porque, finalmente, cada norma pode ser questionada com vistas ao seu sentido e à sua finalidade. MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho de direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 68-69. Conforme Streck, não há aquilo que se poderia denominar de “o método” que trataria dos modos de como aplicar os distintos “métodos”. A inexistência de um método dos métodos ou um metacrítério que estabeleça o “correto” uso da metodologia jurídica faz com que essa procura resvale inexoravelmente para o terreno da objetificação metafísica. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 261.

²⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 262.

²⁷⁷ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 147.

²⁷⁸ Os enunciados, tidos como interpretativos, até facilitam o ato de interpretação e aplicação no direito, mas não eliminam a necessidade de reflexão crítica em torno da norma que será interpretada e aplicada no caso concreto, isto é, através do processo de concretização.

que a teoria de Müller não prevê uma interpretação ou aplicação da norma, visto não ser um dado pronto e acabado esperando tão somente sua adequação ao caso concreto. A norma jurídica não está nem pronta nem é simplesmente passível de ser aplicada, ela irá funcionar no caso particular determinado de um modo que poderia ser resumidamente qualificado como *aplicação*.²⁷⁹

Em outras palavras, esta não preexiste nos Códigos. O que se pode subtrair das codificações e das constituições, de maneira geral, são apenas textos de norma, que devem, através de um trabalho de concretização (*Rechtsarbeit*), ser transformados em normas jurídicas. Desse modo, podemos concluir que a norma jurídica é o resultado de um trabalho de construção ou de concretização. Segundo o autor, de uma instância que seleciona os fatos, engloba o relativamente autônomo sentido a ser concretizado, o teor de validade do programa normativo relativo ao âmbito normativo.²⁸⁰

Nesse sentido que Müller elabora o rigoroso processo de interpretação no nível da aplicação denominado de “*concretização*” da norma, construindo-a a partir de elementos como o *âmbito normativo* e o *programa normativo*, chegando à *norma de decisão*,²⁸¹ que será a única norma possível, de acordo com aquela situação.

Na visão de Müller, a estrutura empírica intelectualmente trabalhada constitui a concreção do *âmbito* em geral pressuposto, ainda que apoiado em realidades ônticas, não pode ser onticamente experimentado e concretizado em seus contornos como âmbito, mas torna-se âmbito somente por meio da síntese intelectual normativamente dirigida, isto é, o significado *ôntico* de uma norma será alcançado através do programa normativo de acordo com o âmbito normativo, isso será dado através de uma metodologia necessariamente fundamentada (construtiva) para se encontrar a norma a ser aplicada a

²⁷⁹ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 148.

²⁸⁰ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho de direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 244.

²⁸¹ Ao interligar o programa da norma e o âmbito da norma, o operador do direito cria a norma jurídica (*Rechtsnorm*) – ainda formulada de forma geral e abstrata, o operador do direito deverá objetivar a individualização da norma jurídica em uma norma de decisão (*Entscheidungsnorm*), que consistirá no somatório de todas as fases do processo de concretização. MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 237-239.

determinado caso, exsurgindo do caso concreto.²⁸² A estrutura básica do âmbito normativo é parte integrante da normatividade jurídica, pois altera seu âmbito normativo na extensão ou no conteúdo, uma norma constitucional pode tornar-se inconstitucional.²⁸³

No que tange ao programa normativo, todos os elementos que gravitam ao redor do texto normativo, como os cânones de interpretação gramatical, sistemático, histórico, genético e teleológico deverão ser considerados nesse momento. Agora, como o significado *ôntico* de uma norma será alcançado através de ambos os programas,²⁸⁴ a análise do programa normativo não poderá ocorrer sem a análise do âmbito da norma, do qual é inseparável, a concretização da norma exsurge do conceito de uma espiral de pré-compreensão, em que a utilização do texto normativo servirá como guia, uma direção para a concretização da norma jurídica.

Como visto, os programas normativos também não podem de maneira isolada ser analisados, pois a todo o momento deverão ser considerados outros programas normativos, em especial o texto constitucional e de leis infraconstitucionais pertinentes à matéria concretizada. Em referência à desobservância do conteúdo programático do artigo 212 do CPP, a interpretação inicialmente deveria descartar aqueles princípios que são comuns aos sistemas

²⁸² MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho de direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 148.

²⁸³ Os métodos jurídicos respaldados na teoria da norma avaliam uma alteração das relações fáticas ou, de certa forma, uma transformação fundamental, de tal modo que a norma resmanecente, inalterada não apenas em seu texto literal, mas também, de acordo com a compreensão tradicional da norma, inalterada no todo, pode tornar-se inconstitucional por força da mudança empiricamente constatada dos fatos. Refere Müller que, como pressupostos para tornar inconstitucional uma norma a Corte Constitucional Federal alega que tais relações, às quais a regulamentação se refere, precisariam ser fundamentalmente transformadas. Se tal transformação se refere, precisariam ser fundamentalmente transformadas. Se transformação puder ser considerada não apenas algo de duração efêmera, mas uma transformação estrutural, a regulamentação originalmente justificada como consequência dessa transformação poderia torna-se claramente algo que contrariaria os dados reais. MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 149.

²⁸⁴ Âmbito normativo e programa normativo não são meios para encontrar, à maneira do direito natural, verdadeiros enunciados ônticos de validade geral; tampouco ajudam a averiguar o “verdadeiro sentido” dos textos normativos em termos do tipo definido e juridicamente “correto” do uso da língua no respectivo contexto normativo. MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 238.

penais acusatório e inquisitivo²⁸⁵, após ter como baliza os elementos fixos que formam o núcleo duro do sistema acusatório,²⁸⁶ observando primeiramente os elementos contidos no seio da Constituição Federal, onde se encontram o princípio da presunção da inocência do acusado (artigo 5º, inciso LVII da CF/88) e a separação das funções de acusar e julgar no processo penal (artigo 129, inciso I da CF/88), assim como os próprios elementos descritos no Código de Processo Penal, fundamentalmente o artigo 212 do CPP que atuaria como mais um elemento fixo, um princípio acusatório presente no Código de Processo Penal desde 2008, para a caracterização do sistema acusatório como regra no processo penal brasileiro.

Como referido, não se pode deixar de observar, sobretudo, os elementos clássicos de interpretação constitucional, que invariavelmente devem ser inseridos no programa normativo. Destaca-se que o objetivo do programa da norma é assegurar o esgotamento dos significados da norma, sempre primando em compatibilizar com o âmbito da norma. Mas sem deixar de observar que o texto normativo (artigo 212 do CPP) não deverá ser colocado de lado. Correndo o risco de qualquer interpretação que vá além ou contra o significado do texto normativo²⁸⁷, seja inevitavelmente rejeitada, sob pena de o intérprete estar se

²⁸⁵ Quanto às garantias processuais concedidas ao acusado pela Constituição de 1988, que já caracterizaria diretamente o sistema acusatório, pelas promessas trazidas intrinsecamente de garantias ao acusado, uma espécie de maleficação do sistema inquisitivo, tal vertente é desconstituída pela própria história, pois as referidas garantias democráticas: a existência do tribunal do júri, o princípio da publicidade, o princípio do contraditório, o princípio da oralidade, o princípio da igualdade e a liberdade do acusado como regra, todas essas já eram vistas historicamente entre os regulamentos do sistema inquisitivo, mais uma vez, citamos a Inquisição Espanhola que concedia ao pobre o defensor pago pelos cofres do Santo Ofício. ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 462.

²⁸⁶ Como vimos no Capítulo Primeiro para que se possamos identificar um determinado sistema processual, é necessária a presença de três elementos que sempre devem estar presentes, como uma espécie de núcleo rígido do sistema processual penal, quanto aos demais, estes poderão ser dispensáveis, uma vez que integram outros sistemas para permitir seu funcionamento. Desse modo, uma aproximação ao conceito dos sistemas processuais penais, de maneira provisória, os define como subsistemas jurídicos formados a partir da reunião ordenada de elementos fixos e variáveis de natureza processual penal. ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 41-44.

²⁸⁷ “Os operadores do Direito não revelam nenhum excesso de sensibilidade, ao contrário, as formas dominantes de conceber o Direito conseguem formar operadores sem sensibilidade, corpos sem capacidade de relacionar-se sensivelmente com os outros e com o mundo. Os autistas temem um tipo muito particular de escuta, o que eu chamo de escuta alienada ou de uma escuta cega em relação a tudo o que se deveria escutar, que está relacionado com a capacidade de perceber o que o outro emocionalmente reclama. Não escutam as necessidades emocionais do outro senão caem embriagados com seu próprio canto da sereia. Ulisses quando navegava, atravessava alguns mares cheios de sereias com vozes

colocando nas funções do legislador, aquele legitimamente eleito pelo povo para exercer a função legislativa dentro do seio da Democracia.

Com relação ao âmbito normativo, o seu sentido metódico, de onde emerge o círculo hermenêutico²⁸⁸, nada modifica o fato de que o programa normativo pode não apenas configurar e garantir a estrutura básica do âmbito normativo ou pressupô-lo de modo indiferente, mas também alterá-la, ainda assim, a característica material do âmbito normativo codetermina, com fator constitutivo, a norma no todo, no que diz respeito ao seu tema, a sua estrutura e função.²⁸⁹ O resultado da análise do âmbito normativo pode, assim, partir totalmente do princípio de que determinadas variações de sentido da interpretação linguística preliminar de todas as ideias normativas fundamentais seriam irrelevantes à luz do caso em questão, devido ao âmbito normativo.²⁹⁰

Em outras palavras, enunciados interpretativos/performativos conforme aqueles originados recentemente no Seminário a respeito do novo Código de Processo Civil (CPC), pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de

absolutamente cativantes . Quando os marinheiros as escutavam não conseguiam resistir e se lançavam ao mar, onde terminavam devorados pelo seu canto. O canto dessas sereias terminou consagrado como força de expressão que se refere aos cantos que nos fascinam e nos atraem como chamado, para logo sermos devorados pela sereia que canta”. WARAT, Luis Alberto. **A rua grita Dionísio**: direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010. p. 27-50.

²⁸⁸ O que estava na linha de frente de Schleiermacher era o problema dos mal-entendidos que poderiam surgir na compreensão de um texto. Mal-entendidos este que poderiam levar a uma interpretação completamente distinta do sentido que o autor determinou no texto. Devido a sua proximidade com o iluminismo alemão (Aufklärung), a saída de Schleiermacher se deu pela via do método. Mas o método de Schleiermacher era sensivelmente distinto de todos aqueles previstos pela tradição anterior. Era, em parte, uma continuidade com o modelo circular da tradição, através do qual o intérprete se movimentaria do todo para a parte e da parte para o todo, de modo a apurar a sua compreensão a cada movimentação efetuada. Ao final deste procedimento, que Schleiermacher denominou “Círculo Hermenêutico”, o sentido original estaria preservado, e a compreensão encontraria nele aquilo que o próprio autor imprimiu. O Círculo Hermenêutico na verdade é uma metáfora que representa o movimento de compreensão estabelecido entre o intérprete e o texto (ou a comunicação verbalizada), sem consubstanciar um método. A dinâmica circular se estabelece entre os pré-juízos trazidos pelo intérprete e o conteúdo da mensagem a ser conhecida, de modo que a atribuição de sentido ocorre mediante o influxo alternado e interdependente das partes (palavras, orações e frases) e do todo (conjunto do texto). Segundo a lógica do círculo hermenêutico, somente é possível compreender as partes através do todo, bem como a totalidade apenas pode ser interpretada pela significação das respectivas parcelas, mediante o fluxo circular balizado pelos pré-juízos portados pelo intérprete. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 267.

²⁸⁹ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 239.

²⁹⁰ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 239.

Magistrados (Enfam),²⁹¹ não encontram guarida na teoria Mülleriana, pois como pode-se verificar até o presente momento, um enunciado interpretativo distante do caso concreto é mera atribuição de sentido livre do intérprete sem valor para as partes²⁹², no máximo um enunciado interpretativo utilizado em um jogo de tentativa e erro poderia provavelmente encaixar-se em um caso concreto, talvez na primeira tentativa, ou quem sabe depois de milhares, pois como sabemos, o Direito não é um jogo. Como se depreende, o enunciado interpretativo e o texto normativo não conseguem abarcar todas as condições de possibilidades dos fatos.

Para a concretização da norma descrita no artigo 212 do CPP, deve ser considerada a estrutura material do âmbito normativo do sistema acusatório já delineado pelo STF, ainda com a ressalva que a referida decisão se debruçou especialmente sobre característica comum entre os dois sistemas penais²⁹³, assim, imediatamente aumentariam o leque de perguntas específicas que necessitariam de fundamentação, a contrário senso da doutrina que nada fundamenta para ir *contra legem*²⁹⁴, possibilitando um constrangimento

²⁹¹ Os enunciados estão disponíveis em: Magistrados de todo país aprovam 62 enunciados sobre a aplicação do novo CPC. 28 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/2015/08/magistrados-de-todo-pais-aprovam-62-enunciados-sobre-a-aplicacao-do-novo-cpc/>>. Acesso em: 01 nov. 2015.

²⁹² Aqui não está em discussão o conteúdo de qualquer enunciado específico, que em determinado caso, até pode se encaixar a um caso específico, assim como, não se contesta o encontro para discutir a iminência da vigência de uma nova legislação processual, o que é uma atitude benéfica. Porém, mesmo que os 61 enunciados facilite sobremaneira a vida dos juízes, estes não devem servir de respostas previamente fornecidas pelo judiciário, pois não devem eliminar a necessidade de reflexão crítica em torno da norma que deverá ser interpretada e aplicada ao caso a ser solucionado.

²⁹³ A argumentação que mais vezes se faz presente está fundada na titularidade da ação penal concedida do Ministério Público à luz do teor do art.129, inc. I, da Constituição Federal. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 1.570-2**. Relator: Min. Maurício Corrêa. Tribunal Pleno. Julgado em: 12 fev. 2004. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em: 15 jan. 2015.

²⁹⁴ Julgamento proferido pela sexta turma do STJ no HC 121215/DF, DJ 22-2-2010, que referendou, por maioria de votos, as posições sustentadas por Guilherme Nucci, a saber: “Tal inovação do artigo 212 do CPP, entretanto, não altera o sistema inicial de inquirição, vale dizer, quem começa a ouvir a testemunha é o juiz, como de praxe e agindo como presidente dos trabalhos e da colheita da prova. Nada se alterou nesse sentido. [...] Nota-se, pois, que absolutamente nenhuma modificação foi introduzida no tradicional método de inquirição sempre iniciado pelo magistrado”. NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 479-480. Na mesma decisão, é citada a doutrina de Luís Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto, que apontam para o seguinte fato. “A leitura apressada deste dispositivo legal pode passar a impressão de que as partes devem, inicialmente, formular as perguntas para que, somente a partir daí, possa intervir o juiz, a fim de complementar a inquirição. Não parece ser exatamente assim. [...] Melhor que fiquemos com a fórmula tradicional, arraigada na praxis forense, pela qual o juiz dá início às suas indagações para, depois, facultar às partes a possibilidade de, também, inquirirem a testemunha, desta feita

epistemológico para um olhar atento ao conteúdo programático da referida norma.²⁹⁵ E desse modo, como alerta Müller, nesse instante racionalizar-se-iam os juízes de valores que devem ser substituídos sem maiores especificidades, consolidando uma resistência relativamente segura contra a ideologia no trabalho jurídico.²⁹⁶ Nesse ponto reside a objeção de Müller ao sujeito *solipsista*, aquele subjetivista que considera e mescla os juízos valorativos, que não possui amarras da tradição e permanece preso aos desígnios da moda.²⁹⁷ Para Müller, os elementos político-sociais deverão ser precedidos de um processo pormenorizado de concretização, e somente superado esse processo limitador dos juízos valorativos do interprete é que a norma passa a ter a mesma relevância do programa normativo.²⁹⁸

Assim, como o âmbito normativo não modifica o programa normativo, muito pelo contrário, ambos andam em consonância, e, além disso, como o programa normativo do artigo 212 do CPP trata da presunção de inocência, considerado um dos direitos fundamentais, nesse momento este deve entrar como elemento do ordenamento jurídico do âmbito normativo dos direitos fundamentais, e assim como destaca Müller, o círculo hermenêutico torna-se inevitável.²⁹⁹

diretamente, sem a necessidade de passar, antes, pelo filtro judicial". GOMES, Luis Flávio; CUNHA, Rogerio Sanches; PINTO, Ronaldo. **Comentários às reformas do código de processo penal e da lei de trânsito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 302.

²⁹⁵ É necessário lembrar que a hermenêutica não se volta contra qualquer epistemologia, já que esta é um instrumento que pode servir a qualquer análise filosófica quando pergunta pelos elementos que constituem o conhecimento científico. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 483.

²⁹⁶ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 239.

²⁹⁷ A verdade entra, sim, em boa parte, no mundo jurídico, mas entra mediante norma, através da valoração que a norma toma como seu fundamento axiológico. Assim, são considerados como partes integrantes do âmbito normativo não apenas o recorte político-social da norma, bem como elementos de teoria, dogmáticos e jurisprudência relativos ao caso. A utilização do âmbito normativo como elemento da norma torna bem claro que o professor alemão não trata a norma como um juízo hipotético, ou mesmo um enunciado lógico, mas uma consequência da própria ordem social a ser regulada. VILANOVA, Lourival. **Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2005. p. 146.

²⁹⁸ Cabe destacar que, por muitas vezes os referidos elementos político-sociais não estarão previstos no texto normativo e, desse modo, assevera Müller, a maioria das disposições constitucionais, em especial aquelas que instituem os direitos fundamentais estão nesta categoria – enquanto alguns textos normativos os destacam, tais quais as regras processuais que, por isso, demandam um processo de concretização um pouco mais simplificado ou menos denso. MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho de direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 249.

²⁹⁹ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 240.

Assim, a concretização sistemática na prática, ao lado do contexto do texto literal somente apresentado na argumentação, já engloba também o contexto das estruturas materiais que, de acordo com as possibilidades, deve ser racionalizado pela análise dos âmbitos normativos da disposição legal sistematicamente instituída.³⁰⁰ Além disso, essa estrutura material do âmbito normativo deve transcrever o valor a ser concretizado, diferentemente de ser executado de maneira especulativa e sem fundamentação plausível.³⁰¹

Resulta afirmar que o jurista alemão Friedrich Müller distingue texto e norma em um processo de aproximação máxima do caso concreto com o Direito, dentro do diálogo entre o programa e o âmbito normativo, que durante o processo de concretização da norma, nasce a norma de decisão para aquele caso. Nesse processo, destacam-se a suspensão dos pré-conceitos do intérprete, entendendo o jurista alemão que todo o cidadão – *destinatário das prestações estatais negativas e positivas*³⁰² – possui o direito de uma resposta adequada do Estado e dirigida ao seu caso concreto.

A teoria de Müller vai mais longe que uma interpretação no nível da aplicação, definitivamente sua teoria está voltada para uma sociedade democrática, em que o povo não é tratado como “ícone”³⁰³, ou uma mera instância global de atribuição de legitimidade, como o “povo ativo”.³⁰⁴ Mas o povo

³⁰⁰ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 240.

³⁰¹ O âmbito normativo não é uma mera soma de fatos, mas um conjunto de elementos estruturais, obtidos a partir da realidade e que em geral já aparecem tradicionalmente formados ou conformados pelo direito, sendo formulado como algo possível no mundo real. MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 241.

³⁰² MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?: a questão fundamental da democracia**. 3. ed. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 100.

³⁰³ O povo ícone é o mais presente povo e mais sorrelfo deles. É aquele que é invocado, mas que nunca se vê. É aquele cuja legitimidade não se faz presente no sistema. E se traduz naquela imagem de povo que é verbalizada pelos seus representantes e cujas decisões não são atribuíveis ao próprio povo em termos de direito vigente, mas, tão somente, como palavra vã de falsa legitimidade. RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 97.

³⁰⁴ Aquele que se constitui no legítimo destinatário dos direitos políticos e tem soberanamente a prerrogativa de, tempo a tempo, alterar os que representam seus desejos através do processo eleitoral. Enfim, o povo ativo é o titular dos direitos políticos e aquele que possibilita o governo do povo, *the government of the people, le gouvernement du peuple*. RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 97.

enquanto possuidor das prestações estatais negativas e positivas, o povo “destinatário”.³⁰⁵

Segundo Müller, ao fim e ao cabo, o objetivo é estabelecer a igualdade de todos no tocante à sua qualidade de seres humanos,³⁰⁶ com relação à dignidade da pessoa humana, aos direitos fundamentais e às restantes garantias legalmente vigentes à nacionalidade.³⁰⁷ E, por isso, que Müller lança sua teoria objetivando sempre o caso concreto, e desse modo diminui as chances de qualquer interferência subjetiva do intérprete, pois durante o processo de concretização da norma decisória imediatamente surge a necessidade de um leque de perguntas específicas que precisam de fundamentação voltadas ao caso em análise.³⁰⁸

Diante todo o exposto, como explicar a variação de 16% a 81% de taxa de rejeição dos recursos analisados pelos desembargadores e câmaras criminais

³⁰⁵ O povo pelo qual se erige o Estado, este é o povo-destinatário, que diversamente dos outros, deve ser compreendido sem restrições. O povo destinatário é compreendido em todo cidadão pelo qual o corpo social passa a ser responsável, é o *rule for people*. RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 98.

³⁰⁶ Nesse ponto, há uma proximidade muito grande com Ronald Myles Dworkin, pois ambos os autores durante todas as suas abordagens teóricas, tem em mente a dignidade da pessoa humana. Dworkin irá dizer que os indivíduos minoritários da lógica utilitarista do mercado e da Democracia deverão ser protegidos por trunfos (direitos), e na mesma linha Müller destaca a imposição da igualdade para todos, sendo inaceitáveis até mesmo as mais ligeiras diferenças dos indivíduos.

³⁰⁷ MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?**: a questão fundamental da democracia. 3. ed. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 94-95.

³⁰⁸ Por isso, nesse ponto, não podemos deixar de comentar o avanço do artigo 489 do novo CPP, que traz: (Art. 489. São elementos essenciais da sentença: I – o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. § 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. § 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.), pois o teor do referido artigo é uma construção de interpretação no nível da aplicação desejável, de maneira a impor maior esforço argumentativo na justificação das decisões judiciais.

do TJ-SP, entre 01 de janeiro e 31 de dezembro de 2014 do universo de 157.379 acórdãos, se as leis são as mesmas e os processos têm naturezas parecidas, em tese, as taxas de recursos negados não deveriam ser tão discrepantes de uma câmara para outra. Ora, uma das explicações reside exatamente no comportamento dos desembargadores, que assim como os juízes frente ao artigo 212 do CPP, desprezam o conteúdo programático do texto normativo, atribuindo sentido como se fossem os donos dos sentidos, com uma carga de pré-juízos assoberbados que embasa o referido desvio padrão das decisões.³⁰⁹

Mas para piorar a situação, o presidente da Seção de Direito Criminal do TJ-SP, desembargador Geraldo Francisco Pinheiro Franco, sustentou que “*não há direcionamento prévio desse ou daquele magistrado*”, bem, até aqui todos concordamos sem ressalvas. Mas o nobre Magistrado continua e afirma que “*é evidente que em determinadas câmaras há juízes mais severos e em outras menos severos na qualificação dos fatos e aplicação da lei, o que é natural. [...] O juiz julga, insisto, com a lei, os fatos e sua consciência*”.³¹⁰

Logicamente, isso não é natural, se partirmos do mesmo fato, em tese, não podemos ao final chegarmos a decisões tão discrepantes, definitivamente, a nossa consciência é um mero instrumento que carrega uma sensível carga de pré-juízos, já operados e fixados de antemão como tal e fechados em si, sem abertura para o mundo,³¹¹ e a partir da exposição do caso concreto, este que é igual para todos, é que passamos para o ato unitário de compreender-interpretar-aplicar, que ao final e ao cabo, a minha e a sua decisão, deverão possuir o teor semelhante, se forem acertadamente construídas à luz da integridade.

³⁰⁹ NUNES, Marcelo G., TRECENTI, Julio A. Z. **Reformas de decisão nas câmaras de direito criminal em São Paulo**. 23 jul. 2015. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/estudo-camaras-criminais-tj-sp.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2015.

³¹⁰ NUNES, Marcelo G., TRECENTI, Julio A. Z. **Reformas de decisão nas câmaras de direito criminal em São Paulo**. 23 jul. 2015. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/estudo-camaras-criminais-tj-sp.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2015.

³¹¹ Toda a compreensão se faz no seio da linguagem, e isso nada mais é do que a concretização da consciência da influência da história. Nesse sentido, como destaca Gadamer há uma relação essencial entre compreensão e linguagem. Tradição quer dizer entrega, transmissão. Algo nos é transmitido, é dito a nós no mito, nos costumes, nos textos, portanto, sobretudo na forma da tradição escrita, cujos sinais são destinados a qualquer um que tenha “capacidade de compreender”. A significação hermenêutica plena disso se desvela quando a tradição se faz escrita. OLIVEIRA, M. A. de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 1996. p. 233.

5 RONALD DWORKIN: UMA RESPOSTA HERMENÊUTICA ADEQUADA AO ARTIGO 212 DO CPP

No quarto capítulo inicia-se uma abordagem com base na fenomenologia hermenêutica que captou as estruturas da compreensão,³¹² e partindo da teoria gadameriana, restou demonstrado que estamos sempre inseridos num universo que é histórico, dado a partir de uma tradição, onde não há grau zero de sentido,³¹³ quando chegamos para compreender o caso concreto já estamos atrasados. Mas, apesar de chegarmos sempre atrasados, carregamos a nossa pré-compreensão, ainda que incerta e mediana, nos possibilita afirmarmos que algo é, e assim, passamos a ser, agir, construir nossas vidas, à medida que temos compreensão do ser, e só compreendemos o ser quando compreendemos nossa faticidade.³¹⁴

E para captar estas estruturas da compreensão, que se dá a partir da História, a teoria gadameriana demonstrou que isso não ocorre através do

³¹² A fenomenologia hermenêutica possui dois teoremas fundamentais até aqui apresentados: o círculo hermenêutico e a diferença ontológica (STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 214) que é a (inter) relação ou lógica interna que se estabelece no âmbito da compreensão hermenêutica entre o todo de um texto e as partes, onde a compreensão se daria do todo para as partes e das partes para o todo, e a diferença ontológica, que é o fato de possuímos um privilégio de termos a memória do ser, temos um “privilégio ôntico”, sendo que entre todos os entes apenas nós existimos; e um “privilégio ontológico”, que entre todos os seres, somos o único que compreende o ser, ainda, desse duplo privilégio, o filósofo anota um terceiro, um privilégio ôntico-ontológico, a compreensão do ser deste ente que somos é condição de possibilidade de todas as outras ontologias. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 213.

³¹³ Partir de uma pré-elaboração (prima facie) do que seja um caso simples ou complexo é incorrer no esquema sujeito-objeto, como se fosse possível existir um “grau zero de sentido”, insulando a pré-compreensão e tudo o que ela representa como condição para a compreensão de um problema. Não esqueçamos que a discricionariedade interpretativa é fruto do paradigma representacional e se fortalece na cisão entre interpretar e aplicar, o que implica a prevalência do dualismo sujeito-objeto. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 142-150.

³¹⁴ De que modo o ser-aí é ser-no-mundo? Ao modo do estar-jogado o ser-aí está inelutavelmente jogado na existência. Mas o ser-aí assume o estar-jogado no projeto e articula o projeto do estar-jogado em um conjunto significativo. Assim, revela-se uma tríplice estrutura do ser-no-mundo. Essa estrutura terá importância decisiva para a determinação do problema da temporalidade. O homem está jogado na existência, não tem notícias de suas raízes. O homem está jogado na existência, não tem notícias de suas raízes. O homem se capta como possibilidade e seu estar-jogado se instaura em projeto. O homem decai e articula o projeto jogado. Compreende, dá sentido, significa, explica. Estar-jogado é facticidade. Projeto é existência. Decaída é articulação. Estas três dimensões são reveladas no sentimento de situação (facticidade), na compreensão (existência) e no discurso (articulação). STEIN, Ernildo. **Introdução ao pensamento de Martin Heidegger**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011. p. 67-68.

método, pois como elemento interpretativo, identificou-se que o método sempre chega tarde/atrasado. Ocorre, fundamentalmente, por meio de uma diferença ontológica, que em conjunto com o círculo hermenêutico, fundamentam a fenomenologia hermenêutica. Hans-Georg Gadamer capitania parte do fundamento de sua teoria em Hegel e Martin Heidegger,³¹⁵ aonde constrói a sua Hermenêutica Filosófica, uma ideia que pretende dar conta da historicidade do compreender ligado ao universo da cultura e do mundo vivido, a obra de Gadamer *Verdade e método* aqui utilizada evidenciou, que a decisão não deriva da aplicação de um método de compreensão por etapas (*3 subtilitas*),³¹⁶ mas, fundamentalmente, da realização unitária dos três momentos de compreensão- interpretação-aplicação de maneira simultânea, perfazendo assim a realização da compreensão que enseja a decisão judicial.³¹⁷

³¹⁵ Temos que reconhecer que tudo aquilo que de Hegel, sem saber absoluto, atravessa o pensamento de Gadamer, não é apenas uma forma de expressar o processo da compreensão e da interpretação com uma metáfora hegeliana de movimento e circularidade. Pois, com isso, Gadamer tenta extrair de Hegel um movimento de sua hermenêutica filosófica enquanto “acontecer” (Geschehen), aproximando assim a universalidade da ontologia da interpretação como fio condutor de uma teoria universal do “compreender” (Verstehen). Sendo, entretanto, esse compreender (Verstehen). Sendo, entretanto, esse compreender (Verstehen) genuinamente próprio da filosofia hermenêutica de Heidegger. Stein diz não ter certeza se é intenção de Gadamer aproximar dessa maneira Geschehen e Verstehen, ainda que me lhe pareça inevitável que isso seja interpretado assim. Já vimos, acima, que é justamente o acontecer, como Geschehen, que o filósofo utiliza para desenvolver a sua teoria do compreender, a partir do Verstehen do primeiro Heidegger. Se for assim, há uma aproximação insustentável de Hegel e Heidegger, através de dois conceitos que Gadamer, aliás, queria que fossem o primeiro título *Verdade e método*: Geschehen e verstehen, não aceito pelos editores. ROSA, Alexandre Morais da et al. **Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de Verdade e Método**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 16.

³¹⁶ O problema hermenêutico se dividia com segue: distingui-se uma subtilitas intelligendi, compreensão, de uma subtilitas explicandi, a interpretação e durante o peitismo se acrescentou como terceiro componente a subtilitas applicandi, a aplicação (por exemplo em J.J. Rambach). Esses três momentos devem perfazer o modo de realização da compreensão. É significativo que os três recebam o nome de subtilitas, ou seja, que se compreendam menos como um método sobre o qual se dispõe do que como uma aptidão que requer uma particular finura dos espíritos. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 14. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2014. p. 406.

³¹⁷ O direito é parte ou momento do próprio caso. Não se pode isolar o caso do direito e de certa maneira ou momento do próprio caso. Não se pode isolar o caso do direito e de certa maneira considera-lo em si independentt do direito. O direito não pode ser analisado sem que seja posto em relação ao caso. E é por isso que Gadamer dirá, mostrando que hermenêutica é sempre aplicação, que interpretar não é nunca uma subsunção do individual nos conceitos do geral. No uso das palavras, não se torna disponível o que está dado à contemplação, como caso especial de uma generalidade, mas está presente naquilo mesmo que é dito, tal como a ideia do belo está presente no que é belo, conclui. Nesse sentido, Streck salienta que é espantoso notar o modo como alguns juristas, mesmo citando Gadamer, fazem a cisão entre interpretação e aplicação. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 225.

Com Friedrich Müller foi consubstanciada a aplicação gadameriana, ou seja, uma crítica aos métodos (regras, técnicas e outras variações) das formas de interpretação, oposições também direcionadas às regras tradicionais que levaram Kelsen a construir um método de validade da norma fundamental, uma espécie de método isolado em si mesmo. Com Müller, concluímos que cada caso concreto merece a sua norma de decisão, ou em outras palavras, que é impossível conceber que um texto normativo represente a si mesmo, sem se relacionar com o todo.

De modo a oferecer condições de possibilidades ao intérprete para que escape da cilada kelseniana da moldura da norma originada no seio do positivismo-normativista pós-kelseniano que deu origem ao sujeito discricionário, comportamento tão criticado por Warat por meio da expressão senso comum teórico dos juristas. Assim, deixando de se apresentar como Ângelo II shakespeariano e como o Rei político dono do poder de Kantorowicz. Respeitando o teor do conteúdo programático do texto normativo do artigo 212 do CPP na linha da teoria estruturante da norma do jurista alemão Friedrich Müller, sem realizar interpretações por etapa, cindindo compreensão e aplicação, conforme adverte Georg-Hans Gadamer em sua respeitável crítica às três *subtilitas*. Agora, de modo a encerrar o trabalho de compreensão hermenêutica aqui trabalhado, passa-se para o parágrafo quinto, o objetivo final desta pesquisa, qual seja, a abordagem teórica dworkiniana para oferecer uma decisão democraticamente adequada do artigo 212 do CPP caracterizada, principalmente, pela integridade.

5.1 A Oposição de Dworkin ao Positivismo Analítico de H. L. A. Hart: o Direito Enquanto Conceito Interpretativo

Primeiramente, antes de ser abordada a teoria dworkiniana propriamente dita, realizar-se-ão algumas ressalvas entendidas pertinentes; a primeira dirige-se ao lugar da fala: inicialmente Ronald Myles Dworkin ³¹⁸ escolhe debater com

³¹⁸ Ronald Myles Dworkin nasce em Worcester, Massachusetts (EUA) no ano de 1931. No final dos anos sessenta, Dworkin sucede a Herbert Hart na Universidade de Oxford, e atualmente leciona na Universidade de New York. O filósofo critica a construção jurídica positivista de Hart, pois a entende como “a mais sofisticada teoria do Direito, e mais importante e fundamental reformulação da idéia de positivismo jurídico [...]”. A carreira jurídica de Dworkin começa em 1957 como assistente do juiz Learned Hand. Este estava

H. L. A. Hart³¹⁹, pois denomina a teoria hartiana como sendo a mais sofisticada à época, mas não no sentido do acerto com relação à aplicação do direito do positivismo de Hart, pelo contrário, por esta não conseguir abarcar todas as condições de possibilidades fáticas dos indivíduos e continuar oferecendo as prejudiciais concessões ao juiz ou autoridade pública competente para atuarem discricionariamente nos denominados casos difíceis.³²⁰ Muito embora a escola

aposentando-se e mais se interessava em aprofundar uma série de conferências sobre a sua discordância com um recente caso decidido na Suprema Corte dos Estados Unidos: o caso *Brown vs. Board of education*. Talvez um dos processos mais famosos que tramitaram naquela Corte, e o impulso definitivo para o ingresso de Dworkin no mundo da teoria do direito”. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 36-42.

³¹⁹ Hart dedicou os dez últimos anos de sua vida a elaborar uma resposta detalhada às objeções de Ronald Dworkin, explorando alguns dos mais recentes desenvolvimentos na teoria do direito desde a publicação da primeira edição de seu livro *O conceito de direito*, em 1961. Isso, porém, não foi possível. Hart faleceu em 1994, mas Joseph Raz e Penelope Bullock revisaram e organizaram um rascunho entregue pela família de Hart, e publicaram-no em 1994 como Pós-escrito à segunda edição de *O conceito de direito*. DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução de Jefferson Luis Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 199.

³²⁰ Como se sabe, o positivismo de Hart vinculava o conceito de direito ao “conjunto de regras especiais utilizado direta ou indiretamente pela comunidade com o propósito de determinar qual comportamento será punido ou coagido pelo poder público”. DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 28. O direito não se resumiria à coerção, pois, diferentemente das ordens de um grupo de bandoleiros, por exemplo, as normas jurídicas têm validade; e, ao contrário do que se passa com outras normas sociais, as normas jurídicas têm validade jurídica. E, para Hart, a validade de uma norma ou sistema jurídico deve ser aferida exclusivamente pela forma pela qual a norma ou o sistema foi adotado – o que se chamou de teste de pedigree. HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução de Armindo Ribeiro Mendes. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011. p. 326 e seq. Nenhuma vinculação a conteúdos anteriores, como queria o jusnaturalismo, lhe seria admitida. Hart é bastante cético quanto a qualquer objetividade dos valores. Daí é que o autor lança mão da distinção entre regras primárias e secundárias: grosso modo, as primeiras seriam aquelas regras que concedem direitos ou impõem obrigações aos membros de uma comunidade, enquanto as últimas determinariam os meios e instituições ou pessoas competentes para estabelecer as regras primárias. HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução de Armindo Ribeiro Mendes. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011. p. 89-92. O conceito de direito abrangeria o conjunto dessas regras, portanto, e, em se tratando da validade do sistema, não somente das normas, Hart lança mão da Regra de Reconhecimento, uma meta-regra, à qual compete tratar das condições de validade das regras do sistema jurídico. HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução de Armindo Ribeiro Mendes. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011. p. 111-112. Se uma regra primária foi criada segundo o procedimento estipulado por sua respectiva regra secundária, há direito. Caso contrário, não. Tudo isso seria muito simples se a linguagem fosse um mar de certezas. Mas a linguagem não mais pode ser vista como um espelho do mundo empírico visualizável, em um procedimento lógico segundo o qual cada objeto mundano deveria ter correspondência em um signo específico, como queria o “primeiro” Ludwig Wittgenstein, com a sua ideia de quadro pictórico. WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tratado lógico-filosófico: investigações filosóficas**. Tradução de M. S. Lourenço. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 107-114. A linguagem é aberta, incerta, e depende do uso. Hart demonstrou ter percebido isso quando tratou dos chamados *hard cases*, aqueles para os quais não há, claramente, uma resposta no conjunto de regras da comunidade. Esses casos difíceis se manifestariam, sobretudo em razão da abertura da linguagem, o que acaba por se refletir na

positivista discorde dessa conclusão, pois sustenta, que ao fim e ao cabo a obra *O Conceito de Direito* de Hart, baseia-se na ideia de que ter regras secundárias é o que torna o direito um objeto insuscetível de outra abordagem que não o positivismo jurídico.³²¹ Porém, como se nota, a escola positivista não consegue

abertura dos textos normativos que servem de base para o intérprete-aplicador – constituídos, evidentemente, em linguagem. Exatamente aqui, Hart se depara com o problema central de sua teoria. E, nesses casos difíceis, diz Hart, porquanto o Direito, em seu modelo de regras, não estipula nenhuma solução específica, caberia ao juiz ou outra autoridade pública competente, através de seu discernimento pessoal, confeccionar uma nova regra jurídica ou complementar uma regra já existente, assim (re)aparecendo a discricionariedade do positivismo-normativista pós-kelseniano. Segundo a análise de Dworkin, até então, inexistia, para Hart, obrigação ou direito jurídico, porquanto não há uma regra jurídica válida que o pressuponha. DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 28.

³²¹ Aqui está o contraponto à obra de Dworkin realizado pelo Prof. André L.S. Coelho, que escreveu em artigo intitulado “Por que surgem as regras secundárias? Uma reinterpretação da fábula de Hart”, a tese central em que a fábula de Hart apresenta-se com um experimento mental visando mostrar não apenas a natureza das regras secundárias, mas também os riscos de comprometer o funcionamento de tais regras ao abraçar concepções antipositivistas do direito. A fábula de Hart deve ser entendida como um argumento *ex post facto* sobre a necessidade de regras secundárias. Na fábula de Hart, as regras secundárias são apresentadas como remédios para defeitos de uma ordem social baseada somente em regras primárias. Hart fornece a imagem razoável de uma comunidade que tivesse apenas regras primárias, faz uma previsão razoável dos problemas que tenderiam a surgir nesta comunidade e, ao final, faz uma defesa razoável das regras secundárias como remédios para estes problemas. Isso mostraria que regras secundárias são necessárias e que um sistema jurídico surge apenas da união entre regras primárias e regras secundárias. Coelho se beneficia dos insights tanto de MacCormick quanto de Gardner no que diz respeito à natureza da fábula, mas combina ambos os insights com a ideia de que proteger o positivismo jurídico, reformulando-o no método da análise e na linguagem das regras, é a chave para a leitura de *O Conceito de Direito* em geral e da fábula em particular. Destaca Coelho que, no texto de 1958, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, Hart estava preocupado que as fraquezas da versão imperativista do positivismo jurídico criassem espaço para concepções antipositivistas não apenas equivocadas, mas perigosas. E contrapõem as teorias antipositivistas, descrevendo que do ponto de vista de Hart, além de sua façanha intelectual, no nível da teoria, de ter descoberto “a chave para a ciência da jurisprudência”, há, no nível da realidade, a façanha evolucionista de a sociedade ter desenvolvido sólidas regras secundárias, como algo tão valioso que não deveria ser comprometido. Destaca que, nas sociedades primitivas referidas por Hart os “defeitos” que moveriam o seu próprio argumento não apareceriam. Neste tipo de sociedade primitiva Hart não pode provar sua tese e derivar suas regras secundárias. Por esta razão, Hart não está interessado em sociedades primitivas reais. Assim, Hart lança mão da sua sociedade hipotética, esta é semelhante às sociedades primitivas nos primeiros traços, mas semelhante às modernas nos últimos. Ela carece de simplicidade e solidariedade. É complexa, variável, pluralista e individualista, como as sociedades modernas. Apenas uma sociedade primitiva o bastante para ter apenas regras primárias, mas moderna o bastante para carecer de simplicidade e solidariedade experimentaria os três defeitos que Hart está prestes a abordar. Apenas esta quimera (em seu sentido mitológico e biológico, como um ser artificial feito das partes de vários seres naturais) da imaginação pode fazer o argumento de Hart avançar. A sociedade hipotética de Hart é, como grupos de caçadores e coletores, isenta de autoridade; é provida, como sociedades agrícolas e comerciais, de regras primárias; e carece, como sociedades modernas, de simplicidade e solidariedade. Nenhuma sociedade na história teve estes traços ao mesmo tempo. Apenas uma sociedade hipotética, feita para os objetivos de seu criador, pode tornar esta quimera possível. Ele está disposto inclusive a tornar sua sociedade hipotética bastante dessemelhante de sociedades primitivas reais para abordar os defeitos que levarão a suas regras secundárias. Nas situações hipotéticas lançadas por

lidar com a suspensão dos pré-juízos do intérprete, algo inquestionável e imprevisível, peculiaridades estas trabalhadas exaustivamente pela hermenêutica filosófica gadameriana, seguida por Dworkin e pelo contemporâneo pós-positivista Friedrich Müller.

A segunda observação é com relação ao termo *resposta correta*, quando aqui referida, não estar-se-á afirmando que esta é a única resposta, mas aquela mais democrática para o caso em análise.³²² E, por fim, a última observação aqui

Hart, o autor conduz o leitor, dada o certo grau de incerteza sobre o direito, a certo atraso do direito para acompanhar as mudanças sociais e a certo grau de ineficácia das leis contra seus violadores, à necessidade de regras que ultrapassariam imediatamente a eficácia de suas regras primárias, isto é, das regras secundárias. Assim, Coelho assinala que, sua versão ampliada do argumento *ex post facto* é o que denomina de leitura defeitos-vindo-depois da fábula de Hart. Destaca que havia um problema não resolvido, para o qual as regras secundárias se provaram a solução apropriada. Que elas sejam de fato remédios para os defeitos é mais facilmente reconhecido por quem já vive numa sociedade em que tais regras são operativas. Isso o torna um argumento *ex post facto*. Mas o que está sendo reconhecido *ex post facto*, isto é, depois da experiência do fato, é que as regras secundárias são remédios eficientes contra os defeitos que existiam antes de seu aparecimento. Os defeitos são anteriores aos remédios, mas o conhecimento de que as regras secundárias são remédios eficientes é posterior à sua existência. O leitor, com base em seu conhecimento *ex post facto* de como funcionam regras secundárias, percebe que elas funcionam como remédios para defeitos que existiam mesmo quando tais regras não tinham sequer sido inventadas. Ao final, após a apresentação de Hart quando chegou em Harvard como professor visitante e debateu com Hart-Fuller, Coelho retorna para a fábula de Hart, de modo a apontar que dano uma concepção antipositivista produziria ao direito tem algo a ver com o enfraquecimento ou desaparecimento de suas regras secundárias! Assim sustenta Coelho que, com base na ideia de que ter regras secundárias é o que torna o direito um objeto insuscetível de outra abordagem que não o positivismo jurídico. Claro, numa ordem de regras primárias, as regras jurídicas já eram conceitualmente independentes das regras morais, mas isto era difícil de ser percebido, pois os dois tipos de regras estavam bastante entrelaçados. Uma vez que as regras secundárias surgem e cercam a província do direito como um muro protetor, qualquer regra só é autorizada a entrar ou sair pelos funcionários, que desempenham o papel de sentinelas do muro. Isso dá ao direito a objetividade que torna possível e necessário falar dele como distinto de nossos desejos, interesses, opiniões, costumes e valores. Ao final sustenta: “Quanto mais fracas as regras secundárias, mais suscetível o direito se torna como objeto do antipositivismo.” E encerra: “A fábula não apenas relata o que ocorreria a uma sociedade hipotética, mas também prediz o que ocorreria a sistemas jurídicos modernos se ouvirem o canto das sereias sem estar firmemente amarrados ao mastro do positivismo jurídico”. COELHO, André. L. S. Por que surgem as regras secundárias?: uma reinterpretação da fábula de Hart. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ- RFD**, v. 1, n. 25, 2014.

³²² Streck afirma que a resposta correta trata-se de uma metáfora, do mesmo modo que o juiz Hércules de Dworkin. Ressalva ainda, a resposta correta não é, jamais, uma resposta definitiva. Do mesmo modo, a pretensão de se buscar a resposta correta não possui condições de garanti-la. Corre-se o risco de se produzir uma resposta incorreta. Mas o fato de se obedecer à coerência e a integridade do direito, a partir de uma adequada suspensão de pré-juízos advindos da tradição, já representa o primeiro passo no cumprimento do direito fundamental que cada cidadão tem de obter uma resposta adequada a Constituição. Complementa ainda, que se trata não apenas de uma resposta que pretende dar conta das condições de possibilidade epistemológicas (teorias analíticas), mas, sim, uma resposta que será dada a partir de critérios que não estão ou não se resumem ao plano ótico-proposicional, uma vez que há algo que a estrutura antepredicativamente (é por isso que o círculo hermenêutico, que conforma a compreensão do intérprete, dá-se em um nível ontológico – não clássico – anterior à distinção entre sujeito-objeto. STRECK, Lenio Luiz.

necessária é o fato que quando utilizar-se-á a Teoria do Direito de Ronald Dworkin, esta sempre será empregada com a devida atenção que o nobre filósofo inglês dedicou à dignidade da pessoa humana, estando sempre relacionada a qualquer abordagem teórica à sua ordem. Especificamente no caso em tela, a dignidade da pessoa estará constantemente relacionada às partes do processo, sendo-lhes garantido o devido processo legal, a presunção de inocência do acusado, o direito ao contraditório das partes, dentre os mais relevantes princípios relacionados ao interrogatório criminal e relacionados à dignidade da pessoa humana das partes envolvidas durante o interrogatório.

No particular embate de Dworkin com Hart, deve-se destacar a constante crítica de Dworkin aos positivistas analíticos, pois estes estariam presos ao que ele denominou de agulhão semântico,³²³ uma pressuposição positivista em que

Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 354-365.

³²³ Dworkin enfatiza o tempo todo o a importância de se fazer distinção entre os diferentes conceitos que as pessoas utilizam para falar do direito: o conceito doutrinário que usamos para afirmar o que o direito de alguma jurisdição requer, proíbe ou permite, destaca: “A ignorância não é defesa perante o Direito”; o conceito sociológico, que usamos para descrever uma forma específica de organização política, destaca: “Os romanos desenvolveram uma forma complexa e sofisticada de direito”; o conceito taxonômico, que usamos para classificar uma regra ou um princípio específico como um princípio jurídico e não de outro tipo, destaca: “Embora a regra de que este mais cinco são doze conste de alguns argumentos jurídicos, em si mesma ela não constitui uma regra de direito; e o conceito aspiracional, que usamos para descrever uma virtude política particular, destaca: “O Tribunal de Nuremberg preocupava-se com a natureza da legalidade”. DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga.** Tradução de Jefferson Luis Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 315. Conforme Dworkin, o conceito sociológico de direito é um conceito criteriológico impreciso; e a argumentação com que outrora se procurava saber se os nazistas dispunham ou não de um sistema jurídico – argumentação, de resto, muito cara aos filósofos do direito da época – é inútil exatamente por esse motivo. DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga.** Tradução de Jefferson Luis Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 316. Compartilhar um conceito interpretativo não exige nenhum acordo ou convergência subjacentes acerca de critérios ou casos ilustrados. Liberais ou conservadores compartilham o conceito de justiça, mas eles não chegam a uma posição consensual nem sobre os critérios para a formulação de juízos de valor sobre a justiça nem sobre quais instituições são justas e quais são injustas. [...] Desses pressupostos eles extraem opiniões mais concretas sobre a maneira correta de dar continuidade à prática em determinadas ocasiões: os julgamentos corretos a fazer e o comportamento apropriado em resposta a esses julgamentos. Uma análise esclarecedora do conceito de justiça deve ser uma teoria interpretativa desse tipo. Uma análise de um conceito criteriológico ou de espécie natural deve ser neutra no contexto das diferentes controvérsias normativas nas quais o conceito está presente: se os celibatários devem ou não ser estimulados a casar ou se os tigres devem ou não ser protegidos como uma espécie ameaçada de extinção. Contudo, uma análise profícua de um conceito interpretativo – para além da mera afirmação de que é interpretativo e de uma formulação muito geral das práticas nas quais se inclui – não pode ser neutra, deve contribuir com questões na esfera das controvérsias que espera esclarecer. DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga.** Tradução de Jefferson Luis Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 317. E, destaca, durante muitos anos, que em muitas circunstâncias os fatos morais se incluem entre as condições básicas de veracidade das proposições de direito. Nos Capítulos 6 e 7, Dworkin discute uma afirmação antagônica: o positivismo analítico-doutrinário, que sustenta

os juízes definitivamente compartilham dos mesmos critérios para conceituar o Direito, e para contrapor o positivismo analítico, Dworkin diferencia três espécies de conceitos, os quais pressupõem procedimentos específicos de interpretação.

Referindo-se ao positivismo de Hart, descreve Dworkin que as vítimas do agulhão semântico são as pessoas que têm uma determinada imagem do que é a divergência e quando ela é possível, acreditam ainda que se pode discutir sensatamente apenas quando todos aceitarem e seguirem os mesmos critérios para decidir quando as posições são bem fundadas, mesmo que não se possa fixar com exatidão, como era de se esperar, quais são estes critérios.

Nesse caminho, Dworkin inicia lançando os conceitos baseados em critérios e usa exemplo de livro, triângulo equilátero, celibato e homem careca de modo a expressar seus conceitos, destacando que compartilhamos dos critérios para aferir se um livro não é um panfleto, se um triângulo é equilátero ou não, se um jovem de dezoito anos é ou não celibatário, e se um homem é careca ou não.³²⁴⁻³²⁵ No caso dos livros o critério seria, evidentemente, a quantidade de folhas e a forma; quanto ao celibato, o jovem de dezoito anos que ainda não se casou; com relação ao triângulo, seria a igualdade entre os três lados; já no quarto e último exemplo, referindo-se aos carecas, a quantidade de cabelos. As divergências, entretanto, surgem quanto a uma série de aplicações desses conceitos, casos em que cada pessoa entende como casos limítrofes.³²⁶

que, como questão conceitual, os fatos morais não podem aparecer entre essas condições básicas de veracidade. Em “Levando os direitos a sério”, afirmou que o positivismo analítico desfigura as práticas concretas de juristas e juízes nos sistemas jurídicos contemporâneos, e que, portanto, resulta em um entendimento inadequado dessas práticas. Em “O império do direito”, Dworkin ofereceu uma explicação do motivo pelo qual os positivistas analíticos cometem esse erro, aventando a hipótese de que eles pressupõem que todos os conceitos, inclusive o conceito doutrinário de direito, são conceitos criteriológicos, e que a análise apropriada do conceito doutrinário deve, portanto, consistir na elucidação dos critérios que os juristas compartilham, a não ser nos casos limítrofes, para avaliar se as preposições de direito são ou não verdadeiras. Chamei esse pressuposto – a de que todos os conceitos são critérios – de agulhão semântico. DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução de Jefferson Luis Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 318.

³²⁴ Duas pessoas podem discutir sobre quantos livros uma delas tem na biblioteca, desde que ambas previamente tenham a mesma noção ou estejam de acordo sobre o que é um livro. Podem até divergir nos casos limítrofes, por exemplo, uma chamando de livrinho aquilo que a outra denomina panfleto. Agora, não podem divergir sobre os denominados casos centrais. Exemplifica: “Se para você meu exemplar de Moby Dick não é um livro, pois em sua opinião romances não são livros, qualquer divergência será necessariamente absurda”. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 55.

³²⁵ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução de Jefferson Luis Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 16.

³²⁶ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 241.

O segundo tipo de conceitos seriam os de espécies naturais, conforme Dworkin as pessoas compartilham alguns conceitos cujos exemplos têm a estrutura física ou biológica natural, tipo metais e animais, ainda que não concordem quanto à natureza essencial dos conceitos ou quanto aos critérios que utilizam para identificar tais exemplos.³²⁷ Dworkin utiliza o exemplo do conceito de tigre, cujo objeto (a imagem do *Tyger*), em razão da estrutura física peculiar, pode ser identificado e compartilhado por todos que o vejam, desde especialistas com um vasto conhecimento sobre o DNA do tigre até pessoas que nem imaginem o que seja um DNA, ainda que, nesses casos, os critérios para identificá-lo sejam os mais diversos, todos sabem que um tigre é um tipo especial de animal, uma fera muito grande, perigosa e listrada que pode ser encontrada tanto em zoológicos quanto na selva.³²⁸

No terceiro e último conceito, Dworkin faz menção aos conceitos interpretativos baseando-se nas práticas elaboradas em determinadas comunidades, as quais, frequentemente, estão em regra carregadas de juízos de valor, e funcionariam como estímulos à reflexão sobre aquilo que é exigido por essas práticas. O objetivo de Dworkin estaria em alcançar a melhor interpretação sobre o que essas práticas pressupõem ou exigem, pois entende que os conceitos, tais como justiça, liberdade, igualdade, democracia, e o próprio Direito, eminentemente carregados de valores poderiam ser classificados como interpretativos.³²⁹

Alerta que, ainda havendo divergências quanto ao caráter exato desses valores, concordamos no que toca aos casos paradigmáticos do conceito, assim como, quanto aos casos paradigmáticos que envolvem reações apropriadas a eles, de modo suficientemente amplo para permitir que defendamos, de modo inteligível, para outras pessoas que também têm esse conceito em comum, a tese de que dada caracterização do conceito (valor) é a que melhor justifica esses paradigmas que guardamos em comum. “O ato de termos em comum um conceito interpretativo depende da concordância, assim como ocorre com os conceitos criteriosais e conceitos de tipos naturais. Mas o tipo de concordância

³²⁷ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução de Jefferson Luis Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 16.

³²⁸ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução de Jefferson Luis Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 16.

³²⁹ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução de Jefferson Luis Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 17-20.

necessário no caso de um conceito interpretativo é muito diferente: não é a concordância em torno de um processo de decisão empregado como teste decisivo para a identificação de casos particulares. Pelo contrário, o ato de termos em comum um conceito interpretativo é compatível com diferenças de opinião imensas e completamente irresolúveis quanto aos casos particulares”.³³⁰

Por isso, ainda que todos compartilhem do conceito interpretativo de Direito, nem sempre compartilhamos os critérios que identificam o que o representaria de modo mais adequado. A interpretação correta seria a que melhor identificasse as práticas que esse conceito representa, e mesmo essa identificação envolveria um processo interpretativo. “Quando interpretamos determinado objeto ou evento, portanto, também estamos interpretando a prática da interpretação no gênero em que supomos ter nos inserido: interpretamos esse gênero atribuindo-lhe aquele que nos parece ser o seu objetivo adequado – o valor que ele proporciona e deve proporcionar”. Assim “como a moral é moral, a interpretação é interpretação do começo ao fim”.³³¹

A crítica de Dworkin, ao equívoco de Hart, repousaria exatamente no agulhão semântico, o fato de Hart conceituar o Direito por conceito criterial, pois como nem todos os juristas e juízes compartilham dos mesmos critérios para a conceituação do Direito, haveria vários conceitos de Direito, cabendo ao intérprete definir qual deles melhor se adequa ao conjunto de práticas que capta o paradigma do valor interpretado e compartilhado. Desse modo, Dworkin sugere as ideias, eminentemente conexas, de coerência e unidade, tanto do valor, como do Direito.

5.2 A Teoria do Romance em Cadeia: a Maneira de Responder Adequadamente no Modo Operante do Interrogatório

Na obra *Justiça para Ouriços*, Dworkin deixa bastante explícita a sua tese de que efetivamente existe uma verdade objetiva quando tratamos de valores, contrariando acentuadamente o postulado de Nietzsche, que diz não

³³⁰ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 247.

³³¹ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 199.

haver fatos morais, mas somente interpretações morais dos fatos.³³² Na linha de Dworkin, caso isso fosse uma realidade, poderíamos negar inclusive a própria escravidão,³³³ pelo contrário, como vimos até aqui, somente há interpretações porque existem fatos. Porém, essa aparente objetividade de valores não tem qualquer arrimo de caráter ontológico metafísico ou transcendental ou mesmo independente da exposição de razões. Conforme salienta Dworkin, não existem as denominadas “partículas de moral”, pois os valores não são como pedras em que podemos tropeçar no escuro. Não são coisas que existem inamovivelmente lá fora.³³⁴ Pelo contrário, Dworkin destaca a independência da moral, de modo que um valor moral somente poderia ser justificado por outro valor moral; a justificação da liberdade, por exemplo, somente pode ser efetivada à luz de outros valores, como a igualdade,³³⁵ sempre observando a igualdade de forças.

A moral em Dworkin é uma espécie de totalidade unitária e integrada de valores, que guardam entre si uma relação sempre necessária de interdependência, e o argumento moral somente termina se e quando encontra a si mesmo.³³⁶ Dworkin relata que tudo isso parece ser impossível e, de certa forma, até desagradavelmente holístico, mas não vê outra maneira para os filósofos abordarem a tarefa de atribuir o máximo possível de sentido, em qualquer segmento da vasta estrutura humanista, que dirá da totalidade.³³⁷

³³² NIETZSCHE, Friedrich. **Além do bem e do mal**: prelúdio de uma filosofia do futuro. Tradução de Marcio Pugliesi. Petrópolis: Vozes, 2012.

³³³ “Não quero dizer que existam o que às vezes se denominam fatos morais ‘transcendentes’ ou ‘platônicos’; na verdade, não sei o que seriam. Pretendo apenas supor que uma determinada instituição social, como a escravidão, pode ser injusta, não porque as pessoas pensam que é injusta ou têm convenções segundo as quais ela é injusta, ou qualquer coisa do tipo, mas apenas porque a escravidão é injusta. Se existem tais fatos morais, então pode-se racionalmente supor que uma proposição de Direito é verdadeira mesmo que os juristas continuem a discordar quanto à proposição depois de conhecidos ou estipulados todos os fatos concretos. Pode ser verdadeira em virtude de um fato moral que não é conhecido nem estipulado”. DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luis Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 205-206.

³³⁴ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 172.

³³⁵ Segundo Dworkin, a ética é uma estrutura complexa com diferentes objetivos, realizações e virtudes, e a parte que cada um desempenha nessa estrutura complexa só pode ser compreendida mediante a elaboração de seu papel em um projeto geral estabelecido pelos outros. DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 227-228.

³³⁶ Para defender qualquer parte dessa rede, alerta Dworkin que tudo o que você pode fazer é citar alguma outra parte – até que consiga, de algum modo, justificar todas as partes pelas demais. DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 177.

³³⁷ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução de Jefferson Luis Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 228.

Isso faz resultar que a sofisticação da interpretação dos conceitos interpretativos, como pede a coerência, com a aparente atribuição de sentidos na linha teórica de Gadamer,³³⁸ seria suficiente para dirimir qualquer possibilidade de interpretações conflitivas. Na medida em que se interpretasse adequadamente cada parte de acordo com as outras partes e com os objetivos da “teia integrada de valores”, os aparentes conflitos, em verdade, se resumiriam a interpretações equivocadas dessas partes, e assim, os inautênticos conflitos entre valores desapareceriam.³³⁹ Para Dworkin, definitivamente, os conflitos aparentes são inevitáveis, mas da mesma forma, são ilusórios e temporários.³⁴⁰

Portanto, o Direito, enquanto conceito interpretativo, fundamentalmente, se submete ao conceito de melhor interpretação segundo a coerência entre todo e partes. Dworkin compara a interpretação jurídica à interpretação de textos literários, e utiliza-se da metáfora do Direito enquanto um “romance em cadeia”. Partindo do contexto integrativo dworkiniano, o juiz, sempre diante de um caso concreto, deve analisar casos anteriores parecidos com o seu, tendo em vista que a prática de interpretação do Direito precisa considerar tanto o passado (tradição), sob o olhar do presente (fusão de horizontes gadameriana) sem principalmente deixar de observar os reflexos para o futuro do Direito. Notadamente, uma continuidade da hermenêutica filosófica gadameriana ligada à compreensão da historicidade do mundo vivido, assim como da concretização da norma de Friedrich Müller, em que a norma jurídica exsurge, sempre, inevitavelmente da aplicação no caso concreto.

³³⁸ Numa palavra, a teoria dworkiniana mostra-se inexoravelmente coerente com a atribuição de sentidos derivada dos valores, que como se pôde notar, sempre andam em duplicidade de modo que se tenha sempre uma paridade de valores colocados em discussão, exatamente onde repousa a coerência no uso da moral. O direito para Dworkin é visto como um ramo da moral, apesar dos atributos que o particularizam. Já em termos de filosofia política, os direitos fundamentais são vistos como espécies de trunfos contramajoritários, e vinculam-se à ideia de dignidade de que Dworkin lança mão, da qual parte o direito a ser tratado com igual consideração e respeito, e divide a dignidade em dois princípios: (i) o direito a ser tratado com igual consideração e respeito e (ii) o de que os indivíduos têm a responsabilidade pessoal de definir o sucesso em suas próprias vidas, Trata-se de uma concepção nitidamente liberal quanto à concepção dos valores morais e, por conseguinte, do direito, na medida em que Dworkin o vincula a essa ideia de dignidade. DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 513.

³³⁹ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 182.

³⁴⁰ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p.182.

Isso porque, conforme descreve Dworkin, ocorre devido ao exercício da atividade jurídica, assim como a evolução da sociedade está em contínuo processo de desenvolvimento. Nesse sentido, já podemos pensar que se até o ano de 2008 o interrogatório era iniciado com perguntas realizadas pelo juiz, com a entrada da alteração legislativa que originou o artigo 212 do CPP, isto é, dada a evolução da sociedade em contínuo processo de desenvolvimento conforme destaca Dworkin, a parte considerável da doutrina e alguns Ministros do STF haveriam de compreender, antes de interpretar, que a ordem de inquirição consolidada no referido artigo, definitivamente, restou alterada.

Desse modo, nesse cenário integrativo da interpretação jurídica, já podemos considerar que a alteração da ordem de inquirição no interrogatório, consolidada pelo parágrafo único do artigo 212 do CPP, como capítulos do Direito, sendo essa continuidade o cerne da ideia do direito do romance em cadeia dworkiniano.³⁴¹

Destacadamente, Dworkin utiliza a interpretação literária como modelo para o modo central da análise jurídica, inspiração aqui também empregada quando demonstramos o comportamento discricionário do intérprete nas obras de Shakespeare e Ernst Kantorowicz. Assim, o jurista inglês propõe uma novela literária, em que cada romancista deve montar/arquitetar cada capítulo subsequente de uma obra coletiva, assumindo compromissos e responsabilidades no criar, assim construindo um único romance integrado, com uma série de contos dependentes com personagens desse conto.

Para a realização do romance, imaginamos um grupo de escritores que se propõem a escrever um romance em série, e cada romancista da cadeia interpretará os capítulos anteriores para escrever o capítulo posterior. Tal capítulo será acrescentado pelo romancista seguinte e assim sucessivamente. Cada romancista deve escrever o capítulo de forma que seja criado da melhor maneira possível, assim, a complexidade inerente a essa tarefa representa a

³⁴¹ O romance em cadeia é uma metáfora que compara o texto literário ao direito. Assim, cada romancista recebe os capítulos anteriores para interpretar e, a partir daí, escrever seu próprio capítulo. Essa produção deve preservar a unidade e harmonia da obra como um todo, como se ela fosse elaborada por um único autor. É nesse sentido que o juiz é considerado autor do direito, mas também seu crítico: Os juízes, porém, são igualmente autores e críticos [...] introduzindo acréscimos na tradição que interpretam [...] Se for um bom crítico, seu modo de lidar com essas questões será complicado e multifacetado, pois o valor de um bom romance não pode ser apreendido a partir de uma única perspectiva. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 275-277.

complexidade de se decidir um caso difícil à luz do Direito como integridade. O romancista criará um único romance a partir do material que recebeu, do que ele próprio recebeu e acrescentou, bem como daquilo que os seus sucessores na trama serão capazes de acrescentar. Ele deve criar o melhor romance possível como se fosse obra de um só autor, mas que é produto de várias mãos.³⁴²

Em uma leitura superficial, poderíamos crer *a priori* que a construção dos capítulos deveria inevitavelmente manter a coerência, tudo com o intuito de manter a narrativa do romance em cadeia. Todavia, Dworkin salienta que os juízes não são meros autores, mas também críticos, podendo em determinados casos realizarem acréscimos na tradição que interpretam, por isso, podemos encontrar terreno fértil entre a Literatura e o Direito ao se criar o gênero literário do romance em cadeia. Em outras palavras, os juízes podem quebrar a coerência (o interrogatório iniciado com perguntas realizadas pelo juiz) dando preferência à integridade (o juiz complementando as perguntas no interrogatório penal).

Para Dworkin, o Direito como integridade pressupõe que o juiz consciente na sua função do dever de apreciar vários critérios, dentre eles as circunstâncias do caso concreto, aqui como uma aproximação à teoria da concretização da norma de Friedrich Müller, a moral política da comunidade e a opinião das instituições, que estão em coerência com o grupo social. Assim, o bom aplicador acrescenta valores da comunidade no direito que interpreta, ou seja, a “*adequação*” entre a norma e a moral política da comunidade é importante para preservar a própria segurança jurídica. Para Dworkin, há duas dimensões, da adequação e a dimensão do ajuste, ou a compatibilidade com o material que lhe foi entregue, ou seja, nessa tarefa, o intérprete deve alcançar as interpretações *a priori* aceitáveis para o caso concreto.³⁴³

A dimensão da adequação determina que não se pode adotar uma interpretação, ainda que, pela sua complexidade, com diferentes leituras de personagem, trama e objetivos que essa interpretação descreve, não significa

³⁴² DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 275-277.

³⁴³ Müller de maneira muito próxima a Dworkin, impõem sua teoria da concretização da norma sempre com à luz ao caso concreto. E também, não obstante, sua luta é impor a igualdade de todos no tocante à sua qualidade de seres humanos, à dignidade da pessoa humana, aos direitos fundamentais e às restantes garantias legalmente vigentes de proteção. MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?**: a questão fundamental da democracia. 3. ed. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 94-95.

que a interpretação deve-se ajustar a cada segmento do texto, não o desqualifica se algumas linhas ou tropos são acidentais, ou mesmo que alguns elementos da trama são erros, pois, para Dworkin a interpretação deve fluir ao longo de todo o texto e será mal sucedida se deixar sem explicações partes estruturantes do texto. Se o romancista não encontrar interpretação que não possua falhas ele não terá cumprido a sua tarefa. Nesse ínterim, considera-se a norma já posta como pressuposto de toda atividade judicial, porém, sempre em observância à justiça e equidade.

Tudo isso só será possível diante de uma visão principiológica do direito.³⁴⁴ Consideramos que o juiz do caso em análise fez uma interpretação integrativa, pois partiu do exposto no artigo 212 do CPP, com precisa observância do parágrafo primeiro, e dada sua incumbência de presidência do interrogatório, realizou tão somente as perguntas complementares, tomando as circunstâncias do caso hipotético, o juiz buscou a justiça e a equidade. Em outras palavras, ressignificou o alcance da lei sob o prisma do princípio constitucional da igualdade, evitando a maligna forma de interpretação *tudo ou*

³⁴⁴ Convém observar ainda outra obra literária importante que poderíamos utilizar não para realizarmos a equiparação com o modelo de juiz discricionário do positivismo-normativista pós-kelseniano, mas para demonstrarmos que por trás da regra do artigo 212 do CPP, está o princípio acusatório. Esta obra é as “Viagens de Gulliver”, que narra as várias viagens do Limuel Gulliver. Nelas, Gulliver encontra povos e mundos estranhos, que na realidade são metáforas para os vícios e o comportamento ridículo da humanidade. Gulliver faz quatro viagens e, a cada nova expedição, é iniciada uma nova aventura: o primeiro país “imaginário” a ser visitado é Lilliput, cujos habitantes medem menos de 15 cm. Gulliver, que era muito inteligente, começa a aprender a língua dos Liliputianos e aos poucos conquista a confiança dos habitantes. Em pouco tempo passa a ser amado por muitos e invejado por alguns como o Sr. Skyresk Bolgoham que tramava intrigas para afastá-lo do reino. Após vários pedidos o rei concede-lhe a liberdade, mediante algumas coisas que teria que cumprir. Autoriza-o a conhecer a metrópole desde que não pise nas pessoas e nem danifique as casas. “O homem montanha”, como era chamado, é ordenado pelo rei a lutar contra os Blefuscu, povo que discordava dos Liliputianos quanto a forma de quebrar o ovo: se pela ponta mais fina ou pela mais grossa. Gulliver vence a Batalha e recebe um título honorífico. Além disso, também fica amigo do rei de Blefuscu. Novamente seus serviços são solicitados. Desta vez ele é chamado para apagar um incêndio nos aposentos da imperatriz. Gulliver apaga o fogo com jatos de sua urina, procedimento ilegal naquele país. O rei de Lilliput é pressionado a matá-lo aos poucos de fome. Avisado por um amigo importante da corte, Gulliver foge para Blefuscu e lá é ajudado a retomar para Inglaterra. Por disso tudo, mostramos que a importância fundamental principiológica que encontramos em Dworkin, exatamente aquilo que Kelsen e Hart não conseguiram responder. SWIFT, Jonatham. **Viagens de Gulliver**. Tradução de Cruz Teixeira. Fonte Digital. Clássicos Jackson, 1950. v. 31. Nesse caso a regra era clara, aquele que urinasse na cidade seria expulso. Todavia Gulliver havia com sua urina livrado a imperatriz do incêndio, demonstrando claramente a necessidade de uma visão principiológica do julgador, aqui com o simples Princípio da Razoabilidade poderíamos resolver o caso. O caso emblemático do artigo 212 do CPP, além de trazer consigo o Princípio Acusatório, é taxativo na ordem de inquirição no interrogatório descrita no texto normativo.

nada (*all-or-nothing-fashion*), que engessa a aplicação jurídica em uma sociedade dinâmica,³⁴⁵ expressão esta não usual nos últimos escritos de Dworkin, mas que aqui no caso em tela se faz uso uma vez que o intérprete assim se comporta diante do artigo 212 do CPP.

5.3 O Modelo de Juiz Imaginário Hércules: o Esperado Comportamento do Magistrado no Interrogatório Penal

Nas palavras de Dworkin, Hércules é um *participante* da comunidade cuja moralidade lhe cabe interpretar, tenderá “a valorizar a maioria dos conceitos que figuram na justificação das instituições de sua comunidade”, razão pela qual as suas convicções pessoais são a sua “mais favorável via de acesso à moralidade institucional”.³⁴⁶ Nota-se aqui uma grande aproximação à Gadamer, pois essas convicções pessoais descritas por Dworkin se assemelham à pré-compreensão gadameriana, que procede ao nosso mundo de experiência da compreensão, assim como pode-se também destacar a aproximação de Müller à Gadamer e Dworkin, que utiliza a espiral de pré-compreensão para assegurar uma direção para a concretização da norma jurídica.

Essa interação no Direito entre a adequação e justificação afigura-se complexa e, a exemplo do que ocorre em um romance em cadeia, a interpretação irá representar para cada intérprete um equilíbrio frágil entre as diferentes convicções políticas. Nas palavras de Dworkin, “[...] tanto no direito quanto na literatura, estas devem ser suficientemente afins, ainda que distintas, para permitirem um juízo geral que troque o sucesso de uma interpretação sobre um tipo de critério por seu fracasso sobre outro”.³⁴⁷ Para esta difícil tarefa de interpretação jurídica, é que Dworkin criou a figura do juiz metafórico Hércules³⁴⁸, dotado de capacidades que vê e aceita o Direito com integridade.³⁴⁹

³⁴⁵ “A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39.

³⁴⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 200.

³⁴⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 287.

³⁴⁸ Para realizar tal façanha Ronald Dworkin criará um jurista imaginário: “No direito, porém, a exemplo do que ocorre na literatura, a interação entre adequação e justificação é complexa.

O juiz Hércules, portanto, aceita as principais regras incontroversas que fundamentam e regem o Direito em sua jurisdição. Porém, ao analisar os casos concretos – particularmente os *hard cases*³⁵⁰ – Hércules irá formular teorias de forma a justificar as decisões anteriores proferidas no seu tribunal ou nos tribunais superiores.³⁵¹ Todavia, ainda que Dworkin faça a indevida distinção, assim como faz Habermas e Günther, Dworkin não o faz distinguindo os discursos de fundamentação de discursos de aplicação, ele faz a distinção, e não cisão, com intuito primeiro de realizar a crítica ao positivismo de Hart (a teoria mais sofisticada do Direito à época segundo o próprio Dworkin), pois distinguir casos simples de casos difíceis não é a mesma coisa que cindir casos simples de casos difíceis, cindir *hard cases* e *easy cases* é cindir o que não pode ser cindido.³⁵²

Assim como, num romance em cadeia, a interpretação representa para cada intérprete um delicado equilíbrio entre diferentes tipos de atitudes literárias e artísticas, em direito é um delicado equilíbrio entre convicções políticas de diversos tipos; tanto no direito quanto na literatura, estas devem ser suficientemente afins, ainda que distintas, para permitirem um juízo geral que troque o sucesso de uma interpretação sobre um tipo de critério por seu fracasso sobre outro. Devo tentar expor essa complexa estrutura da interpretação jurídica, e para tanto utilizarei um juiz imaginário, de capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita o direito como integridade”. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 277;287.

³⁴⁹ Conforme entendimento de Dworkin, “o veredicto do juiz – suas conclusões pós-interpretativas – deve ser extraído de uma interpretação que ao mesmo tempo se adapte aos fatos anteriores e os justifique”. *Ibid.*, p. 286. Para tanto, Dworkin constrói o juiz Hércules, sua função é criar um esquema de princípios abstratos e concretos que possam fornecer uma justificação coerente para todos os precedentes do Common Law. Hércules, diante de casos difíceis elabora algumas teorias políticas que poderiam servir como justificações do conjunto de regras constitucionais que são relevantes para o problema. Havendo a constatação de que duas ou mais teorias parecem adequar-se ao caso, Hércules deverá voltar-se para o conjunto remanescente de regras, práticas e princípios constitucionais a fim de criar uma teoria política da Constituição como um todo. MORRISSON, Wayne. Ronald Dworkin e a luta contra o desencanto: ou o direito na ética interpretativa da filosofia do direito liberal. In: **Filosofia do direito: dos Gregos ao Pós-modernismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 508.

³⁵⁰ Laurence Tribe e Michael Dorf em “On Reading the Constitution” também criticam a distinção dos casos jurídicos entre fáceis e difíceis: “É um erro supor que os grandes problemas de interpretação só aparecem nos casos difíceis – apenas quando o objeto tratado se refere a aspectos para os quais o texto é vago ou ambíguo. Esta é a armadilha favorita de determinados críticos da Supreme Court, que apontam as discórdias entre os juizes como se quisessem dizer: vejam como eles discordam, cinco a quatro. Deve ser porque na realidade não estão lendo a Constituição, mas procurando um espelho no qual eles querem acreditar”. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 306-309.

³⁵¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 168.

³⁵² Conforme destaca Stein, é preciso ter presente que em todo o processo compreensivo o desafio é levar os fenômenos à representação ou à sua expressão da linguagem, chegando, assim, ao que o ilustre filósofo denomina de objetivação, e isso tem um caráter ôntico, uma vez que é a diversidade dos fenômenos e dos entes que procuramos expressar referindo-nos a esse ou àquele fenômeno ou ente. Ao final desse processo de objetivação, está aquilo que Stein descreve como “o modo máximo de agir do ser humano”, que não resulta

Portanto, a cisão entre *hard cases* e *easy cases* é meramente uma equivocada interpretação metafísica que atende a uma exigência do esquema *sujeito-objeto*, conforme salienta Streck, primeiramente antes da distinção, há um caráter causal-explicativo, que pressupõe um compreender antecipador, isto é, a pré-compreensão vista aqui em Gadamer, esta de caráter existencial. O juiz não deve escolher o que é um caso fácil e um caso difícil, se assim fosse, a literalidade do artigo 212 do CPP, de antemão, bastaria para declará-lo um *easy case*, mas como se pode notar, pelas dificuldades de interpretações ao seu redor, controvérsia esta estabelecida desde 2008, não o faz um caso fácil.

De fato, o resultado da interpretação não deriva de escolhas majoritárias, assim como não se trata de verdades ontológicas no sentido clássico, uma vez que os sentidos não estão “nas coisas”, tampouco na “consciência de si do pensamento pensante”, mas sim estão na intersubjetividade que ocorre através da linguagem.³⁵³

Realizada a devida observação, seguimos no caminho de apresentação do modelo metafórico do juiz Hércules. Ele seria o melhor intérprete da moralidade comunitária, da moralidade política que as leis e as instituições da comunidade pressupõem. Para isso, deveria desenvolver uma teoria política completa, que justificasse os princípios estabelecidos pela Constituição à qual está submetido e abrangesse uma teoria adequada da legislação e da responsabilidade política dos legisladores e juízes.³⁵⁴ Hércules deveria construir um esquema de princípios que fornecesse uma justificação coerente também aos precedentes, os quais, saliente-se, não poderiam deixar de ser justificados por princípios. Após o desenvolvimento dessa teoria absolutamente coerente, Hércules deveria colocá-la à prática, esforçando-se ao máximo para obter êxito na busca da única resposta correta para o caso decidendo, para o que lançaria mão, inclusive, de seus próprios juízos sobre os direitos institucionais.³⁵⁵

diretamente no modo de compreender a si mesmo e seu ser-no-mundo, mas podemos descrever como uma experiência fundamental no nível da existência, na qual sustenta a compreensão como um todo. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 309.

³⁵³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 310-312.

³⁵⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 168.

³⁵⁵ Nessa totalidade, diga-se de passagem, deveria ser incluída uma adequada teoria dos precedentes judiciais, cuja força gravitacional poderia ser explicada por um apelo “não à

Nesse mesmo sentido, Dworkin alerta que se o juiz Hércules, ao escrever os capítulos do romance em cadeia, for um bom crítico, seu modo de lidar com essas questões será complicado e multifacetado, pois o valor de um bom romance não pode ser apreendido a partir de uma *única perspectiva*. Vai tentar encontrar níveis e correntes de sentido, em vez de um único e exaustivo tema.³⁵⁶

Dito isso, o juiz Hércules deverá não só desenvolver as possíveis teorias capazes de justificar os diferentes aspectos do sistema, mas também testá-las, contrastando-as com a estrutura institucional mais ampla, sendo que, “quando o poder de discriminação desse teste estiver exaurido, ele deverá elaborar os conceitos contestados que a teoria exitosa utiliza”.³⁵⁷

Em outras palavras, a decisão do juiz deverá ser extraída da interpretação que ao mesmo tempo se adapte aos fatos anteriores e os justifique, emitindo juízos e lidando com tensões ao decidir um grande número de casos. O juiz Hércules deverá formar o romance em cadeia com integridade, pressupondo mais questionamento do que próprias soluções derivadas de outros intérpretes que possivelmente, no mesmo caso, dariam respostas diferentes.³⁵⁸ O dever do juiz dworkiniano é aproximar ao máximo a resposta que aproxime a

sabedoria da implementação das leis promulgadas, mas à equidade que está em tratar os casos semelhantes do mesmo modo”. DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 176.

³⁵⁶ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 277.

³⁵⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 167-168.

³⁵⁸ Conforme Streck, as metáforas são criadas porque se acredita que um determinado fenômeno poderá ser melhor explicado a partir da explicação já consolidada de um outro fenômeno, ou seja, a “operação com que transferimos significados não-sensíveis para imagens ou remetemos elementos sensíveis a esferas não-sensíveis”. Portanto, se considerarmos que essa distinção fundamental entre sensível e não-sensível não existe, a colocação da metáfora representa uma atitude tipicamente metafísica, induzindo o agente a compreendê-la como um ponto de partida universal. Contudo – e essa advertência reveste-se de fundamental relevância, para não gerar mal-entendidos –, se a metáfora for pensada dentro das limitações de uma linguagem apofântica, que terá sempre como pressuposto a dimensão hermenêutica da linguagem, ela permitirá, a exemplo do neologismo, uma aproximação entre o dito e o fenômeno já compreendido, uma vez que nela encerra, como já foi visto, um grau de objetivação minimamente necessário. A metáfora é entendida, assim, como a possibilidade, a partir da diferença ontológica, de “ligar” significantes e significados. A metáfora significa a impossibilidade de sinonímias “perfeitas”. A construção da metáfora da resposta correta deita raízes em outra metáfora. Com efeito, Hobbes criou a metáfora do contrato social para explicar a necessidade de superar a barbárie representada pela fragmentação do medievo. Mas, mais do que isso, fê-lo para demonstrar que o Estado é produto da razão humana. Para tanto, contrapôs a soberania “do um” para superar a soberania fragmentada/dilacerada “de todos”, isto é, contra a barbárie representada pelo Estado de Natureza, contrapôs a civilização. E isso somente seria possível através de um contrato. Não um contrato stricto sensu, mas um “contrato metafórico”. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 396-397.

intenção legislativa e os princípios jurídicos, examinando não apenas a questão como um problema de ajustamento entre uma teoria e as regras da instituição, mas também como uma questão de filosofia política.³⁵⁹

Desse modo, entendemos que o juiz Hércules deve possuir essa visão principiológica do Direito, conduzindo o caso em análise, sempre, observada a interpretação integrativa do Direito, observando o parágrafo primeiro do artigo 212 do CPP, com um comportamento de comprometimento com a observância do conteúdo programático do texto normativo, desse modo assegurando os direitos fundamentais ao acusado no interrogatório. E, repisa-se aqui, o juiz não está obstado de realizar perguntas ao acusado, mas estas estão autorizadas para serem proferidas de maneira complementar.³⁶⁰

5.4 A Réplica Necessária do Juiz Hércules: a Equivocada Recepção Metáforica da Função do Juiz Dworkiniano

Convém observar que, diante da construção do juiz Hércules, derivam algumas críticas, iniciando por Casalmiglia que destaca o tempo ilimitado, a inteligência avantajada e as informações completas que Hércules possui, possibilitam sempre uma excelente teoria para resolver os seus casos. Mas, diverge ressaltando que o ideal regulatório que preside a real atividade judicial não pode ser entendido de forma literal, pois é totalmente diferente do mundo de Hércules, entendendo que “as teses de Hércules somente seriam corretas se no

³⁵⁹ Para esse fim, eu inventei um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, a quem chamarei de Hércules. Eu suponho que Hércules seja juiz de alguma jurisdição norte-americana representativa. Considero que ele aceita as principais regras não controversas que constituem e regem o direito em sua jurisdição. Em outras palavras, ele aceita que as leis têm o poder geral de criar e extinguir direitos jurídicos, e que os juízes têm o dever geral de seguir as decisões anteriores de seu tribunal ou dos tribunais superiores cujo fundamento racional (*rationale*), como dizem os juristas, aplica-se ao caso em juízo. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 165.

³⁶⁰ Importante é a manifestação aqui referida, nas palavras de Streck: “Por tudo isso, “cumprir a letra da lei” significa sim, nos marcos de um regime democrático como o nosso, um avanço considerável. A isso, deve-se agregar a seguinte consequência: tanto aquele que diz que texto e norma (ou vigência e validade) são a mesma coisa como aquele que diz que estão “descolados” (no caso, as posturas axiologistas, realistas, etc.), são positivistas. Para ser mais simples: Kelsen, Hart e Ross foram todos positivistas. Como positivistas são hoje os juristas que apostam na discricionariedade judicial...! Ou em ativismos judiciais irresponsáveis (o que dá no mesmo). Seja isso para o bem ou para o mal. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 395-402.

mundo real se cumprissem estas condições”.³⁶¹ Realizando uma crítica ao juiz metafórico, mas no sentido que o Juiz Hércules estaria contaminado pelo solipsismo,³⁶² Habermas sugere que ao contrário da personalidade de um juiz que se distinga por capacidades sobre-humanas, seguindo Peter Häberle e, indiretamente, Popper, sustenta Habermas que devemos perseguir o ideal político de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição e, por conseguinte do direito.^{363_364}

No mesmo sentido de crítica ao modelo de juiz Hércules, François Ost apresenta dois modelos de juízes que simbolizariam dois modelos de Direito distintos, Júpiter e Hércules, o primeiro seria o piramidal-dedutivo, isto é, que adota a forma de lei e se expressa em forma de imperativo (positivista

³⁶¹ CASALMIGLIA, Albert. El concepto de integridad em Dworkin. **Doxa Cuadernos de Filosofía Del Derecho**, Alicante, n. 12, 1992. p. 173.

³⁶² Em oposição, há muitas críticas de Streck são dirigidas primordialmente ao positivismo normativista pós-kelseniano, isto é, ao positivismo que admite discricionariedades (ou decisionismos e protagonismos judiciais). Considero superado o velho positivismo exegético. Ou seja, não é (mais) necessário dizer que o “juiz não é a boca da lei”, etc., enfim, podemos ser poupados, nesta quadra da história, dessas “descobertas da pólvora”. E isso por uma razão muito simples: essa “descoberta” não pode implicar um império de decisões solipsistas, das quais são exemplos as posturas caudatárias da jurisprudência dos valores (que foi “importada” por setores do neoconstitucionalismo de forma equivocada da Alemanha), os diversos axiologismos, o realismo jurídico (que não passa de um “positivismo fático”), a ponderação de valores (pela qual, especialmente no Brasil, a partir de uma leitura superficial da obra de Alexy, o juiz literalmente escolhe um dos princípios que ele mesmo elege prima facie), etc. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 395-402.

³⁶³ HABERMAS, Jurgen. **Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho em términos de teoría del discurso**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2002. p. 294.

³⁶⁴ Em uma linha muito tênue encontramos Marcelo Neves que fornece uma crítica dura ao ideal regulativo de Dworkin, considerado por ele como solipsista, monológico e simplista: “Essas considerações levam-nos à relação dos princípios jurídicos com a moralidade política da respectiva comunidade ou, mais precisamente, à moralidade comunitária. É verdade que Dworkin, como já observei, reconhece que “a moralidade da comunidade é incoerente”, caracterizada por conflitos. Mas aí se trata de um conceito puramente fático da moralidade existente no meio da respectiva comunidade. Quando ele se refere, porém, à moralidade comunitária como a moralidade política pressuposta pelas leis e instituições da comunidade, ele afirma um conceito normativo, dependente do juiz Hércules. Este teria a capacidade de determinar quais os princípios de moralidade servem consistentemente de apoio às instituições e às leis, caracterizando-os como princípios jurídicos. Também a esse respeito, a questão decorre de um normativismo idealista, incompatível com a forma de reprodução de uma sociedade supercomplexa e uma esfera pública pluralista, marcada pelo dissenso. A própria noção de comunidade ou moralidade comunitária é problemática, pois o conceito de comunidade implica a partilha de valores ou representações morais comuns, sendo antes adequado às formações sociais pré-modernas. Na sociedade moderna, os pontos de observação se multiplicam cada vez mais, sendo inusitado que se possa falar de um ideal regulativo capaz de descortinar o consenso subjacente na moralidade comunitária”. NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 59-60.

exegético); já Hércules seria nas palavras de Ost, aquele da pirâmide invertida, sustentado na figura do juiz, a única fonte do Direito válido.³⁶⁵

Para confrontar todas as críticas, de modo à descartar as leituras superficiais da metáfora do juiz Hércules, realizando um decálogo hermenêutico,³⁶⁶ Streck não somente apresenta réplica às contestações acima

³⁶⁵ OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. **Doxa Cuadernos de Filosofía Del Derecho**, Alicante, n. 14, 1993. p. 170-194.

³⁶⁶ Em primeiro lugar, a objeção decorre do fato de haver um excessivo esforço em enquadrar o “modelo herculeano” no modelo de direito do Estado Social, colocando-o como uma antítese do juiz que caracterizaria o modelo de Estado Liberal (o modelo jupiteriano), como se o modelo do “juiz do estado Liberal” fosse o juiz do positivismo primitivo (fase exegética do positivismo) e o segundo fosse o do modelo que simplesmente supera esse modelo, ou seja, no primeiro o “juiz seria a boca da lei” e seu superador seria o “juiz que faz a lei”...! Como veremos, isso constitui um equívoco. A segunda objeção decorre do fato de Ost não levar em conta que o juiz Hércules é uma metáfora e que representa exatamente o contrário do que sua tese pretende denunciar, isto é, Hércules definitivamente não é a encarnação do “juiz/sujeito-solipsista”. Como terceira objeção, a tese peca também porque tudo aquilo que Ost aponta como missões do Hércules “assistencialista”, também pode ser feito sem que o juiz ou o tribunal pratique decisionismos ou arbitrariedades (ou assistencialismos), ou seja, Ost esquece que a coerência e a integridade – própria do modelo dworkiano – constituem-se em blindagem contra aquilo que Ost acredita ser característica do modelo herculeano. Em quarto lugar, Ost não comenta os efeitos colaterais e as consequências para o próprio constitucionalismo de um “não intervencionismo” do judiciário (ou justiça constitucional) para atender os pleitos sobre direitos fundamentais (e os exemplos tratam das mais variadas formas de violação de direitos). Em quinto lugar, ao dizer que, “na gestão do juiz Hércules”, a generalidade e a abstração da lei dão lugar à singularidade e à concretude do juízo, o professor belga passa a impressão de que, mesmo nesta quadra do tempo, ainda vivemos sob a égide do velho modelo de regras, como se não tivesse ocorrido a revolução copernicana do neoconstitucionalismo (ou, se houve alguma ruptura, essa fica, na opinião de Ost, reduzida ao modelo de direito do estado Social). Isso leva à sexta objeção, representada pelo reducionismo que o autor pretende fazer dos modelos de direito e de juiz. Com efeito, o que fazer com o juiz “ponderador” de Alexy, que, nos “casos difíceis” - não solucionáveis por subsunção - apela para um sopesamento (sic) entre os princípios que estão em colisão? O sétimo ponto de discórdia diz com o fato de que a tese de Ost ignora (passa ao largo) (d)o paradigma do Estado Democrático de Direito, entendido como um plus normativo e qualitativo superador dos modelos de direito liberal e social, circunstância que faz com que não leve em conta o papel do constitucionalismo enquanto rompimento com o positivismo e o modelo de regras; o próprio Ost diz que “ao monismo haveria-se de opor, não a dispersão, mas sim, o pluralismo, o absolutismo binário permissão-proibição, válido-não válido, haveria que substituir pelo relativismo e o gradualismo, que não se transforma, por isso, em ceticismo”. A oitava divergência se instaura porque a tese de Ost passa ao largo do enfrentamento entre positivismo e constitucionalismo e, conseqüentemente, da superação do modelo subsuntivo e da distinção (não lógico-estrutural, é claro) entre regra e princípio. A nona, porque, ao propor o modelo de Hermes como um avanço em relação ao convencionalismo de Júpiter e ao “invencionismo” de Hércules, isto é, ao afirmar que o seu juiz Hermes respeita o caráter hermenêutico ou reflexivo do raciocínio jurídico, que, portanto, não se reduz nem à imposição e nem à simples determinação anterior, o Hermes de Ost acaba sendo, paradoxalmente, o Hércules de Dworkin (obviamente na leitura que Ost faz do Hércules dworkiniano). Por fim, em décimo lugar, em relação à crítica de Ost de que, afora o fato de que tanto o modelo jupiteriano como o modelo herculeano estão em crise, “eles apenas oferecem representações empobrecidas da situação que pretendiam descrever em sua época”, lembro que não se pode cair em idealizações ou idealismos, como se fosse possível ignorar que o paradigma do Estado Democrático de Direito e o tipo de constitucionalismo instituído em grande parte dos países após o segundo pós-guerra aumentou sobremodo a demanda pela intervenção do poder judiciário (ou da justiça

referenciadas, comportamento próprio do confronto do contraditório de toda teoria considerada importante do Direito, mas também oferece condições de possibilidades para que o intérprete não desista da utilização da metáfora Hércules em seus casos práticos, como aqui está sendo realizado.

Resulta afirmar que, embora Ost não pretenda comparar a tese de Dworkin aos realistas ou pragmatistas, o autor termina por colocar em Hércules os “defeitos” que caracterizariam uma espécie de juiz “monopolizador da jurisdição” no modelo de Direito do Estado Social, ou nas palavras de Habermas um juiz solipsista, em que o Direito “se reduz ao fato”, enfim, à indiscutível materialidade da decisão. Esse juiz propiciaria um decisionismo, a partir da proliferação de decisões particulares. Mas de fato, Streck, além de apresentar dez objeções à Ost, destaca que tudo isso apenas comprova o grande dilema que atravessa a metodologia contemporânea: como se interpreta e como se aplica, isto é, quais as condições que tem o juiz ou tribunal para proferir as respostas aos casos em julgamento, já que alguém tem que estipular por último o sentido da Constituição.

Assim como já destacado, repisa-se que a figura do juiz Hércules criada por Dworkin é uma metáfora, assim como é a sua *única resposta correta*, na verdade o que Dworkin pretendeu destacar é que o juiz verdadeiro só irá imitar Hércules até certo ponto, a permitir que o alcance de suas interpretações se estenda, desde os casos imediatamente relevantes, até outros casos gerais do Direito. E, nesse sentido, importa salientar que a força do precedente por ele referido somente influirá na decisão quando for baseada em argumentos de princípios que lhes ofereçam sustentação, uma vez que Hércules deve mostrar que a interpretação visa lançar a melhor luz diante do que lhe é trazido. É preciso levar em consideração não só as decisões tomadas anteriormente, mas a forma com que elas foram tomadas, por quais autoridades e em quais circunstâncias.³⁶⁷

constitucional, na forma de Tribunais Constitucionais). Ora, isso apenas implica reconhecer que é inexorável que “alguém decida”, até para não transformar a Constituição em uma “mera folha de papel”. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 389-394.

³⁶⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 176-178.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na ideia de um fio condutor que iniciou na história dos sistemas penais, descrevemos e esclarecemos as divergências históricas dos sistemas penais processuais (inquisitório e o acusatório), apresentamos a tendência do direito estrangeiro pela adoção do sistema processual acusatório como regra, com autorização limitada, complementar e fundamentada para a produção de provas *ex officio judicis*, demonstramos que a passagem do positivismo-exegético para o positivismo-normativismo pós-kelseniano gerou o fenômeno da discricionariedade dos juristas baseado na cisão do modo de interpretação, e, além disso, consolidou o modo anacrônico de primeiro realizar a interpretação, para somente depois compreender.

Nesse caminho, ainda aproximamos o direito da literatura, de modo a demonstrar o comportamento do juiz discricionário oriundo do positivismo-normativista pós-kelseniano, presente tanto na obra de Shakespeare “Medida por Medida”, quanto na obra de Ernst Kantorowicz “Os dois corpos do Rei”. Com base na fenomenologia hermenêutica, concebida tanto pela filosofia hermenêutica de Heidegger e na hermenêutica filosófica de Gadamer, seguida até os dias de hoje por Friedrich Müller, identificamos que não há método de interpretação geral válido, mais sim, um modo unitário que origina a compreensão, e assim, a norma de decisão exsurge como produto do texto normativo, compreendida e aplicado a aquele caso concreto. Chegamos ao encerramento deste trabalho, adotando a teoria dworkiniana do romance em cadeia de modo a sugerir uma compreensão sem método, ou melhor, uma interpretação no nível da aplicação, para garantir a concretização da norma contida no texto normativo do artigo 212 do CPP.

Nesse íterim, diante da busca incansável da perfectibilização da compreensão final própria da decisão judicial conclusiva, usamos a hermenêutica filosófica, esta que exerce papel fundamental de restringir a atribuição de sentidos que mais interessam aos intérpretes, isto é, fornece as condições de possibilidades necessárias para suspender essas atribuições livres de sentidos que rodam o imaginário dos juristas, e assim, nos possibilitou mergulharmos no universo da compreensão, de modo a alcançarmos as respostas adequadas e desejadas, ou verdades hermenêuticas. Ainda, convém

observar que, diante dessa reviravolta histórica, enfrentamos grandes desafios de compreensão das teorias aqui adotadas de conteúdo denso e de tamanha complexidade, mas ao mesmo tempo satisfatórios para a construção dos seguintes resultados:

- a) No primeiro capítulo, vimos que a gestão da prova exclusivamente nas mãos das partes deriva do fato histórico que o julgador romano não produzia provas no sistema acusatório efetivamente, porém, por pura conveniência, em que reside uma das (des)leituras históricas dos sistemas. Inclusive, identificamos que este mesmo julgador tinha liberdade para determinar a produção de provas caso fosse necessário ou conveniente para o processo, e não por vinculação à deficiência das provas apresentadas pelas partes de maneira exclusiva. Desse modo, se o modelo de julgador popular inglês inerte fundamenta-se no modelo de juiz romano representativo-inerte, o que de fato a história não o definiu como tal, mas como um juiz com autonomia para produzir provas necessárias ao processo, logo, temos uma inversão de valores, firmando o sistema acusatório formado pelo princípio dispositivo erroneamente, ao invés de basear-se no princípio acusatório real, aquele de raízes históricas aqui referidas, já que não se encontra qualquer respaldo de modo a afirmar que o julgador acusatório não pudesse ordenar a produção de provas. Com isso, esta correção prévia se faz necessária, primeiro para corrigir o erro histórico quando nos referimos às distinções dos sistemas inquisitivos e acusatórios pelo simples fato do lugar da gestão da prova, ou nas mãos exclusivamente do julgador ou das partes; e segundo, para quando nos referirmos aos referidos sistemas no momento de análise do modo de interpretação dos julgadores brasileiros, usarmos as expressões adequadas historicamente, sem permanecermos na linha de erro.
- b) Convém observar, ainda se quiséssemos persistir com o erro histórico, ou seja, aceitar que o sistema inquisitório tenha surgido na Inquisição Católica, e sendo a única premissa o fato de o juiz se voltar exclusivamente contra o acusado, esta hipótese cairia por terra,

pois os regulamentos ou instruções da Inquisição Espanhola simplesmente não admitiam que o juiz produzisse prova contra o réu. Ainda, conforme Tomás de Torquemada, um símbolo da inquisição, a atividade probatória judicial só poderia ser a favor do réu, e jamais em desfavor do acusado, o que contraria sobremaneira os manuais que caracterizam o sistema inquisitivo contemporaneamente. Para corroborar, nas instruções de Fernando de Valdés, de 1561, evidenciamos que a produção de provas *ex officio judicis* somente era autorizada na fase probatória a favor do réu com objetivo de inocentá-lo. Além disso, Carpsódio definiu o perfil psicológico do juiz do sistema inquisitivo, com o seguinte brocardo: *Iudex supplere debet defensionis rei ex officio*, ou seja, que o julgador deveria suprir *ex officio* a deficiência de provas em favor do acusado. Assim, chegamos à conclusão que, conforme demonstram as instruções de Torquemada e Valdés, na Inquisição Espanhola a lógica se inverte, pois se o juiz do sistema inquisitivo é paranoico, e o juiz-defensor só existe no sistema inquisitivo, então o juiz-defensor é paranoico, mas contra o acusador, por ser entendido como um assistente do acusado. Nesse sentido, após a jornada histórica aqui apresentada dos sistemas processuais penais, constatamos que no sistema acusatório originado no Direito ateniense o julgador não seria aquele absolutamente inerte, e do ponto de vista do sistema inquisitório, aquele mais desprezado pela doutrina majoritária, o juiz desempenhava a atividade probatória permitida *ex officio judicis* em favor do réu, restando assim, claro e evidente, que a tão comentada inércia judicial probatória não guarda nenhuma relação como o brocardo *ne procedat iudex ex officio*.

- c) Demonstramos a equivocada leitura histórica dos sistemas processuais penais conduzidas pela doutrina majoritária brasileira, assentada na expressão de Franco Cordero “*quadri mentali paranoide*”, a qual o jurista italiano utilizava exclusivamente para se dirigir ao modelo de juiz-instrutor italiano de 1986, expressão esta que a doutrina defensora da gestão da prova unicamente nas mãos das partes trata de proferi-la até os dias de hoje, sem a reparação

histórica necessária, distorcendo, veementemente, aquilo que o autor italiano passou a defender após 1988, momento em que o código de processo penal italiano sofreu sua alteração para o sistema processual penal acusatório.

- d) Depreende-se disso que, em conformidade com a história dos sistemas processuais, não quer dizer que um juiz que produza provas de ofício na fase probatória possa vir a definir um sistema processual. Além disso, Cordero afirma que o próprio sistema processual italiano é acusatório, e autoriza o juiz responsável pelo processo a produzir provas *ex officio judicis*, com fundamentação plena, consoante requisitos estabelecidos para o bom julgamento, nos termos do artigo 507 do CPP italiano.
- e) Constatamos que os estados latino-americanos (Chile, Colômbia, Bolívia, Nicarágua, Peru, Equador e Venezuela) demonstram um comportamento muito semelhante aos estados europeus (Alemanha, Itália, Portugal, Holanda e parcialmente a Espanha) quanto à opção do sistema processual penal, pois são países que possuem o elemento principiológico ligado ao princípio reitor acusatório inserido visivelmente em seus sistemas processuais penais vigentes. Com exceção da Bolívia onde é inadmissível a iniciativa probatória *ex officio judicis* expressamente, podendo ser caracterizada como um sistema acusatório puro.
- f) Com relação ao Brasil, concluímos que nossa Constituição Federal há uma previsão legal do princípio acusatório, e que o Direito processual infraconstitucional não o reconhece como sistema, pois a expectativa do ideal de vida boa se deu a partir da Constituição Federal de 1988, o que era impossível se esperar de um Código de Processo Penal inaugurado em 1940, editado no Estado Novo com pecados do Código Rocco, editado sob a chancela do fascismo. Assim, temos que embora a Constituição Federal tenha adotado o sistema acusatório, dado o caráter de baixa constitucionalidade, este sistema não é reconhecido em sua plenitude, seja pelos tribunais, doutrinadores e Ministério Público. Embora tenhamos constatado nessa pesquisa que o movimento global dos países europeus e

latino-americanos é pela adoção do sistema acusatório, com autorização para produção de provas *ex officio judicis*, desde que necessárias e fundamentadas, no Brasil constatamos dois problemas que impedem a caracterização do nosso sistema processual penal como acusatório contemporâneo. O primeiro radica nas disposições processuais infraconstitucionais que permitem o juiz a agir de ofício em vários artigos taxativamente, sem limites explícitos. O segundo assenta no problema da discricionariedade que exaustivamente tratamos nesta pesquisa.

- g) Diante de todo esse cenário, vimos que surgiram inúmeras conceituações para os sistemas processuais penais que foram uma a uma fulminadas pelo próprio arcabouço histórico desconsiderado por essa doutrina. Mas vimos que esse fenômeno gerou resultados no interior da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que nesse impulso acabou por definir o sistema processual penal brasileiro como “acusatório”, frente a uma omissão taxativa nos textos constitucionais e infraconstitucionais sobre qual seria até então o sistema brasileiro. Constatamos que muito embora o STF tenha definido nosso sistema penal processual como acusatório, o mesmo tribunal passou a proferir inúmeras interpretações com relação ao artigo 212 do CPP, completamente no viés do próprio sistema por ele definido, sem qualquer constrangimento epistemológico entre a definição do sistema acusatório na ADI 1.570-2 e o conteúdo programático no interior do artigo 212 do CPP, decisões que sequer respeitam os limites semânticos do próprio texto normativo, resultando num cenário de instabilidade jurídica.
- h) No segundo capítulo identificamos que a passagem do positivismo-exegético para o positivismo-normativista fez nascer o comportamento discricionário que se estende ainda hoje no imaginário dos juristas, especialmente quando nos dirigimos à interpretação do artigo 212 do CPP, um artigo recepcionado equivocadamente por parte significativa da corrente doutrinária, assim com pela jurisprudência majoritária que se formou com relação ao referido artigo, precipuamente no STJ e STF.

- i) Observamos que essa discricionariedade, na visão de Warat, surgiu na tentativa de Kelsen de expurgar do saber jurídico qualquer forma de manifestação da política, ficando reduzida a uma questão simples para Kelsen: a de não confundir os atos de produção normativa e seus efeitos (as normas jurídicas) com os enunciados que as descrevem. Assim, desordenadamente, a linguagem da Ciência seria uma legislação, isto é, mais do que o Direito deveria ser, fazendo que os enunciados da Ciência Jurídica perdessem sua objetividade e sua neutralidade e o cientista, indiretamente, estaria produzindo normas de justiça. Desse modo, Kelsen excluiu a análise dos enunciados chamados pragmáticos, e assim como Carnap, fica somente com dois níveis que constituem as partes da semiótica, ou seja, a sintaxe e a semântica. Com esse papel secundário do nível da pragmática, segundo alerta Streck, é onde reside a grande problemática da *discricionariedade*, e assegura que esse é ponto fundamental para compreender o positivismo que se desenvolveu no século XX, o principal problema do Direito: a interpretação concreta, no nível da *aplicação*.
- j) Constatamos que o “senso comum teórico dos juristas” exsurge exatamente da abordagem semiológica que Luis Alberto Warat realiza a partir da significação unívoca dos diversos textos kelsenianos. Warat, já naquela época, descrevia que precisávamos admitir a existência de um princípio de intertextualidade através do qual aprendemos que o sentido de um texto dependesse de sua própria história. Constatamos que o caso específico do (SCT) em relação ao artigo 212 do CPP é emblemático, pois essa desobservância na recepção do referido artigo mostra exatamente aquilo que Warat descreveu como uma espécie de racionalismo jurídico, como magna de conceitos e redes de sentidos que expandem uma força ideológica altamente eficaz.
- k) Demonstrada a origem comportamental dos juristas diante da leitura equivocada do artigo 212 do CPP, do mesmo modo, caracterizado o modo de perpetuação desse pensamento liberal com base na leitura de Warat, aproximou o Direito da Literatura de maneira a demonstrar

que tal comportamento dos intérpretes já se assemelhava a uma espécie de Ângelo II shakespeariano, e sem a devida separação dos dois corpos do Rei de Kantorowicz, ou seja, a referida imbricação serviu para demonstrar a passagem do positivismo-exegético, em que havia a proibição de se interpretar, para o positivismo-normativista pós-kelseniano, que autorizado pela moldura da norma, passou a ser o juiz dono da lei eivado de espaços para discricionariedades.

- l) Esse fenômeno da interpretação *in malam partem* ainda sofre a interferência da falácia da verdade real que também tem guarida no imaginário do intérprete. Constatamos isso tudo nas seguintes manifestações doutrinárias: para Luigi Ferrajoli a verdade certa, objetiva ou absoluta representa sempre a expressão de um ideal inalcançável; conforme Silva-Sánchez, a ocorrência dessa ingenuidade epistemológica corrobora para a expansão do sistema do Direito Penal, pois se tem uma maior identificação da maioria com a vítima do delito; segundo Muñoz Conde, o Direito Penal deve servir de instrumento de mudança e progresso para uma sociedade mais justa e “igualitária”; já para Díez Ripollés, cada vez mais a experiência do povo e sua percepção direta da realidade e dos conflitos sociais passam a ser considerados fatores de primeira importância na hora de configurar e aplicar as leis penais; e por fim, na linha da Teoria do Direito Penal do Inimigo, de Günter Jakobs, parece que as perguntas realizadas primeiro pelo juiz dão a impressão de divisão entre inimigos e os cidadãos, corroborado pelas palavras de Gracia Martín, como um sinal característico da influência do Direito Penal do Inimigo.
- m) No terceiro capítulo, através da hermenêutica-filosófica, conseguimos captar as estruturas da compreensão. E, com aportes da teoria *gadameriana*, vimos que estamos sempre inseridos num universo que é histórico, dado a partir de uma tradição em que não há grau zero de sentido, quando chegamos para compreender o caso concreto já estamos atrasados. Mas, apesar de chegarmos sempre atrasados, carregamos a nossa pré-compreensão, que é parte integrante da compreensão. Vimos a importância de se atingir o horizonte para uma

visão superior e mais ampla que deve ter aquele que compreende, vendo além do próximo, não de modo a abstrair dele, mas especialmente para vê-lo melhor, para compreender com critérios mais justos, em que vimos que a tarefa mais árdua é impedir uma assimilação precipitada do passado com as próprias expectativas de sentido, pois somente abstraindo tudo que está próximo de nós, transportando-nos até a outra situação, é que poderemos ouvir a voz da tradição tal como ela pode se fazer ouvir em seu sentido próprio e diverso.

- n) Verificamos que estas estruturas da compreensão são construídas a partir da História, e com a teoria *gadameriana* concluímos que isso não ocorre através do método, pois como elemento interpretativo, identificamos que o método sempre chega tarde/atrasado. Concluímos, sempre com o auxílio da hermenêutica-filosófica, que a compreensão está ligada à historicidade do universo, da cultura e do mundo vivido, e através do círculo-hermenêutico que não é de natureza formal, não é objetivo e nem subjetivo, conseguimos atingir a compreensão plena, como o jogo no qual se dá o intercâmbio entre o movimento da tradição e o movimento do intérprete. E desse modo, a decisão não deriva da aplicação de um método de compreensão por etapas (3 *subtilitas*), mas, fundamentalmente, da realização do ato unitário de *compreensão-interpretação-aplicação* de maneira simultânea, perfazendo assim, conforme assegura Gadamer, a realização da compreensão que enseja a decisão judicial.
- o) Nesse caminho, com Friedrich Müller foi consubstanciada a aplicação *gadameriana*, ou seja, uma crítica aos métodos ligados às formas de interpretação, oposições também direcionadas às regras tradicionais que levaram Kelsen a construir um método de validade da norma fundamental, uma espécie de método isolado em si mesmo. Com Müller, concluímos que cada caso concreto merece a sua norma de decisão, ou em outras palavras, que é impossível conceber que um texto normativo represente a si mesmo, sem se relacionar com o todo.

- p) Demonstramos que a norma jurídica de Müller é construída tão somente no resultado da atividade prática do caso concreto, em que os elementos linguísticos do Direito, os textos de normas, adquirem sentido a partir de sua conjugação com os elementos de fato, por isso, Müller sempre se refere ao termo “*concretização*”, de modo a distanciar-se do termo “*interpretação*”, tão fulgurizado pelos intérpretes contemporâneos. Identificamos que a norma jurídica não está nem pronta nem é simplesmente passível de ser aplicada, pois não preexiste nos Códigos, o que se pode subtrair das codificações e das constituições, de maneira geral, são apenas textos de norma.
- q) Desse modo, concluímos que a norma jurídica é o resultado de um trabalho de construção ou de concretização, que parte de uma instância em que seleciona os fatos, elabora o rigoroso processo de interpretação no nível da aplicação denominado de “*concretização*” da norma, e constrói a partir de elementos como o *âmbito normativo* e o *programa normativo*, a denominada *norma de decisão*, que será a única norma possível, de acordo com aquele caso concreto. A estrutura básica do *âmbito normativo* é parte integrante da normatividade jurídica, pois altera seu âmbito normativo na extensão ou no conteúdo; já o *programa normativo* deve abarcar todos os elementos que gravitam ao redor do texto normativo, como os cânones de interpretação gramatical, sistemático, histórico, genético e teleológico deverão ser considerados nesse momento. Constatamos ao final que a análise do programa normativo não poderá ocorrer sem a análise do âmbito da norma, do qual é inseparável, a concretização da norma exsurge do conceito de uma espiral de pré-compreensão, em que a utilização do texto normativo servirá como guia, uma direção para a concretização da norma jurídica.
- r) Precisamente em relação ao artigo 212 do CPP, a interpretação inicialmente deveria descartar aqueles princípios que são comuns aos sistemas penais acusatório e inquisitivo, após ter como baliza os elementos fixos que formam o núcleo duro do sistema acusatório, observando primeiramente os elementos contidos no seio da Constituição Federal, em que se encontram o princípio da presunção

da inocência do acusado (artigo 5º, inciso LVII da CF/88) e a separação das funções de acusar e julgar no Processo Penal (artigo 129, inciso I da CF/88), assim como fundamentalmente o artigo 212 do CPP que atuaria como mais um elemento fixo, um princípio acusatório presente no Código de Processo Penal desde 2008, para a caracterização do sistema acusatório como regra no processo penal brasileiro.

- s) E esse comportamental inautêntico do juiz criminal no interrogatório, até aqui constatado, restou comprovado empiricamente por meio da recente pesquisa que apontou uma variação de 16% a 81% de taxa de rejeição dos recursos analisados pelos desembargadores e câmaras criminais do TJ-SP, entre 01 de janeiro e 31 de dezembro de 2014 do universo de 157.379 acórdãos, comprovando esta discricionariedade presente no imaginário dos juristas, pois se as leis são as mesmas e os processos têm naturezas parecidas, em tese, as taxas de recursos negados, inexoravelmente, não deveriam se apresentar tão discrepantes, comprovando que, definitivamente, o problema está mesmo no modo de aplicação do direito.
- t) Diante toda a abordagem hermenêutica-filosófica aqui apresentada, resulta afirmar que, realizadas as importantes observações no caminho do desvelar das características dos processos penais na História, e com a demonstração que o Direito estrangeiro trilha o caminho da adoção do sistema acusatório, nas características históricas que fora construído este sistema, ou seja, com a autorização de provas *ex officio judicis* de maneira *limitada, complementar e fundamentada*, conseguimos concluir que, deveríamos, além de apresentar a crítica da atual recepção do artigo 212 do CPP no Direito brasileiro, sugerir um modo de interpretação no nível da aplicação do Direito que garantisse a obtenção da máxima eficácia da justiça social, concomitantemente à segurança jurídica possibilitada à luz do garantismo penal no interior do interrogatório.
- u) Desse modo, já partindo para o encerramento, apresentamos no início da abordagem teórica de Dworkin o debate que o filósofo inglês teve com Hart, em que Dworkin demonstrou que a Teoria Positivista

de Hart permaneceu com o vício da discricionariedade quando da necessidade de imposição das regras secundárias. Dworkin demonstrou que o Positivismo de Hart estava fadado ao aguilhão semântico, pelo fato de Hart conceituar o Direito por conceito criterial, pois como nem todos os juristas e juízes compartilham dos mesmos critérios para a conceituação do Direito, haveria vários conceitos de Direito, cabendo ao intérprete definir qual deles melhor se adequa ao conjunto de práticas que capta o paradigma do valor interpretado e compartilhado. Surgia assim, novamente, o problema da discricionariedade que Kelsen não conseguiu se livrar.

- v) Após esse parêntese, sugerimos a teoria do romance em cadeia dworkiniana, apontando que, se até o ano de 2008 o interrogatório era iniciado com perguntas realizadas pelo juiz, com a entrada da alteração legislativa que introduziu o artigo 212 no CPP, esta *coerência* deveria ser rompida à luz da melhor interpretação. Com a evolução da sociedade em contínuo processo de desenvolvimento, fator este integrante da interpretação dworkiniana, teríamos que, por *integridade* ao artigo 212 do CPP, *compreender*, definitivamente, que a ordem de inquirição consolidada no referido artigo restou alterada, sendo a inquirição do juiz no interrogatório unicamente *complementar*, e assim, darmos continuidade ao romance em cadeia, como cena de um novo capítulo.
- w) Para encerrar nossa jornada, apresentamos o juiz Hércules, sem deixar de responder as críticas direcionadas ao juiz metafórico de Dworkin direcionadas por aqueles que não o compreenderam, o juiz com uma visão principiológica do Direito, um *participante* da comunidade cuja moralidade cabe-lhe interpretar, tendo que valorizar a maioria dos conceitos que figuram na justificação das instituições de sua *comunidade*, razão pela qual as suas convicções pessoais (pré-compreensão) são a sua “mais favorável via de acesso à moralidade institucional (compreensão)”, um modelo de juiz que tem o texto normativo sempre como um norte, que observa a interpretação integrativa do Direito.

x) Enfim, este juiz no caso em tela, interpretaria o artigo 212 do CPP dando continuidade ao romance em cadeia, com um comportamento de observância ao conteúdo programático do texto normativo, conduzindo o interrogatório de forma a assegurar os direitos fundamentais das partes interessadas no interrogatório, realizando perguntas de maneira *complementar-necessária-fundamentada* como importante meio para a busca da resposta adequada,³⁶⁸ sem afetar a imparcialidade do julgador e assegurando a efetividade da tutela judicial, o que se busca, inexoravelmente, no interior do processo penal.

³⁶⁸ Certa vez, Oliver Wendell Holmes, juiz da Suprema Corte de 1902 a 1932, ao sair do trabalho, deu carona ao jovem Learned Hand, que se tornaria mais tarde juiz, e junto de Holmes, Brandeis e Cardozo, um dos quatro melhores juizes norte-americanos de todos os tempos, quando não melhor. Ao chegar ao seu destino, Hand saltou, acenou para a carruagem que se afastava e gritou alegremente: “Faça justiça, juiz!” Holmes pediu ao condutor que parasse e voltasse, para a surpresa de Hand. “Não é esse o meu trabalho!”, disse Holmes, debruçado na janela. A carruagem então fez meia volta e partiu, levando Holmes para o trabalho, que, supostamente, não consistia em fazer justiça. DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução de Jefferson Luis Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 3.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Inquisição espanhola e seu processo criminal**: as instruções de Torquemada e Valdés. Curitiba: Juruá, 2006.

_____. **Sistemas penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

_____. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Curitiba: Juruá, 2008.

_____. **Teoria da gestão da prova**: um confronto consigo mesma. Texto resultante da adaptação em forma de artigo do parecer apresentado à Presidência da Associação do Ministério Público do Rio Grande do Sul. [2015].

ANGELIS, Vanna de. **Le streghe**: storia di donne che nacquero fate e morirono amanti del diavolo. 2. ed. Padova: Piemme, 2003.

ARISTÓTELES. **La Constitución de Atenas**. 16,8. 3. ed. Tradução de Antonio Tovar. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

AROCA, Juan Montero. **Derecho jurisdiccional III**: processo penal. 23. ed. Espanha: Tirant to Blanch, 2015.

AULO GELIO, Noches Áticas. **Antología**. Tradução de Francisco García Jurado. Madrid: Alianza, 2007. v. 2.

BADARÓ, Gustavo Henrique R. Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: RT, 2003.

BARROS, Manoel de. **Poema**: A segunda Infância. Disponível em: <<http://manualdebarros.blogspot.com.br/>>. Acesso em: 01 nov. 2015.

BIZZOTO, Alexandre; JOBIM, Augusto; EBERHARDT, Marcos. Sistema Acusatório: (apenas) uma necessidade do processo constitucional. In: AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli; CARVALHO, Salo de. **A crise do processo penal e as novas formas de administração da justiça criminal**. Sapucaia do Sul: Nota Dez, 2006.

BOFF, Leonardo. Prefácio: inquisição: um espírito que continua a existir. In: EYMERICH, Nicolau. **Manual dos inquisidores**. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=3020ADD007F79D4FA1831015D6E804F5.proposicoesWeb2?codteor=831788&filenome=PL+8045/2010>. Acesso: 30/10/2005>. Acesso em: 15 jan. 2015.

_____. **Lei n. 11.690, de 9 de junho de 2008**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%2011.690-2008?OpenDocument>. Acesso em: 15 jan. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **HC nº 183.696/ES**. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Sexta Turma. Julgado em: 14 fev. 2012. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em: 15 jan. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **HC nº 222.917/SP**. Relator: Min. Jorge Mussi. Quinta Turma. Julgado em: 20 mar. 2012. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em: 15 jan. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **HC nº 227893 SP 2011/0298178-4**. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Sexta Turma. Julgado em: 13 nov. 2012. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em: 15 jan. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1379140 SC 2013/0136602-7**. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Quinta Turma. Julgado em: 27 ago. 2013. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em: 15 jan. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 1.570-2**. Relator: Min. Maurício Corrêa. Tribunal Pleno. Julgado em: 12 fev. 2004. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em: 15 jan. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 105538**. Relator: Min. Marco Aurélio. Primeira Turma. Julgado em: 10 abr. 2012. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em: 15 jan. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 115015 SP**. Relator: Min. Teori Zavascki. Segunda Turma. Julgado em: 27 ago. 2013. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em: 15 jan. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 115336/RS**. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Tribunal Pleno. Julgado em: 21 maio 2013. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em: 15 jan. 2015.

CALLEGARI, André Luís. Constituição, sistemas sociais e hermenêutica. In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS**. São Leopoldo: UNISINOS, 2012.

CARVALHO, Salo de. Da necessidade de efetivação do sistema acusatório no processo de execução penal. In: CARVALHO, Salo de (org.). **Crítica à execução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CASALMIGLIA, Albert. El concepto de integridad em Dworkin. **Doxa Cuadernos de Filosofía Del Derecho**, Alicante, n. 12, 1992.

CASTELLS, Alberto; CROTTI, Susana I. **El conflicto entre el Sistema Acusatorio y el Sistema Inquisitivo en la crisis institucional jurídica**: un análisis desde el punto de vista de las Ciencias Penales en dos novelistas contemporáneos: Camus y Kafka. [S.l.:s.n.], 28 maio 2015.

CÍCERO, Marco Tulio. **Dos Deveres**. XXXI, 112. Tradução de Angélica Chiapeta. Revisado por Wilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

COELHO, André. L. S. Por que surgem as regras secundárias?: uma reinterpretção da fábula de Hart. **Revista da faculdade de Direito da UERJ-RFD**, v. 1, n. 25, 2014.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Prove ed Accertamento dei fatti nel nuovo CPP. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Milano, Fasc. 1, Jan./Mar. 1990.

CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: Utet, 1986.

_____. **Procedura penale**. 5. ed. Milano: Giuffrè, 2000.

CORETH, Emerich. **Questões fundamentais**. Tradução de Carlos Lopes de Matos. São Paulo: EPU, 1973.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios do Direito Processual Penal brasileiro. **Separata ITEC**, ano 1, n. 4, jan./fev./mar. 2000.

_____. Mettere Il pubblico ministero al suo posto: ed anche El giudice. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 17, n. 200, jul. 2009.

_____. O papel do novo juiz no processo penal. In: **Direito alternativo**: seminário nacional sobre o uso alternativo do direito. Rio de Janeiro: ADV, jun. 1993.

_____. **O papel do novo juiz no processo penal**: crítica à teoria geral do direito processual penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 46, n. 183, ed. esp., jul./set. 2009.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Fundamentos à Inconstitucionalidade da Delação Premiada. **Boletim IBCCRIM**, ano 13, n. 159, fev. 2006.

_____. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, n. 188, p. 11-13, jul. 2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 1974. v. 1. p.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **La racionalidad de las leyes penales**: práctica y teoría. Madrid: Trotta, 2003.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução de Jefferson Luis Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

_____. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luis Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

EYMERICH, Nicolau. **Manual dos inquisidores**: escrito em 1376, revisado e ampliado por Francisco de la Peña em 1578. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993.

FEITOZA, Denilson. **Reforma processual penal**. Niterói: Impetus, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Derecho y Razón**: teoría del garantismo penal. Prólogo de Norberto Bobbio. Madrid: Trotta, 1995.

_____. **Direito e razão**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau/PUC, 1996.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 14. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2014.

GARAPON, Antoine; PAPAPOULOS, Ioannis. **Julgar nos Estados Unidos e na França: cultura jurídica francesa e common law em uma perspectiva comparada**. Tradução de Regina Vasconcelos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GOMES, Luis Flávio; CUNHA, Rogerio Sanches; PINTO, Ronaldo. **Comentários às reformas do código de processo penal e da lei de trânsito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O código modelo de processo penal para ibero-américa 10 anos depois. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 30, p. 46, abr./jun. 2000.

GUERRERO, Oscar Julián. **El difícil encuentro entre el proceso penal anglosajón y el proceso penal continental**. 2006. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/R08047-19.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2015.

HABERMAS, Jurgen. **Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho em términos de teoría del discurso**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2002.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução de Armindo Ribeiro Mendes. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

HEIDEGGER, Martin. **Carta sobre o humanismo**. Lisboa: Guimarães, 1987.

HERÓDOTO. **Historia**. Livro I. 31,3.. Tradução de Carlos Schrader. Madrid: Gredos, 2000. v. 10: Coleção Los Clásicos de Grecia y Roma.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

JOLOWICZ, J. A. A reforma do processo civil inglês: uma derrogação do adversarial system?. **Revista Forense**, São Paulo, v. 328, out./dez. 1994.

KAFKA, Franz. **O processo**. São Paulo: Círculo do Livro, 1991.

KANTOROWICZ, Ernst H. **Os dois corpos do rei**: um estudo sobre teologia política medieval. Tradução de Cid Knipel Moreira. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

LANGBEIN, John H. **Prosecuting crime in the renaissance**: England, Germany, France. Nueva York: Oxford, 1974.

_____. **The origins of adversary criminal trial**. Nueva York: Oxford Studies in Modern Legal History, 2003.

LANGER, Máximo. La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. In: MAIER, Julio; BOVINO, Alberto (Comp.). **El procedimiento abreviado**. Buenos Aires: del Puerto, 2001. p. 97-136.

LIMA, Leonardo D. Moreira. **Stare decisis e súmula vinculante**: um estudo comparado. Disponível em: <http://sphere.rdc.puc-rio.br/direito/revista/online/rev14_leonardo.html#_ftnref3>. Acesso em: 19 fev. 2016.

LIMA, Marcellus Polastri. O Ministério Público pode ou não investigar?: uma análise de recente decisão do STF. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 12, n. 46, p. 388, jan./fev. 2004.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p.

LUHMANN, Niklas. **Sistemi sociali**: fondamenti di una teoria generalii. Bologna: Il Molino, 1990.

_____. **Sociedad y sistema**: la ambición de la teoría. Barcelona: Paidós Ibérica, 1997.

MAGISTRADOS de todo país aprovam 62 enunciados sobre a aplicação do novo CPC. 28 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/2015/08/magistrados-de-todo-pais-aprovam-62-enunciados-sobre-a-aplicacao-do-novo-cpc/>>. Acesso em: 01 nov. 2015.

MARQUES, Leonardo Augusto Maurinho. A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do juiz. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 46, n. 183, ed. esp., jul./set. 2009.

MARTÍN, Luis Gracia. Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “derecho penal del enemigo”. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, n. 07-02, p. 1-43, 2005. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

MATTEI, Ugo. **Stare decisis**: il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d’America. Milano: Giuffrè, 1988.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas Sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos. **Revista Forense**, São Paulo, v. 344, out./dez. 1998.

_____. **A revolução processual inglesa**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. (9. s.: Temas de Direito Processual).

_____. **A Suprema Corte norte-americana: um modelo para o mundo?**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. (8. s.: Temas de Direito Processual).

MORRISSON, Wayne. Ronald Dworkin e a luta contra o desencanto: ou o direito na ética interpretativa da filosofia do direito liberal. In: **Filosofia do direito**: dos Gregos ao Pós-modernismo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho de direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Quem é o povo?**: a questão fundamental da democracia. 3. ed. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. **Teoria estruturante do direito**. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Direito penal e controle social**. Tradução de Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NETTO, José Laurindo de Souza. **Processo penal**: sistemas e princípios. Curitiba: Juruá, 2003.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

NIETZSCHE, Friedrich. **Além do bem e do mal**: prelúdio de uma filosofia do futuro. Tradução de Marcio Pugliesi. Petrópolis: Vozes, 2012.

NOORDHOEK, E. W. **Holanda, em “Sistema de processo penal na Europa”**. Barcelona: CEDECS, 1998.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Manual de processo penal e execução penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NUNES, Marcelo G., TRECENTI, Julio A. Z. **Reformas de decisão nas câmaras de direito criminal em São Paulo**. 23 jul. 2015. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/estudo-camaras-criminais-tj-sp.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

OLIVEIRA, M. A. de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 1996.

OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. **Doxa Cuadernos de Filosofía Del Derecho**, Alicante, n. 14, 1993.

PACHECO, Denílson Feitosa. **Direito processual penal**: teoria, crítica e práxis. 4. ed. Niterói: Impetus, 2006.

PICO I JUNOY, Joan. **O juiz e a prova**: estudo da errônea recepção do brocardo iudex iudicare debet secundum allehata et probata, non secundum conscientiam e sua repercussão atual. Tradução de Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

PORTO, Sérgio Giberto. **Precedente vinculante**: estudo em homenagem ao professor Egas Moniz de Aragão. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/textos/artigos/html/Artigo%20final.htm>>. Acesso em: 19 fev. 2016.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

RANIERI, Jesus. **Hegel, Marx e a teoria social do devir**. São Paulo: Boitempo, 2011.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ROSA, Alexandre Morais da et al. **Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de Verdade e Método**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução da 2ª edição espanhola de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002.

SARAIVA, Márcia Maria Tamburini Porto. Os reflexos das liberdades públicas no sistema acusatório. **Revista da Emerj**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 21, 2003.

SCHOLTZ, Leônidas Ribeiro. **Sistemas processuais penais e processo penal brasileiro**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

SEABRA, Sílvia Cives. **Sistemas processuais**. Rio de Janeiro: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, 1995.

SHAKESPEARE, Willian. **Medida por medida**. Tradução de Beatriz Viégas-Faria. Porto Alegre: L&PM, 2012.

SLOTERDIJK, Peter. **Crítica da razão cínica**. São Paulo: Estação Liberdade, 2012.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law: introdução ao direito nos EUA**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

STEIN, Ernildo. **Às voltas com a metafísica e a fenomenologia**. Ijuí: Unijuí, 2014.

_____. **Introdução ao pensamento de Martin Heidegger**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011.

STRECK, Lenio Luis. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2014.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luis. Hermenêutica, Constituição e autonomia do direito. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, jan./jun. 2009.

_____. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. **O que é isto**: decido conforme minha consciência?. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?. **Revista NEJ – Eletrônica**, v. 15, n. 1, jan./abr. 2010.

SWIFT, Jonatham. **Viagens de Gulliver**. Tradução de Cruz Teixeira. Fonte Digital. Clássicos Jackson, 1950. v. 31.

TÁCITO, Publio Conelio. **Anales**. Livro I. 2.; Livro I. 4. Tradução de José Luis Moralejo. Madrid: Gredos, 2001. v. 89: Coleção Los Clásicos de Grecia y Roma.

THUMS, Gilberto. **Sistemas processuais penais**: tempo, tecnologia, dromologia e garantismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. Tradução de Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: RT, 2002.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

VIEIRA, Andréia Costa. **Civil Law e Common Law**: os dois grandes sistemas legais comparados. Porto Alegre: Fabris. 2007.

VILANOVA, Lourival. **Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2005.

WARAT, Luis Alberto. **A rua grita Dionísio**: direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010.

_____. **Introdução geral ao direito II**. Porto Alegre: Fabris, 1995.

_____. **O direito e sua linguagem**. Porto Alegre: Fabris, 1995.

WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. Porto Alegre: Fabris, 1984.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tratado lógico-filosófico**: investigações filosóficas. Tradução de M. S. Lourenço. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.