

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

Carlos Eduardo Scheid

**A BUSCA PELA LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO PENAL FRENTE ÀS
EXIGÊNCIAS DO ESTADO DEMOCRÁTICO (E SOCIAL) DE DIREITO:
a necessidade de se alcançar a resposta constitucionalmente adequada (ao
acusado e à sociedade) a partir de uma releitura do princípio acusatório**

**São Leopoldo
2012**

Carlos Eduardo Scheid

A BUSCA PELA LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO PENAL FRENTE ÀS
EXIGÊNCIAS DO ESTADO DEMOCRÁTICO (E SOCIAL) DE DIREITO:
a necessidade de se alcançar a resposta constitucionalmente adequada (ao
acusado e à sociedade) a partir de uma releitura do princípio acusatório

Tese apresentada como requisito parcial
para a obtenção do título de Doutor em
Direito, pelo Programa de Pós-Graduação
em Direito, da Universidade do Vale do
Rio dos Sinos - UNISINOS

Orientador: Prof. PhD André Luís Callegari

Coorientador: Prof. Dr. Wilson Engelmann

São Leopoldo

2012

S318b Scheid, Carlos Eduardo
A busca pela legitimidade da jurisdição penal frente às exigências do Estado democrático (e social) de direito: a necessidade de se alcançar a resposta constitucionalmente adequada (ao acusado e à sociedade) a partir de uma releitura do princípio acusatório / por Carlos Eduardo Scheid. -- 2012.
279 f. ; 30cm.

Tese (doutorado) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2012.
Orientador: Prof. PhD André Luís Callegari; Coorientador: Prof. Dr. Wilson Engelmann.

1. Direito penal. 2. Processo. 3. Princípio acusatório. 4. Hermenêutica filosófica. 5. Decisão judicial. I. Título. II. Callegari, André Luís. III. Engelmann, Wilson.

CDU 343

À Daniele Scheid, minha querida esposa, por todos esses anos de companheirismo e amizade, os quais, no curso da nossa já longa caminhada conjunta, revelaram o mais sincero e grande amor. Amo-te!

À Caroline Scheid, minha doce filha, porque, no momento em que seus lindos olhos azuis brilharam para a vida, os meus se embeberam de amor e da mais pura alegria, dando um novo e importante significado à minha existência. Amo-te!

Aos meus pais, Fernando e Coráli, por todo o amor e carinho. Amo vocês!

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Pós-Doutor André Luís Callegari, pela forte amizade e pela orientação constante.

Ao Professor Doutor Wilson Engelmann, pelo dedicado e percuciente auxílio na co-orientação, sem o qual esta tese não teria findado.

Aos Professores Doutores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, em especial aos Professores Doutores Leonel Severo Rocha e Lenio Luiz Streck, por todos os anos de dedicação na formação e no desenvolvimento dos Cursos de Mestrado e Doutorado, os quais possibilitaram o aprimoramento dos meus estudos acadêmicos. Muito obrigado!

Ao Professor Doutor Ovídio Baptista da Silva (em memória), pelas instigantes aulas ao longo da sua disciplina, as quais se revelaram indispensáveis para que o Iluminismo a mim se revelasse sob outra perspectiva quanto ao Direito Penal.

Ao Professor Doutor André Leonardo Copetti Santos, pelo incentivo e orientação iniciais no enfrentamento do tema.

A todos os meus amigos e familiares, sobretudo aos meus irmãos, Cíntia e André, aos meus sobrinhos, Matthew e Luke Downing, à minha tia, Marina Reichert, e aos meus diletos amigos Gabriel Ávila Othero, Vicente Balzan, Cristiano Tutikian, Amanda Conrad de Azevedo, Alexandre Dargél, Lauro Thaddeu Gomes, Rafael Sanguinné, Eduardo Tomazzoni, Caroline Dias Costa, Carlos Braun, Paola Roos Braun, Gustavo Rocha, Paulo Gilson Roos, René Ávila, José Bernardo Ramos Boeira, Fernando Dorfmann e Roberta Lofrano Andrade, pelas constantes palavras de incentivo e carinho.

Aos meus alunos, com quem sempre apreendo.

RESUMO

No seio de um Estado Democrático (e Social) de Direito, sobremaneira em países com modernidade em desenvolvimento, como o Brasil, o Poder Judiciário acaba ocupando um lugar de destaque na sociedade, sendo, em muitos casos, invocado para suprir a inércia dos demais Poderes (Executivo e Legislativo) no que tange à efetivação das políticas sociais, e também para dirimir conflitos cujos interesses pularam de um caráter puramente individual para um coletivo. Igualmente, modificou-se, no desenvolvimento das concepções de Estado, a relação do magistrado com a lei, na medida em que os novos textos constitucionais passaram a exigir uma filtragem da legislação federal, analisando-se seu conteúdo material. Em sede de Direito Penal, verifica-se a existência de uma crise por sua expansão. Seu direcionamento projetou-se para um campo de atuação verdadeiramente estranho à sua matriz iluminista/burguesa/individualista. Ou seja, atualmente, suas baterias estão voltadas ao combate de uma criminalidade que pretende lesar interesses coletivos e que, no mais das vezes, se desenvolve em um plano mais veloz e globalizado. Afora isso, avultam fatores outros (como a mídia e as normas penais em branco) que possibilitam e fomentam uma maior (e mais perigosa) discricionariedade ao magistrado no ato de decidir. Em síntese, o Direito Penal está em crise, mormente se levarmos em linha de conta seus mais variados influxos legislativos, que antecipam suas barreiras de proteção, dando-se-lhe caráter administrativo. Não obstante, verifica-se, no cotidiano acadêmico e forense brasileiro, um “estado da arte” gerado pelo positivismo jurídico, que gera uma “guerra de sentidos de todos os intérpretes contra todos os intérpretes”, possibilitando inúmeras decisões dissociadas do sentido da Constituição Federal, sendo costumeiras inúmeras arbitrariedades e decisionismos. Enfim, as decisões judiciais têm importante relevo na quadra atual da história, porque a legitimidade do Poder Judiciário passa a ser analisada caso a caso, pelas partes e pela sociedade, por meio dos seus discursos justificativos. É, pois, dentro desse (complicado) cenário, que a presente tese se desenvolve no sentido de evidenciar como deve se concretizar a decisão judicial para, além de ser válida e legítima sob a perspectiva constitucional, vencer as crises acima aventadas. Para tanto, vale-se do método fenomenológico e da hermenêutica filosófica, encampando-se a teoria da resposta adequada à Constituição Federal, advogando-se em prol de uma decisão judicial fundada em uma (re)leitura do princípio acusatório.

Palavras-Chave: Penal. Processo. Constitucional. Hermenêutica Filosófica. Decisão.

ABSTRACT

In a (social) democratic State, especially in developing countries like Brazil, the Judiciary has occupied a prominent role in society. It is – several times – expected to act facing the inertia of the other powers (executive and legislative), regarding the effectiveness of social policies, and it is also expected to solve conflicts whose interests changed from a purely individual to a collective ground. Likewise, the relation of the magistrate with the law has changed, to the extent that the new constitutional texts require a federal filtering, their material content being analyzed. There is a crisis in Criminal Law, because of its expansion. Its goals have been changed for a field truly foreign to its original illuminist/bourgeois/individualistic nature. In other words, nowadays, their batteries are aimed at combating a kind of crime that aims at harming the collective interests and, in most cases, that is developing in a more globalized and a faster fashion. Apart from that, other factors are playing their role (as the media and the criminal blank laws), enabling and encouraging a greater (and more dangerous) discretion concerning the magistrate when he or she acts. To sum up, Criminal Law is in crisis, especially if we take into account its various legislative inflows, anticipating its protective barriers, giving it an administrative nature. Nevertheless, in the day to day forensics and academic practice in Brazil, a “state of the art” generated by legal positivism is practiced, which generates a “war of the meanings where all interpreters are against all interpreters”, allowing many decisions to be dissociated from the Federal Constitution, and many arbitrary and customary decisionisms. Finally, judicial decisions have an important emphasis on the court’s current history, because the legitimacy of the judiciary shall be assessed case by case by the parties and society, through their justificative speeches. It is therefore within this (complicated) scenario that this thesis is developed, in order to reveal how court decisions should be implemented to be legitimate and valid under the constitutional perspective, and to overcome the crisis mentioned early. To this end, the phenomenological method and philosophical hermeneutics are called, expropriating the theory of adequate response to the Federal Constitution, advocating in favor of a judicial decision based on a (re) reading of the accusatory principle.

Keywords: Criminal Law. Procedure. Constitutional. Philosophical Hermeneutics. Decision.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 DO ESTADO ABSOLUTO AO ESTADO DEMOCRÁTICO E SOCIAL DE DIREITO: A EVOLUÇÃO DO ESTADO E O PAPEL RESERVADO À JURISDIÇÃO PENAL NESSE QUADRANTE DA HISTÓRIA	13
2.1 Os antecedentes romanos, o Feudalismo e o Estado absoluto	16
2.1.1 A Relevância da Abordagem do Direito Romano	16
2.1.2 A Organização Política e o Direito Penal: o papel da jurisdição criminal nas fases de Roma	18
2.1.3 A Derrocada do Império Romano e o Impulso ao Feudalismo	34
2.1.4 Do Feudalismo ao Estado Absoluto: como andou a Jurisdição Penal?	35
2.1.4.1 <i>O Feudalismo</i>	36
2.1.4.2 <i>O Estado Absoluto</i>	40
2.1.4.3 <i>O Tribunal do Santo Ofício da Inquisição: a heresia nos bancos dos réus, a adoção da tortura, a confissão e o conceito religioso (e moral) de delito</i>	52
2.2 O Estado Liberal de Direito	65
2.2.1 Noções Introdutórias: as premissas do Estado Liberal	66
2.2.2 O Direito Penal como Garantia do Acusado.....	72
2.2.3 O Juiz na Função de ser “a boca da lei”	78
2.2.4 O Surgimento do Garantismo Clássico	82
2.3 O Estado Social	91
2.3.1 O Intervencionismo Econômico e Social: a ampliação das funções do Estado.....	91
2.3.2 As Transformações Proporcionadas ao Direito Penal pelo Estado Social: o início do expansionismo com o Direito penal econômico	98
2.4 O Estado Democrático de Direito	101
2.4.1 A Democracia como Transformadora da Realidade Social.....	101
2.4.2 Estado Democrático de Direito e Expansão do Direito Penal.....	105
2.4.2.1 <i>Os Novos Interesses</i>	106
2.4.2.2 <i>Sociedade do Risco</i>	108
2.4.2.3 <i>Direito Penal Simbólico</i>	113
2.5 Um Balanço Final dos Estudos Desenvolvidos no Primeiro Capítulo da Tese: qual a herança histórica deixada? Os pontos relevantes da marcha do Estado e	

do Direito Penal para a solução do problema proposto: a definição do cenário para o encontro da hipótese definitiva.....	117
2.5.1 As Crises do Direito Penal: a “guerra de sentidos” das decisões judiciais dos juízes solipsistas e o fenômeno de sua expansão	117
2.5.2 Uma Visão do Panorama Atual do Sistema Acusatório e de seu Princípio Fundante: qual a razão da sua releitura?	124
3 A SOLUÇÃO PARA AS CRISES DO DIREITO PENAL A PARTIR DA ADOÇÃO DA TEORIA DA RESPOSTA ADEQUADA: UMA CRÍTICA AO ILUMINISMO, A SUPERAÇÃO DO ESTADO DA ARTE, A RELEVÂNCIA DE HEIDDEGER E GADAMER COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE AO IMPLEMENTO DE UMA FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA CONSTITUCIONALMENTE E O ENCONTRO DA RESPOSTA ADEQUADA PENAL EM TEMPOS DE CRISES A PARTIR DE UMA RELEITURA DO PRINCÍPIO ACUSATÓRIO	130
3.1 O Iluminismo na Seara do Direito Penal: a importância do seu estudo a partir de duas perspectivas: positiva e negativa.....	130
3.1.1 O Núcleo Garantista de Filtragem do Poder do Estado: a perspectiva positiva de racionalidade capaz de criar uma relação equilibrada entre o direito de punir e o de resistência	132
3.1.2 O Fomento do Direito como uma Ciência Exata: a perspectiva negativa do pensamento ilustrado como mecanismo projetado à extinção da capacidade de reflexão do magistrado	133
3.2 O Estado da Arte: a forma como contribuiu o Iluminismo para seu impulso e manutenção no agir prático dos juristas criminais.....	147
3.2.1 O positivismo jurídico gerador do estado da arte: a realidade dominante	147
3.2.2 Uma Visão Crítica sobre (algumas) Decisões Judiciais: como, nos dias correntes, os juízes sequer aplicam a lei. Ser “a boca da lei” seria um retrocesso ou um avanço? A crise instaurada no mundo vivido	158
3.2.2.1 <i>A Delação Premiada: como o acusado-colaborador não é testemunha: o estudo de algumas decisões criminais. Pode a acusada-colaboradora ser beneficiada pela licença maternidade?</i>	<i>159</i>
3.2.2.2 <i>A Ausência de Fundamentação de Direito: como os juízes e tribunais se esquecem de que vivemos em um Estado de Direito. A análise de algumas decisões judiciais sem qualquer amparo legal</i>	<i>165</i>

3.2.2.3 A Motivação per Relationem: como os Tribunais mantêm, automaticamente, as decisões de primeiro grau: o duplo grau de jurisdição como mero rito de passagem pelo prestígio ao juiz solipsista	169
3.2.2.4 A perda da força de acórdão concessivo de habeas corpus: o caso em que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul deixou de reconhecer uma determinação unânime de uma Câmara Criminal. Afinal, alguém se entende no Poder Judiciário? Um claro exemplo.....	175
3.2.2.5 A Vara Especializada no Processamento e Julgamento dos Crimes de Lavagem de Dinheiro e contra o Sistema Financeiro Nacional: a decisão que exigiu dos acusados, residentes em outro país, o comparecimento perante o juiz competente para sentenciar. É possível suprimir o interrogatório em caso do exercício do direito de resistência ao juiz que se considera onipresente?.....	180
3.3 A Hermenêutica Filosófica Utilizada para a Superação do Esquema Sujeito-Objeto Inerente ao Positivismo: há saída para a crise do juiz solipsista?.....	186
3.3.1 Filosofia Hermenêutica de Heidegger	191
3.3.2 Gadamer e o Caráter Produtivo da Hermenêutica	198
3.3.3 A Hermenêutica Filosófica e a Superação do Positivismo	210
3.4 A Teoria da Resposta Adequada Penal: seu encapamento para buscar a legitimidade das decisões judiciais penais em tempos de crise.....	213
3.4.1 A Resposta Adequada como Direito Fundamental.....	213
3.4.2 A Resposta Adequada como Decisão Principlológica e Conteudística	223
3.5 A Resposta Correta como Condição de Validade à Motivação Judicial Exigida pelo Estado Democrático (e Social) de Direito: sua construção hermenêutica para eliminar o decisionismo judicial em suas versões punitiva ou deficiente de proteção. A motivação válida como solução para as crises	248
3.5.1 A Resposta Adequada Frente ao Positivismo (ainda dominante) e à Expansão do Direito Penal. A motivação hermenêuticamente válida à luz do art. 93, inc. IX, da Constituição Federal a partir de uma releitura do princípio acusatório: o equilíbrio entre o dever do Estado de perseguir/punir e as garantias individuais	250
4 CONCLUSÃO	259
REFERÊNCIAS.....	268

1 INTRODUÇÃO

Tem-se como correto que o desenvolvimento das concepções de Estado sempre foi interligado com modelos de Direito Penal, os quais, em muitos casos, como na Idade Média, por exemplo, tinham um (nítido) caráter de “proporcionar segurança” aos detentores do poder, de sorte que, em realidade, a censura criminal adquiriu uma dimensão política. No Iluminismo, de outro giro, com a chegada ao poder dos burgueses, o ideal de racionalidade (enquanto ciência exata) se projetou ao Direito (inclusive, ao Direito Penal), sistematizando a sociedade à luz de um sistema criado para dar segurança jurídica (em especial ao desenvolvimento do capitalismo).

Evidentemente, a história (do Estado e do seu Direito) seguiu seu curso. Nos dias atuais, no que tange à organização de poder sobre a sociedade, vivencia-se o Estado Democrático (e Social) de Direito, o qual pode ser compreendido como o somatório dos Estados Liberal e Social. Há, pois, prestações positivas¹ (encampar as promessas tardias de modernidade) e outras negativas (nas quais se cria o direito de resistência do cidadão, a fim de não ter uma ingerência indevida na sua vida privada). Isso tudo, é importante que se diga, à luz da democracia, havendo, assim, a participação popular nos atos estatais, seja no sentido da eleição dos representantes, seja no da fiscalização deles e dos demais agentes públicos. Não obstante essa nova realidade, o Direito Penal, em especial, continuou preso às amarras do positivismo kelseniano, com a possibilidade de decisionismos e arbitrariedades em nome “do preenchimento das lacunas da lei”, as quais estão cada vez mais presentes à vista da complexidade da sociedade pós-moderna.

Nesse contexto, o Direito Penal também passou por transformações, amoldando-se, em termos legislativos, às novas realidades. De uma postura puramente clássica (crimes contra o patrimônio, integridade física, vida e outros vinculados à proteção de bens jurídico-penais individuais) saltou para um patamar mais coletivista (Direito Penal Econômico). Ainda, acabou sofrendo os reflexos

¹ “A escala de ações estatais positivas que podem ser objeto de um direito a prestação estende-se desde a proteção do cidadão contra outros cidadãos por meio de normas de direito penal, passa pelo estabelecimento de normas organizacionais e procedimentais e alcança até prestações em dinheiro e outros bens. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 442.

derivados das influências de novos atores (como a mídia e a sociedade do risco, apenas para exemplificar), recebendo um caráter simbólico.

A par desse cenário, está instaurada uma crise de dupla face: uma, pelo decisionismo decorrente do positivismo, que impulsiona uma “guerra de sentidos de todos os intérpretes contra todos os intérpretes²”, gerando, como se vai demonstrar, até mesmo decisões ao arrepio do texto da lei; e outra pela própria expansão do Direito Penal, que encontra dificuldades de atuação por ter de se desenvolver em uma sociedade assaz diversa daquela em que foi concebido, tendo um conjunto principiológico da Ilustração em pleno curso de uma sociedade eivada de interesses coletivos.

Para esta tese, a questão é colocar essas duas crises em um mesmo lugar de estudo, para, assim, questionar (e, depois, responder o problema): afinal de contas, como deve ser a decisão judicial para o Poder Judiciário encampar a resposta adequada ao réu e à sociedade em tempos de crises no Direito Penal?

Nesse desiderato, em um primeiro capítulo, remarcou-se o desenvolvimento de Estado com o seu respectivo modelo de jurisdição criminal (demonstrando, ao final, alguns dos agentes da expansão do Direito Penal), para, em um momento seguinte (segundo capítulo), demonstrar a crise do positivismo, por meio da qual se reclama (e se defenderá) a introdução da hermenêutica filosófica no Direito, trazendo-se a teoria da resposta adequada (como decisão de princípios) à guisa de doutrina indispensável para a solução da questão proposta.

Nessa perspectiva é que a presente tese desenvolverá suas principais reflexões, remarcando, desde já, que, por vivermos em um Estado Democrático (e Social) de Direito, a resposta da jurisdição deve se projetar tanto para o acusado no processo penal como para a sociedade, de maneira que não pode ocorrer um excesso punitivo, muito menos uma deficiência de proteção. A motivação, assim, para ser válida constitucionalmente, passará pela necessidade de amoldamento a um princípio constitucional, realizando-se na síntese hermenêutica da aplicação, com uma nova leitura do princípio acusatório, açambarcando aspectos acerca dos princípios da legalidade e da taxatividade.

Por a decisão judicial estar ancorada em princípios, recebendo a motivação um enfoque especial nessa quadra da história, torna-se inviável conceber um princípio acusatório que relegue o dever de motivar ao segundo plano de exigência,

² A expressão é de Streck, Lenio Luiz, em várias de suas obras utilizadas ao longo desta tese.

tal qual como desenhado na Ilustração. Sob todos os títulos, a garantia da motivação válida deve ser o ponto fundante desse princípio. Ao se reclamar a validade do discurso justificativo, soa evidente que o magistrado não pode ter a gestão da prova, porque se lhe quebraria a imparcialidade. Ou seja: ele decidiria e, depois, produziria a prova para amparar sua conclusão. De todo o modo, o relevante é que da motivação válida decorre a impossibilidade de o juiz fazer o papel de parte. Por isso, essa deve fundar o princípio acusatório.

Importante destacar-se aqui que o objetivo de se encampar uma decisão adequada sempre foi presente no curso da história, em especial depois do Iluminismo. Pode-se, assim, atentar que essa busca faz parte de uma moralidade coletiva construída por meio da historicidade, a ponto de a nossa Constituição Federal exigir uma motivação válida, sob pena de nulidade (art. 93, inc. IX). Em sendo assim, coloca-se, sem sombra de qualquer dúvida, inviável dar tratamento secundário à garantia da motivação adequada dentro do princípio acusatório. Na realidade, ela deve fundá-lo, porque é a partir da exigência de uma resposta imparcial que se veda o poder instrutório do magistrado.

De outro giro, forçoso destacar-se que a resposta adequada constitucionalmente deve evitar o excesso punitivo, mas, também, uma proteção deficiente, pois ambas as situações levam a um Estado de Exceção (a um lugar do não-Direito). Disso resulta que o Direito Penal deve acompanhar os avanços das relações sociais, de sorte que o uso das normas penais em branco representa um instrumento interessante no combate da criminalidade econômica. É evidente que os influxos legislativos não acompanhem essa veloz criminalidade. De tal arte, deve ocorrer a “abertura” dos princípios da legalidade e da taxatividade para o mundo vivido, com o que é de rigor lê-los a partir do dever de os cidadãos se informar sobre as atividades desempenhadas, visando a evitar eventual impunidade originária de alegações acerca do desconhecimento sobre o complemento da norma penal em branco. Trata-se, em suma, de evitar uma “cegueira deliberada” capaz de levar a decisionismos de impunidade.

Nesse lanço, registre-se que o fio condutor da obra é o método fenomenológico, porquanto, ao longo da tese, procurou-se verificar e criticar as formas de manifestação do Poder Judiciário, desvelando, assim, a crise do positivismo, com o enfoque no juiz solipsista.

Nesse andar, os objetivos desta tese foram pesquisar a evolução história do Estado com sua interligação com o Direito Penal, contextualizar, em breves linhas, a expansão do Direito Penal, levantar aspectos negativos do Iluminismo para a construção da decisão judicial, criticar o positivismo a partir da hermenêutica filosófica, demonstrar o estado da arte – buscando na teoria da resposta adequada o caminho para vencer as crises instauradas – com a proposta de uma nova visão sobre o princípio acusatório.

Em tal passo, informa-se que a tese pode ser vista como a continuidade de estudos iniciados em cursos de especialização (em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e em Direito Penal Econômico e Europeu pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra), assim como passados pelos bancos do Mestrado em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), mas nunca como um encerramento das reflexões sobre a “decisão judicial”, pois a hermenêutica filosófica tem caráter produtivo, não devendo ser aprisionada por pensamentos atemporais.

2 DO ESTADO ABSOLUTO AO ESTADO DEMOCRÁTICO E SOCIAL DE DIREITO: a evolução do estado e o papel reservado à jurisdição penal nesse quadrante da história

Em campo antecedente, tem-se de esclarecer ser indispensável abordar a evolução das formas de Estado com os respectivos modelos de jurisdição penal concretizados e eleitos à solução dos conflitos sociais. Em rigor, ambos, desde sempre, se encontram entrelaçados pelo fato de o Direito Penal ser um meio de controle social³ ao qual recorrem os detentores do poder (Estado) como incremento de gestão dos seus interesses, sendo o processo o instrumento⁴ pelo qual o sistema punitivo (em realidade, desigual,⁵ como se verá logo mais) se manifesta. Nesse sentido (e antecipando-se um pouco temas mais adiante tratados), verifica-se, claramente, esse enlace, como contextualiza Anitua:

³ *El Derecho penal constituye uno de los medios de control social existentes en las sociedades actuales. La familia, la escuela, la profesión, los grupos sociales, son también medios de control social, pero poseen un carácter informal que los distingue de un medio de control jurídico altamente formalizado como es el Derecho penal. Como todo medio de control social, éste tiende a evitar determinados comportamientos sociales que se reputan indeseables, acudiendo para ello a la amenaza de imposición de distintas sanciones para el caso de que dichas conductas se realicen; pero el Derecho penal se caracteriza por prever las sanciones en principio más graves – las penas y las medidas de seguridad –, como forma de evitar los comportamientos que juzga especialmente peligrosos – los delitos –. Se trata, pues, de una forma de control social lo suficientemente importante como para que, por una parte, haya sido monopolizado por el Estado y, por otra parte, constituya un de las parcelas fundamentales del poder estatal que desde la Revolución francesa se considera necesario delimitar con la máxima claridad posible como garantía del ciudadano. De ahí que el poder punitivo, reservado al Estado, sólo pueda ejercerse de acuerdo con lo previsto por determinadas normas legales, a aprobar por los representantes del pueblo en los países democráticos. Tales normas, que constituyen en Derecho penal, deben determinar con la mayor precisión posible qué conductas pueden considerarse constitutivas de delito y qué penas pueden sufrir quienes las realicen. Es lo que conocemos con la expresión principio de legalidad, y en ello consiste el carácter eminentemente formalizado que distingue al Derecho penal de otros medios de control social.* MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**: parte general. 8. ed. Buenos Aires: Julio César Faura, 2008. p. 40.

⁴ Para um estudo do caráter instrumental do processo, leia-se: LEONE, Giovanni. **Tratado de derecho procesal penal**. Traduzido por: Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1961. v. 1, p. 4-6.

⁵ Nessa linha, observa-se que BARATTA consignou: a) o *Direito Penal não defende todos e somente os bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos, e quando pune as ofensas aos bens essenciais o faz com intensidade desigual e de modo fragmentário*; b) *a lei penal não é igual para todos, o status de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos*; c) *o grau efetivo de tutela e a distribuição do status de criminoso é independente da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei, no sentido de que estas não constituem a variável principal da reação criminalizante e da sua intensidade. A crítica se dirige, portanto, ao mito do Direito Penal como direito igual por excelência. Ela mostra que o Direito Penal não é menos desigual do que os outros ramos do direito burguês, e que, contrariamente a toda aparência, é o direito desigual por excelência.* BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 162.

o surgimento do Estado – com sua primeira expressão nas monarquias absolutas – não pode passar despercebido hoje em dia nem ser analisado somente como um elemento de ‘transição’ para o desenvolvimento do modo de produção capitalista. Estado e capitalismo estão intrinsecamente unidos, já que constituem dois aspectos de uma nova forma de exercício do poder, ou melhor, de um novo diagrama no qual poderão ser desenvolvidas e ampliadas formas de exercício do poder, dos quais o poder punitivo talvez seja o mais importante⁶.

De mais a mais, apenas para citar como um (outro) bom (e mais antigo) exemplo do que acima se asseverou⁷, veja-se, não obstante o Império Romano não se enquadrar no conceito moderno de Estado (embora possa ser visto como uma organização politizada de poder), que:

el Derecho romano nos proporciona por su extensión en el tiempo y por los diferentes sistemas de organización política que se sucedieron, un ejemplo valiosísimo acerca de las transformaciones que sufre el enjuiciamiento penal a impulsos de la ideología política imperante⁸.

Por corolário lógico, o estudo de um implica o conhecimento do outro, sendo impossível qualquer divisão abstrata e fria entre Estado, Direito Penal e processo penal, mormente porque se procura colocar essa tese à ilharga de qualquer análise metafísica. Eis aí o acerto de Cunha, para quem

de facto, é natural que as soluções penais tenham de estar necessariamente no tipo de Estado. É evidente que o Direito Penal de um Estado totalitário não poderá ser o mesmo de um Estado democrático, enquanto naquele se tenderão a impor padrões de comportamento mesmo a nível ideológico ou moral, neste, a palavra de ordem será o máximo de pluralismo e tolerância compatíveis com a preservação das condições essenciais de sobrevivência social (e de desenvolvimento digno da pessoa humana)⁹.

Nessa linha, a decisão penal – enquanto entrega da jurisdição nesse particular – representa a aplicação do Direito repressor, em ação característica da síntese hermenêutica, de sorte que, além da interpretação e da compreensão do

⁶ ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 37-38.

⁷ Não se pode deixar de observar, aqui, que esse tema será abordado em tópico posterior específico.

⁸ MAIER, Julio. **Derecho procesal penal**. 2. ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004. v. 1, p. 272.

⁹ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 131.

magistrado, desembocam, nesse ato, de igual sorte as ideologias fundadoras do modelo de Estado e das escolhas pelas criminalizações de lesões a certos bens jurídicos. Não há, pois, como pensar um aspecto de modo estanque dos demais.

Indispensável realçar-se, nessa senda, que, ao se falar sobre esse tema, surgirá, não como objeto central do estudo (mas, em realidade, como consequência dele), a abordagem acerca do exercício legítimo do poder, colocando-o entre avanços e freios, em uma inserção pelo garantismo de dupla face.

Certamente, esse desiderato deitará os olhos à atividade da jurisdição penal, a qual se revela, de um modo político e processual, por intermédio das garantias da publicidade e da motivação, para quais o estudo se traduz significativo, na medida em que a tese da resposta correta (a ser abordada como fio condutor da tese) se vincula, indiscutivelmente, com essas garantias das garantias. Nessa linha de ideias, tem-se como correto lembrar Gomes Filho, quando asseverou:

a obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais está intimamente relacionada ao próprio desenvolvimento do Estado moderno e de seu aparelho judiciário, às relações entre o indivíduo e a autoridade, ao modo de estruturar-se o processo em determinado momento histórico e cultural e, inclusive, ao tipo de responsabilidade do juiz diante da sociedade¹⁰.

De tal arte, procurar-se-á, neste capítulo inicial, projetar a tese a partir dessa perspectiva (o enlace entre Estado e Direito Penal, evidenciando o papel da jurisdição criminal nessa senda), trazendo-se, ainda que de relance e uma vez ciente das dificuldades de se “identificar uma linha evolutiva uniforme”¹¹, o caminho desde o Império Romano até os dias hodiernos. Entretanto, adverte-se para logo que o papel da jurisdição criminal, no Estado Social e no Estado Democrático e Social de Direito, será desenvolvido no último capítulo, quando, então, serão trabalhos na busca da solução ao problema para o qual se busca solução – qual seja: como buscar a legitimidade jurisdicional penal em tempos de crises?

¹⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp. 51/52.

¹¹ Ibid., p. 52.

2.1 Os antecedentes romanos, o Feudalismo e o Estado absoluto.

2.1.1 A Relevância da Abordagem do Direito Romano

No limiar deste capítulo, tem-se de ponderar que a herança romana se apresenta verdadeiramente vasta para qualquer estudioso do Direito na tradição ocidental. Trata-se de um período longo da história, em que houve inúmeras particularidades e mudanças nas instituições e na vida em Roma. Afinal, são cerca de 700 anos entre o segundo século antes de Cristo até o encerramento do Império, sendo, de outro giro, 450 anos do segundo século antes de Cristo e a morte do último jurista indicado no *Digesto*, com a possibilidade de acrescentarmos mais 300 anos se acoplarmos Justiniano¹². Em verdade,

a razão do grande interesse do estudo do Direito público romano está no longo período de tempo a observar, com uma rica evolução política (realeza, república, principado) e social (do Estado patricio ao Estado plebeu), e no incremento que nele tiveram algumas das noções e das instituições jurídico-políticas (como as magistraturas colegiais da época republicana)¹³.

De idêntica sorte, desvela-se o interesse pelo dado de suas compilações, ao materializarem conceitos de forma atemporal e metafísica, servirem de impulso para inúmeras legislações posteriores invocadoras de uma segurança jurídica embasada no Direito enquanto ciência exata. Sobre esse aspecto, é de notar-se que, inquestionavelmente,

a reapropriação formal dos conceitos jurídicos romanos adaptou-se historicamente à organização do cálculo racional, à previsibilidade das expectativas exigidas pelo mercado e à certeza jurídica, como fatores obliteradores em muitas circunstâncias de uma idéia mais ampla de justiça social, nas sociedades capitalistas modernas e no colonialismo e neocolonialismo típicos das economias pré-capitalistas coloniais e dos países constituintes da periferia do sistema capitalista atual¹⁴.

¹² Cfe. LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 43-44.

¹³ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 13.

¹⁴ VERAS NETO, Francisco Quintanilha. Direito romano clássico: seus institutos jurídicos e seu legado *In*: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Fundamentos de história do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 128.

Nesse cenário, é de rigor asseverar-se serem vastas as semelhanças de Roma com as cidades gregas, na medida em que – apesar de se constituir em um vastíssimo império – continuou a ser um Estado de base municipal¹⁵. De todo o modo, mostra-se coerente consignar que a civilização romana não apresentou a mesma mola propulsora de invenções que a grega¹⁶; entretanto, sua importância reside no fato de transportar para o mundo da realidade ideias gregas e fundar instituições dotadas de uma eficiência incontestável¹⁷, como, no particular de que se cuida, o Direito. É inequívoco que *con Grecia y Roma hacen su entrada la racionalidad de la reacción penal, es decir, que se mundaniza, se seculariza marcadamente la legislación penal*¹⁸.

Realmente, “pelo menos para os países que sofreram a sua influência, o direito romano é considerado um dos maiores fenômenos culturais de todos os tempos”¹⁹. Por consequência,

os enunciados jurídicos e as legitimações filosóficas intervêm como quadro, como marca e como perpetuação da ação fundadora da comunidade cívica. Assim, o direito, a respublica e o imperium atuam enquanto instituem a ordem militar e administrativa estabelecida de fato pelo Povo e pelo Senado²⁰.

Portanto, a importância deste estudo (inicial) encontra justificativa à medida que o material romano, apesar da derrocada do Império, se projetou no tempo, influenciando substancialmente o Direito e o ensino jurídico posteriores, de modo que, em realidade, buscaremos explicar alguns dos problemas atuais (e projetar esforços em prol de encontrar soluções a eles) a partir desse germen.

¹⁵ Cfe. MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 12.

¹⁶ Não se pode, contudo, deixar de realçar que, em Atenas, já não existiam as crueldades que marcavam as penas do mundo antigo, conforme remarca ZAFFARONI: *la legislación penal griega en general, se há perdido, conservándose solo fragmentos en las obras de autores que tratan de otras materias. Uma idea bastante clara del proceso penal ateniense nos la proporciona el juicio de Sócrates, que se conserva principalmente por obra de Platón. Por medio de estos fragmentos de obras filosóficas y literárias, sabemos que em Atenas había desaparecido la crueldad que caracterizaba las penas del mundo antiguo y que, como consecuencia de la concepción griega de la polis, su ley no respondía a la base política teocrática de los estados antiguos. Pese a ello, bueno es advertir que Sócrates fue juzgado y condenado por un delito contra religión, aunque debe recordarse que se le dio la posibilidad de huir*. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal parte general**. Buenos Aires: Ediar, 1987. v. 1, fl. 332.

¹⁷ Cfe. CHÂTELET, François; DUHAMEL, Oliver; PISIER-KOUCHNER, Évelyne. **História das idéias políticas**. Traduzido por: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985. p. 22.

¹⁸ ZAFFARONI, op. cit., p. 333.

¹⁹ VERAS NETO, Francisco Quintanilha. Direito romano clássico: seus institutos jurídicos e seu legado. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Fundamentos de história do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 147.

²⁰ CHÂTELET; DUHAMEL; PISIER-KOUCHNER, op. cit., p. 23.

2.1.2 A Organização Política e o Direito Penal: o papel da jurisdição criminal nas fases de Roma

Em uma perspectiva histórica, a sua divisão pode ocorrer da seguinte forma: (i) Direito Arcaico (em que havia a atividade de pretores): da fundação presumida da cidade em 753 antes de Cristo até aproximadamente o segundo século antes de Cristo; (ii) o período Clássico: da República tardia ao Principado, isto é, até pouco depois da dinastia dos Severos; e (iii) o período Tardio (pós-Clássico): do século III depois de Cristo até o final do Império (em que se buscou salvar o material já produzido). Dentro dela, Roma desenvolveu, igualmente, três grandes regimes constitucionais, os quais foram marcados por longas e frequentes crises. A monarquia iniciou-se na fundação (753 antes de Cristo) até a expulsão dos Tarquínios (509 antes de Cristo). A República foi de 509 antes de Cristo até 27 antes de Cristo. O império começou com o principado de Augusto (27 antes de Cristo), passando por Diocleciano (284 depois de Cristo) e, depois, pelo Dominato (de Diocleciano) até o seu desaparecimento²¹.

À luz desse cenário, tem-se de ter em mente que, “inclusive na época do pior despotismo imperial, Roma sempre se proclamou republicana”²², sendo que “esse semblante parecia indispensável ao seu poder”²³. De toda a sorte, a historiografia jurídica divide o Império Romano, sob a perspectiva jurídico-política, em etapas cronologicamente bem delimitadas:

Período da Realeza (das origens de Roma à queda da realeza em 510 a.C.); 2) Período da República (510 a.C. até 27 a.C., quando o Senado investe Otaviano – futuro Augusto – no poder supremo, com a denominação de princeps); 3) Período do Principado (de 27 a.C. até 285 d.C., com o início do dominato pró-Diocleciano); 4) Período do Baixo Império (de 285 até 585 d.C., data em que morre Justiniano)²⁴.

Na realeza, havia instituições político-jurídicas vinculadas à presença de um Estado Teocrático, no qual o rei detinha o cargo de magistrado vitalício, acumulando

²¹ Cfe. LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 43-44.

²² CHÂTELET, François; DUHAMEL, Oliver; PISIER-KOUCHNER, Évelyne. **História das idéias políticas**. Traduzido por: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985. p. 23.

²³ Ibid., p. 23.

²⁴ VERAS NETO, Francisco Quintanilha. Direito romano clássico: seus institutos jurídicos e seu legado. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Fundamentos de história do direito**. Antonio Carlos Wolkmer (Org.). Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 129.

as funções de chefe político, jurídico, religioso e militar. Existiam alguns cargos auxiliares, como juízes nos casos de crimes contra o Estado (*os duouiri perduellionis*) e os magistrados investidos de poder para julgar os assassinos voluntários de um *pater familias* pelo seu filho (*quaestore parricidii*). Nesse lapso, verifica-se que o Direito, em essência, era costumeiro, sendo a jurisprudência monopolizada pelos pontífices (portadores de funções religiosas). O período da realeza se encerrou com queda de Tarquínio. No posterior (República), as magistraturas receberam maior prestígio, passando, é bom frisar-se, a administrar a justiça criminal, de uma forma temporária, colegiada, gratuita e irresponsável. O Direito tinha as seguintes fontes: o costume, a lei e os editos dos magistrados. No Principado, por sua vez, sucedeu a adoção dos comícios centuriados, nos quais prevalecia a divisão em cinco classes em conformidade com a riqueza imobiliária. Ademais, veja-se que a passagem da República ao Império ocorreu de forma progressiva, tendo como destaque, entre outros aspectos, os juristas Sálvio Juliano, Papiniano, Paulo, Gaio, Ulpiano e Modestino, que sistematizaram o Direito Romano. Por último, anote-se que o período final da civilização romana foi o baixo Império, quando ocorreu sua cristianização e sua decadência política e cultural, tendo o Imperador (Deocleciano) o poder absoluto e divinizado²⁵.

Sob a ótica do processo penal, é de notar-se que, nessa linha de tempo, as mudanças não foram bruscas ou revolucionárias, mas, em realidade, refletiram uma lenta transformação das instituições. Monarquia, República e Império não revelam divisões fortes dos sistemas de acusação penal à ilharga das suas respectivas organizações políticas. Como se registrou, as mudanças foram graduais, apesar de sempre a acusação penal posterior ter o objetivo claro de sanar as deficiências da antiga fórmula, visando a atender as necessidades próprias da forma da recente organização política²⁶. Também ocorreu a destruição de muito material romano, o que limitou uma compreensão mais ampla e exata da realidade do processo penal. Aliás, é Jimenez de Asua quem recorda que

el Derecho penal romano de la época clásica está formado por laas leges, los senatusconsulta, por algún edictum y por las responsa

²⁵ Cfe. VERAS NETO, Francisco Quintanilha. Direito Romano Clássico: seus institutos jurídicos e seu legado. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Fundamentos de história do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 130-132.

²⁶ Cfe. MAIER, Julio. **Derecho procesal penal**. 2.ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004. v. 1, p. 273.

prudentium. Este material está, em gran parte, destruido. Solo conocemos lo que há servido de base a la obra justinianas en las Instituta y em la compilación denominada Digesto o Pandectas. Precisamente em ella se encuentran los famosos libros XLVII y XLVIII, referentes a Derecho penal y procesal, que se conocen con la denominación de libri terribiles. El Derecho de la época imperial se formó por las Constituciones imperiales, de las que no ha quedado huella en los escasos fragmentos de los Códigos Gregoriano y Hermogemiano, pero que se hallan contenidas en el Código Theodosiano (libro IX y título VIII del XV), en el Código Justiniano y en las Novelas²⁷.

Em linhas gerais, observa-se que a sociedade romana era assaz desigual, o que gerou uma série de instituições políticas e jurídicas *sui generis*. Havia, por corolário disso, um ambiente de conturbação e de conflitos de classes, sobretudo no que tange aos embates entre os patrícios e os plebeus. Tanto isso se mostra correto que foi justamente uma rebelião plebeia a geradora da (famosa) Lei das XII Tábuas, por meio da qual os plebeus alcançaram maior poder²⁸.

Nessa senda, atente-se que a base do Direito Romano se vinculou à Lei das XII Tábuas²⁹ (por volta de 450 anos antes de Cristo, com os *decênviros*), por intermédio da qual o objeto primeiro de abordagem foi a família. Sendo assim, surgiu a forte figura do *pater familias* enquanto senhor absoluto da casa, com capacidade de representação perante juízes (nos casos em que ele próprio ou os seus tivessem

²⁷ JIMENEZ DE ASUA, Luis. **Tratado de derecho penal**. 5. ed. Buenos Aires: Losada, 1950. v. 1, p. 284

²⁸ Cfe. VERAS NETO, Francisco Quintanilha. Direito romano clássico: seus institutos jurídicos e seu legado. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Fundamentos de história do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 122.

²⁹ *A lei das XII Tábuas resultou da luta entre a plebe e o patriciado. Um dos objetivos dos plebeus era o de acabar com a incerteza do direito por meio da elaboração de um código, o que viria refrear o arbítrio dos magistrados patrícios contra a plebe. Em 462 a.C., o tribuno da plebe Terentílio Arsa propôs que se criassem os quinqueviri – magistratura formada por cinco membros – com o encargo de elaborarem um código para a plebe. Mas, os patrícios perceberam que, com isso, haveria a completa separação entre a plebe – que já tinha dirigentes (os tribunos) e assembléia própria (os concilia plebis) – e o patriciado, formando-se em Estado dentro do outro. Daí, terem eles concordado, não com tal proposta, mas com a criação da magistratura constituída de dez membros (os decemviri legibus scribundis), a qual elaboraria um código aplicável a todos os romanos, quer patrícios, quer plebeus. Em 454 a.C., segue para a Grécia uma embaixada, composta de três membros, para estudar a legislação de Sólon. Quando de seu retorno, em 452 a.C., são eleitos os decênviros, que, durante o ano de 451 a.C., elaboraram um código em 10 tábuas. Mas, como o trabalho estava incompleto, elege-se novo decenvirato (do qual faziam parte alguns membros do primeiro, e – o que era inovação – alguns plebeus), que, em 450 a.C., redige mais duas tábuas, perfazendo, assim, o total de 12 (por isso: Lei das XII Tábuas). Por pretenderem os decênviros perpetuar-se no poder, há revolta popular que os depõe. ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 1, p. 24. [...] Lei das XII Tábuas não era um código como os modernos, que se ocupam de determinado ramo do direito (por exemplo: código civil, código comercial, código penal), mas lei geral que continha dispositivos sobre direito público e direito privado. (Ibid., p. 25.)*

sofrido qualquer dano), exigindo reparações e penas adequadas³⁰. De mais a mais, surgiu, com essa lei, a figura de um Direito laicizado, como ponderou Zaffaroni, quando destacou esta evolução:

En Roma, como en todos los pueblos primitivos, el derecho penal teve un origen sacro. A partir de la ley de las XII Tablas (siglo V a.C.), ya el derecho se encuentra laicizado y se establece la distinción entre los delicta publica y los delicta privata³¹.

Em outro quadrante, deve-se creditar a Cícero (106 antes de Cristo até 43 antes de Cristo) o ato de definição dos princípios que embasaram Roma em uma visão de cidade universal. Por meio dele é que se passou a considerar a presença de uma lei natural válida para todos os homens e inscrita na própria ordem do cosmos. Em essência, apontou-se para uma lei cujo conhecimento se faria possível através da reta razão. Uma lei eterna e imutável capaz de se apresentar como regra absoluta ao desenvolvimento e adoção de toda Constituição e legislação. Seguindo-se uma concepção do estoicismo, a natureza (cosmos) tinha o mesmo significado que a razão³². Nesse ponto, vale recordar-se, por relevante, que:

o estoicismo é uma abordagem da vida; implica o controle das emoções e a aceitação tanto das forças da vida quanto do destino em um cosmo que, quanto ao mais, é caótico e imprevisível. E não se trata, aqui, de uma aceitação irracional. Por sob a aparência caótica da vida, os estóicos argumentavam que o universo era um ordenamento sistemático no qual o homem e o cosmo se comportavam segundo princípios finalísticos específicos. A razão e a lei operavam em toda a natureza³³.

Na base disso, nota-se que essa filosofia (que é da última escola grega, dos estoicos) forneceu algum material destinado à construção de uma ponte³⁴, o que permitiu a conclusão acima aventada, segundo a qual natureza e razão pertenciam ao mesmo significado. Bem por isso, cumpre-se dizer, havia uma ordem política

³⁰ Cfe. CHÂTELET, François; DUHAMEL, Oliver; PISIER-KOUCHNER, Évelyne. **História das idéias políticas**. Traduzido por: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985. p. 23.

³¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal parte general**. Buenos Aires: Ediar, 1987. v. 1, p. 336.

³² Cfe. CHÂTELET; DUHAMEL; PISIER-KOUCHNER, op. cit., p. 23.

³³ MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo**. Traduzido por: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 61.

³⁴ Ibid., p. 60.

estritamente determinada, de sorte que a *respublica* recebeu a consistência de se traduzir na expressão da lei natural³⁵.

Posteriormente, com a chegada do Império, em especial com César Augusto, houve o ingresso robusto do aspecto religioso no comando romano, porquanto, na sua pessoa, se reuniam três características de ações: (i) senhor da ordem político-religiosa, com qualidade moral permissiva do julgamento do relevante ao bem público; (ii) chefe supremo das legiões; e (iii) um encargo patronal no sentido de implementar ações para contribuir à felicidade e à honra da cidade. Esse ingresso religioso também decorreu da própria organização das forças constitutivas da comunidade, quais sejam: (i) a classe dos sacerdotes-reis, os senadores, os magistrados civis, aos quais cumpria se comunicar com os deuses e administrar a *respublica* ao amparo de Júpiter; (ii) a classe dos guerreiros que defendiam a cidade sob a proteção de Marte; e (iii) a classe dos agricultores e artesãos, os quais alcançam as necessidades materiais. Veja-se, de mais a mais, que a projeção de Roma ao Oriente mediterrâneo amparou as luzes religiosas acopladas ao poder imperial, reforçando-o cada vez mais a partir dessa perspectiva. Com esse alargamento do Império, exsurgiram problemas de difíceis contornos (constitucional, de poder e político), à medida que a união de vários povos³⁶ sob a ordem de Roma gerou efeitos naturais de dispersão. Nesse campo da história é que se desenvolveu a pregação cristã na bacia do Mediterrâneo, sendo o Imperador Constantino o agente a por fim às perseguições anticristãs em 312 depois de Cristo³⁷. Calha referir-se, nesse ponto, o seguinte:

³⁵ Cfe. CHÂTELET; DUHAMEL; PISIER-KOUCHNER, op. cit., p. 23.

³⁶ [...] a população da cidade de Roma e do território romano acrescentado por conquista foi crescendo, em parte devido à imigração, em parte pela incorporação dos habitantes das regiões submetidas, na maioria povos latinos. Todos estes novos súditos do Estado (deixando de lado a questão dos clientes) viviam fora das antigas gens, cúrias e tribos e, por conseguinte, não faziam parte do *populus romanus*, do povo romano propriamente dito. Eram, pessoalmente, livres; podiam possuir terras, estavam obrigados impostos e sujeitos ao serviço militar. Não podiam, todavia, exercer qualquer função pública, ou tomar parte nos comícios das cúrias, ou se beneficiar da distribuição das terras conquistadas pelo Estado. Constituíam a plebe, excluída de todos os direitos públicos. Pelo constante aumento do seu número, pela própria instrução militar que recebiam e por seu armamento, acabaram por se converter numa força ameaçadora para o antigo *populus*, agora hermeticamente fechado para todo o novo elemento vindo de fora. A terra, além do mais, ao que parece, estava dividida com certo equilíbrio – e desde cedo – entre o *populus* e a plebe, mas a riqueza comercial e industrial, ainda que pouco desenvolvida, pertencia na sua maior parte à plebe. ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Trad. José Silveira Paes. São Paulo: Global, 1984. p. 178.

³⁷ Cfe. CHÂTELET, François; DUHAMEL, Oliver; PISIER-KOUCHNER, Évelyne. **História das idéias políticas**. Traduzido por: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985. p. 25-27.

seria durante o domínio romano da Palestina que surgiria o Cristianismo e seria para o Império que ele, primeiro, se difundiria; e o Cristianismo viria a abalar as principais concepções sociais romanas e, a prazo, os próprios alicerces de Cidade antiga, ao reconhecer à pessoa uma nova posição dentro da comunidade política e ao contestar o caráter sagrado do Imperador³⁸.

Malgrado esses aspectos cristãos (os quais serão, oportunamente, abordados), pode-se apontar, por ora e de um ponto de vista esquemático, três modos diversos de solução de controvérsias, como assevera Lopes:

primeiro as ações da lei. Correspondem ao período arcaico e mais antigo do direito romano. Nelas o centro do saber jurídico está na figura dos pontífices. Em segundo lugar vem o tempo do processo formular, em que a produção do direito – como cultura e como regra – está na mão dos pretores ao lado dos juristas, ou prudentes. Finalmente, o período da cognição extraordinária, em que o imperador e seus juristas se destacam como atores da nova ordem³⁹.

Em face desse (vasto) campo, é de rigor esclarecer-se que o objetivo da tese não se prende à abordagem ampla da integralidade dos períodos com suas respectivas particularidades em todos os níveis daquele ordenamento jurídico, mas ao estudo do desenvolvimento do Direito Romano no que tange ao processo penal, desde o seu período clássico (com a marca de um sistema acusatório) até a derrocada do Império (na qual estava presente o sistema inquisitivo). Não se desconhece, todavia, que se pode concluir já ter sido o processo penal romano um instrumento à aplicação do Direito Penal, sendo que *el derecho penal romano se funda exclusivamente en el interes del Estado*⁴⁰. Eis aí o motivo pelo qual o Estado romano (entendido, aqui, não como conceito moderno de Estado, mas como um início de organização de poder) teve sua evolução enlaçada com o Direito Penal.

Sob o ponto de vista jurídico, verifica-se, como argumentou Silva, uma forte influência cristã sobre o direito romano (quando da decadência do Império⁴¹), sendo

³⁸ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 14.

³⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 44.

⁴⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal parte general**. Buenos Aires: Ediar, 1987. v. 1, p. 337.

⁴¹ *Chama-se de baixo império (284 d.C. a 565 d.C.) ou dominato o período histórico que vai da morte de Diocleciano até a morte de Justiniano. Ao passo que, no período anterior, o imperador ainda partilha de certo modo seu poder com o senado (diarquia, governo de dois), neste período, o traço político dominante é a concentração dos poderes nas mãos do soberano que governa sozinho*

isso sentido a tal ponto que, a partir de Constantino, se tornou inviável uma investigação histórica capaz de compreender, dentro de uma mesma unidade, o período clássico e o de Justiniano⁴², porquanto a injeção legislativa com concepções cristãs se concretizou para ignorar o direito precedente⁴³. Ocorreu, pois, em especial com Teodonisio II, no século V, um claro desiderato de programar uma legislação caracterizada com a pura marca cristã, de sorte que normas e instituições do direito romano clássico restaram investidas por esse espírito religioso⁴⁴.

Relevante consignar-se, ademais, que as compilações de Justiniano passaram a constituir a base do ensino médio do Direito nas universidades, o que, em grande medida, acarretou o enorme abismo existente, até os dias hodiernos, entre o Direito vivo da experiência judiciária e aquele dos bancos acadêmicos. Isso porque a redação do *Digesto* era em latim, ainda que o império falasse grego⁴⁵. Assim, soava no mínimo difícil que juristas práticos aplicassem uma reunião de leis de vários séculos⁴⁶.

Nesse particular, atente-se que Justiniano foi o imperador que mais importância destinou à sistematização do direito romano⁴⁷, sucedendo-se uma

(monarquia, *governo de um só*). CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito romano moderno**. Rio de Janeiro: Forense, 1971. p. 42.

⁴² *Embora Justiniano, na constituição que promulgou o Digesto, tivesse proibido os comentários àquela obra – o que provavelmente se estendia às demais partes do Corpus Iuris Civilis –, e apenas autorizado traduções literárias, índices e remissões a dispositivos sobre o mesmo assunto colocados em lugares diferentes, essa proibição não foi observada. Com efeito, sob a denominação de índices fizeram-se comentários. Entre eles destacam-se os de Estéfano, os de Doroteu e os de Cirilo, ao Digesto; e os de Taleleu, ao Código. Quanto às Institutas, Teófilo – um de seus compiladores – escreveu, em grego, a célebre Paraphrasis Institutionum. Essas obras foram redigidas durante ou pouco após o reinado de Justiniano. Em 565 d. C, falece o imperador, e a data é tradicionalmente considerada o termo final do direito romano. A partir de então, desenvolve-se, no Oriente, o direito bizantino, que representa uma evolução do direito justiniano, no qual se acentuam, decisivamente, as influências orientais.* (ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 1, p. 55.) De outro giro, observe-se que: *Com a dominação da península itálica por Justiniano a sua legislação passou a ser adotada no Ocidente, por meio da Pragmatica Sanctio do ano 554, conhecida pelas palavras que a iniciavam: Pro Petitione Vigili.* MEIRA, Sílvio. **Curso de direito romano: história e fontes**. São Paulo: LTR, 1996. p. 209.

⁴³ Cfe. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 77.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 78.

⁴⁵ *Depois da morte de Justiniano, a aplicação de sua obra legislativa se torna cada vez mais difícil, por três motivos: 1º) a língua latina, usada na codificação, vai, a pouco e pouco, deixando de ser falada no Oriente, onde o idioma utilizado era o grego; 2º) no Corpus Iuris Civilis havia normas de direito romano clássico em desuso ao lado de preceitos jurídicos vigentes; e 3º) sendo cada uma de suas partes (Institutas, Digesto, Código e Novelas) um todo orgânico, onde se tratava, de maneira independente, dos diversos institutos jurídicos, havia dificuldades em coordenarem-se as normas, sobre cada um deles, existentes naquelas quatro partes.* MEIRA, Sílvio. **Curso de direito romano: história e fontes**. São Paulo: Editora LTR, 1996. p. 55-56.

⁴⁶ Cfe. SILVA, op. cit., p. 79.

⁴⁷ Cfe. CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito romano moderno**. Rio de Janeiro: Forense, 1971. p. 45.

volumosa codificação dos preceitos do direito romano clássico no Oriente. Isso porque essa faixa de terra, por ter maior desenvolvimento econômico e estrutura social mais flexível, resistiu às invasões bárbaras que varreram o Ocidente⁴⁸. É correto afirmar que a “decadência econômica e política de Roma no baixo império não poderia deixar de afetar o direito. Este ficou adstrito, durante o *dominato*, à compilação dos preceitos formulados na época clássica da sua existência”⁴⁹.

Deveras importante anotar-se que, ao compilar codificações ao escopo de servir de base de estudo, se encampou um raciocínio jurídico metafísico, típico da relação sujeito-objeto. Para além de afastar o ensino jurídico do mundo, isso deu azo, no Brasil, como se verá em capítulo oportuno, a uma crise derivada das arbitrariedades das motivações de decisões judiciais (as quais se materializam a partir de juiz solipsista que esconde a singularidade do caso).

Segundo a concepção romana, havia o processo penal público e o processo penal privado, porquanto os delitos se dividiam, exatamente, em *delicta publica* e em *delicta privata*, reclamando, cada um desses, um rito específico. Na seara privada, o Estado se colocava como um árbitro para solucionar o conflito entre as partes, tendo o magistrado o múnus de analisar as provas e decidir. Em outro caminho, o Estado, no público, se apresentava como o agente dotado de poder de repressão⁵⁰. Ou seja: *los delitos públicos eran perseguidos por los representantes del Estado en el interes del mismo, en tanto que los delitos privados eran perseguidos por los particulares en su próprio interes*⁵¹. Realidade é, entretanto, que, ao passar dos anos, o processo penal privado foi perdendo a robustez, sendo quase abandonado totalmente⁵². Com efeito,

la linea divisoria del derecho civil y del derecho penal tenía en Roma un trazado distinto del que rige hoy entre nosotros, porque en el derecho romano una parte de lo que hoy incluimos en el derecho penal material, pertenecía al derecho privado bajo la forma de los *delicta privata*; el robo, el hurto, la injuria eran perseguidos por el damnificado mediante la acción privada; esa pretensión jusprivatista de satisfacción se hacía valer en el proceso civil y era realizada por

⁴⁸ Cfe. MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. O direito romano e seu ressurgimento no final da idade média. In: Antonio Carlos Wolkmer (Org.). **Fundamentos de história do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 190.

⁴⁹ Ibid., 440.

⁵⁰ Cfe. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 1, p. 80.

⁵¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal parte general**. Buenos Aires: Ediar, 1987. v. 1, p. 336.

⁵² Cfe. TOURINHO FILHO, op. cit., p. 80.

una composición en dinero (pagada al damnificado) o librando al autor a la venganza privada (tal vez por azotes)⁵³.

Entretanto, vale consignar-se – tendo-se à frente Maier – que o procedimento privado (*iudicium privatum*) e seu sistema de acusação apenas se conservaram, em definitivo, para o delito de injúria e para as ações de adultério, falso e suposição de nascimento, motivo pelo qual o procedimento público (e seus respectivos delitos) reclama(m) maior enfoque⁵⁴.

Relevante é anotar-se que a organização romana carecia de autoridade e de coerção públicas necessárias ao implemento de suas decisões judiciais, sendo que as violações mais cruéis tinham tão-somente um aspecto civil. Inexistia coação pública permissiva da imposição da sanção penal. Não havia uma efetiva proteção em desfavor da violência que ferisse interesses importantes (hoje, bens jurídicos). Apenas para exemplificar, registre-se que as citações eram levadas a efeito pelas próprias partes, que se socorriam, no mais das vezes, do poder militar. Portanto, não se pode falar em uma forma organizada e centralizada por parte do poder público no sentido de impor a sanção jurídica⁵⁵.

Em outro giro, vale destacar que o processo penal público atravessou várias fases em Roma. No limiar da monarquia, apenas para citar, a simples presença de uma notícia de crime era suficiente para que o magistrado se lançasse a campo, visando a proceder às investigações consideradas adequadas. Não se lhe havia, pois, qualquer limite, marcando-se o arbítrio como um constante. Uma vez ultrapassada a investigação (também denominada *inquisitio*), o magistrado aplicava a pena. Dispensável era a acusação; ao réu, de outro lado, não era projetada qualquer garantia, existindo defesa apenas se o magistrado houvesse por bem concedê-la. Cuidava-se de um processo denominado *cognitio*, o qual, posteriormente, restou modificado pelo ingresso da apelação (*provocatio ad populum*), visando a moderar o arbítrio do magistrado no que tange aos julgamentos dos *civis romanus*⁵⁶.

Já no último século da República, foi encampado o procedimento da

⁵³ WALTER, Gerhard. **Libre apreciación de la prueba**. Bogotá: TEMIS, 1985. p. 21.

⁵⁴ Cfe. MAIER, Julio. **Derecho procesal penal**. 2. ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004. v. 1, p. 273.

⁵⁵ Cfe. VERAS NETO, Francisco Quintanilha. Direito romano clássico: seus institutos jurídicos e seu legado. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Fundamentos de história do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 125.

⁵⁶ Cfe. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1, p. 80-81.

accusatio, que,

para algunos, gloria imperecedera del Derecho romano, pues, además de ser el mejor elaborado, es el que, para nuestra época y organización política, deja las mejores enseñanzas y experiencias. Se verá cómo la fecundidad del Derecho romano extiende sus enseñanzas a esta rama de las ciencias jurídicas y, pese a que su luz ilumina preferentemente las instituciones del Derecho privado, no es menos cierto que logra también inmortalidad en el Derecho público, particularmente em el Derecho procesal⁵⁷.

Conforme esse procedimento, qualquer cidadão – afora os magistrados, as mulheres, os menores e outros que poderiam se apresentar carentes de honorabilidade – tinha o direito de acusar, iniciando-se o processo com a sua *postulatio* ao *quaesitor*. Tratava-se esta figura daquele que decidia se havia ou não crime, assim como a presença ou não de qualquer obstáculo à admissão da lide. Uma vez admitida a *postulatio*, ocorria o seu registro no Tribunal (*inscriptio*), não podendo, depois disso, o acusador desistir. Alcançavam-lhe, de outro giro, o direito de levar a efeito as necessárias investigações para comprovar sua alegação em juízo. Seu dever era, portanto, acompanhar a causa integralmente⁵⁸.

Importante mostra-se anotar, dentro desse prisma, que, entre os três procedimentos criminais do direito romano da época clássica, ganhavam maior destaque os tribunais por jurados, cujo corpo era entre quarenta e setenta membros, sendo presidido por um pretor ou magistrado de menor hierarquia. Nessa sistemática, incumbia ao presidente dirigir o debate e proclamar a sentença que os jurados ditavam. Para tanto, a intervenção do Estado dependia da ação de um particular, que realizasse a função de acusador. Em termos gerais, seus princípios processuais vinculavam-se com a publicidade, a oralidade, a imediata recepção da prova e sua livre apreciação (com o que a confissão não obrigava, só por si, o juiz)⁵⁹. É dizer: a administração da justiça estava nas mãos de um Tribunal popular constituído por *judices jurati* (os quais eram eleitos entre os senadores e, em seguida, entre os cidadãos). À formação do *consilium*, os *judices* eram apenas designados pelas partes (*editio*), vindo, depois, a prevalecer a formação pelo sorteio (*sortitio*). Em havendo uma pluralidade de acusadores contra o mesmo réu e pelo

⁵⁷ MAIER, Julio. **Derecho procesal penal**. 2.ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004. v. 1, p. 273.

⁵⁸ Cfe. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1, p. 81.

⁵⁹ Cfe. WALTER, Gerhard. **Libre apreciación de la prueba**. Bogotá: TEMIS, 1985. p. 21-25.

mesmo delito, decidia-se, antes, qual dos postulantes deveria acusar (*divinatio*), mas posteriormente se admitiu a possibilidade de vários cidadãos encamparem a acusação. No período de Cícero, as partes tinham três horas para demonstrar suas teses de acusação e defesa, sendo o Tribunal presidido pelo *quaesitor*, que observava a ordem e lavrava a sentença proferida pelos *judices jurati*. Havia réplica e tréplica antecessoras da votação (que, primeiro, era efetuada oralmente, mas depois passou a ser secreta). Em caso de empate, o acusado era absolvido⁶⁰. Pelo exposto, constata-se que os tribunais atuavam por delegação do povo romano, julgando por exigência da “majestade do povo romano” e da “saúde da coisa pública”⁶¹. Em tal passo, é significativo ponderar-se o seguinte:

procedimiento acusatório romano, único sometido a reglas y principios jurídicos que reemplazaban la arbitrariedad para dar paso a la seguridad y equidad, tiene su pilar fundamental em el sistema característico que adoptó para regular la función requirente em el procedimiento penal. Esse procedimiento fue denominado iudicium publicum, quaestio o accusatio. Se repetia el esquema fundamental de este tipo de enjuiciamiento, cuyo eje central era um debate oral y público del cual emergia el fundamento de la decisión del tribunal⁶².

Nesse cenário, a oralidade, ao menos até meados do século II depois de Cristo, foi um elemento essencial do procedimento⁶³. No que tange à motivação, veja-se que sua presença carece de fontes consistentes (conforme assevera Gomes Filho⁶⁴), podendo-se limitar “sua aplicação ao procedimento da *cognitio extra ordinem*, no qual a existência da apelação praticamente obrigava o juiz inferior a fundamentar a sua sentença, para assim possibilitar ao órgão superior o reexame completo da causa”⁶⁵. Tanto no processo penal clássico, como no subsequente, existia o princípio da livre apreciação da prova⁶⁶ (como se asseverou alhures), com o que

⁶⁰ Cfe. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1, p. 81-82.

⁶¹ Cfe. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal parte general**. Buenos Aires: Ediar, 1987. v. 1, p. 337.

⁶² MAIER, Julio. **Derecho procesal penal**. 2. ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004. v. 1, p. 282.

⁶³ Cfe. WALTER, Gerhard. **Libre apreciación de la prueba**. Bogotá: TEMIS, 1985. p. 23.

⁶⁴ Cfe. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 52.

⁶⁵ Ibid., p. 52.

⁶⁶ Cfe. WALTER, op. cit., p. 24.

la confesión del acusado era por cierto importante, pero no obligaba por sí sola al juez, como ocurría en el proceso civil. En la época republicana, un hombre libre no podía ser obligado a declarar, pero al comenzar la era del principado vino a contemplarse también la posibilidad de someter a tortura a un hombre libre acusado de un crimen, principalmente cuando era de lesa majestad. La decadencia política se proyectaba ahora también en el derecho procesal⁶⁷.

Definitivamente, o período do direito romano clássico casou com o estágio de maior desenvolvimento de sua civilização. Destaca-se, como já se disse, seu caráter laico e individualista, com as fontes legislativas, cada vez mais presentes em relação às consuetudinárias, sendo interpretadas por profissionais especializados, quais sejam, os jurisconsultos⁶⁸. Indubitavelmente, o Direito romano secularizou a persecução penal, porquanto incorporou, como desiderato do procedimento, a averiguação objetiva da verdade histórica através de meios racionais voltados à reconstrução de um acontecimento, em tese já ocorrido, que se imputava a um acusado. Com isso, rompeu-se com a concepção segundo a qual o procedimento serviria não para provar a verdade histórica de um fato, mas a acusação por meio de manifestações de alguma divindade⁶⁹.

Nesse viés secularizado, além da legislação e da doutrina (jurisprudência⁷⁰), outra fonte relevante do Direito Romano se prendia aos editos dos magistrados (os pretores em Roma e os governadores das províncias). Os magistrados estavam investidos em um amplo poder de criação normativa, na medida em que, como as leis forneciam elementos gerais e abstratos, eram as suas interpretações (divulgadas no programa do mandato atual) que norteavam o entendimento e a aplicação da produção legislativa⁷¹. De tal arte,

com o passar do tempo os julgadores pouco alteravam os textos de seus predecessores, desta forma, constituiu-se o *ius praetorium*, que praticamente era o direito vigente em Roma. Os amplos poderes concedidos aos magistrados permitiam uma grande maleabilidade do direito romano, o que possibilitou uma melhor adaptação com o direito e os costumes das populações submetidas ao seu domínio,

⁶⁷ WALTER, Gerhard. **Libre apreciación de la prueba**. Bogotá: TEMIS, 1985. p. 24.

⁶⁸ Cfe. MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. O direito romano e seu ressurgimento no final da idade média. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Fundamentos de história do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 187-189.

⁶⁹ Cfe. MAIER, Julio. **Derecho procesal penal**. 2. ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004. v. 1, p. 274.

⁷⁰ *A jurisprudência romana, levada a cabo pelos jurisconsultos, visava ao estudo das regras de direito e sua aplicação na prática forense, sem uma maior preocupação na sistematização de seu ordenamento.* (MARTINS, op. cit., p. 188.)

⁷¹ *Ibid.*, p. 187-189.

sobretudo na porção oriental do império, onde existiam civilizações avançadas como a grega e a egípcia⁷².

Nessa quadra da história, atente-se que “os romanos, que foram grandes juristas, não cuidavam de doutrina sistemática de conceitos fundamentais. O seu Direito era uma prática do justo em relação a fatos cotidianos”⁷³. Concluindo,

la época clásica se nos presenta como un caso de justicia ejemplar: tanto en el proceso civil como en el penal rige el principio de la libre apreciación de la prueba; un procedimiento público y oral, la inmediatez de la recepción de la prueba y la garantía de que se escuchará a ambas partes, afianzan al máximo el logro de la meta procesal, que es la averiguación, el descubrimiento de la verdad⁷⁴.

Ocorre, contudo, que, no tempo do Império, a *accusatio* restou, paulatinamente, cedendo seu espaço para o procedimento da *cognitio extra ordinem*, através do qual o magistrado teve poderes para invadir o campo de ação do acusador privado, de sorte que, em determinada época, se atingiu o extremo de se concentrar em um mesmo órgão (Estado/Magistrado) as atribuições que hoje são de competência do Juiz e do Ministério Público. Nesse novo procedimento, havia uma inquirição preliminar comandada por funcionários encarregados das investigações preliminares. Entretanto, findas essas, o magistrado atuava *ex officio*, acumulando as funções de julgar e acusar, com a apelação sendo dirigida ao Imperador. Veja-se que esse direcionamento da apelação, em sequência, restou modificado por intermédio do endereçamento aos magistrados superiores. Atente-se, de mais a mais, que esse procedimento, em especial quanto ao acúmulo de funções do magistrado, se tornou a regra geral⁷⁵, estando assente, pois, o modelo inquisitivo.

Destaca-se que, com o Império, a atuação dos tribunais deixou de ser delegada pelo povo (como era na República), passando a ter amparo na figura do Imperador, o qual delegava seus poderes de julgar pessoalmente em casos importantes, tendo um poder acima da lei⁷⁶.

Inclusive, impossível esquecer-se, como frisou Tourinho Filho, que “o

⁷² MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. O direito romano e seu ressurgimento no final da idade média. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Fundamentos de história do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 179-211.

⁷³ BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t. 1, p. 68.

⁷⁴ WALTER, Gerhard. **Libre apreciación de la prueba**. Bogotá: TEMIS, 1985. p. 25.

⁷⁵ Cfe. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1, p. 82-83.

⁷⁶ Cfe. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal parte general**. Buenos Aires: Ediar, 1987. v. 1, p. 337.

processo da *cognitio extra ordinem* faz introduzir, entre os romanos, a tortura, para a obtenção de confissões. A princípio torturava-se o réu. Depois, não só o réu como também as testemunhas para que falassem a verdade⁷⁷. Eis aí o gérmen do procedimento inquisitivo (nos moldes arbitrados pela Santa Inquisição), conforme aponta Ferrajoli:

nació así, con la *cognitio extra ordinem*, el proceso inquisitivo, tramitado y decidido *ex officio*, en secreto y sobre documentos escritos, por magistrados estatales delegados del príncipe (los *irenarchi*, los *curiosi*, los *nunciatores*, los *stationarii*), basado en la detención del acusado y su utilización como fuente de prueba, muy pronto acompañada de la tortura⁷⁸.

Mediante tudo isso, pode-se perceber que, com a derrocada de Roma, se enterrou (como se verá logo mais), no processo penal, qualquer traço da herança acusatória romana; além dela, certo é que outra grande conquista do Direito Penal clássico romano soçobrou – vale indicar: “os romanos foram um dos raros povos antigos que cedo libertaram o Direito do domínio religioso, distinguindo nitidamente na doutrina e na prática o jurídico do sacral⁷⁹, ou seja, “a partir da lei das XII tábuas (século V a.C.), o direito já se encontra laicizado⁸⁰. Fala-se, aqui, pois, do direito romano clássico, que ainda não contava com uma influência cristã – que se corporificou a partir da decadência do Império, colorindo as normas e as instituições clássicas com o espírito dessa religiosidade⁸¹.

Sem sombra de dúvida, “a oficialização do cristianismo como religião de estado em Roma, trasladada depois aos reinos medievais, e sua manutenção durante boa parte da época moderna, fez desta doutrina um componente importante do direito público na tradição cultural do ocidente⁸². Não se pode deixar de ter em mente que “durante a Idade Média operou-se no ocidente europeu o fenômeno conhecido pela denominação de Recepção do Direito Romano⁸³. De mais a mais, “foi no período compreendido entre os séculos XIII e XV que se verificou a recepção

⁷⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v.1, p. 83.

⁷⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Madrid: Editorial Trotta, 2000. p. 565.

⁷⁹ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. Tomo 1. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 66.

⁸⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 188.

⁸¹ Cfe. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 78.

⁸² RAMÓN CAPELLA, Juan. **Fruto proibido: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do Estado**. Trad. Gresiela Nunes da Rosa; Lédio Rosa de Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 81.

⁸³ MEIRA, Sílvio. **Curso de direito romano: história e fontes**. São Paulo: LTR, 1996. p. 212.

do direito romano em diversos países europeus, como na Alemanha, na França, na Espanha e em Portugal”⁸⁴. De toda a sorte, vale esclarecer-se:

o espírito cristão não rejeita e muito menos repudia os textos romanos e as lições de seus juristas pagãos, limitando-se a enaltecê-los com o fermento do cristianismo, elemento catalisador dessa transformação. Os textos passam a ser iluminados por outra luz, embora permaneçam inalterados, ou apenas parcialmente modificados, de modo a harmonizá-los com os princípios de valores religiosos⁸⁵.

Para além do aspecto religioso que permeou o ingresso do Direito Romano nessa quadra da história, exurgiu um fator econômico para viabilizar e potencializar esse implemento, conforme destacou Alves:

no século XI, verifica-se, na Europa, o ressurgimento do direito romano, graças a Irnério, que, dando nova orientação ao ensino jurídico em Bolonha (Itália), funda a Escola dos Glosadores. Segundo parece, duas foram as causas desse fenômeno: 1ª) razão de ordem política (nessa época, os partidários do imperador da Alemanha lutavam contra os do Papa; deste era aliada a Condessa Matilde de Tuszien, que incumbiu Irnério de aprofundar o estudo do direito romano, tendo em vista que, sendo ele direito nacional, serviria de elemento de combate ao direito estrangeiro); 2ª) motivo de natureza econômica (nesse tempo, observa-se o desequilíbrio entre o desenvolvimento econômico da Itália e as acanhadas normas jurídicas então em vigor; para eliminá-lo, bastava a utilização do direito romano)⁸⁶.

Por meio disso é que, posteriormente, ocorreu, no Direito Penal, a (indevida) união entre delito e pecado (permissiva, inclusive, do desenvolvimento mais agressivo do sistema inquisitivo, no qual a confissão era a principal prova e, quando efetivada, permitia o perdão divino, o que, cumpre-se o registro, legitimava inclusive o uso da própria tortura até a morte), assim como na construção do Direito civil “outros valores cristãos fundamentais, derivados da caridade, como o sentimento de moderação, a clemência e a piedade, informam igualmente, como valores referenciais, o sentido da justiça de cada caso e o próprio ordenamento jurídico, em

⁸⁴ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 1, p. 59.

⁸⁵ Cfe. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 80.

⁸⁶ ALVES, op. cit., p. 58.

sua totalidade”⁸⁷. Em outro giro, o universo cultural escravista romano e sua significação moral deram

ao direito civil romano a forma de direito material e instrumental, baseado em ardis e fraudes, que por sua vez acabavam beneficiando os mais fortes em face da existência de uma sociedade extremamente desigual, em que o direito formal permitia usualmente apenas aos mais fortes beneficiar-se do sistema jurídico existente devido ao seu poder material alicerçado nos planos econômico e militar⁸⁸.

Daí por que, na última hipótese, o direito romano cristão nos deixou o legado da proteção do devedor⁸⁹. Na esfera penal, eis então o motivo pelo qual, concluiu-se, se percebe a importância alcançada atualmente à delação premiada, a qual, por conteúdo, se assemelha à confissão; todavia, vai muito além quanto aos corolários, porquanto pode afastar qualquer punibilidade, bem demonstrando a relevância que ainda se alcança à palavra do réu. Ou seja: mesmo em sistemas ditos acusatórios (com a divisão entre as funções de acusar e de julgar, soterrando qualquer viso do juiz inquisidor), a confissão, na realidade prática, coloca-se como a rainha das provas, atuando, nessa ótica, como auxiliar do Estado, que presenteia o criminoso delator duplamente: (i) na esfera pré-processual, ao ignorar sua condição de autor de crime(s), deixando de encampar relevância ao dado segundo o qual se beneficiara com os proventos do comportamento típico-ilícito; e (ii) na seara judicial, ao protegê-lo ao ponto de afastar a sua punição material, tratando-o, ainda, no aspecto processual, com mecanismos positivos da lei da proteção às testemunhas⁹⁰.

Em vista disso, notam-se, apesar de vários séculos depois de Constantino, visos legislativos cristãos inclusive na esfera do Direito Penal, colocando-se adequado destacar, nesse quadrante, que

a lei judaica de Talião (olho por olho, dente por dente) presidiu no Ocidente o sistema punitivo penal de uma maneira geral até a época moderna. Sem embargo, a penalidade ocidental se viu agravada pelo componente teológico-ecclesial do cristianismo histórico e sua representação do Inferno. O cristianismo-religião de estado, ademais,

⁸⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 3 ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 84.

⁸⁸ VERAS NETO, Francisco Quintanilha. Direito romano clássico: seus institutos jurídicos e seu legado. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Fundamentos de história do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 124-125.

⁸⁹ Cfe. SILVA, op. cit., p. 85.

⁹⁰ Advirta-se, para logo, que esses pontos serão trabalhados em Capítulo subsequente.

incluiu entre os delitos a heresia, e a punição clássica do herege (tanto em estados que oficializavam o cristianismo romano como os que oficializavam o reformado) consistia em uma encenação pública das penas infernais: a morte na fogueira, castigo que se aplicava também a outros supostos que figuravam no relato bíblico⁹¹.

De tal arte, pode-se observar, em Roma, que a centralização do poder determinou a escolha do procedimento penal (instrumentalizado para a efetivação da decisão judicial), uma vez que havia um sistema acusatório no tempo no qual o poder estava nas mãos do povo, ao passo que o inquisitivo no lapso marcado pela concentração de funções na pessoa do Imperador. Trata-se, a boas luzes, de exemplo fundante de que o Direito Penal se alicerça a partir da ideologia vencedora, que o utiliza como um meio de controle social.

2.1.3 A Derrocada do Império Romano e o Impulso ao Feudalismo

De toda a sorte, tem-se de registrar, nesse momento, que, com a queda do Império Romano do Ocidente, ocorreu uma regressão do modo de vida da população existente na (longa) faixa de terra que hoje conhecemos como Europa. Tratou-se de uma catástrofe civilizatória, na medida em que sucedeu a perda de uma cultura de capacitações avançadas (vida urbana, comunicações, comércio, agricultura, entre outros⁹²), sobretudo se levarmos em conta o incêndio da Biblioteca de Alexandria.

Com o fim da nobreza patricia, apareceu uma nova classe de proprietários de dinheiro e de terras, que absorveram as áreas dos camponeses arruinados pelo serviço militar, cultivando esses latifúndios por meio de escravos. De quebra, a Itália

⁹¹ RAMÓN CAPELLA, Juan. **Fruto proibido**: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do Estado. Trad. Gresiela Nunes da Rosa; Lédio Rosa de Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 81.

⁹² Nesse sentido, importante mostra-se esclarecer: *O império foi invadido por populações procedentes do nordeste, com suas próprias identidades culturais. A fragmentação política e o desmoronamento do saber técnico conduziram a um processo de perda cultural no mais amplo sentido da palavra. Ainda que as ordens religiosas que acabaram surgindo finalmente naquelas épocas difíceis trataram, mediante a fundação de monastérios, de recuperar aos menos o saber agrícola, indispensáveis para a sobrevivência, o câmbio civilizatório foi completo. Acabou afetando a língua também: ainda que as pessoas de cultura conservassem o idioma intercomunicativo, o latim, a desagregação originou no Ocidente europeu as novas – crescentemente separadas – línguas românicas. Para compreender o período, há que tomar em consideração ante tudo o quadro social geral, que é de uma produção que apenas alcança o nível de subsistência, desagregação e instabilidade política, isolamento e incomunicabilidade de núcleos populacionais muito dispersos, caída demográfica e brutalização dos modos de vida.* (Ibid., p. 83.)

acabou sendo despovoada, dando azo ao domínio dos bárbaros germanos⁹³, assim como às estruturas feudais posteriores (que serão trabalhadas no próximo tópico).

É possível dizer-se que o período vinculado à centralização da atividade legislativa no Imperador e ao das tentativas de codificação corresponde ao das invasões e assentamentos dos bárbaros dentro das fronteiras do Império. Não se pode esquecer que a ocupação pelos povos do norte vinha ocorrendo desde meados do século II depois de Cristo – apesar de muitos romanos resistirem a ela. Sucede, entretanto, que o modo de vida romano tradicional restou minado pela centralização das funções judiciais e legislativas na pessoa do Imperador. Cuidou-se de um período de crise social, econômica e política, no qual a burocracia imperial e seu exército já não mais se sustentavam, ao ponto de que muitos romanos passaram para o lado dos bárbaros. Foi, em síntese, o fim da civilização romana refletido por uma espécie de seu abandono⁹⁴.

Dentro dessa senda, também a concepção de Estado restou estiolada no sentido da gestão da coerção pública, dado esse que se projetou para a Idade Média, conforme aponta Bonavides:

toda a Idade Média, com sua organização feudal levantada sobre as ruínas do Império Romano, vira em certa maneira arrefecer a concepção de Estado. Pelo menos do Estado no sentido de instituição materialmente concentradora de coerção, apta a estampar a unidade de um sistema de plenitude normativa e eficácia absoluta⁹⁵.

Por consequência de todo o exposto, encampou-se um período de fome, doenças, violência, ignorância e isolamento⁹⁶, que se vinculou ao modo de produção feudal presente em toda a Europa⁹⁷.

2.1.4 Do Feudalismo ao Estado Absoluto: como andou a Jurisdição Penal?

A partir da queda do Império Romano, surgiram as condições adequadas

⁹³ Cfe. ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Trad. José Silveira Paes. São Paulo: Global, 1984. p. 180.

⁹⁴ Cfe. LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História: lições introdutórias**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 64-65.

⁹⁵ BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 32.

⁹⁶ Cfe. RAMÓN CAPELLA, Juan. **Fruto proibido: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do Estado**. Trad. Gresliela Nunes da Rosa; Lédio Rosa de Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 82.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 82.

para a propulsão de um sistema marcado pela ordem feudal e patriarcal, sendo esses os alicerces sobre os quais o feudalismo foi se desenvolver até sua dissolução quando do surgimento do Estado moderno (em sua primeira versão, a absolutista).

Com efeito, esta tese, nas próximas linhas, cuidará dessa passagem específica, abordando, dentro dela, as formas pelas quais houve a entrega da prestação jurisdicional penal, não se descuidando, por certo, de tecer os (devidos) comentários acerca dos atores sociais que permearam esse contexto histórico, entre eles, apenas para adiantar, os senhores feudais, os reis, os hereges, os magistrados inquisidores e os burgueses (que já iniciavam a sua ascensão).

2.1.4.1 O Feudalismo

Uma vez findo o Império Romano, vislumbra-se a decadência de um modo de governo que (hodiernamente) conhecemos como Estado⁹⁸, ou seja, a presença de um poder centralizado. Nesse caminho, cumpre-se observar que o senhor feudal, de modo solitário, possuía o poder econômico, político, militar, jurídico e ideológico sobre seus servos e vassalos. Os camponeses eram obrigados a permanecer nas suas terras, a fim de prestar os serviços que se lhe fossem requisitados, sejam de armas (aos homens), sejam de leite (às mulheres), além desenvolver a agricultura⁹⁹, que se destinava à subsistência.

Em essência, esse poder de dominação embasou-se em um direito sobrenatural, que se originava de Deus, revelando-se, por corolário lógico, intocável¹⁰⁰. Todavia, é de ver-se que “a própria fraqueza econômica, militar e política impedia o surgimento de um único senhor, e os localismos, a autarquização econômica da vida evitaram alguém cujo poder fosse incontestável em extensão e duração”¹⁰¹. Sob esse prisma, percebe-se, claramente, a descentralização do poder nas mãos dos nobres, o que atingiu, em grande medida, a fonte legislativa imperial e

⁹⁸ Cfe. BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 32.

⁹⁹ Cfe. RAMÓN CAPELLA, Juan. **Fruto proibido**: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do Estado. Trad. Gresielia Nunes da Rosa; Lédio Rosa de Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 83.

¹⁰⁰ Cfe. FLEINER-GERSTER, Thomas. **Teoria geral do Estado**. Trad. Marlene Holshausen. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 27.

¹⁰¹ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**: lições introdutórias. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 73.

o direito, sendo que esse último se restringiu às relações feudo-vassálicas, com o uso do costume como fonte de excelência. Em síntese, o poder judicial restou centralizado nas pessoas dos senhores feudais, e a atividade legislativa soçobrou por conta disso¹⁰². Em certo sentido, isso contribuiu, conforme se apontou antes, para a perda da concepção de Estado no sentido de unidade de poder de coerção.

Nessa época (vale indicar: a anterior ao Estado absolutista), percebe-se que a ordem estatal era marcada pela “tirania, pela exploração, pela estagnação de castas estanques, a desesperança e a fome para a maior parte do povo”¹⁰³. Sem dúvida, o medievo e o feudalismo representaram modelos de dominação da Igreja Católica¹⁰⁴ e dos senhores feudais¹⁰⁵, existindo a fixação de uma sociedade de estamentos, onde era impossível ascender de uma classe social para outra. Como os direitos e deveres das pessoas dependiam das suas respectivas posições nas classes sociais estanques, modificar a ordem estamental estabelecida implicava perturbar a unidade orgânica da própria sociedade¹⁰⁶, na qual, é bom frisar-se, “o senhor feudal detinha, em uma só e indiferenciada peça, o poder econômico, o político, o militar, o jurídico e o ideológico sobre seus servos e vassallos”¹⁰⁷.

De todo modo, o poder do Senhor Feudal restou (re)direcionado à sua família por intermédio da sucessão hereditária, assim como a seus seguidores, que recebiam terras e, por conta disso, em seu nome, controlavam o povo e recolhiam os impostos, essenciais à manutenção e ao desenvolvimento do exército¹⁰⁸. Observa-se, nesse quadro, que a guerra, afora o matrimônio, era o

¹⁰² Cfe. MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. O direito romano e seu ressurgimento no final da idade média. In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos de história do direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 193.

¹⁰³ MOREIRA, Alexandre Mussoi. **A transformação do Estado**: neoliberalismo, globalização e conceitos jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 26.

¹⁰⁴ Cfe. SANTOS, Rogério Dutra dos. A institucionalização da dogmática jurídico-canônica medieval. In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos de história do direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 221.

¹⁰⁵ Lembra Fleiner-Gerster que “os habitantes de uma região eram protegidos pelo senhor do respectivo território, ao qual, em contrapartida, deviam obediência. O poder original do chefe de família se expande, assim, para a grande aliança. E, se a dependência dos vassallos era grande em relação ao seu senhor feudal, este frequentemente procurava reforçar essa dependência, por exemplo, aumentando os impostos, com a finalidade de consolidar a sua dominação”. LEINER-GERSTER, Thomas. **Teoria geral do Estado**. Traduzido por: Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 40.

¹⁰⁶ Cfe. PERRY, Marvin *et al.* **Civilização ocidental**: uma história concisa. Traduzido por: W. Dutra. São Paulo: Martins Fontes, 1985. p. 190.

¹⁰⁷ CAPELLA, Juan Ramón. **Fruto proibido**: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do Direito e do Estado. Trad. Gresiela Nunes da Rosa e Lédio Rosa de Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 84.

¹⁰⁸ Cfe. FLEINER-GERSTER, op. cit., p. 27.

único meio à ampliação das riquezas, porquanto a vitória representava angariar outros povoados e anexar mais áreas geográficas¹⁰⁹. Calha esclarecer-se, nesse ponto, que a detenção da terra regia a sociedade medieval, que se dividia em ordens e estamentos. Em tal passo, havia, pois, dois sistemas de relações sempre pautadas a partir dessa questão: (i) o feudal, que disciplinava as relações entre senhores; e (ii) o senhoril, que estabelecia os contatos entre senhores e não-senhores.¹¹⁰ Sendo assim, nota-se que a capacidade bélica, segundo Ramón Capella:

hierarquizou a aristocracia feudal, estabelecendo relações de vassalagem também entre ela a respeito dos senhores mais poderosos; mas os reis desta época só eram primus inter pares, ou, dito de outro modo, sua primazia era insegura, e estava exposta aos resultados de guerras, alianças ou matrimônios contrários¹¹¹.

Relevante asseverar que “formar um exército próprio para campanhas e conquistas, poderá, dependendo das circunstâncias, obrigar a uma obediência absoluta”¹¹², resultando também disso “as condições para um sistema de dominação feudal e patriarcal”¹¹³. Sobre o casamento, percebe-se verdadeira arte de enlaçar matrimônios ao escopo de avolumar poderes em virtude de dotes e heranças comuns. Nesse passo, os matrimônios viabilizavam um título jurídico, através do qual se fazia possível reivindicar, belicamente, domínios que seriam objeto de direito hereditário¹¹⁴.

De outro giro, havia leis com previsão de sanções e recompensas para o povo, que seria punido se as descumprisse, ou beneficiado se as observasse. Podem-se apontar, assim:

normas morais, como nos estatutos das corporações de ofício das cidades medievais; determinam os direitos e os deveres dos soldados e oficiais, regulamentam o procedimento perante os

¹⁰⁹ Cfe. RAMÓN CAPELLA, Juan. **Fruto proibido**: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do Estado. Trad. Gresiela Nunes da Rosa; Lédio Rosa de Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 84.

¹¹⁰ Cfe. LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**: lições introdutórias. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 73.

¹¹¹ RAMÓN CAPELLA, op. cit., p. 84.

¹¹² FLEINER-GERSTER, Thomas. **Teoria geral do Estado**. Trad. Marlene Holshausen. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 27.

¹¹³ Ibid., p. 27.

¹¹⁴ Cfe. RAMÓN CAPELLA, op. cit., p. 84.

tribunais assim como os deveres dos cidadãos em relação ao rei e seus funcionários¹¹⁵.

Em casos criminais, existiam, nas aldeias e nos campos, (quando inviáveis os acertos econômicos) os julgamentos por ordálias¹¹⁶, que eram vistos por todos. Embates entre senhores e vassallos também eram solucionados dessa forma, todos eles cheios de testemunhas, desafios e duelos. Noutra lado, a presença das cortes senhoriais (presidida pelo senhor da região) proporcionava os julgamentos dos vassallos por vassallos; entretanto, esse sistema entrou em crise em virtude das disputas políticas levadas a efeito por senhores em ascensão (econômica e militar), por senhores superiores (reis e príncipes) e pela jurisdição paralela da Igreja (bispados, papado)¹¹⁷. Apesar disso, certo é que o Direito se mostrava “desenvolvido progressivamente em estreita ligação com convicções religiosas e morais e representações mágicas”¹¹⁸. Por conta desse aspecto,

o direito desempenhou na Idade Média um papel muito menor do que havia tido no mundo romano e o que alcançaria na modernidade; um papel subalterno. Regressou-se a um arcaico mundo de temores e mistérios populares, a um mundo mágico-religioso... As crenças religiosas (servidas por uma clerezia próxima aos fragmentados poderes locais) se constituíram no discurso público por excelência, e as noções jurídicas mesmas experimentaram uma mutação que as retrotraía à linguagem sacerdotal¹¹⁹.

Não obstante, pode-se aventar a existência do direito feudal compilado por escrito, como, por exemplo, os Usos de Barcelona (1068), a Carta de Pisa (1142) e

¹¹⁵ FLEINER-GERSTER, op. cit., p. 43.

¹¹⁶ Nesse particular, veja-se: *Tal contraprestação econômica costumava resolver o conflito. Porém, quando isso não acontecia, o modelo de luta ou do combate judicial era utilizado como ritualização ou simbolismo da guerra física. O modelo era o da ordália ou “juízo de Deus”. Nesta espécie de dolo não havia intervenção de representante da autoridade; o que efetivamente importava era a resolução pública da luta ou a prova, pois o público cuidaria do cumprimento das regras, assim como daria seu parecer sobre o “juízo de Deus”, sempre sujeito a interpretações (se a mão havia ou não ficado curada depois de estar em carne viva, se a água onde arremessaram o infrator o “aceitava” ou o “rechaçava”, se ele havia repetido com maior êxito a prova ora etc.). As regras mencionadas não eram impostas “de cima”, mas eram antes produto de um consenso comunitário sempre aberto, e que às vezes era útil aos poderosos – quando se acusava alguém odiado pela comunidade –, mas em outras situações ia contra os seus interesses. Esse componente do acaso ou da decisão comunitária seria eliminado pelo Estado moderno.* ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 44.

¹¹⁷ Cfe. LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 75.

¹¹⁸ FLEINER-GERSTER, Thomas. **Teoria geral do Estado**. Trad. Marlene Holshausen. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 44.

¹¹⁹ RAMÓN CAPELLA, Juan. **Fruto proibido: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do Estado**. Trad. Gresiela Nunes da Rosa; Lédio Rosa de Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 84-85.

os *Libri Feudorum* de Milão (1095-1130)¹²⁰, sendo, todavia, o direito canônico, durante toda a Idade Média, o único considerado universal¹²¹.

2.1.4.2 O Estado Absoluto

Sobre a sucessão do Medievo pelo Estado moderno, é de se ver que desponta a imprecisão de qualquer data capaz de especificar esse lapso, de modo que é impossível delimitar “a passagem do feudalismo para o capitalismo, onde começa a surgir o Estado Moderno em sua primeira versão, o absolutista”¹²². No absolutismo, havia máxima concentração de poder nas mãos do rei (sozinho ou em conjunto com seus ministros), que ditava as leis de conformidade com a sua vontade, sendo, de outro giro, ausentes as regras limitadoras da sua ação¹²³.

Não obstante, registre-se que a concepção de Estado (como poder institucionalizado) é posterior ao Medievo, uma vez que surgiu “como decorrência/exigência das relações que se formaram a partir do novo modo de produção – o capitalismo – então emergente”¹²⁴. Não se pode olvidar, entretanto, que já existiam, no interior da ordem feudal, relações de intercâmbio mercantil¹²⁵, ocorrendo processos de produção projetados também ao mercado (e não apenas ao autoconsumo e à tributação feudal), o que gerava inovação social¹²⁶. Em razão disso, existiram, lado a lado, na sociedade feudal, dois tipos de relações pouco amoldáveis, os quais são descritos por Capella nestes termos:

¹²⁰ Cfe. LOPES, op. cit., p. 75.

¹²¹ Cfe. MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. O Direito Romano e seu ressurgimento no final da Idade Média. In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos de história do direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 193.

¹²² WOLKMER, Antonio Carlos. **Elementos para uma crítica do Estado**. Porto Alegre: Fabris, 1990. p. 22.

¹²³ Cfe. MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 3. d. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 29.

¹²⁴ WOLKMER, op. cit., p. 23.

¹²⁵ Deve-se anotar que, “no mundo feudal, quase todas as atividades produtivas tinham por finalidade direta acima de tudo a própria manutenção de quem as realizava, ainda que não só isso. Os atos de intercâmbio — de coisa por coisa, de coisa por ação, e mais raramente de coisa ou ação por dinheiro — não eram desconhecidos mas distanciavam-se infinitamente de serem comuns e generalizados. O mercado, obviamente, não é natural (salvo que chamássemos estupidamente mercado a toda forma de colaboração entre seres humanos, como fazem alguns apologetas da economia de mercado; haveria então um mercado do parentesco ou um mercado da solidariedade neste absurdo sentido)”. CAPELLA, Juan Ramón. **Fruto proibido: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do Estado**. Trad. Gresiela Nunes da Rosa e Lédio Rosa de Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 93.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 89.

uma ordem de relações feudais, fixadoras, na qual as pessoas tinham distintos estatutos (ou conjuntos de obrigações dos demais para com elas) segundo sua posição de classe – com produção para o autoconsumo e tributo em espécie; e uma ordem de relações de capitalismo mercantil, na qual as pessoas valiam em função do que pudessem comprar com independência de sua origem social – com produção para o intercâmbio¹²⁷.

Com efeito, nota-se que “durante séculos coexistiram na Europa ocidental e central dois modos econômicos de produção diferentes: um feudalismo que se dissolvia lentamente e um capitalismo mercantil crescente que ia a caminho da indústria”¹²⁸, o qual, de efeito, teve seu apogeu com o surgimento da grande indústria, ou seja, com a (primeira) revolução industrial, quando, então, o sistema de produção representou um capitalismo tecnicamente afiançado¹²⁹. De quebra, contatou-se, no século XVIII, o incremento do capitalismo (primeiro, o comercial; depois, o industrial), mostrando-se a burguesia, nesse quadrante, o setor mais dinâmico da sociedade, sendo isso sentido a tal ponto que, adianta-se, conduziu à revolução pela busca de poder político¹³⁰.

Afora tais fatores, tem de se observar a ocorrência dessa linha evolutiva no que pese o aparecimento do Estado moderno: os reinos (constituídos depois da desagregação do Império Romano do Ocidente¹³¹) deram lugar a algumas unidades maiores e mais estáveis (como a Florença dos Médici, a unidade política de Castilha e Aragão, os reinos da Inglaterra e da França, por exemplo) até se chegar às modernas monarquias absolutistas¹³², nas quais se diferem dois sub-períodos – quais sejam: (i) um inicial, com projeção até o início do século XVIII, no qual a monarquia se apresenta como direito divino, sendo o rei escolhido por Deus,

¹²⁷ CAPELLA, Juan Ramón. **Fruto proibido**: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do Estado. Trad. Gresiela Nunes da Rosa e Lédio Rosa de Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 89.

¹²⁸ Ibid., p. 95.

¹²⁹ Ibid., p. 95-96.

¹³⁰ Cfe. MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 30.

¹³¹ Capella assevera que a queda do Império Romano representou o naufrágio civilizatório, porque “a desagregação do Império romano do Ocidente não foi um mero acontecimento da história política: significou uma autêntica catástrofe civilizatória, o naufrágio do modo de viver das populações do que agora chamamos Europa, embasado em uma cultura com capacitações notáveis. Ainda hoje são visíveis na península ibérica os restos das gigantescas obras públicas da colônia romana. O naufrágio supôs uma cisão histórica; uma regressão. A vida urbana, as comunicações, o comércio, a saúde e as condições de vida, a agricultura e as técnicas, a produção e em geral o saber e a cultura (sobretudo depois do incêndio da Biblioteca de Alexandria, depósito do saber greco-romano e oriental) vieram abaixo. As populações do continente se viram açoitadas pela fome, a escassez, as epidemias, o isolamento, a ignorância e a violência” (CAPELLA, op. cit., p. 82).

¹³² Ibid., p. 89.

governando por conta Dele e possuindo uma autoridade embasada no sentido religioso; e (ii) um posterior, no qual se inicia um viés racionalista no seio da comunidade jurídica como antecedente do iluminismo¹³³.

No andar da história, o rompimento com o modelo pré-moderno concretizou-se através das passagens de relação de poder (autoridade, administração da justiça...), até então nas mãos do senhor feudal, para a esfera pública (o Estado centralizado)¹³⁴, surgindo então o Estado absolutista. Isso se tornou realidade, sobremaneira, em virtude das pressões internas e também das lançadas pelo ambiente internacional, as quais conduziram a uma racionalização da estrutura organizacional do governo, preenchendo a incapacidade do rei feudal de enfrentar as novas exigências diplomáticas, militares e financeiras¹³⁵. Assim,

a função histórica do Estado absoluto consiste em reconstruir (ou construir) a unidade do Estado e da sociedade, em passar de uma situação de divisão com privilégios das ordens (sucessores ou sucedâneos dos privilégios feudais) para uma situação de coesão nacional, com relativa igualdade de vínculos ao poder (ainda que na diversidade de direitos e deveres)¹³⁶.

Na perspectiva geral, havia, na quadra anterior da história, um panorama de incertezas que impulsionou, concomitantemente, por um lado, pressões internacionais e, de outro, ebulições internas. Sem sombra de dúvidas, a pressão do ambiente internacional – contra a incapacidade de o rei feudal solucionar novas exigências diplomáticas, militares e financeiras – engendrou uma racionalização da organização do governo. Disso resultou, portanto, a formação de serviço diplomático materializado por um corpo permanente de funcionários dotados de expertise, assim como o surgimento dos primeiros exércitos estatais permanentes, os quais reclamaram, ao seu desenvolvimento, a criação de uma robusta estrutura burocrática e a projeção da tecnologia para fins bélicos¹³⁷. Em rigor, percebe-se que

¹³³ Cfe. MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 29.

¹³⁴ Cfe. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 43.

¹³⁵ Cfe. MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**. Traduzido por: Francisco Javier Roig e Manuel Martínez Neira. Madri: Editorial Trotta, 1998. p. 30.

¹³⁶ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 30.

¹³⁷ Cfe. MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**. Trad. Francisco Javier Ansuátegui Roig e Manuel Martínez Neira. Madri: Editorial Trotta, 1998. p. 30-31.

la venalidad y la heredabilidad de los cargos constituirán en Francia un potentísimo freno al poder de la monarquía, precisamente cuando ésta triunfaba sobre las últimas resistencias feudales al absolutismo, ya que el oficial de su cargo se sentía Independiente respecto del poder¹³⁸.

Em termos financeiros, ocorreram mudanças substanciais, especialmente no que tange à arrecadação de valores destinados ao custeio dessa nova administração, porquanto nem o patrimônio pessoal do Rei e, muito menos, o da Coroa serviriam para tal desiderato. Nesse sentido, atente-se que esse conjunto de novos horizontes passou a exigir o implemento de uma mentalidade racionalista, a qual buscou os meios técnicos para alcançar a finalidade precípua de potencializar o Estado. Tratou-se, enfim, de projetar essa racionalidade técnica à política, em nítida harmonia com a revolução científica concretizada para evidenciar o uso da natureza¹³⁹.

À luz desses aspectos, percebe-se, no Estado Absoluto, uma clara modificação da estrutura de poder (que se torna centralizada), na medida em que o plano político e o uso da força se tornam um monopólio do rei, sendo afastada a possibilidade da vingança privada¹⁴⁰. À base disso, ocorreu *una mayor capacidad del gobierno central de penetrar en la sociedad, bien para regular el comportamiento de los individuos y de las fuerzas sociales, bien para extraer mayores recursos con instrumentos y procedimientos más racionales*¹⁴¹.

Houve, pois, um processo de racionalização, que compreendeu a profissionalização e a burocratização dos órgãos administradores do poder, inclusive o penal¹⁴², corporificando-se, com força, um Estado burocrático. Em grande medida, isso se originou do dado segundo o qual

quando os governantes de espaços maiores que o local, mas menores que o universal, começaram a afirmar-se, e a criar um aparelho de Estado aceito, suas formas de desenvolvimento mais antigas supuseram o aparecimento de uma hierarquia de serviços especializados na manutenção da ordem – daí a origem de juizes, polícia etc. – e o próprio direito fez-se coercitivo, pois imporia, de cima para baixo, um modelo de culpabilidade ou de inocência

¹³⁸ MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**. Trad. Francisco Javier Ansuátegui Roig e Manuel Martínez Neira. Madri: Editorial Trotta, 1998. p. 32.

¹³⁹ Ibid., p. 30-31.

¹⁴⁰ Ibid., p. 29.

¹⁴¹ Ibid., p. 29.

¹⁴² Cfe. ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 39.

estabelecido de acordo com os códigos promulgados por uma autoridade central¹⁴³.

Realmente, com a passagem do poder feudal para a monarquia, presenciou-se a vitória da capacidade administrativa sobre a força física. A soberania, em síntese, foi caracterizada por esse viés mais pensante e burocrático. Com essa (nova) valorização, ganhou força a figura dos instruídos, os quais, no mais das vezes, provinham do interior da Igreja e administravam o poder, com menos visibilidade, mas com grande eficiência. Percebe-se, nesse lanço, que a burocracia – intimamente ligada à Igreja – foi o mecanismo marcante do Estado e de sua administração do poder. De quebra, o direito estatal restou imposto em detrimento dos direitos locais, sendo marcado pela origem romana imperial, que se manteve conservada durante a Idade Média nas universidades e, em especial, na Igreja. Encontrou-se, no direito do Império Romano, referências justificadoras de um monarca forte, assim como outras que confirmassem a necessidade de funcionários (burocracia). Estava assente, sendo assim, a figura de uma monarquia absoluta e “administrativizada”, havendo a centralização do poder no rei, porque, na inviabilidade de se reproduzir a unidade imperial romana, era ele o imperador do seu reino¹⁴⁴.

Malgrado esse tecnicismo político de índole racional, saltava aos olhos, em sede de interesses da sociedade, perenes problemas de ordem e de paz social. Há de se ponderar, nesse particular, a presença da expansão demográfica e do crescimento econômico na agricultura, indústria e comércio no período, sendo esses últimos indispensáveis para amparar a política exterior. Certamente, isso, por si só, determinou conflitos sociais, que surgiram no lapso marcado pelo embate entre velhos valores e os novos desafios que passaram a existir. Para desincumbir-se desse mister, o Rei (que desde sempre tinha a obrigação de manter a paz no seu reino) se valeu de letrados como meios às suas decisões. Desde o século XII, na Inglaterra, juízes itinerantes do Rei faziam, em seu nome, a justiça nos tribunais, realizando a unificação de costumes diversos e elaborando, por via própria de consequência, a *commom law*. No século XIII, na França, o Tribunal Soberano do Parlamento de Paris iniciou o caminho de estender sua jurisdição às províncias,

¹⁴³ ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 39.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 40.

aparecendo, no século XV, os Parlamentos locais que atuam em nome do Rei. À evidência, ocorreu o aparecimento de um novo corpo – os letrados – que ligou seus interesses à monarquia na luta contra o feudalismo¹⁴⁵.

Nessa quadra da história, ocorreu, como se disse, a supressão dos direitos locais. O importante, nessa perspectiva, é que os intelectuais do direito tiveram papel crucial no processo de centralização, como se pode perceber pelo exemplo da França¹⁴⁶,

onde, a partir do século XII, os juristas reais foram formados pelos mestres universitários, os quais, ao propor um Estado urbano e centralizado, reconheceram o rei como superior às leis, bem como seu domínio sobre a justiça. Nesse sentido é simbólica, mas exemplar, a promoção da transferência da capital do reino para Paris, sede da Universidade. Este grupo de letrados fez tudo isso em seu proveito, já que, paralelamente à forma-Estado, gerava-se toda uma nova sociedade de profissionais do direito, uma sociedade que dependia completamente de uma monarquia com pretensões hegemônicas sobre o “todo” de um território e sua população¹⁴⁷.

Sob esse prisma, observa-se que a guarda do direito romano imperial e sua posterior introdução, no Estado absoluto, através da Igreja Católica e do ensino das universidades instituiu o estudo do direito a partir de um dogmatismo, impulsionando a metafísica nos bancos acadêmicos e na própria regulação do Estado e das relações sociais. Sendo assim, a relação sujeito-objeto (e o apartamento do direito das relações sociais) também representou um aspecto relevante do Estado absoluto, à medida que a racionalidade burocrática, por força da ingerência dos letrados formados à luz de compilações guardadas e produzidas na Idade Média, se produziu à ilharga de qualquer atividade reflexiva e, por consequência, crítica. De todo modo, constata-se que a metafísica, nessa perspectiva, se revelou um importante instrumento para firmar o domínio do Rei e da Igreja Católica. Isso porque aprisionou as relações sociais e as estruturas do Estado Absoluto em dogmas, ou seja, em concepções revestidas de afirmações incontestáveis.

Digno de nota, nesse particular, que “os técnicos do direito, chamados de glosadores, assumiriam como tecnocratas um saber ou conhecimento baseado na

¹⁴⁵ Cfe. MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**. Trad. Francisco Javier Ansuátegui Roig e Manuel Martínez Neira. Madri: Editorial Trotta, 1998. p. 31.

¹⁴⁶ Cfe. ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 40.

¹⁴⁷ Ibid., p. 41.

dedução dos textos sagrados ou mitificados¹⁴⁸.” Em sendo assim, nas universidades, “exibiram-se os práticos do renascido direito que glorificavam o direito autoritário passado do Império Romano, mas ocultavam o da época republicana¹⁴⁹”, de modo que o processo inquisitivo ganhou espaço, enterrando o modelo acusatório republicano.

O crescimento da burocracia, na Igreja e no Estado, era incontestável, o que gerou, por via própria de consequência, a centralização de atividades. Em face disso, surgiu a necessidade de pessoas capacitadas para gerirem essa nova forma de administração. Seguindo-se essa linha, os homens, formados nas universidades e na Igreja, foram, por óbvio, as pessoas mais adequadas para o exercício desse mister, o qual se somou ao de produzir um corpo teórico (pensamento), visando a retirar das comunidades qualquer papel na solução de seus conflitos. Quer-se dizer, assim, que o Rei e seus juristas especializados apropriaram-se das relações de poder interpessoais, fazendo com que o Estado tenha interesse indeclinável na solução de embates, mais que os particulares envolvidos. Surgiu daí, é bom que se diga, a porta aberta aos processos impulsionados por delações secretas¹⁵⁰. Inquestionavelmente, “isso produziu a quebra do sistema acusatório e abriu caminho, de mãos dadas com o direito canônico que recuperava formas do processo penal imperial, ao sistema processual inquisitivo¹⁵¹.”

Vale anotar-se, contudo, que “a idéia de grandeza, majestade e sacralidade da soberania coroava a cabeça do príncipe e levantava as colunas de sustentação do Estado Moderno, que era Estado da soberania ou do soberano, antes de ser Estado da Nação ou do povo”¹⁵². Impossível passar-se despercebido, dentro desse prisma, que a paz social, em grande medida, se identificava com a imperiosidade de se ultrapassar uma guerra civil decorrente de motivos religiosos. Enfim,

era necesaria la primacía de la política y del Estado (una unidad superior e neutral), y del orden mundano que este representaba, sobre sectas religiosas intolerantes que provocaban desordenes en nombre de la primacía de la religión; se necesitaba crear un campo de acción racional en el que todo – de la religión a la economía –

¹⁴⁸ ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 47.

¹⁴⁹ Ibid., p. 47.

¹⁵⁰ Ibid., p. 43.

¹⁵¹ Ibid., p. 43.

¹⁵² BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 34.

fuese juzgado con base en la utilidad del Estado, con base en un frío cálculo racional de las consecuencias de cada acción¹⁵³.

Com efeito, o papel do Rei deveria traduzir um domínio absoluto sobre todos os súditos, com o que o norte estatal representava, de um ângulo, uma Igreja de Estado ou uma limitada e admitida tolerância e, de outro quadrante, o desenvolvimento mercantilista do sistema econômico¹⁵⁴.

Nesse caminho, a sociedade, antes organizada em estamentos, foi, paulatinamente, se neutralizando, até encontrar a sua ordem externa na figura do Rei e seu agente de administração¹⁵⁵. Nisso reside o motivo pelo qual se pode dizer que, *con el Estado absoluto, precisamente porque nace como respuesta específica al problema de la paz interna e internacional, se diferenciam más claramente las que para nosotros hoy son funciones tradicionales de gobierno*¹⁵⁶, recebendo o executivo, dentro desse quadro, novas divisões e perspectivas de organização racional, as quais se destinavam a atender uma nova classe emergente que iniciava a substituição da nobreza, qual seja, a burguesia¹⁵⁷. Inquestionavelmente, eis aí a primeira forma de Estado moderno, apresentando as seguintes características: o território e o povo (elementos materiais); o governo, o poder e a autoridade (elementos formais)¹⁵⁸.

É importante ver-se aqui que, no absolutismo, com um forte Estado nacional, coabitavam as camadas sociais da antiga nobreza feudal e a referida classe emergente, que restou favorecida pelas políticas mercantilistas (de expansão colonialista), a ponto de se tornar a base principal da sociedade. Veja-se que, por primeiro, ela se aliou à monarquia absoluta, e depois se divorciou para monopolizar o poder, que, em sendo limitado pelas formas representativas, estipulou e desenvolveu seu exercício em proveito próprio¹⁵⁹.

Remarque-se, ademais, que – no período entre o Medievo e a Idade Moderna – surgiu um novo poder, é dizer, o de fazer as leis, determinando, por intermédio de mandatos jurídicos válidos, o comportamento dos súditos. Por via própria de

¹⁵³ MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**. Trad. Francisco Javier Ansuátegui Roig e Manuel Martínez Neira. Madri: Editorial Trotta, 1998. p. 31.

¹⁵⁴ Ibid., p. 31-32.

¹⁵⁵ Ibid., p. 31-32.

¹⁵⁶ Ibid., p. 31-32.

¹⁵⁷ Ibid., p. 32.

¹⁵⁸ Cfe. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 39.

¹⁵⁹ Cfe. BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 35.

consequência, ocorreu uma mudança significativa do horizonte jurídico, uma vez que apareceu uma concepção voluntarista e decisionista do Direito¹⁶⁰.

Inquestionavelmente, esse panorama conflitou com os estamentos, os quais estavam acostumados a um legislativo que apenas declarava o direito com esteio nas normas consuetudinárias. De tal arte, apareceu, na segunda metade dos anos mil e quinhentos, o Estado como o poder de decisão em última instância. Ele era o titular da qualidade de fazer e desfazer as leis (soberania) em um território bem definido e de forma uniforme para todos os súditos¹⁶¹. Não se pode esquecer, dentro desse prisma, que,

sobretudo no século XVIII, a lei prevalece sobre o costume como fonte do Direito e esboça-se o movimento de codificação, reforma-se a justiça, consolida-se a função pública, criam-se exércitos nacionais e o Estado intervém em alguns setores até aí ignorados da cultura, da economia e da assistência social¹⁶².

Por consequência, como se disse alhures, com o desenvolvimento do Estado absoluto surgem os elementos do conceito moderno de Estado: povo, território e soberania¹⁶³. Nesse cenário, tem-se como

nunca deslembrar que foi a soberania, por sem dúvida, o grande princípio que inaugurou o Estado Moderno, impossível de constituir-se se lhe falecesse a sólida doutrina de um poder inabalável e inexpugnável, teorizado e concretizado na qualidade superlativa de autoridade central, unitária, monopolizadora de coerção¹⁶⁴.

É de rigor refletir-se essa soberania sob a perspectiva de uma filosofia pragmática, na qual se embasava um ordenamento em gestação ancorado em Maquiavel, ou seja, de que o Príncipe¹⁶⁵, todo poderoso, formaria um poder impulsionado pelos fins que se lhe justificassem os meios. Serviu, pois, a soberania como instrumento político a um poder absoluto, sendo esse personificado no Príncipe enquanto Estado, com uma relação de unicidade que revelava uma

¹⁶⁰ Cfe. MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**. Trad. Francisco Javier Ansuátegui Roig e Manuel Martínez Neira. Madri: Editorial Trotta, 1998. p. 33-34.

¹⁶¹ Ibid., p. 33-34.

¹⁶² MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 30.

¹⁶³ Cfe. MATTEUCCI, op. cit., p. 33-34.

¹⁶⁴ BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 33.

¹⁶⁵ MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. (Trad. Maria Júlia Goldwasser). São Paulo: Wmf Martinsfontes, 2011, p.197.

promiscuidade entre a pessoa do governante e a coisa pública¹⁶⁶. Para tanto, a obra *O Príncipe* apresentou uma amplitude no sentido de desejar onipotência, como retratam Châtelet, Duhamel e Pisier-Kouchner:

trata-se, antes de mais nada, de mostrar que – se se quer o poder – é preciso querer a onipotência; que essa exige não apenas um ato de fundação absoluta, mas também uma resolução que não admite nem fraquezas nem compromissos; que as considerações morais e religiosas devem ser afastadas do cálculo através do qual se estabelece ou se mantém o Estado; que as coisas são assim ainda em maior medida porque o Príncipe é senhor da legislação, porque define o Bem e o Mal públicos e, por conseguinte, no que se refere às questões públicas, nem ele nem os cidadãos devem se valer dos ‘mandamentos’ da Igreja ou da tradição moral; que, nessas mesmas questões, a recusa da violência é uma tolice e que, de resto, cabe distinguir a violência ‘que conserta’ daquela ‘que destrói’¹⁶⁷.

Daí concluir-se que a versão absolutista se definiu como o monopólio da força capaz de atuar em três planos: jurídico, político e sociológico. De forma mais específica, verifica-se que (i) o jurídico se fazia notar à medida que a soberania confiou ao Estado o monopólio de produção das normas jurídicas, existindo um direito vigente superior capaz de limitar sua vontade; de outro giro, (ii) o político, porquanto o Estado absoluto visava a impor uniformidade legislativa e administrativa contra toda forma de particularidade, estiolando o pluralismo orgânico típico da sociedade estamental; e, por fim, (iii) o viés administrativo se colocou assaz presente, porque o Rei tinha a seu dispor um instrumento operativo novo, criado de modo racional e diverso da sociedade à qual se destinava, havendo a divisão de trabalho, a especialização e a competência. Por isso, é possível concluir-se que esse tecnicismo fez um Estado absoluto; todavia, não arbitrário, na medida em que essa nova racionalidade dominou todo o seu funcionamento, afastando, do campo das decisões, o capricho do Rei¹⁶⁸.

Muito embora se traduza como evidente evolução do Medieval, o Estado absoluto ainda personificava o Estado na figura do Rei¹⁶⁹, que detinha o poder divino (absoluto e perpétuo¹⁷⁰) para governar¹⁷¹. É que, como o Rei era o representante de

¹⁶⁶ Ibid., p. 34.

¹⁶⁷ CHÂTELET, François; DUHAMEL, Oliver; PISIER-KOUCHNER, Évelyne. **História das idéias políticas**. Traduzido por: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985. p. 39.

¹⁶⁸ Cfe. MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**. Trad. Francisco Javier Ansuátegui Roig e Manuel Martínez Neira. Madri: Editorial Trotta, 1998. p. 33-34.

¹⁶⁹ Cfe. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 45.

¹⁷⁰ Cfe. MORAIS, José Luis Bolzan de. Revisitando o Estado! Da crise conceitual à crise institucional (constitucional). **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito** (mestrado e Doutorado)

Deus, inexistia qualquer vínculo limitativo de sua autoridade¹⁷², sendo ele o único protagonista da política¹⁷³ e, ao mesmo tempo, juiz e legislador supremo, regulando a integralidade da organização social¹⁷⁴.

Historicamente, o mister do Estado absoluto residiu em construir uma unidade de Estado e de sociedade, ingressando em uma situação de coesão nacional na qual inexistia uma divisão com privilégios das ordens (sucessores do senhor feudal), assim como havia relativa igualdade de vínculos ao poder (conquanto presente a diversidade de direitos e deveres)¹⁷⁵. Dentro desse quadro, ocorreu uma segunda fase do absolutismo, que ficou embasada em aspectos filosóficos e consensuais, sendo crível, a partir disso, cogitar a existência de um secularismo. É que Hobbes, por meio do seu Contratualismo social, injetou uma nova fundamentação do poder, ao remarcar que ele não se originava de divindades, mas do Homem e sua razão prática. Renderam-se homenagens aos imperativos racionais que protegeriam a sobrevivência ameaçada da espécie humana. Eis aí, pois, toda a originalidade do filósofo inglês, que, ao ser o contratualista do absolutismo, plantou a semente do positivismo e da segurança jurídica¹⁷⁶.

De qualquer modo, o relevante é que, *en resumen, el Estado absoluto puede ser definido como el monopolio de la fuerza que actúa sobre tres planos: jurídico, político, sociológico*¹⁷⁷. Tem-se como correto que o acúmulo das funções (políticas, jurídicas e sociológicas) encampava uma verdadeira veneração à figura do Rei, como, por exemplo, com Luís XIV na França¹⁷⁸.

Nesse cenário, a origem do Estado restou explicada em termos de criação divina. O Estado era desejado por Deus¹⁷⁹ e, como função atribuída por Ele, tinha

da Unidade Ciências Jurídicas da Unisinos, São Leopoldo, p. 72, 2000.

¹⁷¹ Cfe. STRECK; MORAIS, op. cit., p. 45.

¹⁷² Ibid., p. 45.

¹⁷³ Cfe. MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**. Trad. Francisco Javier Ansuátegui Roig e Manuel Martínez Neira. Madri: Editorial Trotta, 1998. p. 29.

¹⁷⁴ Cfe. FLEINER-GERSTER, Thomas. **Teoria geral do Estado**. Traduzido por: Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 43-44.

¹⁷⁵ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 30.

¹⁷⁶ BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 36.

¹⁷⁷ MATTEUCCI, op. cit., p. 33.

¹⁷⁸ Cfe. ANDERSON, Perry. **Linhagens do Estado absolutista**. Traduzido por: João Roberto Martins Filho. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1995. p. 85.

¹⁷⁹ Descrevem LE GOFF e SCHMITT que “se há uma noção que resume toda a conc epção de mundo dos homens da Idade Média, é a de Deus. Não há idéia mais englobante, mais universal, que essa. Deus compreende, ou melhor, excede todo o campo concebível da experiência, tudo o que é observável na natureza, incluindo os homens, tudo o que é pensável, a começar pela própria idéia de

o dever de se colocar como um instrumento para a expressão social do homem. Nesse passo, o Estado surgiu subordinado à Igreja Católica. Não se podia negar que o Estado tinha uma esfera autônoma de funções legítimas. Entretanto, devia ficar claro que, como há aspectos da vida humana vinculados ao fim sobrenatural do homem, o Estado não podia impor obstáculos frustrantes da vida espiritual humana. Incumbia ao soberano reconhecer que o destino do homem se voltava na direção da conquista da fruição de Deus, com o que o Estado tinha de prover o alcance desse destino. Dentro desse prisma, o legislador encontrava sua autoridade (para criar as leis) a partir de Deus, que era a fonte de toda e qualquer autoridade¹⁸⁰.

Em sendo assim, ao lado da racionalização (instrumental) do sistema burocrático, apresentou-se ainda uma nova perspectiva política, que se embasou no dado de o Estado nascente (não dever sua legitimidade e autoridade aos indivíduos, mas, em realidade, para tanto) possuir um mandato divino. Essa concepção forçosamente restou pensada, estruturada e fomentada pela Igreja Católica, que a sustentou aos diversos monarcas absolutos, os quais, assim, tinham sua autoridade justificada pela palavra de Deus. Disso derivou-se o poder de governar. Mas também o de punir. Ambos, pois, tinham amparo no direito divino¹⁸¹.

Nesse campo de visão, enlaçou-se de modo inafastável a figura do delito com a do pecado, uma vez que esse direito divino açambarcava o terreno e o divino, pondo-os na mesma estrutura. Por via própria de consequência, o delito representaria o estado em pecado e algo “antinatural”, porquanto o ato delituoso em si já representaria a prática do mal em detrimento do bem. Surgiu esse (dúbio) conceito de delito no pensamento ocidente¹⁸², motivo pelo qual, segundo Batista,

a promiscuidade conceitual entre delito e pecado, da qual resulta a sacralização do primeiro e a politização do segundo, abrirá ao Direito Penal canônico uma perspectiva de intervenção moral comparável a poucas experiências judiciais da antiguidade, e cabalmente inédita quanto ao totalitarismo do discurso e à expressão quantitativa de

Deus. Ele é todo-poderoso, eterno, onipresente. Escapa ao entendimento e a todas as tentativas de figuração. Tais são os dados fundamentais da crença em Deus”. LE GOFF, Jacques; SCHMITT, Jean-Claude. **Dicionário temático do ocidente medieval**. Traduzido por: Hilário Franco Júnior. São Paulo: Edusc, 2002. v. 1, p. 301.

¹⁸⁰ Cfe. MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito**: dos gregos ao pós-modernismo. Traduzido por: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 83-84.

¹⁸¹ ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 48.

¹⁸² Ibid., p. 49.

suas vítimas. Essa intervenção moral do sistema penal estará doravante legitimada para ocupar-se do pensamento, porque o pecado (e logo, o delito) pode perfeitamente residir no pensamento, seja ele uma inquietação herética ou um desejo sexual nefando¹⁸³.

No antigo regime, a robustez do sistema de justiça penal real deitava suas raízes em uma dupla legitimação: duras ameaças de penas ao lado da possibilidade de sua não-concretização. Nesse andar, nota-se que as duas somente se justificavam no instante em que a ameaça se concretizava em determinados casos, com a submissão dos suspeitos ao processo penal à tortura e à imposição de sanções, mesmo que, ao depois disso, houvesse a concessão da graça. Na Península Ibérica, a tortura adquiriu ares simbólicos de prevenção, pois atuava como uma ameaça inerente ao processo inquisitório secreto. Não se podia, entretanto, compreender o rigor do sistema penal dessa época com o seu uso efetivo, porque sua aplicação era rara, sendo invocada, como se disse, mais a título de ameaça simbólica e preventiva¹⁸⁴. Em linhas gerais, eis as bases sobre as quais a Santa Inquisição foi se formar e se desenrolar.

2.1.4.3 O Tribunal do Santo Ofício da Inquisição: a heresia nos bancos dos réus, a adoção da tortura, a confissão e o conceito religioso (e moral) de delito

Inquestionavelmente, a Igreja Católica, como se aventou antes, resgatou os antecedentes romano-imperiais, usando-os para realizar essa nova justiça por intermédio de uma organização processual altamente eficaz, que buscava o encontro da confissão (prática essa já conhecida nos mosteiros dispersos). Sem dúvida, o método inquisitivo deitou suas raízes no baixo Império Romano¹⁸⁵, apresentando um “algo a mais”, revelado pela fé, de modo que calha o registro de que,

muito além de mera convulsão procedimental, a inquisitorialidade exprime neste quadro um paradigma que afeta cabalmente a mentalidade judicial: o juiz não é mais um tertius tanto quanto possível neutro perante o conflito, e não porque investigue (pois considerar a prova será sempre investigar), mas sim porque representa o poder penal que lhe tocava controlar e a única dúvida

¹⁸³ BATISTA, Nilo. **Matrizes Ibéricas do sistema penal brasileiro** – I. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 163-164.

¹⁸⁴ SABADELL, Ana Lucia. **Tormenta júris permissione: tortura e processo penal na Península Ibérica (séculos XVI – XVIII)**. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 383-384.

¹⁸⁵ Cfe. ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 50.

com a qual não transige é aquela sobre a sua própria fé¹⁸⁶.

Vale recordar-se que, na Idade Média, a Igreja Católica, a cada passo que crescia em termos de domínio e poder, projetava sua censura a fatos de essência espiritual, constituindo-se um Direito Penal de índole canônica¹⁸⁷. Por via própria de consequência, observa-se que, nos séculos X a XII, o Direito Penal canônico¹⁸⁸ foi avançando sobre um campo que, antes, era de um Direito Penal secular, a ponto de, inclusive, intervir nos julgamentos de crimes seculares mais graves. Enfim,

foi Inocêncio III, papa de 1198 a 1216, quem modificou o direito canônico da época ao introduzir, juntamente com a organização do papado como uma monarquia, a Inquisição. O objetivo desta burocracia era investigar a má conduta dos clérigos, expressa no afastamento da ortodoxia. Esse 'foro especial' foi assumindo poderes crescentes ao interpretar mais amplamente os motivos que obrigavam a atuar em outros casos de heresia. Já no século XIII, este mecanismo de averiguação deixou de estar nas mãos do bispo que visitava, de vez em quando, os conventos, criando-se então um corpo permanente de monges que dependiam da autoridade estatal. Sua atuação hierárquica obrigava o segredo de suas intervenções e a necessidade de plasmá-las por escrito, algo para o qual a máquina

¹⁸⁶ BATISTA, Nilo. **Matrizes Ibéricas do sistema penal brasileiro – I**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 165. Discorda-se, entretanto, da assertiva do autor (segundo a qual “considerar a prova será sempre investigar”), uma vez que, no contexto referido, se trata da construção da motivação de fato, momento em que o magistrado terá de analisar a integralidade da prova para firmar e justificar sua decisão. Entende-se, nesse passo, que não se pode confundir esse aspecto com os poderes instrutórios concedidos, pela legislação procedimental (desconforme com a Constituição Federal de 1988, isto é, materialmente inconstitucional), aos juízes. Isso porque o alcance desse mister processual se lhe outorga poder de parte, tornando-o parcial, o que importa estiolar a possibilidade de convencimento das partes quanto ao êxito da sentença. Tampouco se pode aventar, hodiernamente, em neutralidade do magistrado, porquanto ela se perde quando da sentença da causa, quando há uma tomada de posição sobre as perspectivas apresentadas. O relevante, aqui, se traduz da anotação da fé, pois ela se apresenta como um dogma intransponível, que se introduziu no processo penal, também contaminando o procedimento com valores metafísicos. Dela sobreveio, assim, um *dogmatismo legal*, como pondera o mesmo autor: “A viabilização dessa mentalidade judicial está diretamente ligada à matriz do *dogmatismo legal*. Para o sistema penal canônico, das diretrizes práticas para seu desempenho à elaboração doutrinal, o conjunto de prescrições contidas na Sagrada Escritura funciona como norma fundamental em sentido kelseniano (*grundnorm*), ou seja, uma espécie de norma cuja validade não é derivável de qualquer outra e cujo fundamento de validade ‘não pode ser posto em questão’” (Ibid., p. 165).

¹⁸⁷ Cfe. BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t. 1, p. 71.

¹⁸⁸ Não se pode desconsiderar a relevância do papel do Direito Penal encampado pela Igreja Católica em seu início (ou seja, antes de contaminar-se pelo espírito da Santa Inquisição, o que conduziu a levantes como o de César Beccaria), conforme apontou ZAFFARONI: *El papel del Derecho penal de la Iglesia católica fue de suma importancia por dos grandes razones: la primera, porque hizo encarnar, a través de largos años de esfuerzos, la norma jurídica romana em la vida social de Occidente; la segunda, porque, em máxima escala, contribuyó a civilizar la brutal práctica germánica adaptándola a la vida pública. Su influjo se inicia em el propio Imperio romano, cuando logra su reconocimiento em tiempos de Constantino, y sobre todo cuando adquiere el rango de religión oficial y exclusiva con Teodosio*. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal parte general**. Buenos Aires: Ediar, 1987. v. 1, p. 289.

burocrática, composta por especialistas, tornava-se inevitável¹⁸⁹.

Nessa senda, alcançou uma competência penal exclusiva em matéria de delitos religiosos – sendo irrelevante a qualidade de seu autor –, assim como uma concorrente com os tribunais seculares nos denominados delitos mistos¹⁹⁰. Havia, sem dúvida, certa confusão geradora de uma incapacidade de se presenciar a diferença entre as figuras de delito e pecado, com a punição de heresias, as quais, a partir de então, deixaram de individualizar pessoas que pertenciam a uma escola filosófica para apontar todos os que acreditassem ou ensinassem coisas diversas da fé cristã e da Igreja Católica¹⁹¹.

Com efeito, registre-se como correto que o desenvolvimento do sistema inquisitivo teve como marco inicial a vitória da monarquia sobre os senhores feudais no último período da Idade Média. A par disso, depreende-se que esse modelo, em certo sentido, representou o fruto de uma significativa mudança política ocorrida nessa indigitada época – vale indicar: o implemento de uma monarquia absolutista, na qual o monarca detinha o poder de legislar, julgar e administrar, sendo a sua figura considerada, dessa arte, a do próprio Estado. Deve-se ponderar, ainda, que esse período também foi marcado pelo forte crescimento da Igreja Católica, que se posicionou em prol da formação dos estados nacionais à guisa de modelos de organização política¹⁹². Inquestionavelmente, não se pode esquecer, por indispensável, que essa forma de Estado foi uma herança do direito derivado da estrutura eclesiástica romana. É dizer: “o ‘direito’, base do limite e da justificativa, provém do direito canônico que havia guardado algo da ‘racionalidade de Estado’ do Império Romano e também de seus métodos hierárquicos e verticais¹⁹³.”

Além disso, no campo do Direito, a mudança política e o forte crescimento da Igreja Católica impulsionaram o (re)aparecimento do Direito romano-canônico, que restou encampado no lugar do modelo germânico, por ser um instrumento mais adequado ao desenvolvimento da ideia de um império universal cristão¹⁹⁴, na

¹⁸⁹ ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 45.

¹⁹⁰ Cfe. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal parte general**. Buenos Aires: Ediar, 1987. v. 1, p. 345.

¹⁹¹ Cfe. EYMERICH, Nicolau. **Manual dos inquisidores**. Trad. Maria José Lopes da Silva. Comentários de Francisco Peña. Rio de Janeiro: Rosa dos Ventos, 1993. p. 32.

¹⁹² Cfe. MAIER, Julio. **Derecho procesal penal**. 2.ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004. v. 1, p. 288-289.

¹⁹³ ANITUA, op. cit., p. 45.

¹⁹⁴ Cfe. MAIER, op. cit., p. 288-289.

medida em que punia o herege, ou seja, aquele que discordava da ordem estabelecida¹⁹⁵, ocorrendo, por via própria de consequência, uma fusão entre o direito e a moral, melhor dizendo, entre o pecado e o crime¹⁹⁶.

Com o fim das ordálias ante o aparecimento e o fortalecimento de um poder centralizado, corporificou-se o modelo de averiguação e de prova para confirmar a presença de um conflito (hipótese), que passou a ter caráter interpessoal, na medida em que o dano causado não lesava outro indivíduo, mas afrontava o soberano. Na realidade, a lesão em si deixou de importar. Relevante eram a indisciplina, a desobediência e a inexistência de respeito para com a lei do soberano. Disso surgiu o conceito de delito e, como corolário dele, o de delinquente. Além disso, surgiu a prática segundo a qual a justiça (ao invés de ser a luta entre indivíduos e a livre aceitação do seu resultado) seria declarada por um poder exterior, judicial e político. Na base disso, apareceu uma figura totalmente nova (inclusive, se levarmos em linha de conta as existentes ao longo do Império Romano): o procurador do Rei, que, nas situações nas quais ocorria um crime, se apresentava em nome do Rei como o lesado no lugar da vítima¹⁹⁷. Na sequência,

produzia-se, assim, a mencionada expropriação do conflito, pois o procurador ‘duplicava’ a vítima e o ofensor era anulado e passava a ser um objeto – ‘réu’ vem do latim *res*, coisa – da indagação. Desta maneira se afirmaria a exclusão do acusado como sujeito do processo, tanto durante a investigação quanto no momento de influir na decisão. O acusado deixaria de ser sujeito da relação e passaria a ser um objeto ou dado da mesma. Dele se extrairia, literalmente, a prova mais absoluta: a confissão¹⁹⁸.

O modelo inquisitivo, nesse quadro histórico, substituiu o antigo sistema acusatório utilizado até o século XIII¹⁹⁹, constituindo-se no “maior engenho jurídico que o mundo conheceu”²⁰⁰. Isso porque se trata de um procedimento praticamente infalível à vista de que se vale da tortura para arrancar a confissão do acusado, chegando-se, assim, à “verdade” do fato investigado pela própria boca do imputado,

¹⁹⁵ Cfe. CARVALHO, Salo de. Da reconstrução do modelo jurídico inquisitorial. In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos de história do direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 258.

¹⁹⁶ Cfe. CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 15.

¹⁹⁷ Cfe. ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 44-45.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 45.

¹⁹⁹ Cfe. CARVALHO, op. cit., p. 258.

²⁰⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Crítica à teoria do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 18.

o que, em grande medida, legitimava a decisão condenatória. Daí a razão pela qual se pode dizer que, “uma vez obtida a confissão, o inquisidor não necessita de mais nada, pois a confissão é a rainha das provas (sistema de hierarquia de provas)”²⁰¹. Além da (indevida) união entre juiz e acusação, o procedimento inquisitivo sistematizou “minuciosa rede de regras sobre o valor de cada meio de prova, que resultará no chamado regime de provas legais²⁰².” Nesse sentido (qual seja: ser a confissão a rainha das provas), é que se justificou a tortura como uma prática jurídica intensa e infalível. Nesse cenário, tem-se de esclarecer, antes mesmo do ingresso na modernidade, a origem da Inquisição Católica, recordando-se que:

foi no período da baixa Idade Média (séculos XII e XIII) que o poder eclesiástico atingiu o seu apogeu; os reis recebiam o seu poder da Igreja, que os sagrava e podia excomungá-los. Nesse período é que teve início a Inquisição, criada para combater toda e qualquer forma de contestação aos dogmas da Igreja católica. Recebeu essa denominação devido ao processo per inquisitionem utilizado pelas cruzadas religiosas no combate às heresias. O termo heresia englobava qualquer atividade ou manifestação contrária ao que havia sido definido pela Igreja em matéria de fé. Dessa forma, na qualificação de hereges encontravam-se os mouros, os judeus, os cátaros e albigenses no sul da França, bem como os supostos praticantes de bruxaria²⁰³.

Nesse panorama de crescente influência da Igreja e do conseqüente enfraquecimento do Estado, o Direito Penal canônico restou projetado aos leigos e religiosos, de sorte que, em havendo conotação religiosa, ocorria um julgamento controlado pela jurisdição eclesiástica²⁰⁴. Implementada legalmente em 1212, por Inocêncio III, a Inquisição engendrou assaz importância ao Direito Penal canônico, tendo tornado o procedimento inquisitorial o regular nos tribunais laicos italianos. O Direito Penal, nessa quadra, passou a ter um caráter tutelar, possuindo a pena – sempre inerente a pessoa do pecador – uma ideia de expiação (ou seja: uma penitência que redimia o pecado)²⁰⁵. Sendo assim, restou assentada a convicção

²⁰¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 161.

²⁰² BATISTA, Nilo. **Matrizes Ibéricas do sistema penal brasileiro – I**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 235.

²⁰³ NASPOLINI, Samyra Haydêe. Aspectos históricos, políticos e legais da inquisição. In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos de história do direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 241.

²⁰⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 34.

²⁰⁵ Cfe. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal parte general**. Buenos Aires: Ediar, 1987. v. 1, p. 345.

segundo a qual o juiz devia investigar e castigar, fazendo as vezes da acusação, ao angariar a integralidade dos elementos indispensáveis para embasar sua sentença, que espelharia a verdade²⁰⁶, sempre derivada da confissão enquanto rainha das provas e impulsionada pela tortura. Uma vez assente, nos Tribunais da Inquisição, esse meio de descoberta da “verdade”, imperioso reconhecer-se o importante dado segundo o qual “aquele que entra na prisão, a fronte elevada, indignado por uma denúncia imprópria e responde com altivez às primeiras questões, termina por se persuadir e se confessar feiticeiro após um mês deste tratamento²⁰⁷.”

Aliás, a busca pela “verdade” era incessante, sendo ela, é bom remarcar-se, acentuada como objetivo nas próprias instruções inerentes à prática dos interrogatórios, quando o magistrado era alertado de que “deve ser astuto e prudente ao ouvir as testemunhas e os acusados, principalmente os acusados de heresias atuais – beguinos e valdenses – que se tornaram mestres na arte de esconder a verdade”²⁰⁸. Ademais, a testemunha ou o acusado deveria, antes de qualquer coisa, jurar dizer, justamente, a verdade²⁰⁹, inexistindo, à época, o hoje consagrado direito de não se autoincriminar. Estava, assim, lançada “a caça às bruxas”, que apresentava três elementos legitimadores:

uma crença cristã, fundada ao mesmo tempo sobre a tradição eclesiástica e sobre os inumeráveis exemplos de uma jurisprudência sem falhas; uma experiência visível, oferecida a todos, do processo judiciário que implica um consenso fácil de todos os participantes, juízes, testemunhos e acusados; enfim e sobretudo sentenças e confissões, fogueiras e confiscos, representando o julgamento de Deus e dos homens, a apresentar o melhor testemunho em favor do crime. Todos esses componentes praticamente unívocos desempenham sua parte nesta tradição, assegurando-lhe solidez²¹⁰.

Em conjunto com esse procedimento, voltou ao cenário o pensamento segundo o qual o infrator, em verdade, se alça ao *status* de inimigo do soberano (veja-se, apenas por curiosidade, que as tribos germânicas apenas consideravam esse entendimento adequado nos casos de traição), o que justificava as práticas

²⁰⁶ WALTER, Gerhard. **Libre apreciación de la prueba**. Bogotá: TEMIS, 1985. p. 31.

²⁰⁷ MANDROU, Robert. **Magistrados e feiticeiros na França do século XVII**. Trad. Nicolau Sevcenko e J. Guinsburg. São Paulo: Perspectiva, 1968. p. 82.

²⁰⁸ EYMERICH, Nicolau. **Manual dos inquisidores**. Trad. Maria José Lopes da Silva. Comentários de Francisco Peña. Rio de Janeiro: Rosa dos Ventos, 1993. p. 117.

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 117.

²¹⁰ MANDROU, op. cit., p. 63.

desumanas do poder punitivo moderno. Dessa arte, é possível notar-se que, com a Inquisição, o delinquente se cuidou do “outro”, tendo a marca de um inferior e de igual sorte de um inimigo. De certa forma, isso já existia na Idade Média; contudo, restou aprimorado com a Inquisição Medieval. Houve uma dinâmica política, na medida em que, através do terror na punição dos hereges, os habitantes do mesmo solo poderiam ser convertidos e utilizados. Inclusive, mostra-se significativo asseverar a presença, de mais a mais, de uma determinada nota capitalista nessa estrutura, em especial quando do aparecimento das Cruzadas. É que, para além de um objetivo de cristandade unificada, elas buscaram ampliar o mercado – que já era crescente –, agregando-lhe novas conquistas²¹¹. Viável concluir-se assim que

a Inquisição foi a primeira agência burocratizada dominante destinada à aplicação de castigos e à definição de verdades, e por isso a primeira a formular um discurso de tipo criminológico. Estes seriam os primeiros produtos do poder punitivo na qualidade de justificativas de sua forma de atuar²¹².

Tem-se como correto, portanto, que as presenças dos Estados absolutistas viabilizaram profundas transformações no procedimento penal (especialmente em seus princípios, seus fins, sua estrutura e suas formas), as quais se consolidaram de forma plena no século XV e perduraram até o século XVIII, quando, então, os ideais humanitários conquistaram espaço e reconhecimento²¹³.

Entre todas as mudanças trazidas por essa (nova) ordem (como, apenas para citar, a existência de um procedimento escrito e secreto, que foi estabelecido em um Tribunal permanente, sendo esse órgão caracterizado pela hierarquia entre seus funcionários), vale dizer-se que o aparecimento da tortura merece destaque singular, e isso porque tal método obteve, nesse lapso, um desenvolvimento verdadeiramente extraordinário²¹⁴. Tendo em vista que crime e pecado se apresentavam como sinônimos, o processo penal restou imaginado e posto em prática na forma de um mecanismo terapêutico tendente a absolver o imputado pela punição. Vinculava-se o processo penal, assim, a uma fórmula de descoberta da verdade, a qual apenas o acusado poderia

²¹¹ ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 50-51.

²¹² Ibid., p. 54.

²¹³ Cfe. MAIER, Julio. **Derecho procesal penal**. 2. ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004. v. 1, p. 293.

²¹⁴ Ibid., p. 293-297.

informar com precisão²¹⁵. Por isso, buscava-se a confissão a qualquer custo, mesmo que o inquisidor tivesse de alcançá-la por meio da tortura. Afinal de contas, a confissão representa a verdade do fato investigado e “possibilita a rendição dos pecados e a absolvição, ainda que paradoxalmente fosse necessário condenar e, no limite, queimar na fogueira”²¹⁶. Com efeito, à vista da prática corriqueira da tortura (que, em muito, restou facilitada pela investigação escrita e secreta), o imputado, de sujeito processual, se converteu em simples objeto de investigação e em meio de prova²¹⁷.

Em perspectiva histórica, mostra-se adequado esclarecer o fato de a Inquisição ter surgido, com mais força, pelo Imperador Frederico II, que lançou editos de perseguição aos hereges²¹⁸. Entretanto, foi na época moderna (séculos XVI, XVII e XVIII) que a Inquisição medieval²¹⁹ alcançou o seu auge. Em 04 de

²¹⁵ Cfe. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Crítica à teoria do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 24-25.

²¹⁶ Ibid., p. 26.

²¹⁷ Cfe. MAIER, Julio. **Derecho procesal penal**. 2. ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004. v. 1, p. 293-297.

²¹⁸ Veja-se que: “A Inquisição propriamente surgiu quando em 1232 o imperador Frederico II lançou editos de perseguição aos hereges em todo o Império pelo receio de divisões internas. O Papa Gregório IX, temendo as ambições político-religiosas do imperador, reivindicou para si essa tarefa e instituiu inquisidores papais. Estes foram recrutados entre os membros da ordem dos dominicanos (a partir de 1233), seja por sua rigorosa formação teológica (eram tomistas), seja também pelo fato de serem mendicantes e por isso presumivelmente desapegados de interesses mundanos. A partir de então se foi criando uma prática de controle severo das doutrinas, legitimadas com sucessivos documentos pontifícios como a bula de Inocêncio IV (Ad extirpanda) de 1252, que permitia a tortura nos acusados para quebrar-lhes a resistência. Até que em 1542 o Papa Paulo III estatuiu a Sagrada Congregação da Inquisição Romana e Universal ou Santo Ofício como corte suprema de resolução de todas as questões ligadas à fé e à moral.” (BOFF, Leonardo. Inquisição: um espírito que continua a existir. In: EYMERICH, Nicolau. **Manual dos Inquisidores**. Rio de Janeiro: Rosa dos Ventos, 1993. p. 13-14.)

²¹⁹ “Foi no período da baixa Idade Média (séculos XII e XIII) que o poder eclesiástico atingiu o seu apogeu; os reis recebiam o seu poder da Igreja, que os sagrava e podia excomungá-los. Nesse período é que teve início a Inquisição, criada para combater toda e qualquer forma de contestação aos dogmas da Igreja católica. Recebeu essa denominação devido ao processo per *inquisitionem* utilizado pelas cruzadas religiosas no combate às heresias. O termo heresia englobava qualquer atividade ou manifestação contrária ao que havia sido definido pela Igreja em matéria de fé. Dessa forma, na qualificação de hereges encontravam-se os mouros, os judeus, os cátaros e albigenses no sul da França, bem como os supostos praticantes de bruxaria” (NASPOLINI, Samyra Haydêe. Aspectos históricos, políticos e legais da inquisição. In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos de história do direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 241). Oportunamente lembra Boff, ademais, que: “A Inquisição propriamente surgiu quando em 1232 o imperador Frederico II lançou editos de perseguição aos hereges em todo o Império pelo receio de divisões internas. O Papa Gregório IX, temendo as ambições político-religiosas do imperador, reivindicou para si essa tarefa e instituiu inquisidores papais. Estes foram recrutados entre os membros da ordem dos dominicanos (a partir de 1233), seja por sua rigorosa formação teológica (eram tomistas), seja também pelo fato de serem mendicantes e por isso presumivelmente desapegados de interesses mundanos. A partir de então se foi criando uma prática de controle severo das doutrinas, legitimadas com sucessivos documentos pontifícios como a bula de Inocêncio IV (Ad extirpanda) de 1252, que permitia a tortura nos acusados para quebrar-lhes a resistência. Até que em 1542 o Papa Paulo III estatuiu a Sagrada Congregação da Inquisição Romana e Universal ou Santo Ofício como corte suprema de resolução de todas as questões ligadas à fé e à moral” (BOFF, op. cit., p. 13-14).

julho de 1542, por intermédio da bula *Licet ab initio*, a Inquisição romana foi objeto de uma verdadeira refundação, por intermédio da qual se direcionou contra a “heresia protestante”, a fim de resguardar a pureza da fé²²⁰. Com isso, o papa formulou a Congregação do Santo Ofício, em que seis cardeais tinham plenos poderes para a instrução e conclusão de processos de heresia²²¹, “mesmo na ausência dos bispos competentes, reservando para si a decisão final sobre o recurso dos processos de primeira instância”²²². Importante assinalar-se ainda que esses cardeais detinham a possibilidade de delegar seus poderes a religiosos ou a clérigos formados em teologia ou em direito canônico²²³. Sobre essa matéria, vislumbra-se que:

a novidade dessa bula consistia na criação de um organismo coletivo centralizado, que passava a exercer um controle sistemático sobre a vasta rede de inquisidores locais. Esse organismo devia se encarregar, sob a presidência do papa, das nomeações de novos inquisidores e da supervisão de todos os processos, afirmando com o tempo o seu poder de tribunal de última instância e o seu poder jurisdicional sobre os próprios prelados da Igreja²²⁴.

Também o acirramento da Inquisição medieval teve como objetivo estancar as rebeliões e as desordens que amedrontavam a nobreza, que, por sua vez, se encontrava ligada umbilicalmente à Igreja Católica. Pode-se, a partir daí, verificar que a Inquisição, em sua visão moderna, apresentou uma dimensão política²²⁵, na medida em que, além de punir os praticantes de outras religiões, serviu para perseguir as pessoas que se rebelavam contra os senhores do poder²²⁶. A intolerância, nessa perspectiva, era uma das principais características do modelo jurídico-político encampado pela aproximação entre o Estado moderno e a Igreja

²²⁰ Cfe. BETHENCOURT, Francisco. **História das inquisições**: Portugal, Espanha e Itália séculos XV-XIX. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 27.

²²¹ Ibid., p. 27.

²²² Ibid., p. 27.

²²³ Ibid., p. 27.

²²⁴ Ibid., p. 27.

²²⁵ Em realidade, essa dimensão política pode ser vista desde o momento em que o cristianismo se transformou em religião oficial do Império Romano, como assevera Boff: “quando o cristianismo se transformou em religião oficial do Império, a questão virou política. O cristianismo era considerado o fator principal de coesão e união política. Os representantes das novas doutrinas eram tidos por hereges. A punição era a excomunhão, o confisco dos bens, o banimento e mesmo a condenação à morte”. BOFF, Leonardo. Inquisição: um espírito que continua a existir. In: EYMERICH, Nicolau. **Manual dos Inquisidores**. Rio de Janeiro: Rosa dos Ventos, 1993. p. 13.

²²⁶ Cfe. NASPOLINI, Samyra Haydêe. Aspectos históricos, políticos e legais da inquisição. In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos de história do direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 242.

Católica²²⁷. Com isso, “estabeleceu-se uma estrutura ampla e onipresente de poder que não admitia a existência do ‘outro’, do diverso, que era determinado pelo adjetivo herético”²²⁸.

É nessa base que surgiu uma concepção de delito corporificada a partir da “coligação entre as noções de direito e moral, perfazendo uma estrutura híbrida de ilícito parcialmente civil (terreno) e parcialmente eclesiástico, cuja ofensa manifestasse simultaneamente contra Deus e o Príncipe”²²⁹. Sucedeu uma união entre o direito e a moral; e, ao invés de um Direito Penal do fato, desenvolveu-se um direito punitivo do autor²³⁰. Certo é que

la característica normal del Derecho Penal del antiguo régimen consistió en ser um reflejo de la estructura socio política inspirada en la personalización absoluta del poder político del monarca, lo que se manifestó en el ámbito de los delitos que se consagraron: los de lesa majestad humana para distinguirlos de los de lesa majestad divina.²³¹

Desse modo, o estudo do sistema penal

não recairia sobre fato (pré)determinado pela lei penal válida mas, ao contrário, seria dirigida à personalidade da pessoa classificada como perversa, perigosa, herética. A conduta imoral ou anti-social e o resultado produzido seriam frutos da exteriorização da maldade do autor²³².

Em face da fusão entre o direito e a moral, produziram-se punições²³³ contra

²²⁷ Cfe. CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 14.

²²⁸ CARVALHO, Salo de. Da reconstrução do modelo jurídico inquisitorial. In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos de história do direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 258.

²²⁹ CARVALHO, op. cit., p. 15.

²³⁰ “Ainda que não haja um critério unitário acerca do que é o Direito Penal de autor, podemos dizer que, ao menos em sua manifestação extrema, é uma corrupção do Direito Penal em que não se proíbe o ato em si, mas o ato como manifestação de uma “forma de ser” do autor, esta sim considerada verdadeiramente delitiva. O ato teria valor de sintoma de uma personalidade; o proibido e reprovável ou perigoso seria a personalidade e não o ato. Dentro desta concepção não se condena tanto o furto como o “ser ladrão”, não se condena tanto o homicídio como o ser homicida, o estupro como o ser delinqüente sexual etc.” ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 118.

²³¹ CRUZ REYES, Euménides. **Del derecho penal del antiguo régimen a la obra de Cesare Beccaria**: la propuesta ilustrada. In: Derecho penal Contemporáneo: Revista Internacional n.º 5. Bogotá: Legis, Octubre-Diciembre, 2003. p. 27-28.

²³² CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 15.

²³³ Segundo BETHENCOURT, “os delitos religiosos e morais sob jurisdição inquisitorial são praticamente os mesmos em todos os tribunais, observando-se, contudo, algumas variações: é o caso da sodomia, perseguida pelo “Santo Ofício” em Aragão, em Portugal e nos Estados italianos, mas não em Castela, onde a jurisdição foi conservada pelos tribunais civis. A prática, sobretudo,

todas as pessoas que se recusavam a repetir o discurso da verdade lançado pelo binômio Igreja/Estado²³⁴. Puniu-se, assim, o “outro”, o perverso, o herege²³⁵.

Dentro desse quadro histórico, o Tribunal do Santo Ofício da Inquisição conduziu a julgamento um número indeterminável de pessoas que sofreram temerários e obscuros processos, nos quais as acusações eram anônimas e (muitas vezes) desconhecidas do próprio réu. Isso sem falar que a confissão era o único meio de prova “confiável”, servindo a tortura, assim, como um hábil instrumento à aparição da “verdade”²³⁶.

Sob todos os títulos, a gravidade da situação saltava aos olhos em virtude das próprias

condições do processo, com a falta de publicidade, a ausência de defesa e os meios inquisitoriais com que se procurava estabelecer a culpabilidade. Praticamente, o acusado caminhava sempre para a condenação: arrancava-se dele, por meio da tortura, a confissão, mesmo de fatos que não cometera²³⁷.

Relevante é que, nesse Tribunal, o juiz deixou de ser um árbitro imparcial que presidia um conflito a ser resolvido pelo sobrenatural (nos julgamentos das ordálias). Em verdade, os magistrados assumiam a investigação dos crimes, tendo poder de gestão sobre a prova. Enterrou-se, dessa arte, a sistemática acusatória do século XIII, para, em seu lugar, nascer um processo por inquérito, muito mais eficiente no combate aos crimes de heresia²³⁸, sendo, aliás, considerado infalível²³⁹. Isso porque as garantias

podia ser bastante diferente: a celebração da missa por um indivíduo não ordenado, por exemplo, era objeto de uma sentença mais severa na península Itálica do que na Espanha. Além disso, os delitos de jurisdição mista, como a feitiçaria e a bigamia, não podiam ser julgados pela Inquisição sem fortes presunções de heresia — no primeiro caso, estava em questão a fronteira entre a superstição e a adoração do demônio (entendida como renegação de Deus, pecado capital contra o primeiro mandamento); no segundo caso, estava em questão não apenas a violação do sacramento do matrimônio, mas também o desprezo pelos sacramentos da igreja. Em outros domínios, a definição de heterodoxia revelava-se difícil, como no caso da distinção entre a blasfêmia provocada pela cólera momentânea (em situações de jogo, por exemplo) e as proposições heréticas que contestavam a virgindade de Maria, a divindade de Cristo ou a capacidade de intervenção dos santos. Finalmente, verificou-se um alargamento da jurisdição inquisitorial a novos delitos, como a solicitação dos fiéis pelo padre no ato de confissão (final do século XVI) ou o molinismo (final do século XVII)” BETHENCOURT, Francisco. **História das inquisições**: Portugal, Espanha e Itália séculos XV-XIX. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 30-31.

²³⁴ Cfe. CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 15-16.

²³⁵ Ibid., p. 15-16.

²³⁶ CARVALHO, Salo. Da reconstrução do modelo jurídico inquisitorial. In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos de história do direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 256.

²³⁷ BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t. 1, p. 76.

²³⁸ Cfe. CARVALHO, Salo de. Da reconstrução do modelo jurídico inquisitorial. In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos de história do direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 246-248.

do imputado restaram minimizadas pela identidade entre juiz e acusador, assim como pela marcha do procedimento em sigilo²⁴⁰, tendo a defesa apenas a função de agilizar a condenação. Nesse quadro, “o papel do advogado é fazer o réu confessar logo e se arrepender, além de pedir a pena para o crime cometido”²⁴¹.

Encontrava-se posto, desse modo, o sistema inquisitivo que se baseia nestas características: (i) atenuação e progressiva eliminação da figura do acusador, pois uma mesma pessoa acumula a função de acusar e julgar; (ii) disparidade entre juiz/acusador e acusado; (iii) o juiz investe-se de um poder permanente; (iv) a liberdade de o magistrado buscar, introduzir e valorar as provas, independentemente de qualquer ação das partes; e, por fim, (v) o desenvolvimento do processo de modo escrito e secreto²⁴². Com efeito, assevera Almeida Júnior que

o processo inquisitório transportava a ação pública das mãos das partes para as do juiz; dava ao juiz o poder, não mais de julgar somente, mas o de dirigir e provocar ex-officio os atos de instrução; essencialmente secreto, este processo não faz pesar responsabilidade alguma sobre o inquiridor²⁴³.

Importante se torna referir, nesse quadrante, que “a característica fundamental do sistema inquisitório, em verdade, está na gestão da prova, confiada essencialmente ao magistrado que, em geral, no modelo em análise, recolhe-a secretamente”²⁴⁴. É que, nessa sistemática, restou excluído o órgão acusador, tendo o inquisidor o múnus de acusar e julgar, “transformando-se o imputado em mero objeto de verificação, razão pela qual a noção de parte não tem nenhum sentido”²⁴⁵. Em sua versão pura, o modelo inquisitório, portanto, tem uma característica essencial, vale dizer, cuida-se de um processo criminal no qual não existem

²³⁹ Explica CARVALHO que “o processo inquisitivo é infalível, visto ser o resultado previamente determinado pelo próprio juiz. A sentença é potestativa e plena, e, na maioria das vezes, não admite recurso, pois, se sua legitimidade é divina, não pode haver contradita, ou seja, o ato é insuscetível de erro. Dessa forma, o Juiz-acusador formula uma hipótese e realiza a verificação” CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 21.

²⁴⁰ Cfe. CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 21.

²⁴¹ BOFF, Leonardo. Inquisição: um espírito que continua a existir. In: EYMERICH, Nicolau. **Manual dos Inquisidores**. Rio de Janeiro: Rosa dos Ventos, 1993. p. 19.

²⁴² Cfe. LEONE, Giovanni. **Tratado de derecho procesal penal**. Traduzido por: Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1963. v. 1, p. 24.

²⁴³ ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **Processo criminal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1920. v. 1, p. 249.

²⁴⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Crítica à teoria do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 24.

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 23.

partes²⁴⁶. De quebra, pode-se afirmar, com Dias, que a estrutura processual inquisitória é “estática”, pois nela existe uma relação “bipolar juiz-arguido e não, como entre nós, uma espécie de relação angular que tem no vértice o arguido e cujos lados são formados pela actividade do MP e pela do juiz”²⁴⁷. Nisso reside o motivo pelo qual se pode concluir, quanto à implementação do modelo inquisitório ora focado, em detrimento da sistemática acusatória predominante até o século XII, que aquilo que era considerado

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 em mero objeto da investigação²⁴⁸.

Na base do exposto, torna-se possível afirmar que a estrutura inquisitiva traria o benefício (aparente) de o juiz ter a possibilidade de encontrar maiores facilidades para encontrar a verdade dos fatos investigados e se informar sobre eles, na medida em que teria domínio único e onipotente do processo²⁴⁹. Entretanto, sabe-se que essa dita vantagem encamparia um prejuízo incalculável, que assim é retratado por Dias:

antes de tudo, a impossibilidade psicológica de preservar a imparcialidade de julgamento de um juiz no qual convergissem as qualidades de instrutor, acusador e julgador; e depois, também, o frontal ataque que assim se desencadearia contra a preservação (humanamente impossível) da própria independência judicial face aos poderes do Estado²⁵⁰.

Realmente, mostra-se inviável não concordar que o descrédito do sistema inquisitório reside, principalmente, no equívoco psicológico de acreditar que uma mesma pessoa possa exercer funções tão diferentes como investigar, acusar, defender e julgar²⁵¹. De mais a mais, é de rigor se consignar, apenas à guisa de escorço histórico, que o sistema inquisitório surgiu, como se viu alhures, com os regimes monárquicos, aperfeiçoou-se com o Direito canônico e, finalmente,

²⁴⁶ Ibid., p. 23.

²⁴⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 254.

²⁴⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 157.

²⁴⁹ DIAS, op. cit., p. 247.

²⁵⁰ Ibid., p. 247.

²⁵¹ Cfe. LOPES JÚNIOR, op. cit., p. 162.

projetou seus ditames a quase todas as legislações europeias dos séculos XVI, XVII e XVIII²⁵². De toda sorte, vale frisar-se, com rigidez, que o modelo inquisitório se cuida de uma postura antiga, na qual há “uma configuração repressiva que nunca foi socialmente eficaz, politicamente adequada e academicamente moderna”²⁵³.

É certo que o Estado absoluto marcou o primeiro passo do Estado moderno, sendo, logo em seguida, substituído pelo Estado liberal-burguês, que foi impulsionado pela Revolução Francesa, período no qual eclodiram os ideais contratualistas de Rousseau²⁵⁴ e Locke²⁵⁵, com anseios gerais pelo estabelecimento de uma Constituição²⁵⁶. Nessa época de transição, surgiram grandes descobertas científicas que abalaram os fundamentos culturais da cristandade. Cuida-se do período denominado Iluminismo, no qual o cientificismo e a razão foram, paulatinamente, substituindo a crença absoluta na origem divina das coisas²⁵⁷.

2.2 O Estado Liberal de Direito

Seguindo-se a linha evolutiva²⁵⁸, com o Estado Liberal, tem-se a inauguração do Estado de Direito²⁵⁹. A partir desse momento, em oposição às premissas do

²⁵² Cfe. LEONE, Giovanni. **Tratado de derecho procesal penal**. Traduzido por: Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1963. v. 1, p. 23.

²⁵³ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal à luz da Constituição**. São Paulo: EDIPRO, 1999. p. 70.

²⁵⁴ Cfe. ROUSSEAU, Jean Jacques. **El contrato social**. Traduzido por: Enrique López Castellón. Madri: Edimat, 1998.

²⁵⁵ Cfe. LOCKE, John. **Ensayo sobre el gobierno civil**. Traduzido por: Amando Ros. Madri: Aguilar, 1976.

²⁵⁶ “A doutrina do contrato social tornou-se um importante componente teórico para os revolucionários de então. A reivindicação de uma Constituição embasava-se exatamente na tese de que o contrato social encontra sua explicação na Constituição”. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 55.

²⁵⁷ Cfe. DUSSEL, Enrico. **Caminhos para a libertação latino-americana**. São Paulo: Paulinas, 1984. v. 2, p. 209-226.

²⁵⁸ Importante frisar que, com “linha evolutiva”, não se pretende estabelecer marcos temporais para a evolução do Estado. Com efeito, sabe-se não ser possível travar uma linha contínua e absolutamente lógica, tendo-se em vista serem os fatos históricos entremeados uns aos outros.

²⁵⁹ Sobre o Estado de Direito, tem-se por adequada a definição de Danilo Zolo: “Neste sentido, o Estado de Direito é uma versão do Estado moderno europeu, na qual, com base em específicos pressupostos filosófico-políticos, atribui-se ao ordenamento jurídico a função de tutelar os direitos subjetivos, contrastando a tendência do poder político de dilatar-se, de se operar de modo arbitrário e prevaricar. Em termos mais analíticos, pode-se afirmar que o Estado de Direito é uma figura jurídico-institucional que resulta de um processo evolutivo secular que leva à afirmação, no interior das estruturas do Estado moderno europeu, de dois princípios fundamentais: o da “difusão do poder” e do da “diferenciação do poder”. COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. **O Estado de direito: história, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 31. Veja-se, ainda, o que sustenta Capella: “A expressão foi sendo usada crescentemente desde meados do século XIX para designar o conjunto de condições que deve satisfazer um sistema político jurídico para que se lhe tenha como minimamente democratizado, isto é, com garantias suficientes para os submetidos à esse poder. <<Um governo de leis e não de homens>>, em expressão do presidente dos Estados Unidos John Adams, no século XVIII; ou justificar o poder por

Estado Absoluto, tem-se uma supervalorização do indivíduo, com a institucionalização de direitos subjetivos e a constatação da necessidade de asseguração da liberdade dos cidadãos.

Com efeito, o advento da Ilustração não deixou imune o Direito, o qual se viu diante da consolidação do positivismo jurídico. Do mesmo modo, atente-se que restou influenciado o Direito Penal, que abandonou de vez o modelo inquisitório, a partir do surgimento da Escola Clássica. Realmente, o império da razão ocasionou transformações da própria visão de mundo que se tinha da época, contribuindo para a crise jurídica pela qual perpassamos hoje, como se vai explicar em ocasião própria.

2.2.1 Noções Introdutórias: as premissas do Estado Liberal

Após anos de predomínio de justificativas calcadas no divino, a razão²⁶⁰ começou a imperar, tendo-se à frente um processo de secularização da ciência e do direito²⁶¹ que culminou com o advento da Revolução Francesa. O indivíduo, finalmente, passou a ocupar um lugar central, conquistando de vez sua autonomia²⁶². Também se estiolou o modelo inquisitivo consagrado pelo Estado absolutista, na medida em que ocorreu a separação entre a cultura eclesiástica e as doutrinas filosóficas, com especial ênfase no que tange à divisão entre a moral do clero e o modo de produção da ciência²⁶³.

Assim, “o rompimento com a tradição inquisitorial de suplícios e expiações determinou a vitória da racionalidade e do humanismo, advogados pelos filósofos

seu submetimento a normas; ou à idéia de que existem normas pré-jurídicas que nem o mesmo soberano pode violar legitimamente: eis aqui, diversamente manifestadas, concepções que expressam o ideal de que todos os atos do estado fiquem submetidos a normas jurídicas e estranhem portanto responsabilidade. A idéia de uma submissão automática, por dizê-lo assim, do estado ao direito, e formas institucionais que vão nessa direção”. CAPELLA, Juan Ramón. **Fruto proibido**: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do Estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 147.

²⁶⁰ Para FALCON, “o movimento mental das “Luzes” repousa no pressuposto do avanço constante, historicamente necessário, de uma racionalidade que pouco a pouco “ilumina” as sombras do erro e da ignorância. A razão iluminista apresenta-se aos seus adeptos como um instrumental crítico que se dirige a cada indivíduo naquilo que possui de mais íntimo e essencial — sua consciência racional de ser humano. Mais que convencer ou persuadir, com argumentos racionais, trata-se de trazer à tona, em cada um, essa capacidade ou essa essência racional, comum a todos: pensar por si mesmo, “sair da menoridade para a maioridade”, tal é a palavra de ordem”. FALCON, Francisco José Calazans. **Iluminismo**. 3. ed. São Paulo: Ática, 1991. p. 37.

²⁶¹ Cfe. DUSSEL, Enrico. DUSSEL, Enrico. **Caminhos para a libertação latino-americana**. São Paulo: Paulinas, 1984. v. 2, p. 209-226.

²⁶² Cfe. BORNHEIM, Gerd. Natureza do Estado moderno. In: NOVAES, Adauto (Org.). **A crise do estado-nação**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 210.

²⁶³ Cfe. CARVALHO, Salo de; CARVALHO, Amilton Bueno de. **Aplicação da pena e garantismo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 5.

das luzes sobre um período que transpõe as simples linguagens metafóricas e que é, reconhecidamente, de obscuridade e trevas”²⁶⁴. Uma nova visão de mundo exsurge alicerçada na razão (e não mais na fé). Essa razão, no entanto, se limitará a uma razão burguesa, conforme, argutamente, reconhece Capella:

durante algum tempo, o cometa da razão calculista que promete um mundo feliz recorrerá o firmamento das idéias: um mundo crescentemente próspero e iluminado, um mundo de progresso (ainda que esta idéia só chega a exacerbar-se na época contemporânea); um mundo que se supõe organizado racionalmente. Ante o altar da razão - nunca ficará de todo claro que se trata só de uma razão, da razão burguesa, abstrata e calculista; da lógica da produção capitalista - tudo será sacrificado: de uma parte, as crenças do passado, os mitos da etapa infantil da humanidade; de outra, tudo o que signifique uma pedra nas botas de sete léguas do capitalismo moderno²⁶⁵.

Nesse âmbito, o Estado Liberal tem suas bases assentadas no movimento chamado Liberalismo, que instituiu a visão de mundo da classe burguesa, em uma luta contra o feudalismo aristocrático e fundiário. De início, o liberalismo significou justamente esse movimento da burguesia capitalista, então composta por camponeses e classes sociais rebaixadas, de sorte que “seus princípios marcantes foram liberdade, igualdade e fraternidade, identificando-se tanto com os ideais individuais da burguesia mais abastada como com os aliados economicamente fragilizados”²⁶⁶.

Tem-se como certo, nessa perspectiva, que a segunda versão do Estado moderno se originou na Revolução Francesa²⁶⁷, que sustentou ser viável o bem-

²⁶⁴ CARVALHO, Salo de. Da reconstrução do modelo jurídico inquisitorial. In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos de história do direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 255.

²⁶⁵ CAPELLA, Juan Ramón. **Fruto proibido**: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do Estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 101.

²⁶⁶ SBARDELOTTO, Fábio Roque. **Direito penal no Estado democrático de direito**: perspectivas (re)legitimadoras. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 33.

²⁶⁷ Nesse sentido, veja-se que HOBBSAWN destacou: “em primeiro lugar, ela se deu no mais populoso e poderoso Estado da Europa (não considerando a Rússia). Em 1789, cerca de um em cada cinco europeus era francês. Em segundo lugar, ela foi, diferentemente de todas as revoluções que a precederam e a seguiram, uma revolução social de massa, e incomensuravelmente mais radical do que qualquer levante comparável. Não é um fato meramente acidental que os revolucionários americanos e os jacobinos britânicos que emigraram para a França devido a suas simpatias políticas tenham sido vistos como moderados na França. Tom Paine era um extremista na Grã-Bretanha e na América; mas em Paris ele estava entre os mais moderados dos girondinos. Resultaram das revoluções americanas, grosseiramente falando, países que continuaram a ser o que eram, somente sem o controle político dos britânicos, espanhóis ou portugueses. O resultado da Revolução Francesa foi que a era de Balzac substituiu a de Mme. Dubarry”. HOBBSAWN, Eric. **A era das revoluções**: Europa 1789-1848. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996. p. 72-73.

estar dos indivíduos, tão-somente, caso ocorresse mínima intervenção do Estado²⁶⁸. Naquele momento histórico é que surgiu, portanto, o verdadeiro alicerce do Estado liberal, qual seja, a institucionalização do controle do poder estatal (em prol de satisfazer os interesses de uma classe determinada, vale indicar, a burguesia²⁶⁹). O Estado liberal está, assim, “assente na idéia de liberdade e, em nome dela, empenhado em limitar o poder político tanto internamente, pela sua divisão, como externamente, pela redução ao mínimo de suas funções perante a sociedade”²⁷⁰.

Nos ideais liberais, o indivíduo passa a ser supervalorizado, enfocando sua liberdade como valor máximo e limitando-se, para isso, ao mínimo a intervenção estatal. O Estado era visto como o “fantasma que atemorizou o indivíduo”²⁷¹, sendo o poder do ordenamento estatal o “maior inimigo da liberdade”²⁷². Tal forma de Estado surge, assim, no sentido de impor limites ao poder estatal, anteriormente absolutista, revelando-se a individualidade um exercício indispensável:

o indivíduo, titular de direitos inatos, exercê-los-ia na Sociedade, que aparece como ordem positiva frente ao Estado, ou seja, frente ao *negativum* dessa liberdade que, por isso mesmo, surge da teoria jusnaturalista rodeado de limitações, indispensáveis à garantia do círculo em que se projeta, soberana e inviolável, a majestade do indivíduo²⁷³.

A partir de então, o homem toma consciência da liberdade “como valor supremo da vida social e individual”,²⁷⁴ o que acabou por ser afirmado através das Declarações de Direitos do Homem e do Cidadão. Nessa perspectiva, sua liberdade passa a ser vista vinculada ao Direito, cabendo ao Estado ter suas atividades restritas à permissão do exercício da liberdade de cada cidadão.

Em um contexto histórico, observe-se que, na virada do século XVII, os burgueses não mais se contentavam em ter o poder econômico. Em verdade, a burguesia queria tomar para si o poder político que, até então, era privilégio da

²⁶⁸ Cfe. BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de teoria política do Estado e ciência política**. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 68.

²⁶⁹ Cfe. SANTOS, André Leonardo Copetti. “Os direitos humanos como fundamento epistemológico das reformas penais no Estado democrático de direito”. In: SANTOS, André Leonardo Copetti. **Criminalidade moderna e reformas penais: estudos em homenagem ao Prof. Luiz Luisi**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 100.

²⁷⁰ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 33.

²⁷¹ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 40.

²⁷² *Ibid.*, p. 40.

²⁷³ *Ibid.*, p. 40.

²⁷⁴ SBARDELOTTO, Fábio Roque. **Direito penal no Estado democrático de direito: perspectivas (re)legitimadoras**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 33.

aristocracia. O palco ideal desse golpe de cena foi a França, que, no final dos anos mil e setecentos, atravessou uma crise social e institucional²⁷⁵.

Como alternativa para superar esse momento difícil, o Rei francês concordou, em 08 de agosto de 1788, na convocação dos Estados Gerais, cujas votações eram realizadas por ordem e não por cabeça. Diante disso, Sieyès denunciou que duzentos mil privilegiados franceses eram representados pelas duas ordens (nobreza e clero), contra o Terceiro Estado, que representava de vinte e cinco a vinte e seis milhões de pessoas. Com efeito, o Rei Luís XVI, em 27 de dezembro de 1788, autorizou a duplicação do número de representantes do Terceiro Estado, nos Estados Gerais, convocados para o dia primeiro de maio de 1789. Em face disso, a burguesia obteve o dobro de representantes, isto é, 600 membros contra 300 da nobreza e 300 do clero. Os Estados Gerais restaram instalados em 5 de maio de 1789, repondo, no quadro da conturbada ação política, ao lado do clero e da nobreza, um Terceiro Estado reforçado e prenhe de reivindicações. O clero e a nobreza queriam sessões separadas e as votações por Estado, o que lhes assegurava sempre dois votos. O Terceiro Estado, por sua vez, pretendia sessões conjuntas e votação nominal, o que lhes garantiria a metade dos votos, sem contar possíveis adesões²⁷⁶. A partir de então começam abalos mais significativos ao poder absoluto, com o que se inicia uma luta de forças políticas, como esclarece Châtelet:

a despeito das carências da política monárquica e da pobreza endêmica de uma parte da população, a sociedade francesa é rica e numerosa. É contra esse pano de fundo que irão se apoiar as forças políticas que, por ocasião da reunião dos Estados Gerais do Reino, em julho de 1789, provocarão os primeiros grandes abalos²⁷⁷.

Diante de tais dificuldades, os Estados Gerais estiolaram-se, eclodindo diversos fatos revolucionários. Em 17 de junho de 1789, o Terceiro Estado declarou-se (por proposta de Sieyès²⁷⁸, exposta em Assembleia Nacional) representante da

²⁷⁵ Cfe. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 51-53.

²⁷⁶ Cfe. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 51-53.

²⁷⁷ CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier. **História das idéias políticas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000. p. 88-89.

²⁷⁸ Realce-se que, muito embora o pensamento eleitoral de SIEYÈS representasse um avanço importante para a época, sua teoria de elegibilidade era censitária, uma vez que só votavam ou se elegiam aqueles que tivessem determinada renda e contribuíssem com determinados valores em tributos. BASTOS, Aurélio Wander. In: Sieyès, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa: qu' est-ce que le tiers état?** Traduzido por: Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Líber Júris, 1986. p. 47.

nação; ainda, aboliu o direito de veto às suas decisões. Em seguida, a Assembleia Nacional, constrangida pelo impacto da insurreição popular, declarou-se Assembleia Constituinte. Alguns dias depois, ocorreu a queda da Bastilha²⁷⁹.

Além disso, é de ver-se que o Estado Liberal vem justificado na ideia do contrato social²⁸⁰ de Locke, a partir do pensamento de que os cidadãos abririam mão de parte de sua liberdade (presente no estado de natureza), a fim de que a liberdade de todos pudesse ser garantida pelo ente estatal (evitando-se um conflito), o qual, no entanto, deveria manter-se distante da vida do indivíduo. John Locke foi o primeiro a reconhecer que os direitos naturais e inalienáveis do homem (vida, liberdade, propriedade e resistência) eram oponíveis aos detentores do poder²⁸¹. Portanto, sua leitura do contrato social, nesse particular enfocado, é de extrema importância, pois se trata da primeira e mais completa formulação do Estado liberal²⁸². Em Locke, portanto, encontra-se o cerne do pensamento liberal, que é o controle do executivo pelo legislativo e o controle do governo pela sociedade, admitindo-se o direito de resistência²⁸³.

Nesse passo, o povo era o juiz em última instância, porque se constituía no mandante, enquanto o legislativo e o executivo eram os mandatários, os quais, por essa razão, não podiam se situar fora do estabelecido pela lei²⁸⁴.

Realmente, à lei é dada relevante importância, a qual deve ser meio de proteção da liberdade do indivíduo, sendo um verdadeiro mecanismo de limitação. Além disso, a lei deve observar os direitos humanos:

as leis que o Estado dita devem estar de acordo com esses direitos e não representarão um limite ao seu gozo, mas sim servem para proteger e ampliar a liberdade individual. Todo o Estado, o Estado de direito que ele fundamentaria, serve para regular essa liberdade humana, através da exposição de leis racionais e do julgamento

²⁷⁹ Cfe. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 54.

²⁸⁰ Segundo Hobbes, "para pôr fim à guerra de todos contra todos, própria do estado da natureza, os homens despojam-se do que possuem de direitos e possibilidades em troca de receberem a segurança do Leviatã." (Ibid., p. 31.) "O estado da natureza em Rousseau é somente uma categoria histórica para facilitar esse entendimento... Ao contrário de Hobbes, Rousseau não considera o homem como "o lobo do homem"; na verdade, o homem se transforma no lobo do homem no decorrer da história." (Ibid., p. 36-37.)

²⁸¹ Cfe. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 47-48.

²⁸² Cfe. CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 28.

²⁸³ Cfe. STRECK; MORAIS, op. cit., p. 36.

²⁸⁴ Cfe. MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**. Traduzido por: Francisco Javier Roig e Manuel Martínez Neira. Madri: Editorial Trotta, 1998. p. 139.

imparcial das relações entre indivíduos livres. O indivíduo não tem limites, quem os tem é o Estado, tanto para julgar para que servem as leis, como para legislar – deve-se levar em conta que esta é a ‘autoridade suprema’ -, para o qual os direitos humanos têm a qualidade de ser intransferíveis. Existem, além disso, outros limites, como os princípios de certeza, generalidade, imparcialidade, etc²⁸⁵.

Apareceu no horizonte, em seguida, o positivismo jurídico, de acordo com o qual “seu ponto de partida é o modelo das ciências exatas, e a ciência do Direito, para ser elevada a verdadeira ciência, haverá de estar fundamentada, tal qual as ciências naturais, sobre fatos indubitáveis”²⁸⁶. Daí concluir-se que “o direito possui, como a matemática, sua estrutura objetiva, que o arbitrário não poderia mudar”²⁸⁷.

Afirmava-se que:

só os matemáticos puderam encontrar algumas verdades, quer dizer, algumas razões certas e evidentes, eu não duvidaria de começar pelas mesmas que eles examinaram ainda que não esperasse qualquer vantagem, a não ser a de que eles habituariam o meu espírito a alimentar-se de verdades, e nunca a se contentar com falsas razões²⁸⁸.

Desse modo, o Estado foi fundado em bases racionais e em princípios justos. Em síntese, foi constituído. Para realizar essa tarefa, recorreu-se a um sujeito constituinte, que foi concebido como a nação inteira, então representada por uma Assembleia constituinte²⁸⁹. Concretizada a Constituição Francesa de 1791, a vontade geral tomou forma com a assembleia de representantes, de modo que o poder, nas constituições aparecidas a partir daí, sempre restou fundado por baixo, pois não há representação sem uma eleição²⁹⁰.

²⁸⁵ ANITUA, Gabriel Ignácio. **História dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 128.

²⁸⁶ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Conceito e método da ciência do direito penal**. Trad. José Carlos Gobbis Pagliuca. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 36.

²⁸⁷ CASSIRER, Ernst. **A filosofia do iluminismo**. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: UNICAMP, 1992. p. 327.

²⁸⁸ DESCARTES. **Discurso do método**. Trad. Pinharanda Gomes. 3. ed. Lisboa: GUIMARÃES, 1997. p. 26.

²⁸⁹ Cfe. BASTOS, Aurélio Wander. In: Sieyès, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa: qu' est-ce que le tiers état?** Traduzido por: Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Liber Júris, 1986. p. 211.

²⁹⁰ Cfe. DUSO, Giuseppe. **Revolução e constituição do poder**. In: DUSO, Giuseppe (Org.). **O poder: história da filosofia política moderna**. Traduzido por: A. Ciacchi, L. Silva e G. Tosi. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 212-213.

2.2.2 O Direito Penal como Garantia do Acusado

Certamente, todos os fatores, antes abordados, implementaram certa limitação e divisão da autoridade estatal, ocorrendo, por via própria de consequência, a consolidação das conquistas liberais, como, por exemplo, liberdades, direitos humanos, ordem legal, governo representativo, legitimação da mobilidade social, etc.²⁹¹

Doutro lado, cumpre observar-se que a união de todos esses dados históricos conduziu a outra importante conquista: a secularização, que é a separação entre a justiça divina e a justiça humana – esta fixada em bases estritamente racionais, no entendimento de que o poder do governante se encontra no povo; aquela fundada em aspecto divino.

Iniciou-se, assim, um grande processo de secularização da própria política, sendo relativizado o fundamento religioso da obrigação política. A moderna razão, em tal passo, começou a entrar em conflito com a irracionalidade da concepção medieval de que o rei era o ministro de Deus na Terra. Houve, por consequência, um processo de racionalização do Estado, em que o contratualismo e o iusnaturalismo tiveram importante papel²⁹². Nesse passo, a razão passou a se apresentar como fundamento de todos os direitos humanos. Segundo Fleiner-Gerster

o lado dos filósofos ingleses, os filósofos alemães também viam cada vez mais na ratio o fundamento de todos os direitos humanos. Para Benedictus de Espinosa (1632 – 1677), a razão independe do reino da teologia. A predominância das Igrejas na vida Intelectual deve, por essa razão, ser rompida. A liberdade da razão, a libertas philosophandi, é um direito original e irrenunciável do homem. De acordo com isso, a liberdade ocupa em sua filosofia política um lugar de destaque²⁹³.

A par disso, o conceito de crime *no hay de tener en adelante relación alguna con la falta moral o religiosa*²⁹⁴, sendo considerado *la ruptura con la ley, ley civil explícitamente establecida en el seno de una sociedad por el dado*

²⁹¹ Cfe. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 56.

²⁹² Cfe. MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**. Traduzido por: Francisco Javier Roig e Manuel Martínez Neira. Madri: Editorial Trotta, 1998. p. 35-37.

²⁹³ FLEINER-GERSTER, Thomas. **Teoria geral do Estado**. Trad. Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 106.

²⁹⁴ FOUCAULT, Michel. **La verdad y las formas jurídicas**. 5. ed. Traduzido por: Enrique Lynch. Barcelona: Gedisa, 1998. p. 92.

*legislativo del poder político*²⁹⁵. Como corolário disso, nota-se que

o complexo de idéias nascidas a partir do modelo contratualista do iluminismo funda a estrutura do Direito Penal moderno, da política criminal contemporânea e da atual criminologia, estruturando os pressupostos científicos e ideológicos conformadores do saber ocidental sobre a criminalidade, transnacionalizados historicamente desde o centro à periferia²⁹⁶.

Nesse cenário, percebe-se também a necessidade de o constitucionalismo moderno estar, desde o começo, *investido del problema de la tolerancia religiosa, que con el tiempo se convertirá en el de la libertad religiosa; y la libertad religiosa es la madre de todas las libertades*²⁹⁷.

Vale advertir-se, de mais a mais, que as teorias humanistas e racionalistas (trazidas pela renovação intelectual do Iluminismo penal) solidificaram uma estrutura principiológica em matérias penal e processual penal, impondo princípios (como, tão-somente para registrar: reserva legal, taxatividade, retroatividade, separação tripartite dos Poderes do Estado, intervenção mínima, pessoalidade, individualização e proporcionalidade das penas, bem como o devido processo legal e a igualdade perante a lei) que visavam a garantir a construção da cidadania tutelada por um poder autônomo, racional, independente e imparcial²⁹⁸.

Deve-se, sobremaneira, creditar à obra *Defensor pacis*, de Marsílio de Pádua, a introdução da secularização do Estado na história das ideias. Isso porque, segundo sua doutrina, o poder do Rei não se derivava de Deus, mas, em verdade, dos homens que consentiam com os seus governos. Ocorreu, a partir disso, a concepção de que os Reis não deveriam estar mais vinculados à Igreja e ao Papa; apenas às leis²⁹⁹. Advogou-se, então, em prol do rompimento da predominância das Igrejas na vida intelectual, sendo a razão o fundamento de todos os direitos humanos, de tal modo que os cristãos deveriam se submeter ao direito divino, e os cidadãos ao direito do Estado³⁰⁰, puramente racional.

Importante é que, e isto não se pode esquecer, havia, nesse processo

²⁹⁵ Ibid., p. 92.

²⁹⁶ CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 5.

²⁹⁷ MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**. Traduzido por: Francisco Javier Roig e Manuel Martínez Neira. Madri: Editorial Trotta, 1998. p. 37.

²⁹⁸ Cfe. CARVALHO, Salo de. Da reconstrução do modelo jurídico inquisitorial. In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos de história do direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 270.

²⁹⁹ Cfe. FLEINER-GERSTER, Thomas. **Teoria geral do Estado**. Trad. Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 104.

³⁰⁰ Ibid., p. 106.

evolutivo, uma única razão, isto é, a razão burguesa, abstrata, lógica e calculista, que era típica do modelo de produção capitalista³⁰¹.

Inquestionavelmente, o problema dessa razão reside no fato de que as ciências modernas se ocupavam de entes abstratos, por intermédio dos quais desenvolviam conceitos científicos indispensáveis ao desenvolvimento do raciocínio científico. Com efeito,

para elaborar os conceitos abstratos específicos de seu saber o cientista há de adotar uma perspectiva ou ponto de vista seletivo de um só aspecto da realidade. Por isso as ciências modernas não se ocupam dos objetos concretos e particulares – os quais podem encaixar no que indiretamente afirmam acerca dessas distintas ciências –, senão que aquelas se ocupam de objetos abstratos: em realidade, de aspectos, relevantes de cada uma das perspectivas científicas (ou pontos de vista igualmente especializados), dos seres concretos e particulares³⁰².

É razoável afirmar-se que as descobertas científicas do Renascimento e do Iluminismo impulsionaram um colapso originário da crítica projetada aos fundamentos culturais da cristandade³⁰³, o qual, em certo sentido, conduziu ao encampamento de um secularismo militante³⁰⁴. Veja-se que Dussel argutamente percebeu esse fenômeno, quando ponderou que

os homens de ciência, que em sua origem foram quase exclusivamente homens da igreja, sacerdotes, viram-se obrigados a cometer um dos

³⁰¹ Cfe. RAMÓN CAPELLA, Juan. **Fruto proibido**: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do Estado. Trad. Gresiela Nunes da Rosa e Lédio Rosa de Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 101.

³⁰² RAMÓN CAPELLA, Juan. **Fruto proibido**: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do Estado. Trad. Gresiela Nunes da Rosa e Lédio Rosa de Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 102.

³⁰³ Cfe. DUSSEL, Enrico. **Caminhos para a libertação latino-americana**. São Paulo: Paulinas, 1984. v. 2, p. 212.

³⁰⁴ É Dussel quem assevera que “o homem moderno se questiona, ao invés, sobre as próprias estruturas do mundo, pensado a partir de si. Se esta consideração absoluta inclina-se para o panteísmo, ateísmo ou deísmo, já não teremos secularização da ciência, mas secularismo: nega-se o recurso ao fundamento, ao Deus de Israel ou do cristianismo como religião revelada. De qualquer modo, a consideração do mundo não divino e agora profano é nova na história universal. O homem nunca tinha enfrentado o cosmos pensando-o como algo que repousa em suas próprias estruturas, estruturas que deviam ser descritas cientificamente, de forma autônoma da teologia. O mundo pensado como absoluto é fruto da evolução das noções de natureza e de Deus, que, assim, no-lo mostra a história, passou de uma secularização a um secularismo militante. A ciência será o instrumento maior deste modo de encarar a realidade. Não será principalmente uma postura metafísica que se questiona sobre o fundamento último do mundo; não é uma consideração teológica; apenas a ciência, especialmente a matemática (como pensava Niccolò Tartaglia, 1499-1517), permitirá penetrar na obscura medula do mundo”. DUSSEL, Enrico. **Caminhos para a libertação latino-americana**. São Paulo: Paulinas, 1984. v. 2, p. 211.

erros inevitáveis: ou cair no concordismo (isto é, forçar a Bíblia ou a tradição para fazê-las “concordar” com suas conclusões científicas), ou desviar-se claramente da secularização para o secularismo, opondo-se à igreja ou pelo menos a muitos de seus teólogos. Por esta incompreensão foi-se dando origem a todo um mundo, o da ciência moderna, que crescerá primeiro junto com a igreja, mas que, pouco a pouco, irá buscando em si mesmo uma autonomia de que necessitava para seu desenvolvimento e era-lhe negada. A ciência moderna só se opunha a um antigo esquema da cultura latina. A cristandade a inclinará para o secularismo. Todavia, a própria ciência tinha um peso que a fez formular uma nova idéia da natureza e correlativamente de Deus. Considerando as linhas gerais desta evolução, encontraremos o fundamento metafísico do secularismo moderno³⁰⁵.

No campo do direito, o positivismo jurídico³⁰⁶ representou uma nota de cientificidade ao afastar de sua estrutura elementos meta-jurídicos, como o divino, o natural e o moral. Ao analisar o direito como ele é – e não como deveria ser –, essa doutrina, realmente, desvelou-se como um “esforço de transformar o estudo do direito numa verdadeira e adequada ciência que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais”³⁰⁷.

Com efeito, verifica-se que o positivismo jurídico apresenta, em sua composição, o postulado segundo o qual inexistente uma conexão necessária entre o direito e a moral³⁰⁸, na medida em que o primeiro representa um produto de convenções legais desvestidas de predeterminação ontológica e axiológica. Ou seja, o direito não reproduz os ditames da moral ou de qualquer outro sistema meta-jurídico de valores ético-políticos. Por outro lado, tem-se que essa mesma teoria, vista sob ângulo diverso, também indica o apartamento da moral em relação ao

³⁰⁵ Ibid., 2, p. 211 e p. 213.

³⁰⁶ Descreve Bobbio que, entre as características fundamentais do positivismo jurídico, se encontra o problema que “diz respeito ao modo de abordar, de encarar o direito: o positivismo jurídico responde a este problema considerando o direito como um fato e não como um valor. O direito é considerado como conjunto de fatos, de fenômenos ou de dados sociais em tudo análogos àqueles do mundo natural; o jurista, portanto, deve estudar o direito do mesmo modo que o cientista estuda a realidade natural, isto é, abstendo-se absolutamente de formular juízos de valor. Na linguagem juspositivista o termo “direito” é então absolutamente avalorativo, isto é, privado de qualquer conotação valorativa ou ressonância emotiva: o direito é tal que prescindir do fato de ser bom ou mau, de ser um valor ou um desvalor”. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Traduzido por: Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 131.

³⁰⁷ Ibid., p.135.

³⁰⁸ Frise-se que, em sentido contrário, manifesta-se Radbruch, para quem “só a moral é capaz de servir de fundamento à força obrigatória do direito. Com efeito, dos preceitos jurídicos, considerados como imperativos ou manifestações de vontade, pode talvez fazer-se derivar, como já foi mostrado, quando muito, um ter-de-ser, isto é, um müssen; nunca, porém um dever-ser, um sollen. Só pode rigorosamente falar-se de normas jurídicas, dum dever-ser jurídico, duma validade jurídica, e portanto de deveres jurídicos, quando o imperativo jurídico for dotado pela própria consciência dos indivíduos com a força obrigatória ou vinculante do dever moral”. RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Coimbra: Armênio Editor, 1974. p. 109.

direito positivo, expressando que os juízos morais se prendem, tão-somente, à autonomia da consciência individual³⁰⁹. Importante mostra-se anotar, nesse quadrante, que esses entendimentos constituem uma aquisição da cultura liberal, refletindo, ainda, o processo de secularização do direito e da moral³¹⁰.

Nesse sentido, o Direito Penal não deve incriminar penalmente comportamentos com vistas a impor ou a reforçar uma (determinada) moral. Em verdade, somente as ações capazes de causar danos devem configurar figuras delitivas. A toda evidência, mostra-se defeso proibir e castigar uma ação pelo (simples) fato de ela ser considerada imoral ou em algum sentido reprovável. Para o princípio utilitarista da separação entre o direito e a moral, faz-se mister, destarte, que a conduta objeto de incriminação cause um dano concreto a “bens jurídicos alheios”, cuja “tutela”³¹¹ representa a única justificação das leis penais como técnicas preventivas dessas lesões.

Ao ensejo, vale referir-se, no particular em exame, a impossibilidade de o Estado imiscuir-se coercitivamente na vida moral dos cidadãos e promover de modo coativo sua moralidade, e isso porque seu múnus se cinge à tutela da segurança das pessoas, impedindo que elas causem violências umas nas outras³¹². No que tange ao processo e, conseqüentemente, aos problemas de justificação da jurisdição, o princípio secularizador exige que o juízo criminal não leve em linha de conta aspectos subjetivos, como, por exemplo, a moralidade, o caráter e a alma do réu. Impende ao magistrado, no plano do utilitarismo, tão-só o exame dos fatos penalmente proibidos que são imputados, ou seja, aqueles que podem ser provados

³⁰⁹ Cfe. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Madrid: Editorial Trotta, 2000. p. 218.

³¹⁰ *Ibid.*, p. 218.

³¹¹ Veja-se que MILL defende “como indicado para orientar de forma absoluta as intervenções da sociedade no individual, um princípio muito simples, quer para o caso do uso da força física sob a forma de penalidades legais, quer para o da coerção moral da opinião pública. Consiste esse princípio em que a única finalidade justificativa da interferência dos homens, individual e coletivamente, na liberdade de ação de outrem, é a autoproteção. O único propósito com o qual se legitima o exercício do poder sobre algum membro de uma comunidade civilizada contra a sua vontade é impedir dano a outrem. O próprio bem do indivíduo, seja material seja moral, não constitui justificação suficiente. O indivíduo não pode legitimamente ser compelido a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, porque tal seja melhor para ele, porque tal o faça mais feliz, porque na opinião dos outros tal seja sábio ou reto. Essas são boas razões para o admoestar, para com ele discutir, para o persuadir, para o aconselhar, mas não para o coagir, ou para lhe infligir um mal caso aja de outra forma. Para justificar a coação ou a penalidade, faz-se mister que a conduta de que se quer desvia-lo tenha em mira causar dano a outrem. A única parte da conduta por que alguém responde perante a sociedade é a que concerne aos outros. Na parte que diz respeito unicamente a ele próprio, a sua independência é, de direito, absoluta. Sobre si mesmo, sobre seu próprio corpo e espírito, o indivíduo é soberano”. MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. 2. ed. Traduzido por: Alberto da Rocha Barros. Rio de Janeiro: Vozes, 1991. p. 53.

³¹² Cfe. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Madrid: Editorial Trotta, 2000. p. 223.

empiricamente pela acusação e refutados pela defesa. Dessa sorte, o cidadão deve ser julgado (e castigado) apenas pelo comportamento desenvolvido, sendo irrelevante “aquilo que ele é”³¹³. Finalmente, anote-se que a pena desserve para sancionar imoralidades³¹⁴, não podendo, ainda, sua execução servir para realizar a transformação moral do condenado. Melhor dizendo,

el estado, que no tiene derecho a forzar a los ciudadanos a no ser malvados, sino sólo a impedir que se dañen entre sí, tampoco tiene derecho a alterar - reeducar, redimir, recuperar, resocializar o otras ideas semejantes - la personalidad de los reos. Y el ciudadano, si bien tiene el deber jurídico de no cometer hechos delictivos, tiene el derecho de ser interiormente malvado y de seguir siendo lo que es. Las penas, consiguientemente, no deben perseguir fines pedagógicos o correccionales, sino que deben consistir en sanciones taxativamente predeterminadas y no agravables con tratamientos diferenciados y personalizados de tipo ético o terapéutico³¹⁵.

Mostra-se coerente afirmar, à vista do exposto, que esses três princípios normativos definem, em seu conjunto, os fins de tutela e prevenção do Direito Penal, bem como, ao mesmo tempo, os limites dentro dos quais sua intervenção se justifica no modelo garantista. Além do mais, pode-se neles tatear a existência de uma ética liberal, e isso por dois motivos: (i) inicialmente, porque seu esteio reside no valor da liberdade de consciência das pessoas, da igualdade de seu tratamento penal e da minimização da violência punitiva; (ii) e, por fim, visto que se destina unicamente ao legislador e não aos cidadãos, cuja moralidade, ao inverso, se considera

³¹³ Ibid., p. 223.

³¹⁴ Características pessoais (que não lesionam interesses alheios) devem receber apenas reprovação moral, e isso quando esses comportamentos se apresentem capazes de lesionar interesses de outros. Esse é o entendimento de Mill, para quem “tendências cruéis; má índole e má fé; a mais antissocial e odiosa de todas as paixões — a inveja; dissimulação e insinceridade; irascibilidade sem causa suficiente, e ressentimento desproporcional à provocação; o gosto de mandar nos outros; o desejo de embolsar mais vantagens do que compete a cada um (pleonecsía — dos gregos); a soberba, que tira satisfação do amesquinamento dos demais; o egotismo, que se supõe a si e aos próprios interesses mais importantes que quaisquer outras coisas, e que decide a favor de si mesmo todas as questões duvidosas — esses são vícios morais e formam um caráter moral mau e odioso. Não como as faltas contra si mesmo anteriormente mencionadas, as quais não são propriamente imoralidades, e, a qualquer ponto que sejam levadas, não constituem perversidade. Estas podem ser provas de certo grau de estultícia ou de carência de dignidade pessoal e de auto-respeito. Só se tornam, porém, objeto de reprovação moral quando envolvem uma infração do dever para com os outros, em caso nos quais estes se achem interessados na obrigação do indivíduo de cuidar de si. Os chamados deveres para conosco não são socialmente obrigatórios, a não ser que as circunstâncias os façam, ao mesmo tempo, deveres para com os outros”. MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. 2. ed. Traduzido por: Alberto da Rocha Barros. Rio de Janeiro: Vozes, 1991. p. 120-121.

³¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Madrid: Editorial Trotta, 2000. p. 223.

juridicamente vazia de significado e inatingível³¹⁶.

2.2.3 O Juiz na Função de ser “a boca da lei”

Nesse quadrante, vale anotar que o implemento da obrigação dos juízes para motivarem suas decisões se deve, fundamentalmente, às concepções iluministas sobre o Estado, sobre o direito e sobre a administração da justiça, que representaram uma reação contra o antigo regime, sobretudo no que diz respeito às características do ordenamento jurídico e da organização judiciária do período pré-revolucionário³¹⁷.

Em linhas gerais, os vícios do regime absolutista francês, que favoreciam o exercício arbitrário do poder pela magistratura, eram os seguintes: *(i)* o ordenamento monárquico francês apresentava diversos centros de produção de normas, o que gerava incerteza sobre o direito a ser aplicado em cada situação, facilitando, assim, a arbitrariedade judicial; *(ii)* havia inúmeros órgãos com capacidade para julgar, inexistindo qualquer espécie de regra distintiva acerca de suas competências; *(iii)* afora isso, o Rei poderia, a qualquer momento, avocar a atribuição de julgar determinados casos, independentemente se eles tivessem sido iniciados em outros órgãos; e *(iv)* a magistratura francesa possuía prerrogativas que inviabilizavam qualquer espécie de controle disciplinar, uma vez que os juízes eram os proprietários de seus ofícios³¹⁸.

A partir desse cenário, a doutrina jurídica iluminista procurou definir – além de questões voltadas à estrutura interna do processo ou ao controle burocrático acerca da atuação dos juízes – a certeza do direito e o papel político da magistratura na incumbência de aplicá-lo aos casos levados a julgamento. Dentro desse prisma, a motivação exsurtiu como um mecanismo por intermédio do qual a sociedade restou capaz de controlar um poder que não era pessoal (ou seja, do juiz ou do Rei), mas, em verdade, uma delegação da própria sociedade. A motivação, nesse caminho, seria um verdadeiro direito natural³¹⁹. Impossível esquecer-se, aqui, que a aplicação da lei (“boca da lei”) foi um avanço considerável para a época, pois se demonstrava a base do direito sobre a qual se produziu a decisão. Trata-se de uma motivação de direito. Importante registrar-se que o Iluminismo buscou no Júri Inglês as bases para

³¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Madrid: Editorial Trotta, 2000. p. 224.

³¹⁷ Cfe. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 59-60.

³¹⁸ Ibid., p. 60.

³¹⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 61.

a formação de um sistema acusatório:

Na França, logo após a maior revolução de que se tem memória, foram adotadas três ordens de jurisdições que correspondiam a três espécies de infrações: o tribunal municipal para os delitos, o tribunal correicional para as contravenções, e o tribunal criminal para os crimes. Introduziu-se o Júri para os crimes e, à maneira do Direito Inglês, compunha-se de duas fases: o Júri de acusação e o Júri de julgamento³²⁰.

De mais a mais, verifica-se que a ideia de controle sobre o discurso judicial se fez presente em virtude da concepção iluminista da supremacia do Poder Legislativo. Por primeiro, porque o Poder Legislativo era o único exercido diretamente por representantes do povo, sendo a lei, nesse quadro, a expressão da vontade popular soberana. Por segundo, porque a lei (geral e certa) representava, acima de tudo, a garantia dos direitos individuais³²¹. Tendo em vista essas considerações, os juízes deveriam seguir tão-somente a letra da lei³²², sendo seres inanimados e incapazes de analisar a disposição lançada pelo legislador. Em síntese, os magistrados eram, pois, apenas a *bouche qui prononce les paroles de la loi*. É que *os juízes não recebiam as leis como uma tradição doméstica ou como um testamento, mas da sociedade viva ou do soberano que é o representante da sociedade, como depositário legítimo do resultado actual da vontade colectiva*³²³. Nessa linha, torna-se fácil perceber a existência de uma

íntima relação entre o dever de motivar e a concepção de supremacia da lei legada pelo iluminismo: se a lei constitui expressão da vontade popular soberana, nada mais consentâneo com isso que o dever que tem o juiz de demonstrar à opinião pública, à sociedade, enfim, que suas decisões estão apoiadas nos textos legais³²⁴.

De toda a sorte, deve-se ter presente que *el modelo ilustrado de la perfecta correspondencia entre previsiones legales y hechos concretos y del juicio como aplicación mecánica de la ley es una ingenuidad filosófica viciada de realismo*

³²⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1, p. 88.

³²¹ *Ibid.*, p. 61.

³²² Cfe. MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. Traduzido por: Cristina Muracho. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 87.

³²³ A função de garantia da lei penal e a técnica legislativa. **Cadernos de Ciência de Legislação**, Portugal, n. 6, p. 27, jan./mar. 1993.

³²⁴ GOMES FILHO, op. cit., p. 63.

*metafísico*³²⁵.

Também à conta da supremacia da lei, pode-se creditar a existência de omissão quanto à previsão para a motivação dos fatos nos textos legislativos franceses, os quais preferiram exigir, em um primeiro momento, apenas a indicação da qualificação do crime e a simples constatação dos fatos encontrados à base do processo. Em realidade, a previsão normativa para uma motivação com visos de discurso justificativo somente passou a existir com o aparecimento da lei de organização judiciária de 16-24 de agosto de 1790³²⁶. Verifica-se, no entanto, que o dever de motivar as decisões judiciais tão-só recebeu dignidade constitucional algum tempo depois, com a Constituição do ano III (1795), que o regulou no art. 208: *Les jugements sont motives et on y énonce les termes de la loi appliquée*³²⁷.

Nesse contexto, é de fundamental importância perceber que essa previsão constitucional trouxe à baila a natureza política do dever de justificar as decisões judiciais, a qual se colocou como um mecanismo para assegurar um modelo:

de divisão de poderes em que a jurisdição era concebida como atividade lógica e juridicamente secundária em relação à legislação [...] relacionando a motivação à legalidade, o constituinte relacionava a estrita sujeição dos juízes à lei não só como forma de prevenir o arbítrio, mas sobretudo para reafirmar a sua própria supremacia como exclusiva fonte de direito³²⁸.

É de ver-se, por fim, que, após a Revolução Francesa, passou-se a “substituir, paulatinamente, o princípio da valoração legal das provas pelo princípio da livre apreciação delas pelo juiz, com a devida fundamentação: teríamos chegado, com o livre convencimento, à fase científica”³²⁹.

Em todos os sentidos, a ocorrência da Revolução Francesa se constituiu na porta de abertura para um abandono paulativo dos traços de cueldade do sistema inquisitivo deflagrado na Idade Média pelo Tribunal da Santa Inquisição.

Realmente, pode-se dizer, em visão mais ampla, que a (re)descoberta de algumas diretrizes do sistema acusatório teve como marco inicial a ultrapassagem da

³²⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Madrid: Editorial Trotta, 2000. p. 46.

³²⁶ Cfe. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 63.

³²⁷ Ibid., p. 63.

³²⁸ Ibid., p. 63-64.

³²⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, ano 1, n. 1, p. 50, 2001.

monarquia absolutista francesa pelo governo republicano (que restou marcado por ideais de dignidade do ser humano, mormente o reconhecimento de que o homem é portador de valores individuais superiores em categoria à própria sociedade). Com efeito, esse (novo) modelo propôs – ao invés do segredo dos procedimentos, da negativa de defesa e dos juízes delegados do poder imperial – a publicidade e a oralidade dos debates, a liberdade de defesa e o julgamento por jurados. Com base na razão humana, instigou-se um grande debate sobre a inviabilidade da tortura, que servia de veículo para a descoberta da “verdade” nos julgamentos capitaneados pela Inquisição, pondo-se em xeque, nesse passo, o (antigo) modelo inquisitivo³³⁰.

É possível afirmar-se, em face do exposto, que a reforma da Inquisição tradicional consistiu, precisamente, na aproximação ao princípio acusatório, no qual *la separación de juez y acusación es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio, como presupuesto estructural y lógico de todos los demás*³³¹, sendo esse aspecto, destarte, o principal diferenciador dos sistemas inquisitório e acusatório (à época e atualmente, mas o que será objeto de questionamento e revisão nesta tese).

Nesse quadrante, defende Prado que o dever de motivar a decisão judicial não amplia ou reduz a acusatoriedade da base processual.³³² Em realidade, adverte Ferrajoli,

las garantías primarias de la motivación y de la ritualidad, no pertenecen específicamente al método acusatorio, habiendo sido concebidas, más bien, en el marco de la tradición inquisitiva; pero son en todo caso esenciales a cualquier método procesal, sea acusatorio, inquisitivo o mixto³³³.

Portanto, percebe-se que, em termos práticos, a motivação não é debatida como característica principal do modelo acusatório, ficando posta ao segundo plano dentro desse estudo, o que, como se verá ao final dessa tese, se apresenta absolutamente equivocado.

³³⁰ Cfe. MAIER, Julio. **Derecho procesal penal**. 2. ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004. v. 1, p. 336.

³³¹ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Madrid: Editorial Trotta, 2000. p. 567.

³³² Cfe. PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 126.

³³³ FERRAJOLI, op. cit., p. 616.

2.2.4 O Surgimento do Garantismo Clássico

A partir do que foi explanado, cumpre-se estabelecer a ligação entre a forma de Estado Liberal e o Direito Penal que nela se desenvolveu. Conforme já se apontou, esse Direito Penal vem influenciado pela legalidade e pelo positivismo jurídico, além de introduzir um rompimento, em termos de processo, com o modelo inquisitorial anterior e de instituir uma série de garantias individuais.

Nesse contexto, é necessário realçar-se, por primeiro, o fato de, como visto, o Estado ser concebido em um sentido negativo, na linha de que ele deve se manter afastado da vida do cidadão, nela influenciando o mínimo possível. Nesse âmbito, o direito será uma forma de proteger o indivíduo contra as intervenções coativas do Estado. À medida que busca assegurar a ação positiva dos cidadãos, pretende-se impedir os empecilhos a elas colocados, o que se dá por meio da sanção, conforme ressalta Moraes:

a nota central deste Estado Liberal de Direito apresenta-se como uma limitação jurídico legal negativa, ou seja, como garantia dos indivíduos-cidadãos frente à eventual atuação do Estado, impeditiva ou constrangedora de sua ação cotidiana. Ou seja: a este cabia o estabelecimento de instrumentos jurídicos que assegurassem o livre desenvolvimento das pretensões individuais, ao lado das restrições impostas à sua atuação positiva. Em razão disso é que o Direito, próprio a este Estado, terá como característica central e como metodologia eficaz a coerção das atitudes, tendo como mecanismo fundamental a sanção³³⁴.

Nesse contexto, o Direito Penal estabelecido com o advento do Estado Liberal, seguindo as características apontadas, era, de acordo com Albrecht, um mecanismo *de defensa de los ciudadanos contra las intervenciones coactivas del Estado*³³⁵. A lei penal só era justificada porque se traduzia no objeto sancionador dos ataques contra o Direito, garantidora da liberdade de todos os cidadãos. Para esse Direito Penal, portanto, a questão se concentra na descriminalização, porque ele era visto como *excesivamente represivo en relación con la sociedad civil, que*

³³⁴ MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Do direito social aos interesses transindividuais**: o Estado e o Direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 72.

³³⁵ ALBRECHT, Peter-Alexis. El derecho penal en la intervención de la política populista. . In: ROMEO CASABONA, Carlos María (Coord.). **La insostenible situación del derecho penal**. Granada: Comares, 2000. p. 471-487.

abarca un ámbito demasiado grande y que precisa su reducción. Surge con fuerza la Idea del carácter subsidiário del Derecho penal y del «Derecho penal mínimo»³³⁶.

Com efeito, os penalistas do Iluminismo procederam a uma racionalização do castigo para que ele desempenhasse, ao mesmo tempo, o papel de instrumento do Estado e de seu limitador, protegendo, assim, o cidadão: “em relação a essa tarefa, observa-se a aplicação ao campo penal da teoria do contrato e, em todo caso, um esforço para definir a justificativa e a finalidade do castigo estatal”³³⁷.

Além disso, é de se gizar que os movimentos humanitários (derivados da época das luzes) encamparam o surgimento das Escolas Penais, entre as quais se mostra valioso destacar a Escola Clássica, porquanto tem origem no interregno da transição entre o Estado absolutista e o Estado liberal de direito. De fato,

a Escola clássica se originou no marco histórico do Iluminismo e de uma transformação estrutural da sociedade e do estado, inserindo-se, em seus momentos fundacionais, na transição da ordem feudal e o Estado absolutista (o ‘Antigo regime’) para a ordem capitalista e o Estado de Direito liberal na Europa, e se desenvolveu ao longo do processo de consolidação desta nova ordem³³⁸.

Observa-se, nessa linha, que a *Escuela Clásica fue la reacción contra la barbarie y la injusticia que el Derecho Penal representaba, procuró la humanización por meio del respeto a la ley, del reconocimiento a las garantías individuales y de la limitación al poder absoluto del Estado*³³⁹. Assim, a escola clássica caracteriza-se por ter projectado sobre o problema do crime os ideais filosóficos e o ethos político do humanismo racionalista³⁴⁰. Constituiu-se, em última análise, no início de uma nova ciência³⁴¹, na qual avultaram dois princípios basilares: o primeiro, de que o principal objetivo do Direito Penal e da sua ciência é prevenir os abusos por parte

³³⁶ QUIROGA, Jacobo López Barja de. El papel del Derecho penal en la segunda modernidad. In: DIAZ-MAROTO, Julio **Derecho y justicia penal en el siglo XXI**. Madrid: Colex, 2006. p. 50-66.

³³⁷ ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008. p. 164.

³³⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 45-46.

³³⁹ RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. **Criminología**. México: Porrúa, 1999. p. 235.

³⁴⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1997. p. 7.

³⁴¹ “A Escola Clássica é tributária do método racionalista, lógico-abstrato ou dedutivo de análise do seu objeto, o qual condiciona, associado aos seus demais pressupostos, a sua produção jusfilosófica. Sendo a concepção racionalista de Ciência orientada por uma concepção mecanicista do universo (como um conjunto de leis naturais absolutas e predeterminadas) o seu método cumpre, conseqüentemente, a função de investigação racional e sistemática daquelas leis ou princípios e, portanto, de revelação do próprio objeto; ou seja, da origem natural e predeterminada do Direito Penal”. ANDRADE, op. cit., p. 47-48.

das autoridades; o segundo, de que o crime não é uma entidade de fato, mas, em realidade, uma entidade de direito³⁴². Para uma melhor compreensão, essa Escola pode ser dividida em duas fases distintas, a saber: uma filosófica e uma jurídica³⁴³.

Inquestionavelmente, a Escola Clássica coloca-se como um movimento humanitário concebido em oposição ao pensamento jurídico-penal do Medievo, sendo as ideias filosófico-penais de Beccaria, com a apresentação da obra *Dei delitti e delle pene*, o seu ponto de partida³⁴⁴.

A toda evidência, nota-se que essa obra correspondeu aos anseios gerais acerca das iniquidades oriundas da Justiça penal na Idade Média e séculos seguintes, ao buscar a afirmação da dignidade do indivíduo e seu direito em face do Estado, pretendendo findar a presença de um direito punitivo incerto, cruel e arbitrário, que era característico daquele período³⁴⁵. Com isso, pode-se registrar que a obra de Beccaria se projeta além da crítica ao antigo regime, sobretudo porque visa, fundamentalmente, a estabelecer um plano de construção para o implemento de um novo modelo jurídico-penal³⁴⁶. Em resumo,

la obra de Beccaria significó el más fuerte alegato contra el sistema de justicia criminal entonces imperante, constituyó el punto de partida para la plasmación de un orden jurídico penal, asociado a la

³⁴² DIAS; ANDRADE, op. cit., p. 8-9.

³⁴³ Essas fases devem ser vistas a partir dos escritos lançados sobre Cesare Beccaria e Francesco Carrara, bem como tendo-se por norte as obras *Dos delitos e das penas* e *Programa del curso de Derecho Criminal dictado em la Real Universidad de Pisa*. Segundo Andrade, “a obra “Dos Delitos e das Penas” de Beccaria (1764) constitui o marco mais autorizado do início da Escola e a expressão mais fidedigna do seu primeiro período; da mesma forma que a obra “Programa do Curso de Direito Criminal” de Carrara (1859) constitui o marco mais autorizado da culminação daquele segundo período e do pleno desenvolvimento da própria Escola Clássica”. ANDRADE, op. cit., p. 46.

³⁴⁴ Sobre Beccaria, SODRÉ assinala: “na história da ciência do Direito Penal o ano de 1764 marca uma época notável, assinala uma fase brilhante com o aparecimento da obra de valor imorredouro, intitulada *Dei delitti e delle pene*, que ainda hoje não é tão-somente o monumento que imortalizou o nome do célebre pensador que a concebeu, senão também, e incontestavelmente, um verdadeiro padrão de glória nacional, do qual a Itália, muito legitimamente, pode ensoberbecer-se”. SODRÉ, Miniz. **As três escolas penais**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955. p. 34-35. Completa Carvalho, outrossim, que: “O pensamento jurídico-penal do maior representante da ‘Escola Clássica’, Cesare de Beccaria, não nasce de forma afoita ou desvinculada de um imaginário sobre o Direito Penal. Beccaria, laureado em direito no ano de 1758 pela Universidade de Pavia, foi, e aqui se expressa toda a sua qualidade, o maior divulgador das idéias penais dos ‘reformadores lombardos’, coletivo de jovens idealistas que se autoproclamavam *Accademia dei Pugni*. Faziam parte desse seleto grupo milanês, dentre outros, Giuseppe Visconti di Saliceto, Luigi Lambertenghi, Antonio Menafoglio, Alfonso Longo, Giovan battista Biffi, Pietro Secchi-Comnemo (*il signore filosofiche*), a bela Antonia Belgioioso e, logicamente, Cesare de Beccaria e os irmãos Alessandro e Pietro Verri”. CARVALHO, Salo de. **Penas e garantias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 44-45.

³⁴⁵ Cfe. BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t. 1, p. 80-81.

³⁴⁶ Cfe. CARVALHO, op. cit., p. 47.

superación del antiguo régimen e instauración progresiva del Estado liberal conforme a las reivindicaciones de la revolución burguesa.³⁴⁷

Por essa razão, referindo-se a essa obra, aduz Santos ser este o início da manifestação, em matéria de Direito Penal, das diretrizes do Iluminismo e do Liberalismo, “nos quais o indivíduo figura como *punctum saliens* de todas as questões primordiais que envolvem a determinação da extensão do exercício das funções estatais”³⁴⁸. Assim, Beccaria – baseando-se em uma lógica contratualista, rechaçando a arbitrariedade do Direito Penal da forma estatal absolutista e realizando uma análise da origem das penas – foi o primeiro a propor uma delimitação ao direito de punir, o que hoje conhecemos, portanto, como o princípio da intervenção penal mínima³⁴⁹.

É a partir desse ideal, então, que a Escola Clássica

empreenderá uma vigorosa racionalização do poder punitivo em nome, precisamente, da necessidade de garantir o indivíduo contra toda intervenção estatal arbitrária. Daí por que a denominação de “garantismo” seja talvez a que melhor espelhe o seu projeto racionalizador³⁵⁰.

Correto está Faria Costa, desse modo, ao afirmar que a obra de Beccaria “pode ser vista como o Manifesto do garantismo, ou seja: como manifesto das garantias, em direito e processo penais, do cidadão nas suas relações com o Estado detentor do *ius puniendi*”³⁵¹.

De um ponto de vista mais específico, verifica-se que a visão do Direito Penal como um instrumento de limitação do Estado se deve ao fato de que Beccaria aderiu às ideias liberais, advogando em prol de que os delitos e as penas deveriam ser

³⁴⁷ CRUZ REYES, Euménides. Del derecho penal del antiguo régimen a la obra de Cesare Beccaria: La propuesta ilustrada. **Derecho penal Contemporáneo: Revista Internacional**, Bogotá, n. 5. p. 43, Oct./Dic. 2003.

³⁴⁸ SANTOS, André Leonardo Copetti. **Direito penal e Estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 27-38.

³⁴⁹ Sobre o princípio da intervenção penal mínima, afirma Copetti: “A construção doutrinária do princípio da intervenção penal mínima e a funcionalidade que lhe foi atribuída tiveram o claro propósito de complementar a garantia da autonomia do indivíduo frente ao poder estatal penal que já havia sido esboçada insuficientemente através do princípio da legalidade. Na origem do princípio da intervenção mínima, havia uma demanda de limitação do poder estatal absolutista, e, para isso, este princípio, juntamente com a reserva legal, cumpriram papéis históricos fundamentais para a concretização dos projetos de Sociedade, Estado e Direito liberal-iluminista”. SANTOS, André Leonardo Copetti. **Direito penal e Estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 27-38.

³⁵⁰ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 47.

³⁵¹ FARIA COSTA, José de. Ler Beccaria hoje. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. 74, p. 91-92, 1998.

determinados pelo princípio da legalidade. Sustentou, ainda, que as penas fossem proporcionais ao dano causado, sendo abolidas, assim, as sanções cruéis e a pena de morte³⁵². Para ele, o *ius puniendi* se fundamentaria no ato de alienação de parte da liberdade individual ao Estado em troca da segurança³⁵³, resultando do contrato social as bases de legitimação das penas³⁵⁴.

Foi com o Marquês de Beccaria, evidentemente, que as concepções iluministas e liberais passaram ao campo do Direito Penal, o qual deveria ser certo e exato, sendo suas leis claras e precisas a tal ponto que seria defeso ao juiz interpretá-las. Para Beccaria, os magistrados deveriam aplicar as leis nos seus termos estritos, não se colocando possível qualquer espécie de interpretação: “não há coisa mais perigosa do que aquele axioma comum que obriga a consultar o espírito da lei”³⁵⁵. Ao se valer dessa regra, pretendeu, em essência, obliterar os arbítrios da Justiça Penal da época³⁵⁶. Ademais, a

Lei geral e assim formalizada (única fonte do Direito Penal), seguida da sentença como silogismo perfeito (neutralidade judicial) geram a necessária igualdade e certeza jurídica que a segurança (da liberdade e propriedade dos cidadãos) demanda³⁵⁷.

Malgrado os aspectos humanitários – e sobremaneira pertinentes – trazidos por Beccaria, tem-se como certo, no entanto, que Francesco Carrara foi o maior escritor clássico, na medida em que, com seu *Programma di Diritto Criminale*, conduziu o Direito Penal à sua verdadeira essência jurídica. Inquestionavelmente, sua grande contribuição foi ter definido o delito como um ente jurídico e não como um simples acontecimento fático³⁵⁸.

³⁵² Cfe. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 271.

³⁵³ Cfe. CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2. ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2003. p. 45.

³⁵⁴ Beccaria pugnou, sob o absolutismo, por um Direito Penal leigo, preventivo, com bases e limites, pela prévia legalidade de crime e pena, pela publicidade, regularidade, rapidez e lealdade do processo e do julgamento, pela pureza e certeza da prova, pelo direito de asilo, pela proporcionalidade entre crime e pena, pela abolição da prisão preventiva, da pena de morte, da tortura, da infâmia, do banimento, do uso de pôr a cabeça a prêmio, do “suplício da incerteza”, pela aplicação moderada da pena somente em caso de necessidade, impondo-se sempre a menor, segundo as circunstâncias - necessária, útil, justa. LYRA, Roberto. **Novo direito penal**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. v. 1, p. 37.

³⁵⁵ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Traduzido por: José de Faria Costa. Lisboa: Serviço de Educação Fundação Calouste GulbenKian, 1998. p. 68.

³⁵⁶ Cfe. BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t. 1, p. 81.

³⁵⁷ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 51.

³⁵⁸ Cfe. RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. **Criminología**. México: Porrúa, 1999. p. 236.

A par disso, o delito passou a ser a infração da lei do Estado, promulgada para proteger a segurança dos cidadãos, resultante de um ato externo do homem, positivo ou negativo, moralmente imputável e politicamente danoso³⁵⁹.

Com efeito, tornando-se o crime, com Carrara, uma entidade jurídica na qual não importava a índole ou a natureza do criminoso³⁶⁰, frisou-se que “o delito, e não a personalidade do delinquente, é que deve servir de verdadeira medida para a penalidade”³⁶¹. Tal linha de concepção, aliás, já podia ser vista com a proporcionalidade das penas advogada por Beccaria.

Obviamente, a importância histórica da obra de Carrara reside no fato de “haver posto a base lógica para uma construção jurídica coerente do sistema penal”³⁶², por intermédio da qual se situaram os pontos de partida para toda a doutrina penal posterior³⁶³.

Feitas essas considerações, cumpre-se ainda dizer que a legitimação do direito de punir, no Estado Liberal, estaria no contrato social, marco de passagem do estado de natureza para o Estado Civil, no qual os cidadãos, obrigados a viverem em sociedade, abririam mão de parte de sua liberdade (saliente-se: da menor parte possível) em favor do Estado, a fim de que a liberdade de todos fosse garantida. Nisso estaria a limitação do *jus puniendi*, conforme resume Cunha:

fundamentando a existência do Estado e seu poder no contrato social, ou seja, na necessidade que os homens sentiram (para poderem coexistir de forma tanto quanto possível pacífica) de delegar parte (na formulação de Locke) do seu poder, dos seus direitos inatos, da sua vontade, no Estado, para que este pudesse ordenar a sociedade, também aqui residiria o fundamento do direito de punir. Mas, essa delegação só terá sido feita para, e na medida indispensável, à defesa da sociedade; quer dizer, para a proteção da liberdade e direitos subjetivos de cada indivíduo e da própria comunidade, para se prevenirem danos sociais, mas já não para se alcançarem fins transcendentais, para se conseguir o progresso, a moralidade ou o caminho para a perfeição. Para Beccaria, o «*jus puniendi*» resultava da necessidade que os cidadãos sentiram de renunciar a parte da sua liberdade em favor do Estado como meio de garantir a «liberdade possível em sociedade». Também Feurbach via «nos direitos inatos do indivíduo e do Estado, reconhecidos no contrato social, os únicos bens

³⁵⁹ Cfe. CARRARA, Francesco. **Programa del curso de derecho criminal dictado en la Real Universidad de Pisa**. Buenos Aires: Depalma, 1944. p. 41.

³⁶⁰ SODRÉ, Miniz. **As três escolas penais**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955. p. 164.

³⁶¹ SODRÉ, Miniz. **As três escolas penais**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955. p. 164.

³⁶² BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Traduzido por: Juarez Cirino dos Santos. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999. p. 35-36.

³⁶³ Cfe. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 55.

penalmente tuteláveis». Assim, «quem viola a liberdade garantida pelo contrato estadual e protegida pelas leis penais comete um crime». Também para Melo Freire o direito de punir deriva do pacto social, através do qual os cidadãos renunciam a parte dos seus direitos em favor do Estado. Para os iluministas, é no contrato social que se encontra o fundamento e os limites ao poder criminalizador³⁶⁴.

A concessão dessa liberdade estaria limitada, e quem definiria esse limite seria o Direito Penal, possuidor do papel de impedir que o Estado invadisse a liberdade do cidadão além do que havia sido “contratado”, ademais, é claro, de sancionar aquele que havia ferido a liberdade alheia. De acordo com Albrecht, o programa do Direito Penal clássico marcava os limites da autonomia: para o Estado por um lado, para os agressores pelo outro.³⁶⁵ Nesse sentido, para Santos, no Direito Penal correspondente ao Estado Liberal, haveria a ideia de “cessão de um mínimo de liberdade por parte dos indivíduos, para a construção de um pacto social que inclui o direito de punir”³⁶⁶. Seria a própria manifestação do liberalismo em termos de Direito Penal, sendo reflexo dos princípios orientadores da Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade).

Assim, somente as lesões que ferissem as liberdades asseguradas no contrato social poderiam ser consideradas um delito, com o que, “de certo modo, o castigo era assim apresentado como uma consequência natural da violação do dito contrato e na qual não intervinham as paixões, mas sim as razões”³⁶⁷.

Por esse motivo, o conceito de bem jurídico³⁶⁸ assume, aqui, um caráter limitador e negativo, visto que impede uma criminalização ilegítima. Ou seja, onde

³⁶⁴ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime**. uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 32.

³⁶⁵ ALBRECHT, Peter-Alexis. El derecho penal en la intervención de la política populista. In: ROMEO CASABONA, Carlos Maria (Coord.). **La insostenible situación del derecho penal**. Granada: Comares, 2000. p. 475.

³⁶⁶ SANTOS, André Leonardo Copetti. **Direito penal e Estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 27-38.

³⁶⁷ ANITUA, Gabriel Ignacio. **História dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 166.

³⁶⁸ Sobre o surgimento do que sejam bens jurídicos, aponta Hassemer: “El concepto del bien jurídico es obra del pensamiento de la Ilustración. Lo fundamentó y formuló Paul Johann Anselm Feuerbach como arma contra una concepción moralizante del Derecho penal. Para declarar una conducta como delito no debería bastar que suponga una infracción de una norma ética o divina, es necesario ante todo la prueba de que lesiona intereses materiales de otras personas, es decir, de que lesiona bienes jurídicos. De este modo se sentaron las bases para un sistema penal orientado empíricamente, si bien han sido necesarias muchas batallas para lograr dirigir la atención del legislador y de los penalistas hacia las consecuencias del comportamiento. “La conducta humana solamente puede ser injusto punible si lesiona un bien jurídico”. Com esta máxima (re)aparece la víctima, tras siglos de haber permanecido oculta por los principios de reprochabilidad, de antijuricidad y de referencia exclusiva a la conducta del delincuente. Como fundamento del merecimiento de castigo penal de una conducta, al legislador no puede bastarle la referencia a la vulneración de una norma ética o divina, antes bien, tiene que demostrar una víctima y mostrar que a la misma le han sido lesionados bienes o intereses”.

não tenha uma lesão a um bem jurídico, não pode haver qualquer conduta criminosa. Nesse sentido, as raízes do bem-jurídico, o qual surge desvinculado de aspectos morais e religiosos, encontram-se presentes nessa época do Iluminismo:

embora a paternidade do conceito «Bem Jurídico» tenha sido atribuída pela historiografia a Birnbaum, há quem entenda que as raízes deste conceito se podem encontrar no período do Iluminismo Criminal, uma vez que foi nesta fase que, reagindo-se contra a arbitrariedade da «justiça» criminal do período anterior (não só na forma de aplicação e execução das penas mas também a definição – e na falta de definição clara e prévia – dos crimes), se pretenderam traçar limites ao «jus puniendi» na determinação dos crimes, procurando-se, para esse fim, um conceito material de delito. Assim, identificou-se o crime com a necessária lesão de um direito subjetivo do indivíduo ou da comunidade, pretendendo-se expurgar do Direito Criminal a punição de condutas que fossem apenas moralmente reprováveis ou contrárias à religião, mas que não causassem um dano directamente a uma pessoa em concreto ou à própria «república»³⁶⁹.

O Direito Penal possuía, dessa forma, a função de manutenção do contrato social, devendo estabilizar as condições do pacto, sendo um direito que castiga, já que é detentor da pretensão de evitar as lesões à liberdade.³⁷⁰ Segundo Hassemer, nessa concepção clássica, o Direito Penal é certamente um meio violento de repressão, mas também um instrumento de garantia da liberdade cidadã, e, como tal, é indispensável para assegurar a convivência entre os homens, sendo considerado a *ultima ratio* para a solução dos problemas sociais³⁷¹.

Esse Direito Penal, destarte, acompanhando as premissas do Estado Liberal, é uma forma de proteção do cidadão contra o poder estatal de punir, que advém do

(HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1984. p. 37-38). Dito isso, como conceituação, para Roxin, bens jurídicos podem ser definidos como “circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos”. (ROXIN. Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 18-19). O autor traz essa distinção entre realidades e finalidades, pois, ao contrário do que entendido classicamente, ele defende que os bens jurídicos podem ser criados pelo legislador (no âmbito do Direito Tributário, por exemplo), não necessitando existirem previamente à criação da lei (que seria o caso da vida humana). Em suma, ele os define nos seguintes termos: *objetos legítimos de proteção das normas*. (ROXIN, Claus, op. cit., p. 18). Francisco de Assis Toledo, por sua vez, traz que, *dentre o imenso número de bens existentes, seleciona o direito aqueles que reputa ‘dignos de proteção’ e os erige em ‘bens jurídicos’*. (TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 16.)

³⁶⁹ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 28.

³⁷⁰ HASSEMER, Winfried. **Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en derecho penal**. Madrid: Tirant lo Blanch, 1999. p. 44-45.

³⁷¹ *Ibid.*, p. 46.

contrato social. Diante de tudo isso, Hassemer aponta, em suma, três importantes consequências da concepção clássica de Direito Penal: a) somente a lesão a uma liberdade garantida pelo contrato social poderá ser considerada um delito (*el concepto de bien jurídico se transforma así sistemáticamente en un criterio negativo que impide la criminalización ilegítima: allí donde no haya una lesión de un bien jurídico no debe haber delito*); b) o que foi acordado no contrato social não pode ser modificado ou objeto de intervenção estatal, devendo serem respeitados os limites à possibilidade de renúncia das liberdades por ele asseguradas; c) o Estado deriva dos direitos dos cidadãos, os quais o legitimam e determinam os limites de seu poder. O poder do Estado deverá, assim, ser limitado, principalmente onde ele apresenta sua mais clara manifestação, no Direito Penal, que deve figurar como forma de proteção dos direitos individuais. Tudo isso explicaria os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade, e direitos como o de recurso e o de não produzir prova contra si mesmo³⁷².

De toda a análise dos fundamentos do Estado Liberal, lastreados no indivíduo e na proteção de sua liberdade, assim como na intervenção mínima estatal, conclui-se, inevitavelmente, que houve a transposição de tais alicerces ao Direito Penal, que, seguindo a lógica de seu tempo, legitimado pela teoria do contrato social, adotou o princípio da intervenção penal mínima. Tem-se, assim, que o Direito Penal que corresponde à forma estatal Liberal, seguindo seus preceitos, será, como já dito, um mecanismo de defesa do cidadão frente às intervenções estatais, assumindo uma concepção de intervenção mínima e de garantia de direitos fundamentais individuais.

Não há de se negar, em tal passo, que o moderno Direito Penal nasceu e se desenvolveu a partir das bases do Estado liberal³⁷³, especialmente no que pese a imposição de limites sobre as expectativas positivas de intervenção. Daí

³⁷² HASSEMER, Winfried. **Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en derecho penal**. Madrid: Tirant lo Blanch, 1999. p. 45.

³⁷³ Depois do Estado absolutista, apresentou-se uma segunda versão do Estado moderno, que teve origem, principalmente, na Revolução Francesa. (Cfe. HOBBSAWN, Eric. **A era das revoluções: Europa 1789-1848**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996. p. 72-73), na qual se sustentou que o bem-estar dos indivíduos seria viável, tão-somente caso ocorresse a mínima intervenção do Estado (Cfe. BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de teoria política do Estado e ciência política**. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 68). Naquela ocasião, surgiu a própria base do Estado liberal, qual seja, a institucionalização do controle do poder estatal em prol de satisfazer os interesses de uma classe determinada, a burguesia. (Cfe. SANTOS, André Leonardo Copetti. Os direitos humanos como fundamento epistemológico das reformas penais no Estado democrático de direito. In: SANTOS, André Leonardo Copetti. **Criminalidade moderna e reformas penais: estudos em homenagem ao Prof. Luiz Luisi**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 100).

resulta sua dificuldade quanto ao enfrentamento da criminalidade contemporânea, cuja matriz genealógica é desconhecida pelo Direito Penal clássico³⁷⁴, podendo-se, inclusive, depreender um problema de sucessão de paradigmas em terra brasileira³⁷⁵, ocorrendo a proteção penal de novos interesses.

2.3 O Estado Social

2.3.1 O Intervencionismo Econômico e Social: a ampliação das funções do Estado

Posteriormente ao Estado Liberal (e levando-se sempre em linha de conta o fato de não haver uma passagem abrupta de uma forma estatal à outra, mas uma lenta evolução, em que há momentos de convivência entre elas a partir de uma adaptação às novas exigências sociais), surge o Estado Social de Direito. Nesse momento, com a constatação da necessidade de intervenção estatal na economia e

³⁷⁴ Atualmente, deve-se ter em mente que a tutela penal se divide em dois níveis: (i) Direito Penal patrimonial e (ii) Direito Penal econômico. Em resumo: “a ordenação dominial merece, assim, dois níveis de tutela penal. O primeiro, tendencialmente ligado ao indivíduo e ao gozo das utilidades dos bens que a ordenação dominial lhe potencia, traduz-se no clássico Direito Penal patrimonial. O segundo, determinado, entre outros factores, por uma agudização da sensibilidade e da densificação da consciência ético-jurídica, de matriz supra-individual, afirma-se como Direito Penal econômico”. FARIA COSTA, José de. **Direito penal económico**. Coimbra: Quarteto, 2003. p. 42.

³⁷⁵ Hoje temos, inequivocamente, uma Constituição Federal de índole social-comunitarista, que tutela, em seu texto, bens jurídicos de carácter coletivos. Esse (novo) campo axiológico sufragado pela Carta Magna de 1988, no entanto, embate, em grande medida, com um modelo de Direito Penal iluminista-individualista, que direciona sua proteção, na maior parte das vezes, aos bens jurídicos individuais. O conflito de valores (existente entre as legislações constitucional e infraconstitucional) pode conduzir à conclusão de que o Direito Penal brasileiro se encontra em uma fase de transição, na qual se busca um novo paradigma para o desenvolvimento de um sistema punitivo amoldável às exigências trazidas pelo advento da (atual) Carta da República. Aliás, STRECK e SANTOS asseveraram: “as contradições e disjunções possíveis entre as alternativas axiológicas que compõem o espectro de possibilidades de fundamentação filosófico-política do Direito Penal brasileiro, tomando em conta o esboço normativo constitucional, a partir da consideração da existência de núcleos de direitos fundamentais, aprioristicamente antagônicos, sugerem, para dizer no mínimo, em função da variada gama de bens por ele tutelados e da diversidade de medidas punitivas e de garantias adotadas, duas possibilidades: ou o modelo sancionatório penal brasileiro consolidou-se como um sistema normativo eclético, em que bens de naturezas totalmente diferentes devem coexistir homogeneamente, ou, noutro sentido, está atravessando um momento transaccional, no qual o espaço normativo antes majoritariamente ocupado pelos direito e interesses individuais passou a ser abarcado também de forma significativa por bens, direitos e interesses não individuais. Há, indubitavelmente, em função da atuação legislativa criminal pós-88, uma importante e significativa ampliação do espaço penal destinado à tutela de bens coletivos, e isto gerou uma conflituosidade paradigmática intrínseca ao nosso atual sistema normativo. Cremos, indo mais longe, que este acontecimento proporcionou uma aproximação matricial entre o Direito Penal positivado e a base axiológico-normativa constitucional, o que confere ao primeiro uma função política bastante distanciada em relação a que até então possuiu”. STRECK, Lenio Luiz; SANTOS, André Leonardo Copetti. O direito penal e os influxos legislativos pós-constituição de 1988: um modelo normativo eclético consolidado ou em fase de transição? *In*: FAYET JÚNIOR, Ney (Org.). **Ensaio penais em homenagem ao professor Alberto Rufino Rodrigues de Souza**. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2003. p. 452-453.

vida social dos cidadãos, passa-se à concessão de uma série de direitos coletivos e sociais, que eram renegados pelo liberalismo, que mantinha sua preocupação focada nos interesses de cunho individual. Com efeito, “o velho liberalismo, na estreiteza de sua formulação habitual, não pôde resolver o problema essencial de ordem econômica das vastas camadas proletárias da sociedade, e por isso entrou irremediavelmente em crise”³⁷⁶. Ou seja:

o Estado de Direito formal, de vertente liberal e individualista, foi substituído, na teorização das doutrinas do Estado, pelo paradigma do Estado social: de um Estado que atenuou as exigências de legalidade formal (quando as não abandonou, pondo em risco a salvaguarda dos direitos da pessoa) em favor da promoção e da realização das condições de desenvolvimento harmônico e equilibrado do sistema social. Se, no paradigma antecedente, era o domínio absoluto da legalidade formal sobre o social, agora, ao contrário, é a hora do predomínio absoluto do social e de um certo menosprezo do jurídico³⁷⁷.

Nesse contexto, vários fatores influenciaram para o surgimento do Estado do bem-estar social: (i) a inserção do Estado na produção, por meio da indústria bélica e de distribuição de alimentos, em decorrência da Primeira Guerra Mundial; (ii) a crise de 1929 (quando foi necessário aumentar as despesas públicas para sustentar as condições de vida dos trabalhadores); (iii) o *new deal* de Roosevelt; (iv) o *keynesianismo*, etc.³⁷⁸

Percebeu-se que, em o Estado não intervindo na vida dos indivíduos, o incentivo à liberdade e a proteção da propriedade privada acarretavam desigualdades, oportunizando-se melhores condições somente aos detentores de uma situação econômico-financeira mais abastada. Notou-se que a burguesia não estava cumprindo os princípios defendidos quando do ataque ao absolutismo (liberdade, igualdade e fraternidade), “na medida em que a igualdade estabeleceu-se apenas formalmente, e a liberdade cingiu-se ao móvel econômico, fomentador de desigualdades”³⁷⁹. Nesse sentido, o Estado Liberal mostrou-se incapaz de proporcionar qualquer mudança na realidade social:

³⁷⁶ BONAVIDES. **Do Estado liberal ao Estado social**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 188.

³⁷⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. t. 1, p. 24-25.

³⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 78-79.

³⁷⁹ SBARDELLOTTO, Fábio Roque. **Direito penal no Estado democrático de direito: perspectivas (re)legitimadoras**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 36-37.

com o não cumprimento pela burguesia dos princípios filosóficos que embasaram sua revolta social, e com a evidência de que o Estado jurídico puro se revelara inócuo para transformar as amargas realidades sociais, constituindo-se como uma espécie de leito de Procusto, diante de todas as possibilidades ofertadas e das necessidades demandadas pela vida, tomou consciência o 'Quarto Estado' que a igualdade em que se arrimou o liberalismo era apenas formal, e não substancial, e que a liberdade tão desejada se identificava com a emancipação econômica³⁸⁰.

Saliente-se que o liberalismo trouxe grande desenvolvimento econômico e industrial; todavia, pretendeu sustentar tal desenvolvimento na exploração dos trabalhadores por meio de baixos salários e deploráveis condições laborais, gerando concentração de renda. Essas mesmas circunstâncias propiciaram a Revolução Industrial (manifestada no conflito entre a burguesia e a classe operária), que trouxe modificações ao então Estado Liberal, transformando-o em Estado Social. Foi assim, diante de um modelo produtivo voltado à industrialização, que os movimentos operários de luta pela regulação da chamada questão social (direitos de trabalho como previdência e assistência sociais, transporte, salubridade pública e educação)³⁸¹ houveram por modificar, nas palavras de Sbardelotto,

o aspecto contudístico do Estado, para agregar à sua destinação uma finalidade social, concreta, envolvida com a questão social, onde a lei, antes uma ordem geral e abstrata, não impeditiva das iniciativas do cidadão, agora assume um caráter de ação material do Estado, no sentido da facilitação do acesso dos indivíduos aos bens e necessidades vitais.³⁸²

Com efeito, a história da passagem do Estado Mínimo ("onde lhe cabia tão-só assegurar o não-impedimento do livre desenvolvimento das relações sociais no âmbito do mercado caracterizado por vínculos intersubjetivos a partir de indivíduos formalmente livres e iguais"³⁸³) ao Estado Social perpassa, necessariamente, pela luta dos movimentos operários, que passaram a exigir seus direitos de cunho social.

Sem dúvida, essas conquistas dizem respeito às relações de produção e a seus reflexos, como, por exemplo, previdência e assistência sociais, transporte,

³⁸⁰ SANTOS, André Leonardo Copetti. **Direito penal e Estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 54.

³⁸¹ SBARDELOTTO, Fábio Roque. **Direito penal no Estado democrático de direito: perspectivas (re)legitimadoras**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 37.

³⁸² *Ibid.*, p. 37.

³⁸³ MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 17.

salubridade pública, moradia, etc. Nesse aspecto, o Estado Social assume um papel intervencionista, pois “passa a assumir tarefas até então próprias ao espaço privado através de seu ator principal, o indivíduo”³⁸⁴.

Com efeito, para se compreender essa mudança no papel do Estado, é necessário perceber que, concomitantemente ao desenvolvimento técnico e científico, surgiram grandes centros urbanos e uma forte classe proletária, justamente frutos do desenvolvimento industrial e do rompimento com o modo de vida antigo e tradicional³⁸⁵. No campo da realidade, o proletariado surge como consequência do modelo liberal:

o projeto liberal teve como conseqüências: o progresso econômico; a valorização do indivíduo, como centro e ator fundamental do jogo político e econômico; técnicas de poder como poder legal, baseado no direito estatal, como já explicitado acima. Todavia, estas circunstâncias geraram, por outro lado, uma postura ultra-individualista, assentada em um comportamento egoísta; uma concepção individualista e formal da liberdade onde há o direito, e não o poder de ser livre; e a formação do proletariado em conseqüência da Revolução Industrial e seus conseqüências, tais como a urbanização, condições de trabalho, segurança pública, saúde, etc.³⁸⁶

Assim, a burguesia houve por bem ceder às pressões dos trabalhadores, vendo-se obrigada a *entregar os anéis para não perder os dedos*. Com efeito, a classe proletária passou a ter direito ao sufrágio universal, com o que se pode dar início ao processo de institucionalização do Estado Social³⁸⁷. A classe dos operários, “nascida da revolução industrial, a princípio ignorada, veio depois a exprimir uma realidade sociopolítica, que concretizava, como símbolo, as profundas transformações sociais e econômicas operadas da estrutura do Estado moderno”³⁸⁸.

De tal arte, a partir da inserção no texto constitucional, o Estado deve passar a proporcionar direitos do trabalho, da previdência, da educação, ditando o salário, manipulando a moeda, intervindo na economia como distribuidor, comprando a produção, regulando preços, combatendo o desemprego, etc., interferindo, em

³⁸⁴ Ibid., p. 17.

³⁸⁵ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 69.

³⁸⁶ Ibid., p. 69.

³⁸⁷ SANTOS, André Leonardo Copetti. **Direito penal e Estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 54.

³⁸⁸ BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 303.

suma, na “dinâmica socioeconômica da sociedade civil”³⁸⁹. O Estado, visto como ator privilegiado do jogo econômico, “passa a assumir tarefas positivas, prestações públicas, a serem asseguradas ao cidadão como direitos peculiares à cidadania”.³⁹⁰

Não se pode olvidar, no entanto, que essa concessão de direitos se deu, além da pressão dos trabalhadores, pelo benefício que a burguesia obteve do intervencionismo estatal. Isso porque a classe burguesa considerou positivo que “a infra-estrutura básica necessária para o desenvolvimento das atividades de acumulação e expansão do capital fosse gerada com verbas públicas constituídas pela poupança e taxação generalizadas”³⁹¹.

Desse modo, o Estado passa a assumir responsabilidades organizativas e diretivas relacionadas à economia, não mais somente exercendo poderes de legislação e polícia (características do Estado Mínimo)³⁹².

A partir disso, não basta mais a limitação ao poder estatal; é preciso que o Estado tenha poderes para garantir direitos liberais e sociais por ele concedidos aos cidadãos, além de interferir na economia em caso de necessidade. O Estado passa a ter, com essa evolução, um caráter positivo, contrariando a abstenção que deveria exercer no modelo liberal. O principal objeto do Estado deixa de ser o indivíduo e passa a ser o grupo social, passando o Direito a ter “como característica central e metodologia eficaz não mais a sanção, mas a promoção do bem-estar social.”³⁹³

Dentro desse (novo) cenário, o cidadão passa a ter direito de garantia do seu bem-estar pela “ação positiva do Estado como afiançador da qualidade de vida do povo”³⁹⁴. Com o advento do Estado Social, se rompe a barreira entre Estado e sociedade, existindo, a partir de então, um intervencionismo estatal nas relações sociais:

el Estado social, en cambio, supone el intento de derrumbar las barreras que en el Estado liberal separaban a Estado y sociedad. Si el principio que regía la función del Estado liberal era la limitación de la acción del Estado, el Estado social se erige a continuación en motor activo de la vida social. Si el Estado liberal pretendía reducirse a asegurar las garantías jurídicas y, por tanto, meramente formales,

³⁸⁹ SANTOS, op. cit., p. 54.

³⁹⁰ STRECK, op. cit., p. 63.

³⁹¹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 76-77.

³⁹² Ibid., p. 72.

³⁹³ SBARDELOTTO, Fábio Roque. **Direito penal no Estado democrático de direito: perspectivas (re)legitimadoras**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 37.

³⁹⁴ STRECK; MORAIS, op. cit., p. 79.

el Estado social se considera llamado a modificar las efectivas relaciones sociales. Del Estado-árbitro imparcial, del Estado-guardián preocupado ante todo por no interferir en el juego social, se pasa progresivamente al Estado intervencionista que viene Welfare State³⁹⁵.

O Estado Social acrescenta, assim, aos valores do Estado Liberal, uma necessidade de torná-los efetivos através da agregação de um conteúdo material e da constatação de que Estado e cidadão não devem estar isolados nem ser vistos como entes contraditórios, mas como dependentes um do outro. Desse modo, por exemplo, a liberdade só pode ser realizada de fato se forem garantidas condições existenciais mínimas para tanto; a propriedade individual deve ser limitada pelos interesses da comunidade; a segurança necessita de uma garantia material, na medida em que são criadas instituições como salário mínimo, segurança no emprego, assistência médica, entre outras. A segurança jurídica e a igualdade perante a lei devem vir acompanhadas de condições mínimas de vida e da correção das desigualdades sociais³⁹⁶.

Não mais tão preocupado com a liberdade, o Estado Social traz uma nova preocupação (que irá persistir no Estado Democrático): a justiça. É dizer:

já o novo Estado constitucional, sucessor daquele, é conspicuamente marcado de preocupações distintas, volvidas, agora menos para a liberdade do que para a justiça, porque a liberdade já se tinha por adquirida e positivada nos ordenamentos constitucionais, ao passo que a justiça, como anseio e valor social superior, estava ainda longe de alcançar o mesmo grau de inserção, positividade e concreção. Ora, os direitos da justiça, que genericamente abrangem os direitos sociais e o direito ao desenvolvimento, eram aqueles que, em rigor, vinham caracterizar, na escala progressiva e evolutiva, a introdução tanto dos direitos da segunda como da terceira gerações, acima explicados³⁹⁷.

Por esses fatores, podemos apontar, resumidamente, as principais diferenças existentes entre o Estado Liberal e o Estado Social: a) o Estado Liberal sustentava-se em uma justiça distributiva e na referência a direitos, sem importar seu conteúdo; já o Estado Social distribui bens jurídicos de conteúdo material; b) o Estado Liberal tinha como principal função a legislativa; enquanto o Estado Social apresenta-se

³⁹⁵ MIR PUIG, Santiago. **El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho**. Barcelona: Ariel, 1994. p. 32.

³⁹⁶ GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Las transformaciones del Estado contemporáneo**. Madrid: Alianza, 1996. p. 26.

³⁹⁷ BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 46.

como um gestor; c) o primeiro se limitava a assegurar uma justiça formal; o segundo busca assegurar uma justiça material; o primeiro tinha como adversária a intervenção estatal; e o segundo só podia assegurar seus valores sociais justamente através dela³⁹⁸. Nas palavras de García-Pelayo:

Allí se trataba de proteger la sociedad del Estado, aquí se trata de proteger la sociedad por la acción del Estado. Allí se trataba de un Estado cuya idea se realiza por la inhibición, aquí se trata de un Estado que se realiza por su acción en forma de prestaciones sociales, dirección económica y distribución del producto nacional³⁹⁹.

Em termos de Constituição, as primeiras manifestações do Estado Social se deram na Constituição Mexicana de 1917 e na Constituição alemã de Weimer, de 1919, sendo que a constitucionalização da nomenclatura Estado Social ocorreu, pela primeira vez, na Constituição alemã de 1949⁴⁰⁰.

Ao Direito, antepõe-se, a partir de então, um conteúdo social, tendo-se em vista que, “sem regenerar as conquistas e valores impostos pelo liberalismo burguês, dá-se-lhe um novo conteúdo axiológico-político.”⁴⁰¹ Não há, portanto – e isso é importante – um rechaço aos princípios fundadores do Estado Liberal, mas uma complementação a eles, incluindo-se, juntamente aos direitos destinados à limitação do poder estatal, direitos que trazem prestações sociais. O princípio da legalidade, nesse contexto, muda de viés, pois a lei não é mais vista como uma ordem geral e abstrata, mas como “um instrumento de ação, muitas vezes, com caráter específico e concreto, atendendo critérios circunstanciais”⁴⁰². A legitimação

³⁹⁸ GARCÍA-PELAYO, op. cit., p. 26-27

³⁹⁹ GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Las transformaciones del Estado contemporáneo**. Madrid: Alianza, 1996. p. 26-27.

⁴⁰⁰ SBARDELOTTO, Fábio Roque. **Direito penal no Estado democrático de direito: perspectivas (re)legitimadoras**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 37. Nesse contexto, cumpre trazer o alerta de Moraes: “O modelo constitucional do Welfare State principiou a ser construído com as Constituições Mexicana de 1917 e de Weimer de 1919, contudo, não tem uma aparência uniforme. O conteúdo e os instrumentos próprios desta forma estatal se alteram, se reconstruem e se adaptam a situações diversas. Assim é que não se poderia falar em “o” Estado do Bem-Estar, mas em suas diversas expressões, muito embora este possa ser compreendido como aquele Estado no qual o cidadão, independentemente de sua situação social, tem direito a ser protegido através de mecanismos/prestações públicas estatais, contra dependências e/ou ocorrências de curta ou longa duração, dando guarida a uma fórmula onde a questão da igualdade aparece – ou deveria aparecer – como fundamento para a atitude interventiva do Estado”. MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 18.

⁴⁰¹ Ibid., p. 72.

⁴⁰² Ibid., p. 72.

do Estado Social não está mais na lei (como ocorrida no Estado Liberal), mas justamente nos direitos fundamentais, que são a base na nova legitimidade⁴⁰³.

Verificam-se, ainda, de acordo com Santos, transformações da concepção de cidadania, que passa do plano civil e político para o social, e na ordem jurídica, que se torna um instrumento destinado a atingir metas sociais concretas, “dentro de uma lógica distributivista de satisfação de direitos humanos sociais, igualitários, destinados a organizar a sociedade de forma mais justa”⁴⁰⁴. O Estado de Direito evolui, assim, de possuidor de um caráter *formal, neutro e individualista* para um *Estado material de Direito*, que pretende alcançar a justiça social⁴⁰⁵.

2.3.2 As Transformações Proporcionadas ao Direito Penal pelo Estado Social: o início do expansionismo com o Direito penal econômico

Com o advento desse novo Estado, surge também uma nova concepção de Direito Penal. A transformação se dirige da ideia de não-intervencionismo e garantia contra o Estado para intervencionismo e garantias dos direitos concedidos por ele (garantia material). Assim, se expandidas as funções do Direito (que passa a acolher a necessidade de prestações sociais), da mesma forma restou mais aberto o leque de abrangência do Direito Penal. Com efeito, “resultou disso alterada e ampliada a função do Direito, em razão das novas demandas sociais surgidas com a sociedade industrial. Por consequência, e não poderia ser diferente, modificada e alargada também ficou a função do Direito Penal”⁴⁰⁶.

Constata-se que, a partir das demandas emanadas do Estado Social, se passou a uma nova visão do princípio da intervenção; afinal, da falta de intervencionismo estatal, evoluiu-se para a necessidade da intervenção. Nesse mesmo sentido, verifica-se uma reestruturação do princípio da intervenção penal, pois “a concretização de todas as promessas consistentes nos direitos coletivos exigia uma maior interferência estatal penal”⁴⁰⁷.

⁴⁰³ BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 50.

⁴⁰⁴ SANTOS, André Leonardo Copetti. **Direito penal e Estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 55.

⁴⁰⁵ *Ibid.*, p. 55.

⁴⁰⁶ *Ibid.*, p. 27-38.

⁴⁰⁷ SANTOS, André Leonardo Copetti. Da intervenção mínima à intervenção minimamente necessária para a realização do Estado democrático de direito nos países de modernidade tardia. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 27-38, 2003.

O Direito Penal advindo desse Estado Social é, portanto, um Direito Penal também intervencionista, visto que os postulados dessa nova forma de Estado assim o exigem. Deve-se atentar principalmente para o fato de que, com a intervenção do Estado na economia e na vida privada, surgem novos valores, que, posteriormente, receberão também (além dos clássicos como a vida e a liberdade, por exemplo) o título de bem jurídico (como a ordem financeira, por exemplo) e passarão, por isso, a ser protegidos pelo Direito Penal. Assim, tendo-se em vista que, como já abordado, o Estado Social foca sua importância no grupo social, deixando de atentar somente ao indivíduo, como ocorria no Estado Liberal, novos valores são incorporados à sociedade e, conseqüentemente, ao Direito, que, pretendendo assegurar direitos individuais e, principalmente, sociais, acaba por também expandir o rol dos bens jurídicos dignos de proteção penal.

Nesse sentido, a partir da previsão constitucional dos direitos coletivos, tem-se o início do questionamento acerca do princípio da intervenção penal mínima, vivenciando-se uma situação paradoxal e conflitual quanto aos limites e à extensão do poder punitivo estatal, que traduz a relação de tensão existente entre as concepções individualistas e coletivistas do ser humano⁴⁰⁸.

Desse modo, com o *welfare state*, o poder do Estado se estendeu a âmbitos até então distantes da intervenção pública. O Direito Penal, no mesmo movimento, passou a ingressar em campos tradicionalmente neutros, referentes ao ilícito e à pena. No Direito Penal liberal, a proteção de bens jurídicos diz respeito somente àqueles relacionados ao indivíduo (sua liberdade e seus direitos). A partir desse intervencionismo do poder estatal, o objetivo passa a ser o asseguramento de programas públicos, metas administrativas e planos de desenvolvimento. Com isso, os critérios de determinação do que seja ilícito já não são mais os mesmos⁴⁰⁹.

Nesse contexto, deve-se atentar para o surgimento do Direito Penal econômico⁴¹⁰. Esse ramo do Direito Penal adveio após a Primeira Grande Guerra⁴¹¹,

⁴⁰⁸ SANTOS, André Leonardo Copetti. **Direito penal e Estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 27-38.

⁴⁰⁹ YACOBUCCI, Guillermo J. **El sentido de los principios penales: su naturaleza y funciones en la argumentación penal**. p. 37.

⁴¹⁰ Nesse âmbito, atente-se para o fato de não ter sido definido, até os dias atuais, os exatos termos do que significa o Direito Penal econômico: "La copiosa reflexión científica habida sobre este campo en las últimas tres décadas, empero, no ha logrado aún precisar una definición de criminalidad económica ni determinar los supuestos abarcados por el Derecho penal económico. No obstante, hoy se acepta que el concepto de criminalidad económica es uno de carácter criminológico que tiene sus raíces en las investigaciones empíricas llevadas a cabo por *Sutherland* en los años cuarenta del siglo XX en el ámbito de las infracciones al Derecho norteamericano del cartel. El autor

devido à necessidade de o Estado assumir maior responsabilidade pelo curso da vida econômica. Isso acarretou o fim da separação, vigente até então no modelo liberal, entre direito e economia, Estado e sociedade. O Direito Penal passou a ser visto, assim, como forma de proteção do modelo econômico estabelecido pelo Estado⁴¹². Justamente por isso, Correia avança que o Direito penal econômico, em sua natureza, pode ser considerado conjuntural e pontual, porque seu campo de incriminação surge da conjuntura na qual se desenvolvem os negócios (como a guerra, a depressão econômica, alta industrialização, etc.)⁴¹³, essenciais ao desenvolvimento da sociedade. Em sendo assim, há cuidar-se com atenção dos danos causados por essa criminalidade (sobretudo em países de modernidade tardia), na medida em que afetam o desenvolvimento social ao prejudicarem as finanças públicas e, por corolário lógico disso, os investimentos destinados à construção de sociedade mais igualitária. Realmente,

pela dimensão dos danos materiais e morais que provoca, pela sua capacidade de adaptação e sobrevivência às mutações sociais e políticas, pela sua aptidão para criar defesas frustrando as formas de luta que lhe são dirigidas, a criminalidade econômica é uma ameaça séria a minar os alicerces de qualquer sociedade organizada. Daí que a invenção de formas eficazes de luta seja hoje preocupação das instâncias governativas, judiciais, policiais, etc., de todos os países.⁴¹⁴

Do que foi exposto, conclui-se, portanto, que a transformação de um Estado Mínimo a um Estado Intervencionista, inevitavelmente, trouxe novos direitos (sociais) aos cidadãos, fazendo com que também o Direito Penal acabasse por abarcar a

norteamericano definió al delito económico como el cometido «por una persona respetable y de elevado *status* social, en el marco de su profesión», y acuñó el término «delito de cuello blanco» para referir- se de modo general al conjunto de estos delitos”. MARTÍN, Luis Gracia. **Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resitencia**. Valencia: Tirant to blanch, 2003. p. 66-67.

⁴¹¹ Veja-se que, muita embora o Direito Penal econômico tenha tido o início de sua maior expressão no Estado Social, ele já tivera manifestações anteriores desde a época do Direito Romano, que, com a *Lex Julia de annonna*, punia a alta dos preços e ilícitos relacionados à importação e ao comércio de cereais. DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. Problemática geral das infrações contra a economia nacional. In: PODVAL, Roberto (Org.). **Temas de direito penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 70.

⁴¹² DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. Problemática geral das infrações contra a economia nacional. In: PODVAL, Roberto (Org.). **Temas de direito penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 69.

⁴¹³ CORREIA, Eduardo. **Direito penal econômico**. 1. ed. Coimbra: Garcia & Carvalho, 1985. p. 14.

⁴¹⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. Problemática geral das infrações contra a economia nacional. In: CORREIA, Eduardo *et al.* **Direito penal econômico e Europeu: Textos Doutrinários - Problemas gerais**. Coimbra: Coimbra, 1998. v. 1, p. 319-320.

proteção desses novos âmbitos de proteção, passando a punir condutas que lesionassem bens coletivos, e não só bens individuais, como antes ocorria no seio do Estado Liberal.

2.4 O Estado Democrático de Direito

2.4.1 A Democracia como Transformadora da Realidade Social

O Estado Democrático de Direito surge a partir de uma fusão de horizontes, agregando características do Estado Liberal e do Estado Social, e, ainda, aspectos que lhe são próprios, como a previsão constitucional dos direitos de cunho transindividual. Não se pode pensar que o Estado Democrático de Direito seja uma simples compilação entre o Estado Liberal e o Social, porque ele os ultrapassará trazendo à atividade estatal e à ordem jurídica um “conteúdo utópico de transformação da realidade”⁴¹⁵. A democracia é, assim, acrescentada aos elementos dos Estados Liberal e Social:

la imagen resultante del Estado supone una superación se sus componentes básicas aisladamente consideradas, lo que permite *añadir* la tercera característica de la fórmula constitucional: la democracia. [...] Solo importa destacar el punto de acuerdo en que deben convergir las posibles interpretaciones de <<Estado social y democrático de derecho>>: es éste un modelo de Estado que pretende aunar, superándolos, los modelos de Estado liberal y Estado social.⁴¹⁶

Indubitavelmente, seu surgimento não ocorreu a partir de uma revolução da estrutura social, mas pela incorporação de novas realidades ao modelo tradicional. Por exemplo, uma nova característica é a visão que passa a ser dada ao princípio da igualdade, percebida, então, como um “conteúdo próprio a ser buscado garantir através do assecuramento mínimo de condições de vida ao cidadão e à comunidade”⁴¹⁷. Saliente-se que, muito embora a preocupação com a igualdade já pudesse ser percebida nos modelos anteriores, é no Estado Democrático de Direito

⁴¹⁵ MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 76.

⁴¹⁶ MIR PUIG, Santiago. **El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho**. Barcelona: Editorial Ariel, 1994. p. 31.

⁴¹⁷ MORAIS, op. cit., p. 80.

que são dados novos contornos à igualdade, visto que ela passou a ser vinculada à solidariedade, compondo um *caráter comunitário*⁴¹⁸.

Assim, ao Estado de Direito é atrelado o ideal democrático “não como uma oposição de conceitos, mas sob um conteúdo próprio onde estão presentes as conquistas democráticas, as garantias jurídico-legais e a preocupação social”⁴¹⁹. Nesse sentido, seu conteúdo é de transformação, na medida em que vai além do aspecto material, por fomentar a participação pública:

*o Estado Democrático de Direito tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e, passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública quando o democrático qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os seus elementos constitutivos e, pois, também sobre a ordem jurídica. E mais, a idéia de democracia contém e implica, necessariamente, a questão da solução do problema das condições materiais de existência*⁴²⁰.

Nesse aspecto, o grande diferencial do Estado Democrático de Direito está na preocupação de transformação da realidade que carrega, com o objetivo de atingir a tão esperada igualdade, dessa vez através da democracia. A participação do Estado na sociedade assume, assim, diferentes formas, conforme o momento histórico vivido: “se nos totalitarismos o Estado é tudo, no Liberalismo representa quase nada, enquanto na democracia o Estado e a sociedade se integram em uma mesma realidade, e existem em função da pessoa humana e da busca do bem comum”⁴²¹.

Além disso, o Estado Democrático de Direito apresenta um caráter altamente dinâmico, pois produz normas possíveis de serem modificadas de acordo com a tendência sociopolítica. Com efeito, o Estado Democrático de Direito é substancial, indo além do formalismo, apresentando-se como uma contínua (re)criação⁴²². Além disso, deve-se atentar, na linha de Streck, para a importância, além da democracia, dos direitos fundamentais, visto que o Estado Democrático de Direito estaria assentado sobre esses dois pilares: “não há democracia sem o respeito e a

⁴¹⁸ Ibid., p. 80.

⁴¹⁹ Ibid., p. 74-75.

⁴²⁰ MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 74-75.

⁴²¹ SBARDELOTTO, Fábio Roque. **Direito penal no Estado democrático de direito**: perspectivas (re)legitimadoras. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 41.

⁴²² MORAIS, op. cit., p. 82.

realização dos direitos fundamentais-sociais, e não há direitos fundamentais-sociais — no sentido que lhe é dado pela tradição — sem democracia”⁴²³.

Nesse prisma, o Estado será responsável pela satisfação de plenas condições de vida ao indivíduo, tarefa controlada pelo próprio cidadão por meio da democracia. Ou seja:

en cuanto social y democrático, tal Estado deberá crear condiciones sociales reales que favorezcan la vida del individuo, pero para garantizar el control por el mismo ciudadano de tales condiciones deberá ser además, un Estado democrático de Derecho⁴²⁴.

Por isso mesmo, a lei incorporará um papel simbólico “prospectivo de manutenção do espaço vital da humanidade”⁴²⁵ e admitirá, mais profundamente, uma função promocional. O ator principal dessa forma de estado serão as coletividades difusas “a partir da compreensão da partilha comum de destinos”⁴²⁶. A lei será, assim, um instrumento de ação que o Estado possui para transformar uma realidade de *inefetivação* de direitos, buscando-se, por meio dela, assegurar a realização de direitos objetivados pela ordem jurídica.

Verifica-se, portanto, que o Estado Democrático de Direito agrega à lei um conteúdo inegavelmente de transformação do *status quo*, conferindo a ela a expectativa de efetiva implementação dos direitos sociais, já previstos abstratamente nas Constituições dos Estados Sociais, mas nunca realmente concretizados, além da efetivação de novos direitos de cunho transindividual⁴²⁷. Tem-se, assim, uma característica própria de transformação:

⁴²³ STRECK, Lenio Luiz. Constitucionalismo, jurisdição constitucional e Estado democrático de direito: ainda é possível falar em Constituição dirigente e compromissária? **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito** (mestrado e Doutorado) da Unidade Ciências Jurídicas da Unisinos, São Leopoldo, p. 77-116, 2001.

⁴²⁴ MIR PUIG, Santiago. **El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho**. Barcelona: Ariel, 1994. p. 33.

⁴²⁵ MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 82.

⁴²⁶ *Ibid.*, p. 82.

⁴²⁷ Os interesses transindividuais, tendo em vista ultrapassarem o indivíduo isoladamente considerado, abarcam os interesses coletivos e os difusos, sendo os primeiros gêneros e os segundos e terceiros espécie. Dito isso, para Moraes, os interesses coletivos, “estando titularizados por um conjunto de pessoas, permanecem adstritos a uma determinada classe ou categoria delas, ou seja, são os interesses que são comuns a uma coletividade de pessoas e a elas somente. Para a caracterização destes pressupõe-se a delimitação do número de interessados com a existência de um vínculo jurídico que una os membros desta comunidade para que, assim, a titularidade possa ser coletivamente definida. Como visto, o interesse será coletivo quando titularizado pelos elementos pertencentes a um grupo perfeitamente delimitado subjetivamente, pois juridicamente unidos. Assim, o interesse coletivo tem como titulares, apesar

a configuração do Estado Democrático de direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático com os de Estado de Direito, trata-se de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*.⁴²⁸

Desse modo, devem ser garantidas, nessa forma de Estado, não só as liberdades individuais e os direitos coletivos (sociais), mas também os direitos chamados transindividuais, como, por exemplo, o meio ambiente, a paz, o patrimônio comum da humanidade e o desenvolvimento. Com efeito, posteriormente à Segunda Guerra Mundial, há a instituição de uma nova fase de direitos humanos, sendo a terceira geração ou direitos pós-materiais, cuja proteção passou a ser exigida tendo-se em vista o fato de o desenvolvimento industrial e tecnológico ter atingido bens até então imunes (ou ao menos não tão agredidos), como o ar, a água e o ecossistema global, o que tornou efetiva sua institucionalização⁴²⁹.

O Estado Democrático de Direito assume, assim, o compromisso de harmonizar interesses advindos de três âmbitos, da esfera pública, da esfera privada e da esfera coletiva, atinente aos interesses dos indivíduos enquanto grupo⁴³⁰.

Perceber a evolução do Estado moderno a partir da evolução dos direitos humanos esclarece o destaque que cada uma das funções estatais clássicas teve nas diferentes fases. Ou seja, com relação aos direitos humanos de primeira geração, havia maior destaque para a função legislativa; no que tange aos de segunda geração, uma atuação enfática da função executiva; e agora, no âmbito do Estado Democrático de direito, exige-se uma participação maior do Judiciário (e do Ministério Público)⁴³¹.

de sua extensão numérica, um conjunto delimitável e perceptível de pessoas”. Já os interesses difusos, por sua vez, “apesar de estarem relacionados à coletividade de indivíduos, distinguem-se sobremaneira dos anteriores referidos por não estarem alicerçados em qualquer vínculo jurídico de base. A reunião de pessoas em torno de um interesse difuso assenta-se em fatos genéricos, acidentais e mutáveis, como habitar a mesma região, consumir os mesmos produtos, viver sob determinadas condições socioeconômicas, sujeitar-se a determinados empreendimentos, etc., como refere o jurista italiano Mauro Cappeletti. Em razão disso, o grupo ligado aos interesses difusos apresenta-se fluido, indeterminado e indeterminável, pois estão diluídos na satisfação de necessidades e interesses de amplo setores da sociedade de massas, característica dos tempos atuais”. MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 127-128 e p. 137-138.

⁴²⁸ SANTOS, André Leonardo Copetti. **Direito penal e Estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 58.

⁴²⁹ Ibid., p. 56.

⁴³⁰ Ibid., p. 58.

⁴³¹ Ibid., p. 56.

Além disso, deve-se alertar para a necessidade de o Estado garantir, não somente num plano normativo mas também num plano material, a efetividade e a concreção desses direitos de caráter supraindividual, o que inclusive poderá exigir maior intervenção estatal. Com efeito, conferido assento constitucional aos bens difusos, eles passam a ser considerados direitos fundamentais, com o que são dotados de elevado grau de positividade jurídica⁴³².

2.4.2 Estado Democrático de Direito e Expansão do Direito Penal

A expansão do Direito Penal é um fenômeno que, hoje, não se pode negar. Ela se manifesta no alargamento de seus limites por meio da criação de novos tipos penais, no aumento das penas privativas de liberdade e na admissão de novas medidas processuais penais (como, por exemplo, a previsão legal da delação premiada), no intuito de *fechar o cerco contra a criminalidade*⁴³³. Esse fechamento de igual sorte impulsiona a concretização de normas penais em branco no combate à criminalidade econômica, que, por acompanhar o curso das coisas em uma sociedade globalizada, tem uma capacidade de transformação muito mais veloz que a produção legislativa-penal.

A compreensão acerca dessa expansão não pode estar desvinculada da ideia da evolução do Estado, que possui íntima ligação com o Direito Penal de cada época. Nessa medida, no Estado Democrático de Direito, verificamos uma intensificação desse fenômeno:

a hipertrofia do Direito Penal não é um fenômeno novo e tampouco isolado: é fruto de uma evolução histórica progressiva e segue *pari*

⁴³² FELDENS, Luciano. **Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco**: por uma relegitimação: uma investigação à luz dos valores constitucionais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 29-30.

⁴³³ Como exemplos dessas situações, podemos citar: "A análise das transformações legislativas após a promulgação da Constituição de 1988 revela uma expansão do Direito Penal, seja pela criação de novos tipos penais (Lei do preconceito racial - Lei n. 7.716/89, Código de Defesa do Consumidor - Lei n. 8.078/90, Crimes contra a ordem tributária - Lei n. 8.137/90, econômica - Lei n. 8.176/91, Lei do crime organizado - Lei n. 9.034/95, Lei de crimes ambientais - Lei n. 9.605/98 e de lavagem de dinheiro - Lei n. 9.613/98, alterações no Código Brasileiro de Trânsito - Lei n. 11.705/08 - Lei n. 11.923/09, regulamenta a punição do seqüestro relâmpago), seja pela ampliação das medidas processuais constritivas (Regulamentação da prisão temporária - Lei n. 7.960/89), ou pela intensificação das penas e do modo de sua execução (Lei dos Crimes Hediondos - Lei n. 8.072/90, dentre outras)." BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O paradoxo do risco e a política criminal contemporânea. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugênio. **Direito penal contemporâneo**: questões controvertidas. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 118.

passu a evolução da idéia do Estado de Direito, que nasce com a pretensão de submeter o Estado ao Direito. O Direito Penal foi se hipertrofiando na medida em que o Estado foi crescendo e ganhando novas missões. Agora na chamada “sociedade de riscos”, o processo está se agravando imensamente⁴³⁴.

Por esse motivo, na intenção de se perceber a crise por que passa o Direito Penal, abordar-se-ão alguns aspectos referentes a essa expansão.

2.4.2.1 Os Novos Interesses

Diante de tudo isso, em face dessa fusão do Estado Liberal com o Estado Social e da incorporação da democracia ao Estado de Direito, fazendo surgir o Estado Democrático de Direito, manifestada não só na necessidade de garantia dos direitos individuais e sociais, mas também dos supraindividuais, surge a problemática, no âmbito do Direito Penal, de até que ponto se deve manter o Direito Penal mínimo. Desse modo, a partir de uma evolução dos princípios orientadores do Estado de Direito, os quais se deslocaram de uma concepção formal, característica do Estado Liberal, para uma concepção material, típica do Estado Social, chegou-se à fusão dessas duas lógicas, mas não simplesmente de uma forma somatória, e sim com novos objetivos transformadores. Com isso, passamos a enfrentar a problemática atinente à “extensão e funcionalidade dos princípios penais clássicos, especialmente em relação ao postulado da intervenção mínima”⁴³⁵.

Além disso, outro fator influencia nesse questionamento acerca da intervenção penal mínima: a liberdade e a segurança jurídica individuais dos cidadãos não devem ser alcançadas mediante uma atitude de abstenção estatal, como ocorria no modelo Liberal, mas a partir de uma atitude positiva do Estado. Essa necessidade de uma promoção ativa por parte do Estado, não bastando mais a simples concessão de direitos que visem a defender o cidadão frente às suas intervenções, trará, em termos de justiça criminal, importantes consequências⁴³⁶.

Nesse contexto, ter ocorrido uma abertura do leque dos direitos constitucionalmente previstos graças à evolução do Estado (os quais perpassaram dos individuais aos difusos), atrelado ao fato de que o Estado Democrático de Direito

⁴³⁴ GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **O direito penal na era da globalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 39-40.

⁴³⁵ SANTOS, André Leonardo Copetti. **Direito penal e Estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 27-38.

⁴³⁶ Essa ideia é trazida por Santos.

carrega uma função transformadora (que deveria se concretizar por meio da aplicação material da lei pelo Judiciário), tudo isso fez com que o Direito Penal se visse diante da necessidade de ampliar o seu rol de atuação.

Com efeito, não se pode negar que a Constituição Federal de 1988 trouxe uma série de obrigações criminalizadoras (a título de exemplo podemos citar o art. 225, § 3.^o⁴³⁷) e aumentou a possibilidade de atuação estatal penal, acarretando um aumento dos bens jurídicos a serem protegidos penalmente. Ao mesmo tempo, verificamos uma renovação das garantias de cunho liberal, no sentido de proteção do indivíduo de eventuais intervenções abusivas do Estado⁴³⁸. Diante disso, vivenciamos uma complexidade axiológica-normativa no sistema jurídico-penal brasileiro, gerada por essa previsão constitucional concomitantemente de cunho liberal garantista e de acolhimento de bens jurídicos não-individuais, conforme aduz Santos:

nesse sentido, o projeto constitucional, ao abrigar os postulados liberais-individuais que primam pela garantia individual, buscando com isso a limitação estatal, e, também, em sentido diverso, ao alargar significativamente o seu catálogo de bens jurídicos não-individuais, com uma conseqüente inflação de bens jurídico-penais, gerou uma complexidade axiológico-normativa até então nunca vista, situação que afastou quaisquer facilidades aos juristas na execução na tarefa de reconfiguração constitucional do Direito Penal.⁴³⁹

Por essa razão, Streck e Santos afirmam que o modelo normativo penal brasileiro pode ser compreendido como um “padrão eclético consolidado”⁴⁴⁰ ou como um “standard de transição”,⁴⁴¹ uma vez que “não é nem exclusivamente liberal-individualista, nem tampouco somente social-coletivista”⁴⁴². Nesse prisma,

⁴³⁷ “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

⁴³⁸ SANTOS, André Leonardo Copetti. Constituição, direito penal e redes sancionatórias: uma perspectiva de projeção do sistema normativo criminal ao Estado democrático de direito. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado**, anuário, Porto Alegre, n. 2, p. 42-43, 2006.

⁴³⁹ Ibid., p. 42-43.

⁴⁴⁰ No qual “bens de natureza totalmente diferentes devem coexistir homoganeamente”. STRECK, Lenio Luiz; SANTOS, André Leonardo Copetti. O direito penal e os influxos legislativos pós-constituição de 1988: um modelo normativo eclético consolidado ou em fase de transição? **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito** (mestrado e Doutorado) da Unidade Ciências Jurídicas da Unisinos São Leopoldo, p. 257, 2002.

⁴⁴¹ “No qual o espaço normativo antes majoritariamente ocupado pelos direito e interesses individuais passou a ser abarcado também de forma significativa por bens, direitos e interesse não individuais”. Ibid., p. 257.

⁴⁴² Ibid., p. 256.

isso faz com que o Direito Penal não seja mais chamado somente para garantir direitos individuais dos cidadãos, mas para limitar as atuações individuais que ferem os direitos e interesses dos grupos e comunidades⁴⁴³. A partir dessa constatação, não se pode negar que a própria evolução do Estado se manifesta como mola propulsora da expansão do Direito Penal.

Em razão desses aspectos, Silva Sánchez brevemente observa a tendência a se considerar inadequada a posição de que, no Estado Democrático de Direito, haveria a convivência de um Estado do bem-estar com um Direito Penal mínimo, pois, segundo o autor, harmonizar-se um Estado máximo com um Direito Penal mínimo constituir-se-ia uma *contradictio in terminis*, motivo pelo qual, conclui, após, “parecer ser razoável pensar que um Direito Penal mínimo somente possa ser gerado no marco de um Estado mínimo”...⁴⁴⁴.

2.4.2.2 Sociedade do Risco

Inicialmente, cumpre-se dizer que o termo “Sociedade do Risco” foi cunhado por Beck (*Risikogesellschaft*)⁴⁴⁵ e significa o fato de vivermos em uma época em que os constantes avanços tecnológicos proporcionam o incremento do nosso bem-estar, mas, ao mesmo tempo, nos trazem riscos sem precedentes, imprevisíveis e imensuráveis. Com efeito, “a própria modernização trouxe consequências que estão hoje arriscando as condições básicas de vida alcançadas por via desse mesmo processo”⁴⁴⁶.

Tendo-se essa constatação à frente, há uma tomada de consciência no sentido de se perceber que a tecnologia, não obstante os benefícios proporcionados, possui dinamismo próprio e regras peculiares que fogem do

⁴⁴³ Ibid., p. 263.

⁴⁴⁴ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal na sociedade pós-industriais**. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 53-54.

⁴⁴⁵ Cfe. Beck: “El término *sociedad* (industrial) *del riesgo* há obtenido también y esencialmente en este sentido (empleado desde hace más que un año contra mucha resistencia de voces interiores y exteriores) un resabido amargo de verdad. Mucho de lo que he obtenido argumentativamente al escribir (la imperceptibilidad de los peligros, su dependencia respecto del saber, su supranacionalidad, la «expropiación ecológica», el paso de la normalidad a la absurdidad, etc.) se lee después de Chernobil como una trivial descripción del presente. ¡Ojalá hubiera sido sólo la prognosis de un futuro que había que evitar!” BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad**. Barcelona: Paidós, 1998. p. 14.

⁴⁴⁶ MACHADO, Marta Rodríguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais**. São Paulo: IBCCRIM, 2005. p. 36.

controle humano, acarretando uma certa *lógica do risco*⁴⁴⁷. Nisso reside a diferença da sociedade industrial do século XIX e início do século XX (confiante no progresso científico) da sociedade atual. Assistimos a um desenvolvimento desenfreado da indústria, da economia e das tecnologias, com o que, hoje, enfrentamos os riscos por elas produzidos. Os avanços tecnológicos acarretam um enorme perigo e significativa capacidade lesiva, os quais podem alcançar gerações futuras e são ilimitados espacial e temporalmente (como exemplo podemos citar a energia e as armas nucleares, as novas tecnologias no campo da química, da genética e da biotecnologia)⁴⁴⁸.

Além disso, é de ver-se que esses riscos são tidos como artificiais, na medida em que são produzidos pela ação humana, diferenciando-se, assim, daqueles advindos da natureza. Desse modo,

la sociedad actual se caracteriza por la existencia de riesgos que, a diferencia de los peligros que amenazan con desastres naturales o plagas de otras épocas, son <artificiales>, en el sentido de que son producidos por la actividad del hombre y vinculados a una decisión de este⁴⁴⁹.

Eles dizem respeito a uma tomada de decisão no manuseio das tecnologias e diferenciam-se das pragas, enfermidades e desastres naturais, na medida em que dependem de decisões relacionadas às vantagens e desvantagens econômicas e tecnológicas, as quais, muitas vezes, aceitam o perigo como o lado obscuro do progresso⁴⁵⁰; é o que Silva Sánchez chama de “risco de procedência humana como fenômeno social estrutural”⁴⁵¹.

Por isso, denota-se que a efetiva existência e constatação desses riscos geram “uma crise de legitimidade das instituições da modernidade e na emergência de um estado de indeterminação e insegurança”⁴⁵². Inquestionavelmente, esses fatores afetarão, sobremaneira, o Direito Penal.

⁴⁴⁷ RODRÍGUEZ, Laura Zúñiga. **Política criminal**. Madrid: Colex, 2001. p. 259.

⁴⁴⁸ MENDOZA BUERGO, Blanca. **El derecho penal en la sociedade del riesgo**. Madrid: Civitas, 2001. p. 40.

⁴⁴⁹ Ibid., p. 26.

⁴⁵⁰ BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. Madrid: Siglo XXI, 2002. p. 78.

⁴⁵¹ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal na sociedade pós-industriais. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 29.

⁴⁵² MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal**. uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005. p. 38.

Com efeito, o primeiro fator que pode ser observado (e junto dele a perspectiva do Estado Democrático de Direito antes abordada) é o surgimento da necessidade de proteção de bens jurídico-penais de caráter difuso. Isso porque a Sociedade do Risco trará novas realidades, até então deixadas fora do âmbito da proteção penal, como, por exemplo, as atuais demandas de criminalização e proteção de dados, a ameaça à natureza através da exploração destruidora da terra, do ar e da água, os perigos da tecnologia genética, a proliferação de mulheres estrangeiras na prostituição, etc.⁴⁵³ De fato, na busca da proteção contra as ameaças produzidas pelos riscos advindos da tecnologia, direcionou-se “a preocupação da sociedade à proteção dos interesses supra-individuais, universais ou coletivos, com o que também o Direito Penal foi chamado a intervir nessa área”⁴⁵⁴.

Antes com uma característica negativa, a proteção de bens jurídicos passou a ter um critério positivo, no sentido de justificar decisões criminalizadoras. Formulado a partir de um conceito crítico no sentido de que o legislador deveria limitar-se à proteção de bens jurídicos, ele se converteu, na sociedade atual, como uma

exigencia para que penalice determinadas conductas, transformándose así completamente de forma suprepticia la función que originariamente se le asignó⁴⁵⁵. Isso proporcionou, conforme Buergo, uma crise na concepção tradicional de bem jurídico, visto como limitador do jus puniendi: en este sentido puede decirse que la progresiva *expansión* del significado del concepto de bien jurídico acompaña un paulatino *desvanecimiento* tanto de sus referentes empiricos, como de su función de *garantía* de los límites o de las condiciones de justificación de la prohibición penal. Ha pasado así a un primer plano un aspecto no deseable del principio de protección de bienes jurídicos, su empleo como *critério de ampliación y no de limitación de la intervención* del Derecho penal⁴⁵⁶.

Por esses motivos, diz-se que o conceito de bem jurídico penal restou alargado, porquanto aquilo que antes significava uma limitação ao Direito Penal e à intervenção coativa do Estado (no sentido de só punir a partir da tutela penal de um

⁴⁵³ ALBRECHT, Peter-Alexis. El derecho penal en la intervención de la política populista. In: ROMEO CASABONA, Carlos Maria (Coord.). **La insostenible situación del derecho penal**. Granada: Editorial Comares, 2000. p. 471-487.

⁴⁵⁴ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal**. uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005. p. 102-103.

⁴⁵⁵ HASSEMER, Winfried. **Persona, mundo y responsabilidad**: bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Madrid: Tirant lo Blanch, 1999. p. 47.

⁴⁵⁶ MENDOZA BUERGO, Blanca. **El derecho penal en la sociedad del riesgo**. Madrid: Civitas, 2001. p. 77.

bem jurídico – de caráter individual), hoje quer dizer uma necessidade de criminalização (no sentido de que sempre que houver uma agressão – ou ameaça – a um bem jurídico, deverá haver a criminalização e a punição de uma conduta). Essa mudança decorre da própria evolução do Estado e da Sociedade do Risco, as quais proporcionaram o surgimento de novos bens jurídicos, os de caráter supraindividual.

Além disso, essa desmaterialização do conceito de bem jurídico também tem proporcionado a criminalização de condutas que violem determinadas normas de organização do Estado. Ou seja, passa-se a punir aqueles que deixam de cumprir uma norma administrativa (como o caso do crime de operar sem licença ambiental). A proteção diz respeito às funções e às instituições do Estado, com o que o Direito Penal se torna, em realidade, um reforço ao Direito Administrativo. Assim, o Direito Penal volta sua atenção à

violação de regras técnicas e burocráticas da administração do bem, ou seja, incorporam comportamentos que se supõem nocivos e desviantes menos pelo impacto que causam no mundo e mais por significarem uma violação ao padrão de segurança estabelecido⁴⁵⁷.

Outro aspecto que merece destaque é a técnica de proteção dos bens jurídicos transindividuais pelo método dos crimes de perigo, principalmente os de perigo abstrato. Realmente, “a dificuldade em conhecer e distinguir os comportamentos arriscados dos inócuos e o desconhecimento da extensão dos eventuais resultados lesivos leva ao uso da técnica dos crimes de perigo abstrato”⁴⁵⁸. A par disso, não se mostra mais necessária lesão a um bem jurídico para a intervenção penal. Basta que ele seja colocado em perigo, podendo haver demonstração da existência do perigo (concreto), ou sequer exigindo-se isso, bastando execução da conduta (abstrato)⁴⁵⁹.

⁴⁵⁷ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal**: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005. p. 113.

⁴⁵⁸ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O paradoxo do risco e a política criminal contemporânea. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugênio. **Direito penal contemporâneo**: questões controvertidas. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 115.

⁴⁵⁹ “Los delitos de peligro concreto exigen que la acción del sujeto activo cause un resultado consistente en la creación de un concreto peligro de lesión para el bien tutelado, o sea, en unas condiciones tales que quepa afirmar que dicho bien jurídico estuvo en una situación próxima a la lesión. Los delitos de peligro abstracto se integran ya con la mera presencia de la acción del sujeto activo, sendo suficiente la comprobación de una peligrosidad general de la misma para algún bien jurídico y sin que, por ende, se requiera concreción alguna del peligro que denote una probabilidad inmediata o próxima de lesión. Por consiguiente, para evaluar el riesgo en los delitos

Com relação aos crimes de perigo abstrato, inexistente a preocupação com a consequência produzida pela conduta, porque ela se presume perigosa, não necessitando de produção de um real perigo. Nesse passo, “a periculosidade da conduta típica é determinada *ex ante*, por meio de uma generalização, de um juízo hipotético do legislador, fundado na idéia de mera probabilidade”⁴⁶⁰. O perigo será somente a motivação para o surgimento do delito, mas, após sua realização, sua punição não necessitará de prova de que ele tenha sido produzido.

Com efeito, o Estado se vê incitado a gerir os riscos, o que faz por meio do Direito Penal, mormente através da previsão legal dos crimes de perigo abstrato:

el Derecho penal moderno sería uno propio y característico de la «sociedad de riesgos». El control, la prevención y la gestión de riesgos generales ven como tareas que debe asumir el Estado y que este asume efectivamente de modo relevante, y para la realización de tales objetivos el legislador recurre al tipo penal de peligro abstracto como instrumento técnico adecuado por excelencia. Por ello, el Derecho penal moderno, o una parte considerable del mismo, se denomina como «derecho penal del riesgo»⁴⁶¹.

Em suma, pode-se dizer que a consequência do desenvolvimento do progresso científico e tecnológico é a produção de novos riscos, que normalmente são efeitos secundários não desejados e não naturais (mas artificiais, tendo-se em vista que são atribuíveis a atividades e decisões humanas). Como exemplo, podemos citar a energia atômica, a informática, a genética, a fabricação e comercialização de produtos potencialmente perigosos para a vida e para a saúde, entre outros. Esses novos riscos têm como características suas grandes dimensões e a indeterminação do número de pessoas a que podem atingir. Essa realidade fará com que a sociedade moderna seja uma sociedade de insegurança objetiva. Isso somado à insegurança subjetiva (apenas sentida) provocará o que se pode denominar de sensação geral de insegurança. Justamente por essa sensação que se passa a exigir segurança do Estado, bem como que ele responda a essa demanda mediante a utilização do Direito Penal, com a criminalização de comportamentos que se situam nesses novos âmbitos de risco⁴⁶².

de peligro abstracto se utilizará un juicio *ex ante* acerca de la peligrosidad de la acción, a diferencia de lo que sucederá en los delitos de perigo concreto, en los que habrá que recurrir a una perspectiva *ex post* para enjuiciar el resultado de peligro. PÉREZ, Carlos Martínez-Buján. **Derecho penal económico**: parte general. Valencia: Tirant to blanch, 1998. p. 107-108.

⁴⁶⁰ MACHADO, op. cit., p. 130.

⁴⁶¹ MARTÍN, Luis Gracia. **Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia**. Valencia: Tirant to Blanch, 2003. p. 62.

⁴⁶² *Ibid.*, p. 62.

Antecipam-se, desse modo, as barreiras de proteção do Estado, que são deslocadas para um ponto bem anterior à lesão de um bem jurídico. A problemática dos bens supraindividuais e dos crimes de perigo (sendo os últimos a técnica de proteção dos primeiros, tendo-se em vista sua indeterminabilidade característica) proporcionam, sem dúvida, uma expansão do Direito Penal.

2.4.2.3 *Direito Penal Simbólico*

O Direito Penal simbólico é outro aspecto característico da expansão do Direito Penal. Com essa terminologia, quer se apontar às leis criadas pelo legislador com a finalidade exclusiva de se mostrar atento ao problema social da insegurança. Assim, quando se faz menção ao Direito Penal simbólico “quer-se, então, fazer referência a que determinados agentes políticos tão-só perseguem o objetivo de dar a impressão tranquilizadora de um legislador atento e decidido, isto é, que predomina uma função latente e manifesta”⁴⁶³.

Com efeito, isso ocorre devido ao fato de a população estar imersa em uma sensação social de insegurança, ocasião que exige a intervenção penal. Nossa sociedade pode ser caracterizada como a sociedade da insegurança sentida ou sociedade do medo, porque “um dos traços mais significativos das sociedades da era pós-industrial é a sensação geral de insegurança, isto é, o aparecimento de uma forma especialmente aguda de viver os riscos”⁴⁶⁴.

Aproveitando-se dessa insegurança sentida, o legislador cria leis visando a fins eleitorais, as quais carregam essa característica claramente simbólica. Não há de se negar que toda norma penal carrega um aspecto simbólico; no entanto, a problemática surge quando esse é o único objetivo que move o legislador. Deve-se admitir esse efeito de toda intervenção penal, mas não “se deixará de censurar o legislador ou aplicador do direito quando o concebe ou o utiliza unicamente com o propósito de forjar boas impressões na população”⁴⁶⁵. Nesse contexto, as leis penais

⁴⁶³ CANCIO MELIÁ, Manuel. O estado atual da política criminal e a ciência do direito penal. *In*: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu. **Direito penal e funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 59.

⁴⁶⁴ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal na sociedade pós-industriais. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 33.

⁴⁶⁵ GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **O direito penal na era da globalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 104-105.

simbólicas encontram solo fértil em uma Sociedade do Risco, na qual aumentam as demandas por segurança, conforme Cepeda:

la aparición de nuevos riesgos y la creciente demanda de prevención penal ante ellos constituyen, sin duda, un terreno abonado para la proliferación de tipos penales de improbable aplicación, cuya única finalidad consiste en satisfacer las demandas sociales. La presión de la sociedad del riesgo incita a una política criminal simbólica, ya que el logro de la seguridad se convierte en motivo dominante de la ordenación de la vida social, cuando la sensación de inseguridad no se corresponde con la entidad o la magnitud de los riesgos reales. Así, la dimensión simbólica (retórica) del riesgo revela cómo, independientemente de la ontología de las amenazas, el peligro es politizado en un determinado contexto social.⁴⁶⁶

Por essas razões, atribuir a uma norma um papel meramente simbólico é conceder a ela uma função *perversa*, pois não se buscará a efetiva proteção de bens jurídicos, mas *outros fins psicosociais que lhe são alheios*, visando não à dissuasão do infrator, mas à tranquilização do cidadão cumpridor das leis, acalmando-se, assim, a opinião pública⁴⁶⁷.

Além disso, esse caráter simbólico também está na intenção de uniformizar a opinião pública, os valores sociais e o Direito Penal. Dessa forma, ante a ausência de compatibilidade entre esses aspectos, o Direito Penal serviria para inculcar, no senso social, valores, bens jurídicos, protegidos pelo Direito Penal, fazendo um papel de educar e difundir mensagens de conscientização. Com isso, atribui-se ao Direito Penal um papel educativo e pedagógico⁴⁶⁸.

Como exemplo do Direito Penal simbólico no Brasil, podemos citar o escândalo dos remédios falsos, que fez com que o legislador elaborasse a Lei nº 9.677/98, que alterou o marco penal de diversas condutas relacionadas a medicamentos (por exemplo, a falsificação de remédio passou a ser sancionada com, no mínimo dez anos de reclusão) e, ainda, a Lei nº 9.695/98, que transformou diversos desses delitos em hediondos. Assim, de acordo com Gomes e Bianchini, ao invés da tomada de providências de caráter administrativo, mais eficazes para se prevenir a falsificação, “privilegiou-se a edição de uma nova lei penal (considere-se que, na ocasião, estávamos na iminência de novas eleições

⁴⁶⁶ GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **O direito penal na era da globalização**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 333.

⁴⁶⁷ Ibid., p. 103-104.

⁴⁶⁸ CEPEDA, Ana Isabel Pérez. **La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno**. Madrid: lustel, 2007. p. 333.

presidenciais). Nunca na história tinha-se visto uma lei aprovada em quarenta e oito horas (o que foi que ocorreu)⁴⁶⁹. Outro caso foi a criminalização da tortura (Lei nº 9.455/97), ocorrida somente após a divulgação de uma filmagem amadora de cenas de tortura praticadas por policiais na cidade de Diadema, conhecido como caso da Favela Naval⁴⁷⁰.

De tudo isso, conclui-se que essa criação de normas penais simbólicas, além de uma injustificada expansão do Direito Penal, ainda acarreta o que pode ser chamado de um efeito simbólico negativo, na medida em que, haja vista sua escassa aplicação, as expectativas de segurança da população restarão frustradas, acarretando a deslegitimação do Direito Penal⁴⁷¹. Por essa razão, afirma Silva Sánchez que a legislação simbólica, a longo prazo, *redunda incluso en una perdida de fiabilidad del Ordenamiento en su conjunto, bloqueando las funciones instrumentales del mismo*⁴⁷².

Atrelado a tudo isso, não podemos olvidar da mídia como grande elemento incentivador desse movimento expansivo. Os meios de comunicação agem a partir de duas frentes, através da dramatização de cenas de violência, aumentando a sensação de insegurança da população, e por meio da manifestação da opinião dos comunicadores no sentido de exigência de endurecimento do Direito Penal.

Nesse contexto, a criminalidade é objeto de autênticos melodramas cotidianos que se comercializam com texto e ilustrações nos meios de comunicação. De acordo com Albrecht, *la dramatización de la amenaza de la criminalidad es el pan nuestro de cada día de la actividad informativa*⁴⁷³. Diante disso, não há se negar sobre a existência de uma correlação entre a sensação social de insegurança frente ao delito e a atuação dos meios de comunicação⁴⁷⁴.

⁴⁶⁹ GOMES; BIANCHINI, op. cit., p. 110.

⁴⁷⁰ Ibid., p. 110.

⁴⁷¹ CEPEDA, Ana Isabel Pérez. **La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno**. Madrid: Lustel, 2007. p. 337.

⁴⁷² SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. Barcelona: José María Bosch Editor, 1992. p. 305.

⁴⁷³ ALBRECHT, Peter-Alexis. El derecho penal en la intervención de la política populista. In: ROMEO CASABONA, Carlos María (Coord.). **La insostenible situación del derecho penal**. Granada: Editorial Comares, 2000. p. 471-487.

⁴⁷⁴ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal na sociedade pós-industriais**. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 37.

Nesse prisma, é de se observar ainda que, na imagem transmitida da realidade, pela mídia, “o que está distante e o que está próximo tem uma presença quase idêntica na forma como o receptor recebe a mensagem”⁴⁷⁵. Esse fator causaria a quem assiste percepções inexatas ou, pelo menos, uma sensação de impotência. Com efeito, o fato de termos acesso e, principalmente, a possibilidade de contato visual com conflitos e violências ocorridos ao redor de todo o mundo faz com que, inconscientemente, percamos a noção do que está próximo e do que está distante, proporcionando-nos um sentimento de impotência frente essa reiterada violência⁴⁷⁶. De fato, a percepção da violência ocupa grande espaço na percepção e preocupação sociais, o que faz com se produza essa dramatização e dela se utilize para fins políticos:

resulta aquí de importancia que los fenómenos de violencia ocupan nuestra capacidad de percepción social y cultural con una intensidad como pocas veces antes, y que su transmisión hacia nosotros se produce en forma tendencialmente más comunicativa que concreta. De esto se sigue, entre otras cosas, que las chances de dramatizar la violencia y hacer política mediante ella, son buenas: los medios atribuyen al ejercicio de violencia un alto valor como noticia e informan sobre ella, sin embargo (¿o por eso?), en forma altamente selectiva, la amenaza de violencia – sea real o sólo supuesta – es un regulador mediante el cual puede ser fomentada la política criminal (típicamente restauradora); aquello que vale como un bien jurídico que requiere protección penal (y que por tanto puede ser portador de amenaza penal) se decide mediante un acuerdo normativo social, para el cual, nuevamente, resultan constitutivas las sensaciones de amenaza de la población⁴⁷⁷.

Realmente, a produção de imagens de insegurança frente ao delito contribui de forma significativa para a percepção subjetiva dos riscos contemporâneos, gerando desproporção entre o perigo objetivo e a sensação subjetiva diante deles. Nesse contexto, cabe ressaltar que os meios de comunicação voltam sua atenção para o delito, tendo em vista a facilidade com que se prestam a uma apresentação em forma de espetáculo, enfatizando os elementos emocionais da informação e dramatizando os fenômenos criminais,

⁴⁷⁵ Ibid., p. 38.

⁴⁷⁶ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal na sociedade pós-industriais**. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 38.

⁴⁷⁷ HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy: norma. interpretación, procedimiento: límites de la prisión preventiva**. Buenos Aires: AD-HOC, 1995. p. 50.

conseguindo, assim, maiores níveis de audiência em um mercado da comunicação competitivo⁴⁷⁸.

2.5 Um Balanço Final dos Estudos Desenvolvidos no Primeiro Capítulo da Tese: qual a herança histórica deixada? Os pontos relevantes da marcha do Estado e do Direito Penal para a solução do problema proposto: a definição do cenário para o encontro da hipótese definitiva

2.5.1 As Crises do Direito Penal: a “guerra de sentidos” das decisões judiciais dos juízes solipsistas e o fenômeno de sua expansão

A partir dos pontos acima desenvolvidos, apresenta-se significativo consignar, ainda uma vez, que, no Direito Romano clássico, havia um sistema processual acusatório, no qual se debatia o caso em concreto por meio de um enfrentamento entre partes, o qual era marcado por linhas jurídicas laicas. Entretanto, com o advento do baixo Império, visos religiosos (católicos) adentraram na legislação romana. Com isso, a marca acusatória do processo penal perdeu campo completamente para o modelo inquisitivo, ganhando espaço aberto, assim, a tortura dos réus e das próprias testemunhas em busca da verdade. Tudo isso, é de rigor completar-se, foi acompanhado pela materialização da interpretação do Direito em compilações (Justiniano), o que serviu de sustentação do ensino jurídico nas universidades. Em síntese, com o ingresso no período da decadência romana, o processo penal virou inquisitivo, a religião restou infiltrada no Direito e seu estudo passou a ser metafísico.

Na base disso, portanto, é que, com a queda do Império Romano, saltou a plataforma ideológica e factual por meio da qual o Feudalismo foi se desenvolver, fortalecendo, ainda mais, a questão de um Direito de origem sobrenatural, até que essa concepção religiosa alcançasse seu apogeu no Estado Absoluto. Nesse, a figura do delito e a do pecado foram entrelaçadas e confundidas, tendo a Inquisição Medieval traçado o sistema inquisitivo – com o somatório das figuras do acusador e do julgador em um só agente, assim como com a tortura em busca da verdade e a sequência de atos processuais em segredo – como um arcabouço jurídico-penal

⁴⁷⁸ GARCÍA, José Angel Brandariz García. **Política criminal de la exclusión**. Granada: Comares, 2007. p. 69-70.

infallível à condenação do acusado. Importante considerar-se, nesse particular, que exsurge a racionalização e a burocratização do Estado. Em sendo assim, necessário concluir-se que esses aspectos sobrenaturais acoplados ao Direito Penal (em especial o conceito de pecador de delito) serviram para impulsionar uma dimensão política à Inquisição, na medida em que serviram para cassar os hereges, os quais podem ser definidos como os adversários da dominação católica, o que poderia se dar em todos os níveis: religioso, intelectual, econômico, etc.

Em combate a isso, o pensamento ilustrado trouxe um ideal de racionalização, pondo o homem no centro dos acontecimentos. Nessa senda, o Direito passou a ser visto como uma ciência exata, iniciando o positivismo jurídico os seus primeiros passos de estudo. De igual sorte, foram assentadas as bases do garantismo clássico à luz de uma concepção de restrita legalidade. Entretanto, por ter o Direito uma inspiração matemática, essas novas ideias, em nenhum momento sequer, deram relevância à abordagem da validade da motivação judicial, que ficou direcionada ao segundo plano, inclusive não sendo considerada como marco característico do princípio acusatório. Ademais, esse ideal de legalidade, enquanto ciência exata, acarretou um juízo de tipicidade penal construído à ilharga do mundo vivido, o qual acabou (equivocadamente) ficando de fora do processo interpretativo.

À vista de tudo isso, apresentam-se como relevantes, na passagem histórica acima retratada, quatro dados substanciais: (i) o estudo do Direito penal passou a ser dogmático, de sorte que a reflexão soçobrou para uma análise levada a efeito por intermédio de compilações, o que deu vazão à metafísica, assim como à relação sujeito-objeto condutora da atual guerra de sentidos (logo mais abordada); (ii) essa dinâmica de delito/pecado/imoralidade se projetou no tempo ao lado de um Direito Penal do autor; (iii) o sistema inquisitivo, cuidadosamente elaborado pela Santa Inquisição, tem marcas até hoje no nosso Código de Processo Penal (mesmo após as recentes reformas da Lei n.º 11/690/08 e Lei 12.403/11), porque o magistrado continua com poderes de parte; e, por ter um norte de ciência exata, (iv) a Ilustração assentou-se na concepção de (pura) legalidade, permitindo o desenvolvimento do positivismo, com o que o dever de motivar adequadamente as decisões judiciais não se colocou como o marco característico (princípio fundante) do sistema acusatório, assim como o juízo de tipicidade penal se desenvolveu em um plano metafísico, sendo de difícil desenvolvimento, por sua matriz liberal/burguesa, na sociedade atual, que tem a marca do social/coletivista.

Indubitavelmente, esses aspectos estão no esteio (de parte) da crise do Direito Penal, uma vez que possibilitaram a criação e a consolidação de um juiz solipsista (o qual não está imerso na hermenêutica filosófica e, de quebra, não faz uma filtragem material/constitucional dos textos insertos nos Códigos Penal e Processual Penal), decidindo, ainda, para piorar as coisas, com fulcro em um pré-juízo inautêntico (sistema inquisitivo).

Com a passagem ao Estado Social e, em seguida, ao Democrático (e Social) de Direito, as funções dos juízes e do Direito Penal, conforme abordado antes, sofreram mudanças significativas. Deve-se ponderar, nesse ponto, que a concepção social desses Estados encampa um direcionamento das baterias do Direito Penal ao campo dos interesses coletivos, alçando-o ao primeiro patamar de tutela desses, a fim de que se possa, a partir do receio do cumprimento de uma pena, inibir comportamentos capazes de prejudicar o desenvolvimento social. Ou seja:

num Estado Social e de Bem-Estar, que tome sobre si as tarefas crescentes e cada vez mais complexas da Daseinsvorsorge, o interesse de uma Administração racional reside em cumpri-las, na medida do possível, sem estorvos e de forma dinâmica. Apresentando-se as penas como medidas coactivas dotadas de particular efectividade, inscreveu-se um pouco por toda a parte a tendência para ameaçar com elas a violação de zonas cada vez mais alargadas da ordem jurídica e para as fazer intervir onde e sempre que se julgava necessário revestir os imperativos estaduais, mesmo os de carácter administrativo, de um particular força de vigência. Numa palavra: o legislador foi-se deixando seduzir pela idéia, pernicioso mas difícil de evitar, de pôr o aparato das sanções criminais ao serviços dos mais diversos fins de política social – e deu assim ênfase ao fenómeno da hiper criminalização. Como fruto desta inflação incriminatória surge uma legislação penal extravagante, de carácter administrativo e de conteúdo económico-social, cada vez mais abundante e a breve trecho indominável, tanto do ponto de vista político-criminal como do dogmático.⁴⁷⁹

Ademais, com a positivação de valores morais nos princípios constitucionais⁴⁸⁰ (ocorrendo, por consequência, a imperiosidade de uma filtragem

⁴⁷⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social. *In*: CORREIA, Eduardo et al. **Direito penal económico e Europeu**: textos doutrinários. Coimbra: Coimbra, 1998. v. 1, p. 21.

⁴⁸⁰ “[...] os sistemas jurídicos que incorporam princípios substantivos ou materiais como normas básicas valorativamente decisivas (princípios como o Estado Democrático de Direito, o Estado Social, a dignidade da pessoa, a solidariedade social, liberdade, a obrigação de erradicar a pobreza, a função social da propriedade) elevam ao patamar de obrigação jurídica a realização aproximativa de um ideal moral.” STRECK, Lenio Luiz. Entre Hobbes e Rousseau: a dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal. *In*:

dos textos jurídicos por meio da Constituição Federal), os magistrados alcançaram uma posição mais crítica frente ao ordenamento jurídico, tendo o dever de interpretá-lo materialmente e não mais de modo apenas formal. Nesse ângulo, aparece a necessidade de uma compreensão adequada do texto constitucional, direcionando-o à realidade social no sentido de resgatar as promessas de modernidade (em países com desenvolvimento tardio). Dentro desse cenário, a hermenêutica filosófica (que será trabalhada no capítulo seguinte) ganha importância por combater “a guerra de sentidos de todos contra todos” característica do estado da arte gerado pelo positivismo jurídico. Isso porque o ensino jurídico compilado (criado desde a decadência do Império Romano) e o positivismo jurídico (corporificado a partir da Ilustração) possibilitaram aberto caminho ao esquema sujeito-objeto dentro da perspectiva do Direito Penal. Sendo assim, o intérprete (juiz) acopla qualquer sentido sobre o texto legal e acerca das provas do caso (muitas vezes até tarifando ou deixando de sopesar algumas delas), como se esses dados não se lhe dissessem nada. Trata-se, pois, da atribuição arbitrária de sentidos agravada, ainda, pela existência de pré-juízos inautênticos revelados por concepções concretizadas antes da Constituição Federal de 1988.

Tem-se de referir, em tal passo, que existe, no cotidiano jurídico (tanto no forense como no acadêmico), uma baixa compreensão do texto constitucional, que gera baixa aplicação da Constituição Federal. Nesse sentido, veja-se, por exemplo, que, apesar de estar eleito, constitucionalmente, o sistema acusatório, ainda se aplicam diversos artigos inerentes ao sistema inquisitivo (inconstitucionais, portanto), como, apenas para esclarecer, todos aqueles processuais penais permissivos de atos decisórios de ofício pelo juiz.

Resulta disso um panorama de diversidade incompreensível entre decisões judiciais, as quais, ora sequer se amparam no texto legal, ora projetam a ele um sentido diverso do escrito, ora, ainda, são fruto de um magistrado solipsista, que decide conforme sua consciência (conforme se demonstrará no próximo capítulo, por meio de um estudo detido de algumas escolhas judiciais). Fala-se, então, da crise gerada pelo positivismo jurídico por intermédio da qual “qualquer um diz qualquer coisa sobre qualquer coisa”, havendo julgamentos incompreensíveis sob a perspectiva constitucional.

STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Direito penal em tempos de crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 76.

Calha apontar-se que esse quadro de subjetivismo é agravado pela crise do Direito Penal atual, porque sua matriz, que foi gerada no Iluminismo e que apresenta como base conflitos de caráter individualista-liberal, desserve para enfrentar e solucionar as questões vinculadas à sociedade atual, marcada por interesses coletivos e por uma criminalidade econômica. Inclusive, dentro desse debate acadêmico, imperioso faz-se perceber a existência de três linhas de pensamento sobre o Direito Penal brasileiro.

Com efeito, tem-se que a primeira linha de pensamento se apresenta verdadeiramente paradoxal. Por um lado, defende o implemento de penas mais elevadas e a criação de novos tipos penais, dando uma resposta à impunidade. De outro, contudo, lança um olhar leniente no tratamento de delitos inerentes aos interesses coletivos, construindo um discurso conciliador⁴⁸¹. Nessa perspectiva, nota-se que,

ao mesmo tempo em que eleva à categoria de crime uma série de ações e omissões que atingem a coletividade (bens jurídicos supraindividuais), circunstância que poderia uma mudança de rumo na caracterização dos tipos penais, cria, paradoxalmente, alternativas das mais variadas à pena de reclusão.⁴⁸²

Em tal passo, registre-se que a visão de um Direito Penal de luta radical contra o delinquente no desiderato de sua neutralização se direciona, hoje em dia, apenas contra alguns tipos de autores e de delitos, como, apenas para citar, os delitos internacionais, a criminalidade organizada, mafiosa, armada, assim como outros maiores quanto à pessoa ou à saúde pública. Cuida-se de um Direito Penal de repressivo (do inimigo), por meio do qual se violam ou reduzem os direitos fundamentais dos acusados, visando a neutralizá-los⁴⁸³. Corre-se o risco, inclusive, de que o discurso amparado no

alargamento das muralhas incriminatórias e tipificadoras esteja ao serviço de valores (elevado nível de segurança, através de medidas de prevenção da criminalidade, do racismo e da xenofobia), e não ao serviço de “guerras” contra inimigos que coloquem o direito constitucional e o direito penal ao serviço das exceções perenes,

⁴⁸¹ Cfe. STRECK, Lenio Luiz. Entre Hobbes e Rousseau: a dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal. *In*: STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Direito penal em tempos de crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 79-82.

⁴⁸² *Ibid.*, p. 82.

⁴⁸³ Cfe. DONINI, Massimo. **El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad**. Perú: ARA, 2010. p. 88-89.

típicas dos estados constitucionais autoritários. O Estado de direito constitucional deve permanecer fiel aos seus princípios fundantes e rejeitar insinuações vindas de vários quadrantes culturais, a começar pelo direito penal.⁴⁸⁴

Ademais, é certo que

el Derecho penal surgido al calor de la delincuencia globalizada tradicional no es otro que el aumento generalizado del rigor de las penas en el contexto de un aparato garantístico debilitado y de un sistema flexible y pragmático de imputación, es decir, los atributos más notables del fenómeno expansivo del Derecho penal moderno⁴⁸⁵.

Dentro desse prisma, isso não alcançaria a criminalidade econômica, os delitos ambientais ou informáticos, por exemplo, porquanto, em casos tais, seus autores são considerados de fácil reeducação e bastante socializados⁴⁸⁶.

Contudo, ocorre, no Brasil, que, em sede de delitos fiscais, econômicos e contra o sistema financeiro, os magistrados acabam se contaminando por essa concepção universalista de tratamento repressivo da matéria da criminalidade organizada mafiosa. Dessa sorte, há a supressão de várias garantias penais e processuais penais, caindo-se em um lugar de não-direito, no qual as respostas são produzidas longe dos domínios da Constituição Federal. Conforme se verá logo mais, um bom exemplo disso se revela no caso no qual magistrado federal indeferiu a expedição de carta rogatória criminal de interrogatório para acusados estrangeiros, ao argumento segundo o qual inexistiria base normativa para tanto.

Em direção oposta, a segunda linha de pensamento advoga em prol de uma intervenção cada vez menor do Direito Penal, afastando-o do enfrentamento de infrações que violem bens jurídico-sociais⁴⁸⁷, as quais ficariam ao encargo de outro ramo do Direito (administrativo, tributário, cível, ou, mesmo, a criação de um “ilícito de mera ordenação social⁴⁸⁸”).

⁴⁸⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 1. ed. Brasileira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 240.

⁴⁸⁵ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. **La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno**. Madri: Portal Derecho, 2007. p. 93.

⁴⁸⁶ Cfe. DONINI, Massimo. **El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad**. Perú: ARA, 2010. p. 88-89.

⁴⁸⁷ Cfe. STRECK, Lenio Luiz. Entre Hobbes e Rousseau: a dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal. *In*: STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Direito penal em tempos de crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 84.

⁴⁸⁸ Nessa senda, veja-se: DIAS, Jorge de Figueiredo. O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social. *In*: CORREIA, Eduardo *et al.* **Direito penal econômico e Europeu: textos**

Por fim, exsurge a terceira posição, a qual defende um Direito Penal à luz do papel dirigente que a Constituição Federal fornece para a proteção de bens jurídicos, colocando-o de um modo mais robusto no combate da criminalidade econômica. De mais a mais, essa leitura implica a filtragem do processo penal por meio dos valores constitucionais, de sorte que esse campo também terá reflexos significativos⁴⁸⁹, porque, a partir do princípio acusatório, vários artigos (permissivos da ação de ofício do juiz) devem ser reconhecidos como materialmente inválidos. Em essência, cuida-se de balançar, nessa quadra da história, as garantias individuais e coletivas em sede de Direito Penal. Assim,

trata-se de uma postura que visa a agregar às conquistas do direito penal clássico as perspectivas exurgente do novo paradigma constitucional, isto é, o direito deve ser capaz de algo que vá muito além de servir de proteção contra os arbítrios estatais. Sem abrir mão da proteção contra qualquer forma de arbítrio, buscam-se fórmulas capazes de proteger a cidadania “positivamente”, isto é, proteção não significa somente proteção negativa, mas, também, proteção positiva, a partir de atitudes estatais tendentes a proteger os direitos fundamentais. Nesse contexto, também o direito penal pode servir de contributo para o resgate das promessas da modernidade, por exemplo, para, como *ultima ratio*, o combate às condutas lesivas à cidadania, que corroem as estruturas da sociedade, como a corrupção, a lavagem de dinheiro, a sonegação de tributos, o tráfico de entorpecentes.⁴⁹⁰

Pretende-se dizer, em última análise, que, afora a própria crise do positivismo jurídico, há, ainda, fatores envoltos ao Direito Penal que contribuem para a livre caminhada do magistrado solipsista e seus decisionismos. Porque, em realidade, ele sofre a influência de diversos aspectos externos (às vezes, inclusive, inconciliáveis entre si), que, em grande medida, tanto o pressionam (veja-se o exemplo da mídia) como, por outro lado, lhe possibilitam “liberdade de decisão”, em virtude de que, bem ou mal, sua escolha sempre estará ancorada em alguma vertente de pensamento, como as vistas acima.

Além disso, em um ambiente jurídico como o nosso, ou seja, com baixa compreensão constitucional, a interpretação das normas penais em branco –

doutrinários. Coimbra: Coimbra, 1998. v. 1, p. 19-33.

⁴⁸⁹ Cfe. STRECK, Lenio Luiz. Entre Hobbes e Rousseau: a dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal. In: STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Direito penal em tempos de crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 85.

⁴⁹⁰ Ibid., p. 85.

enquanto instrumento legislativo destinado a combater a criminalidade contemporânea – permite grande possibilidade de arbitrariedades.

De tal arte, o somatório desses aspectos gera uma dupla e concomitante crise no Direito Penal (uma do positivismo, outra de sua expansão), a qual deságua, por certo, na decisão judicial, que, segundo se sustenta, se deve desenvolver com fulcro em um princípio – no caso, o acusatório, desde que com nova leitura.

2.5.2 Uma Visão do Panorama Atual do Sistema Acusatório e de seu Princípio

Fundante: qual a razão da sua releitura?

Assim, impende-se abordar, a título de encerramento do tópico e por serem essenciais ao estudo proposto, as concepções penais atuais sobre o princípio acusatório, sobretudo porque, ao final da tese, ele será submetido a uma releitura, essencial ao implemento da resposta adequada. Ademais, a relevância dessa nova abordagem se justifica à medida que a validade constitucional de uma decisão judicial está condicionada a seu amparo em um princípio constitucional, como se verá no próximo capítulo.

Em visão histórica, pode-se dizer que a (re)descoberta de algumas diretrizes do sistema acusatório teve como marco inicial a ultrapassagem da monarquia absolutista francesa pelo governo republicano (que restou marcado por ideais de dignidade do ser humano, mormente o reconhecimento de que o homem é portador de valores individuais superiores em categoria à própria sociedade). Com efeito, esse (novo) modelo propôs — ao invés do segredo dos procedimentos, da negativa de defesa e dos juízes delegados do poder imperial — a publicidade e a oralidade dos debates, a liberdade de defesa e o julgamento por jurados. Com base na razão humana, instigou-se um grande debate sobre a inviabilidade da tortura, que servia de veículo para a descoberta da “verdade” nos julgamentos capitaneados pela Inquisição, pondo-se em xeque, nesse passo, o (antigo) modelo inquisitivo⁴⁹¹. É possível afirmar-se, em face do exposto, que a reforma da Inquisição tradicional consistiu, precisamente, na aproximação ao princípio acusatório. Depreende-se, no entanto, que a luta ideológica entre a Inquisição (antigo regime) e o Estado de direito impulsionou, no século XIX, uma tensão que, na maioria das vezes, deu prioridade

⁴⁹¹ Cfe. MAIER, Julio. **Derecho procesal penal**. 2. ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004. v. 1, p. 336.

ao procedimento inquisitivo. Veja-se, por exemplo, que a investigação escrita e secreta permaneceu vigente, basicamente, no procedimento preparatório para a ação penal e na presença de um juiz de instrução. De igual modo, visos inquisitivos podem ser vistos em dispositivos que permitem aos juízes investigar de ofício a verdade sobre as hipóteses-objeto do procedimento criminal⁴⁹². No século XX, ocorreu, na Europa continental, um desenvolvimento lento (porém, contínuo) dirigido ao sistema acusatório. O juiz de instrução foi, paulatinamente, substituído pelo Ministério Público, que passou a preparar sua própria acusação — e isso sem prejuízo de atos que necessitavam de autorização judicial, por representarem ingerências nas liberdades do cidadão. O Ministério Público, de mero observador do procedimento, passou a ser protagonista ativo. Os magistrados, de seu turno, tiveram de assegurar a observância das regras do procedimento, assim como exarar, em seu final, a decisão terminativa da causa⁴⁹³.

Em tal passo, é relevante destacar-se, por indispensável, que o sistema acusatório, na análise atual, se caracteriza por um princípio acusatório, cujo ponto característico se vincula à impossibilidade de o magistrado produzir a prova. De outro giro, o sistema inquisitivo vige a partir do princípio inquisitivo, vale indicar, a possibilidade de o juiz produzir provas de ofício. Com efeito, cada modelo nos direciona para seu princípio correspondente, determinado pelo poder (ou não) que o magistrado tem de realizar a prova⁴⁹⁴.

Em linhas gerais, no sistema acusatório existe a oralidade, a publicidade, a exigência de acusador diverso e distinto do juiz, a presença de magistrado que se ache acima das partes, a vigência da regra da liberdade até a condenação definitiva e,

⁴⁹² Ibid., p. 389.

⁴⁹³ Cfe. MAIER, Julio. **Derecho procesal penal**. 2. ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004. v. 1, p. 390-391.

⁴⁹⁴ Nesse sentido, leia-se COUTINHO: *Assim, para a devida compreensão do Direito processual Penal é fundamental o estudo dos sistemas processuais, quais sejam, inquisitório e acusatório, regidos, respectivamente, pelos referidos princípios inquisitivo e dispositivo.*

Destarte, a diferenciação destes dois sistemas processuais faz-se através de tais princípios unificadores, determinados pelo critério de gestão da prova. Ora, se o processo tem por finalidade, entre outras, a reconstituição de um fato pretérito, o crime, mormente através da instrução probatória, a gestão da prova, na forma pela qual ela é realizada, identifica o princípio unificador.

Com efeito, pode-se dizer que o sistema inquisitório, regido pelo princípio inquisitivo, tem como principal característica a extrema concentração de poder nas mãos do órgão julgador, o qual detém a gestão da prova. Aqui, o acusado é mero objeto de investigação e tido como o detentor da verdade de um crime, da qual deverá dar contas ao inquisidor. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. (Org.). **Crítica à teoria do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 28.

consequentemente, a excepcionalidade da prisão preventiva⁴⁹⁵, assim como o contraditório, a possibilidade de resistência, o respeito à coisa julgada, a possibilidade de impugnação da decisão em duplo grau de jurisdição e a ausência de uma prova tarifada, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado⁴⁹⁶. No processo acusatório, há, como relembra Cordero, “*el juego limpio (fair play)*”⁴⁹⁷, estando as atividades das partes submetidas à observação/fiscalização do juiz.

Atualmente, entende-se que a separação entre o juiz e a acusação se traduz no elemento constitutivo mais importante do modelo teórico acusatório, aquele que lhe confere o pressuposto estrutural⁴⁹⁸. Cuida-se, pois, do principal diferenciador dos sistemas inquisitório e acusatório: “nessa linha, o critério definidor de um sistema ou outro seria a ‘separação das funções de acusar e julgar’, presente apenas no modelo acusatório⁴⁹⁹”.

Com efeito, entende Ferrajoli, como se demonstrou alhures, que a garantia da motivação não pertence especificamente ao método acusatório por ter sido concebida no marco da tradição inquisitiva; entretanto, registra a necessidade de sua presença em todos os modelos processuais⁵⁰⁰.

De todo o modo, o entendimento atual é de que o sistema acusatório representa a divisão, entre três sujeitos distintos, das tarefas de acusar, defender e julgar. Quando se cogita a existência de um princípio acusatório, fala-se, indubitavelmente, de um processo de partes, quer sob o aspecto estático (com o estudo das funções alcançadas aos três principais sujeitos), quer na perspectiva dinâmica (através da observação do modo como o autor, o réu, o defensor e o juiz se relacionam juridicamente no desempenho de suas respectivas funções)⁵⁰¹.

Como se pode visualizar, o sistema acusatório impõe a imparcialidade do juiz, que não apresenta poderes de instrução, devendo, de tal arte, decidir com base nos dados alcançados pelas partes ao longo do processo; esse ponto, entretanto, não deve ser considerado um fator negativo, tampouco serve para justificar o desenvolvimento de uma atividade instrutória por parte do magistrado.

⁴⁹⁵ Cfe. LYRA, Roberto. Introdução ao estudo do direito penal adjetivo. **Revista Interamericana de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, ano 2, v. 6. n. 5, p. 14, 1977.

⁴⁹⁶ Cfe. LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 119.

⁴⁹⁷ CORDERO, Franco. **Procedimiento penal**. Traduzido por: Jorge Guerrero. Sta Fe de Bogotá: Temis, 2000. p. 90.

⁴⁹⁸ Cfe. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Madrid: Editorial Trotta, 2000. p. 567.

⁴⁹⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 128.

⁵⁰⁰ Cfe. FERRAJOLI, op. cit., p. 616.

⁵⁰¹ Cfe. PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 126.

É que, como contraponto à inércia do julgador acerca da produção de provas, exsurge uma participação mais intensa das partes nesse particular, na medida em que elas têm o dever de investigar e produzir elementos tendentes a comprovar suas alegações (seja da culpabilidade, seja da inocência do acusado)⁵⁰².

Não há de se perder de vista, por importante, que Leone já afirmava que o sistema acusatório se concentra, “*naturalmente, en una discusión entre las partes*”⁵⁰³, tendo sua origem, assim, vinculada “*a una concepción democrática*”⁵⁰⁴. Dentro dessa perspectiva, ao juiz incumbe, tão-somente, solucionar a discussão entre partes opostas, não possuindo qualquer liberdade de investigação e de seleção de provas⁵⁰⁵, como aponta Goldschmidt:

o melhor meio para averiguar a verdade e verificar a justiça é deixar a invocação do juiz e o recolhimento do material processual àqueles que perseguem interesses opostos e sustentam opiniões divergentes; mas desincumbindo-se dessa tarefa aquele que tem de decidir o assunto e garantindo, desse modo, sua imparcialidade⁵⁰⁶.

Malgrado isso, “compreende-se que um processo penal assim estruturado tenha, na sua base, ainda mais fortemente que a intenção de lograr a verdade material, o desejo de assegurar ao arguido a máxima garantia da sua liberdade e dos seus direitos individuais”⁵⁰⁷.

Como resultado disso, vê-se, em todos os ângulos, que um processo acusatório é, inquestionavelmente, um processo de limitação do poder estatal através do reconhecimento de direitos e garantias ao réu. Tem-se como indispensável, portanto, o fortalecimento da estrutura dialética do processo penal, para que as partes tenham uma participação mais intensa e efetiva, tornando desnecessária a fixação de poderes instrutórios ao magistrado⁵⁰⁸. Mormente porque a natureza acusatória reclama, em última análise, que a acusação e a defesa se

⁵⁰² Cfe. LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 154-155.

⁵⁰³ LEONE, Giovanni. **Tratado de derecho procesal penal**. Traduzido por: Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1963. v. 1, p. 22.

⁵⁰⁴ Ibid., p. 22.

⁵⁰⁵ Ibid., p. 21-22.

⁵⁰⁶ GOLDSCHMIDT, James. **Princípios gerais do processo penal**. Traduzido por: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002. p. 73.

⁵⁰⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 248.

⁵⁰⁸ Cfe. LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 154-155.

coloquem como propostas excludentes no juízo de solução da causa, o que somente será possível caso o juiz não esteja, desde logo, psicologicamente envolvido com uma das versões postas em jogo⁵⁰⁹. É evidente, de tal arte, que

a real acusatoriedade depende da imparcialidade do julgador, que não se apresenta meramente por se lhe negar, sem qualquer razão, a possibilidade de também acusar, mas, principalmente, por admitir que a sua tarefa mais importante, decidir a causa, é fruto de uma consciente e meditada opção entre duas alternativas, em relação às quais manteve-se, durante todo o tempo, eqüidistante⁵¹⁰.

Calha dizer-se, ademais, que o sistema acusatório, ao retirar os poderes de instrução do juiz, almeja, outrossim, evitar que o magistrado firme previamente sua convicção sobre a causa – ou seja: que ele estabeleça um (pré)juízo sem a interferência dos argumentos e provas trazidos pelas partes – e, a partir disso, projete seus esforços na colheita de elementos capazes de confirmar essa sua (prévia) decisão, o que, na realidade, além de possibilitar a “crença no imaginário”⁵¹¹, o colocaria no *status* de parte (acusação ou defesa) no processo, estiolando a atuação do Ministério Público e da Defesa técnica, os quais cumpririam apenas um papel formal no curso dos procedimentos, tal qual o tinham no sistema inquisitório.

Interessante notar-se, por fim, que não se discute, com a dimensão merecida, a questão da validade da motivação judicial, apesar de se compreender que o princípio acusatório representa, hoje em dia, um avanço no sentido de evitar arbitrariedades judiciais e buscar “a verdade material”. O debate central, como se viu, vincula-se à imparcialidade do magistrado (pode ou não produzir provas), não acerca da qualidade de sua intervenção. À evidência, o enfoque está equivocado.

Primeiro, porquanto a motivação é uma garantia das garantias, com o que a imparcialidade (ou não) do julgador apenas poderá ser vista a partir do conteúdo de sua decisão. Antes disso, está-se no campo metafísico das probabilidades. Ou seja: somente se poderá verificar se o magistrado foi ou não imparcial através de seu

⁵⁰⁹ Cfe. PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 128.

⁵¹⁰ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 128.

⁵¹¹ Para Coutinho, quando o juiz é o gestor da prova, ele “tem, quase que por definição, a possibilidade de decidir antes e, depois, sair em busca do material probatório suficiente para confirmar a “sua” versão, isto é, o sistema legitima a possibilidade da crença no imaginário, ao qual toma como verdadeiro” COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Crítica à teoria do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 32.

discurso justificativo. Tem-se como certo que a imparcialidade irá se mostrar na e pela motivação judicial. Sem essa motivação, coloca-se impossível ver-se, definitivamente, a ocorrência (ou não) do respeito às garantias do acusado. No plano jurídico, é evidente que uma motivação reveladora de uma decisão parcial não será válida, padecendo da sanção (constitucional) de nulidade (art. 93, inciso IX). Portanto, e já se adianta, o ponto crucial é saber se a motivação é ou não válida, se a resposta é ou não adequada constitucionalmente. Entende-se, nesse passo, que a motivação válida (resposta adequada) é o princípio fundante do sistema acusatório, não podendo, como se tem realizado, colocá-la em segundo plano.

Segundo, porque esse ponto de vista (que a coloca longe da característica principal) não observa que se está em um Estado Democrático (e Social) de Direito, onde a motivação passa a ter uma dimensão política. Afinal de contas, a sociedade tem o direito de conhecer as decisões judiciais e fiscalizar a atividade do Poder Judiciário. Em sendo assim, o discurso-justificativa merece destaque central, sobretudo em virtude de que a legitimidade dos magistrados está assentada na defesa dos valores constitucionais, e essa percepção somente será possível por meio da análise da motivação. Imperioso quebrar a concepção individual do Iluminismo e compreender que as decisões judiciais espraiam seus efeitos e seus interesses ao plano coletivo, como se verifica em casos do Direito Penal econômico.

Em vista do exposto, a tese, no capítulo seguinte, irá se lançar na direção de buscar a legitimidade das decisões penais em tempos de crises, amparando-se, para tanto, na construção, pela linha da hermenêutica filosófica, de uma resposta constitucionalmente adequada à luz de uma releitura do princípio acusatório.

3 A SOLUÇÃO PARA AS CRISES DO DIREITO PENAL A PARTIR DA ADOÇÃO DA TEORIA DA RESPOSTA ADEQUADA: uma crítica ao iluminismo, a superação do estado da arte, a relevância de heiddeger e gadamer como condição de possibilidade ao implemento de uma fundamentação válida constitucionalmente e o encontro da resposta adequada penal em tempos de crises a partir de uma releitura do princípio acusatório

No liminar deste capítulo, coloca-se indispensável remarcar, ainda uma vez mais, que a anterior abordagem entre a evolução do Estado e do Direito Penal foi imprescindível para mapear as razões pelas quais se entende, nesta tese, a imperiosidade de uma resposta adequada da jurisdição criminal nos dias atuais.

Cuida-se, em essência, de compreender que o Direito Penal, no seu específico particular de ter sido a última opção normativa para a proteção de interesses essenciais, vive uma tensa, dupla e concomitante crise (não vivenciada nos outros ramos do Direito). São, pois, dois fatores que o circulam de forma concomitante, quais sejam: (i) sua expansão, motivo pelo qual avultam novos agentes em seu meio, como, por exemplo, valores coletivos merecedores de proteção, a sociedade do risco, a dimensão punitiva simbólica, assim como uma enxurrada de normas penais em branco; e (ii) o fato de serem muito presentes, no seu conjunto principiológico, a individualidade e o racionalismo matemático do período da Ilustração (impulsionador do sobrestamento da capacidade reflexiva), o que gera um estado da arte no Brasil.

Sendo assim, a tese, nas linhas que se seguem, irá desenvolver seus trabalhos, inicialmente, em prol de evidenciar uma dimensão negativa do Iluminismo ao Direito Penal, para, ao depois, por meio de uma análise da hermenêutica filosófica, justificar a escolha pela teoria da resposta adequada, adentrando, ao fim e ao cabo, nos nortes através dos quais se deve fundar a decisão judicial.

3.1 O Iluminismo na Seara do Direito Penal: a importância do seu estudo a partir de duas perspectivas: positiva e negativa

Ao se analisar o iluminismo em relação ao Direito Penal, encontram-se, em grande medida, vozes em prol da abordagem de seus benefícios, na medida em que a denominada “época das luzes” houve por findar o panorama de incertezas quanto

às definições de crimes, assim como o procedimento inquisitivo, o qual, conforme demonstrado alhures, era secreto, realizado mediante tortura e tinha na figura do magistrado o acúmulo do acusador e do julgador, sendo a defesa, em contrapartida, tão-só um instrumento formal para fomentar a confissão.

Impossível negar-se a contribuição do pensamento iluminista para a presença de um caráter humanitário no processo penal; entretanto, não se pode passar despercebido que a racionalidade encampada “matematizou” a análise reflexiva do juiz sobre o caso, o qual, naquele momento, era tão-somente “a boca da lei”. Para o Iluminismo, em virtude das incertezas e inseguranças da época que ele ultrapassou, era indispensável trabalhar o Direito como uma ciência exata. Sendo assim, incorporou-se um raciocínio lógico-dedutivista no imaginário jurídico, de tal modo que, mesmo sendo vencido o entendimento do “juiz como mero aplicador da lei”, a época das luzes, com seu ideal de certeza, impulsionou uma continuidade na linha de estudo da problemática jurídica que não escapou do universo da metafísica. Quer-se dizer, nesse passo, que o Iluminismo, por ser tão festejado apenas sob um prisma em sede de Direito Penal (racionalidade do sistema punitivo e exatidão científica do juiz), ainda projeta seus efeitos ao positivismo normativo, já que fortalece o bloqueio do julgador ao conhecimento da singularidade do caso.

Como efeito direto e prático disso, viabilizou-se e robusteceu-se, no positivismo normativo, uma relação sujeito-objeto, com o que os magistrados decidem conforme suas consciências, gerando decisionismos. Apesar da revolução gerada pela hermenêutica filosófica, ainda se presencia a era da filosofia da consciência na realidade das nossas decisões judiciais.

Inegavelmente, o Iluminismo, visto a partir dessas perspectivas, representou, por um lado, um avanço ao delimitar e implementar um conjunto de garantias penais capaz de evitar arbítrios no direito de punir (gérmen do garantismo clássico). Contudo, gerou tantas incertezas quanto aquelas derivadas da Idade Média e do Absolutismo: antes, a insegurança vinha da cabeça dos monarcas (que determinavam a seu bel prazer as condutas criminosas/pecadoras); hoje, pelo estado da arte gerado pela metafísica do ensino jurídico (que ainda busca um ideal de segurança jurídica longe do mundo vivido), a insegurança vem dos magistrados solipsistas (que decidem sem qualquer compromisso com as particularidades da causa e longe de qualquer amparo constitucional). É de reconhecer-se que tão-somente se modificaram os atores. Difícil negar esse fato, porque os decisionismos

estão aí e são desvelados facilmente no cotidiano forense, conforme se demonstrará logo mais. Na esfera do Direito Penal, o Iluminismo, hoje em dia, se apresenta como a origem, justamente, daquilo que ele tentou eliminar: a incerteza e o arbítrio.

Além disso, com o seu ideal de ajustar a aplicação do Direito às ciências exatas, o Iluminismo, ao trazer de volta o sistema acusatório, o fez direcionando a motivação ao segundo plano e acoplando o princípio da legalidade com o da taxatividade⁵¹², dando-lhes um viés muito fechado para os acontecimentos da vida em um mundo globalizado. Com isso, em pleno Estado Democrático (e Social) de Direito, a motivação (que apresenta uma dimensão política e processual) continua esquecida; o Direito Penal contemporâneo, por sua vez, encontra numerosas dificuldades de incriminação de comportamentos nocivos pelo embate entre o entendimento (iluminista) de conceitos precisos sobre os elementos do delito e a imperiosidade de normas penais em branco para combater a criminalidade moderna.

Inquestionavelmente, esse quadro reclama uma releitura do princípio acusatório, uma vez que ele, no seio de um Estado Democrático (e Social) de Direito, deverá fundar qualquer decisão constitucionalmente adequada.

De tal arte, essas duas perspectivas serão analisadas nas linhas seguintes, elaborando-se, sob o espectro do Direito Penal, a (devida) crítica ao Iluminismo.

3.1.1 O Núcleo Garantista de Filtragem do Poder do Estado: a perspectiva positiva de racionalidade capaz de criar uma relação equilibrada entre o direito de punir e o de resistência

Sob o ponto de vista do avanço do sistema penal em relação ao período anterior, é impossível negar a importância do Iluminismo como lapso da racionalização permissiva da criação de um Direito Penal mais humanitário.

⁵¹² “La prohibición de preceptos penales indeterminados no sólo concuerda con el tenor literal de la Constitución ('legalmente determinada', cfr. Nm. 11), sino que se corresponde por completo igualmente con la finalidad del principio de legalidad (nm. 18 ss.). una ley indeterminada o imprecisa y por ello poco clara no puede proteger al ciudadano de la arbitrariedad, porque no implica una autolimitación del ius puniendi estatal a la que se pueda recurrir; además es contraria al principio de la división de poderes, porque le permite al juez hacer cualquier interpretación que quiera e invadir con ello el terreno del legislativo; no puede desplegar eficacia preventivogeneral, porque el individuo no puede reconocer lo que se le quiere prohibir; y precisamente por eso su existencia tampoco puede proporcionar la base para un reproche de culpabilidad.” ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. 2. ed. Madri: Civitas, 2007. t. 1, p. 169.

Conforme se demonstrou alhures (e, por isso, não se vai, aqui, repetir à exaustão, a fim de se evitar tautologia), a base principiológica do moderno Direito Penal encontra seu gérmen nesse período. Com efeito, pode-se perceber que, paulatinamente, a razão burguesa – amparada no cientificismo das ciências exatas e na ideia de um individualismo extremado – foi ganhando espaço na estrutura da sociedade, projetando-se, inclusive e sobremaneira, ao Direito Penal. No campo da incriminação dos comportamentos, passou-se (em especial a partir de Beccaria) a adotar tipos taxativos, que, ao menos em tese, seriam despidos de qualquer aspecto moral ou religioso. Também as punições foram contaminadas pela racionalidade, contendo traços de proporcionalidade e de humanidade, por meio da abolição de sanções cruéis. À evidência, esses aspectos colocaram-se como um grande salto evolutivo no campo do Direito Penal. São inegáveis os seus benefícios, pois muitos conceitos modernos foram sistematizados nesse período, como, por exemplo, os princípios da legalidade e da proporcionalidade das penalidades.

À luz disso, as reformas trazidas pela Ilustração, no campo do Direito Penal, visaram a criar uma relação entre o poder punitivo e o direito de resistência, equilibrando-a com filtros de proteção (garantias), de sorte a ter o acusado voz ativa e influente, no processo referente ao delito que lhe acusam, ostentando, assim, a condição de sujeito e não mais aquela de objeto. Contudo, não se pode perder de vista o (relevante) dado de que as teorizações do racionalismo e do Iluminismo não acarretaram, apenas, benéficos corolários ao Direito Penal, como crê o imaginário coletivo dos juristas dessa área; parte significativa da crise derivada da insuficiência de motivação das decisões penais pode ser debitada à sua conta.

3.1.2 O Fomento do Direito como uma Ciência Exata: a perspectiva negativa do pensamento ilustrado como mecanismo projetado à extinção da capacidade de reflexão do magistrado

Dentro desse cenário, veja-se que se encampou um ideal de (extrema) legalidade (secular e laicizada), ao ponto de ser vedada aos juízes a interpretação da lei – e, de igual forma, a própria leitura dos fatos encontrados à base das causas postas em julgamento. É crucial lembrarmos aqui que o Iluminismo não trouxe a garantia da motivação das decisões judiciais; em verdade, o juiz era “a boca da lei”, o que bem demonstrava seu mero papel de servir como instrumento da efetividade

da vontade geral. Em grande medida, isso estiolou a retórica, tentando passar a impressão de que os juízes, por serem meros aplicadores da lei, seriam neutros e o Direito (Penal), de quebra, uma instituição capaz de gerar, por si só, segurança social e jurídica. Nesse lanço, o próprio princípio acusatório, em sua sistematização original, delegou para segundo plano o dever de motivar as decisões judiciais⁵¹³.

Anote-se, de outro giro, que não se apresenta correto acreditar que o Direito Penal tenha sofrido, com o Iluminismo, uma separação brutal em relação a aspectos religiosos. Pode-se perceber, em realidade, que os burgueses eram, em sua maioria, protestantes, com o que visos religiosos foram codificados na legislação penal. Principalmente ao se proporcionar assaz importância aos crimes contra o patrimônio, herança que hoje presenciamos no nosso próprio Código Penal, tendo em vista que esses delitos possuem pena mais elevada que alguns dos ilícitos contra a integridade física, por exemplo. É que, ao contrário dos católicos (os quais pregavam uma classe de estamentos), os protestantes tinham a perspectiva (bem capitalista, aliás) de ascensão econômica por intermédio do trabalho, o que fez, por certo, despertar o interesse na proteção dos bens materiais de ordem individual.

Ademais, com a teoria do bem jurídico-penal, cuja criação é de natureza liberal/burguesa, codificaram-se punições levando-se em linha de conta apenas interesses particulares, bem representando o individualismo (exacerbado) do pensamento iluminista. Nisso reside, entre outros, o motivo pelo qual (ainda hoje) se coloca difícil projetar uma resposta adequada aos delitos de natureza coletiva, como a sonegação fiscal, a evasão de divisas, a lavagem de dinheiro, etc. Afirma-se que o Direito Penal moderno não se desenvolveu a partir dessa base coletivista, sendo, desse modo, defeso o seu ingresso agora nesse território, sob pena de inversão de todo o conjunto de ideias que o conceberam. Há, nitidamente, o mergulho na concepção liberal de um Estado mínimo para se sustentar essa conspícua linha de pensamento. Primeiro porque o Direito Penal, posto nos moldes liberais, não restou estruturado para punir a burguesia (é suficiente lembrarmos aqui que quase nunca

⁵¹³ Veja-se, nesse sentido, por exemplo, que, ainda hoje, o cerne da discussão entre os sistemas acusatório e inquisitivo se ampara na questão do poder de gestão da prova, nada se dizendo sobre a importância da motivação das decisões. Por todos, leia-se PACELI, o qual assim evidencia as principais características desses modelos: “a) no sistema acusatório, além de se atribuírem a órgãos diferentes as funções de acusação (e investigação) e de julgamento, o processo, rigorosamente falando, somente teria início com o oferecimento da acusação; b) já no sistema inquisitório, como o juiz atua também na fase de investigação, o processo se iniciaria com a *notitia criminis*, seguindo-se a investigação, acusação e julgamento.” PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 10.

se viram penalidades aos praticantes de delitos na antiga lei de falências brasileira, uma vez que possível a aplicação do art. 89 da Lei n.º 9.099/95 ante a incidência do princípio da universalidade.) Segundo, visto que o Direito Penal, instrumentalizado apenas para punir condutas lesivas de particulares, servirá, em verdade, como um instrumento de controle social das classes mais pobres, justamente aquelas que praticam essa espécie de ilícito.

Entretanto, olvidam essas vozes a própria existência (e necessidade extremada, em especial quanto a um país ainda em desenvolvimento, como o Brasil) de um Estado social, no qual os interesses coletivos merecem proteção tanto quanto os individuais. Malgrado a barreira da burguesia/liberal formada no liberalismo, o ingresso do Direito Penal nesse campo de atuação (coletivo) mostra-se irretocável dentro de nossa atual perspectiva. Isso porque ações que lesam interesses vitais de um Estado Social (como as ordens tributária e financeira) não podem ficar à margem do controle da *ultima ratio*. Mormente tendo-se em vista a imperiosidade da arrecadação estatal para fins de nivelamento social, diminuindo a margem de miséria que ainda assola o país. Impossível esquecer-se, de mais a mais, que tais condutas sempre trazem em si alguma espécie de fraude, como a falsidade material ou ideológica, as quais são punidas com sanções significativas em nossa legislação penal. Portanto, censurar tão-só com multas (em uma espécie de direito administrativo/sancionador) eventuais sonegadores (cuja prática envolve, em alguns casos, falsificações documentais) e com penas de reclusão o falsificador de documentos públicos, por exemplo, soa como um contra-senso inaceitável. Não se pretende, aqui, defender um Direito Penal máximo e um Estado “policialesco”. Objetiva-se, em realidade, evidenciar que se deve repensar o Direito Penal, colocando-o à luz da nossa realidade prática. Tirá-lo do dogmatismo⁵¹⁴ e do

⁵¹⁴ Não se discute, aqui, a importância de conceitos dogmáticos para o estudo e para o desenvolvimento do Direito (Penal e Processual Penal). Afinal de contas, eles são indispensáveis quando se vai, por exemplo, enfrentar temas difíceis, como os elementos típicos de diversos delitos (penal) e todas as hipóteses de determinação da competência criminal (processo penal). O enfoque da crítica, em realidade, direciona-se àquela dogmática exemplificativa de situações da vida distantes da realidade, ou seja, àquela que descreve Tícius e Mévios em situações longínquas da complexidade do nosso mundo atual, como se estado de necessidade só houvesse em uma briga de naufragos pela tábua da salvação. Ademais, àquelas que apenas colacionam verbetes jurisprudenciais descontextualizados, os quais, depois, ainda mais descontextualizados (porque colacionados do “manual” sem o estudo do caso que os originou, são lançados como razões de fundamentações em diversas decisões judiciais). Em síntese, àquela metodológica e metafísica que reduz a capacidade de reflexão do intérprete, conseguindo, ademais, esconder sua real finalidade, que é a manutenção de uma ordem valorativa pré-existente. Entende-se que WARAT a indica satisfatoriamente, quando afirma: “O que se entende por dogmática jurídica?”

individualismo (gerador de respostas descompassadas com o modelo atual de Estado, assim como ponto de apoio do juiz solipsista), como se o homem vivesse sozinho em sociedade e os manuais jurídicos pudessem solucionar todos os problemas do mundo. Dentro dessa linha, cabe demonstrar que tanto bens jurídicos individuais como os coletivos merecem, em nossa sociedade, a devida proteção penal. Ainda que, na busca por esse implemento, sejam respeitadas as garantias individuais dos investigados em sede policial e dos acusados em juízo, tudo a partir da (importante conquista humana) do devido processo legal⁵¹⁵, assim como o (de igual sorte relevante) ideal liberal da proporcionalidade das penas. Tem-se como certo que realizar um balanço entre o poder punitivo e as garantias constitucionais certamente representa um grau elevado de civilidade de um povo, sendo essencial que a decisão judicial seja reavaliada, passando a espelhar uma resposta a partir de princípios.

Importante notar-se, nesse particular, que, como dito no capítulo anterior, o desenvolvimento do Estado não pode ser cortado em fases estanques, como se sua evolução fosse aos solavancos. Houve, antes, modificações graduais, de sorte que podem conviver perfeitamente os ideais penais de proteção ao acusado originários do Estado Liberal (garantismo negativo) com aqueles das prestações do Estado

Aproximando-nos do uso mais generalizado, diríamos que é a atividade que tem a pretensão de estudar, sem emitir juízos de valor, o direito positivo vigente. É a pretensão de elaborar uma teoria sistemática do direito positivo. A atitude científica do Direito estaria na aceitação inquestionada do direito positivo vigente... A dogmática é uma atividade que não só acredita produzir um conhecimento neutralizado ideologicamente, mas também desvinculado de toda a preocupação seja de ordem sociológica, antropológica, econômica ou política. Por outro lado, os dogmáticos se desinteressaram, quase que completamente, pela construção de uma teoria geral que lhes servisse de suporte... Desta forma, as teorias jurídicas adquirem o "status" de uma racionalização ideológica através da qual se explicitam as duas funções básicas da ideologia: o controle social e a reconstrução cognoscitiva. Para cumprir com estas funções, o dogmático do Direito constrói um discurso aparentemente científico, mas que, no fundo, está prenhe de categorias pseudo-explicativas, que encobrem a cosmologia valorativa com a qual se pretende, no fundo, a reprodução da ordem social. Com seu trabalho, a dogmática consegue, para o Direito, que o valor retórico adquira uma aparência analítica e o interesse uma aparência de legalidade". WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito II: a epistemologia jurídica da modernidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 41-42.

⁵¹⁵ Vale destacar-se que os consectários do *due process of law* se configuram no "devido processo penal" (TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Devido processo legal e tutela jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 19), segundo o qual se estabelece, constitucionalmente, que nenhum cidadão pode ser privado de sua liberdade sem a observância destas específicas garantias: "a) de acesso à Justiça Penal; b) do juiz natural em matéria penal; c) de tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo penal; d) da plenitude de defesa do indiciado, acusado ou condenado, com todos os meios e recursos a ela inerentes; e) da publicidade dos atos processuais penais; f) da motivação dos atos decisórios penais; e g) da fixação de prazo razoável de duração do processo penal". TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Devido processo legal e tutela jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 19.

Social (garantismo positivo) e com os de participação popular na fiscalização dos Poderes Públicos (Estado Democrático). Afinal, uma nova concepção de Estado “não apaga” aquilo que restou de benéfico conquistado pela anterior. A questão, adianta-se, é saber como o juiz criminal, no ato de decidir (ou seja: no da síntese hermenêutica da aplicação), irá equilibrar esses dois fatores (individual e coletivo), pois sua resposta não terá apenas um caráter interno ao processo.

Com o advento do Estado Democrático (e Social) de Direito, a dimensão política da motivação ganha particular relevo. Dessa sorte, em um estágio de plena tensão (pelo decisionismo ainda reinante e pela expansão do Direito Penal), as observações (das partes e da sociedade) estão voltadas ao papel do juiz, que terá de dar uma resposta adequada. Em uma análise bem detida da situação, nota-se que, em realidade, o Poder Judiciário, na esfera do Direito Penal, está no centro das atenções. Por isso, é de todo o indispensável proceder a uma releitura do princípio acusatório, readequando-o às exigências do Estado Democrático (e Social) de Direito, a fim de que ele possa ser a base de uma decisão judicial adequada.

Inviável coloca-se admitir, hodiernamente, um sistema acusatório que não coloque, como fundamento primordial, o dever de motivar as decisões judiciais, o qual foi esquecido pelo Iluminismo, quando combateu o modelo inquisitivo, porque a motivação se apresenta como uma “garantia das garantias”. Através dela, portanto, as demais irão se manifestar, sendo possível de se perceber (aqui, em uma análise tanto das partes e como da sociedade) se o magistrado observou as garantias constitucionais processuais quando da sua decisão. Em se tratando, assim, como se irá demonstrar logo mais, da resposta adequada de uma teoria para uma decisão de princípios, imperioso convir-se que o Estado Democrático (e Social) de Direito impõe essa modificação. Dentro dessa concepção de Estado, a resposta adequada deverá ser conteudística (no que tange à análise da prova), embasada em princípios e produzida no seio do sistema acusatório, no qual a motivação tenha importância salutar, sendo vista como a síntese hermenêutica da aplicação com nítido caráter produtivo e de desvelamento do caso com suas particularidades (não reprodutivo e objetificante). Ademais, soa indispensável analisar os princípios da legalidade e da taxatividade à luz do “dever de informar-se” e da “ignorância deliberada”, sob pena de ocorrer dificuldades de tipificação pela abertura das normas penais em branco no contexto liberal de fechamento da interpretação do tipo.

Dentro desse prisma, assume particular relevância o fato de que, após a

Constituição Federal de 1988, a tutela penal se projetou mais intensamente na direção de abranger os valores coletivos positivados nesse pacto, ou seja, aqueles que foram considerados essenciais a todos os indivíduos da sociedade brasileira. Interesses coletivos, com maior tenacidade, foram alçados, pois, ao patamar de bens jurídico-penais. De quebra, houve, como nunca antes visto, uma enxurrada de novas leis penais que se lançaram em direção a um campo de condutas antes ausente de incriminação. Em certo sentido, esse fenômeno pode ser creditado à conta de uma “aproximação matricial entre o direito penal positivado e a base axiológico-normativa constitucional”⁵¹⁶. À luz do nosso texto constitucional, destarte, Streck e Santos sugerem que o Direito Penal “não se restringe a uma mera função de garantia individual, mas, noutro caminho, cremos em sua função social e transformadora, sem desprezar seu cariz liberal”⁵¹⁷. Assim, a realidade é que o Direito Penal brasileiro (textualizado antes e depois da Constituição Federal de 1988) tonifica um arcabouço jurídico que açambarca a proteção de direitos individuais e de direitos coletivos, estipulando variadas garantias e diversas medidas punitivas, de tal modo que conduz a esta conclusão:

ou o modelo sancionatório penal brasileiro consolidou-se como um sistema normativo eclético, em que bens de naturezas totalmente diferentes devem coexistir homogeneamente, ou, noutro sentido, está atravessando um momento transicional, no qual o espaço normativo antes majoritariamente ocupado pelos direitos e interesses individuais passou a ser abarcado também de forma significativa por bens, direitos e interesses não individuais⁵¹⁸.

Vislumbra-se, à base do exposto, que, não obstante essa divisão, o efeito é o mesmo: o Direito Penal brasileiro tutela interesses individuais e coletivos; entretanto, e aí reside o problema, sua base principiológica é (tão-só) liberal/individualista.

Deve-se ponderar, nesse ângulo, que as demandas contemporâneas – originárias de uma nova realidade social que traz uma criminalidade cada vez mais complexa e transnacional⁵¹⁹ – são assaz diversas dos conflitos de anos passados, na medida em que saltaram do plano individual para o coletivo. Disso decorre a

⁵¹⁶ STRECK, Lenio Luiz; SANTOS, André Leonardo Copetti. O direito penal e os influxos legislativos Pós-Constituição de 1988. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito** (mestrado e Doutorado) da Unidade Ciências Jurídicas da Unisinos, São Leopoldo, p. 257-258, 2002.

⁵¹⁷ Ibid., p. 277.

⁵¹⁸ Ibid., p. 257.

⁵¹⁹ Pode-se notar isso no curso do capítulo anterior, quando se abordou, com enlaces no histórico das concepções de Estado, a evolução do Direito Penal.

necessidade de o Estado marcar território para limitar comportamentos individuais que lesam interesses comunitários. Essa presença do Poder Público tem sido consolidada por intermédio de um Direito Penal ao qual se pretende como superador do modelo liberal/iluminista/burguês – apenas utilizado nas condutas lesivas ao indivíduo⁵²⁰. Aí surge a crise argutamente retratada por Streck e Santos:

quando Caio (sic) e milhares de pessoas sem teto ou sem terra invadem/ocupam a propriedade de Tício (sic), ou quando Caio (sic) participa de uma ‘quebradeira’ de bancos, causando desfalques de bilhões de dólares (como no caso do Banco Nacional, Bamerindus, Econômico, Coroa-Brastel, etc.), os juristas só conseguem ‘pensar’ o problema a partir da ótica forjada no modo liberal-iluminista-individualista-normativista de produção do Direito⁵²¹.

Soa correto, portanto, perceber que o desdobramento do Direito criminal para a proteção de interesses coletivos impulsiona problemas diversos daqueles perceptíveis na matriz iluminista. Afinal de contas,

olhando, pois, as coisas deste modo podemos adiantar que face aos relatórios nacionais de detectaram dois fenômenos: por um lado, certas infrações tradicionais dos códigos penais (burla; abuso de confiança) são consideradas aptas a combater a delinquência econômica; por outro, a existência de infrações específicas concernentes à ordem econômica perspectivada na sua globalidade (p. ex., a fraude fiscal). Ora, não é efectivamente no que se refere àquele primeiro conjunto de infrações tradicionais que os problemas se levantam já que relativamente a ele se poderá dizer que o enfoque ou a fundamentação do direito penal econômico que nele se basear terá como consequência uma equiparação daquele ramo do direito ao chamado direito penal patrimonial.⁵²²

Inquestionavelmente, o Direito Penal

está abandonando uma posição que historicamente lhe foi atribuída pelos círculos liberais, de proteção ao indivíduo, e, conseqüentemente, de mantenedor de um quadro histórico de

⁵²⁰ STRECK, Lenio Luiz; SANTOS, André Leonardo Copetti. O direito penal e os influxos legislativos Pós-Constituição de 1988. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito** (mestrado e Doutorado) da Unidade Ciências Jurídicas da Unisinos, São Leopoldo, p. 269-274, 2002.

⁵²¹ *Ibid.*, p. 274.

⁵²² DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. Problemática geral das infracções contra a economia popular. *In*: PODVAL; Roberto. **Temas de direito penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 106.

desigualdades, para assumir, com a proteção de bens, direitos e interesses coletivos, uma função de pauta igualitária⁵²³,

o que lhe reserva uma nova função (contrária ao princípio da intervenção mínima): “o papel de primeiro instrumento de tutela dos direitos dos cidadãos”⁵²⁴. Nesse lanço, verifica-se que o Direito Penal parece receber um novo desiderato (de defesa de valores coletivos e de *prima ratio*), o qual se lhe era absolutamente desconhecido quando da sua (re)formulação pela matriz liberal/iluminista/burguesa. Seguindo-se essa linha, verifica-se uma tensão instaurada entre a projeção legislativa criada para proteger interesses coletivos e o arcabouço principiológico ainda existente de matriz liberal individualista. Isso, contudo, poderá ser superado por meio da adoção da resposta adequada, na medida em que, para ela, a decisão judicial deverá estar embasada em princípios que representam, em última análise, os interesses da sociedade positivados na Constituição Federal de 1988, que harmoniza os individuais e os coletivos.

Relevante destacar-se o uso do Direito (liberal-burguês) para o desenvolvimento da economia. Isso porque seria impossível conceber o desenvolvimento econômico extraordinário, na formação do moderno Estado Industrial, sem que existisse uma jurisdição segura e previsível, em que fossem afastadas as oscilações e os subjetivismos derivados de uma livre criação jurisprudencial do Direito⁵²⁵. Assim, o Direito Penal foi direcionado à proteção de interesses burgueses. Com a criação da teoria do bem jurídico-penal de caráter individual, projetaram-se as censuras, em grande escala, no caminho de punir crimes contra o patrimônio, assegurando o desenvolvimento e o enriquecimento dessa nova classe social, a burguesia. Serviu o Direito Penal para separar e controlar as classes sociais faltas de propriedade (e isso no sentido de Locke, bens materiais e trabalho), sendo um instrumento importante de controle social. O Estado liberal-burguês não desenvolvia o crescimento social uniforme da sociedade, e, por meio de um Direito Penal direcionado aos pobres, fortalecia a divisão entre aqueles

⁵²³ STRECK, Lenio Luiz; SANTOS, André Leonardo Copetti. O direito penal e os influxos legislativos Pós-Constituição de 1988. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito** (mestrado e Doutorado) da Unidade Ciências Jurídicas da Unisinos, São Leopoldo, p. 277, 2002.

⁵²⁴ CALLEGARI, André Luís; MOTTA, Cristina. Estado e política criminal: a expansão do direito penal como forma simbólica de controle social. In: CALLEGARI, André Luís (Coord.). **Política criminal, Estado e democracia: homenagem aos 40 anos do Curso de Direito e aos 10 anos do Curso de Pós-Graduação em Direito da Unisinos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 1.

⁵²⁵ Cfe. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 91.

que possuem bens (ou capacidade de compra) dos outros carentes das necessidades básicas e que, de alguma forma, se insurgiam contra o sistema.

Em sendo assim, forçoso admitir-se que os ideais de segurança e previsibilidade (que marcaram a consolidação do positivismo jurídico) construíram um mundo jurídico afastado da realidade fática. O Iluminismo pretendia equiparar o Direito a uma ciência exata e precisa. Nesse aspecto, resta bem marcada, além da discricionariedade, outra característica problemática do positivismo jurídico, qual seja: a ideia da eternização de conceitos⁵²⁶, que apartou o Direito dos fatos⁵²⁷.

⁵²⁶ Cfe. ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 197-198.

⁵²⁷ Significativo exemplo disso pode ser notado pela interpretação corriqueira de Desembargadores e Ministros sobre as Súmulas dos Tribunais Superiores que regulam o exame fático nas vias extraordinárias (07 do Superior Tribunal de Justiça e 279 do Supremo Tribunal Federal). Seus textos (são em essência idênticos e) compreendem o seguinte verbete: “para simples reexame de prova não cabe recurso especial (extraordinário). Na base disso, inúmeros recursos, que debatem, por exemplo, a qualificação jurídica de um fato (dolo eventual ou culpa consciente) ou, ainda, alguma nulidade processual, têm seu seguimento negado ao (vazio) argumento segundo o qual as teses importariam reexame da matéria fático-probatória. Trata-se, à evidência, de nítido caso da separação meta-física do Direito do mundo vivido. Ora, é evidente que a matéria de direito somente acontecerá na (e pela) matéria dos fatos e vice-versa. Impossível separá-las, como se uma estivesse em um mundo e a outra em outro, ou seja, como se fossem matéria objetificadas e estanques. Nesse passo, a qualificação jurídica de um fato exige, sim, a análise normativa (interpretação) do texto (sujeito), a qual somente ocorre com o estudo da faticidade do caso, pois ele, o caso, visto a partir de princípios, dará o significado adequado à norma. Portanto, a leitura mais adequada das súmulas seria que, nos Tribunais Superiores, não se enfrente questões acerca da culpabilidade ou inocência do acusado, pois, a esses aspectos, já se lhe projetaram o duplo grau de jurisdição. Todavia, as portas dessas Cortes de Justiça sempre deverão estar abertas para os demais casos nos quais haja debates de matérias federais ou constitucionais, pouco importante se, nesses momentos, irá se avaliar a prova, como nos exemplos citados acima. Por todas, observa-se esta decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (decisão da Vice-Presidência, ainda pendente de publicação, proferida nos autos do recurso especial n.º 819.093-0/02): *“Com fundamento no artigo 105, inciso III, “a”, da Constituição Federal, o Recorrente indica violação aos artigos 302 e 303, da Lei 9.503/97, o Código de Trânsito Brasileiro. O recurso não comporta seguimento. Ao concluir pela ocorrência dos crimes de homicídio e lesão corporal dolosos, o órgão julgador asseverou que “com relação à pretensão de desclassificação para homicídio culposo, tem-se que nesta fase processual, não há como ser acolhida tal postulação pois a ação do réu coaduna-se com o dolo eventual, ante a maneira como conduzia o veículo automotor. O mesmo se diga em relação ao pleito de desclassificação para lesões corporais” (fl. 540). Desta feita, parece claro que alterar o entendimento manifestado no acórdão recorrido somente seria possível a partir do reexame do suporte fático-probatório coligido ao processo - proceder que esbarra na Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça.”* Por outro lado, o contraste de decisões (sobre essa matéria) salta aos olhos, porque o Supremo Tribunal Federal, ao julgar ação constitucional de “habeas corpus” (que, como se sabe, “não comporta exame aprofundado de provas”), deferiu a ordem, desclassificando a imputação: “1. A classificação do delito como doloso, implicando pena sobremodo onerosa e influenciando na liberdade de ir e vir, mercê de alterar o procedimento da persecução penal em lesão à cláusula do due process of law, é reformável pela via do habeas corpus. 2. O homicídio na forma culposa na direção de veículo automotor (art. 302, caput, do CTB) prevalece se a capitulação atribuída ao fato como homicídio doloso decorre de mera presunção ante a embriaguez alcoólica eventual. 3. A embriaguez alcoólica que conduz à responsabilização a título doloso é apenas a preordenada, comprovando-se que o agente se embebedou para praticar o ilícito ou assumir o risco de produzi-lo. 4. In casu, do exame da descrição dos fatos empregada nas razões de decidir da sentença e do acórdão do TJ/SP, não restou demonstrado que o paciente tenha ingerido bebidas alcoólicas no afã de produzir o

A toda evidência, não se desconhece, de outro curso, a importância da quebra paradigmática resultante da separação entre o sistema jurídico e a tradição religiosa à formação do Estado de Direito (no aspecto positivo do Iluminismo). Questiona-se, nesse caminho, o fato de o estudo da Filosofia do Direito se revelar uma simples descrição científica da realidade, motivo pelo qual o caráter reflexivo do fenômeno jurídico perdeu campo, ficando à sua ilharga o conjunto de fatores que, em verdade, o compõem como parte integrante e inseparável. Ou seja: o estudo do fenômeno jurídico foi, indevidamente, separado do seu sentido de acontecimento humano, social, moral, político e histórico⁵²⁸.

Com isso, ao invés de uma segurança jurídica, há, na realidade, a possibilidade de múltiplas respostas para casos semelhantes, ficando a escolha a cargo da consciência do magistrado, que, por decidir sem compromisso constitucional (estando longe, assim, dos domínios do Estado de Direito), se assemelha em muito às definições sobre crimes lançadas na Idade Média e no Absolutismo. No campo jurídico-penal, por força do positivismo, o sujeito solipsista, que residia no senhor feudal e no monarca, se traduz, hodiernamente, na figura do magistrado. Houve, apenas, uma “passagem do bastão”. A hermenêutica filosófica, nesse passo, coloca-se como o resgate do mundo vivido ao fenômeno jurídico, sendo essencial para a quebra de tradição metafísica e metodológica que ainda está enraizada no ensino das universidades e na prática dos fóruns e tribunais. Por meio dela, como se verá logo mais, a decisão jurídica receberá validade constitucional, porque a reflexão do magistrado, presente no discurso justificativo (motivação), fará uma análise do caso em si a partir de pré-juízos autênticos reveladores da interpretação adequada do texto legal e do encontro das particularidades probatórias. Defende-se, assim, que somente com a introdução da hermenêutica filosófica no Direito Penal produzir-se-á a resposta jurisdicional adequada, na medida em que ela encampa uma análise casuística do conjunto fático produzido sob o crivo do contraditório (busca o ser do ente), assim como evita arbitrariedades na interpretação (por estar embasada na

resultado morte. [...] 8. Concessão da ordem para desclassificar a conduta imputada ao paciente para homicídio culposo na direção de veículo automotor (art. 302, caput, do CTB), determinando a remessa dos autos à Vara Criminal da Comarca de Guariba/SP.” (HC 107801, da Primeira Turma, Relatora: Min. Cármen Lúcia, Relator p/ Acórdão: Min. Luiz Fux, julgado em 06/09/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-196 DIVULG 11-10-2011 PUBLIC 13-10-2011.)

⁵²⁸ Cfe. WARAT, Luis Aberto. **Epistemologia e ensino do direito**: o sonho acabou. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. v. 2, p. 51.

relação sujeito-sujeito e na conseqüente incindibilidade entre texto e norma). Trata-se, pois, de romper, a par do uso da hermenêutica filosófica, com toda cultura da modernidade que construiu o Direito apenas como um mecanismo burocrático organizacional, como resume Warat:

através da organização racional da sociedade, da produção de uma engenharia social, o Estado moderno é soberano, centralizador e burocrático. Como o Direito formal passa a instrumentalizar tecnicamente o controle das relações sociais, tudo passa a ter um caráter normativo. Uma das conseqüências dessa nova organização é o monopólio e a justificação da violência através da aplicação legal da norma jurídica e, simultaneamente, por sua legitimação através das instituições burocráticas do Estado. Nessa perspectiva, o Direito foi sendo limitado à condição de um simples meio de organização e aplicação das normas, distanciando-se das ações legítimas relacionadas com a Justiça e seu caráter genuíno de Direito.⁵²⁹

De outro ângulo,

enquanto a Idade Média viveu sob a inspiração religiosa do catolicismo, nossa cultura, queiramos ou não, navega na nova galáxia nascida da Reforma Religiosa e da ética do capitalismo. Até porque os filósofos e juristas de maior influência na formação do pensamento moderno eram luteranos, quando não calvinistas⁵³⁰.

De quebra, o estudo do processo (seja civil ou penal):

tem seu núcleo de interesse centrado na concepção do Direito como uma ciência demonstrativa, sujeita à metodologia própria da matemática. Este foi, de fato, o fator responsável pela eliminação da Hermenêutica e, conseqüentemente, da Retórica forense, em favor da racionalidade das 'verdades claras e distintas' de Descartes, que nosso processo ainda persegue compulsivamente, numa ridícula demonstração de anacronismo epistemológico⁵³¹.

Nesse sentido, importante conclusão está em Weber, para quem

a racionalização do Direito Privado, por exemplo, se considerada como uma simplificação lógica e como uma reorganização do conteúdo do Direito, foi atingida no mais alto grau conhecido até agora pelo Direito Romano da baixa Antiguidade Clássica.

⁵²⁹ WARAT, Luis Aberto. **Epistemologia e ensino do direito**: o sonho acabou. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. v. 2, p. 53.

⁵³⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 64.

⁵³¹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 64.

Permaneceu, porém, mais atrasado em alguns dos países como o mais alto grau de racionalização econômica, notadamente na Inglaterra, onde o Renascimento do Direito Romano foi superado pelo poder das grandes corporações, ao passo que ele sempre reteve sua supremacia nos países católicos da Europa meridional. A filosofia racional e laicizante do século XVIII não foi acolhida favoravelmente, principalmente nos países de mais alto desenvolvimento capitalista. As doutrinas de Voltaire até hoje são propriedade comum das camadas superiores, e, o que é praticamente mais importante, nos grupos de classe média nos países católicos-romanos. Finalmente, se sob a denominação de racionalismo prático foi compreendido o tipo de atitude que encara e julga o mundo conscientemente em termos dos interesses mundiais, do ego individual, então esta visão da vida foi e é a peculiaridade especial de povos do *liberum arbitrium*, como os italianos e os franceses⁵³².

Para a doutrina em exame, os juízes deveriam ser apenas “a boca da lei”. Isso refletia a ideia de neutralidade do Estado, “como um dispositivo ‘técnico’ capaz de servir a todas as possíveis ideologias e, em virtude da tolerância que uma tal concepção pressupunha, abrigar em seu seio as mais variadas e contraditórias correntes de opinião”⁵³³. Assim, tendo uma organização estatal ideologicamente neutra sobre valores, ela poderá abrigar – como tem abrigado – tanto a liberal democracia ocidental, como regimes totalitários⁵³⁴.

Contudo, é digno de nota que os juízes não são hodiernamente neutros⁵³⁵,

⁵³² WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. 4. ed. São Paulo: Livraria Pioneira, 1985. p. 51.

⁵³³ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 95.

⁵³⁴ *Ibid.*, p. 96.

⁵³⁵ De há muito se defende a concepção segundo a qual o juiz deveria se portar com neutralidade no que diz respeito às relações de conhecimento travadas pelas partes ao longo do processo. Por meio dessa distância, pensava-se, em grande escala, que o saber do juiz não se encontraria atingido pela imperfeição humana. Em essência, esse entendimento se derivou do método (perfeito) proposto pelo empirismo (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Crítica à teoria do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 42), tendo a busca pela neutralidade estes motivos específicos: “1.º, a crença em uma razão que tivesse validade universal, servindo de paradigma para todos (crença esta que, de certa forma, seguiu todo o pensamento da história moderna no Ocidente, desde o discurso da Igreja — por influência de Descartes, Bacon, Kant, até chegar em Augusto Comte); 2.º, a necessidade de legitimar o discurso do Estado moderno nascente, que vinha falar em nome de toda a nação, uma vez que os sujeitos da história passaram a ser “iguais” e não era mais possível sustentar os privilégios do clero e da nobreza: o Estado agora é de todos e, finalmente; 3.º, a urgência em ocultar que os interesses do Estado, ao contrário do que se acreditava, eram de classes; e não do povo como um todo” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). **Crítica à teoria do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 42). Ocorre, entretanto, que a época de aceitar discursos universalistas (como, por exemplo, a ideia do juiz como órgão neutro) já passou. É que, em realidade, o Estado se desenvolveu; e o sujeito, nessa quadra, sabe da sua capacidade de construir sua história social e pessoal, por meio das suas escolhas axiológicas que toma por referência (*Ibid.*, p. 45). Daí que

como se pretendia a partir do iluminismo. Esse *status* não condiz com suas funções, porque o decidir não se coaduna com qualquer ideal de neutralidade (muito menos de discricionariedade, como se verá logo mais). Além do mais, ao pensarem dessa forma, os racionalistas e os iluministas tentaram ignorar que os juízes – como todos os homens – têm pré-juízos derivados da sua historicidade, ou seja, da sua condição de ser-no-mundo, que os incute determinados posicionamentos (no caso, deveriam ser autênticos no sentido da adoção constitucional).

Ademais, o ideal de uma segurança jurídica a partir do método científico no Direito Penal também não vinga. O que se verifica, hoje, é justamente uma insegurança no que tange ao conteúdo das decisões judiciais, ou seja, um arbítrio pela ausência de uma adequada motivação. Esse vício certamente decorre de vários aspectos, em especial de pontos iniciados com o Racionalismo e com o Iluminismo, os quais, ao tornarem o Direito uma ciência exata, extirparam qualquer possibilidade de a reflexão se desenvolver. Sem dúvida,

o repúdio ao individual, ao estudo do caso e à tradição foram os pressupostos para o normativismo e a conseqüente recusa da busca da justiça do caso concreto, pois o critério para a determinação do justo e do injusto passara a ser tarefa do legislador, não do juiz. Sendo o direito uma ciência racional que prescinde da experiência, exata como as verdades matemáticas e como a geometria criação arbitrária do homem, elimina-se do horizonte teórico do Direito todo o probabilismo inerente às concepções clássicas, à filosofia aristotélica e aos juízos retóricos⁵³⁶.

Daí dizer-se que “a eliminação da retórica e sua substituição pelas certezas matemáticas, de que provém o dogmatismo jurídico de nossa formação universitária,

“não por outro motivo as epistemologias contemporâneas, principalmente as críticas, vêem o sujeito do conhecimento como um agente participativo, construtor da realidade, que não tem mais motivos para esconder sua ideologia e escolhas diante do mundo. Torna-se, então, insustentável a tese da neutralidade do sujeito e vige, para todos os efeitos, a idéia de dialética da participação” (Ibid., p. 45). Ademais, a motivação, assim como serve para instrumentalizar as garantias do cidadão, coloca-se, ainda, de outro lado, como um meio de desmistificação da tese da neutralidade do juiz, porque o magistrado, ao justificar sua decisão, elege uma das versões propostas pela partes (seja sobre a culpabilidade, seja acerca da inocência do acusado), ou, no mínimo, analisa suas pertinências no que tange à solução da causa, o que se lhe retira a dita posição neutra, ou seja, de “distância” sobre os argumentos e concepções desenvolvidos pelo Ministério Público e pela Defesa (técnica e pessoal). Veja-se, por fim (mas não menos importante), que o próprio Direito não é neutro, pois ele resulta de lutas entre os grupos detentores do poder, sendo marcado pela vontade política e pela dimensão valorativa, inexistindo, na ideia de justiça, qualquer nota de neutralidade (Cfe. PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1992. p. 64-65).

⁵³⁶ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 110.

é a consequência do racionalismo⁵³⁷. Como os juristas preocupam-se em desvelar a “natureza” dos conceitos, tratando-os como realidades, há um claro compromisso de nosso direito processual com as epistemologias das ciências exatas⁵³⁸. Por consequência, a formalização do jurídico em busca da segurança para fugir das incertezas da vida humana fez com que o Direito se tornasse o

caudatário do raciocínio das matemáticas. Somente o que não se transforma será digno de levar o nome de ciência. O conceitualismo jurídico, dominante em nossa formação, exerceu o papel de coveiro da retórica aristotélica. Trata-se de Platão assumindo o domínio do pensamento moderno⁵³⁹.

Como os magistrados franceses estavam ligados ao antigo regime, o objetivo pela *certeza do direito* conduziu os revolucionários franceses a criarem um sistema burocrático de organização judiciária, por meio do qual os juízes se tornaram funcionários públicos comuns, sendo submetidos ao controle rigoroso dos órgãos de governos e das cortes superiores. Tornaram-se, portanto, servidores públicos em uma carreira burocrática, na qual se lhes falta criatividade, porquanto sua função judicial é estreita e mecânica. A função judicial deveria reduzir-se a simples aplicação do texto legal, sob pena de se violar a divisão dos poderes (legislativo, executivo e judiciário). Com isso, o valor segurança prevaleceu em detrimento do valor justiça, sendo a ideia de Direito desenvolvida à luz do espírito científico moderno, com o pensamento jurídico submetido aos métodos e princípios das ciências lógicas⁵⁴⁰.

Tem-se como certo, dentro desse cenário, que os pressupostos da hermenêutica jurídica (tradicional) foram forjados, em grande medida, a partir do Iluminismo, que teve como ideia central a formalização de regras capazes de suprir necessidades de múltiplas perspectivas fáticas, negando a individualidade existente em cada situação. Buscava-se uma verdade absoluta e eterna, recusando a modificação nas situações já constituídas.⁵⁴¹ Nesse campo de acontecimentos,

⁵³⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 58.

⁵³⁸ Ibid., p. 70.

⁵³⁹ Ibid., p. 70.

⁵⁴⁰ Cfe. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 88-89.

⁵⁴¹ ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 197.

a interpretação do Direito estava equiparada a uma operação matemática, de tal modo que o resultado poderia ser obtido previamente, com sua aplicação automática aos fatos da vida, sem considerar as suas características peculiares. A resolução de um caso da vida era equiparada a organização de uma fórmula matemática; o aspecto humano do Direito estava ligado ao formalismo de uma simples operação matemática.⁵⁴²

Não há, pois, apenas vantagens com o Iluminismo e a vitória da burguesia liberal, de sorte que, em rigor, parte significativa da crise, vivenciada hoje por decisões em desacordo de fundamentação com a Constituição Federal de 1988, deve ser creditada a sua conta. Paradoxalmente, o Iluminismo lutou contra o arbítrio do Direito Penal (lançando garantias penais e processuais); todavia, fomentou-o ao eliminar a atividade reflexiva do ato de decidir. Com efeito, presencia-se, como corolário disso, decisões absolutamente arbitrárias por ausência ou deficiência do discurso justificativo, que esconde a singularidade do caso através do arcabouço da cientificidade gerada pelo positivismo, possuindo o dogmatismo um relevante papel nisso (a partir do seu resgate pelos glosadores do baixo Império Romano).

3.2 O Estado da Arte: a forma como contribuiu o Iluminismo para seu impulso e manutenção no agir prático dos juristas criminais

Entende-se, pois, como asseverado acima, que o Iluminismo, ao encampar um raciocínio matemático que ultrapassou a época na qual o “juiz era a boca da lei”, possibilitou um panorama atual de decisionismos judiciais, na medida em que avulta uma série de sentenças e acórdãos dissociados do texto constitucional. Nesse sentido, a tese, nas linhas abaixo e à luz do método fenomenológico, irá analisar decisões judiciais diversas, criticando-as sob a perspectiva dos princípios constitucionais, a fim de evidenciar o estado da arte brasileiro.

3.2.1 O positivismo jurídico gerador do estado da arte: a realidade dominante

Segundo Warat, o positivismo marcou o pensamento jurídico contemporâneo ao implementar uma filosofia cientificista ao Direito, vendo-o por intermédio de uma racionalidade instrumental, a qual apenas reconheceu o conhecimento objetivo

⁵⁴² Ibid., p. 198.

como válido. Em síntese, a racionalidade dominante na modernidade foi aquela em que houve um embasamento científico orientado para a realização de um fim⁵⁴³.

Pode-se, na marcha do capítulo anterior, perceber o desenvolvimento do Estado – a se iniciar com o Absolutismo – à luz de uma burocracia marcada por uma racionalidade direcionada ao alcance de fins precípuos (ou seja: com caráter instrumental). Obviamente, esse ideal, que aparelhou a noção moderna de Estado, projetou-se ao Direito um pouco mais tarde, quando surgiram as concepções (primeiro do Racionalismo, para, depois, com mais ênfase) do Iluminismo. No particular do Direito (de sua dimensão iluminista de ciência exata), “os princípios da organização do conhecimento permitem calcular os fins a serem atingidos através de uma causalidade própria dos meios⁵⁴⁴”, de sorte que o social restou objetificado e controlado por estruturas jurídicas construídas na perspectiva de apartamento entre o mundo vivido e a interpretação dos textos legais. Isso porque “a racionalidade do Direito moderno remete a uma sistemática na qual ele é visto como um Direito de juristas. Nesse sentido, a criação do Direito e a aplicação da lei ficam restritas a procedimentos de tipo formal e, conseqüentemente, à competência profissional dos juristas⁵⁴⁵”. Sob todos os ângulos, é inegável que

no positivismo, as questões relativas ao conhecimento já se encontram definidas pela própria realidade das ciências, ou seja, as condições do conhecimento só podem ser entendidas sob a forma de uma investigação das regras de constituição e comprovação das teorias no interior de um modelo já consagrado pela comunidade científica. Portanto, o ‘real’ está limitado ao âmbito dos enunciados comprovados como verdadeiros por essa mesma comunidade científica⁵⁴⁶.

Ao se falar do positivismo, é necessário, assim, identificar o objeto do estudo e da crítica. Isso porque há, em realidade, dois tipos de positivismo, os quais, segundo Streck, se dividem em exegético e normativista. O positivismo que ora se vai enfrentar é o normativista, cujo conceito admite discricionariedades e decisionismos. Nessa linha, é de se convir que o positivismo exegético, que apresentou o juiz como “boca da lei”, já foi superado, restando, em verdade, um

⁵⁴³ Cfe. WARAT, Luis Aberto. **Epistemologia e ensino do direito**: o sonho acabou. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. v. 2, p. 51.

⁵⁴⁴ Ibid., p. 51.

⁵⁴⁵ Ibid., p. 52-53.

⁵⁴⁶ WARAT, Luis Aberto. **Epistemologia e ensino do direito**: o sonho acabou. Vol. II. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. v. 2, p. 51-52.

positivismo normativista, que, justamente, aceita decisões solipsistas⁵⁴⁷. Apesar disso, sucede que esse positivismo normativista tem forte ligação com os ideais iluministas. Como se aventou no capítulo anterior, o ideal “da certeza matemática do Direito” se projetou para essa versão do positivismo, na medida em que se desenvolveu a partir da adoção de um método pré-estabelecido para se chegar à resposta do caso, no qual o mundo dos fatos não teve a oportunidade de adentrar.

Ainda conforme Streck, o positivismo se solidificou no século XIX, sendo que o termo “positivo” se refere aos fatos presos somente àquilo que se pode contar, medir ou pesar, ou seja, tudo aquilo que se pode definir através de um experimento. Em Direito, essa positividade poderá ser identificada na lei, mais especificamente nos códigos. Essa necessidade de codificação, por sua vez, se iniciou no Direito Romano, quando, após um período em que ele possuía a função de complementar o que não havia sido resolvido pelo Direito Comum (*Corpus Juris Civilis*), passou-se a codificar as discussões tecidas pelos comentadores e glosadores. Com isso, advieram os Códigos Civis, em 1804, na França, e, em 1900, na Alemanha. Os códigos se tornaram, então, como que textos sagrados, sendo vistos como “o dado positivo com o qual deverá lidar a Ciência do Direito”⁵⁴⁸, conforme se evidenciou no capítulo anterior por meio de breve linha histórica evolutiva.

Ocorre que, em dado momento, se passou a perceber que os textos trazidos pelos códigos não eram capazes de abarcar toda a realidade vivida. Surgiu assim a problemática da interpretação da lei. Justamente é essa a primeira fase do positivismo exegético ou primevo. Nesse momento, considerava-se que uma simples “determinação rigorosa da conexão lógica dos signos”⁵⁴⁹ bastaria para resolver esse problema interpretativo. Nesse contexto, os princípios gerais do direito e a analogia também serviriam para o estabelecimento de um quadro conceitual rigoroso, nas excepcionais hipóteses de inadequação do caso à previsão legal⁵⁵⁰.

Depois disso, tentou-se aperfeiçoar esse modelo positivista, ocasião na qual surgiu o positivismo normativista. Com efeito, diante da falha do modelo de interpretação anterior, a problemática da interpretação do sentido do Direito assumiu especial relevância. Será nesse contexto que Hans Kelsen, nas primeiras metades

⁵⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 31.

⁵⁴⁸ Ibid., p. 31-32.

⁵⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 32.

⁵⁵⁰ Ibid., p. 32.

do século XX, desenvolverá as suas ideias, em especial para reforçar o método positivista, o qual estava sendo afrontado pelo crescimento da Jurisprudência dos Interesses e da Escola do Direito Livre (as quais favoreciam a utilização de argumentos psicológicos, políticos e ideológicos para a interpretação do Direito). A partir disso, Kelsen constata que o problema da interpretação do Direito é muito mais semântico do que sintático⁵⁵¹, sendo que “o desenvolvimento de sua teoria teve sempre como finalidade a elucidação metodológica do pensamento dogmático do Direito, ou seja, daquele pensamento cujas proposições são tomadas como princípios inegáveis no sistema desenvolvido [...]”⁵⁵².

Conforme esse autor, a interpretação representa uma operação mental presa ao processo de aplicação do Direito, levando em linha de conta a ordem de um escalão superior a um inferior. Nesse sentido, ela, a interpretação, está sempre implementada por um órgão jurídico competente para sua realização. Com efeito, a norma superior determina o processo de criação da inferior, assim como o conteúdo da norma. Calha referir-se, contudo, que a norma superior não tem o condão de esgotar o processo de determinação, de sorte que fica em aberta uma margem de livre apreciação, por meio da qual resulta uma moldura capaz de ser preenchida pelo órgão competente. Por isso, o papel do magistrado (ou do tribunal) fica condicionado à fixação das normas individuais na senda das determinações enunciadas pelas normas jurídicas gerais⁵⁵³.

À base disso, observam-se dois instantes reveladores do poder discricionário do julgador: (i) o Direito a ser aplicado pode ser encontrado em uma moldura, na qual há várias possibilidades possíveis, com o que, por corolário lógico, somente será conforme ao Direito o ato mantido dentro desse quadro; e (ii) existe, ademais, a possibilidade de o órgão, invocado para produzir o ato jurídico, ter uma livre apreciação sobre a matéria alçada ao debate⁵⁵⁴, o que também pode se aplicar quanto aos inúmeros conceitos indeterminados no Direito⁵⁵⁵. Segundo Engelmann, é por esses instantes que

⁵⁵¹ Ibid., p. 32-33.

⁵⁵² WARAT, Luis Aberto. **Epistemologia e ensino do direito**: o sonho acabou. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. v. 2, p. 71.

⁵⁵³ ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001. p. 57.

⁵⁵⁴ Cfe: ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001. p. 58.

⁵⁵⁵ Por conceito indeterminado entendemos um conceito cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos. Os conceitos absolutamente determinados são muito raros no

o juiz poderá adotar a alternativa mais conveniente na sua avaliação, dentre as várias possibilidades pela moldura da norma jurídica. Disto resulta, entretanto, que inexistente qualquer margem de certeza quanto ao resultado da intervenção judicial, dependendo exclusivamente da avaliação do juiz ou tribunal⁵⁵⁶.

Infere-se disso, ainda segundo o autor, que

tudo leva a crer que na edição de qualquer norma, notadamente por parte do Poder Judiciário, encontramos, de maneira simultânea, aplicação e produção do Direito: aplicação na medida em que a norma superior já estabelece as possibilidades da ulterior produção normativa; e criação a partir do momento em que o órgão competente faz a opção entre as diversas possibilidades existentes⁵⁵⁷.

Surge, assim, a discricionariedade, que pode ser compreendida como o ponto de vista daquele que tem poder de escolha decisivo. Trata-se da possibilidade de escolher entre várias alternativas diversas de decisão, ou seja, da possibilidade de se decidir por uma entre várias alternativas⁵⁵⁸. Desse modo, dentro das molduras penais, em especial na aplicação da pena, sustenta-se que “subsiste um resto de decisão determinado pela personalidade do juiz penal, mesmo quando se recorra à ideia de fim (de prática conveniência) no âmbito da justa graduação da pena⁵⁵⁹”. De todo o modo, para o positivismo, o Direito continuará fechado até mesmo nos casos das suas lacunas, nunca falhando:

e como encarar as coisas quando o legislador, através de cláusulas gerais ou através dum abandono tácito da solução dum problema ao juiz, autorizou este a descobrir o Direito por um processo idêntico ao seu? Não significa uma tal autorização que de forma nenhuma poderá surgir uma lacuna? Como o Direito dá sempre uma resposta através de um juiz, sobretudo porque este, por força da proibição da

Direito. Em todo o caso devemos considerar como tais os conceitos numéricos (especialmente em combinação com os conceitos de medida e os valores monetários: 50 km, prazo de 24 horas, 100 marcos). Os conceitos jurídicos são predominantemente indeterminados, pelo menos em parte. É o que pode afirmar-se, por exemplo, a respeito daqueles conceitos naturalísticos que são recebidos pelo Direito, como os de escuridão. Sossego nocturno, ruído, perigo, coisa. E com mais razão se pode dizer o mesmo dos conceitos propriamente jurídicos, como os de assassinato (homicídio qualificado), crime, acto administrativo, negócio jurídico, etc. ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad. J. Baptista Machado. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. 208-209.

⁵⁵⁶ ENGELMANN, op. cit., p. 58.

⁵⁵⁷ Ibid., p. 58.

⁵⁵⁸ Cfe. ENGISCH, op. cit., p. 216-219.

⁵⁵⁹ ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad. J. Baptista Machado. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. 248.

denegação de justiça, é de todo o modo obrigado a decidir todo e qualquer litígio jurídico, e como, além disso, esta decisão do juiz se apoia sempre em quaisquer ideias jurídicas, daí resulta que o Direito no seu todo nunca falha, que o ordenamento jurídico é fechado (completo) e, portanto, não conhece quaisquer lacunas.⁵⁶⁰

Kelsen propôs uma cisão entre Direito e Ciência do Direito, dividindo, além disso, a interpretação como ato de vontade e ato de conhecimento. A interpretação como ato de vontade se relaciona ao momento da aplicação, quando se produzirão as normas⁵⁶¹. Como procura a pureza do Direito, o autor prega um caráter de cientificidade sem qualquer valoração no desenrolar da Ciência do Direito:

caso a Ciência do Direito desloque a sua atitude para além de uma exposição das diferentes alternativas, significa a passagem do terreno cognoscitivo para o volitivo, provocando a perda da cientificidade para passar a fazer recomendações aos órgãos aplicadores⁵⁶².

Como a moral, para Kelsen, possui um caráter relativo, nesse momento de aplicação, as normas sempre terão um espaço de mobilidade, que se deriva justamente do problema semântico que ocorre na aplicação de um signo linguístico. Por sua vez, a descrição dessas normas de uma forma e neutra e objetiva produzirá proposições, sendo essas as interpretações como ato de conhecimento. Nesse âmbito, Kelsen restringirá a Ciência do Direito às proposições jurídicas, excluindo de seu âmbito de preocupação a “realização concreta do direito”⁵⁶³.

A partir de então, ele assume que “a interpretação do direito é eivada de subjetivismos provenientes de uma razão prática solipsista”⁵⁶⁴, sendo esse aspecto impossível de ser corrigido. Assim, Kelsen abandona a problemática da interpretação do Direito em seu nível aplicativo, como refere Streck:

Kelsen, portanto, privilegiou, em seus esforços teóricos, as dimensões semânticas e sintáticas dos enunciados jurídicos, deixando a pragmática para um segundo plano: o da discricionariedade do intérprete. Esse ponto é fundamental para podermos compreender o positivismo que se desenvolveu no século

⁵⁶⁰ Ibid., p. 278.

⁵⁶¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 33.

⁵⁶² ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico: princípios, regras e o conceito de direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001. p. 60.

⁵⁶³ STRECK, op. cit., p. 33.

⁵⁶⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 33-34.

XX e o modo como encaminho minhas críticas nessa área da teoria do direito. Sendo mais claro: falo desse positivismo normativista, não de um exegetismo que como pôde ser demonstrado, já havia dado sinais de exaustão no início do século passado. Numa palavra: Kelsen já havia superado o positivismo exegetico, mas abandonou o principal problema do direito: a interpretação concreta, no nível da ‘aplicação’. E nisso reside a ‘maldição’ de sua tese. Não foi bem entendido quando ainda hoje se pensa que, para ele, o juiz deve fazer uma interpretação ‘pura da lei!’⁵⁶⁵

Nesse contexto, Kelsen supera o positivismo exegetico. No entanto, deixa de lado o principal problema do Direito: sua aplicação. Assim, ele aposta “na discricionariedade do intérprete (no nível da aplicação do direito) como sendo uma fatalidade, exatamente para salvar a pureza metódica, que assim permanecia ‘a salvo’ da subjetividade, da axiologia, da ideologia, etc.”⁵⁶⁶. Em face disso é que se percebe a semelhança entre a situação atual com a da Idade Média e do Absolutismo, porque as decisões sobre as definições típicas ainda seguem nas consciências dos julgadores. Crimes eram aquilo que os Senhores Feudais e, depois, os Soberanos diziam; hoje, é aquilo que os juízes definem – muitas vezes sem qualquer comprometimento com os valores constitucionais.

No desiderato de construir uma ciência jurídica pura, Kelsen concluiu ser indispensável iniciá-la por uma base jurídica às inteiras, na qual a análise se prendia a um ponto de vista necessariamente normativo. Em face disso, advogou em prol de uma Ciência do Direito estruturada como uma ciência normativa do Direito. Com isso, não desconsiderou outros valores decorrentes dos conhecimentos originários de áreas diversas (sociologia, ética ou ciências políticas); em realidade, projetou sua meta na direção de caracterizar o Direito como objeto de um saber autônomo regulado por leis que lhe são próprias. Em tal perspectiva, a autonomia da ciência jurídica reclamava a libertação de todos os elementos que lhe são estranhos⁵⁶⁷. Em síntese, adverte Warat que

a preocupação de Kelsen nunca esteve diretamente relacionada ao Direito e sim à ciência jurídica. A pergunta da qual partiu para fazer sua teoria do Direito foi: como se pode pensar cientificamente o

⁵⁶⁵ Ibid., p. 34.

⁵⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e (pós-)positivismo: por que o ensino jurídico continua de(sin)formando os alunos? Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado, anuário, Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 167, 2010.

⁵⁶⁷ Cfe. WARAT, Luis Aberto. *Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. v. 2, p. 71.

Direito? Ele não se interrogou sobre o que era o Direito. Sua pergunta era outra: o que é a Ciência do Direito? Nunca procurou o conceito do Direito, mas a especificação de um campo temático homogêneo e específico para a Ciência do Direito. Sua pretensão era construir uma ciência jurídica em sentido estrito.⁵⁶⁸

Dentro desse prisma, apesar de ultrapassar a visão iluminista do “juiz boca da lei”, Kelsen continuou preso aos ideais de certeza dos revolucionários franceses, na medida em que, na realidade, sua teoria se desenvolveu com uma base metodológica, científica, sem qualquer juízo de valor e (com o resgate romano do baixo império e medieval) da dogmática. Resumindo,

para Kelsen a ciência jurídica não deve explicar a vida historicamente dada do Direito, tampouco interpretar as possíveis versões dadas pelos profissionais do Direito. Tendo como objetivo que o conhecimento do Direito seja antes de mais nada científico, Kelsen procura um conteúdo genuinamente cognitivo, eliminando os juízos de valor. Esse seria o caso dos juízos morais e políticos, preocupados muito mais em querer revelar como o Direito deveria ser do que como ele é efetivamente.⁵⁶⁹

Ao debater sobre o ato jurídico no Direito positivo, Kelsen assenta que, “relativamente a este, a produção do ato jurídico dentro da moldura da norma jurídica aplicanda é livre, isto é, realiza-se segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir o ato⁵⁷⁰.” Desse modo, a diferença entre o positivismo exegético e o normativista pode ser explicada, resumidamente, da seguinte forma:

vejamos: positivismo exegético (que era a forma do positivismo primitivo) é uma coisa distinta, porque separava direito e moral, além de confundir o texto e a norma, lei e o direito, ou seja, tratava-se da velha crença - ainda presente no imaginário dos juristas - em torno da *proibição de interpretar*, corolário da vetusta separação entre fato e direito, algo que nos remete ao período pós-revolução francesa e todas as conseqüências políticas que dali seguiram. Depois veio o positivismo normativista, seguido das mais variadas formas e fórmulas que - identificando (arbitrariamente) a impossibilidade de um ‘fechamento semântico’ do direito - relegou o problema da interpretação jurídica a uma ‘questão menor’ (lembremos, aqui, de Kelsen): *o problema do direito não está no modo como os juízes*

⁵⁶⁸ Ibid., p. 71.

⁵⁶⁹ Ibid., p. 72.

⁵⁷⁰ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 393.

*decidem, mas, simplesmente, nas condições lógico-deônticas de validade das 'normas jurídicas'*⁵⁷¹.

É a partir dessa perspectiva que se instaura toda a problemática vivenciada atualmente, quando se admite a *filosofia da consciência*, que vem calcada no esquema sujeito-objeto, sustentado por nada menos que o positivismo.

Nesse sentido, primeiramente deve-se perceber o fato de a filosofia da consciência estar ligada à divisão estabelecida entre razão teórica e razão prática. Esse pensamento vem desde a filosofia grega de Aristóteles, sendo retomado, na modernidade, por Kant. Para ambos, existiria uma barreira que separaria a filosofia teórica e a filosofia prática, sendo que, a partir de Kant, se tem, ainda, a questão da subjetividade. Aqui inicia a problemática do “solipsismo do sujeito transcendental kantiano”⁵⁷². Com base nisso, as teorias positivistas fundam suas raízes em uma razão teórica pura, a qual não engloba o agir propriamente dito e considera que o Direito deveria ser visto como um “objeto que seria analisado segundo critérios emanados de uma lógica formal rígida”⁵⁷³. Esse objeto seria produto do próprio sujeito de conhecimento, no caso do juiz solipsista⁵⁷⁴.

O positivismo procurou, assim, apresentar um método seguro para que fosse produzido o conhecimento científico no Direito. Para isso, os fatos sociais (ou seja, a própria facticidade) não deveriam fazer parte das preocupações da teoria do Direito. Sob esse prisma, a aplicação judicial do direito é um dos aspectos colocados nesse rol de cotidianidade que estaria fora da teoria do Direito. Serviu a dogmática jurídica, nesse passo, como importante ferramenta, de sorte que

não é temerário afirmar que a teoria pura do Direito desenvolveu e estruturou o método da dogmática jurídica em níveis extremamente sofisticados. Seu objetivo primordial foi estabelecer categorias e bases metodológicas que permitissem compreender sistematicamente toda norma jurídica científica. Tudo isso de modo independente das categorias ético-transcendentais, de qualquer recurso a intuições valorativas ou políticas e a noções emprestadas de outras disciplinas.⁵⁷⁵

⁵⁷¹ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 81.

⁵⁷² Ibid., p. 59.

⁵⁷³ Ibid., p. 61.

⁵⁷⁴ Segundo Streck, o sujeito solipsista é aquele que possui uma *consciência encapsulada que não sai de si no momento de decidir*. Ou seja, aquele que decide de acordo com o que melhor lhe convier, conforme seus próprios critérios e considera dever justificativas somente a um tribunal da razão, no caso, o seu. Ibid., p. 57.

⁵⁷⁵ WARAT, Luis Aberto. **Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou**. Florianópolis: Fundação

A aplicação judicial do Direito seria, nessa linha, uma interpretação como ato de vontade (pertencente à razão prática e excluída do conhecimento teórico), com o que se passa a admitir a possibilidade de escolha entre várias hipóteses na hora da aplicação; isso calcado na aceitação da existência de um certo arbítrio do julgador no momento de decidir. Esse arbítrio nada mais é do que a aposta na discricionariedade.⁵⁷⁶ É certo que a discricionariedade⁵⁷⁷, por sua vez, nada mais é do que uma arbitrariedade com outro nome. Entre elas, não há uma fronteira clara, pois “tanto uma quanto outra são fruto de ‘consensos artificiais’, de ‘conceitos sem coisas’, somente possíveis através do deslocamento entre lei e realidade”⁵⁷⁸. Em suma, a principal problemática desde sempre enfrentada está no dilema do que fazer para controlar a atuação da jurisdição. No entanto, essa nunca foi uma preocupação do positivismo, conforme assegura Streck:

o positivismo sequer se preocupava em responder tal questão. Para ele, a discricionariedade judicial era uma *fatalidade*. A razão prática – que o positivismo chama de discricionariedade – não poderia ser controlada pelos mecanismos teóricos da ciência do direito. A solução, portanto, era simples: deixemos de lado a razão prática (discricionariedade) e façamos apenas epistemologia (ou, quando está não dá conta, deixe-se ao alvedrio do juiz – *eis o ovo da serpente gestando desde a modernidade*). E tudo começa de novo⁵⁷⁹.

Com efeito, entendia-se que o sujeito solipsista, por meio de um método, deveria buscar uma verdade (ou conhecimento) que já estaria dada. Esse método seria a própria hermenêutica, que deveria ser científica. Nesse contexto, “a linguagem na qual os sinais e as regras eram usados era matemática, sem referência aos fatos e ao mundo”⁵⁸⁰.

Desse modo, percebe-se que o positivismo, baseado no esquema sujeito-objeto (no qual o sujeito atribui sentidos quaisquer ao objeto), aceita o sujeito solipsista (aquele que decide conforme sua consciência) como inevitável, tornando

Boiteux, 2004. v. 2, p. 70-71.

⁵⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 62-63.

⁵⁷⁷ Veja-se que, nas palavras de Streck, discricionariedade deve ser entendida como “o poder arbitrário delegado em favor do juiz para preencher os espaços de zona de penumbra do modelo de regras”. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 39.

⁵⁷⁸ STRECK, op. cit., p. 64.

⁵⁷⁹ STRECK, op. cit., p. 92.

⁵⁸⁰ LYRA, Francisco Dias da Costa. Direito penal, Constituição e hermenêutica: pela superação do positivismo jurídico e a possibilidade do acontecer do direito num ambiente de neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 19, v. 91, , p. 32-33, 2011.

suas escolhas “legitimadas” em seu poder discricionário. Isso porque deixou de lado a problemática da decisão judicial, a qual ficou relegada à razão prática, estando excluída da Ciência do Direito, único motivo de seu estudo e preocupação. Nessa medida, “diante das insuficiências/limitações das regras, diante dos “casos difíceis” e face à pluralidade de regras ou sentido da(s) regras(s), o positivismo faz com que o juiz “faça a melhor escolha”⁵⁸¹. No processo penal brasileiro, tudo isso pode ser verificado, por exemplo, no “princípio da verdade real”⁵⁸².

Em vista dessas considerações, percebe-se que, “de um lado, os operadores do Direito continuam reféns de uma crise emanada da tradição liberal-individualista-normativista (e iluminista, em alguns aspectos); e, de outro, a crise do paradigma epistemológico da filosofia da consciência⁵⁸³”. Não se pode esquecer, por indispensável à problemática, que:

os juristas contam com um emaranhado de costumes intelectuais que são aceitos como verdades de princípios para ocultar o componente político da investigação das verdades. Por conseguinte se canonizam certas imagens e crenças para preservar o segredo que escondem as verdades. O senso comum teórico dos juristas é o lugar do secreto. As representações que o integram pulverizam nossa compreensão do fato de que a história das verdades jurídicas é inseparável (até o momento) da história do poder⁵⁸⁴.

Há, então, um estado da arte, na medida em que avulta um Direito (Penal) alienado da sociedade, sendo produzido por manuais permissivos de raciocínios dedutivos gerados a partir da colação de verbetes jurisprudenciais ahistóricos e atemporais⁵⁸⁵. E, o pior, decido por magistrados mergulhados às inteiras na filosofia

⁵⁸¹ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 66-67.

⁵⁸² Observe-se, conforme Streck: “*Mutatis, mutandis*, era a instrumentalização da ontologia clássica no processo penal, pelo qual a verdade do processo penal se revelaria ao juiz (*adequatío intellectus et rei*). A verdade estaria “nas coisas”, que, por terem uma essência, iluminariam o intelecto do juiz. Ocorre que, por desconhecimento filosófico uma corruptela metodológica, o aludido “princípio” foi transformado em *modus interpretandi* do paradigma que superou o objetivismo realista: o paradigma da filosofia da consciência. Desse modo, ao invés da “coisa” “assujeitar” o juiz – circunstancia que asseguraria o exurgimento da verdade “dada” no âmbito do processo penal - foi o juiz que passou a “assujeitar” a coisa (a prova processual). E a verdade real passou a ser aquela “extraída inquisitoriamente pelo juiz”. É dizer, a prova passou a ser aquilo que a consciência do juiz “determina”. Por alguma razão – que é de todos conhecida – a “verdade real” *combinou de paradigma...!*” Ibid., p. 45.

⁵⁸³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 79.

⁵⁸⁴ WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito I:** interpretação da lei – temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994. p. 15.

⁵⁸⁵ Cfe. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 77-87.

da consciência, como demonstrarão as decisões logo mais comentadas e criticadas.

3.2.2 Uma Visão Crítica sobre (algumas) Decisões Judiciais: como, nos dias correntes, os juízes sequer aplicam a lei. Ser “a boca da lei” seria um retrocesso ou um avanço? A crise instaurada no mundo vivido

Pela análise do ensino jurídico no Brasil e das posições jurisprudenciais, percebe-se que a hermenêutica jurídica dominante continua sendo aquela defensora de um saber operacional em que há um campo permissivo do juiz encampar o sentido que mais lhe convém. Nesse ângulo, forçoso admitir-se que essa corrente possibilita, no início, uma subjetividade criadora de sentidos, para, no final, tonificar decisionismos e arbitrariedades interpretativas. Em outras palavras: um universo jurídico da filosofia da consciência, no qual cada um interpreta sem observar a essência do caso⁵⁸⁶. Sem sombra de qualquer dúvida, esse panorama, em especial no Direito Penal (no qual o princípio da legalidade deveria gerar uma segurança jurídica), acarreta tantas incertezas quanto nos tempos da Idade Média e do Estado absoluto. Se, nessas épocas, as improbabilidades quanto à definição de crime (também confundido com pecado) vinham das mentes dos Senhores Feudais e dos Monarcas, agora vêm das consciências dos magistrados, os quais, em muitos casos, por força de um solipsismo já encartado na realidade mundana forense, sequer observam as leis reguladoras das matérias que julgam.

Em todos os enfoques, o crescimento do Direito (gerado a partir da inércia dos Poderes Executivo e Legislativo nas suas prestações) traz à baila a necessidade de estabelecimento de controle das decisões judiciais, porque elas representam o repositório do pólo de tensão do Estado Democrático (e Social) de Direito⁵⁸⁷. Afinal de contas, alguém tem de decidir, e essa determinação traz corolários não só para as partes, mas, também, para toda a sociedade. Veja-se, por exemplo, as decisões criminais em crimes econômicos, financeiros, tributários e contra o meio ambiente, em que há reflexos ao acusado e ao bom funcionamento do Estado nas respectivas áreas cujas leis pretendem proteger.

A par disso, a questão crucial é compreendermos que a possibilidade de

⁵⁸⁶ Cfe: STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “Letra da lei” é uma atitude positivista? **Revista NEJ – Eletrônica**, Itajaí, v. 15, n. 1, p. 162, jan./abr. 2010.

⁵⁸⁷ Cfe: STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “Letra da lei” é uma atitude positivista? **Revista NEJ – Eletrônica**, Itajaí, v. 15, n. 1, p. 163-164, jan./abr. 2010.

múltiplas respostas (como pondera o positivismo normativista) importa arbitrariedades judiciais, a ponto de sequer a lei, produzida democraticamente, ser aplicada nos julgamentos de vários casos. Em síntese, quando não interessa ao magistrado, a lei não é cumprida, ou, o que também é assaz grave, desconsiderada sua existência no ordenamento jurídico.

Dentro desse prisma, está-se com Streck, quando, ao analisar os debates sobre a interpretação do artigo 212 do Código de Processo Penal, afirma:

examinando o (novo) artigo 212 do CPP, chega-se a conclusão de que se está diante simplesmente do dever - inerente ao Estado Democrático de Direito - de cumprir a lei (constitucional), pois este, como se sabe, é um dos preços impostos pelo direito e, sobretudo, pela democracia! E, permito-me insistir: por vezes, cumprir a “letra da lei” é um avabço considerável. Lutamos tanto pela democracia e por leis mais democráticas...! Quando elas são aprovadas, segui-las à risca é nosso dever. Levemos o texto jurídico a sério, pois!⁵⁸⁸

Em sendo assim, cabe registrar-se, nas linhas que se seguirão, algumas decisões judiciais que bem espelham o nosso estado da arte.

3.2.2.1 A Delação Premiada: como o acusado-colaborador não é testemunha: o estudo de algumas decisões criminais. Pode a acusada-colaboradora ser beneficiada pela licença maternidade?

No curso do ano de 2007, a Polícia Federal, no Estado do Rio Grande do Sul, desencadeou a operação denominada “ouro verde”, por meio da qual desbaratou, em tese, uma quadrilha que desenvolvia atividades financeiras em sistema paralelo (operações dólar-cabo), oportunizando a clientes inúmeras operações de entrada e saída de valores do território nacional, assim como compensações de créditos e aplicações com margem de juros maior que os bancos oficiais⁵⁸⁹.

⁵⁸⁸ Ibid., p. 170.

⁵⁸⁹ “O Núcleo de Repressão a Crimes Financeiros da Superintendência da Polícia Federal no Rio Grande do Sul em conjunto com a Delegacia de Polícia Federal em Joinville/SC deflagrou na manhã de hoje a Operação OURO VERDE, coordenada pela Divisão de Repressão a Crimes Financeiros da Polícia Federal e com o apoio da Receita Federal. A Operação de combate à lavagem de dinheiro visa à desarticulação de uma organização criminosa que atua nos dois estados. No Rio Grande do Sul estão sendo cumpridos mandados de busca e apreensão e mandados de prisão nas cidades de Porto Alegre, Novo Hamburgo, Gravataí, Caxias, Santa Cruz do Sul e São Marcos, com a participação de 310 policiais federais e 60 auditores fiscais da Receita Federal. Além dos envolvidos diretamente com a organização criminosa, são alvos das buscas empresas “clientes” da quadrilha. As investigações iniciaram na Superintendência da Polícia Federal no Rio Grande do Sul em junho de 2006. A organização criminosa disponibilizava

Por consequência, exsurgiram diversas ações penais, que, por questão de competência especializada, desaguarão para processamento e julgamento perante a Primeira Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária de Porto Alegre, Estado do Rio Grande do Sul⁵⁹⁰.

Sabidamente, essas ações penais tiveram como base os relatos perfectibilizados por meio da delação premiada, em que os acusados colaboradores, além de darem elementos à denúncia, também prestaram informações nos cursos das instruções criminais. Em contrapartida, as defesas técnicas, em muitos casos, requereram o acesso aos termos desse acordo, assim como aos nomes e às funções das autoridades públicas envolvidas ao ato⁵⁹¹.

quase todos os serviços bancários, como manutenção de conta corrente e investimentos, inclusive em moeda estrangeira, oferecidos a uma clientela de alto poder aquisitivo, funcionando como um mercado bancário paralelo. Uma das principais atividades ilícitas prestadas pelo grupo consistia no recebimento e remessa de valores para o exterior através de canais financeiros ilegais, não declarados às autoridades competentes, e sem o conhecimento do BANCO CENTRAL. Dessa forma, a organização criminosa ocultava e lavava o dinheiro obtido com a prática de diversos crimes, especialmente de contrabando e descaminho. Também há indícios de que nesse esquema poderia estar sendo lavado dinheiro oriundo do tráfico de drogas, cujos valores tinham como destino final os mais diversos paraísos fiscais. Durante as investigações, foi detectado o envolvimento de uma das maiores financeiras do estado, utilizada como fachada legal para lavar o dinheiro obtido no mercado paralelo. Alguns de seus proprietários são conhecidos operadores do mercado financeiro. Os principais clientes da organização são grandes empresários do ramo de importação e exportação que movimentavam por dia aproximadamente R\$ 1 milhão, somente em território gaúcho. Os dados coletados até aqui remontam a 1996, estimando-se que a organização criminosa tenha movimentado nesse período mais de R\$ 2,5 bilhões. Entretanto, indícios veementes e convergentes dão conta de que a organização criminosa opera nessa atividade ilícita desde 1986, calculando-se, seguramente, que essa cifra ultrapasse a R\$ 5 bilhões. Para executar suas atividades em nível internacional, o grupo possuía braços financeiros no Uruguai e nos Estados Unidos da América. Em Santa Catarina também estão sendo cumpridos mandados de busca e apreensão e de prisão em diversas cidades, com a participação de 394 policiais federais e 101 auditores fiscais da Receita Federal. O principal alvo é uma grande operadora de câmbio de Jaraguá do Sul/SC, investigada por lavagem de dinheiro, remessa ilegal de divisas para o exterior, sonegação fiscal e câmbio clandestino. Somando-se os dois estados, mais de 700 policiais federais do Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná e São Paulo, e 161 auditores fiscais estão envolvidos na Operação. As investigações iniciaram independentes nos dois estados e a medida que foram evoluindo, surgiram elementos comuns às duas investigações, sendo denominadas OPERAÇÃO OURO VERDE, em referência a cor da moeda norte-americana, unificando o nome das duas operações. Os presos responderão pelos crimes de formação de quadrilha (CPB – Art. 288), lavagem de dinheiro (Lei 9.613/98 – Art. 1º), gestão fraudulenta, funcionamento de instituição financeira sem autorização legal, evasão de divisas (Lei 7.492/86, Artigos 4º, 16, 22) e sonegação fiscal (Lei 8.137/90, Art. 1º). As penas, se somadas, ultrapassam 30 anos de reclusão”. (POLÍCIA Federal deflagra neste momento a operação OURO VERDE, para combater crimes financeiros no sul. Notícia publicada no RS Virtual Notícias, 30 mar. 2007. Disponível em: <<http://www.rsvirtual.com.br>>. Acesso em: 09 jun. 2012.)

⁵⁹⁰ Apenas para citar, seguem estas referências da Justiça Federal Rio Grande do Sul: ação penal n.º 2007.71.00.032302-0; ação penal n.º 5016936-57.2010.404.7100; ação penal n.º 5008212-64.2010.404.7100; ação penal n.º 5016738-20.2010.4047100; ação penal n.º 2007.71.00.032314-6.

⁵⁹¹ Por todos, veja-se o evento n.º 114 do processo eletrônico n.º 5016738-20.2010.4047100 da Justiça Federal Rio Grande do Sul.

Em termos básicos, isso ocorreu em virtude de o processo penal brasileiro, por força constitucional, ter eleito o sistema acusatório, no qual há, em regra, a publicidade dos atos, a garantia ao contraditório e à mais ampla defesa. Ainda, tem o acusado, inegavelmente, o direito de ser julgado por juiz imparcial, ou seja, impossível admitir-se ser o mesmo magistrado que homologou a delação aquele que sentencie a causa. Ao cancelar o referido pacto, já se avalia como creditória (e, de quebra, digna de benefícios legais) a informação alcançada pelo delator. Não lhe há imparcialidade se, desde logo, firmou posição pela veracidade da acusação proferida da boca do co-acusado “arrependido”, sobretudo por essa escolha ter sido levada a efeito antes do debate judicial, sempre de rigor com curso à luz do contraditório e da mais ampla defesa.

Desse modo, o ideal constitucionalizado na sistemática processual, é de que o acusado, ao menos em juízo (pois na esfera da investigação preliminar, em determinadas situações, como na interceptação telefônica, por exemplo, poderia, ao saber do ato, frustrar a diligência), tenha o conhecimento pleno do conjunto da acusação que se lhe projetou à condição de réu em ação penal. Igualmente, seja julgado por juiz competente e imparcial.

Há, pois, inúmeros argumentos, todos, aliás, de fundo constitucional, capazes de conduzir ao raciocínio segundo o qual o acordo de delação premiada, no mínimo em juízo, dever ser projetado ao conhecimento da defesa.

Todavia, o Juízo Federal Especializado, ora em comento, em todas essas situações⁵⁹², invocando precedente do Supremo Tribunal Federal⁵⁹³, manteve seus termos em sigilo absoluto, alegando, para tanto, que o acusado colaborador tem proteção legal. Sob todos os ângulos, decisões que tais se apresentam, em grande

⁵⁹² Quanto ao pedido de acesso a informações acerca de acordo de delação premiada eventualmente celebrado com as testemunhas arroladas na denúncia, consigno que, conforme entendimento da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 90688/PR, rel. Min. Ricardo Lewandowski (Informativo 494), o sigilo é ínsito ao acordo em questão, inclusive por força de lei, não sendo dado aos deletados buscar informações sobre eventuais acordos entre acusação e delator. Assim, em regra, não há falar em acesso, por parte da defesa, aos termos de eventual acordo de delação premiada. Evento n.º 10 do processo eletrônico n.º 5016738-20.2010.4047100.

⁵⁹³ Cfe. entendimento da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 90688/PR, rel. Min. Ricardo Lewandowski (Informativo 494), o sigilo é ínsito ao acordo em questão, inclusive por força de lei, não sendo dado aos demais acusados buscar informações sobre eventuais acordos entre acusação e réus colaboradores. Assim, em regra, não há falar em acesso, por parte da defesa, aos termos de eventual acordo de colaboração premiada, de modo que indefiro o pedido. Evento n.º 114 do processo eletrônico n.º 5016738-20.2010.4047100.

medida, dissociadas do sentido constitucional, representando, inegavelmente, uma baixa compreensão da Carta Política de 1988.

Por primeiro, porque não observam sequer o princípio da legalidade. Ora, não há, até o presente momento, legislação protetiva do acusado delator, muito menos existe alguma que instrumentalize esse acordo. Ademais, existe a Lei de Proteção à Testemunha⁵⁹⁴, Entretanto, acusado não é testemunha. São figuras distintas: um tem o direito de mentir (*nemo tenetur se detegere*) e, inclusive, quiçá algum interesse nisso (para se lhe mitigarem ou extinguirem a pena); o outro presta o compromisso de dizer a verdade, sob pena de acusação por falso testemunho. No plano hermenêutico filosófico, tendo-se à frente toda a tradição jurídica (enquanto conjunto de valores insertos no texto constitucional), é incorreto concluir, como se tem feito, que o acusado tem direito aos ditames da Lei de Proteção à Testemunha. Nem o cumprimento literal da lei é observado nesses processos criminais, o que, como se concluiu em ponto antes trabalhado, já se poderia considerar um grande avanço.

Ainda nessa senda, impressiona sobremaneira o fato de, em se valendo da (discricionária) possibilidade da analogia processual (com jogo complementar de regras, no caso), tenha o Juízo Federal em comento alcançado à ré colaboradora, em pleno curso da ação penal, o direito (de cunho trabalhista, é bom que se diga, apesar de não ser necessário que isso se esclareça, ainda que se ignore facilmente a tradição e se atribua qualquer sentido quando da interpretação) da licença maternidade⁵⁹⁵, suspendendo-lhe, pelo período previsto em lei, a audiência na qual se colheriam suas informações. Sem dúvida, isso discrepa a perder de vista da ordem constitucional na sua dinâmica do devido processo legal. Igualmente, dissocia-se da própria análise do caso pela pura leitura positivista da “letra fria da lei”. Por um lado (o constitucional, inicialmente), porque o *due process of law* exige o cumprimento do princípio da legalidade, entendido aqui em um sentido tanto material

⁵⁹⁴ Veja-se que a possibilidade do sigilo vem prevista no art. 7.º, inc. VIII, da Lei n.º 9.807/99, o qual está inserido no Capítulo I, direcionado especificamente à *proteção especial a vítimas e a testemunhas*. Por outro lado, no Capítulo II da mesma legislação, estão previstas as medidas de *proteção aos réus colaboradores*, onde o art. 15 não menciona o sigilo, dispondo somente do seguinte: *Serão aplicadas em benefício do colaborador, na prisão ou fora dela, medidas especiais de segurança e proteção a sua integridade física, considerando ameaça ou coação eventual ou efetiva*. Portanto, pela mais simples análise da Lei em comento, é fácil concluir pela inexistência de previsão legal de concessão de sigilo aos denominados réus colaboradores (delatores).

⁵⁹⁵ “Tendo em vista que a informante (____) comunicou a este juízo que estará de licença maternidade nos meses de novembro a abril de 2011, suspendo o presente feito durante esse período. [...] Intimem-se. Porto Alegre, 12 de novembro de 2010. Clarides Rahmeier – Juíza Federal Substituta na Titularidade Plena.” Ação penal n.º 5016919-21.2010.404.7100/RS.

quanto processual. Em sendo assim, percebe-se, sem maiores dificuldades, que a lei processual-penal prevê, em casos de enfermidade, a produção da prova no local onde a testemunha reside. Nessa linha, caso se admitisse alguma analogia (e essa deveria ser feita à luz de algum princípio constitucional e não no plano das regras), bem se poderia, em uma visão de integração do Direito, ouvir a informante em sua casa. Contudo, no sentido da essência verdadeira do sujeito (pré-juízo adequado sobre a informante), veremos que não se trata de testemunha (mas de ré) e que gravidez não é doença. Portanto, essa decisão afronta a lei (democraticamente produzida).

Ademais, sua produção, de igual modo, viola a imparcialidade, porque pende nitidamente pela proteção desnecessária de elemento relevante à possível confirmação da proposta acusatória. Ora, se a informante não comprova por devido laudo médico a impossibilidade de comparecimento (como, por exemplo, uma gravidez de risco, o que não ocorreu), ou é conduzida por Oficial de Justiça, ou o Ministério Público Federal terá desistir da sua oitiva. De outro plano (o da simples regra), o sempre discricionário poder da analogia (discricionário, pois reconhece lacunas na lei processual penal, ignorando que as respostas devam ser sempre adequadas ao texto constitucional, havendo, assim, uma única adequada e não a livre escolha de múltiplas) só poderia ser utilizado, aqui se valendo de uma postura assaz positivista, em caso da inexistência de previsão legal para o caso.

Como visto acima, isso deixou de acontecer, com o que sequer no universo das regras a decisão se mostra adequada. Ela representa, em essência, a nítida postura do juiz solipsista, que faz uma relação sujeito-objeto, ao desconsiderar que “ré” (condição essa demonstrada através da tradição jurídica, assim como na e pela linguagem que o liga a esse sujeito) não se traduz em testemunha e que “gravidez” difere de doença. Ou seja: o juiz ignora a particularidade do caso (ré colaboradora e grávida, condições nítidas de um sujeito que, contudo, restou objetificado por meio da supressão dessas qualidades), decidindo conforme sua consciência ao atribuir um sentido (pessoal e, por isso) arbitrário à situação.

O pior: ao agir assim, legisla, acoplando direito trabalhista a um campo que se lhe é absolutamente estranho no curso de toda a história: o do processo penal. Mais: trata uma ré como se fosse uma trabalhadora da Consolidação de Leis Trabalhistas, quiçá por reconhecer, em sua consciência (pois não fundamentou, permitindo, desse modo, várias ilações), que o acordo da delação premiada se lhe criou um vínculo

trabalhista com a Justiça Pública. Talvez, até, receba ela décimo terceiro salário e férias, mas isso não se saberá, porque, afinal de contas, esse ato é sigiloso. Em síntese, é o arbítrio judicial protegido no próprio arcabouço criado pelo dogmatismo, o qual, agora, apesar de mais de vinte anos de Constituição Federal, por certo estabeleceu um sistema capaz de construir verdadeiras anomalias.

Por segundo, porquanto violam, inexoravelmente, o princípio acusatório. Ora, todos sabem que o processo criminal deve representar a Constituição em movimento e que, para ela, é de rigor a publicidade dos atos processuais⁵⁹⁶, como uma forma endoprocessual para as partes conhecerem e delimitarem a acusação, refutando-a depois, e, no espectro extraprocessual para toda a sociedade, em um ideal democrático, fiscalizar o exercício de um poder, no caso o Poder Judiciário. Sendo assim, ao manterem em sigilo absoluto o acordo de delação premiada, com uma simples “canetada”, no campo da realidade, torna inócuo um conjunto de garantias essenciais do acusado, como a ampla defesa, o contraditório, a imparcialidade do juiz, e, em sendo assim, se lhe tolhem o direito de influenciar a sentença em seu favor. Isso porque há o desconhecimento da prova geradora (e, é possível) principal da condenação. Bem se dirá, aqui, dogmanticamente, que a delação deverá ser amparada por outros elementos de prova para condenar. A questão, contudo, é outra: se informação negociada serviu para encontrar, interpretar ou produzir essas outras provas, não será só a delação, pura e

⁵⁹⁶ Nesse sentido, votou vencido o Ministro Marco Aurélio Mello: *E o delator é sempre co-réu, é sempre co-agente. A lei trata de forma diversa a vítima, a testemunha – em relação às quais realmente impõe o sigilo – e o delator. Quanto ao delator, o diploma cogita de proteção que não chega ao sigilo, mesmo porque a persecução acabaria por revelar a respectiva identidade. [...] Entendo presente o interesse da defesa em conhecer não só aqueles que subscreveram o citado acordo de delação premiada como também o teor desta, visando mesmo à oposição quanto ao que asseverado na denúncia. O acordo não pode servir para a persecução criminal e ficar à margem do conhecimento da defesa.*

Vou adiante para concluir que a delação premiada objetiva transparência maior, objetiva a elucidação de fato criminoso e, assim, o teor do que veiculado por um dos co-réus não pode ficar estranho ao processo criminal.

Concedo a ordem, portanto, em maior extensão. Ressalto, mais uma vez, que a regra é a publicidade dos atos públicos, mostrando-se exceção o sigilo, e, no caso, inexistente norma que o imponha quanto ao conteúdo do citado acordo ou quanto os pactuantes. A lei de regência prevê a proteção não de co-réu, mas de testemunha e vítima. O co-réu não guarda esta última qualificação ante a ordem natural das coisas. Também não se pode ser, ao mesmo tempo, partícipe do delito, como agente, e figurar, no processo-crime que venha a surgir contra co-réu, como verdadeira testemunha de acusação. Faço esta observação para afastar categoricamente a possibilidade de o teor da delação premiada ficar sob sigilo absoluto. É como voto na espécie. (...) Vou um pouco adiante: determino que se dê o conhecimento à defesa do conteúdo dos autos reveladores da delação premiada. (Trecho extraído do voto do Ministro Marco Aurélio Mello no Habeas Corpus n.º 90.688-5, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 12 de março de 2008 pelo Supremo Tribunal Federal.

simplesmente, o móvel da condenação? É evidente que sim. E o pior: pelo sigilo implementado, tal qual havia na Inquisição (com o procedimento secreto iniciado por uma acusação sigilosa), sequer poderá o acusado enfrentar esses aspectos. Em uma visão integrativa, tais decisões, inclusive, discrepam dos Tribunais Especiais da ONU que, no caso de delação premiada, exigem que o acordo de colaboração seja publicizado em sessão pública⁵⁹⁷.

Por terceiro, uma vez que, por ser assim, a confissão foi reacendida como “a rainha das provas”, tarifando-se os elementos probatórios em uma escala de hierarquia valorativa, dando-se especial relevo à confissão produzida em absoluto segredo, mas com a civilizada troca da tortura pela expertise negocial: dá-me a informação, dar-te-ei a extinção da punibilidade e condenarei os teus antigos parceiros no crime.

No horizonte de sentido constitucional, essas decisões, respaldadas que foram por precedente do Supremo Tribunal Federal (que, contudo, não possibilita sigilo aos nomes e cargos dos participantes do pacto⁵⁹⁸), representam a (ainda presente em grande força) baixa compreensão do texto constitucional, visto que trazem de volta o sistema inquisitivo, dando-se-lhe uma roupagem mais civilizada, sem o uso da força física, mas com a utilização do poder da barganha pela liberdade, que passou a ter preço, em uma sistemática assaz capitalista da produção dessas informações.

3.2.2.2 A Ausência de Fundamentação de Direito: como os juízes e tribunais se esquecem de que vivemos em um Estado de Direito. A análise de algumas decisões judiciais sem qualquer amparo legal

Como vivemos em um Estado de Direito (no qual leis regulam a produção de outras leis e todos estão a elas submetidos), a motivação da decisão judicial, para ser válida, deve, necessariamente, apresentar uma parte voltada aos fatos e outra

⁵⁹⁷ Já os Tribunais Especiais da ONU – onde ocorreram diversos casos de delação premiada – possuem regulamentação sobre o tema. No caso do Tribunal Especial para a antiga Iugoslávia e do Tribunal Especial para Ruanda, as normas exigem que o acordo de colaboração seja trazido ao conhecimento da Corte em sessão pública, tão logo houver sido concluído entre a acusação e o acusado. DE CARLI, Carla Veríssimo. Delação premiada no Brasil: do que exatamente estamos falando? **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 17, n. 204, p. 17, nov. 2004.

⁵⁹⁸ Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus n.º 90.688-5, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 12 de março de 2008.

vinculada ao Direito. Não se trata, nesse ponto, de fomentar o dualismo característico da metafísica, como se o juiz, primeiro, avaliasse o conjunto probatório, para, depois, acoplá-lo a um artigo de lei. Isso porque, como se vem defendendo, a aplicação do Direito (enquanto síntese hermenêutica) não pode ser fracionada em fases estanques de forma didática. Em realidade, cuida-se de um ponto básico: uma decisão judicial não pode se concretizar ao arrepio da lei. Ou seja: o magistrado, em sua decisão, deve, inquestionavelmente, indicar o amparo legal. Mais: ao fazê-lo, coloca-se indispensável operar a filtragem constitucional da legislação, aplicando apenas as leis materialmente válidas, isto é, aqueles que estão em conteúdo conforme à Constituição Federal. Ao proceder assim, o magistrado estará se investindo da compreensão do sentido do texto constitucional, viabilizando uma interpretação sujeito-sujeito, com o que se despirá de concepções metafísicas. Em razão disso é que a divisão motivação de direito e motivação de fato não impulsiona qualquer conclusão no sentido de divisão do pensamento do juiz, como se sua decisão tivesse de seguir um caminho predeterminado: primeiro julgo os fatos, depois analiso o espectro legal.

Entretanto, apesar de há tempos vivermos em um Estado de Direito, ainda persistem decisões que julgam sem qualquer amparo legal, ou, mesmo, contrariamente à lei constitucionalmente válida.

Como se sabe, o Código de Processo Penal, em especial as prisões cautelares, a partir da Lei n.º 12.403, de 04 de maio de 2011, estabeleceu que “a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar” (art. 282, § 6.º). Portanto, em virtude de imposição legal, o magistrado, em um primeiro momento, deve estudar a viabilidade da aplicação de medidas menos severas que a segregação processual, para, depois disso, se inviáveis essas, decretar prisão preventiva. Indubitavelmente, essa é a regra processual, que deve ser vista no espectro do princípio acusatório, segundo o qual o cidadão investigado ou processado criminalmente em juízo deverá permanecer em liberdade até o trânsito em julgado da decisão condenatória, salvo se cabível a prisão preventiva nas hipóteses legais. A par disso, o quadro é assaz claro: o sujeito investigado ou acusado de um crime deve ficar em liberdade até que sua decisão condenatória seja atingida pela coisa julgada, salvo se sua segregação for de ordem cautelar, a qual, contudo, deve, por primeiro, se possível, ser substituída por cautelares alternativas ao encarceramento. Em casos que tais, esse é o

procedimento constitucionalizado.

Ocorre, contudo, que nem todos os casos mundanos vêm em clarividência manualesca, como: “Caio foi preso em flagrante pelo crime de furto. O juiz, em estando o auto de flagrante formalmente apto, deverá homologá-lo. Depois, analisar a necessidade da aplicação de uma medida cautelar diversa da prisão. Em não sendo essa possível, e em havendo a necessidade do encarceramento prévio, deverá o magistrado, por decisão fundamentada, decretar a prisão preventiva”.

Decididamente, o mundo não se coloca tão fácil assim. Nem sempre é recheado com histórias coloridas, como em um gibi infantil. Nem sempre as coisas se apresentam tão desveladas como em manuais do ensino jurídico. As pessoas têm problemas reais e, por conta deles, batem às portas do Poder Judiciário, o que ocorre bem longe de uma visão metafísica. Nesses casos (denominados como “difíceis”, de modo equivocado, conforme se verá logo mais), é que salta aos olhos a gravidade da situação real, aquela vivenciada no cotidiano por juristas compromissados com a Constituição Federal e que, por conta disso, têm a ciência de que, em um Estado de Direito, a lei, constitucionalmente válida, deve reger a atividade jurisdicional. O dado significativo, entretanto, é que sequer “a boca da lei” se aplica, julgando cada magistrado conforme sua consciência. Com efeito, se passará, nas linhas seguintes, a analisar dois exemplos desse panorama, a fim de se evidenciar, ao final, o esquecimento da lei.

Nos autos do processo-crime n.º 033/2.11.0002499-6, da Terceira Vara Criminal da Comarca de São Leopoldo, Rio Grande do Sul, cidadão acusado das práticas dos delitos previstos nos arts. 312, *caput*, 288 e 158, *caput*, todos do Código Penal, e a contravenção do 50, *caput*, do Decreto-Lei n.º 3.688/41, se encontrava preso, preventivamente, desde final de abril de 2011⁵⁹⁹.

⁵⁹⁹ Diferentemente ocorre quanto a (____), que será denunciado por extorsão, uma vez que o termo de declarações de fls. 708/verso denota a intimidação do casal (____) e (____), supostas vítimas deste ilícito que teria sido perpetrado pelo representado. Com efeito, narram que “também foram vítimas de extorsão por parte de Ricardo, vulgo Turco em virtude de uma máquina caça-níquel, tipo maleta. No começo de janeiro/2011, Ricardo deixou a referida maleta no Bar Atlético Clube Minuano. Poucas pessoas apostaram na máquina, pois dias depois, o equipamento sumiu, enquanto os declarantes estavam viajando. Em 04/02/2011, Ricardo compareceu ao bar cobrando a maleta e disse que, que se não aparecesse até as 17h, ele ia voltar e dar tiro, e que não era para os declarantes olharem para a cara dele. [...] Quando lhes foram mostradas as fotos de alguns homens, obtidas no Consultas Integradas, reconheceram sem sombra de dúvidas que Ricardo, vulgo Turco, na verdade chama-se (____)”.

Diante de tais palavras e considerando que o Ministério Público informa que denunciará (____) pelo delito de extorsão tendo por objeto tal fato, afigura-se indispensável sua prisão cautelar, tanto para viabilizar o reconhecimento judicial a ser realizado pelas vítimas, como para evitar-se que

Sucedeu que sua defensora, já na vigência da lei processual nova, postulou a revogação da sua prisão preventiva, sem, contudo, atentar para a possibilidade de aplicação das medidas cautelares diversas do encarceramento. Em seguida, o magistrado houve por indeferir o pedido sem atentar para a nova legislação⁶⁰⁰.

À vista disso, o novo patrono da causa criminal impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, alegando, em síntese, que a autoridade judicial coatora, ao analisar o pedido da defesa técnica, deveria ter estudado a aplicação das medidas cautelares alternativas à prisão preventiva, porque a lei, vigente à época da decisão, assim o exigia. Como reforço, aventou que a lei processual penal tem aplicação imediata, havendo, de quebra, cogência nessa análise, mormente porque o § 6.º do art. 282 é claro: “A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)”. Ainda, que esse estudo deveria ser feito não obstante a inércia defensiva quanto à abordagem da questão, uma vez que a lei assim exigia. De tal arte, por existir essa omissão jurisdicional, a decisão, que houve por manter a prisão preventiva, era falta de motivação de direito, motivo pelo qual padecia da sanção de nulidade prevista no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal. Não se discutia, dessa maneira, se a segregação preventiva era necessária ou não. O

elas venham a ser pressionadas quanto ao teor de suas declarações. Nota-se que já teria havido graves ameaças proferidas por (____) em relação às vítimas, sendo indiscutível o temor impingido a elas. Justifica-se, pois, a segregação cautelar para resguardo da produção de prova, eis que se trata de crime grave e que deverá ser comprovado por intermédio de prova exclusivamente testemunhal.

Também o teor da narrativa das vítimas denota que (____), em princípio, é pessoa violenta e perigosa, havendo fundada probabilidade de que, ao ter ciência das acusações que pesam contra si, vir a praticar ilícitos mais graves até como meio de impedir que seja revelada sua identidade e seus supostos crimes. Soma-se a isso que o delito de extorsão abrange ameaça à pessoa e possui apenamento mínimo de quatro anos de reclusão.

Portanto, diante de tais argumentos, entende-se que, no momento, afigura-se necessária a prisão de (____) por conveniência da instrução criminal e para garantia da ordem pública.

⁶⁰⁰ Trata-se de pedido de concessão de liberdade provisória (rectius pedido de revogação de prisão preventiva), formulado pela defesa do réu (____).

O Ministério Público manifestou-se contrariamente ao pleito defensivo.

É o relatório. Decidido.

A materialidade e os indícios suficientes de autoria se fazem presentes, consoante já analisado na decisão que decretou a prisão cautelar do denunciado.

No mais, o pedido defensivo não traz nenhum elemento novo que pudesse alterar o panorama do processo, razão pela qual se mantém necessária a manutenção da prisão do réu.

Quanto ao alegado excesso de prazo, há de se convir que, se até presente data, não foi designada audiência de instrução e julgamento – isso não se deve à inércia do juízo, mas às circunstâncias ligadas ao processo, em que se faz necessária a expedição de precatória para inquirição de testemunhas.

Outrossim, importante salientar que bons predicados por si só não têm o condão de desautorizar uma segregação provisória.

Diante disto, reporto-me na íntegra à decisão que decretou a custódia cautelar do denunciado para INDEFERIR o pleito aviado pela defesa indigitado do réu.

debate costeava outra ponta: a decisão foi proferida sem observar a lei válida, de modo que a solução constitucional seria declarar sua nulidade.

No julgamento da ação constitucional pela Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, o *habeas corpus*, entretanto, não foi sequer conhecido no particular, por julgarem que já se havia decidido, em decisão colegiada anterior, pela validade da prisão preventiva, de sorte que, se cabível a prisão preventiva, seria óbvia a ausência de necessidade do enfrentamento da incidência (ou não) das medidas menos gravosas⁶⁰¹.

Isso demonstra a baixa compreensão constitucional, assim como a existência de um acórdão despido de qualquer tradição autêntica do Direito. Ora, o texto constitucional afirma que todas as decisões devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade. Ademais, a doutrina, de longa data, trata de imperiosidade de uma fundamentação de direito e outra de fato. São, pois, ou ao menos deveriam ser, pré-juízos (autênticos e) comuns aos operadores do Direito. Isso, é bom que se diga, a partir de um cenário constitucional. A não-observância desse ponto demonstra a gravidade da crise gerada pela discricionariedade judicial: ao não julgar um caso enquadrável em um exemplo rasteiro de manuais (isto é: não incidindo a regra de pronto), os desembargadores julgaram da forma com “regras próprias criadas pela suas consciências”. Simplesmente, não conheceram o *habeas corpus*, porquanto, na realidade, desconhecem o próprio texto constitucional.

3.2.2.3 A Motivação *per Relationem*: como os Tribunais mantêm, automaticamente, as decisões de primeiro grau: o duplo grau de jurisdição como mero rito de passagem pelo prestígio ao juiz solipsista

Nesses casos, há a presença de lacunas, as quais são preenchidas (não por meio de operações lógicas, mas) através da integração expressa ao texto justificativo da motivação colocada em outro documento⁶⁰², de modo que se pode dizer que, na motivação *per relationem*, existe uma inversão cronológica da motivação, porquanto a motivação do ato já havia se concretizado em momento

⁶⁰¹ HABEAS CORPUS. EXCESSO DE PRAZO. ILEGALIDADE NÃO CONFIGURADA. REITERAÇÃO. Impetração conhecida apenas quanto à alegação de excesso de prazo. Ordem denegada. Unânime. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Habeas corpus n.º 70044732238**; Quarta Câmara Criminal. Relator Desembargador Aristides Pedroso de Albuquerque Neto).

⁶⁰² Cfe. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 199.

anterior à perfectibilização do ato judicial em si⁶⁰³. Dizendo de outro modo: identifica-se a motivação *per relationem*, como relata Taruffo, quando o juiz não elabora uma justificação autônoma *ad hoc* a certo ponto, mas se vale do reenvio a justificação inclusa em um outro documento (sentença)⁶⁰⁴. Essa motivação exige, portanto, o reenvio a um ato distinto do que se encontra em exame⁶⁰⁵.

Difícilmente se poderá dizer, em casos tais, que as funções endoprocessuais da motivação restaram frustradas, na medida em que as partes e os órgãos jurisdicionais (juízes das impugnações) conhecem o documento ao qual o juiz se reporta. Entretanto, idêntica conclusão não incide ao se falar na sua garantia política, porque a dificuldade de acesso aos textos referidos pela decisão obstaculiza o controle difuso⁶⁰⁶ sobre a atividade do Poder Judiciário⁶⁰⁷.

Observa-se, de mais a mais, que a motivação *per relationem* não satisfaz, de modo adequado, a (indispensável) função garantista da efetiva e adequada cognição judicial⁶⁰⁸ sobre os pontos da causa decidida, muito menos a hermenêutica de análise do caso em si, porque, na maioria dos casos, há a omissão judicial sobre a valoração crítica dos argumentos esposados, ou a não-consideração de elementos supervenientes que se mostrem capazes de alterar a conclusão adotada pelo texto avocado⁶⁰⁹. Por isso, é de rigor, como ensinam Streck e Oliveira,

fundamentar a fundamentação, eis o elemento hermenêutico pelo qual se manifesta a compreensão do fenômeno jurídico. Não há princípio constitucional que resista à falta de fundamentação; não há embargos declaratório que possa, posteriormente à decisão, restabelecer aquilo que é a sua condição de possibilidade: o fundamento do compreendido; não há acórdão que possa ser considerado válido se não se pratica – no âmbito do próprio

⁶⁰³ Cfe. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Vícios de motivação da sentença penal: ausência de motivação, motivação contraditória, motivação implícita e motivação *per relationem*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 38, p. 135, abr./jun. 2002.

⁶⁰⁴ Cfe. TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**. Pádova: Cedam, 1975. p. 422.

⁶⁰⁵ Cfe. AMODIO, Ennio. Motivazione della sentenza penale. *In*: ENCICLOPEDIA del diritto. Roma: Giuffrè Editore, 1977. v. 27, p. 230.

⁶⁰⁶ Trata-se, pois, do controle realizado pelas partes e pela sociedade em geral.

⁶⁰⁷ Cfe. TARUFFO, op. cit., p. 425.

⁶⁰⁸ Cfe. CARVALHO, Salo de; CARVALHO, Amilton Bueno de. **Aplicação da pena e garantismo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 34.

⁶⁰⁹ Cfe. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 200.

tribunal – a explicitação do compreendido, oferecendo um sério enfrentamento das questões levantadas pela parte recorrente.⁶¹⁰

Verifica-se, contudo, que a motivação *per relationem* tem sido utilizada nos casos em que acórdãos se limitam a confirmar o acerto da decisão monocrática⁶¹¹. Necessário se faz, nessas hipóteses, para admiti-la, a existência, no mínimo, destes três requisitos: (i) a análise, pela decisão colegiada, de todos os argumentos novos impulsionadores da impugnação⁶¹², para que seja garantida a efetiva cognição judicial sobre a integralidade dos aspectos trazidos ao debate, evitando-se, assim, que o duplo grau de jurisdição se apresente como mero rito de passagem, o que lhe retiraria a função que lhe recai de controle da instância inferior⁶¹³; (ii) na indicação do *porquê* se confirma as razões da decisão atacada⁶¹⁴: se faz mister que “*il giudice dimostri di aver avuto presenti e di aver fatto proprie le ragioni addotte dal giudice inferiore*”⁶¹⁵, o que visualizará a existência de uma valoração crítica dos motivos desenvolvidos pelo ato impugnado; e (iii) a transcrição do texto da decisão cuja motivação é aderida pelo Tribunal, o que servirá para possibilitar o controle da sociedade e das partes acerca da atividade judicial.

No ponto em estudo, esses são os requisitos mínimos e indispensáveis para que a motivação do órgão de segundo grau (a qual se desenvolveu de modo *per relationem*) possa cumprir sua função processual e política, tendo validade na perspectiva constitucional.

No que tange à motivação *per relationem* invocando um precedente

⁶¹⁰ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto – as garantias penais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 99.

⁶¹¹ Cfe. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Vícios de motivação da sentença penal: ausência de motivação, motivação contraditória, motivação implícita e motivação *per relationem*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 38, p. 135, abr./jun. 2002.

⁶¹² *Ibid.*, p. 135.

⁶¹³ Pondera Bettiol que, “num regime político aberto, admitir-se-á sempre a possibilidade de um segundo juiz - se investido mediante a interposição do recurso - reexaminar a decisão de um juiz hierarquicamente inferior. Trata-se do princípio do duplo grau de jurisdição”. BETTIOL, Giuseppe. **Instituições de direito e de processo penal**. Traduzido por: Manuel da Costa Andrade. Coimbra: Coimbra, 1974. p. 302.

⁶¹⁴ Cfe. GOMES FILHO, op. cit., p. 200. Por outro lado, Grinover, Fernandes e Gomes Filho asseveram ser “importante anotar que não pode o juiz deixar de fundamentar com a afirmação de que adota como razões de decidir as alegações de uma das partes (motivação *ad relationem*). Pode até acolhê-las, usando-as na justificação de sua decisão, mas deve expressamente transcrever os pontos aceitos e incorporados à sentença, ao lado de outros que constituem o enunciado de sua argumentação pessoal”. GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **As nulidades no processo penal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 257.

⁶¹⁵ TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**. Pádova: Cedam, 1975. p. 423.

judicial, mister anotar-se sua invalidade, pois um caso não se reproduz nos mesmos moldes e circunstâncias que outro, de modo que um julgado anterior até pode servir para embasar uma linha de raciocínio em um determinado julgamento, mas jamais fundamentar uma decisão por si só. Realmente, acórdãos não devem ser utilizados à guisa de pautas gerais nas decisões. A menção a eles, como ensina Streck, “pode confortar uma orientação ou demonstrar a viabilidade jurídica de um entendimento, mas nunca fundamentar, de per si, a decisão”⁶¹⁶.

Por último, consigne-se a impossibilidade da motivação *per relationem* nas hipóteses em que o magistrado, na sentença, invoca, como razão de decidir, o texto estampado nas alegações finais do Ministério Público. Nesse caso, mesmo que o juiz analise a pertinência das razões ministeriais, o ato jurisdicional será nulo. É que, em rigor, a simples ratificação das alegações derradeiras da acusação tonifica um gravoso prejuízo, que jamais deve ser aceito em um processo penal de índole acusatória - qual seja: a perda de efetividade da garantia da ampla defesa. Em hipóteses tais, vislumbra-se, às claras, que a atividade defensiva não teve qualquer poder impactante no convencimento judicial. E o pior: como se invocou o texto ministerial, jamais se poderá saber o motivo pelo qual as razões defensivas não serviram para cumprir esse desiderato.

Ademais, a motivação *per relationem*, nos moldes ora trabalhados, impossibilita, como já se disse, uma efetiva cognição judicial, pois, “ainda que o Ministério Público tente antecipar e rebater os argumentos defensivos e mesmo que a defesa do acusado procure redargüir as prováveis teses de acusação, dificilmente todos os argumentos serão analisados”⁶¹⁷.

Completando-se isso, veja-se que a Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em percuciente acórdão⁶¹⁸, bem

⁶¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006. p. 216.

⁶¹⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Vícios de Motivação da Sentença Penal: ausência de motivação, motivação contraditória, motivação implícita e motivação per relationem. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 38, p. 137, abr./jun. 2002.

⁶¹⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 70035455385**, da Terceira Câmara Criminal. Impetrante: Marcos B. dos Santos. Paciente: Nelson Maia da Silva. Relator: Desembargador Odone Sanguiné; julgado em 22 de abril de 2010. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%EA7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70035455385&num_processo=70035455385&codEmenta=3466314&temIntTeor=true>. Acesso em: 04.04.2012.

soube analisar a matéria da motivação *per relationem*, ao entender que esse expediente não pode ser convalidado, porque: (i) “compromete a efetiva e adequada cognição judicial”, pois “o juiz omite a inafestável valoração crítica sobre os argumentos a que adere ou, o que é mais grave, deixa de considerar elementos supervenientes que poderiam levar a outra solução ou, pelo menos, à indicação dos motivos pelos quais resolve manter a mesma conclusão”; (ii) deixa de observar a exigência da “legitimidade porquanto transfere o ônus de motivar a sujeitos diversos do juiz que participam do processo”; (iii) no caso de transcrição literal de posição da acusação, percebe-se a quebra do princípio da imparcialidade do juiz, visto que “a imparcialidade do juiz deve manifestar-se com destaque da posição da acusação, e isso pode ocorrer somente se o órgão da decisão não se limita a uma acrítica recepção *ad relationem* da argumentação da acusação”, de sorte que, “apesar de que o juiz possa fazer referência na motivação às fundamentações dos pedidos de qualquer das partes, sempre é indispensável explicitar claramente os motivos do atendimento ou desacolhimento dessas postulações”; (iv) “a simples remissão, sem motivação própria, à manifestação do órgão acusador ou da autoridade policial, vulnera o princípio constitucional do contraditório.” No particular enfocado, sempre é indispensável observar-se que

um caso particularmente interessante são os acórdãos que repetem, integralmente, os fundamentos lançados na sentença, desconsiderando o fato de que, no caso de uma ação de impugnação ou de um recurso em espécie, o pedido está ligado, diretamente, à necessidade de revisão da decisão prolatada pelo juízo *a quo*, o que implica inconformidade com os argumentos explicitados na decisão. A simples repetição destes argumentos, sem o devido confronto com a insurgência do recorrente, constitui uma lesão às garantias processuais.⁶¹⁹

Malgrados todos esses aspectos (os quais demonstram, à saciedade, a imperiosidade do afastamento de motivações que tais, e isso por intermédio de uma análise integrativa do Direito), tem-se, nos dias correntes, que o mesmo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, através de sua Sétima Câmara Criminal, em alguns casos, apenas “ratifica” a sentença de primeiro grau, para evitar “tautologia”. Nos autos da apelação crime n.º 70048080907 (julgada em 24 de maio

⁶¹⁹ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto - as garantias penais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 98.

de 2012), o Desembargador Relator, Sylvio Baptista Neto, conduziu voto por negar provimento ao apelo defensivo, com a seguinte motivação:

2. O apelo não procede. A prova, como salientou o ilustre Julgador, Dr. Carlos Francisco Gross, mostrou-se segura a respeito da existência do roubo denunciado e o seu autor, o recorrente. Tendo em vista que os argumentos do recurso já foram examinados, e rebatidos, na decisão de primeiro grau, permito-me transcrever a fundamentação da sentença. Em primeiro lugar, porque com ela concordo. Depois, fazendo-o, homenageio o trabalho do colega e evito a tautologia. Disse o magistrado: [...] 3. Assim, nos termos supra, nego provimento ao apelo.

Antes disso, em julgamento datado de 11 de outubro de 2007, na apelação crime n.º 70019840917, o mesmo Desembargador produziu, basicamente (porque mudaram o nome do juiz e os crime imputado), idêntica motivação:

2. O apelo não procede. A prova, como salientou o ilustre Julgador, Dr. Afonso Carlos Bierhals, mostrou-se segura a respeito da existência do delito de receptação dolosa e o seu autor, o recorrente. Tendo em vista que os argumentos do recurso já foram examinados, e rebatidos, na decisão de primeiro grau, permito-me transcrever a fundamentação da sentença. Em primeiro lugar, porque com ela concordo. Depois, fazendo-o, homenageio o trabalho do colega e evito a tautologia. Disse o magistrado: [...] 3. Assim, nos termos supra, nego provimento ao apelo.

Inquestionavelmente, trata-se de decisões inadmissíveis, porque transformam o duplo grau de jurisdição em mero rito de passagem, no qual, em nome de uma economia processual criada para evitar a tautologia (sequer se sabe tautologia do quê), a sentença se mantêm por si só, como se fosse um ato jurídico perfeito. Desconhece-se, ainda, que o recurso de apelação do réu “devolve” a matéria ao Tribunal, que pode, inclusive, reconhecer nulidade não alegada ou levantar tese não suscitada, desde que favoráveis ao acusado. No segundo grau, tão-só se colaciona ela, a sentença. A ser constitucionalmente válido esse procedimento, bem se poderia substituir o discurso vazio empregado por um carimbo escrito “aprovado”. Em sendo assim, a atividade judicial se traduz em um monólogo em que as partes não têm qualquer direito de intervir, virando pó o contraditório constitucional. O magistrado decide como bem entende, e o Tribunal, pouco importando a inconformidade das partes, confirma a decisão (solipsista), copiando-a por inteiro, uma vez que é tão adequada e clara que justificar o seu acerto seria desnecessária

repetição. Ora, a jurisdição, por representar um poder do Estado, intervindo severamente na vida das pessoas na seara criminal, deve ser levada a sério. Isso demonstra, em grande medida, a gravidade da situação, porquanto, de um lado, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul veda a motivação *per relationem*, mas, de outro, ele a produz ao escopo claro de economizar palavras, como se lhe fosse permitido isso a ponto de suprimir qualquer explicação.

3.2.2.4 A perda da força de acórdão concessivo de habeas corpus: o caso em que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul deixou de reconhecer uma determinação unânime de uma Câmara Criminal. Afinal, alguém se entende no Poder Judiciário? Um claro exemplo

Caso ainda mais curioso ocorreu em ação penal que tramitava na Terceira Vara Judicial da Comarca de Taquara (processo-crime n.º 070/2.09.0000298-3). Um escrivão, sentindo-se ofendido por uma representação à corregedoria formulada por uma advogada, representou ao Ministério Público, argumentando de que fora vítima do delito de calúnia, uma vez que, nos motivos do dito pedido de providências, a causídica teria dito que ele “prevaricou” por não permitir que seu cliente, em ação civil, produzisse fotocópias dos autos processuais. Em seguida, o Ministério Público lançou denúncia, dando-a como incurso no crime do art. 138 do Código Penal⁶²⁰.

⁶²⁰ EXCELENTÍSSIMA SENHORA DOUTORA PRETORA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL DA COMARCA DE TAQUARA/RS:

O MINISTÉRIO PÚBLICO, por seu agente signatário, no uso de suas atribuições legais, com base na documentação anexa, protocolada nesta Promotoria de Justiça,
DENÚNCIA

(____), brasileira, casada, filha de (____) e (____), natural de Cachoeira do Sul, RG (____), inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil sob o nº (____), residente e domiciliada na (____), com endereço profissional na (____), nesta Cidade, pela prática do seguinte fato delituoso:

No dia 10 de novembro de 2008, em horário não suficientemente apurado nos autos, mas durante o horário forense, na Rua Ernesto Alves, nº 1750, nesta Cidade, mais precisamente nas dependências do Fórum de Taquara-RS, a denunciada (____) caluniou a vítima (____) – escrivão do Cartório da Segunda Vara Judicial desta Comarca – imputando-lhe falsamente fato definido como crime, qual seja, a prática do delito de prevaricação.

Na oportunidade, a denunciada, inconformada com o atendimento prestado pela vítima Marcelo junto ao cartório da Segunda Vara Judicial desta Comarca, o qual, amparado pela Ordem de Serviço 01/2005, emanada por aquele Juízo, deixou de proceder à extração de cópias do processo judicial nº 070/1070004134-1 da maneira solicitada pela denunciada, esta imputou-lhe falsamente o crime de prevaricação (documentação anexa).

Assim agindo, incorreu a denunciada (____) nas sanções do artigo 138, caput, combinado com o artigo 141, inciso II, ambos do Código Penal, motivo pelo qual o Ministério Público oferece a presente denúncia, requerendo que recebido e autuada, seja a denunciada citada para interrogatório e defesa que tiver, ouvidas as pessoas a seguir arroladas, cumpridas as demais formalidades legais, até final julgamento e condenação.

Taquara, 13 de fevereiro de 2009.

Na resposta à acusação, a defesa técnica, valendo-se de farta jurisprudência e doutrina, asseverou que o episódio era atípico nos lindes do delito de calúnia, porquanto irrogar a ofensa “prevaricou” não complementava o tipo invocado em virtude de incorrer a descrição falsa de um fato criminoso com todos os seus elementos. Afinal, a prevaricação reclama um não-fazer voltado à satisfação de um sentimento pessoal, o que não foi descrito na representação, a qual, de forma solta e isolada, consignou que ele “prevaricou”.

Entretanto, a denúncia foi recebida pela segunda vez, seguindo a marcha processual o seu curso. Em face disso, a defesa técnica apresentou “habeas corpus” ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, tendo a liminar sido indeferida. No julgamento do mérito, a Segunda Câmara Criminal houve por conceder a ordem de forma unânime, para o fim de afastar a acusação de calúnia⁶²¹.

Ao receber a decisão superior, a magistrada de primeiro grau deu “vista” ao Ministério Público, o qual produziu manifestação nestes moldes: “Em que pese discorde dos fundamentos da decisão de segundo grau – que não trancou a ação penal -, cumpre seja dado seguimento ao feito, principalmente considerando que a descrição do fato objeto da denúncia não deve ser alterada.” Em seguida, a magistrada decidiu pela sequência da ação penal. Impressionada com o desrespeito

Márcio Emílio Lemes Bressani,
Promotor de Justiça

⁶²¹ HABEAS CORPUS. ARTIGO 138, *CAPUT*, C/C ARTIGO 141, INCISO II, AMBOS DO CP. INSTAURAÇÃO DE PROCESSO. CITAÇÃO. INVOCAÇÃO DE ATIPICIDADE DE CONDUTA. REJEIÇÃO DE TAL ALEGAÇÃO DEFENSIVA. PROSSEGUIMENTO DO FEITO. PRETENSÃO AO TRANCAMENTO DA AÇÃO.

Na espécie, teoricamente, não há dúvidas, de que a ação penal instaurada contra a ora paciente está estribada em eficientes indicativos de autoria.

Em tese, a exposição do ocorrido, considerada a conclusão lançada no mencionado documento, extrapolou os limites da vertente narratória, descritiva quanto aos fatos, apresentando em seu bojo avaliação da alçada exclusiva da firmatária, conduta essa passível de ser captada como figura típica.

Só que inviável se torna que se cogite do delito de calúnia quanto ao caso em tela.

Possível, em conseqüente, que já nesta fase e em sede do presente *writ* se proceda a uma desclassificação para uma configuração menos abrangente – atipicidade relativa.

Constata-se, pois, que a inicial da ação penal na espécie não chegou a definir, em seus precisos termos, a efetiva imputação do delito de prevaricação em sede da manifestação da ora paciente.

Amolda-se ao caso em tela, não há dúvidas, a noção transmitida no âmbito da decisão do STF, no sentido de que ‘é manifesta a atipicidade dos fatos com relação ao crime de calúnia, que, no tocante à imputação de prevaricação, exige a declinação do interesse ou sentimento pessoal que teria movido o agente público (cf. HCs 81.504, 80.814 e 48.564)’.

Deixa-se, no entanto, já consignado que uma eventual definição de que a paciente se houve no exato diapasão do seu múnus como advogada, afigura-se, em princípio, como uma interpretação ainda não viável, carecendo de um aprofundamento no contexto probatório.

ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

(Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul; Segunda Câmara Criminal; Habeas corpus n.º 70031412117; Segunda Câmara Criminal; Desembargadora Relatora Lais Rogéria Alves Barbosa; julgado em 10 de setembro de 2009.)

da decisão do Tribunal, a defesa técnica peticionou, argumentando, em síntese, a imperiosidade do sobrestamento da persecução criminal⁶²². Contudo, manteve-se a ação penal sob a perspectiva da petição inicial: crime de calúnia. Ou seja: apesar de o acórdão determinar o afastamento do crime da calúnia, a então autoridade coatora

⁶²² *Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz de Direito da Terceira Vara Judicial da Comarca de Taquara, Rio Grande do Sul.*

Processo-crime n.º 070/2.09.0000298-3.

Urgência.

(____), já qualificada nos autos do processo-crime acima consignado, vem, perante Vossa Excelência, por seu defensor constituído, dizer e requerer o que se segue:

Inicialmente, é de rigor esclarecer-se que a denúncia, lançada pelo culto Agente do Parquet, se mostrou cristalina ao narrar e ao imputar, à (____), o delito de calúnia, in verbis:

[...]

No dia 10 de novembro de 2008, em horário não suficientemente apurado nos autos, mas durante o horário forense, na Rua Ernesto Alves, nº 1750, nesta Cidade, mais precisamente nas dependências do Fórum de Taquara-RS, a denunciada (____) caluniou a vítima (____) – escrivão do Cartório da Segunda Vara Judicial desta Comarca – imputando-lhe falsamente fato definido como crime, qual seja, a prática do delito de prevaricação.

[...]

Assim agindo, incorreu a denunciada (____) nas sanções do artigo 138, caput, combinado com o artigo 141, inciso II, ambos do Código Penal, motivo pelo qual o Ministério Público oferece a presente denúncia, requerendo que recebido e autuada, seja a denunciada citada para interrogatório e defesa que tiver, ouvidas as pessoas a seguir arroladas, cumpridas as demais formalidades legais, até final julgamento e condenação.

Mais claro que isso, ainda, foi o brilhante acórdão, da lavra da Colenda Segunda Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, quando, ao deliberar sobre habeas corpus impetrado em favor dessa advogada, concluiu, letra por letra:

[...] À unanimidade, concederam parcialmente a ordem, apenas para declarar a inexistência de calúnia, na espécie, sem prejuízo de eventual desclassificação do fato para outra figura delituosa.

Na base disso, a defesa técnica – que sequer produzirá maiores delongas – registra que discrepa, a perder de vista, da ordem jurídico-penal vigente, a conclusão ministerial segundo a qual cumpre seja dado seguimento ao feito, principalmente considerando que a descrição do fato objeto da denúncia não deve ser alterada. Mais à ilharga de qualquer viabilidade normativa, encontra-se, em grande medida, inclusive, o r. despacho que ordenou a marcha da lide penal (designando audiência de instrução e julgamento; ainda, pasmem, ordenando a condução de testemunha), pois se colocou em nítida afronta à decisão superior, à qual, com a devida vênia, desimportam impressões pessoais de qualquer um dos sujeitos processuais (sobretudo quando em essência descabidas). Na hipótese cotejada, só há uma alternativa: o seu cumprimento integral e imediato! Pela ordem natural das coisas, quisera a culta Acusação Pública continuar o embate judicial, bem poderia aditar a denúncia, como sugeriu o acórdão (o que, inclusive, modificaria o rito processual e a competência para o seu julgamento e processamento); entretanto, jamais pugnar pela sua continuidade, ao (vazio) argumento segundo o qual a descrição do fato objeto da denúncia não deve ser alterada, como se não existisse, nesses autos processuais, longo e lúcido voto em direção diametralmente oposta!

Na atual quadra da história de um Estado Democrático de Direito, o mínimo, o mínimo, repita-se, que se espera do Poder Judiciário, em termos materiais, é o respeito ao princípio da legalidade, e, em termos substancias, que se respeitem as decisões superiores.

No caso, o acórdão foi direto, claro, objetivo: não há crime de calúnia! Não há! Desse modo, a ação penal, sob essa perspectiva, está, sim, por ordem do Tribunal de Justiça, trancada! Trancada! Soa inviável, ilegal e absurda a sua marcha à luz do episódio narrado na denúncia!

Isso posto, requer-se, imediatamente, o cancelamento da audiência de instrução e julgamento (que se desenvolveria a partir de uma imputação inexistente por força de inteligente decisão colegiada), com o recolhimento, de mais a mais, da precatória de condução de testemunha, sob pena de claro injusto constrangimento pela não-observância de acórdão incluso nesses autos processuais.

ignorou essa ordem e manteve a ação penal⁶²³.

Por inexistir o recurso de reclamação do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, a defesa técnica projetou novo *habeas corpus*, argumentando-se em prol da cassação da ilegalidade da decisão que não observou ordem superior.

Por prevenção, a ação constitucional foi distribuída à mesma Desembargadora Relatora da outra impetração, a qual, não obstante ter dado a determinação ignorada pela magistrada de primeiro grau, não viu qualquer constrangimento ilegal e indeferiu “in limine” a petição inicial defensiva⁶²⁴, porque, segundo seu entendimento:

na espécie, não logrou a inicial demonstrar de que forma a decisão impugnada teria tolhido ou ameaçado a liberdade de locomoção do ora paciente.

A demanda diz respeito, pelo que se depreende da exordial, à inconformidade do ora paciente com a decisão proferida pela autoridade apontada como coatora, alhures descrita, que no seu entender não observou os mandamentos do julgamento proferido no similar de nº 70031412117, julgado em 10.09.2009, nesta Colenda Câmara Criminal, determinando, então, o prosseguimento da marcha processual com a manutenção da audiência de instrução aprazada para o próximo dia 27.05.2010.

Assim, eventual irresignação do ora paciente com a decisão exarada deve ser atacada por meio do recurso próprio, na medida em que o remédio heróico não é sucedâneo de recurso.

Desse modo, apresentou-se agravo regimental (n.º 70036543932). Nesse ínterim, o Promotor de Justiça mudou seu parecer e, como se juiz fosse, acatou o (primeiro) acórdão, para fins de reconhecer a ilegalidade (que, antes, passem, sequer a Desembargadora Relatora havia observado, apesar de ser ela a julgadora

⁶²³ Não há descumprimento da decisão da Superior Instância, a qual não determinou o trancamento da ação penal, mas apenas declarou a “inexistência de calúnia, na espécie, sem prejuízo de eventual desclassificação do fato para outra figura delituosa” (fl. 184).

Mais, afirmou o Relator (fl. 183):

“Deixa-se, no entanto, já consignado que na eventual definição de que a paciente se houve no exato diapasão de seu múnus como advogada, afigura-se, em princípio, como uma interpretação ainda não viável, carecendo de um aprofundamento no contexto probatório.”

Portanto, a decisão do Habeas Corpus deixa claro que: 1) existe a necessidade de instrução; 2) o fato indica outro crime contra a honra; 3) o juízo não está a adstrito à classificação proposta na denúncia; 4) a ré defende-se do fato a ele imputado e não de sua classificação.

Pelo exposto, indefiro o pedido da fl. 128, mantendo a data da audiência.

⁶²⁴ DECISÃO MONOCRÁTICA. ARTIGO 138, CAPUT, C/C O ARTIGO 141, INCISO II, AMBOS DO CP. SIMILAR. JULGAMENTO NESTA CORTE. ALEGAÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE TAL DECISÃO. PROSSEGUIMENTO DA MARCHA PROCESSUAL. RECURSO ESPECÍFICO.

Na espécie, é de ser negado seguimento ao presente *writ*, na medida em que este não serve como sucedâneo recursal àquelas insurgências que possuem recurso específico, que é o que ocorre na presente hipótese. NEGADO SEGUIMENTO. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul; Habeas corpus n.º 70036367381.)

concessiva da ordem que julgou o fato atípico) e requereu a improcedência da denúncia⁶²⁵, o que foi seguido pela juíza, que, finalmente, proferiu a absolvição.

A toda evidência, cuida-se de outro exemplo claro da crise do positivismo. Nesse caminho, impossível mostra-se conceber que o mesmo Tribunal que concede a ordem constitucional de *habeas corpus* e tem sua decisão não observada deixe de vislumbrar nessa desobediência hierárquica qualquer injusto constrangimento. Dizendo de modo mais claro: uma cidadã alcança uma decisão colegiada que reconhece ser inviável a acusação que lhe lançaram; logo em seguida, a então autoridade coatora, motivada por parecer ministerial, ignora a ordem e prossegue com a mesma acusação; o mesmo Tribunal que disse ser ilegal a imputação não verifica injusto constrangimento em razão dessa acusação; e, por fim, a magistrada desclassifica o fato para injúria (não atentando que o funcionário público, quando ofendido no exercício das suas funções, é vítima de desacato, a injúria do funcionário público) e a absolve, invocando imunidade profissional, tendo essa sentença transitado em julgado, muito embora fosse o Promotor tão aguerrido alhures ao sustentar com unhas e dentes sua acusação.

Em todos os sentidos, esse exemplo demonstra o óbvio: há algo errado na jurisdição penal, de sorte que se entende indispensável a aplicação de uma resposta adequada constitucionalmente.

⁶²⁵ O Ministério Público, com base na representação feita pela vítima, servidor público, ofereceu denúncia contra (____), pela prática do delito de calúnia, tendo em vista a imputação de prevaricação que fez ao escrivão do Cartório da Segunda Vara desta Comarca. Oferecida a suspensão condicional do processo, a denunciada não aceitou o benefício (fl. 61). Impetrado *habeas corpus* pela defesa técnica, a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado e o Ministro Jorge Mussi, do Superior Tribunal de Justiça, indeferiram a liminar para trancamento da ação penal. Entretanto, no mérito, o segundo grau de jurisdição deste Estado entendeu por conceder parcialmente a ordem para declarar a inexistência de calúnia no caso concreto, sem prejuízo de eventual desclassificação do fato para outra forma delituosa. Dando seguimento à instrução processual, o juízo colheu a prova postulada pelas artes, tendo, ao final, determinado a intimação da parte para que digam sobre a necessidade de novas diligências. É o brevíssimo relato. Ressaltasse, de início, a desnecessidade de novas diligências. Isso porque, como já declinado anteriormente, este agente não entende ser o caso de nova definição jurídica do fato, o que vai renovado após o término da instrução processual. Entende o Ministério Público, pois, estar caracterizada a calúnia descrita na denúncia. Entretanto, em obediência à decisão de segundo grau já mencionada, inviável o pedido condenatório, razão pela qual torna-se desnecessário o esgotamento das razões do convencimento deste agente ministerial. Cumpre frisar, no entanto, ainda em respeito à decisão que concedeu a parcial ordem de *habeas corpus*, que não há crime remanescente, v.g. difamação ou injúria, pois a prevaricação imputada à vítima é tipo penal descrito no artigo 319 do Estatuto Repressivo. Ante o exposto, tão-somente em função da restrição imposta pelo Tribunal de Justiça no caso concreto, requer o Ministério Público seja julgada improcedente a denúncia oferecida.

3.2.2.5 A Vara Especializada no Processamento e Julgamento dos Crimes de Lavagem de Dinheiro e contra o Sistema Financeiro Nacional: a decisão que exigiu dos acusados, residentes em outro país, o comparecimento perante o juiz competente para sentenciar. É possível suprimir o interrogatório em caso do exercício do direito de resistência ao juiz que se considera onipresente?

Em mais uma ação penal derivada da “operação ouro verde”, acusados estrangeiros e com residência certa no Uruguai se viram processados pelos crimes de evasão de divisas e “introdução irregular de valores no território nacional” (artigos 21 e 22, ambos da Lei n.º 7.492/86).

Nesse contexto, é de rigor esclarecer-se que a defesa técnica, no curso da persecução criminal em juízo e assim que os acusados tenham mudado seu sítio, informou seus endereços no Uruguai, requerendo a expedição de carta rogatória para seus interrogatórios. Todavia, esse pleito defensivo restou indeferido⁶²⁶. Ao depois de intimada desse despacho, a defesa técnica, imediatamente, reforçou sua linha de argumentação, requerendo, uma vez mais, a expedição da carta rogatória⁶²⁷.

Em face disso, quando da audiência em que se realizou o interrogatório de co-acusado, o magistrado propôs que os interrogatórios dos acusados residentes no exterior se realizassem na cidade de Santana do Livramento, por meio de carta precatória, concedendo à defesa o prazo de cinco dias para manifestação⁶²⁸. Decorrido o lapso acordado, a defesa técnica remarcou a necessidade de expedição de carta rogatória, tendo-se em vista que o deslocamento a Santana do Livramento provocaria custos com os quais os acusados não poderiam arcar⁶²⁹.

⁶²⁶ A defesa protocolou as petições de fls. 643 e 644 em que requer, respectivamente, a expedição de cartas rogatórias (sic) para o Uruguai, tendo por objeto a realização dos interrogatórios dos réus (____) e (____), bem como seja expedida carta precatória para o interrogatório do denunciado (____), o qual passou a residir no município de Harmonia/RS e estaria desempregado.

Indefiro os pedidos ora formulados, considerando a ausência de previsão legal e o fato de que constitui ônus do réu comparecer à audiência de instrução e julgamento. Outrossim, insta ressaltar que não restou comprovada nenhuma situação excepcional que, ao menos, justificasse a realização do interrogatório por carta precatória, com mais razão devendo ser afastada a hipótese de expedição de carta(s) rogatória(s) para o Uruguai Fl. 645 dos autos. (Destacou-se.)

⁶²⁷ Fls. 648 usque 653 dos autos da ação penal n.º 2008.71.00.010319-9.

⁶²⁸ Fl. 654 dos autos da ação penal n.º 2008.71.00.010319-9.

⁶²⁹ Fl. 661 dos autos da ação penal n.º 2008.71.00.010319-9.

Em razão da manifestação defensiva, os autos foram com vista ao diligente Agente do Ministério Público Federal, que houve por manifestar concordância com a expedição de carta rogatória mediante o cumprimento de alguns requisitos⁶³⁰.

Em seguimento, o digno magistrado, não obstante o posicionamento favorável do *Parquet* Federal, indeferiu o requerimento da defesa técnica, considerando: “i) a ausência de previsão específica no Código de Processo Penal; ii) a ausência de comprovação da necessidade excepcional da medida; iii) ser notoriamente recomendável que os acusados sejam ouvidos perante o juiz da causa; iv) constituir ônus do réu comparecer à audiência de instrução e julgamento”⁶³¹.

Em pedido de diligências (art. 402 do Código de Processo Penal), a defesa técnica requereu, por fim, a expedição da carta rogatória, a fim de que se oportunizasse aos acusados a garantia ao exercício da defesa pessoal⁶³²; entretanto, pelos mesmos fundamentos, novamente o pleito foi indeferido⁶³³.

Tem-se como certo, pelo histórico traçado acima, que essa série de decisões merece um destaque singular. Primeiro, obstaculiza garantia à autodefesa, que é consagrada constitucionalmente. Segundo, ignora textos legais reguladores da matéria. Terceiro, uma vez que ignora completamente a realidade mundana e jurídica, bem como viola o princípio da igualdade por tratar o réu não-nacional diferentemente do brasileiro (nato ou naturalizado), e isso tudo não obstante vivermos em um mundo globalizado (onde as pessoas circulam com grande

⁶³⁰ Quanto à expedição de carta rogatória para o interrogatório dos acusados (____) e (____), com a suspensão do prazo prescricional do feito e formulação das perguntas pelas partes em forma de quesitos, tudo nos termos da petição da defesa das fls. 648-53, algumas considerações se fazem necessárias:

a) Requer-se a fixação de prazo para a defesa juntar aos autos prova documental e contemporânea sobre o novo endereço declinado pelos acusados, a fim de serem evitados ônus desnecessários na efetivação da cooperação internacional;

b) Solicita-se a expedição de ofício à DELEMIG (Delegacia de Imigração) para informar eventuais entradas e saídas dos acusados (____) e (____) do Brasil, APÓS OUTUBRO DE 2009 (data da alteração de endereço informado nos autos);

Acaso demonstrado que os acusados efetivamente residem no exterior e não estão habitualmente ingressando e saindo do território nacional (a possibilitar suas oitivas no Brasil), manifesta-se favoravelmente a expedição de pedido de cooperação jurídica internacional, com a suspensão do prazo prescricional e intimação das partes para formulação dos devidos quesitos. Fl. 662 dos autos.

⁶³¹ Fl. 670 dos autos.

⁶³² Fl. 678 dos autos.

⁶³³ No que tange aos requerimentos pela expedição de cartas rogatórias, respectivamente, para a oitiva da testemunha (____), bem como para a realização dos interrogatórios de (____) e (____), reporto-me às fls. 354, 645, 654 e 670 para indeferir os pedidos, por seus próprios fundamentos, considerando que permanecem hígidas as razões lançadas nas decisões anteriores, além de não se verificar eventual necessidade de tais diligências a partir de circunstâncias ou fatos apurados na instrução (CPP, art. 402, a contrario sensu) Fl. 679-v dos autos.

facilidade, havendo diversos acordos entre países para cooperação jurídica mútua) e termos (por disposição constitucional) que o estrangeiro (acusado em processo criminal) tenha os mesmos direitos do nacional.

Em tal passo, desnecessário seria mencionar a importância da realização do interrogatório de réu processado em ação de índole penal, uma vez que a ausência desse ato encampa nulidade absoluta (art. 564, inc. III, e, do Código dos Ritos). Tanto isso é verdade que as recentes reformas do Código de Processo Penal deslocaram o interrogatório para o final da audiência de instrução, consagrando-o, assim, como evidente meio de defesa⁶³⁴.

A toda evidência, “seguindo moderna tendência, o interrogatório do acusado é o último ato da instrução, o que realça seu caráter de meio de defesa”⁶³⁵. Por esses motivos, não se pode admitir que o réu seja tolhido em seu direito de transmitir ao julgador a sua versão sobre os episódios penais em exame, sendo o cerceio à defesa pessoal, nessa perspectiva, evidente. Nessa linha de ideias, cabe ao juiz, de forma imparcial, ser ouvinte da defesa pessoal do acusado, para, posteriormente, ser capaz de formar o seu juízo de convicção, exercendo seu papel de sujeito equidistante no processo penal. Por essa razão, é de se ter em mente o direito do réu de participar, ativamente, no convencimento do magistrado, o que somente se fazia possível, no caso, pelo deferimento da expedição de carta rogatória para o interrogatório dos acusados, os quais poderiam, inclusive, explicar melhor suas participações na empresa indicada na denúncia, assim como a do co-réu.

Em face da supressão do direito à defesa pessoal, os acusados restaram impossibilitados de incidirem ativamente no desenvolvimento da *persecutio criminis in iudicio*. Visto por esse ângulo, negou-se a eles, sobretudo, o direito de influenciar o resultado dessa ação penal, limitando-se o desenvolvimento de *thesi* de seu interesse, o que torna o processo absolutamente nulo, por afronta ao inc. LV do art.

⁶³⁴ A reforma de 2008, efetivada pela Lei n. 11.719/08, que tratou do procedimento comum, modificou o lugar do interrogatório no procedimento penal, passando a ser o último ato de instrução, como já ocorria na Lei n. 9.099/95, no procedimento sumaríssimo. Desse modo, o interrogatório consolidou sua característica de meio de defesa, já que o acusado dá sua versão do fato após conhecer todo o conjunto probatório. Certamente, a mudança de lugar do interrogatório no procedimento garante que a confissão realizada em tal ato seja esclarecedora na dinâmica dos fatos, auxiliando a sua reconstrução. (BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re)forma do Processo Penal*. Comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08, n. 11.719/08 e n. 11.900/09. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009, p. 53.)

⁶³⁵ GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Comentários às reformas do código de processo penal e da lei de trânsito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 346.

5.º da Constituição Federal. A par disso, força é desvelar, com a devida vênia, a ausência de adequação dos conspícuos esposados ao desiderato de indeferir o pleito defensivo: *i) a ausência de previsão específica no Código de Processo Penal; ii) a ausência de comprovação da necessidade excepcional da medida; iii) ser notoriamente recomendável que os acusados sejam ouvidos perante o juiz da causa; iv) constituir ônus do réu comparecer à audiência de instrução e julgamento*⁶³⁶. Contudo, essa linha de entendimento não pode prosperar, revelando-se um decisionismo posto à ilharga da legislação vigente.

Dever-se-ia consignar a efetiva existência de previsão legal para realização de interrogatório judicial no exterior em caso de não-nacionais residentes fora do território brasileiro. Nesse contexto, verifica-se a possibilidade de combinação da seguinte base normativa: arts. 370, 368 e 369, todos do Código de Processo Penal, com o Acordo entre a República Federativa do Brasil e a República Oriental do Uruguai sobre Cooperação Policial em Matéria de Investigação, Prevenção e Controle de Fatos Delituosos (Decreto n.º 6.731, de 12 de janeiro de 2009) e com o Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais do MERCOSUL (Decreto n.º 3468, de 17 de maio de 2000).

Pela simples leitura dessa legislação, conclui-se, facilmente, que as intimações dos acusados que devem tomar conhecimento de qualquer ato deverão ser observadas, no que for aplicável, o disposto no Capítulo anterior, segundo o qual, estando o acusado no estrangeiro, em lugar sabido, será citado mediante carta rogatória, suspendendo-se o curso do prazo de prescrição até o seu cumprimento, de sorte que as citações que houverem de ser feitas em legações estrangeiras serão efetuadas mediante carta rogatória, operacionalizadas, em termos administrativos, através de acordos de cooperação entre os países.

É clarividente, pois, a expressa previsão legal! Perde relevância, aqui, o entendimento segundo o qual *não há previsão específica no Código de Processo Penal*. Evidentemente, a inflação legislativa (que, no mais das vezes, se apresenta no sentido de uma máxima criminalização) encampa normas processuais em diversas leis extravagantes, as quais, não obstante suas localidades, se projetam no curso dos procedimentos penais, como ocorre, por exemplo, na Lei de Lavagem de dinheiro, ou, ainda, quando se discutia a vedação de liberdade provisória ditada pela Lei dos Crimes do Colarinho Branco.

⁶³⁶ Fl. 670 dos autos.

Malgrado estarem longe das disposições da Lei Instrumental, a experiência ordinária demonstrou suas vastas utilizações em medidas cautelares restritivas de bens e segregações preventivas. Poder-se-ia, de mais a mais, aventar-se todos os regramentos – de natureza processual, diga-se de passagem – existentes na Lei contra o Crime Organizado que são tão corriqueiros nas persecuções penais.

Nessa hipótese, impossível passar-se despercebida a (tão festejada) delação premiada, a qual *não tem previsão específica no Código de Processo Penal*, mas impulsiona inúmeras denúncias criminais. Como *não há sua hipótese específica* na Lei dos Ritos, seria viável não admitir sua introdução no processo-crime, ou, antes, seus elementos para dar suporte à denúncia? A própria existência da ação penal, ora em comento, apressou-se em responder!

Enfim, todas essas medidas não estão estipuladas no Código Instrumental de maneira particular; todavia, uma delas em especial, a delação premiada (ora tida como significativo meio de prova acusatório, com esteio processual, portanto) ocorreu no caso. Ou seja: vale uma regra para a defesa (tem de haver norma específica no Código de Processo Penal; tanto que se risca do cenário da ação penal o único momento de os acusados prestarem seus esclarecimentos); porém, outra para a Acusação Pública Federal. Uns réus são ouvidos (os colaboradores); outros não dispõem de igual oportunidade. Os ouvidos acusam; os acusados não podem se defender! Salvo se arcarem com inúmeros gastos decorrentes de uma viagem internacional, apenas para cumprirem um ato que pode ser realizado na localidade onde residem, como prevê a lei, porquanto inexistente, na nossa sistemática processual, ao menos para crimes que tais, a previsão específica de um Juízo Criminal onipresente.

Ademais, consigne-se que, dogmaticamente, inclusive, já se questionou: “E como se fazem as notificações e intimações?”⁶³⁷ Logo em seguida, a resposta sobreveio sem hesitação:

deverá ser observado, no que for aplicável, tudo quanto falamos sobre citação. Assim, se a pessoa que deve ser notificada residir no território do Juiz processante, será feita a notificação por mandado.

⁶³⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 3, p. 209.

Se residir fora, tanto o poderá ser por precatória como por rogatória (CPP, arts. 353 e 780)⁶³⁸.

De tal arte, não resta qualquer dúvida a respeito da existência de consistente base normativa prevendo a realização de interrogatório de réu não-nacional residente fora do País mediante a expedição de carta rogatória.

Diante disso, os demais pontos levantados acabam por se tornar vazios de conteúdo. Isso porque, em havendo a previsão legal, não há de cogitar-se em (i) necessidade de comprovação de uma excepcionalidade da medida; (ii) recomendação da oitiva dos acusados perante o juiz da causa; e (iii) ser ônus do réu o comparecimento à audiência de instrução e julgamento.

Com efeito, pela expressa previsibilidade em lei, o assunto não deveria gerar maiores discussões. Por tudo isso, o Egrégio Supremo Tribunal Federal já assentou que, ao súdito estrangeiro, residente em nosso País, devem ser asseguradas todas as prerrogativas do devido processo legal⁶³⁹. Além disso, o Colendo Supremo Tribunal Federal se manifestou acerca da impossibilidade de se dispensar tratamento arbitrário ou discriminatório ao réu estrangeiro não residente no País, devendo-lhe ser concedidos os direitos à ampla defesa e ao devido processo legal⁶⁴⁰.

Especificamente com relação à expedição de carta rogatória para fins de oitiva do réu, o Colendo Superior Tribunal de Justiça já houve por reconhecer a validade jurídico-penal desse ato em situações similares⁶⁴¹. Nessa esteira, nota-se

⁶³⁸ TOURINHO FILHO, *Ibid.*, p. 209.

⁶³⁹ *O súdito estrangeiro, mesmo aquele sem domicílio no Brasil, tem direito a todas as prerrogativas básicas que lhe assegurem a preservação do status libertatis e a observância, pelo Poder Público, da cláusula constitucional do due process* (Supremo Tribunal Federal – HC n.º 94016/SP – Segunda Turma – Publicação 27.02.2009 – DJe 038 – Rel. Min. CELSO DE MELLO.)

⁶⁴⁰ *A condição jurídica de não-nacional do Brasil e a circunstância de o réu estrangeiro não possuir domicílio em nosso país não legitimam a adoção, contra tal acusado, de qualquer tratamento arbitrário ou discriminatório. Precedentes. Impõe-se, ao Judiciário, o dever de assegurar, mesmo ao réu estrangeiro sem domicílio no Brasil, os direitos básicos que resultam do postulado do devido processo legal, notadamente as prerrogativas inerentes à garantia da ampla defesa, à garantia do contraditório, à igualdade entre as partes perante o juiz natural e à garantia de imparcialidade do magistrado processante.* (Supremo Tribunal Federal – HC n.º 94601/CE – Segunda Turma – Publicação 11.09.2009 – DJe 171.)

⁶⁴¹ *Constitucional. Penal. Processo penal. Habeas corpus. Crime contra a ordem tributária. Réu preso na Colômbia. Citação mediante carta rogatória. Ausência de nulidade. Interrogatório mediante carta rogatória. Ausência de previsão específica no Código de Processo Penal. Inaplicabilidade do princípio da identidade física do juiz. Garantias constitucionais e legais devidamente resguardadas. Acordo firmado entre Brasil e Colômbia para cooperação judiciária e assistência mútua em matéria penal. Decreto 3.895/2001.*

É possível a realização do interrogatório do agente em País estrangeiro, desde que resguardadas todas as garantias legais e constitucionais atinentes à espécie, notadamente quando há acordo de cooperação judiciária e assistência mútua em matéria penal devidamente firmado pelo Brasil, promulgado no ordenamento interno via Decreto. (Superior Tribunal de Justiça – HC 92.726/RS –

que o indeferimento do pedido formulado pela defesa impulsiona nulidade processual absoluta, na medida em que inviabilizou a oportunidade de os acusados exercerem sua defesa pessoal, indicando o não cometimento do delito e, conseqüentemente, de formar prova no sentido de suas absolvições, com o desvelamento da ausência de verossimilhança do descrito na exordial acusatória.

Derradeiramente, cabe, ainda, argumentar em prol da impossibilidade de se considerar a expedição da carta rogatória como ardiloso meio procrastinatório defensivo. Em primeiro lugar, é possível fixar um prazo para seu cumprimento. Em segundo lugar, o prazo prescricional, enquanto aguardar-se-ia o retorno da carta, quedaria suspenso (art. 222-A, parágrafo único, e art. 222, § 1.º, do Código dos Ritos). Finalmente, em terceiro lugar, em caso de desrespeito ao prazo estipulado, ao magistrado seria facultado o julgamento sem o retorno da carta rogatória (art. 222-A, parágrafo único, e art. 222, § 2.º, do Código de Processo Penal).

Na base do exposto, evidencia outro aspecto singular dos nossos dias correntes: os juízes querem presenciar todos os desdobramentos processuais, exercendo esse desiderato a tal ponto que suprimem a lei. Eis aqui mais um significativo exemplo de que ser “a boca da lei” já seria uma vitória, porque seria um desenvolvimento da atividade jurisdicional segundo leis democraticamente produzidas e materialmente válidas e não de acordo com a consciência do magistrado, que cria suas próprias regras para o processo penal, ignorando aquelas produzidas democraticamente, inclusive em sede de cooperação internacional.

3.3 A Hermenêutica Filosófica Utilizada para a Superação do Esquema Sujeito-Objeto Inerente ao Positivismo: há saída para a crise do juiz solipsista?

Passados mais de vinte anos da promulgação da Constituição Federal, é indispensável, por força de seu texto e da (dupla) crise vivenciada pelo Direito Penal, ter-se presente, no cenário jurídico, uma Teoria da Decisão Judicial que apresente, em sua essência, uma Teoria de Princípios⁶⁴². Em todos os sentidos, deve-se, aqui,

Quinta Turma – DJ 07.02.2008 – Rel. Min. JANE SILVA.) [...] *o interrogatório, direito sagrado do réu, deve ser garantido a todos os acusados, sejam brasileiros ou não, residentes no território nacional ou no estrangeiro. Se os pacientes residem no exterior e se testemunhas arroladas lá serão ouvidas, em princípio não diviso óbice ao atendimento do pedido de realização do interrogatório na Suíça, onde estão domiciliados.* (Superior Tribunal de Justiça – HC 132.102/SP – Decisão 07.05.2009 – Rel. Min. CELSO LIMONGI.)

⁶⁴² STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto – as garantias penais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 10.

compreender que o Direito nasce, justamente, na e pela decisão judicial, ou melhor, ele ganha vida, em verdade, na e pela motivação judicial. Sem dúvida, é ela que evidencia a análise do caso com suas particularidades pelo enfrentamento da prova produzida em contraditório, dando-se-lhe o tratamento normativo adequado (por meio de uma filtragem constitucional). Com efeito, a decisão judicial exige o tratamento a partir dos princípios jurídicos. Nessa visão, os princípios devem assumir “uma dimensão normativa de base”⁶⁴³.

De quebra, considera-se que se apresenta de todo indispensável encampar a Teoria da Resposta Adequada como solução ao problema do juiz solipsista, que se coloca (seriamente) agravado pela expansão do Direito Penal. Isso porquanto esse crescimento importa a introdução de delitos gerados a partir de normas penais em branco, assim como possibilita ser a mídia relevante fator externo de pressão psicológica sobre os juízes. Não há negar-se que existe uma enxurrada de normas penais em branco permissivas de interpretações arbitrárias, na direção segundo a qual cada magistrado, no julgamento das causas criminais, poderia, ante a necessidade da busca complementar de conceitos, dar o complemento que bem quisesse. Isso tudo potencializado pelo trabalho midiático de alguns programas sensacionalistas. O subjetivismo tem o caminho aberto.

É de rigor ver-se a decisão judicial, assim, sempre à luz de um princípio. Na base disso, é possível concluir-se que apenas haverá uma resposta correta (ou seja: a adequada à Constituição Federal) nas hipóteses nas quais seja possível dela extrair um princípio⁶⁴⁴. Sua motivação, em síntese, deve representar a aplicação de um princípio ao caso. Daí dizer-se que “uma decisão judicial – hermeneuticamente correta – se sustenta em uma comunidade de princípios⁶⁴⁵”. Segundo Streck e Tomaz de Oliveira, essa constatação apresenta sérias implicações, sobretudo por assentar que, ao refundar a sociedade a partir de um regime democrático (1988), houve o nascimento de uma comunidade política embebida em princípios com fortes conteúdos de moralidade⁶⁴⁶. Trata-se da co-originariedade entre Direito e Moral, isto é, “o espaço em que se forma o discurso jurídico é, desde-já-sempre, tomado por

⁶⁴³ Ibid., p. 10.

⁶⁴⁴ Ibid., p. 11.

⁶⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto - as garantias penais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 11.

⁶⁴⁶ Ibid., p. 11.

um espectro de moral pública⁶⁴⁷”. Tem-se de advertir, contudo, que essa moral não se confunde com conteúdos morais de caráter privado. Em realidade, o sentido da moralidade de uma comunidade política – pensado pelos autores acima referidos – se refere a um contexto no qual

uma composição jurídica que desde sempre sofre os influxos dessa moralidade, mas não está a serviço de uma crença pessoal ou da representação subjetiva de uma consciência isolada possui da sociedade. Essa moralidade é instalada no espaço público sendo, por isso, desde sempre uma moral compartilhada⁶⁴⁸.

Sob todos os títulos, todas as decisões jurídicas têm o dever de se embasarem nesses princípios⁶⁴⁹. Entende-se, aqui, que essa cogência se origina da imperiosidade inclusa no próprio texto constitucional (inciso IX do artigo 93). Sendo assim, a motivação tão-somente será constitucionalmente válida se embasada nesses valores morais compartilhados, entre os quais se encontra a (nossa) escolha por um sistema penal acusatório. Esclarece-se, contudo, que esse sistema, pela adoção do Estado Democrático (e Social) de Direito, deve receber uma releitura, a fim de a motivação receber um papel primordial e fundante. Não se pode mais concebê-lo sem esse viés, ou seja, adotá-lo com a sua estrutura inicial em que a motivação aparecia como algo inexpressivo, estando suas atenções só voltadas à capacidade do juiz de gestão da prova. É por intermédio da motivação que todo esse conjunto principiológico (“igualdade, o Estado de Direito, o Republicanismo, entre outros”)⁶⁵⁰ ganha vida, podendo a sociedade e as partes verificarem se o Poder Judiciário se desenvolve de forma legítima – é dizer, de maneira adequada à Constituição Federal. Ao lado do grau de relevância alçado à capacidade da produção da prova, deve estar, indiscutivelmente, a exigência de uma motivação enquanto o acontecer da síntese hermenêutica da aplicação, pois

com a projeção filosófica a que a hermenêutica jurídica é submetida, inevitavelmente aproxima o direito da experiência do real, não sendo mais admitido trabalhar a compreensão e a interpretação dissociadas

⁶⁴⁷ Ibid., p. 11.

⁶⁴⁸ Ibid., p. 12.

⁶⁴⁹ Ibid., p. 11.

⁶⁵⁰ Ibid., p. 11.

da aplicação, como se cada uma delas pudesse ser uma fatia independente⁶⁵¹.

Em sendo assim, busca-se eliminar a subjetividade do magistrado, que ainda está preso ao paradigma da filosofia da consciência (e tem campo aberto para desenvolvê-la pelos atores da expansão do Direito Penal), cujo reforço está assentado no imaginário segundo o qual há “lacunas no Direito” e, por força disso, a solução passaria pelo poder de escolha dos juízes em determinar “o princípio geral do direito” incidente ao caso. Inegavelmente,

o senso comum teórico dos juristas trata do problema como se estivéssemos, ainda, sob a égide da metodologia novecentista que operava com um sistema em que princípios gerais eram chamados para atuar nos casos em que o modelo de regras não fosse suficiente para resolver problemas da realidade⁶⁵².

Hodiernamente, os princípios recuperam o mundo prático, dando cotidiano à regra e devolvendo ao seu ôntico a espessura⁶⁵³. Sem dúvida, isso se coloca assaz relevante, porque a regra se concretiza com um caráter universal, abstrato e genérico, sendo o princípio, nessa área de visão, “uma espécie de redenção da existência singular da regra”⁶⁵⁴. Impossível esquecer-se de que a regra, em realidade, proporciona a abertura da interpretação, na medida em que tem uma perspectiva universalizante de abarcar todos os casos mundanos. Todavia, a regra não açambarca nenhum, pois esboça possibilidades abstratas e frias de concretude no mundo vivido⁶⁵⁵. O tipo penal, como o *subtrair* (art. 155 do Código Penal) e o *sonegar impostos* (art. 1.º da Lei n.º 8.137/90), por exemplo, não se vinculam a um furto e a uma sonegação. Tratam tão-só de regular os casos nos quais alguém furta coisa alheia e outro sonega impostos, determinando a repercussão criminal dessas ações. Os princípios, nesse cenário, trazem à análise o mundo prático na sua singularidade. Eles, os princípios, individualizam a aplicação, trazem as

⁶⁵¹ ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007. p. 213.

⁶⁵² STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto – as garantias penais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 10.

⁶⁵³ *Ibid.*, p. 14.

⁶⁵⁴ *Ibid.*, p. 14.

⁶⁵⁵ *Ibid.*, p. 15.

particularidades do caso à decisão, dando-se todo esse contexto no campo de abrangência da motivação judicial. São os princípios, pois, a própria *applicatio*⁶⁵⁶.

Em vista de todo o exposto – e tendo-se à frente a conclusão de Streck e Tomaz de Oliveira –, há uma diferença entre *decisão* e *escolha*, porquanto não se cuida de sinônimos, sobretudo em matéria jurídica⁶⁵⁷. Em virtude dos princípios, a decisão não pode ser compreendida como um ato no qual o magistrado, à vista de diversas possibilidades, escolhe a solução que melhor lhe afigure. Tem-se de levar em linha de conta o papel exercido pelo princípio no instante no qual se profere a decisão judicial. A escolha, enquanto eleição por alguma possibilidade, é um ato que avulta diante de várias perspectivas, o que se lhe encampa um quê de parcialidade. Por isso, a escolha, no Direito, está presa à ideia de discricionariedade⁶⁵⁸. Concluindo, “quando se diz que o juiz possui poder discricionário para resolver os ‘casos difíceis’, o que se afirma é que, diante de várias possibilidade de solução do caso, o juiz pode escolher aquela que melhor lhe convier”⁶⁵⁹. Sob outro ângulo, cumpre-se assentar que

a decisão não se dá a partir de uma escolha, mas sim, a partir do comprometimento com algo que se antecipa. No caso da decisão jurídica, esse algo que se antecipa é a compreensão daquilo que a comunidade política constrói como Direito⁶⁶⁰.

De tal arte, imperioso observar-se o Direito enquanto fruto de uma comunidade política inserta em princípios. Disso resulta que a decisão judicial deve estar comprometida com esses valores. Encontra-se presente, no magistrado, um dever de vínculo com esse conjunto principiológico. Vem à luz, assim, a figura hermenêutica da pré-compreensão. Para decidir, incumbe ao magistrado estar amparado pelo pressuposto da comunidade política de princípios. Parte-se disso. Sua resposta será correta, nesse sentido, se adequada desde sempre à Constituição Federal, a qual representa a materialização dos valores essenciais da comunidade política⁶⁶¹. Consequentemente, a decisão jurídica não pode ser

⁶⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto – as garantias penais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 15.

⁶⁵⁷ Ibid., p. 15.

⁶⁵⁸ Ibid., 15-16.

⁶⁵⁹ Ibid., p. 16.

⁶⁶⁰ Ibid., p. 16.

⁶⁶¹ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto – as garantias penais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 16.

compreendida como um processo de escolha do magistrado em relação a uma pluralidade de possibilidades para realizar a entrega da prestação jurisdicional. Em realidade, é de rigor considerá-la como o processo de interpretação adequado ao sentido do Direito estabelecido pela comunidade política⁶⁶², o que passa, inexoravelmente, pelo estudo da hermenêutica filosófica, em especial pelos escritos de Heidegger e Gadamer.

3.3.1 Filosofia Hermenêutica de Heidegger

É de ver-se, no particular enfocado, que, a partir de Heidegger, a hermenêutica deixou de ser normativa, passando, de quebra, ao campo da filosofia, sendo a compreensão, nesse contexto, entendida como estrutura ontológica do *Dasein*⁶⁶³, “elemento unitário que precede todo o dualismo a partir do qual será possível criticar o cartesianismo e toda a tradição metafísica calcada no *fundamentum inconcussum*”⁶⁶⁴.

Com isso, esse autor, em linhas gerais, objetivou,

a partir de uma crítica radical à tradição filosófica, da metafísica ocidental que se origina em Platão – dar um novo rumo, um novo sentido à filosofia, que fosse também a busca de algo mais originário, mais fundamental: a retomada da ontologia, a superação do “esquecimento do Ser”, que teria se produzido nessa tradição⁶⁶⁵.

Em tal passo, veja-se que, “para Heidegger, o novo era apontar para um logos que não fosse apofântico, um logos do modo de ser no mundo, um modo concreto de compreender”⁶⁶⁶. Estava presente, pois, sua adversidade à metafísica, com a volta do debate sobre o ser, constituindo-se em uma posição fundamentalmente nova.

Sua crítica deriva-se da caracterização da tradição metafísica como essencialista, que, contudo, confunde *ser* e *ente*, dividindo o primeiro em substância e acidente, promovendo, ainda, sua classificação e categorização. Com isso, a

⁶⁶² Ibid., p. 16.

⁶⁶³ Cfe. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 196.

⁶⁶⁴ STRECK, Lenio. Heidegger, Martin, 1889-1976. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: UNISINOS, 2006. p. 427.

⁶⁶⁵ MARCONDES, Danilo. **Iniciação à história da filosofia**: dos Pré-Socráticos a Wittgenstein. 4. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997. p. 266.

⁶⁶⁶ STRECK, Lenio. Heidegger, Martin, 1889-1976. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: UNISINOS, 2006. p. 427.

pergunta sobre o ser se transformou no questionamento acerca das coisas que existem⁶⁶⁷.

Segundo Heidegger, é de notar-se que

a metafísica diz o que é o ente enquanto ente. Ela contém um lógos (enunciação) sobre o ón (o ente)... A metafísica, porém, representa a entidade do ente de duas maneiras: de um lado a totalidade do ente enquanto tal, no sentido dos traços mais gerais (òn, kathólou, koinón); de outro, porém, e ao mesmo tempo, a totalidade do ente enquanto tal, no sentido do ente supremo e por isso divino (òn kathólou, akrótaton, theion)⁶⁶⁸.

Essa foi a tendência predominante na metafísica ocidental para a qual Heidegger considerou indispensável recuperar a ontologia⁶⁶⁹. Por meio do autor, “o ser passa a ter uma característica fundamentalmente hermenêutica, referindo-se ao modo como nós, num movimento de profundidade, aproximamo-nos dos entes, já sempre os compreendendo em seu ser”⁶⁷⁰. Daí que “com o ser chegamos aos entes. O ser existe para dar sentido aos entes. Não vemos o ser; vemos o ente no seu ser”⁶⁷¹.

Ao romper com a substância e a subjetividade marcantes do pensamento ocidental, Heidegger visou a superar o esquema sujeito-objeto, desdobrando um método fenomenológico, cujo ser-aí não é substância, tampouco sujeito. Disso decorre o dado de o método fenomenológico se conformar com a estrutura do ser-aí. A ontologia dele emergente, por sua vez, será, formal e constitutivamente, vinculada, em essência, ao ser-aí. Surge, então, um movimento circular possível no método fenomenológico, o qual se materializa em virtude de o ser-aí, que é abertura, revelação, iluminação, clareza (por força de seu próprio aí), revelar o que se mostra e como a partir de si se manifesta. Existe um movimento circular da compreensão⁶⁷²: Heidegger “não chegou propriamente ao conceito de “círculo hermenêutico”, mas demonstrou a “estrutura circular” fundamental da

⁶⁶⁷ Cfe. MARCONDES, Danilo. **Iniciação à história da filosofia**: dos Pré-Socráticos a Wittgenstein. 4. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997. p. 266.

⁶⁶⁸ HEIDEGGER, Martin. **Que é metafísica?** Trad. Ernildo Stein. In: *Os pensadores*. São Paulo: Nova Cultural, 1991, p. 61.

⁶⁶⁹ Cfe. MARCONDES, op. cit., p. 266.

⁶⁷⁰ STRECK, Lenio. Heidegger, Martin, 1889-1976. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: UNISINOS, 2006. p. 427.

⁶⁷¹ Ibid., p. 427.

⁶⁷² Cfe. STEIN, Ernildo. **Compreensão e finitude**: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana. Ijuí: Unijuí, 2001. p. 243-246.

compreensão”⁶⁷³.

Afirma Kaufmann cuidar-se o círculo hermenêutico *de la cuestión en torno de la originaria remisión entre el texto significado y lo que significa; entre el lenguaje y la cosa en él mentada. La comprensión de una parte presupone ya la precomprensión del todo; pero ésta sólo se logra a través de la parte*⁶⁷⁴.

É dizer:

a compreensão tem um caráter existencial e como a compreensão prévia do ser faz parte do projeto existencial: a compreensão é um modo do ser-aí, um existencial. A compreensão é apropriada abertura do ser-no-mundo. Toda teoria, o ver, o compreender são derivados dessa compreensão existencial, que é a própria luz, iluminação, abertura, revelação do ser-aí⁶⁷⁵.

O círculo hermenêutico é um ponto basilar da compreensão e (de igual sorte) da interpretação, porquanto mister se faz levar em linha de conta que toda a interpretação, que deve se seguir para a compreensão, necessita já ter compreendido o que vai expor. Sem dúvida, não é a interpretação que, desde logo, conduz algo à compreensão; muito antes, pressupõe-se uma compreensão e significa elaboração explícita do que foi compreendido, de modo que se interpreta o mundo já compreendido. Por isso, a compreensão está inclusa na constituição ôntica existencial do ser-aí (*Dasein*)⁶⁷⁶.

Em sendo a compreensão um existencial,

toda a compreensão que emerge da explicação é derivada, já que não existe explicação sem a prévia compreensão. O sentido que atingimos pela explicação já nos acompanha, de algum modo, na própria explicação, possibilitando-a. O sentido faz parte da própria estrutura prévia da compreensão, portanto, da estrutura do ser-aí, enquanto aquela é seu existencial⁶⁷⁷.

No curso disso, pondera Gadamer que toda interpretação correta deve se proteger da arbitrariedade de intuições repentinas e da estreiteza dos hábitos de

⁶⁷³ CORETH, Emerich. **Questões fundamentais de hermenêutica**. Trad. Carlos Lopes de Matos. São Paulo: EPU, p. 81, 1973.

⁶⁷⁴ KAUFMANN, Arthur. Sobre la argumentación circular en la determinación del derecho. *In: Persona y Derecho. Revista de Fundamentación de las instituciones jurídicas y de derecho humanos*, Navarra, n. 29, 1993, p. 26.

⁶⁷⁵ STEIN, Ernildo. **Compreensão e finitude**: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana. Ijuí: Unijuí, 2001. p. 246.

⁶⁷⁶ Cfe. CORETH, op. cit., p. 83-85.

⁶⁷⁷ STEIN, Ernildo. **Compreensão e finitude**: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana. Ijuí: Unijuí, 2001. p. 246-247.

pensar imperceptíveis, voltando seu olhar para ‘as coisas elas mesmas’. É de rigor assentar-se, nesse aspecto, que esse “deixar-se determinar pela própria coisa” não pode se constituir ao intérprete em uma decisão heróica. Em realidade, coloca-se como a tarefa primeira, constante e última, porquanto o importante é manter a vista atenta à coisa por intermédio de todos os desvios a que esteve constantemente submetido o intérprete em virtude das ideias que lhe ocorrem. De tal arte, quem quiser compreender um texto realiza sempre um projetar. Tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete antevê um sentido do todo. Naturalmente, o sentido somente se manifesta, porque quem lê o texto o faz a partir de determinadas expectativas, assim como na perspectiva de um sentido determinado. Disso resulta que a compreensão do posto no texto consiste precisamente na elaboração desse projeto prévio, que tem de ser constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração do sentido. Assim, a interpretação começa com conceitos prévios que serão substituídos por outros mais adequados. Todo esse constante reprojeter perfaz o movimento de sentido do compreender do interpretar, que é o processo descrito por Heidegger⁶⁷⁸.

Impende-se considerar que a compreensão faz parte do modo de ser-no-mundo. Porque estamos no mundo, existe uma compreensão capaz de se antecipar a qualquer tipo de explicação. Nesse passo, tem-se que o ser humano é compreender; ele tão somente se faz pela compreensão. O compreender é um existencial, uma categoria pela qual o homem se constitui. E, na medida em que o compreender se explicita, ele é interpretado. Interpretar, pois, é o expor.

Frise-se, ainda, que, no problema jurídico, o círculo representa,

por un lado, la concreta situación de la vida (Lebenssachverhalt) solo es comprensible en su dimensión jurídica, si se la pone en relación con la(s) norma(s) jurídica(s) que se corresponde con aquella; por otro, el sentido de la norma jurídica sólo se descifra a través de la comprensión de la situación vital⁶⁷⁹.

Impossível passar despercebido, nesse lanço, que “a diferença ontológica e o círculo hermenêutico articulam-se em um mesmo movimento, que se tornarão a

⁶⁷⁸ Cfe. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Trad. Flávio Paulo Meurer. 6. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1997. p. 355-356.

⁶⁷⁹ KAUFMANN, Arthur. Sobre la argumentación circular en la determinación del derecho. **Persona y Derecho. Revista de Fundamentación de las instituciones jurídicas y de derecho humanos**, Navarra, n. 29, p. 26, 1993.

chave do pensamento filosófico de Heidegger e de todos os que o seguiram”⁶⁸⁰. Aqui, descabe qualquer crítica no sentido de ser vicioso o círculo hermenêutico, uma vez que esse entendimento seria encampar, desde o início, uma forma errada da noção de compreender, pondo-a dentro de um esquema sujeito-objeto. Correto é que o movimento circular não se apresenta metódico, mas, em verdade, descreve um movimento ontológico estrutural do compreender⁶⁸¹. O círculo representa, em última análise, a ideia do conhecimento como articulação de uma pré-compreensão originária.

Nota-se que esse autor considera o termo ontologia em um sentido formal e amplo, com o que o método não pode ser fornecido por nenhuma das ontologias então existentes, na medida em que anunciou surgir uma disciplina vinculada às necessidades objetivas de problemas específicos, assim como ao modo de tratamento reclamado pelas coisas em si mesmas⁶⁸². De efeito, ocorreu a desconstrução da ontologia clássica, sendo dois conceitos inseridos por Heidegger nesse contexto: o cuidado (*Sorge*, com sua tríplice estrutura: ser adiante de si mesmo, já sempre no mundo, junto das coisas) e a temporalidade (*Zeitlichkeit*, considerada futuro, passado, presente)⁶⁸³.

De tal modo, tem-se como certo que, para Heidegger, a ontologia fundamental se situou na busca pelo sentido do ser, com o que, nesse cenário, apareceu o *Dasein* como o ente que compreende o ser⁶⁸⁴. Dizendo melhor:

a questão sobre o sentido do ser só é possível quando se dá uma compreensão do ser. O sentido articula-se simbolicamente. Encontramos o *Dasein* na estrutura simbólica do mundo. O *Dasein* se comporta compreendendo. A compreensão do ser pertence ao modo de ser deste ente que denominamos *Dasein*⁶⁸⁵.

Nesse cenário, registre-se que a expressão “ôntico” indica tudo o que existe, ao passo que “ontológico” designa o pensar curioso, espantado e assustado acerca do fato

⁶⁸⁰ STRECK, Lenio. Heidegger, Martin, 1889-1976. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: UNISINOS, 2006. p. 427.

⁶⁸¹ Cfe. KAUFMANN, Arthur. Sobre la argumentación circular en la determinación del derecho. **Persona y Derecho. Revista de Fundamentación de las instituciones jurídicas y de derecho humanos**, Navarra, n. 29, p. 27-28, 1993.

⁶⁸² Cfe. STEIN, Ernildo. **Compreensão e finitude**: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana. Ijuí: Unijuí, 2001. p. 162-163.

⁶⁸³ Cfe. STRECK, Lenio. Heidegger, Martin, 1889-1976. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: UNISINOS, 2006. p. 428.

⁶⁸⁴ Cfe. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 196.

⁶⁸⁵ *Ibid.*, p. 197.

da existência do eu e de qualquer outra coisa. O *Dasein*, por isso, significa que nós não apenas somos, mas percebemos que somos, estando sempre abertos ao futuro⁶⁸⁶.

Pode-se afirmar, nessa perspectiva,

na medida em que o homem se percebe a si mesmo como ser ao qual é posto em questão próprio ser na sua vida factual, não é um ser objetivo no meio dos outros, mas um ser presente a si e aos outros pela incerteza do seu próprio ser. A esta forma, no qual o ser sob todas as suas formas é problema, chama Heidegger o *Dasein*⁶⁸⁷.

Em resumo, *dasein* “significa, pois: nós não apenas somos, mas percebemos que somos”⁶⁸⁸, como se disse alhures.

Dentro dessa perspectiva, a explicitação do sentido do ser não pode partir de nenhum método tradicional (porque a tradição encampou o velamento, a dissimulação e a distorção do sentido do ser do ente), surgindo, por isso, a fenomenologia como um novo instrumento à ontologia⁶⁸⁹. Assim, a fenomenologia coloca-se como a pesquisa daquilo que se apresenta a partir de si mesmo, isto é, aquilo que se apresenta como fonte última de todo o mostrar-se. Daí que a fenomenologia é uma recondução do olhar do ente para seu ser, de sorte a ser o espaço hermenêutico específico da filosofia, ou seja, o espaço da revelação dos entes dado no espaço de revelação do ser⁶⁹⁰.

Tendo-se em vista que sua investigação se projeta na direção do sentido de ser, ela, necessariamente, encontra-se dentro da questão fundamental da filosofia em geral, sendo o modo de tratar essa questão fenomenológica. Na ótica do autor, o termo “fenomenologia” exprime a expressão “para as coisas elas mesmas”⁶⁹¹.

Com efeito,

Heidegger vai fazer da fenomenologia uma hermenêutica e do logos uma hermenêutica de caráter compreensivo, em lugar do teórico, abstrato, lógico. Ou seja, a fenomenologia heideggeriana terá um

⁶⁸⁶ SAFRANSKI, Rüdiger. **Heidegger**: um mestre da Alemanha entre o bem e o mal. Trad. Lya Luft. São Paulo: Geração, 2005. p. 190.

⁶⁸⁷ TROTIGNON, Pierre. **Heidegger**. Tradução de Armindo José Rodrigues. Lisboa: Edições 70, 1982. p. 16. (Biblioteca Básica de Filosofia).

⁶⁸⁸ STRECK, Lenio. Heidegger, Martin, 1889-1976. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: UNISINOS, 2006. p. 428.

⁶⁸⁹ Cfe. STEIN, Ernildo. **Compreensão e finitude**: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana. Ijuí: Unijuí, 2001. p. 170.

⁶⁹⁰ Cfe. OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 1996. p. 208.

⁶⁹¹ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. São Paulo: Universitária São Francisco, 2006. p. 66.

duplo nível: no nível hermenêutico, de profundidade, a estrutura da compreensão; no nível apofântico, os aspectos lógicos, expositivos⁶⁹².

Realmente, Heidegger projeta seus esforços na direção da volta do ser, realizando pesquisa do sentido do ser enquanto desvelamento, manifestação, motivo pelo qual se faz indispensável uma análise ontológica e hermenêutica que revele o *Dasein*. Atente-se aqui que, sendo o homem o único ente que busca o ser, o *Dasein* substitui, em específico, “o sujeito, o “eu”, principalmente devido ao sentido que tais termos adquiriram na filosofia da consciência”⁶⁹³.

Por consequência, “a fenomenologia hermenêutica permite superar o esquema sujeito-objeto que tem tornado, historicamente, o pensamento jurídico refém dos paradigmas objetivista aristotélico-tomista e da subjetividade”⁶⁹⁴. Inquestionavelmente, Heidegger foi uma figura impulsionadora de uma desconfiança “quanto à noção de que a essência do homem é ser um conhecedor de essências”⁶⁹⁵.

De outro lado, a manifestação epocal da linguagem como (mera) informação pressupõe, para Heidegger, o paradigma das teorias da consciência e da representação, com o que ele almeja fazer um retrocesso, para pensar a relação originária do homem com a linguagem. Consequentemente, deve-se superar a postura objetificante na consideração da linguagem, a qual deixa de ser um objeto presente diante de nós, para, enfim, ser levado em consideração que todo o pensar se movimenta na e pela linguagem, em uma abertura de um espaço linguisticamente mediado, onde se abrem perspectivas para a experiência do mundo e das coisas. Sendo assim, vislumbra-se que nosso ser-no-mundo é linguisticamente mediado, de sorte que é por intermédio da linguagem que a manifestação dos entes a nós tem sua ocorrência⁶⁹⁶.

O ser-no-mundo visa a referir-se a um fenômeno de unidade; entretanto, esse objetivo não exclui a multiplicidade de momentos estruturais que compõem esta constituição, sendo possível uma tríplice visualização, através da qual se pode ressaltar o seguinte: (i) o “em-um-mundo”: impõe-se indagar sobre a estrutura

⁶⁹² STRECK, op. cit., p. 427.

⁶⁹³ Cfe. MARCONDES, Danilo. **Iniciação à história da filosofia**: dos pré-socráticos a Wittgenstein. 4. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997. p. 267.

⁶⁹⁴ STRECK, Lenio. Heidegger, Martin, 1889-1976. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: UNISINOS, 2006. p. 428.

⁶⁹⁵ RORTY, Richard. **A filosofia e o espelho da natureza**. Trad. Jorge Pires. Lisboa: Dom Quixote, 1988. p. 284.

⁶⁹⁶ Cfe. OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 1996. p. 207-215.

ontológica de mundo e determinar a ideia de mundanidade como tal; (ii) o “ente”: investiga-se, aqui, a interrogação “quem?” e está no modo da cotidianidade mediana da presença; e (iii) o “ser-em”, no qual se deve expor a constituição ontológica do próprio “em”. Veja-se que todo destaque de uma desses instantes significa destacar também os demais; ou seja, significa ver, cada vez mais, todo o fenômeno⁶⁹⁷.

Estamos inseridos na subjetividade, porque, somente onde a linguagem existe, o ente pode se revelar como ente. Em face disso, pode-se afirmar que a compreensão e a linguagem pertencem à esfera do desvelamento dos entes que radica na essência da linguagem enquanto casa do ser. A linguagem, portanto, surge como a articulação da abertura originária do ser-no-mundo, sendo responsável pelo evento do desvelamento⁶⁹⁸.

Encerrando esse tópico, cumpre-se realçar que a verdade não se coloca como uma questão de método, mas como uma questão relativa à manifestação do ser, para um ser cuja existência consiste na compreensão do ser, com o que “ser, verdade, vida e história são concebidos a partir da temporalidade absoluta, e não da temporalidade enquanto qualidade de um eu a-histórico e transcendental, próprios da metafísica”⁶⁹⁹.

3.3.2 Gadamer e o Caráter Produtivo da Hermenêutica

A partir de Heidegger é que a obra de Gadamer vai afirmar não ser a linguagem uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e o objeto. Nessa senda, a linguagem se coloca como totalidade, onde o *Dasein* se localiza e age, sendo esse marcado, na relação sujeito-sujeito, pela anterioridade. A interpretação, por sua vez, proporciona a apropriação da totalidade do mundo, o que representa, em essência, a pretensão de universalidade da hermenêutica de Gadamer⁷⁰⁰. É inegável, em todos os ângulos, a necessidade de interpretar: “rolamos a pedra até o limite do logos apofântico e, imediatamente, somos jogados de volta à nossa condição de possibilidade: o logos hermenêutico. Repita-se: estamos, pois, condenados a interpretar”⁷⁰¹.

⁶⁹⁷ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. São Paulo: Editora Universitária São Francisco, 2006. p. 99.

⁶⁹⁸ Cfe. OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta Lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 1996. p. 207-215.

⁶⁹⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 205.

⁷⁰⁰ *Ibid.*, p. 208-209.

⁷⁰¹ STRECK, Lenio Luiz. Interpretando a Constituição: Sísifo e a tarefa do hermeneuta: a filosofia no

Importante observar-se que “Gadamer vai inaugurar a chamada hermenêutica filosófica, investigando um caminho inverso daquele percorrido por Heidegger, ou seja, a ‘ontologia da pré-estrutura do compreender’ heideggeriano é substituída pela ‘historicidade do compreender”⁷⁰².

Com efeito, para o autor, ser que pode ser compreendido é linguagem. Tudo o que se pode compreender se trata de linguagem, pois ela é tal que, por si mesma, dá a compreensão. Nesse passo, a palavra somente é palavra em virtude do que nela vem à fala; apenas faz-se presente em seu próprio ser sensível para subsumir-se no que é dito. De modo inverso, também o que vem à fala não é algo dado de antemão e desprovido de fala; recebe, todavia, na palavra sua própria determinação⁷⁰³.

A par disso, forçoso admitir-se que também aquilo que vem ao encontro de nosso conhecimento histórico a partir da tradição ou como tradição (o significado de um evento ou o sentido de um texto) não é um objeto em si, fixo, que deva simplesmente ser constatado. A consciência histórica incluía, de igual sorte, a mediação entre passado e presente. Ao reconhecer o caráter de linguagem como o *medium* universal dessa mediação, o questionamento ultrapassou seus pontos de partida concretos, a crítica à consciência estética e histórica, e a hermenêutica que deveria ocupar seu lugar, adquirindo a dimensão de um questionamento universal⁷⁰⁴.

Eis aí, como se disse, sua nota de universalidade, e isso porque, segundo Gadamer, “a linguagem é o médium universal em que se realiza a própria compreensão. A forma de realização da compreensão é a interpretação”⁷⁰⁵.

Dentro dessa perspectiva, compreender e interpretar se subordinam, em campo específico, à tradição da linguagem, ao mesmo tempo em que, entretanto, ultrapassam essa subordinação, não somente porque todas as criações culturais da humanidade, mesmo as que não pertencem ao âmbito da linguagem, querem ser entendidas desse modo, mas pela razão muito mais fundamental de que tudo que é

direito e a filosofia do direito. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 5, p. 143, 2007.

⁷⁰² ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 208.

⁷⁰³ Cfe. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**. Traduzido por: Flávio Paulo Meurer. Revisão de Enio Paulo Giachini. 6. ed. São Paulo: Vozes, 2004. p. 612-613.

⁷⁰⁴ *Ibid.*, p. 613.

⁷⁰⁵ *Ibid.*, p. 503.

compreensível precisa se tornar acessível à compreensão e à interpretação⁷⁰⁶.

Aquele que é vazio de linguagem (ou condição de realizar a nomeação de algo) tem seu acesso a esse algo obstruído, na medida em que é carente da compreensão. Por isso, não há sentido em se questionar acerca da efetiva existência do ser. Importante é o questionamento sobre o ser enquanto compreendido/sentido/interpretado. É indubitável, destarte, que estamos mergulhados em um mundo que se apresenta na e pela linguagem, com o que algo só é algo se podemos dizer que é algo. Apresenta-se a linguagem como o ponto determinante da compreensão e do próprio objeto hermenêutico, porquanto o existir já é um ato de compreender e um interpretar⁷⁰⁷.

Nisso reside o motivo pelo qual Gadamer vai ponderar que a

linguagem não é somente um dentre muitos dotes atribuídos ao homem que está no mundo, mas serve de base absoluta para que os homens tenham mundo, nela se representa mundo. Para o homem, o mundo está aí como mundo numa forma como não está para qualquer outro ser vivo que esteja no mundo. Mas esse estar-aí do mundo é constituído pela linguagem⁷⁰⁸.

E, nesse particular,

ter mundo significa comportar-se para com o mundo. Mas comportar-se para com o mundo exige, por sua vez, manter-se tão livres, frente ao que nos vem ao encontro a partir do mundo, que se possa colocá-lo diante de nós tal como é. Essa capacidade representa ao mesmo tempo ter mundo e ter linguagem. Com isso, o conceito de mundo se opõe ao conceito de mundo circundante, que se pode atribuir a todos os seres vivos do mundo⁷⁰⁹.

Relevante é observar-se, ademais, que a interpretação trabalha sempre com conceitos prévios, os quais, no mais das vezes, são substituídos progressivamente por outros mais adequados⁷¹⁰ (isso dá uma nota de produção no processo hermenêutico da compreensão). Atente-se, por complemento, que a linguagem nunca é interpretada de maneira acabada, podendo, sob certo aspecto,

⁷⁰⁶ Ibid., p. 523.

⁷⁰⁷ Cfe. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 209.

⁷⁰⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**. Traduzido por: Flávio Paulo Meurer. Revisão de Enio Paulo Giachini. 6. ed. São Paulo: Vozes, 2004. p. 503.

⁷⁰⁹ Ibid., p. 572.

⁷¹⁰ Cfe. STRECK, op. cit., p. 210.

problematizar ou destruir o paradigma vigente⁷¹¹. De outro curso,

a interpretação pode propor implícita ou explicitamente utilizações de conceitos que surgem como novos à representação habitual, no seio de um comportamento lingüístico paradigmático. Neste caso, ele deve dirigir-se à aceitação. Se esta tem lugar, alarga-se então o paradigma. A interpretação surge como possível. O domínio da experiência possível é alargado, graças à explicitação de um conceito; uma contradição que se revela no sistema pode talvez assim remediar-se. Um texto pode também, graças a semelhante interpretação, para além de um horizonte da experiência, em confronto com o qual parecia estar em contradição, tornar-se compreensível⁷¹².

No desenvolvimento do trabalho com conceitos prévios é que, em certo sentido, se pode constatar o enlace da obra de Gadamer com o círculo hermenêutico proposto por Heidegger, conforme se percebe neste trecho: “que a interpretação comece com conceitos prévios que serão substituídos por outros mais adequados; justamente todo esse constante reprojeter que perfaz o movimento de sentido do compreender do interpretar é o processo descrito por Heidegger”⁷¹³. Portanto, no momento da realização da compreensão, o círculo do todo e das partes não se dissolve; na realidade, ele alcança sua realização mais autêntica, pondera o autor⁷¹⁴.

Igualmente, é na obra de Gadamer que se conclui o fato de a hermenêutica filosófica nem de longe viabilizar o arbítrio na interpretação. E isso, basicamente, em virtude de dois motivos: por primeiro, a compreensão apenas alcança sua verdadeira possibilidade nos casos em que as opiniões prévias não forem arbitrarias; e, por segundo, sempre que se interpreta um texto, por exemplo, se coloca indispensável que, desde o início, deixe o texto dizer seu sentido ao intérprete.

Digno de nota que, conforme Gadamer, preconceito não pode significar falso juízo, porquanto seu conceito permite que ele possa ser valorizado positiva ou negativamente⁷¹⁵. Além do mais, registre-se que a antecipação de sentido – a qual guia nossa compreensão de um texto – não é um ato da subjetividade, pois se determina a partir da comunhão que nos une com a tradição, o que deve ser

⁷¹¹ Cfe: SIMON, Josef. **Filosofia da linguagem**. Trad. Artur Morão. Rio de Janeiro: Edições 70, 1981. p. 141.

⁷¹² SIMON, Josef. **Filosofia da linguagem**. Trad. Artur Morão. Rio de Janeiro: Edições 70, 1981. p. 141.

⁷¹³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**. Traduzido por: Flávio Paulo Meurer. Revisão de Enio Paulo Giachini. 6.ed. São Paulo: Vozes, 2004. p. 356.

⁷¹⁴ Ibid., p. 388.

⁷¹⁵ Ibid., p. 360.

concebido como um processo em contínua formação⁷¹⁶.

Por isso, a hermenêutica filosófica tem um caráter produtivo e não de reprodução, sendo, em virtude disso, de todo inadmissível, por exemplo, que apenas um precedente possa por si só fundamentar uma decisão. Do mesmo modo, é por força disso que um intérprete pode, em um futuro, interpretar de forma contrária ao realizado no passado, pois sua pré-compreensão tende a aumentar o seu espectro de informações. Ou seja: aquilo que ficou de fora na primeira interpretação pode, pela historicidade do intérprete no mundo, ser resgatado e influenciar a nova interpretação, se alcançando, assim, uma posição nova frente ao ponto em estudo.

Afinal de contas,

é o próprio sujeito da compreensão histórica que se acha marcado por sua história. Ele tem seu ponto de vista histórico e seu mundo histórico de compreensão, a partir do qual formula perguntas à história e faz com que ela as responda, torna presente em sua própria atualidade o passado histórico e lhe confere significação para seu próprio futuro⁷¹⁷.

Nessa senda, asseverou Gadamer que a

compreensão só alcança sua verdadeira possibilidade quando as opiniões prévias com as quais inicia não forem arbitrárias. Por isso, faz sentido que o intérprete não se dirija diretamente aos textos a partir da opinião prévia que lhe é própria, mas examine expressamente essas opiniões quanto à sua legitimação, ou seja, quanto à sua origem e validade⁷¹⁸. Ainda, diante de qualquer texto, nossa tarefa é não introduzir, direta e acriticamente, nossos próprios hábitos extraídos da linguagem – ou, no caso de uma língua estrangeira, o hábito que nos é familiar por meio de autores ou de nosso trato cotidiano com a linguagem⁷¹⁹.

Dessa forma, ao se ouvir alguém ou ao se iniciar uma leitura – ensina Gadamer –, não é necessário o esquecimento das opiniões prévias acerca do seu conteúdo e da integralidade das opiniões próprias. Em realidade, reclama-se a abertura à opinião do outro e à opinião do texto. Não se pode passar despercebido, entretanto, que essa abertura implica sempre colocar a opinião de outro em relação com o conjunto das opiniões próprias, ou que a gente se ponha em certa relação com

⁷¹⁶ Ibid., p. 388.

⁷¹⁷ CORETH, Emerich. **Questões fundamentais de hermenêutica**. Trad. Carlos Lopes de Matos. São Paulo: EPU, 1973. p. 127.

⁷¹⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**. Traduzido por: Flávio Paulo Meurer. Revisão de Enio Paulo Giachini. 6. ed. São Paulo: Vozes, 2004. p. 356.

⁷¹⁹ Ibid., p. 356-357.

elas⁷²⁰.

De outro curso, no instante em que procuramos

compreender um texto, não nos deslocamos até a constituição psíquica do autor, mas, se quisermos falar de deslocar-se, devemos deslocar-nos para a perspectiva na qual o outro conquistou sua própria opinião. O que não significa nada mais que procurarmos fazer valer o direito objetivo daquilo que o outro diz. Quando procuramos compreender, fazemos o possível inclusive para reforçar os seus próprios argumentos. É o que acontece já na conversação; mas se torna ainda mais claro na compreensão do escrito⁷²¹.

A razão pela qual a hermenêutica de índole filosófica não pode ser tratada como um meio interpretativo arbitrário está, como se disse, presente na obra do autor, porque, com rigidez, se afirma que, ao sujeito com intenção de compreender, é vedada a entrega de antemão ao arbítrio de suas próprias opiniões prévias, ignorando a opinião do texto, até que reste derrubada a suposta compreensão. Decididamente (e, neste ponto, se resume significativa parte do pensamento gadamariano), quem quer compreender um texto deve estar disposto a deixar que este lhe diga alguma coisa⁷²².

Esses aspectos, apenas para citar, indicam o fato de que, se a Constituição Federal de 1988 esboça uma série de direitos sociais (ainda, de garantias processuais e penais), não é dado aos juízes a possibilidade de lançarem decisões dissociadas dessa temática, sob pena de ignorarem a opinião do texto constitucional, como costumeiramente vem ocorrendo. Um dogmatismo – como o vivenciado no Brasil, no qual a doutrina é simples reprodução de jurisprudências (muitas delas, pasmem, anteriores à Constituição Federal de 1988!), trazendo exemplos e conceitos metafísicos reveladores da plena vigência do esquema sujeito-objeto – acarretando a baixa-compreensão e aplicação do texto constitucional. Os operadores jurídicos, presos que se encontram nesse amaranhado conceitual dos manuais formados à base do paradigma da filosofia da consciência, sequer se deixam contaminar pela opinião do texto constitucional. Ignoram-na. Julgam de acordo com sua consciência, como se o Direito estivesse imune à revolução encampada pela hermenêutica filosófica, permanecendo

⁷²⁰ Ibid., p. 358.

⁷²¹ Ibid., p. 386.

⁷²² Cfe. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**. Traduzido por: Flávio Paulo Meurer. Revisão de Enio Paulo Giachini. 6. ed. São Paulo: Vozes, 2004. p. 358.

“vacinado” contra a relação sujeito-sujeito. Está presente a figura do juiz solipsista, egoísta e irresponsável.

E isso tudo porque, se assim não o fizessem, seria de ciência (e aplicação geral), por exemplo, que a motivação das decisões é uma garantia constitucional (art. 93, inc. IX), de modo que se deve conhecer o fato *sub judice*, e não julgá-lo a partir de uma lente positivista e manualesca, que esconde toda a particularidade do conflito levado ao conhecimento da jurisdição. Resulta disso uma série de decisões vazias de motivação e nulas sob a ótica constitucional, que, entretanto, são, indevidamente, mantidas pelos tribunais. Tão veraz é essa assertiva que o recurso de embargos de declaração, caso não fosse nos moldes expostos acima, cairia em declínio. Entretanto, como se verifica facilmente hoje, ele se avoluma de forma bastante significativa, havendo “embargos de declaração de embargos de declaração” e “embargos de declaração com efeitos infringentes”.

Existe, em larga escala, nas nossas universidades, nos fóruns e tribunais, verdadeiro “bloqueio do dogmatismo” à Constituição Federal de 1988, o que demonstra, entre outras coisas, que a linguagem, no seio da comunidade jurídica, continua sendo um instrumento e não uma condição de possibilidade (para o desvelamento da causa judicial em si mesma com todas as suas particularidades).

Sob todos os títulos, isso evidencia, frise-se uma vez mais, que os operadores do Direito no Brasil ignoram, literalmente, o texto constitucional (como visto no tópico 3.2.2), ou, se o leem, se lhe atribuem sentidos arbitrários, desconhecendo a lição de Gadamer.

É indispensável se destacar, em outro diapasão, que, aos magistrados, no Estado Democrático de Direito, incumbe interpretar a Constituição na direção que os direitos sociais (inclusos nesse pacto) sejam observados e implementados, dando-se vazão às promessas da modernidade (principalmente em países carentes dessa perspectiva, como o Brasil⁷²³; afinal, é verdade “que não tivemos nunca um Estado Social, mas precisamos seguir lutando pela construção dele”⁷²⁴).

Em razão disso, faz-se mister que os juízes apliquem de fato a Constituição, tornando-se agentes transformadores da realidade social. É que percebemos (e

⁷²³ Cfe. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 69; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel da jurisdição constitucional na realização do Estado social. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, n. 10, p. 47-60, 2003.

⁷²⁴ *Ibid.*, p. 58.

compreendemos) a Constituição “como” Constituição no momento em que a confrontamos com a sociedade à qual ela é dirigida. Assim, compreendemos a Constituição “como” Constituição no exato instante em que examinamos os dispositivos determinantes do resgate das promessas da modernidade e, por intermédio da consciência acerca dos efeitos que a história tem sobre nós, verificamos a ausência de justiça social, cujo comando de resgate está no texto constitucional⁷²⁵. Claro ressoa, nesse andar, que a Constituição – enquanto algo que constitui – deve, necessariamente, ser um mecanismo de concretização dos direitos fundamentais-sociais, com o que, em última análise, será garantida à pessoa humana sua própria dignidade⁷²⁶. Está certo Streck ao afirmar que “compreendemos a Constituição “como” Constituição quando constatamos que os direitos fundamentais-sociais somente foram integrados ao texto constitucional pela exata razão de que a imensa maioria da população não os tem”⁷²⁷.

Há de se afastar, definitivamente, o fenômeno da baixa-compreensão constitucional⁷²⁸, com o levante em prol de uma justiça constitucional. Torna-se imperioso advertir, no entanto, que a defesa de um certo grau de dirigismo constitucional e um nível determinado de exigência de intervenção da justiça constitucional não podem significar a possibilidade de decisionismos por parte de juízes e tribunais, o que, caso admitido, seria, em grande medida, antidemocrático⁷²⁹.

Inegavelmente, a afirmação a norma é sempre produto da interpretação do texto não significa que o intérprete possa atribuir sentidos de forma arbitrária aos

⁷²⁵ Cfe. STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito** (mestrado e Doutorado) da Unidade Ciências Jurídicas da Unisinos, São Leopoldo, p. 163, 2004.

⁷²⁶ Cfe. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 84-98.

⁷²⁷ STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito** (mestrado e Doutorado) da Unidade Ciências Jurídicas da Unisinos, São Leopoldo, p. 163. 2004.

⁷²⁸ Nos países de modernidade tardia, uma “baixa compreensão” sobre o sentido da Constituição (e, conseqüentemente, sua “baixa aplicação”) importa(m) robusto prejuízo à concretização dos direitos fundamentais-sociais. Em países como o Brasil, onde existe uma inércia dos poderes Legislativo e Executivo, é impossível não invocar a justiça constitucional na busca da realização dos direitos constitucionais de várias dimensões. Para tanto, deve-se encampar um novo olhar sobre o papel da Constituição no interior do Estado Democrático de Direito, que impulsiona, além dos tradicionais vínculos negativos, obrigações positivas. Com isso, é crucial ter-se em mente que a análise das condições para uma adequada compreensão do significado da Constituição deve ser atravessada pela perspectiva hermenêutica que *desvela* a metafísica presente no discurso positivista (Ibid., p. 164-165), pondo-se em evidência o fato de que o processo interpretativo é aplicação, entendida essa aplicação no sentido da coisa mesma, isto é, do não esquecimento da diferença ontológica. (Cfe. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 213).

⁷²⁹ Ibid., p. 166.

textos, como se texto e norma estivessem de todo separados. Com razão, Gadamer adverte para a impossibilidade de se ignorar a opinião do texto:

uma consciência formada hermeneuticamente deve, desde o princípio, mostrar-se receptiva à alteridade do texto. Mas essa receptividade não pressupõe nem uma “neutralidade” com relação à coisa tampouco um anulamento de si mesma; implica antes uma destacada apropriação das opiniões prévias e preconceitos pessoais. O que importa é dar-se conta dos próprios pressupostos, a fim de que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade, podendo assim confrontar sua verdade com as opiniões prévias pessoais⁷³⁰.

Também pondera que, *por regla general, un lector comprende su texto por lo menos lo bastante como para estar completamente concentrado en lo que el texto dice*⁷³¹. Por fim, complementa:

a intenção autêntica da compreensão é a seguinte: ao lermos um texto, queremos compreendê-lo, nossa expectativa é sempre que o texto nos informe sobre alguma coisa. Uma consciência formada pela autêntica Atitude hermenêutica é sempre receptiva às origens e características totalmente estranhas de tudo aquilo que lhe vem de fora. Em todo o caso, tal receptividade não se adquire por meio de uma “neutralidade” objetivista: não é possível nem necessário nem desejável que nos coloquemos entre parênteses. A atitude hermenêutica supõe uma tomada de consciência com relação às nossas opiniões e preconceitos que, ao qualificá-los como tais, retira-lhes o caráter extremado. É ao realizarmos tal atitude que damos ao texto a possibilidade de aparecer em sua diferença e de manifestar a sua verdade própria em contraste com as idéias preconcebidas que lhe impúnhamos antecipadamente⁷³².

Não obstante, coloca-se inadequado não concordar com o entendimento segundo o qual o que em verdade se interpreta são os textos normativos: da interpretação dos textos resultam as normas⁷³³. Discordar dessa constatação implica negar a temporalidade, uma vez que a diferença (entre texto e norma) ocorre na incidência do tempo. Negar isso é crer no caráter fetichista da lei, que conduz o

⁷³⁰ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**. Traduzido por: Flávio Paulo Meurer. 6. ed. São Paulo: Vozes, 2004. p. 358.

⁷³¹ GADAMER, Hans-Georg. **En conversación con Hans-Georg Gadamer: hermenêutica-estética-filosofia prática**. Madrid: Carsten Dutt, 1998. p. 86.

⁷³² GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciência histórica**. Traduzido por: Paulo César Duque Estrada. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2003. p. 63-64.

⁷³³ Cfe. GRAU, Eros Robert. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 23.

Direito em direção ao positivismo. É impossível reproduzir sentidos, como se o sentido fosse algo que pudesse ser arrancado dos textos⁷³⁴.

Vale dizer – nos passos de Streck – que os sentidos são atribuíveis a partir da faticidade em que está inserido o intérprete e respeitados os conteúdos de base do texto⁷³⁵. De outro giro, consigne-se que, ao se afirmar que a norma é o resultado da interpretação de texto, está-se tratando do sentido que esse texto vem a assumir no processo compreensivo. A norma, ora em comento, é o sentido do ser do ente (texto). Não se está a falar, aqui, de um processo hermenêutico-interpretativo realizado por partes (na concepção da hermenêutica clássica: primeiro *conheço*, depois *interpreto*, ao fim *aplico*). Segundo Streck, é impossível vislumbrar o texto inicialmente, para, ao depois, “acoplar” a respectiva norma⁷³⁶.

E continua a ensinar o autor que o “texto não subsiste como texto; não há texto isolado da norma. O texto já aparece na “sua” norma, produto da atribuição de sentido do intérprete”⁷³⁷. A norma, assim, apresenta-se como a construção hermenêutica do sentido do texto⁷³⁸. Nessa visão das coisas, o texto não se encontra à disposição do intérprete, na medida em que ele é produto da correlação de forças que se dá (não mais em um esquema sujeito-objeto, mas, antes) a partir do círculo hermenêutico, que atravessa o dualismo metafísico (objetivista e subjetivista). Desse modo, apresenta-se um sentido forjado nessa intersubjetividade que se antecipa ao intérprete, isto é, o intérprete estará jogado, desde sempre, nessa linguisticidade⁷³⁹.

Tem-se como certo que a “norma” não é uma “capa de sentido”, capaz de existir apartada do texto. Ao revés, quando o intérprete encontra o texto, ele já exsurge normado, a partir de sua condição de ser-no-mundo. Essa operação ocorre graças à diferença ontológica. Daí não há negar-se a tradição, a faticidade e a historicidade, em que a fusão de horizontes é a condição de possibilidade dessa

⁷³⁴ Cfe. STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito** (mestrado e Doutorado) da Unidade Ciências Jurídicas da Unisinos, São Leopoldo, p. 168, 2004.

⁷³⁵ *Ibid.*, p. 169.

⁷³⁶ Cfe. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 222-223.

⁷³⁷ STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito** (mestrado e Doutorado) da Unidade Ciências Jurídicas da Unisinos, São Leopoldo, p. 166, 2004.

⁷³⁸ *Ibid.*, p. 167.

⁷³⁹ *Ibid.*, p. 169.

“normação”⁷⁴⁰. Em síntese,

a questão portanto não está em assegurar-se frente à tradição que faz ouvir sua voz a partir do texto, mas, ao contrário, trata-se de manter afastado, tudo que possa impedir alguém de compreendê-la a partir da própria coisa em questão. São os preconceitos não percebidos os que, com seu domínio, nos tornam surdos para a coisa de que nos fala a tradição⁷⁴¹.

Assim, mister faz-se, caso se queira fazer justiça ao modo de ser finito e histórico do homem, encampar uma reabilitação radical do conceito do preconceito e reconhecer que existem preconceitos legítimos⁷⁴². Pode-se, na base disso, afirmar que a divisão dos preconceitos em preconceitos de autoridade e por precipitação se constitui uma pressuposição fundamental, na qual um uso metodológico e disciplinado da razão é suficiente para nos proteger de qualquer erro. Com isso, verifica-se que a precipitação é a verdadeira fonte de equívocos indutora ao erro no uso da própria razão. A autoridade, ao contrário, é culpada de que não façamos uso da própria razão⁷⁴³.

Entretanto, a verdadeira consequência disso é a submissão de toda autoridade à razão, com o que o preconceito da precipitação deve ser entendido como fonte de todo erro no uso da razão. Vem ao encontro disso o fato de a velha divisão retornar com um sentido alterado, após a vitória da *Aufklärung*, quando a hermenêutica se libertou do vínculo dogmático. É nesse sentido, exemplifica Gadamer, que se viu Schleiermacher dividir duas causas aos mal-entendidos: a sujeição e a precipitação. Juntamente com os preconceitos originários das sujeições a que estamos submetidos, foram colocados os juízos momentâneos equivocados, que se derivam da precipitação. É de ver-se, todavia, que só interessam realmente os primeiros para quem cuida da metodologia científica⁷⁴⁴.

Cabe ressaltar-se, por relevante, que se oculta, no conceito da sujeição, a questão essencial. Para Gadamer, a ideia (segundo a qual os preconceitos que me determinam surgem da minha sujeição) já restou assentada a partir do ponto de vista de sua resolução e esclarecimento, valendo, apenas, aos preconceitos não

⁷⁴⁰ STRECK, op. cit., 222-223.

⁷⁴¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**. Traduzido por: Flávio Paulo Meurer. Revisão de Enio Paulo Giachini. 6. ed. São Paulo: Vozes, 2004. p. 359.

⁷⁴² Ibid., p. 368.

⁷⁴³ Cfe. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**. Traduzido por: Flávio Paulo Meurer. Revisão de Enio Paulo Giachini. 6. ed. São Paulo: Vozes, 2004. p. 368.

⁷⁴⁴ Ibid., p. 369-370.

justificados. Se existem também preconceitos justificados que possam ser produtivos para o conhecimento, então voltamos a confrontar-nos com o problema da autoridade⁷⁴⁵.

De outra banda, é de rigor ponderar-se que o conceito de autoridade acabou sendo referido ao oposto de razão e liberdade, isto é, ao conceito de obediência cega. Em verdade, a autoridade, em primeiro lugar, representa uma atribuição a pessoas. Tem-se de dizer, nesse sentido, que a autoridade das pessoas não tem seu fundamento último num ato de submissão e de abdicação da razão, mas num ato de reconhecimento e de conhecimento. Daí que o consagrado pela tradição e pela herança histórica possui uma autoridade que se tornou anônima, sendo nosso ser histórico e finito determinado pelo fato de que também a autoridade do que foi transmitido, e não somente o que possui fundamentos evidentes, tem poder sobre nossa ação e nosso comportamento⁷⁴⁶.

Por esse prisma, os costumes são adotados livremente; todavia, não são criados nem fundados em sua validade por um livre discernimento. Em específico, isto é o que se denomina por tradição: ter validade sem precisar de fundamentação⁷⁴⁷.

Pondera Gadamer ser sempre a tradição um momento da liberdade e da própria história, necessitando ser afirmada, assumida e cultivada, porque a tradição mais autêntica e a tradição melhor estabelecida não se realizam naturalmente em virtude da capacidade de inércia que permite ao que está aí de persistir. A tradição é essencialmente *conservação* e, como tal, sempre está atuante nas mudanças históricas⁷⁴⁸.

Ainda conforme o autor,

em nosso constante comportamento com relação ao passado, o que está realmente em questão não é o distanciamento nem a liberdade com relação ao transmitido. Ao contrário, encontramos-nos sempre inseridos na tradição, e essa não é uma inserção objetiva, como se o que a tradição nos diz pudesse ser pensado como estranho ou alheio; trata-se sempre de algo próprio, modelo e intimidação, um reconhecer a si mesmos no qual o nosso juízo histórico posterior não

⁷⁴⁵ Ibid., p. 370.

⁷⁴⁶ Ibid., p. 370-371.

⁷⁴⁷ Cfe. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**. Traduzido por: Flávio Paulo Meurer. Revisão de Enio Paulo Giachini. 6.ed. São Paulo: Vozes, 2004. p. 372.

⁷⁴⁸ Ibid., p. 373.

verá tanto um conhecimento, mas uma transformação espontânea e imperceptível da tradição⁷⁴⁹.

Afastando qualquer tendência metafísica, Gadamer conclui pela necessidade de toda hermenêutica histórica começar abolindo a oposição abstrata entre tradição e ciência histórica, entre história e conhecimento da história, uma vez que o relevante é reconhecer o momento da tradição no comportamento histórico e indagar por sua produtividade hermenêutica⁷⁵⁰. Arremata afirmando que

o que satisfaz nossa consciência histórica é sempre uma pluralidade de vozes nas quais ressoa o passado. O passado só aparece na diversidade dessas vozes. É isso que constitui a essência da tradição da qual participamos e queremos participar⁷⁵¹.

3.3.3 A Hermenêutica Filosófica e a Superação do Positivismo

Toda essa situação trazida pelo positivismo⁷⁵² deve ser superada a partir da ruptura paradigmática produzida por Heidegger. Com ele, há a introdução do mundo prático (não razão) na filosofia, quando, a partir de então, o ser não é mais visto como um ente absoluto e eterno, mas com base nas “estruturas precárias e finitas da própria condição humana, a faticidade.”⁷⁵³ Nesse contexto ocorre o giro linguístico (iniciado com Wittgenstein), momento em que a linguagem invade a filosofia, proporcionando a transferência do conhecimento para a linguagem, pois é nela que o mundo se descortina, onde se dá a ação e o sentido⁷⁵⁴.

Nesse aspecto, também o método passa a ser visto de outra forma. Ele não será mais um terceiro elemento entre o sujeito e o objeto, com a finalidade de dar certeza ao conhecimento. Ele não será mais imprescindível para a obtenção de um

⁷⁴⁹ Ibid., p. 374.

⁷⁵⁰ Ibid., p. 375.

⁷⁵¹ Ibid., p. 377.

⁷⁵² Em suma, conforme Lyra, pode-se dizer que o positivismo resta aprisionado no imaginário jurídico a partir das seguintes premissas: “O Direito, nesse paradigma reducionista, redá-se aprisionado pelo dualismo sujeito-objeto, no qual o conhecimento e a compreensão do que é Direito é dada por um sujeito solipsista que, na sua subjetividade, descreve, via método seguro, claro e científico, o Direito como ele é (o ser). A verdade, que é absoluta e eterna, deve ser buscada pela eleição de um método. A linguagem, nesse contexto, é mero objeto: uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e o objeto. Assim, é concebida como um mero “instrumento” de comunicação. Com isso, o mundo é o das representações, e o sentido (o ser) é entificado no tecnicismo”. LYRA, Francisco Dias da Costa. Direito penal, Constituição e hermenêutica: pela superação do positivismo jurídico e a possibilidade do acontecer do direito num ambiente de neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 19, v. 91, p. 24, 2011.

⁷⁵³ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 70.

⁷⁵⁴ Ibid., p. 14.

conhecimento válido. Isso porque existem “estruturas que se situam antes de qualquer aporte metodológico que já constituem conhecimento”⁷⁵⁵. Assim, compreender e interpretar (explicitação do compreendido) não dependerão de um método, porque haverá um processo de compreensão que será anterior (pré-compreensão)⁷⁵⁶, no qual o *Dasein* já terá se manifestado. É por isso que Streck insiste no fato de que *não interpretamos para compreender, e, sim, compreendemos para interpretar*. Nas palavras do autor:

definitivamente, uma hermenêutica jurídica que se pretenda crítica, hoje, não pode prescindir de dois teoremas fundamentais (a expressão é de Stein) formulados por Heidegger: o círculo hermenêutico, de onde é possível extrair a conclusão de que p método (ou o procedimento que presente controlar o processo interpretativo) sempre chega tarde, porque o *Dasein* se pronunciou de há muito, e a diferença ontológica, pela qual o ser é sempre o ser de um ente, rompendo-se a possibilidade de subsunções e deduções, uma vez que, para Heidegger, o sentido é um existencial, e não uma propriedade colada sobre o ente, colocado atrás deste ou que paira não se sabe onde, em uma espécie de ‘reino intermediário’.⁷⁵⁷

Heidegger apontará, ainda, a diferença ontológica que se dá por causa dos níveis que a fenomenologia, o hermenêutico e o apofântico. No nível hermenêutico, estão situadas as estruturas da compreensão e, no nível apofântico, os aspectos lógicos e expositivos. Essa diferença ontológica só encontra possibilidade na medida em que está inserida no círculo hermenêutico, sendo que ambos “se articulam em um mesmo movimento”⁷⁵⁸, formando a mesma unidade, apesar de que “o nível hermenêutico possa estar encoberto (e no mais das vezes está) pela própria linguagem que diz o apofântico”⁷⁵⁹. Desse modo, prática e teoria irão se relacionar de forma circular, articuladas na mesma unidade, que será a antecipação de sentido⁷⁶⁰.

Por esses motivos, Gadamer refere que não se interpreta por etapas, porque não há como separar a compreensão da aplicação. Com isso, rompe-se definitivamente com o esquema sujeito-objeto (tanto em uma esfera metafísica-

⁷⁵⁵ Ibid., p. 70.

⁷⁵⁶ Ibid., p. 75.

⁷⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 76.

⁷⁵⁸ Ibid., p. 74-75.

⁷⁵⁹ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio:** a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 43.

⁷⁶⁰ STRECK, op. cit., p. 93.

clássica, quanto com relação à filosofia da consciência), e supera-se a epistemologia pela fenomenologia hermenêutica.⁷⁶¹

O esquema sujeito-objeto passa, então, a ser substituído por uma intersubjetividade (sujeito-sujeito), que se dá a partir da ontologia fundamental, que vem a acabar com a “idéia de subjetividade como instauradora da condição de ser-no-mundo”⁷⁶² “do sujeito”.^{763 764}

Essa impossibilidade de separarmos compreensão e aplicação faz com que não seja possível admitir que o intérprete retire do texto um sentido que ele já possui previamente. Justamente de forma oposta, Gadamer esclarece que o intérprete vai necessariamente atribuir o sentido.⁷⁶⁵ De quebra, “na proposta da hermenêutica sob a influência da filosofia, não há dependência de método ou de procedimento, como defendia a hermenêutica tradicional. Isso porque ela não é normativa, mas trabalha com a atribuição de sentido”⁷⁶⁶.

Nessa linha, a realização do texto jurídico, ou seja, sua transformação em norma, no momento da decisão, não pode depender de uma *subjetividade assujeitadora*, de um sujeito que *assujeita* um objeto e lhe atribui sentido de acordo com sua vontade⁷⁶⁷.

Essa livre atribuição de sentido, por sua vez, vem *legitimada* pelo uso do poder discricionário. Ocorre que a discricionariedade acaba por transformar juízes em legisladores, que passam a criar o próprio objeto de conhecimento – uma típica manifestação do positivismo. Com efeito, “a discricionariedade e o positivismo normativista buscam fechar as lacunas de racionalidade – ou, no limite, ausência de racionalidade – por uma metodologia teleologicamente dependente do sujeito que

⁷⁶¹ Ibid., p. 83.

⁷⁶² Nesse aspecto, o *ser-no-mundo* diz respeito a um fenômeno de unidade, a qual, entretanto, possuirá vários momentos estruturais: a) o *em-um-mundo*: referente à estrutura ontológica de mundo e determinar a idéia de mundanidade; b) o *ente*: investiga-se, aqui, a interrogação quem é e está no modo da cotidianidade mediana da presença; e c) o *ser-em*, no qual se deve expor a constituição ontológica do próprio *em*. HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. São Paulo: Editora Universitária São Francisco, 2006. p. 99.

⁷⁶³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 180.

⁷⁶⁴ Observe-se que a morte do esquema sujeito-objeto não significa a morte do sujeito dessa relação, com o que a subjetividade não deve ser confundida com o próprio sujeito.

⁷⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 83.

⁷⁶⁶ ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 206.

⁷⁶⁷ STRECK, op. cit., p. 87.

concretiza o ato”⁷⁶⁸. Isso faz com que se acolha a filosofia da consciência. Nesse âmbito, o positivismo, que se mostra dependente do sujeito solipsista, só poderá ser superado se o esquema sujeito-objeto, calcado justamente na filosofia da consciência, for rompido⁷⁶⁹.

A partir do momento em que, com a hermenêutica filosófica, não se pode mais cindir interpretação e aplicação, admitir a discricionariedade será sempre se lastrear no esquema sujeito-objeto. Nessa linha, “com a aceitação da discricionariedade está-se admitindo um grande espaço de relatividade que enfraquece o sentido da construção democrática do direito. No fundo, constitucionalismo e discricionariedade são antitéticos”⁷⁷⁰.

Com as constatações realizadas por esses filósofos, o mundo das vivências práticas passa a ser inserido no direito, algo que, até então, era relegado pelo positivismo. A partir dessas constatações, Streck desenvolve a Nova Crítica do Direito ou Crítica Hermenêutica do Direito: uma nova teoria, surgida da imbricação Heidegger, Gadamer e Dworkin, que parte da premissa segundo a qual há um direito fundamental a uma resposta correta (que é aquela adequada à Constituição Federal)⁷⁷¹. Com isso, Streck se opõe à “negligência do positivismo “legalista” para com o papel do juiz e também às correntes realistas e pragmáticas que se manifestam contra o exetismo (assumindo, em realidade, um positivismo normativista para tal desiderato)”⁷⁷².

3.4 A Teoria da Resposta Adequada Penal: seu encapamento para buscar a legitimidade das decisões judiciais penais em tempos de crise

3.4.1 A Resposta Adequada como Direito Fundamental

Em primeiro momento, cumpre-se esclarecer que a motivação⁷⁷³ das

⁷⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e (pós-)positivismo: por que o ensino jurídico continua de(sin)formando os alunos? Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado, anuário, Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 171, 2010.*

⁷⁶⁹ *Ibid.*, p. 171.

⁷⁷⁰ *Ibid.*, p. 173.

⁷⁷¹ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto - decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 84.

⁷⁷² *Ibid.*, p. 88.

⁷⁷³ É indispensável apontar-se que motivação e fundamentação não são termos sinônimos, como Giacomolli argumentamente percebeu: “por motivo se entende a causa ou a condição de uma escolha, a

decisões judiciais se justifica⁷⁷⁴, especificamente, a partir de dois planos de análise: em “caráter endoprocessual”, tendo-se em vista que se cuida de garantia constitucional e processual constituída para que as partes (acusação e defesa) possam conhecer as razões da decisão judicial, permitindo, ainda, que o órgão jurisdicional de segundo grau tenha a possibilidade de controlar a atividade jurisdicional da instância inferior; e, em um “caráter extraprocessual”, porquanto a motivação permite o controle social sobre a atividade jurisdicional⁷⁷⁵, tornando possível, com efeito, a legitimação da função judicial por meio de uma atividade democrática⁷⁷⁶. De toda a sorte, é inegável que

fica claro que o dever de fundamentar as decisões ocupa um lugar privilegiado no modo como se passa a olhar para as garantias processuais penais em tempos de Estado Democrático de Direito. Isso porque, se antes de 1988 a luta das vertentes críticas da teoria do direito era pela incorporação dos direitos fundamentais e das garantias processuais no seio de uma Constituição democrática, em nosso contexto atual, as armas se voltam para outro alvo: concretizar

qual direciona a atividade para um fim específico, orientando a conduta humana, sem, no entanto, fornecer uma explicação ou uma justificação. O fundamento é a explicação ou a justificação racional da coisa da qual é causa; a razão do ser. O fundamento permite compreender porque determinada decisão foi ditada num sentido e não em outro; porque á assim e não de outra forma. Em suma, possibilita o entendimento ou a justificação racional da coisa, da qual é causa. O fundamento ou razão suficiente explica por que a coisa pode ser ou comportar-se de determinada maneira. [...] assim, o magistrado fundamenta uma decisão quando justifica, racionalmente, porque está procedendo de determinada maneira, por que faz com que a decisão produza este ou aquele efeito (recolher à prisão, conceder a liberdade, condenar, absolver, aplicar cinco anos e não seis anos de prisão, por exemplo). A motivação se constitui na ação determinante da razão de ser da decisão, nos instrumentos que orientam a explicação da decisão. É o motivo que direciona a ação num sentido ou no outro. portanto, motivar não é sinônimo de fundamentar. A fundamentação pode ser só baseada em motivos de direito, por exemplo, ou só em motivos de fato, ou nos dois. É claro que a fundamentação da decisão terá como base fática e/ou de direito. Toda decisão judicial deverá ser motiva e fundamentada. Motivar é dizer quais as bases fáticas e/ou de direito que permitem a fundamentação, ou seja, a explicação racional da decisão”. GIACOMOLLI, Nereu José. Aproximação à garantia da motivação das decisões criminais. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**, Porto Alegre, ano 6, n. 11, p. 71-72, 2005.

⁷⁷⁴ “Evoluiu a forma de se analisar a garantia da motivação das decisões. Antes, entendia-se que se tratava de garantia técnica do processo, com objetivos endoprocessuais: proporcionar às partes conhecimento da fundamentação para impugnar a decisão; permitir que os órgãos judiciários de segundo grau pudessem examinar a legalidade e a justiça da decisão. Agora, fala-se em garantia de ordem política, em garantia da própria jurisdição. Os destinatários da motivação não são mais somente as partes e os juizes de segundo grau, mas também a comunidade que, com a motivação, tem condições de verificar se o juiz, e por conseqüência a própria Justiça, decide com imparcialidade e com conhecimento da causa. É através da motivação que se avalia o exercício da atividade jurisdicional. Ainda, às partes interessa verificar na motivação se as suas razões foram objeto de exame pelo juiz. A este também importa a motivação, pois, através dela, evidencia a sua atuação imparcial e justa”. FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 129.

⁷⁷⁵ Cfe. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Vícios de motivação da sentença penal: ausência de motivação, motivação contraditória, motivação implícita e motivação per relationem. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 38, p. 124-125, abr./jun. 2002.

⁷⁷⁶ Cfe. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Madrid: Editorial Trotta, 2000. p. 623.

o extenso rol de direitos consagrados pela Constituição. Diante disso, o grande problema contemporâneo não é a pergunta pelos fundamentos dos direitos – estes já estão generosamente consagrados nos textos das Constituições democráticas –, mas sim estabelecer as condições para que estes direitos sejam concretizados no plano da operacionalidade jurídica. Isso, por si só, representa um problema hermenêutico que deve ser respondido, como já reiterado, por uma Teoria da Decisão Judicial.⁷⁷⁷

Em abrangência mais ampla, pode-se, entretanto, produzir algumas outras considerações processuais e políticas sobre a necessidade da motivação judicial (dentro da perspectiva do Estado Democrático e Social de Direito), na medida em que, também por meio dessas conotações ampliativas, se mostra possível evidenciar ser essa exigência um princípio fundante da referida estrutura estatal. Imperioso reconhecer-se assim que

o juiz assume uma nova posição no Estado Democrático de Direito, e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, consubstanciada na função de proteção dos direitos fundamentais de todos e de cada um, ainda que para isso tenha de adotar uma posição contrária à opinião da maioria. Deve tutelar o indivíduo e reparar as injustiças cometidas e absolver, quando não existirem provas lícitas e suficientes.⁷⁷⁸

Percebe-se que a motivação se coloca como um dos requisitos formais das decisões, com o que, além de receber tratamento constitucional, vem, ainda, disciplinada em leis e códigos processuais, os quais, por meio da sua positivação, pretendem adimplir certas necessidades de racionalização e eficiência da atividade jurisdicional⁷⁷⁹. Nesse sentido, veja-se que a motivação é indispensável para elucidar o conteúdo da decisão, proporcionando, assim, a delimitação da coisa julgada ou a execução da sentença em juízo penal⁷⁸⁰ e extrapenal⁷⁸¹.

⁷⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto - as garantias penais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 97.

⁷⁷⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1068.

⁷⁷⁹ Cfe. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 95.

⁷⁸⁰ Cfe. MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de direito. *In*: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: 2. série. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 86.

⁷⁸¹ Discorrendo sobre a eficácia civil da sentença criminal, ASSIS realçou a necessidade da análise da fundamentação da sentença absolutória, nestes moldes: “se revela indispensável focalizar a fundamentação da sentença penal absolutória, no exame do assunto aqui versado, pois aos arts. 65, 66 e 67 não basta o singelo juízo de improcedência da ação penal. Eles reclamam a identificação precisa do fundamento sentencial. E como respeitar na demanda reparatória a legítima defesa, porventura adotada na sentença penal e vinculante pelo art. 65 do Cód. de Proc. Penal, se não investigando as razões do ato decisório? Em geral, o dispositivo da sentença, no

Em linhas gerais, é bem de se ver que a fundamentação traduz a explicação e a justificação racional da motivação (fática e jurídica) sobre a escolha (que deve ser embasada em princípios, completa-se) levada a efeito pelo juiz na sua decisão. Na perspectiva constitucional, além da exteriorização escrita e pública do convencimento do julgador, também adquire relevância o grau de convencimento que essa decisão pode gerar nos agentes envolvidos no processo e na comunidade jurídica. Isso porque o conjunto desses elementos (decisão escrita e pública, concretizada com grau de convencimento racional) possibilita o entendimento necessário às partes para a apresentação de alguma medida impugnativa, assim como viabiliza o controle social acerca da atividade jurisdicional⁷⁸².

O valor fundamental da motivação consiste em ser uma garantia processual cognoscitiva⁷⁸³, vinculando o juízo à legalidade no que pese à matéria de direito (sempre na visão hermenêutica da diferença ontológica entre texto e norma), bem como à prova no que tange à matéria fática concretizadora da hipótese acusatória. Pela motivação, é possível avaliar as decisões judiciais (no direito e nos fatos), legitimando-as por meio de uma filtragem constitucional. Tem-se como certo, nesse passo, que o núcleo político da motivação aparece como instrumento para o controle particular e público do Poder Judiciário, visando-se evitar, assim, a concretização de qualquer arbítrio jurídico. Completa Liebman, ainda, que a motivação, nesse quadro, recebe particular relevo, porque,

em um estado-de-direito, tem-se como exigência fundamental que os casos submetidos a Juízo sejam julgados com base em fatos provados e com aplicação imparcial do direito vigente; e, para que se possa controlar se as coisas caminharam efetivamente dessa forma, é necessário que o juiz exponha qual o caminho lógico que percorreu

qual, segundo o art. 386, caput, se mencionará a causa da absolvição, propiciará indício plausível; em vários casos, no entanto, a simples menção ao inciso do art. 386 não mostrará, plenamente, o verdadeiro fundamento do ato". ASSIS, Araken de. **Eficácia civil da sentença penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 101.

⁷⁸² Cfe. GIACOMOLLI, Nereu José. Aproximação à garantia da motivação das decisões criminais. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**, Porto Alegre, ano 6, n. 11, , p. 70, 2005.

⁷⁸³ Segundo Ferrajoli, o requisito da cognição processual "*afecta, naturalmente, a aquella única parte de los pronunciamientos jurisdiccionales que viene constituida por sus motivaciones, es decir, por las razones de hecho y de derecho acogidas para su justificación. Tal requisito viene asegurado por lo que llamaré principio de estricta jurisdiccionalidad, que a su vez exige dos condiciones: la verificabilidad o refutabilidad de las hipótesis acusatorias en virtud de su carácter asertivo y su prueba empírica en virtud de procedimientos que permitan tanto la verificación como la refutación*". FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Madrid, 2000. p. 36.

para chegar à decisão a que chegou. Só assim a motivação poderá ser uma garantia contra o arbítrio⁷⁸⁴.

Como a sentença “vale para todos como formulação da vontade concreta do Estado para o caso decidido”⁷⁸⁵, certo é que “a fundamentação das decisões é instrumento de controle da racionalidade e, principalmente, de limite ao poder, e nisso reside o núcleo de garantia”⁷⁸⁶. Por isso, reclama-se, inquestionavelmente, que a decisão deva ser calcada em uma motivação idônea, que evidencie ter ocorrido sua devida justificação⁷⁸⁷. Em resumo, a motivação, nesse quadrante, soa como *la exposición de un razonamiento justificativo mediante el que el juez muestra que la decisión se funda sobre bases racionales idóneas para hacerla aceptable*⁷⁸⁸.

Sem dúvida, apresenta-se essa racionalidade perceptível a partir da análise do discurso justificativo da decisão, que deve ter visos de integridade, dialeticidade e correção, assim como nenhuma contradição entre as proposições realizadas, sendo, portanto, clara⁷⁸⁹ e concretizada na síntese hermenêutica da aplicação. Em resumo, a análise da validade da motivação é essencial, porque a decisão reflete um exercício de poder⁷⁹⁰.

De igual modo relevante para legitimar a atuação jurisdicional é que a motivação judicial seja de todo casuística, entrelaçando, na fundamentação, as razões (de direito e de fato) ao episódio digno de censura penal posto *sub judice*. Por isso,

o processo supõe, mais que um desenvolvimento normativo das regras substantivas aplicáveis, uma verdadeira criação jurídica relativamente ao caso *sub-judice*, mesmo nas hipóteses em que

⁷⁸⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. Do arbítrio à razão: reflexões sobre a motivação da sentença. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 29, p. 80, jan./mar. 1983.

⁷⁸⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**. Traduzido por: Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 141.

⁷⁸⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1063.

⁷⁸⁷ Cfe. TARUFFO, Michele. Note sulla garanzia costituzionale della motivazione. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. 55, p. 29, 1979.

⁷⁸⁸ TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Traduzido por: Jordi Ferrer Beltrán. Madri: Editorial Trotta, 2002. p. 435.

⁷⁸⁹ Cfe. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 174-185. Importante se torna registrar que esses aspectos serão trabalhados, nesta tese, com um pouco mais de vagar, quando se discorrerá sobre os vícios da motivação.

⁷⁹⁰ Cfe. GIACOMOLLI, Nereu José. Aproximação à garantia da motivação das decisões criminais. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**, Porto Alegre, ano 6, n. 11, p. 70, 2005,

formalmente a decisão aparece como mera conclusão silogística das premissas legais⁷⁹¹.

Todavia, essa aventada criação jurídica não significa que o juiz possui a faculdade de atribuir, arbitrariamente, sentidos aos textos legais, como se texto e norma estivessem separados; antes de o juiz realizar sua interpretação do texto, é necessário que ele deixe o texto lhe dizer seu sentido⁷⁹². Em realidade, essa citada criação jurídica espelha a necessidade de a motivação judicial (e sua fundamentação) ser(em) ligada(s) ao debate (de fato e de direito) travado no processo. Deve(m) a motivação (e, de idêntica sorte, a fundamentação encerrada nela), assim, ser(em) casuística(s), não se reconhecendo validade nas usuais “fórmulas prontas”, amoldáveis a várias decisões, tais como “a prova é límpida na direção de condenar o réu”, “a pertinência da acusação é irrefutável”, etc. Não há lugar, portanto, para “modelos de argumentação pré-fabricados”⁷⁹³, porque a hermenêutica filosófica, além de tudo, tem caráter produtivo.

Faz-se mister, ainda, como adverte Taruffo, que a motivação assegure o real respeito ao princípio da legalidade, estando vinculada à lei⁷⁹⁴. Isso porque a decisão criminal, por apresentar a possibilidade de produzir restrições aos direitos fundamentais individuais, espelha, às claras, um exercício de poder, que deve, portanto, estar submetido à lei, tal qual se exige em um Estado de Direito.

Sem dúvida, “a idéia de Estado de direito carrega em si a prescrição da supremacia da lei sobre a autoridade pública”⁷⁹⁵, encampando-se, nesse quadro, um importante valor de *eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal que afecta a los ciudadanos*⁷⁹⁶. Nessa perspectiva, a motivação surge para

⁷⁹¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 48.

⁷⁹² Cfe. STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito** (mestrado e Doutorado) da Unidade Ciências Jurídicas da Unisinos. São Leopoldo, p. 166-168, 2004.

⁷⁹³ Nessa direção, registre-se o parecer ministerial produzido pelo Procurador de Justiça, Dr. Lenio Luiz Streck, nos autos da apelação criminal n.º 70.012.342.515 (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul; Quinta Câmara Criminal; Relator Desembargador Aramis Nassif): “Violado, pois, o preceito constitucional que trata da fundamentação das decisões judiciais. A fundamentação deve - sempre -, conforme já exposto, estar relacionada às circunstâncias do caso concreto: não pode seguir modelos de argumentação pré-fabricados, sem que encerrem perfeita harmonia e correspondência. Para embasar-se caso presente em precedente pretérito, mister que sejam idênticas as circunstâncias e, para a constatação dessa identidade entre os casos, é imprescindível que se faça a devida análise; deve haver a devida contextualização”.

⁷⁹⁴ Cfe. TARUFFO, Michele. Note sulla garanzia costituzionale della motivazione. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. 55, p. 34-35, 1979.

⁷⁹⁵ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 92.

⁷⁹⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 3.ed. Traduzido por: Marina

demonstrar que a lei foi aplicada validamente no episódio em julgamento⁷⁹⁷. Vale dizer, em tal passo, que a

legalidade de uma decisão não resulta da simples referência ao texto legal, mas deve ser verificada *in concreto* pelo exame das razões pelas quais o juiz afirma ter aplicado a lei, pois somente tal exame é que pode propiciar o efetivo controle daquela demonstração⁷⁹⁸.

Não se pode perder de vista, à base do exposto acima, que a efetividade da reserva legal não abrange todas as hipóteses da vida real, existindo, por consequência, a presença de tipos penais abertos, que atribuam, de modo mais intenso, poderes discricionários aos juízes⁷⁹⁹, colocando-se, também por conta disso, pertinente a teoria da resposta adequada como caminho indispensável para o combate desse decisionismo. Em face desse contexto, a motivação das decisões penais se mostra ainda mais imprescindível⁸⁰⁰.

Outrossim, mostra-se indispensável, nessa perspectiva, que a motivação receba a devida publicidade, na medida em que a análise da aplicação correta da lei tão-só se torna aferível nos casos em que se pode saber como foi sua interpretação e sua aplicação⁸⁰¹. Isso tudo, pois, evidencia a constrição do magistrado ao princípio da legalidade, como alerta Taruffo:

il dovere di motivare la decisione costringe il giudice ad attenersi strettamente al principio di legalità, poichè egli as di dover dimostrare con argomentazioni valide che la sua decisione realizza tale principio; più in generale, poi, può considerarsi secondo la legge solo la decisione la cui legalità sai dimostrata e generalmente controllabile.⁸⁰²

Indubitavelmente, apresenta-se a publicidade, em rigor técnico, como uma garantia de segundo grau (garantia das garantias), na medida em que sua presença é indispensável ao controle sobre o respeito das garantias primárias (como, por exemplo, a ampla defesa e o contraditório)⁸⁰³.

Trata-se, em todos os sentidos, da mais importante característica do modelo

Gascón. Madri: Editorial Trotta, 1999. p. 21.

⁷⁹⁷ Cfe. TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**. Pádova: Cedam, 1975. p. 400.

⁷⁹⁸ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 85.

⁷⁹⁹ Ibid., p. 85.

⁸⁰⁰ Ibid., p. 86.

⁸⁰¹ Cfe. TARUFFO, Michele. Note sulla garanzia costituzionale della motivazione. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. 55, p. 34-35, 1979.

⁸⁰² Ibid., p. 35.

⁸⁰³ Cfe. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Madrid: Editorial Trotta, 2000. p. 616.

acusatório, que foi incorporada em virtude das reivindicações e conquistas encampadas pelo pensamento ilustrado. Sua introdução, no processo penal, almejou findar o (combatido) procedimento secreto do sistema inquisitivo⁸⁰⁴. Nessa cena, aponte-se que a publicidade e a oralidade

resumían el proyecto político del Iluminismo en materia procesal penal y presidían, junto a otras - supresión de los métodos crueles para la investigación de la verdad, con íntima para valorar las pruebas, libertad de defensa, colaboración popular en la administración de justicia -, emanadas de la afirmación del respeto a la dignidad humana, la reacción contra la Inquisición.⁸⁰⁵

É, por intermédio da publicidade, portanto, que se assegura o controle (interno e externo) da atividade judicial, pois os procedimentos de formulação de hipóteses e de determinação da responsabilidade penal devem ser produzidos às claras, submetendo-se ao controle da opinião pública⁸⁰⁶ e, principalmente⁸⁰⁷, do imputado e de seu defensor⁸⁰⁸. Com isso, certo é que surge a publicidade “como forma óptima de dissipar quaisquer desconfiças que se possam suscitar sobre a independência e a imparcialidade com que é exercida a justiça penal e são tomadas as decisões”⁸⁰⁹. Bem por isso, como se registrou alhures, é que o acordo de delação premiada não pode ser sigiloso.

Não pode passar despercebido, de mais a mais, que a necessidade de motivação das decisões judiciais é indispensável por assegurar a efetividade do princípio da separação de poderes, premissa fundamental do Estado de Direito⁸¹⁰. Isso porque, visto sob uma forma positiva, a separação de poderes “assegura uma justa e adequada ordenação das funções do estado e, conseqüentemente, intervém como esquema relacional de competências, tarefas, funções e responsabilidades

⁸⁰⁴ Ibid., p. 616.

⁸⁰⁵ MAIER, Julio. **Derecho procesal penal**. 2. ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004. v. 1, p. 652.

⁸⁰⁶ É correto afirmar que “a presença do público nas audiências e a possibilidade do exame dos autos por qualquer pessoa representam o mais seguro instrumento de fiscalização popular sobre a obra dos magistrados, promotores públicos e advogados. Em última análise, o povo é o juiz dos juizes. E a responsabilidade das decisões judiciais assume outra dimensão, quando tais decisões hão de ser tomadas em audiência pública, na presença do povo”. GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Teoria geral do processo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 69.

⁸⁰⁷ Veja-se que, “ao lado dessa publicidade, que também se denomina popular, outro sistema existe (chamado de publicidade para as partes ou restrita), pelo qual os atos processuais são públicos só com relação às partes e seus defensores, ou a um número reduzido de pessoas. Com isso, garantem-se os indivíduos contra os males dos juízos secretos, mas evitando alguns excessos”. Ibid., p. 69.

⁸⁰⁸ Cfe. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Madrid: Editorial Trotta, 2000. p. 616.

⁸⁰⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 222-223.

⁸¹⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 89.

dos órgãos constitucionais de soberania”⁸¹¹. Nessa ordem de ideias, a “separação ou divisão de poderes significa responsabilidade pelo exercício de um poder”⁸¹².

Em rigor, percebe-se, nessa linha, que a motivação desenvolve um importante papel sobre essa dimensão positiva da separação de poderes. É que, como se sabe, o juiz, no exercício de suas funções, principalmente a de julgar, não se coloca como um mero executor da lei; em realidade, o magistrado apresenta um grau de criação do Direito⁸¹³: *capítulo que más há influído en orden a admitir la creación judicial del derecho frente a una mera aplicación mecânica del mismo por parte del juez*⁸¹⁴. A decisão judicial, assim, cria o Direito⁸¹⁵.

Em face desse contexto (e, sobretudo, à vista de que se deve estabelecer limites constitucionais ao juiz, a fim de evitar decisionismos), é que a motivação surge como instrumento por intermédio do qual se pode verificar se o juiz avocou poderes típicos do legislativo, invadindo a esfera de atribuições do legislador⁸¹⁶, o que, verdadeiramente, se apresenta defeso em nossa ordem jurídica, por ferir, às inteiras, o princípio da separação de poderes⁸¹⁷. A partir do assentamento da

⁸¹¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 250.

⁸¹² Ibid., p. 250.

⁸¹³ Cfe. GOMES FILHO, op. cit., p. 88-89.

⁸¹⁴ RAMOS MENDEZ, Francisco. **La creación judicial del derecho**. Barcelona: Bosch, 1979. p. 205.

⁸¹⁵ Cfe. Streck, “no plano da filosofia hermenêutica (Nova Crítica do Direito), creio que está superado o debate sobre se “os Tribunais criam ou não Direito”. Parece não restar dúvidas sobre o fato de que as decisões/sentenças interpretativas, aditivas, ou redutivas são criadoras de Direito. Isso porque toda norma é sempre resultado da interpretação de um texto, com o que há sempre um processo de produção/adjudicação de sentido (*Sinngebung*), e não de reprodução de sentido (*Auslegung*)”. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 460-461.

⁸¹⁶ Cfe. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 88-89.

⁸¹⁷ Essa, aliás, é a posição perfilhada pelo Supremo Tribunal Federal, como se pode perceber: “Não cabe, ao Poder Judiciário, em tema regido pelo postulado constitucional da reserva de lei, atuar na anômala condição de legislador positivo (RTJ 126/48 - RTJ 143/57 - RTJ 146/461-462 - RTJ 153/765 - 161/739-740 - RTJ 175/1137, v.g.), para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser legitimamente definidos pelo Parlamento. É que, se tal fosse possível, o Poder Judiciário - que não dispõe de função legislativa - passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes (STF - Ag. Reg. no Recurso Extraordinário n.º 333.341-1/SC - Rel. Min. CELSO DE MELLO - Segunda Turma - D.J. 19.12.2002 - Ementário n.º 2096-12). Os magistrados e Tribunais - que não dispõem de função legislativa - não podem conceder, ainda que sob fundamento de isonomia, o benefício da exclusão do crédito tributário em favor daqueles a quem o legislador, com apoio em critérios impessoais, racionais e objetivos, não quis contemplar coma vantagem da isenção. Entendimento diverso, que reconhecesse aos magistrados essa anômala função jurídica, equivaleria, em última análise, a converter o Poder Judiciário em inadmissível legislador positivo, condição institucional esta que lhe recusou a própria Lei Fundamental do Estado. É de acentuar, neste ponto, que, em

posição segundo a qual, no processo penal, se discutem, basicamente, restrições à liberdade e à dignidade do cidadão, tem-se, por certo, que assinalar a relevância da motivação (das decisões judiciais) como veículo encampador da efetividade dos direitos fundamentais⁸¹⁸, assim como o meio por intermédio do qual os direitos fundamentais coletivos adquirem capacidade de transformar a realidade social.

É a par dessas restrições impostas aos magistrados, destarte, que a motivação se apresenta como garantia dos direitos fundamentais. Isso porque é através da fundamentação que se poderá, por um lado, verificar se restaram observadas as regras do “devido processo”; e, de outro, será igualmente por meio dela que se mostrará possível constatar se restaram aplicadas, de modo válido, as leis impositivas de restrições à liberdade do cidadão, assim como se o conteúdo fático, objeto de estudo pela decisão judicial, foi apreciado corretamente⁸¹⁹.

De outro prisma, vê-se que a motivação retrata o momento em que o juiz deve confrontar a Constituição com a sociedade para a qual ela é projetada, fazendo incidir a justiça social projetada no texto constitucional. A motivação, portanto, dá vida aos direitos fundamentais sociais; ela demonstra se as decisões judiciais submetem-se ao dirigismo constitucional. E mais: é por intermédio dela, ainda, que a sociedade brasileira pode fiscalizar se o Judiciário, no plano concreto/prático, se rendeu à Constituição, exercendo seu papel de garantidor (dos direitos fundamentais individuais e coletivos), tal qual se exige em um Estado Democrático de Direito. Nessa linha de ideias, mostra-se pertinente asseverar:

sob o ponto de vista da concretização dos direitos, o problema da motivação das decisões assume um lugar cimeiro pelo singelo motivo de ser através dos fundamentos nela consignados que a comunidade jurídica pode (e deve) fazer a devida ‘censura significativa’ principalmente naquelas decisões de natureza terminativa, tais quais são as decisões prolatadas pelos tribunais superiores, como é o caso do próprio STF.⁸²⁰

Ainda sob a perspectiva constitucional, denota-se que a motivação adquire assaz relevo por demonstrar a existência (ou inexistência) de um efetivo controle de

tema de controle de constitucionalidade de atos estatais, o Poder Judiciário só atua como legislador negativo (RTJ 146/461, rel. Min. Celso de Mello)” (RTJ 175/1137).

⁸¹⁸ Cfe. GOMES FILHO, op. cit., p. 91-92.

⁸¹⁹ Ibid., p. 93.

⁸²⁰ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto - as garantias penais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 97.

constitucionalidade (com especial ênfase na modalidade difusa⁸²¹), pois o Judiciário, no curso dos processos criminais, deve verificar a validade (ou invalidade) material e formal⁸²² das leis infraconstitucionais (dispostas nos Códigos Penal e de Processo Penal, assim como em leis penais e processuais extravagantes).

Em vista disso, pretende-se esclarecer que, para a validade do discurso justificativo da decisão judicial à luz do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, não se colocam como possíveis reflexões dissociadas do real contexto da causa (esquecendo-se provas e argumentos das partes, por exemplo), muito menos a adoção de sentidos arbitrários ao texto legal (normatizando-o conforme os interesses do magistrado, sempre originários da sua consciência).

É imprescindível ter-se em mente, nesse contexto, que a resposta jurisdicional (e, de quebra, a motivação que se lhe alcança sustentação) deve ser constitucionalmente adequada. Mister, pois, que o julgador encontre e profira o resultado de acordo com a Constituição Federal. Pode-se, nesse passo, concluir que o dever de motivar as decisões judiciais traz, em si, o dever fundamental de o magistrado proferir uma resposta adequada no contexto constitucional, traduzindo-se como um direito das partes e, de igual sorte, da sociedade⁸²³.

3.4.2 A Resposta Adequada como Decisão Principiológica e Conteudística

Na sociedade moderna – e pós-moderna –, é necessário que se pense em critérios de verdade possível, enfrentando, de tal maneira, a complexidade que advém da possibilidade da tomada de decisões sempre diferenciadas. Nesse particular, modernamente não há falar-se na manutenção da concepção medieval

⁸²¹ Sobre esse tema, Canotilho assevera: “A competência para fiscalizar a constitucionalidade das normas é reconhecida a todos os tribunais que, quer por impugnação das partes, quer ex officio pelo juiz, apreciam a inconstitucionalidade das normas aplicáveis ao caso concreto submetido a decisão judicial”. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 982.

⁸²² “A Constituição disciplina o modo de produção das leis e demais espécies normativas primárias, definindo competências e procedimentos a serem observados na sua criação. De parte disso, em sua dimensão substantiva, determina condutas a serem seguidas, enuncia valores a serem preservados e fins a serem buscados. Ocorrerá inconstitucionalidade formal quando um ato legislativo tenha sido produzido em desconformidade com as normas de competência ou com o procedimento estabelecido para seu ingresso no mundo jurídico. A inconstitucionalidade será material quando o conteúdo do ato infraconstitucional estiver em contrariedade com alguma norma substantiva prevista na Constituição, seja uma regra ou um princípio”. BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 25.

⁸²³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 619.

dominante de Direito (direito natural), aquele caracterizado por ser eterno, imutável e indiferente às transformações sociais, mas, na implementação do Direito positivo, construído por decisões.⁸²⁴

À base disso, é possível afirmar-se, na análise da obra de Kelsen, que o Direito positivo se apresenta como o Direito colocado por força de uma decisão política vinculante, objetivando controlar as decisões de maneira a torná-las obrigatórias ao elaborar um sistema jurídico normativista e hierarquizado⁸²⁵.

Dentro desse cenário, a teoria jurídica normativista – base da racionalidade do Direito – deriva de um contexto histórico preciso. Tal teoria origina-se e fundamenta-se na forma de sociedade denominada modernidade. Assim, por entender a modernidade como um período de grande crença na ideia de racionalidade (e, no Direito, essa racionalidade estar fortemente ligada à noção de Estado, como se demonstrou no capítulo anterior, completa-se), toda a teoria jurídica da modernidade se projeta ligada ao conceito de Estado. Ademais, essa racionalidade se desenvolveu, principalmente, numa dinâmica que se chama normativismo⁸²⁶.

Atualmente, existe uma teoria jurídica originária da modernidade intimamente relacionada à noção de Estado e à de norma jurídica, tendo como principal representante dessa concepção Hans Kelsen. Sendo assim, referida teoria tem como pressuposto teórico o normativismo, que se difunde por todo o ocidente como matriz teórica representante do Direito da modernidade⁸²⁷. Nesse sentido, cabe (re)lembrar-se que o positivismo jurídico apresenta estas características:

a) o direito representa um conjunto de regras que permite à comunidade conhecer previamente aquilo que é proibido ou considerado punível; b) esse conjunto de regras é considerado completo, pois caso ocorra alguma situação não prevista, ela não poderá ser decidida mediante a aplicação do Direito. Nesse caso o juiz deverá usar a discricionariedade, aplicando uma outra solução para o caso; c) a chamada obrigação jurídica depende da existência de uma regra jurídica válida⁸²⁸.

⁸²⁴ ROCHA, Leonel Severo. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 13.

⁸²⁵ *Ibid.*, p. 14.

⁸²⁶ *Ibid.*, p. 14.

⁸²⁷ ROCHA, Leonel Severo. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 15.

⁸²⁸ ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 183.

Ao se ingressar em uma sociedade globalizada (podendo ser denominada também como transnacionalizada ou pós-moderna), a maior dificuldade encontrada diz respeito ao fato de que qualquer perspectiva que seja um pouco mais racionalista vinculada ao normativismo e ao Estado se tornam extremamente limitadas, não sendo possível, atualmente, manter uma noção de racionalidade no Direito ao se insistir no ideal kelseniano. Seguindo essa linha de raciocínio, observa-se uma crise do Direito da modernidade, caracterizando-se não apenas por uma deficiência referente à sua estrutura tradicional; trata-se de uma crise da integração de seus pressupostos dogmáticos para funcionarem dentro da globalização⁸²⁹.

Para o positivismo normativista, tendo-se à frente Kelsen (que, por primeiro, foi quem admitiu a discricionariedade decorrente da possibilidade de múltiplas escolhas), a interpretação se coloca como uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do Direito, a qual segue seu curso de um escalão superior a um inferior⁸³⁰. Relevante observar-se que Kelsen,

fiel à tradição relativista do neokantismo de Marburgo, optou pela construção de um sistema jurídico centrado unicamente no mundo do dever ser. Tal ênfase acarretou a superestimação dos aspectos lógicos constitutivos da teoria pura, em detrimento dos suportes fáticos do conhecimento⁸³¹.

Por consequência, entende-se que o mundo vivido, aquele da prática diária, não encontrou qualquer respaldo na teoria kelseniana, na medida em que, por um ideal de pureza normativa, ficou de fora do processo interpretativo.

No que toca a interpretação da lei, incumbe-se saber qual o conteúdo a ser dado à norma individual de uma sentença judicial diante de um caso concreto⁸³². Importante observar, nesse passo, que a aplicação do Direito apresenta uma relativa indeterminação entre a norma do escalão superior e a do inferior, de sorte que sempre haverá uma margem, ora maior, ora menor, de livre apreciação, devendo ocorrer um ato de produção normativa para preencher esse quadro ou moldura⁸³³. Em sendo assim, “mesmo uma ordem o mais pormenorizada possível tem de deixar

⁸²⁹ ROCHA, op. cit., p. 15.

⁸³⁰ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 387.

⁸³¹ ROCHA, op. cit., p. 16.

⁸³² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 387.

⁸³³ *Ibid.*, p. 388.

àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer⁸³⁴”. Isso porque há indeterminações (intencionais ou não) que reclamam essa postura⁸³⁵. Por corolário disso, surge o poder discricionário, que se justifica em razão de que

o Direito a aplicar forma, em todas essas 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.⁸³⁶

Sob esse prisma, a interpretação, para Kelsen, apenas poderá ocorrer dentro da moldura que abriga várias possibilidades de solução ao caso⁸³⁷. Adianta-se, contudo, que se critica esse modelo discricionário (segundo Engelmann), porquanto, inclusive nas dificuldades de aplicação das normas e nas lacunas, ou seja, “mesmo nesses ‘casos difíceis’, o juiz deve alcançar o direito de que a parte é titular, sem inventar direitos novos, com caráter retroativo”⁸³⁸.

Não obstante essa crítica, Hart, por exemplo, defende que o campo das regras jurídicas apresenta uma textura aberta, sendo mais presente, nesse ponto, a ausência de precisão da linguagem. Ainda, “mesmo quando são usadas regras gerais formuladas verbalmente, podem, em casos particulares concretos, surgir incertezas quanto à forma de comportamento exigido por elas”⁸³⁹. Portanto, “em todos os campos de experiência, e não só no das regras, há um limite, inerente à natureza da linguagem, quanto à orientação que a linguagem geral pode oferecer”⁸⁴⁰.

Tal imprecisão, na esfera do jurídico, deriva-se de dois motivos: (i) as regras jurídicas estão dirigidas a classes de pessoas ou coisas e não a pessoas ou coisas particulares; e (ii) essas regras permanecem vigentes por largos períodos de tempo, aplicando-se para situações que não foram previstas no momento da sua criação⁸⁴¹.

Para interpretar essas palavras de textura aberta, o autor propõe utilizar a

⁸³⁴ Ibid., p. 388.

⁸³⁵ Ibid., 388-390.

⁸³⁶ Ibid., p. 390.

⁸³⁷ Ibid., p. 390.

⁸³⁸ ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 183.

⁸³⁹ HART, H. L. A. **O conceito de directo**. Trad. A. Ribeiro Mendes. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. p. 139.

⁸⁴⁰ HART, H. L. A. **O conceito de directo**. Trad. A. Ribeiro Mendes. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. p. 139.

⁸⁴¹ Cfe. RODRÍGUEZ, César. **La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin**. Bogotá: Siglo del Hombre, 1997. p. 33.

técnica da analogia, por intermédio da qual pretende solucionar os casos difíceis de interpretação. Desse modo, aponta o autor que toda a expressão linguística apresenta um núcleo duro de significado e uma área de penumbra: o primeiro é de fácil interpretação, estando todos os intérpretes de acordo com a expressão aplicada; os segundos representam os casos difíceis. Inicialmente, nota-se que

os casos simples, em que os termos gerais parecem não necessitar de interpretação e em que o reconhecimento dos casos de aplicação parece não ser problemático ou ser automático são apenas os casos familiares que estão constantemente a surgir em contextos similares, em que há acordo geral nas decisões quanto à aplicabilidade dos termos classificatórios.⁸⁴²

De outro curso – ou seja, para os casos difíceis –, Hart sinaliza com a possibilidade de solução à luz de um critério aproximativo, de analogia com os casos fáceis. Assim, o juiz, nos casos difíceis, poderia se valer da discricionariedade, criando o direito para a situação em exame ao invés de aplicá-lo⁸⁴³: “haverá pontos em que o direito existente não consegue ditar qualquer decisão que seja correta e, para decidir os casos em que tal ocorra, o juiz deve exercer os seus poderes de criação do direito”⁸⁴⁴.

Em tais situações (ou seja, quando o direito é indeterminado ou incompleto), deve o magistrado

exercer o seu poder discricionário e criar direito para o caso, em vez de aplicar meramente o direito estabelecido preexistente. Assim, em tais casos juridicamente não previstos ou não regulados, o juiz cria direito novo e aplica o direito estabelecido que não só confere, mas também restringe, os seus poderes de criação do direito.⁸⁴⁵

Entretanto, pondera Hart que os poderes de criação atribuídos aos juízes,

para resolverem os casos parcialmente deixados por regular pelo direito, sejam diferentes dos de um órgão legislativo: não só os poderes do juiz são objeto de muitos constrangimentos que estreitam a sua escolha, de que um órgão legislativo pode estar consideravelmente liberto, mas, uma vez que os poderes do juiz são exercidos apenas para ele se libertar de casos concretos que urge

⁸⁴² HART, op. cit., p. 139.

⁸⁴³ Cfe. RODRÍGUEZ, op. cit., p. 34.

⁸⁴⁴ HART, op. cit., p. 336.

⁸⁴⁵ HART, H. L. A. **O conceito de directo**. Trad. A. Ribeiro Mendes. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. p. 335.

resolver, ele não pode usá-los para introduzir reformas em larga escala ou novos códigos.⁸⁴⁶

Sem sombra de dúvida,

Hart sostiene que debido a que la vaguedad es una característica inherente al lenguaje jurídico y a que en la decisión de los casos difíciles existe más de una interpretación razonable, cuando estos casos llegan a los estrados judiciales los jueces tienen discrecionalidad para escoger la interpretación que consideren más apropiada. Cuando la regla aplicada es imprecisa, el juez no tiene otra salida que escoger prudentemente la opción que estime adecuada. En estas circunstancias excepcionales, el juez no está aplicando el derecho - porque las reglas no el indican una u otra dirección - sino, creándolo para el caso concreto⁸⁴⁷.

Relevante é observar que Hart assevera que

esta imagem do direito, como sendo parcialmente indeterminado ou incompleto, e a do juiz, enquanto preenche as lacunas através do exercício de um poder discricionário limitadamente criador de direito, são rejeitadas por Dworkin, com fundamento em que se trata de uma concepção enganadora, não só do direito, como também do raciocínio judicial.⁸⁴⁸

Sob a perspectiva de Dworkin, cumpre-se registrar que a aplicação do direito aos casos práticos pode ser ordenada a partir do reconhecimento da incidência de regras ou princípios na situação particular, ocorrendo, nessas ocasiões, um debate de cunho estritamente jurídico, que se coloca marcado, em grande medida, pelo caráter argumentativo desenvolvido pelas partes. Anote-se que, logo nas primeiras páginas de *Levando os direitos a sério*, o autor pondera: “meu objetivo imediato, porém, é distinguir os princípios, no sentido genérico, das regras”⁸⁴⁹.

É de rigor se consignar, nessa perspectiva, que se pode aventar uma distinção entre regras e princípios, que se opera, basicamente, nestes moldes: (i) as regras desenvolvem-se dentro de um esquema de “tudo ou nada”, isto é, se os fatos estão estipulados por uma regra, ou a regra é válida (e, por consequência, o resultado previsto deve ser alcançado no caso), ou ela é inválida (e, de efeito, não

⁸⁴⁶ Ibid., p. 336.

⁸⁴⁷ RODRÍGUEZ, César. **La decisión judicial**: el debate Hart-Dworkin. Bogotá: Siglo del Hombre, 1997. p. 34.

⁸⁴⁸ HART, op. cit., p. 335.

⁸⁴⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Traduzido por: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 37.

tem qualquer incidência no caso); por outro lado, (ii) os princípios não reclamam essa lógica do “tudo ou nada”, na medida em que, conquanto não-aplicados, conservam suas vigências, sendo possíveis suas prevalências em outras ocasiões⁸⁵⁰. São as regras conclusivas, de sorte que, ou elas são aplicáveis ao caso, ou não o são. Vislumbra-se, nessa senda, que suas aplicações, realmente, são na maneira de “tudo ou nada”, pois, à vista dos fatos que uma regra estipula, ou essa regra é válida, devendo sua resposta ser aceita, ou não o é, em nada contribuindo para a decisão. Pode-se apontar que

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 que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira 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.⁸⁵¹

Diversamente, é possível dizer-se que os princípios se colocam como não-conclusivos, porquanto se deve realizar, em momento antecedente, uma comparação entre aqueles que foram encontrados, a fim de que se possa verificar qual deve prevalecer no caso. Para a aplicação dos princípios, é indispensável, assim, pesar ou ponderar seus valores nas circunstâncias envoltas na hipótese em julgamento⁸⁵². Depois dessa análise, somente um princípio irá ponderar no caso, o que evidencia o caráter competitivo existente entre eles. Assim, os princípios não são contraditórios, pois podem conviver em um mesmo ordenamento jurídico, conquanto apenas um tenha incidência no caso singular, por ter se saído vencedor da colisão⁸⁵³. Daí que os princípios apresentam uma dimensão de peso ou importância, de modo que o agente sobre o qual recai o ônus de solucionar o problema jurídico, deve levar em conta a força de cada princípio⁸⁵⁴. Inegavelmente,

as regras não têm essa dimensão. Podemos dizer que as regras são funcionalmente importantes ou desimportantes. Uma regra jurídica

⁸⁵⁰ Cfe. RODRÍGUEZ, César. **La decisión judicial**: el debate Hart-Dworkin. Bogotá: Siglo del Hombre, 1997. p. 48-50.

⁸⁵¹ Cfe. DWORKIN, op. cit., p. 39.

⁸⁵² Cfe. RODRÍGUEZ, op. cit., p. 50-51.

⁸⁵³ RODRÍGUEZ, César. **La decisión judicial**: el debate Hart-Dworkin. Bogotá: Siglo del Hombre, 1997. p. 87.

⁸⁵⁴ Cfe. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Traduzido por: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 42.

pode ser mais importante do que outra porque desempenha um papel maior ou mais importante na regulação do comportamento. Mas não podemos dizer que uma regra é mais importante que outra enquanto parte do mesmo sistema de regras, de tal modo que se duas regras estão em conflito, uma suplanta a outra em virtude de sua importância maior.⁸⁵⁵

Todavia, não existe essa dimensão nas regras, porque, ao entrarem em conflito, desserve questionar qual tem maior importância (como ocorre com os princípios). Sob todos os títulos, ao se falar em regras, somente dois questionamentos são importantes. O primeiro: uma regra derroga a outra? E o segundo: essa regra não é uma exceção da outra? Nessa linha, observa-se que uma resposta afirmativa, para qualquer um desses questionamentos, soluciona o conflito estabelecido de modo satisfatório⁸⁵⁶, pois a solução para essas perguntas indica que, ou as regras são aplicáveis ao caso, ou não o são. Portanto, é, definitivamente, “tudo ou nada”, na medida em que, “se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida”⁸⁵⁷.

Relevante se anotar, ainda, que podem ocorrer conflitos entre regras e princípios. Nesses casos, a solução origina-se do esquema de colisões entre princípios, porque não se faz a ponderação entre a regra e o princípio, mas entre este e o princípio subjacente à regra⁸⁵⁸. Nesse lanço, os apontamentos (sobre regras e princípios, acima aventados) indicam que as discussões e debates jurídicos são teóricos, não empíricos. Tais desacordos teóricos mostram que a característica central das práticas jurídicas é o caráter argumentativo.

Nessa linha de concepção, a prática jurídica, em essência, é interpretativa, pois a vida do Direito consiste em um intercâmbio de argumentos entre sujeitos que oferecem interpretações alternativas acerca do que “realmente diz” o Direito no caso debatido⁸⁵⁹.

Há, portanto, um processo de interpretação das práticas jurídicas, que se subdivide em três momentos. No primeiro, o intérprete identifica as regras e os princípios insertos na prática jurídica. No segundo, o intérprete deve oferecer uma justificativa moral e política dos elementos da prática jurídica identificados na

⁸⁵⁵ Ibid., p. 43.

⁸⁵⁶ Cfe. RODRÍGUEZ, op. cit., p. 50-51.

⁸⁵⁷ DWORKIN, op. cit., p. 43.

⁸⁵⁸ Cfe. RODRÍGUEZ, op. cit., p. 53.

⁸⁵⁹ RODRÍGUEZ, César. **La decisión judicial**: el debate Hart-Dworkin. Bogotá: Siglo del Hombre, 1997. p. 62.

primeira fase. E, por fim, na terceira fase, o intérprete formula reformas para a prática jurídica existente, visando a aproximá-la aos requerimentos de justificação desenvolvida na segunda fase. Essas fases são denominadas, em ordem, de pré-interpretativa, interpretativa e pós-interpretativa. De quebra, registre-se que esses momentos devem ser entendidos como parte de um processo unitário, uma vez que todos os argumentos atravessam essas três etapas interpretativas⁸⁶⁰. Por força do exposto, a interpretação é alçada ao patamar da argumentação, com o que ocorre uma racionalidade de cunho comunicativo, fixando-se, previamente, a maneira de operar em face da indeterminação do Direito.

Assim sendo, concebe-se uma teoria do Direito como adequada quando ocorre a satisfação dessas três etapas interpretativas, assim como no instante em que se pode justificar a coerção estatal a partir de decisões políticas prévias (como, por exemplo, a Constituição, as leis, as sentenças), ou seja, decisões tomadas por autoridades públicas⁸⁶¹. Com efeito, veja-se que

a teoria de Dworkin, ao que tudo indica, não se presta a desenvolver um arsenal mecânico para resolver os 'casos difíceis'. Pelo contrário, pretende fazer a crítica ao positivismo jurídico que lança mão do poder discricionário do juiz, a fim de apresentar uma solução jurídica, através da criação de uma norma que inexista no momento em que o fato ocorreu na sociedade.⁸⁶²

Nessa senda, surge a teoria do direito da integridade, segundo a qual os casos similares devem ser tratados de modo similar, levando-se em linha de conta que,

en un caso concreto, los principios y reglas que proporcionan la solución adecuada son aquellos que resultan de la aplicación consistente de decisiones políticas pasadas, de acuerdo con una interpretación que ofrezca la mejor justificación política y moral de dichas decisiones⁸⁶³.

Nesse ângulo, importa, pois, a coerência de justiça e de equidade, tendo-se em vista que os direitos e deveres legais foram criados por um único autor, o que conduz os juízes a pautarem seus comportamentos na busca pela identificação das

⁸⁶⁰ Ibid., p. 63-64.

⁸⁶¹ Ibid., p. 64.

⁸⁶² ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 183.

⁸⁶³ RODRÍGUEZ, César. **La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin**. Bogotá: Siglo del Hombre, 1997. p. 65-66.

normas a serem aplicadas a partir desse ideal de integridade⁸⁶⁴.

Com efeito, verifica-se que,

segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, eqüidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade⁸⁶⁵.

Avulta, a partir disso, que o Direito, como integridade, apresenta uma nota inflexivelmente interpretativa⁸⁶⁶, exigindo que “um juiz ponha à prova sua interpretação de qualquer parte da vasta rede de estruturas e decisões políticas de sua comunidade, perguntando-se se ela poderia fazer parte de uma teoria coerente que justificasse essa rede como um todo”⁸⁶⁷.

Como se pôde verificar, a aplicação de regras, ou a ponderação entre princípios, ou, ainda, entre princípios e regras, se encontra à base da proposta de aplicação do direito com vistas à solução de casos práticos. É nesse cenário que se apresentam os casos fáceis e os casos difíceis. Os casos fáceis são aqueles solucionados por critério de racionalidade formal, quando apenas uma regra ou um princípio incide no caso particular. Nos casos difíceis, a situação é outra. Precisamente, os *hard cases* surgem quando os fatos e as normas relevantes permitem, ao menos em uma análise superficial, mais de uma solução. Via de regra, isso ocorre quando a norma aplicada apresenta um texto aberto, com expressões linguísticas vagas⁸⁶⁸.

Nos casos difíceis, não se deve, entretanto, admitir a discricionariedade judicial, como sustenta o positivismo. Nesse ponto exsurge um ataque feroz de Dworkin ao pensamento de Hart:

o positivismo jurídico fornece uma teoria dos casos difíceis. Quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem, segundo tal teoria, o ‘poder discricionário’ para decidir o caso de uma maneira ou de outra. Sua opinião é redigida em uma linguagem que parece supor que um ou outra das partes tinha direito preexistente de ganhar a causa, mas tal idéia não passa de uma

⁸⁶⁴ Cfe. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Traduzido por: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 271-272.

⁸⁶⁵ Ibid., p. 272.

⁸⁶⁶ Ibid., p. 272.

⁸⁶⁷ Ibid., p. 294.

⁸⁶⁸ Cfe. RODRÍGUEZ, op. cit., p. 66-68.

ficção. Na verdade, ele legisla novos direitos jurídicos (new legal rights), e em seguida os aplica retroativamente ao caso em questão.⁸⁶⁹

Contudo, pondera Dworkin que vai

descrever e defender uma teoria melhor. Em minha argumentação, afirmarei que, mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa. O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais os direitos das partes, e não inventar novos direitos retroativamente.⁸⁷⁰

Na concepção de Dworkin, é possível obter uma única resposta certa (adequada) nos “casos difíceis”, construída por meio da interpretação das normas, buscando nelas os princípios ou políticas que satisfaçam as pretensões das partes. Consoante a isso, Dworkin refuta a tese da discricionariedade judicial, pois, para ele, as regras, diretrizes e princípios seriam suficientes para dar uma única solução a esses casos, sem a necessidade de buscar apoio no sentimento subjetivo do juiz. Assim sendo, o material jurídico composto pela união entre normas, diretrizes e princípio se coloca como suficiente ao encontro da resposta adequada⁸⁷¹.

Defende Rodríguez a adoção de um modelo descritivo-justificativo, que se projeta para solucionar esses casos difíceis, sendo o adequado (e o único) admitido em um Estado Democrático de Direito. Esse modelo apresenta dois elementos. O primeiro vincula-se com a distinção entre regras e princípios, assentando-se que, nos casos em que existem lacunas no que tange à aplicação das regras, os princípios se colocam como meios através dos quais é possível completar esses vazios, garantindo a completude do sistema. Com isso, não há lugar à discricionariedade judicial. O segundo elemento, que também se concretiza para evitar a atividade de criação judicial, diz respeito às hipóteses nas quais a dificuldade se origina da colisão de dois ou mais princípios relevantes. Nessas ocasiões, o poder discricional do juiz não vinga, porque existe uma ordem hierárquica entre os diferentes tipos de princípios, a qual se estabelece a partir da distinção entre *políticas* e *princípios em sentido estrito*. As políticas são modelos que pretendem proteger um objeto coletivo, como a seguridade nacional e o crescimento

⁸⁶⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Traduzido por: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 127.

⁸⁷⁰ Ibid., p. 127.

⁸⁷¹ ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 184.

econômico. As políticas justificam-se, assim, pela necessidade de se proteger o bem-estar da comunidade em sua totalidade. Por outro lado, os princípios destinam-se a defender direitos individuais, como o desenvolvimento da personalidade. Os princípios justificam-se na ordem moral, não dependendo, portanto, do proveito que a comunidade possa alcançar a partir dos seus reconhecimentos⁸⁷².

Nessa quadra, o importante é anotar que os magistrados fundam (e devem fundar) suas decisões em argumentos de princípios⁸⁷³, uma vez que seus argumentos são de consistência jurídica e moral e não de convivência social⁸⁷⁴. Dessa forma, as decisões judiciais “são e devem ser, de maneira característica, geradas por princípios, e não por políticas”⁸⁷⁵.

Por isso, o modelo de decisões judiciais baseado em princípios é o único que justifica e explica adequadamente o papel dos magistrados na perspectiva de um Estado Democrático de Direito⁸⁷⁶. Sob o prisma do modelo de princípios, o juiz se coloca comprometido com o ideal político da integridade, na medida em que *su deber fundamental es establecer qué decisión está ordenada por la aplicación consistente de las reglas, los principios y las decisiones judiciales existentes en la práctica jurídica de su comunidad*⁸⁷⁷.

Em certo modo, os princípios são marcos de uma transcendentalidade, que se coloca como uma ordem *a priori*. Ou seja: quando abordada a questão de princípios e de decidir por princípios, há um movimento do investigador do Direito dentro de um conjunto antecedente de valores predeterminados. Há um plano, materialmente válido, indispensável ao assente das decisões judiciais, que não depende da escolha individual e isolada de alguma pessoa. Visto por esse ângulo, esse plano revela-se um elo de interdependência que liga o sujeito (do e no Direito) aos princípios jurídicos constitucionais⁸⁷⁸.

Em sendo assim, pode-se realizar algo denominado de “censura significativa

⁸⁷² Cfe. RODRÍGUEZ, César. **La decisión judicial**: el debate Hart-Dworkin. Bogotá: Siglo del Hombre, 1997. p. 77-78.

⁸⁷³ Para Dworkin, “os argumentos de princípio são argumentos destinados a estabelecer um direito individual; os argumentos de política são argumentos destinados a estabelecer um objetivo coletivo”. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Traduzido por: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 14).

⁸⁷⁴ Cfe. RODRÍGUEZ, op. cit., p. 78.

⁸⁷⁵ DWORKIN, op. cit., p. 132.

⁸⁷⁶ Cfe. RODRÍGUEZ, op. cit., p. 80.

⁸⁷⁷ Ibid., p. 80.

⁸⁷⁸ Cfe. STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto - as garantias penais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 17.

das decisões judiciais”, por meio da qual é possível distinguir boas e más decisões judiciais a partir de pré-juízos autênticos/legítimos e inautênticos/ilegítimos. Seguindo-se essa trilha, imperioso convir-se que os magistrados devem aceitar uma restrição independente e superior decorrente da integridade das decisões que proferem. Mesmo as decisões de “últimas instâncias” - que têm cumprimento obrigatório por seu caráter de cogência - devem sofrer “censuras significativas”, sendo esse papel crítico reservado à doutrina em um país democrático⁸⁷⁹.

Para Rodríguez, existe a possibilidade de uma resposta adequada aos casos difíceis, que se concretiza a partir de um ponto de vista interno dos participantes da prática interpretativa. Por ser uma prática interpretativa, o Direito deve ser compreendido no “interior” do processo de argumentação em que os participantes reclamam a correção da interpretação das normas. A par desse contexto, os magistrados e os advogados são uníssonos ao reconhecer que as normas, caso corretamente interpretadas, determinam um só resultado (ou seja: a resposta adequada), sendo, ademais, oferecidos argumentos para sustentar essa posição⁸⁸⁰. Isso porque os conceitos jurídicos apresentam uma bivalência (são, portanto, conceitos dispositivos), isto é, “em todos os casos, ou a asserção positiva, de que o caso enquadra-se num contexto positivo, ou a asserção oposta, de que não se enquadra, deve ser verdadeira mesmo quando é controvertido qual delas é verdadeira”⁸⁸¹. Dizendo de modo mais claro:

se é verdade que um traço de promessas constitui ou não um contrato válido, que alguém processado por um delito é ou não responsável por danos, e que alguém acusado de um crime é ou não culpado, então todos os casos em que essas questões são dispositivas têm uma resposta certa⁸⁸². Mormente caso se considere que, si el juez realiza ese proceso de integración de normas, principios y valores morales, deberá hallar, concibiendo al derecho como práctica interpretativa, la respuesta correcta para el caso. Porque la red del derecho es una red sin fisuras, dado que los principios completan, eventualmente, las fisuras existentes⁸⁸³.

Para a construção da resposta correta, serve-se de um modelo especial de

⁸⁷⁹ Ibid., p. 17.

⁸⁸⁰ Cfe. RODRÍGUEZ, César. **La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin**. Bogotá: Siglo del Hombre, 1997. p. 85-86.

⁸⁸¹ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Traduzido por: Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 176.

⁸⁸² Ibid., p. 177.

⁸⁸³ MARÍA CARCOVA, Carlos. Qué hacen los jueces cuando juzgan? **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Porto Alegre, v. 35, p. 13, 2001.

juiz chamado Hércules, que apresenta poderes verdadeiramente sobre-humanos, mas que, de qualquer sorte, se coloca como parâmetro aos demais magistrados.

Inquestionavelmente, um juiz verdadeiro só pode imitar Hércules até certo ponto, pois esse modelo hercúleo é dotado de talentos sobre-humanos, possuindo, ainda, um tempo infinito a seu dispor, por intermédio do qual ele interpreta, às inteiras, todo o direito regente da comunidade⁸⁸⁴. Joga-se com *la metáfora del Juez Hércules, un juez omnisciente, capaz de producir la recta solución para el caso difícil, siempre y cuando, sea capaz también de entender al derecho como integridad e integración*⁸⁸⁵. Na concepção de Hércules, ademais, à solução dos casos difíceis, “as leis precisam ser lidas de algum modo que decorra da melhor interpretação do processo legislativo como um todo”⁸⁸⁶, o que conduz a uma (indevida) confusão entre as concepções de texto e norma.

Ocorre, contudo, que, para a hermenêutica filosófica, a diferenciação entre casos simples e casos difíceis significa cindir aquilo que não pode ser cindido, ou seja, dividir o próprio compreender – que é condição de possibilidade para a interpretação⁸⁸⁷. É que, por sua crítica, se deve encampar o método fenomenológico, o qual,

visto, a partir de Heidegger, como ‘interpretação universal’, é dizer, como revisão crítica dos temas centrais transmitidos pela tradição filosófica através da linguagem, como destruição e revolvimento do chão lingüístico da metafísica ocidental, mediante o qual é possível descobrir um indisfarçável projeto de analítica da linguagem, numa imediata proximidade com a práxis humana, como existência e faticidade, onde a linguagem – o sentido, a denotação – não é analisada num sistema fechado de referências, mas, sim, no plano da historicidade. Enquanto baseado no método hermenêutico-lingüístico, o texto procura não se desligar da existência concreta, nem da carga pré-ontológica que na existência já vem sempre antecipada. Trata-se, enfim, da elaboração de uma análise antimetafísica, isto porque a partir da viragem lingüística e do rompimento com o paradigma metafísico aristotélico-tomista e da filosofia da consciência, a linguagem deixa de ser uma terceira coisa que se interpõe entre um sujeito e um objeto, passando a ser condição de possibilidade⁸⁸⁸.

⁸⁸⁴ Cfe. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Traduzido por: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 294.

⁸⁸⁵ MARÍA CARCOVA, op. cit., p. 12.

⁸⁸⁶ DWORKIN, op. cit., p. 404.

⁸⁸⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 299.

⁸⁸⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto

Com efeito, atente-se, nesse particular, que a

compreensão, que faz parte do modo de ser-no-mundo, antecipa qualquer tipo de explicação lógico-semântica, não no sentido temporal, cronológico. Porque estamos no mundo há uma compreensão que se antecipa a qualquer tipo de explicação. Temos uma estrutura do nosso modo de ser que é a interpretação. Por isto, sempre que interpretamos. O horizonte do sentido é-nos dado pela compreensão que temos de algo. O ser humano é compreender. Ele só se faz pela compreensão. Ele só se dá pela compreensão. Compreender é um existencial, que é uma categoria pela qual o homem se constitui. A faticidade, a possibilidade, a compreensão são alguns desses existenciais. O fundamento do compreender é o próprio homem.⁸⁸⁹

Consigne-se, ainda, que a distinção entre *easy cases* e *hard cases* se apresenta como metafísica, porque, antes dessa diferenciação, já existe um compreender antecipador (pré-compreensivo) com caráter existencial, no qual esses dois elementos epistemológicos se encontram enraizados⁸⁹⁰. É como se existissem, portanto, casos fáceis e difíceis desde sempre rotulados, sendo essas concepções apresentadas ao sujeito de forma definitiva, o que, no plano da hermenêutica filosófica, se coloca inadequado. Com isso, pretende-se dizer, especificamente, que a diferença entre casos simples e casos difíceis se cinge a uma exigência do esquema de interpretação sujeito-objeto⁸⁹¹, porque,

ao fazer a distinção entre as operações causais-explicativas (deducionismo) destinadas a resolver os casos simples e as 'ponderações' calcadas em procedimentos que hierarquizam cânones e princípios (ou postulados hermenêuticos) para solver os casos complexos, reduz-se o elemento essencial da interpretação a uma relação sujeito-objeto.⁸⁹²

Trata-se, pois, de uma distinção objetivista, metodológica, de teoria do conhecimento, na qual existem, no debate do caso difícil, uma "insuficiência" no processo de conhecimento, posto que, nessa hipótese, a causalidade se apresenta insuficiente (ao não dar conta do caso, que, de efeito, deixa de ser fácil)⁸⁹³. Importa

Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 216-217.

⁸⁸⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 201.

⁸⁹⁰ Cfe. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011. p. 300.

⁸⁹¹ Ibid., p. 300.

⁸⁹² Ibid., p. 301.

⁸⁹³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011. p. 300.

superar o esquema sujeito-objeto (que marca a diferenciação entre casos fáceis e difíceis), com o que se deve, segundo Streck,

conceber a linguagem como totalidade, é dizer, entender que não há mundo sem a mediação do significado, significa romper com a concepção de que há um sujeito cognoscente apreendendo um objeto mediante um instrumento chamado linguagem. Morre, assim, o cogito cartesiano e todas as formas de 'eu' puro, desindexado de cadeias significantes, da superada (?) relação sujeito-objeto passa-se à relação sujeito-sujeito. Essa superação ocorre com a ontologia fundamental (analítica existencial). Com ela, decreta-se a morte da idéia de subjetividade como instauradora da condição de ser-no-mundo do sujeito. Com a ontologia fundamental, o que morre é o sujeito (o arbítrio do sujeito) que se coloca como fundamento do mundo. É evidente que essa mudança de paradigma vai provocar ranhuras e espanto, mormente no seio da comunidade dos juristas. Afinal, para o jurista tradicional, inserido no paradigma epistemológico da filosofia da consciência, é a sua subjetividade que funda os objetos no mundo. Sempre acreditou (e continua acreditando) que á sua descrição, isto é, a sua atividade subjetiva, que faz com que o mundo ou as coisas sejam como elas são.⁸⁹⁴

Nessa senda, vê-se – quanto à diferenciação entre casos fáceis e difíceis – que a dimensão da causalidade, como registrado acima, vincula a interpretação a uma relação sujeito-objeto (como se disse), na qual a linguagem se apresenta apenas como instrumento (e não como condição de possibilidade para o acesso ao mundo⁸⁹⁵, inclusive o do Direito: “somente pela linguagem — vista como condição de possibilidade e não como mero instrumento ou terceira coisa que se interpõe entre sujeito e objeto — é possível ter acesso ao mundo (do Direito e da vida)”⁸⁹⁶.

Pode-se, a partir disso, sustentar a existência de um “positivismo de causalidade”, que não alcança os entes em seu acontecer (na sua compreensão). Nesse aspecto, o equívoco consiste nessa dimensão prévia que separa os casos fáceis dos difíceis. É como se eles já existissem desde sempre demarcados⁸⁹⁷,

⁸⁹⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 179-180.

⁸⁹⁵ Pondera Gadamer que “a linguagem não é somente um dentre muitos dotes atribuídos ao homem que está no mundo, mas serve de base absoluta para que os homens tenham mundo, nela se representa mundo. para o homem, o mundo está aí como mundo numa forma como não está para qualquer outro ser vivo que esteja no mundo. mas esse estar-aí do mundo é constituído pela linguagem” (GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**. Traduzido por: Flávio Paulo Meurer. Revisão de Enio Paulo Giachini. 6. ed. São Paulo: Vozes, 2004. p. 571). Realça Streck, ademais, que, “como o 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. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 201.

⁸⁹⁶ Ibid., p. 185.

⁸⁹⁷ Cfe. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas.

impondo-nos um método de reprodução dos seus sentidos, o que é inviável na fenomenologia hermenêutica, porquanto o “processo interpretativo/hermenêutico tem (deveria ter) um caráter produtivo”⁸⁹⁸.

Nesse quadrante, frise-se que as teorias discursivas desconsideram que, antes da explicação causal, há a pré-compreensão, a qual limita o processo de atribuição de sentido. Veja-se que essa antecipação de sentido, que se apresenta forjada na faticidade, não pode ser analisada de modo formal, como se pretende com as regras de argumentação. Tem-se como certo que os elementos existenciais se colocam além das explicações causais, porque resultam de uma autocompreensão incapaz de ser reduzida a relações de causa e efeito. Não se nega que possam existir casos fáceis. O impossível, entretanto, é uma institucionalização de casos simples e casos difíceis, porque o intérprete não escolhe o que seja um caso fácil e um caso difícil. Sem dúvida, o resultado da interpretação não é um produto de convencionalismo. Assinale-se, aqui, que os sentidos ocorrem na intersubjetividade, e não nas coisas⁸⁹⁹.

Sendo assim – e, ainda, como essa intersubjetividade ocorre *na e pela* linguagem⁹⁰⁰, indo além do esquema sujeito-objeto –, verifica-se que os sentidos arbitrários estão interditados (pré-juízos inautênticos), com o que, hermeneuticamente, é possível se alcançar respostas adequadas. Afinal, o intérprete não pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa. Ou seja: o intérprete não pode, por exemplo, atribuir sentidos que despistem a função social da propriedade⁹⁰¹, assim como sentidos que camuflam a abrangência da ampla defesa e contraditório.

Registre-se que a interdição das arbitrariedades por intermédio do reconhecimento de pré-juízos inautênticos tem no tempo um fator de destaque, na medida em que se deve “reconhecer a distância de tempo como uma possibilidade positiva e produtiva do compreender. Não é um abismo devorador, mas está preenchido pela continuidade da herança histórica e da tradição, em cuja luz nos é

Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011. p. 301.

⁸⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 91.

⁸⁹⁹ STRECK, op. cit., p. 302.

⁹⁰⁰ Não há negar-se que “estamos mergulhados em um mundo que somente aparece (como mundo) na e pela linguagem. Algo só é algo se podemos dizer que é algo. Esse poder-dizer é lingüisticamente mediado, porque nossa capacidade de agir e de dizer-o-mundo é limitada e capitaneada pela linguagem”. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 210.

⁹⁰¹ Cfe. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011. p. 301-302.

mostrada toda a tradição”⁹⁰². Por via própria de consequência,

essa distância, além de eliminar os preconceitos de natureza particular, permite o surgimento daqueles que levam a uma compreensão correta. Muitas vezes essa distância temporal nos dá condições de resolver a verdadeira questão crítica da hermenêutica, ou seja, distinguir os verdadeiros preconceitos, sob os quais compreendemos, dos falsos preconceitos que produzem mal-entendidos. Nesse sentido, uma consciência formada hermeneuticamente terá de incluir também a consciência histórica. Ela tomará consciência dos próprios preconceitos que guiam a compreensão para que a tradição se destaque e ganhe validade como opinião distinta.⁹⁰³

Mostra-se importante esclarecer, nessa linha, que a hermenêutica não significa um veículo autorizador para o intérprete afirmar qualquer coisa sobre um texto. Ao revés, a hermenêutica, nos moldes ora abordados, se apresenta como uma significativa garantia contra o arbítrio. Isso ocorre porque texto e norma não devem ser compreendidos de modo isolado. Igualmente, não há uma colagem de um no outro. Em rigor, texto e norma se diferenciam à vista da diferença ontológica, pois o texto apenas será na sua norma; a norma, de idêntica forma, tão-só será no seu texto. Há, portanto, uma ligação entre eles – e não uma colagem ou um isolamento. Enfim, texto e norma não são coisas separadas. A norma é o sentido do texto, sendo o texto um evento, que somente será “algo” na sua norma (ou seja, no seu sentido). Nesse quadro, veja-se que os sentidos são atribuíveis a partir da faticidade (na qual se encontra inserido o intérprete) e do respeito ao conteúdo do texto⁹⁰⁴. Dentro desse prisma, nota-se que temos de estar abertos à própria opinião do texto, uma vez que, para a sua compreensão, é necessário que fiquemos dispostos a ouvir sua mensagem⁹⁰⁵. Com efeito, imperioso admitir que quem

quer compreender não pode se entregar de antemão ao arbítrio de suas próprias opiniões prévias, ignorando a opinião do texto da maneira mais obstinada e conseqüente possível — até que este acabe por não poder ser ignorado e derrube a suposta compreensão.

⁹⁰² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**. Traduzido por: Flávio Paulo Meurer. Revisão de Enio Paulo Giachini. 6. ed. São Paulo: Vozes, 2004. p. 393.

⁹⁰³ Ibid., p. 395.

⁹⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011. p. 304-305.

⁹⁰⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 211.

Em princípio, quem quer compreender um texto deve estar disposto a deixar que este lhe diga alguma coisa.⁹⁰⁶

Repita-se, por indispensável: no processo de interpretação hermenêutico-filosófico, faz-se mister o afastamento de todas as formas de decisionismo e discricionariedade. Indubitavelmente, a ausência de um método encampador de “correção” do processo interpretativo não legitima interpretações impulsionadas pela vontade do intérprete. Como já se disse, texto e norma não estão separados, de sorte que, como não há essa existência autônoma, a norma se coloca como a construção do sentido do texto levada a efeito pela aplicação⁹⁰⁷. Na compreensão, deve-se ter uma “abertura para a opinião do outro ou para a opinião do texto”⁹⁰⁸, o que, conseqüentemente, oblitera o aparecimento de interpretações arbitrárias. Deve-se, assim, permitir que o texto se apresente em sua alteridade, para que, logo em seguida, se possa confrontar sua verdade com as opiniões prévias pessoais⁹⁰⁹.

Completa-se, nesse sentido, que os textos sempre nos dizem algo⁹¹⁰; e nós os interpretamos no mundo prático em que vivemos. Por isso, é impossível reproduzir sentido, como se o sentido fosse algo arrancado, apenas e tão-somente, dos textos. Caso contrário, estar-se-ia acreditando no caráter fetichista da lei, pondo o Direito na direção do positivismo⁹¹¹. Nesse ponto, mostra-se importante lembrar Gadamer, quando afirma que

o sentido de um texto supera seu autor não ocasionalmente, mas sempre. Por isso, a compreensão nunca é um comportamento meramente reprodutivo, mas também e sempre produtivo. Basta dizer que, quando se logra compreender, compreende-se de um modo diferente⁹¹².

Nessa perspectiva, a diferença ontológica entre norma e texto é um elemento

⁹⁰⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**. Traduzido por: Flávio Paulo Meurer. Revisão de Enio Paulo Giachini. 6. ed. São Paulo: Vozes, 2004., p. 358.

⁹⁰⁷ Cfe. STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito** (Mestrado e Doutorado) da Unidade Ciências Jurídicas da Unisinos, São Leopoldo, p. 166-168, 2004.

⁹⁰⁸ GADAMER, op. cit., p. 358.

⁹⁰⁹ Ibid., p. 358.

⁹¹⁰ E isso ocorre por força da faticidade e do conteúdo da base do texto, de modo que “o texto sempre já traz ‘em si’ um compromisso – que é a pré-compreensão que antecipa esse ‘em si’ – e que é o elemento regulador de qualquer enunciado que façamos a partir daquele texto”. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 338.

⁹¹¹ Ibid., p. 337-338.

⁹¹² GADAMER, op. cit., p. 392.

fundamental do modo de ser no mundo, o qual já é sempre uma dimensão de mundo que nos determina e que trazemos conosco. Com efeito, esse ser-no-mundo é, ao mesmo tempo, uma dimensão hermenêutica e uma dimensão do enunciado manifestativo do texto (dimensão apofântica). Daí por que se mostra impossível dividir o elemento hermenêutico do elemento apofântico (estrutura do texto)⁹¹³.

É a par da distinção ontológica que se dá o sentido, “donde é possível afirmar que a incindibilidade do ‘como hermenêutico’ do ‘como apofântico’ é a garantia contra a atribuição arbitrária de sentidos assim como a atribuição de sentidos arbitrários”⁹¹⁴. Ao entrarmos em contato com o texto, este já surge normado (com significado), sendo essa significação apresentada sempre pela aplicação em uma situação determinada. A evidência, existe uma relação entre a incindibilidade da interpretação, da compreensão e da aplicação e o entendimento hermenêutico segundo o qual texto e norma apresentam diferença, mas não devem ser postos como elementos separados, sob pena de admitir-se a tese metafísica de que os conceitos podem ser construídos em abstrato, independentemente das coisas para as quais se referem, de sorte que os sentidos seriam encartados em coisas ainda sem sentido⁹¹⁵.

Na visão da hermenêutica, é possível chegar a respostas adequadas por meio da aplicação, superando-se, desse modo, a cisão (metafísica) do ato interpretativo em conhecimento, interpretação e aplicação. Não se trabalha apenas com textos. Avultam normas nas quais se encontra a normatividade que alcança a realização concreta. Ao superar o modelo interpretativo calcado na fixação abstrata do significado dos textos jurídicos, bem como ao ultrapassar os modelos procedimentais, a hermenêutica cuida da realização concreta do Direito. O caso concreto apresenta-se como o lugar desse acontecer do sentido. Em razão disso, está correto Streck ao afirmar que

não há um Hércules no modelo da hermenêutica aqui trabalhado (não podemos esquecer que o Hércules de Dworkin instala-se na teoria do direito para demonstrar que a discricionariedade é antidemocrática e que, ao rejeitar qualquer posição pessoal do juiz e colocar ênfase na sua responsabilidade política, superou o esquema sujeito-objeto. Na hermenêutica filosófica aqui professada, o círculo

⁹¹³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 337-338.

⁹¹⁴ Ibid., p. 338.

⁹¹⁵ Ibid., p. 340-341.

hermenêutico ‘atravessa’ a compreensão antes que o sujeito pense que se assenhora da interpretação e dos sentidos. Por isso, a resposta correta que sempre pode e deve ser encontrada não reside no juiz/intérprete enquanto sujeito do ‘esquema sujeito-objeto’, mas sim, no juiz/intérprete da relação de compreensão baseada na intersubjetividade (sujeito-sujeito). Assim, o ponto fulcral não é quem dá a resposta correta, mas como esta se dá.⁹¹⁶

Nesse cenário, Streck pondera que,

mais do que possibilidade, a busca de respostas corretas (adequadas) em direito é uma necessidade, de modo que, para a proposta do autor, a resposta adequada, a partir de uma simbiose entre a teoria integrativa de Dworking e a fenomenologia hermenêutica (que abarca a hermenêutica filosófica), deve ser entendida como uma metáfora⁹¹⁷.

Com efeito:

pela metáfora da resposta correta estabelece-se a convicção (hermenêutica) de que há um desde-já-sempre (existencial) que conforma o meu compromisso minimamente objetivado(r), uma vez que, em todo o processo compreensivo, o desafio é levar os fenômenos à representação ou à sua expressão na linguagem, chegando, assim, ao que chamamos de objetivação.⁹¹⁸

Nesse sentido,

a metáfora da resposta correta, desse modo, será a explicitação de que é possível atravessar o ‘estado de natureza hermenêutico’ instalado no direito. A metáfora nos mostra que, ao nos situarmos no mundo, isso não implica um *genesis* a cada enunciação⁹¹⁹.

Nesse enfoque, a construção parte da metáfora do contrato social (de Hobbes), a qual se produziu ao escopo de se superar a barbárie do medievo. Vivencia-se, hoje, uma “guerra de todos os intérpretes contra todos os intérpretes”, como se viu acima, quando foram analisadas algumas decisões judiciais solipsistas. De quebra, cada intérprete reina nos seus domínios de sentido a partir de seus próprios métodos, metáforas, metonímias, justificativas, etc. Está-se diante de um

⁹¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. Desconstruindo os modelos de juiz: a hermenêutica jurídica e a superação do esquema sujeito-objeto. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito** (mestrado e Doutorado) da Unidade Ciências Jurídicas da Unisinos, São Leopoldo, p. 107, 2007.

⁹¹⁷ Ibid., p. 107.

⁹¹⁸ Ibid., p. 108.

⁹¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 388.

‘estado de natureza interpretativo’, na qual cada intérprete parte de um ‘grau zero de sentido’. Inquestionavelmente, isso implica a morte do próprio sistema jurídico. Daí surge a necessidade da teoria da resposta adequada⁹²⁰, através da qual ocorrerá:

a superação do esquema sujeito-objeto, a partir dos dois teoremas fundamentais da hermenêutica: o círculo hermenêutico e a diferença ontológica. Com isso, ultrapassa-se qualquer possibilidade da existência de grau(s) zero(s) de sentido – que se sustentam naquilo que venho denominando ‘ideologia do caso concreto’ –, resgatando a tradição autêntica (sentido da Constituição compreendido como o resgate das promessas de modernidade) e reconstruindo, a partir dessas ‘premissas’, em cada caso, a integridade e coerência interpretativa do direito⁹²¹.

Realmente, em razão do positivismo kelseniano (que deita suas raízes no racionalismo observador do Direito como uma ciência exata e gera esse estado de natureza interpretativa), é indispensável a adoção de uma Teoria da Decisão Judicial amparada em princípios. Cuida-se, pois, do único caminho para solucionar os problemas decorrentes dos aspectos negativos do Iluminismo.

No campo processual-penal, o movimento das luzes, além de assentar as bases sobre as quais se possibilitou a interpretação metafísica do esquema sujeito-objeto, estabeleceu uma equação matemática acerca do objetivo da decisão judicial, pondo-o neste norte: estabelecer um equilíbrio entre duas forças em constante tensão, quais sejam, o *jus puniendi* e o *status libertatis*⁹²².

Certamente por esse objetivo estar embasado em um “método matemático que afere pesos e medidas”, houve-se em letargia no que tange a aspecto essencial nesse âmbito de discussão. Pode, em certa situação, a balança pender mais ao punitivismo estatal; e, em outra, mais ao acusado. Importante notar-se, dentro desse quadro, que a pendência desmedida para lados processualmente antagônicos gera um “Estado de Exceção”, porquanto, ao se pesar demasiadamente o direito de punir ou as garantias do acusado, a discussão acaba por adentrar um espaço de indefinição do sentido do direito, isto é, a um ambiente processual no qual está o não-direito⁹²³.

⁹²⁰ Ibid., p. 388-389.

⁹²¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 389.

⁹²² Cfe. STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto - as garantias penais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 18.

⁹²³ Ibid., p. 19.

Por isso, é de todo necessário compreender que o papel da doutrina, no processo penal democrático, é se desenvolver sem que seus escritos espelhem interesses particulares econômicos ou de projeção de carreira pública. Com efeito, advogados não devem produzir doutrinas descompromissadas com os valores principiológicos constitucionais, lançando-as apenas para satisfazer seus interesses privados, a fim de amparar teses a serem apresentadas nas defesas futuras de seus clientes. De igual sorte, coloca-se defeso aos Promotores de Justiça e aos Procuradores da República a produção acadêmica apenas com o viés punitivo, como se não existisse a cadeia de conquistas do Direito Penal clássico. Em realidade, uma doutrina desenvolvida sem freios na direção do punitivismo ou na de uma defesa engessadora da acusação não se apresenta condizente com o Estado Democrático (e Social) de Direito, porque impulsiona uma dimensão fora dele.

Nesse particular enfocado, deveras relevante frisar-se, à base do sobredito, o pensamento de Streck e Oliveira, para quem

esse tipo de aproximação do processo que tende a pesar mais um dos lados que o outro (e que, no mais das vezes, depende de convicções pessoais do intérprete, quais sejam, sua idéia de Estado; sua concepção de pena; o modo como ele encara a sociedade etc.) é que produz aquilo que aqui estamos chamando de 'ideologização da teoria processual'.⁹²⁴

Por corolário disso, exsurge o magistrado (ou, mesmo, o doutrinador) solipsista(s), porque “o enquadramento teórico do processo penal acaba por depender do vínculo ideológico que existe no momento de composição do quadro teórico professado pelo autor⁹²⁵”. Nesse passo, a teoria passa a depender, excessivamente, de pontos subjetivos do universo valorativo do autor, o qual pode pender mais ao punitivismo (pondo um braço mais forte na atuação do Estado), ou, de outro giro, mais minimalista (em termos de ação do Estado na seara do Direito Penal)⁹²⁶. O fato aqui é que “qualquer uma dessas duas vias apresentadas representa um recorte ideológico e acabam por professar uma forma equivocada de se abordar o fenômeno processual⁹²⁷”.

⁹²⁴ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto as garantias penais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 19.

⁹²⁵ Ibid., p. 19.

⁹²⁶ Ibid., p. 19-20.

⁹²⁷ Ibid., p. 20.

Em vista dessas considerações, crucial mostra-se visualizar o sistema processual penal enquanto ciência hermenêutica, o que importa consentir que todos aqueles que se ocupam com o fenômeno processual devem fazê-lo tendo por base a compreensão e a interpretação de textos, assim como o estudo de fatos concretos a partir de cadeias narrativas suspensivas de pré-juízos inautênticos (ideologização)⁹²⁸. Ao proceder assim, os textos serão normas em sentido constitucional, e os fatos, encontrados à base do processo, serão desvelados hermeneuticamente, encontrando-se, também quanto à motivação fática, uma resposta adequada por ser conteudística. Defende-se, em resumo, que,

a partir daquilo que se constrói historicamente enquanto garantia de um devido processo legal (*due process of law*), é possível trazer, para dentro do direito, elementos que dizem respeito à moralidade da comunidade política e do dever de equanimidade, igualdade e 'justiça' das decisões exaradas do Estado-juiz.⁹²⁹

Não obstante isso, esses elementos não autorizam sua leitura ao escopo de se estabelecer um excesso de punição ou uma deficiência na persecução, de sorte que, em essência, a teoria processual pode ser pensada à luz de dois princípios que nem de longe podem ser aplicados à ilharga da Constituição Federal: (i) o da proibição de excesso; e (ii) o da proibição de proteção deficiente⁹³⁰. Dizendo de outro modo:

por vezes - e parece ser a maioria - o Estado exorbita no seu poder de punir, devendo ser contido pela possibilidade de, contra ele, esgrimir-se o escudo contra o excesso; já em outras ocasiões, o Estado fica aquém desse dever, tornando-se leniente e, com isso, violando direitos fundamentais por não protegê-los suficientemente.⁹³¹

Em linhas gerais, a proposta de resposta adequada (produzida por Streck) se vincula à resposta hermeneuticamente correta (com a impossibilidade de excesso punitivo, assim como deficiência de proteção), a qual,

limitada àquilo que se entende por fenomenologia hermenêutica, poderá ser denominada verdadeira, se por verdadeiro entendermos a possibilidade de nos apropriarmos de pré-juízos autênticos e, dessa

⁹²⁸ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto as garantias penais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 21-22.

⁹²⁹ Ibid., p. 22.

⁹³⁰ Ibid., p. 22-23.

⁹³¹ Ibid., p. 22.

maneira, distingui-los dos pré-juízos inautênticos (a tradição será esse ‘vetor’ de sentido, engendrada a partir das duas grandes revoluções copernicanas ocorridas no século XX: a derrocada do esquema sujeito-objeto e o advento do constitucionalismo compromissório e transformador da sociedade.⁹³²

Sob esse prisma, revelar-se-á uma resposta adequada, porque conteudística, com a capacidade de revelar o caso em si mesmo, ponto no qual a síntese hermenêutica da aplicação se revelará, baseando-se, sempre, em um pré-juízo (verdadeiro, ou seja) constitucional. Nesse sentido, Streck explica, ainda uma vez mais, a relevância da resposta adequada constitucionalmente:

exatamente por superar o modelo interpretativo baseado na determinação abstrata dos significados dos textos jurídicos – que proporcionariam, por isso, múltiplas respostas (soluções) – e por superar os modelos procedimentais (em que apenas importa a relação de proposições assertóricas) é que a hermenêutica trata da realização concreta do direito. É o caso concreto que será o *locus* desse acontecer de sentido. A esse caso deverá ser dada a resposta (correta), ligada à compreensão do sentido que emerge dessa situação concreta, para além de uma mera fundamentação de caráter ôntico. A resposta (correta) será a explicitação das condições de possibilidade do compreendido (da apropriação e da filtragem dos pré-juízos forjados na tradição).⁹³³

De outro giro, merece cuidado singular o dado segundo o qual se vem advogando em prol de uma “positivação de valores” permissiva da criação de diversos princípios direcionados a solucionar casos difíceis ou a corrigir as incertezas da linguagem. Nesse andar, seria como se a fórmula de superação do positivismo exegético (legalista) fosse uma forma de retorno à jurisprudência dos interesses, à dos valores, ao movimento do direito livre, etc. Muitos juristas, a partir da era dos princípios constitucionais, optaram por considerar os princípios constitucionais como um sucedâneo dos princípios gerais do direito⁹³⁴.

Observa-se, em realidade, uma criatividade inventiva de um conjunto de álibis teóricos que vem recebendo, por conveniência, o nome de princípios, os quais, em sua maior parte, têm a pretensão de meta-regras, fragilizando o Direito. Verifica-se,

⁹³² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 354.

⁹³³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 355.

⁹³⁴ Cfe. STRECK, Lenio Luiz; FERRAJOLI, Luigi; TRINDADE, André Karam. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 64-65.

por isso, um fenômeno possível de ser denominado de ‘pan-principiologismo’. Seu perigo reside na capacidade de o intérprete, na ‘ausência de leis apropriadas’ e desses amplos ‘princípios’, criar seu próprio princípio aplicável⁹³⁵. Cabe advertir-se, por conta desse (novo) protagonista judicial dessa (nova) situação, que, para a hermenêutica filosófica,

o que deve ficar claro é que a legitimidade de uma decisão será auferida no momento em que se demonstra que a regra por ela concretizada é instituída por um princípio. Desse modo, tem-se o seguinte: não há regra sem um princípio instituidor. Sem um princípio instituinte, a regra não pode ser aplicada, posto que não será portadora do caráter de legitimidade democrática.⁹³⁶

Nessa perspectiva, mostra-se digno de nota que a regra somente se aplica em virtude de o princípio se antecipar. Ou seja: o princípio vem antes da regra, sendo essa apenas compreendida por intermédio dele. Assim, os princípios não ostentam essa posição por determinação constitucional. Em realidade, a Constituição é principiológica, pois existe um conjunto de princípios que conformam o paradigma constitucional, no qual avulta o Estado Democrático (e Social) de Direito⁹³⁷.

Tem-se como certo que, em vista de todo o exposto, a necessidade do encampamento da tese da resposta adequada decorre, às inteiras, do fato de o positivismo ainda ter um predomínio no Brasil, sendo essa metáfora (que serve de explicação a esse fenômeno) a única capaz de superar seu principal pilar (o esquema sujeito-objeto), com a observação do círculo hermenêutico e da diferença ontológica, por intermédio dos quais se superaria o estado de natureza hermenêutica,⁹³⁸ elaborando-se uma nova leitura do princípio acusatório, a fim de que ele possa amparar uma decisão judicial válida constitucionalmente.

3.5 A Resposta Correta como Condição de Validade à Motivação Judicial Exigida pelo Estado Democrático (e Social) de Direito: sua construção hermenêutica

⁹³⁵ Ibid., p. 67.

⁹³⁶ STRECK, Lenio Luiz; FERRAJOLI, Luigi; TRINDADE, André Karam. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 68.

⁹³⁷ Ibid., p. 70.

⁹³⁸ Cfe. STRECK, Lenio Luiz. Desconstruindo os modelos de juiz: a hermenêutica jurídica e a superação do esquema sujeito-objeto. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito** (mestrado e Doutorado) da Unidade Ciências Jurídicas da Unisinos, São Leopoldo, p. 106-109, 2007.

para eliminar o decisionismo judicial em suas versões punitiva ou deficiente de proteção. A motivação válida como solução para as crises

No seio de um Estado Democrático (e Social) de Direito, a resposta deve ser conteudística e principiológica (com o dever de ser projetada para as partes do processo e também para a sociedade), e isso para vencer as crises fomentadas pelo positivismo (crise de sentido do grau zero do intérprete) e pela expansão do Direito Penal (com a perda de atuação dos postulados do garantismo clássico, como a *ultima ratio* e uma interpretação restrita quando da tipicidade penal). Veja-se, nesse aspecto, que o positivismo tonifica uma crise, como se realçou ao longo do texto, por gerar decisionismos. A expansão do Direito Penal, além do aspecto acima citado, também fomenta uma crise, por trazer atores (mídia, normas penais em branco, etc.) que contribuem para esse quadro de arbítrio, seja por aumentar o poder discricionário, seja por pressionar o magistrado a uma resposta mais punitivista à luz da sensação subjetiva de medo dos cidadãos. Em síntese, esses dois fatores (o positivismo e a expansão do Direito Penal) são os responsáveis pelas crises em termos de decisões judiciais.

Com isso, a partir da hermenêutica filosófica e de uma releitura do princípio acusatório (a fim de colocar em sua estrutura a motivação em primeiro lugar, trazendo, ainda, uma nova visão aos princípios da legalidade e da taxatividade, buscando possibilitar suas adaptações aos tempos atuais na direção do combate a uma criminalidade globalizada) é que se pensa a decisão com estas características: (i) conteudística, no sentido de o magistrado ter o dever de analisar todos os pontos debatidos na causa, para, depois, valorá-los e decidi-los – ou seja, ter o caso desvelado, o que somente será possível à luz da hermenêutica filosófica; (ii) principiológica, porque toda a resposta jurisdicional deve ser adequada à Constituição Federal, sendo, por isso, uma decisão embasada em princípios.

Nesse passo, torna-se indispensável colocar uma releitura do princípio acusatório, pois, nele, a motivação não é algo fundante. Como a motivação é uma garantia de segundo grau (pois todas as outras se dão a partir dela), defende-se que, para combater os decisionismos e arbitrariedades do positivismo, o ponto de partida é deitar os olhos na motivação, que deve ser feita em conformidade com os valores constitucionais. Sendo assim, a crise das decisões penais (isto é: da guerra de sentido de todos os intérpretes contra todos os intérpretes) poderá ser vencida.

Como o princípio da legalidade (nos moldes propostos pelos burgueses do Estado Liberal e abordado pela metafísica do positivismo) encontra dificuldade no juízo de tipicidade penal em face do mundo globalizado (em especial quanto às normas penais em branco), entende-se que se deve acoplar em sua interpretação o “dever de informar-se de todo o cidadão do pós-modernismo”, de sorte que, na análise da criminalidade econômica, “o mundo vivido” volta a ter o seu espaço.

Atento que o juiz criminal deve dar a resposta adequada ao réu e à sociedade no Estado Democrático (e Social) de Direito, porque: (i) toda a sociedade tem o direito de fiscalizar o Poder Judiciário; e, (ii) em crimes econômicos, o Estado é lesado em termos de suas finanças públicas, prejudicando uma política social que é indispensável para resgatar as promessas de modernidade.

Portanto, é importante, nas linhas seguintes, abordar com mais vagar essas vertentes, a fim de solucionar o problema ao qual se projetou a tese.

3.5.1 A Resposta Adequada Frente ao Positivismo (ainda dominante) e à Expansão do Direito Penal. A motivação hermenêuticamente válida à luz do art. 93, inc. IX, da Constituição Federal a partir de uma releitura do princípio acusatório: o equilíbrio entre o dever do Estado de perseguir/punir e as garantias individuais

Ao longo desta tese, foi possível perceber que há uma crise instaurada pela discricionariedade permitida pelo positivismo kelseniano, encontrando-se o ensino jurídico e a atividade forense inseridos em um estado da arte em que o intérprete impõe juízos arbitrários aos textos legais e esconde as particularidades do caso por meio de coberturas conceituais abstratas criadas por um dogmatismo. Dessa sorte, há decisões com múltiplas respostas, sendo que, como se remarcou alhures, em muitos casos, sequer são observados os textos legais.

Em outro giro, o Direito Penal ainda apresenta sua base principiologia assentada quando da Ilustração, ou seja, ainda com um escopo individualista e “rodeado pelo ideal de certeza matemático”, com o que, por um ângulo, encontra dificuldades no enfrentamento da criminalidade globalizada (podendo, assim, haver respostas com deficiências de proteção, já que está em descompasso com os interesses coletivos), e, por outro, gera inúmeros decisionismos decorrentes da “morte” da retórica (que era característica do Direito Romano do Alto Império, mas

foi afastada pelos revolucionários franceses), assim como de fatores como a mídia (que pressiona por respostas de índole punitivistas).

Dentro desse campo, é crucial se entender que a legitimidade do Poder Judiciário está assentada na defesa da Constituição Federal. Sendo assim, as duas perspectivas da motivação têm relevo acentuando. A resposta, nesse passo, deve observar as garantias do acusado (dimensão endoprocessual); todavia, tem de ter presente sua dimensão política, porque, em um Estado Democrático (e Social) de Direito, seus efeitos se projetam para toda a sociedade, que tem o direito de fiscalizar o andamento do Poder Judiciário. Sobretudo se estiver bem claro que os crimes econômicos lesam bens jurídicos coletivos, motivo pelo qual há a inserção do interesse da sociedade no resultado do processo penal.

Por isso – por a legitimidade do Poder Judiciário estar na defesa e na aplicação da Constituição Federal –, a decisão judicial deve se fundar em um princípio, no caso, o acusatório, realizando-se na síntese hermenêutica da aplicação. A motivação judicial terá sua racionalidade demonstrada hermeneuticamente, por intermédio da relação sujeito-sujeito, trazendo-se a tradição (traço de integridade) do intérprete fundada em pré-juízos autênticos (constitucionais). Sua racionalidade, então, estará no “encontro do caso em si”, seja pela interpretação adequada da lei penal e processual penal, seja pelo desvelamento do seu acontecer particular no exame da matéria de fato. Nesse ângulo, a retórica, antes existente com os romanos e, em seguida, esquecida no Medieval e na Ilustração, não poderá ser compreendida como “um jogo de argumentos para se alcançar um fim de justificar convincentemente uma decisão”, mas, antes, como parte do processo interpretativo/aplicativo do Direito na e pela hermenêutica filosófica.

Com efeito, cumpre-se, em um primeiro instante, projetar a motivação ao primeiro patamar dentro da sistemática do princípio acusatório, modificando sua estrutura (ainda em curso e) levada a efeito pelo Iluminismo, na direção segundo a qual o relevante é a capacidade de gestão da prova. Inquestionavelmente, a garantia da motivação válida deve ser o ponto fundante desse princípio. Isso porque é por meio da motivação que se demonstrará o efetivo respeito pelas garantias das partes e pela Constituição Federal.

Por força de o texto constitucional (art. 93, inc. IX) exigir uma motivação válida, coloca-se claro que o magistrado não pode ter a gestão da prova, porque se lhe quebraria a imparcialidade e estiolaria a ampla defesa, o direito de acusar e o contraditório, o que geraria uma decisão nula. Com a capacidade de produzir provas

de ofício, o magistrado, por primeiro, decidiria, e, depois, buscaria a prova para amparar sua conclusão. Com isso, ele poderá pender mais para um lado do que para o outro (mais para a defesa do que para a acusação, ou o contrário). E, o pior: ele frustraria o direito que as partes têm de influenciarem a decisão final através da produção de suas provas, riscando do cenário do debate qualquer efetividade da ampla defesa, do direito de acusar e do contraditório. Em síntese, a proibição de produzir provas de ofício decorre da exigência constitucional de uma motivação válida, razão por que a resposta vinculada à Constituição Federal deve ser a base do princípio acusatório, seu diferencial em relação a outros modelos.

Primeiro vem o dever fundamental de o magistrado ofertar a resposta adequada, depois, como consequência disso, a vedação à produção de ofício de elementos probatórios. Não o inverso. Por isso, a exigência de motivação válida deve fundar o princípio acusatório.

Imprescindível compreender-se que, ao longo da história, a humanidade sempre buscou o ideal de uma decisão adequada. Em visão bem detalhada da evolução humana, isso faz parte de sua historicidade (no sentido de Gadamer). Entende-se que esse desiderato se traduz no móvel, inclusive, do texto incluso no art. 93, inc. IX, da Constituição Federal. Desde o Iluminismo (não obstante seus corolários negativos antes apontados), luta-se por uma escolha judicial que tenha o condão de afastar arbitrariedades e se defende ser a decisão adequada aos valores insertos no pacto social o objetivo principal. Aqui, percebe-se a decisão conforme a Constituição Federal presente na moral pública⁹³⁹ formadora do discurso jurídico (co-originariedade entre o Direito e a Moral⁹⁴⁰). Nesse aspecto abordado (o qual, evidentemente, não importa a punição de condutas imorais), cabe entender-se “o direito como um segmento da moral, não como algo separado dela”⁹⁴¹. O princípio acusatório marcado com decisões adequadas constitucionalmente é uma conquista

⁹³⁹ “Nesse sentido, é necessário (re)afirmar o seguinte: o vínculo entre princípio e moral tem seu ponto de estofo exatamente no momento em que se percebe que a inserção do mundo prático representa um compromisso dos juízes no momento da decisão. Ou seja - e isto é uma questão de democracia -, a cooriginariedade entre direito e moral, que tem seu enraizamento no todo principiológico da Constituição, impõe um dever de correção ao órgão judicante. Isto significa que, mais do que uma pauta ideal para os juízes, a tese da resposta correta (ou constitucionalmente adequada) impõe-lhes um dever: o de demonstrar a legitimidade de suas decisões.” STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 546.

⁹⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto - as garantias penais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 11.

⁹⁴¹ DWORCKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 51.

da civilização, algo de bem, garantidor da dignidade humana dos acusados em juízo criminal. Não se pode esquecer que “o Direito enquanto Direito reflecte uma ideia parametrizadora de bem (a dignidade humana ou ‘igualdade fundamental de todos na humanidade comum’)⁹⁴²”. Inviável, assim, colocar essa historicidade em segundo nível quando se formula o princípio acusatório. A motivação revestida de amparo constitucional é o ponto fundante do princípio acusatório.

De quebra, torna-se forçoso concluir-se que as respostas proferidas no sistema inquisitivo serão sempre hermeneuticamente inadequadas, porque se amparam no pré-juízo inautêntico de que a motivação válida não é algo fundante, a ponto de se admitir como correta a manifestação jurisdicional resultante de procedimento no qual o magistrado realize a prova que, ao fim e ao cabo, amparará sua escolha.

De outro giro, vale consignar-se que a resposta adequada constitucionalmente deve afastar uma proteção deficiente⁹⁴³, porque essa situação também conduz a um Estado de Exceção.

Imperioso que o Direito Penal, assim, tenha o dever de acompanhar os avanços das relações sociais, revelando-se as normas penais em branco um instrumento interessante no combate da criminalidade econômica. Afinal de contas, a produção legislativa não acompanha essa veloz criminalidade.

Em virtude dessa produção desenfreada de normas penais em branco (como, apenas para citar, nos crimes contra o meio ambiente e sistema financeiro nacional), entende-se que, nesses casos específicos, os princípios da legalidade e da taxatividade devem ser observados a partir da teoria da cegueira deliberada⁹⁴⁴,

⁹⁴² COUTINHO, Luís Pedro Pereira. **A autoridade moral da Constituição**: da fundamentação da validade do direito constitucional. Coimbra: Coimbra, 2009. p. 551.

⁹⁴³ “Como se pode perceber, nesta quadra do tempo, já não tratamos (apenas) de direitos individuais, e, sim, passamos (ou estamos) a tratar destes a partir de um processo em que se agregam os direitos de segunda e terceira dimensões. Não há cisão ou compartimentalização: há, sim, agregação. Nesse contexto, o papel do Estado passará a ser a de proteger, de forma agregada, a esse conjunto de dimensões de direito. Às conquistas iluministas, soma-se a necessidade de proteção estatal pós-iluminista.” STRECK, Lenio Luiz. Entre Hobbes e Rousseau: a dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal. *In*: STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Direito penal em tempos de crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 96.

⁹⁴⁴ “A doutrina da cegueira deliberada (willful blindness) é também conhecida como doutrina das instruções do avestruz (ostrich instructions), doutrina da evitação da consciência (conscious avoidance doctrine) ou, no direito espanhol, ignorância deliberada. Como o próprio nome refere, o agente intencionalmente “cega-se” diante de situação em que, se mantivesse “os olhos abertos”, teria condições de reconhecer ou suspeitar fundamentadamente da tipicidade da conduta que pratica. No mesmo sentido é a utilização da representação pelo avestruz, famoso na crença popular por esconder sua cabeça na terra ao primeiro sinal de perigo. Assim, o agente “enterraria sua cabeça” para não ter condições de conhecer detalhes da conduta

impondo ao cidadão que desempenhar determinada atividade o dever de se informar acerca de seus aspectos. Isso porque o alcance (fácil) da informação é uma característica do mundo globalizado, de sorte que, em vista de nossa atualidade, se coloca incompreensível alegar, em normas penais em branco, a ignorância sobre determinações da própria atividade eleita como profissão. Certo é que *en este contexto de creciente interes judicial por la ingnorancia deliberada parece estar más que justificado prestar cuidadosa atención a esta figura*⁹⁴⁵. Todavia, defende-se aqui seu uso restrito aos delitos da criminalidade econômica, porque nesses há a necessidade, para o Direito Penal ser efetivo, do uso de normas penais em branco.

Não se pode esquecer, aqui, que esse tipo de criminalidade (por ser mais complexo e ter, em determinadas situações, um caráter transnacional) está em constante transformação. Nesse sentido, as normas penais em branco se revelam em interessante instrumento de seu combate. Assim, não poderá, por exemplo, alegar o desconhecimento da lei (com a conseqüente arguição da ausência de dolo no comportamento) aquele empresário que desenvolve atividade poluidora em curtume por “não saber quais os níveis de poluição aceitos como lícitos administrativamente”. Com isso, o magistrado, ao analisar a tipicidade do fato nos crimes diversos da criminalidade clássica (e que, em certo ângulo, são os impulsionadores da expansão do Direito Penal pós-Constituição Federal de 1988), poderá dar uma resposta que não seja deficiente no sentido de proteção exigida pelo Direito Penal, pondo-a, ainda, dentro da perspectiva atual da sociedade, que se desenvolve pela informação e pela comunicação. Igualmente, ao completar o Direito Penal com o Administrativo, o magistrado estará dando uma resposta com visos de

que realiza, e na qual percebe a grande probabilidade da ocorrência de algo ilícito. De forma menos figurativa são empregadas as expressões evitação da consciência e ignorância deliberada, igualmente representativas da conduta voluntária do agente no sentido de evitar o pleno conhecimento do contexto fático que envolve o seu comportamento.

Essa doutrina sustenta – de uma forma geral – a equiparação, para fins de atribuição de responsabilidade subjetiva, entre os casos de conhecimento efetivo dos elementos objetivos que configuram uma conduta delitativa e aqueles casos de desconhecimento intencional relativo a tais elementos. Tal equiparação se ampara na premissa de que o grau de culpabilidade que se manifesta em quem conhece o fato não é inferior ao do agente que, podendo e devendo conhecer, prefere manter-se na ignorância.

Em outras palavras, a doutrina justifica a responsabilização criminal nos casos em que o indivíduo se coloca deliberadamente em uma situação de desconhecimento acerca de determinado fato, já antecipadamente visando furtar-se de eventuais conseqüências futuras da sua conduta na esfera penal”. BECK, Francis Rafael. A doutrina da cegueira deliberada e sua (in)aplicabilidade ao crime de lavagem de dinheiro. *In*: WEDY, Miguel Tedesco; CALLEGARI, André Luís (Org.). **Lavagem de dinheiro**. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2011. p. 123-124.

⁹⁴⁵ RAGUÉS I VALLÉS, Ramon. **La ignorancia deliberada en derecho penal**. Barcelona: Atelier, 2007. p. 22.

integridade, de modo que não haverá qualquer lesão aos princípios da legalidade e da taxatividade, na medida em que eles devem ser vistos dentro dos regramentos do Direito, havendo o complemento da norma penal em branco dentro da normatividade por exigência do mundo vivido.

Em face do exposto, pode-se, em síntese, concluir que a legitimidade da jurisdição penal está assentada na necessidade da produção de decisões amparadas em princípios, compreendidos como o conjunto de valores que impulsionaram a feitura da própria Constituição Federal e que possibilitarão uma resposta, em termos de conteúdo, adequada tanto ao acusado, como à sociedade.

É indispensável, assim, a releitura do princípio acusatório, construindo-o na direção segundo a qual seu ponto fundante cinge-se à exigência de uma motivação válida, deixando-se para segundo plano o entendimento segundo o qual “o elemento acusatório – no sentido da tradição histórica do processo penal reformado – se encontra identificado na função e na posição que ocupa o Ministério Público, como única autoridade que pode iniciar o processo e que formula a acusação⁹⁴⁶,” isto é, na capacidade de parte do magistrado.

Sua (antiga) visão de gestão da prova como marco divisor (entre sistemas acusatório e inquisitivo) descabe no desenrolar de um Estado Democrático (e Social) de Direito. Isso porque tem uma dimensão apenas focada na passagem do Absolutismo ao Iluminismo, com a vitória do último contra as graves nódoas da Santa Inquisição.

Sem sombra de dúvida, exige-se mais no Estado Democrático (e Social) de Direito), o qual assenta uma nova perspectiva jurídica que reclama uma reflexão em outro viés:

a toda evidência, tais questões devem ser refletidas a partir da questão que está umbilicalmente ligada ao Estado Democrático de Direito, isto é, a concretização de direitos, o que implica superar a ficcionalização provocada pelo positivismo jurídico no decorrer da história, que afastou da discussão jurídica as questões concretas da sociedade. Na verdade, sob pretexto de proteger o indivíduo contra os arbítrios do Estado, o direito – mormente o penal e o processual penal – institucionalizou-se como protetor das camadas dominantes da sociedade. Não se pode olvidar que, se o Estado era visto como adversário dos direitos fundamentais, essa mediação ‘protetora’ era feito por esse mesmo Estado. Daí a revolução copernicana

⁹⁴⁶ AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. **O processo acusatório e a vedação probatória: perante as realidades alemã e brasileira:** com a perspectiva brasileira já de acordo com a reforma processual de 2008 - Leis 11.689, 11.690 e 11.719. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 38.

provocada pelo novo constitucionalismo compromissório e dirigente, estabelecendo uma profunda transformação nas relações sociais. Os textos constitucionais passaram a dar guarida às promessas da modernidade contidas no modelo do Estado Democrático (e Social) de Direito. Isso implicou a introdução de valores, abrindo espaço para a própria positivação dos princípios.⁹⁴⁷

Hodiernamente, deixa-se de compreender que a motivação das decisões judiciais seja uma garantia das garantias. Vale dizer, representa aquela por meio da qual se pode analisar se todas as demais (inclusive, no ponto, a imparcialidade) foram respeitadas. Em sendo assim, em toda a motivação válida, o conjunto principiológico da Constituição Federal será levado em consideração, o que força a conclusão de que o enfoque deve ser dado a partir de sua análise.

Nesse passo, o princípio acusatório está atrelado à exigência de uma resposta constitucionalmente adequada, que, por corolário lógico, implica o afastamento, por revelar parcialidade, de um magistrado gestor da prova.

Além disso, a visão da diferença pela capacidade de gestão da prova possibilita que se releve apenas o caráter endoprocessual da motivação, ignorando o papel da democracia na atual quadra da história. Além disso, o Direito Penal também tutela interesses coletivos (crimes econômicos), havendo interesse da sociedade na validade da entrega da prestação jurisdicional.

Com efeito, a motivação das decisões judiciais deve, por imperativo democrático, ultrapassar os interesses das partes no processo penal, recebendo sua dimensão política idêntica relevância à processual, na medida em que todos devem fiscalizar o Poder Judiciário, sobretudo porque ele julga delitos que ultrapassam a esfera do individual.

A motivação válida (que dá azo à resposta correta) tem exigência constitucional. Sob pena de nulidade insanável, as decisões devem apresentá-la, encontrando-a com esteio no sistema acusatório (também eleito constitucionalmente), a partir dos ditames do devido processo legal. A sanção constitucional de nulidade, só por si, já demonstra ser indispensável um discurso justificativo judicial idôneo, que, desse modo, se concretize na direção de uma dupla face do garantismo: proteção do individual e desenvolvimento social. Cabe destacar-se, aqui, que:

⁹⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. Entre Hobbes e Rousseau: a dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal. In: STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Direito penal em tempos de crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 102.

o Estado assume nova função, problemática que pode ser verificada, facilmente, pelo conteúdo do texto constitucional. Essa nova feição afasta o olhar de desconfiança para com o Estado, que passa de 'tradicional inimigo dos direitos' a 'protetor e promovedor da cidadania'. Parece razoável afirmar, assim, que o direito penal e o direito processual penal não podem ficar imunes a esses influxos. Altera-se a feição do Estado; conseqüentemente, altera-se o direito (não mais ordenador e nem simplesmente promovedor: agora e transformador, bastando, para tanto, examinar o texto da Constituição).⁹⁴⁸

Dizendo de modo mais claro: não se pode, atualmente, prestar uma proteção deficiente no sentido de limitar a incidência do Direito Penal, muito menos desenvolver um excesso punitivo. Mostra-se inadequado cercear a defesa, mas também é incorreto cercear a acusação pública (ou privada). Pretende-se dizer, com isso, que um discurso de um garantismo apenas voltado ao acusado é inconstitucional, pois fere o devido processo legal quanto à paridade de armas com a acusação. Ainda, porque retira a relevância da representação da sociedade na figura do Ministério Público. Em síntese, o garantismo de dupla face tem valor por harmonizar a aplicação das regras do jogo: a acusação e a defesa se enfrentam em condições iguais e são julgados por um juiz imparcial, o qual decide conforme a Constituição Federal.

Nesse passo, o garantismo deve apresentar um duplo enfoque, sendo de rigor um complemento da sua estrutura inicial entabulada pela Escola Clássica. É que a visão de freios ao Estado por meio de garantias penais se coloca como uma posição inerente ao Estado Liberal, desconhecendo, assim, todas as demais conquistas dos Estados Social e Democrático de Direito. É evidente que se coloca impossível negar e afastar o conjunto principiológico de garantias liberais alçado aos investigados e acusados em sede de Direito Penal. Porque se cuida de significativa conquista civilizatória, a qual, em última análise, encampa a racionalidade do sistema punitivo. Todavia, ela não pode ser vista de uma forma isolada, como se apenas esses interesses existissem, uma vez que essa postura individualista negaria que as respostas jurisdicionais, nos dias correntes, também devem se projetar à sociedade, por imperativo da existência de um Estado Democrático (e Social) de Direito. Como já se disse, o ideal da democracia permite que todos

⁹⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. Entre Hobbes e Rousseau: a dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal. In: STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Direito penal em tempos de crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 102.

fiscalizem os Poderes Públicos, o que engloba as decisões do Poder Judiciário. Além disso, os crimes inerentes ao Direito Penal Econômico lesam bens jurídicos coletivos, de sorte que a sociedade deve ter o acesso às motivações das decisões que os julgam. Em sendo assim, a validade do discurso jurídico (que deve se dar, hermenêuticamente, na e pela teoria da resposta constitucionalmente adequada) apresenta-se sob a imperiosidade de evitar arbítrios (respeitando, assim, as garantias dos acusados originárias do Estado Liberal) e de ter uma deficiência de proteção (porque um Poder Judiciário permissivo da impunidade afetaria a democracia e o implemento das promessas de modernidade).

Em se revelando a motivação válida e, de efeito, a resposta constitucionalmente adequada, todo o conjunto garantístico (em dupla face) constitucional terá sido respeitado, inclusive a vedação de o juiz produzir provas. Enfim, ter-se-á uma resposta adequada às partes e à sociedade. Agora, o (de igual sorte) relevante aspecto de ser proibido o juiz ter funções de parte não quer dizer que a decisão judicial final (sentença e acórdão) não padeça de outros vícios, como lesões por cerceamento de acusação e de defesa, ou, ainda, seja *ultra*, *extra* ou *citra* *petita*. Forçoso reconhecer-se, em tal passo, que a resposta, na primeira hipótese, será deficiente para as partes e, na segunda, além delas, à sociedade também.

Não há dúvida, assim, que a cogência (prevista no art. 93, inc. IX, da Constituição Federal) deve fundar o princípio acusatório, porque a sua amplitude é maior no sentido de garantir um processo com desenrolar na e pela Constituição Federal.

Dentro desse cenário, imperioso concluir-se que a resposta constitucionalmente adequada (construída através de uma motivação embasada na releitura do princípio acusatório, assim como concretizada por uma análise hermenêutica capaz de vedar o subjetivismo do intérprete e encampar o mundo vivido na decisão judicial) se coloca como o caminho a ser seguido para vencer a (dupla) crise do Direito Penal, e isso porque impossibilita o deslocamento do magistrado para o lugar do não Direito, dando a (melhor) solução às partes e à sociedade, por não prestar uma proteção deficiente (com a análise da tipicidade/taxatividade à luz da teoria da cegueira deliberada nos crimes econômicos) ou uma prestação arbitrária (punitivista).

4 CONCLUSÃO

Ao fim e ao cabo da tese, pode-se concluir que a evolução das concepções de Estado sempre esteve entrelaçada ao modo como o Direito Penal se mostrou às partes processuais e à sociedade, e isso tanto no seu espectro material como processual, o que engloba, por certo, a função de julgar dos magistrados.

O revelar desse caminho evolutivo, em um primeiro capítulo, foi essencial para essa compreensão, assim como para situar as origens das crises das decisões judiciais e do Direito Penal atual, abrindo-se as portas ao segundo ponto de estudo, no qual, por meio do método fenomenológico, se analisaram alguns aspectos pontuais vinculados ao mundo vivido, para, ao final, se advogar em prol da tese da resposta adequada constitucionalmente.

De tal arte, impende-se, doravante, remarcar os pontos principais do estudo, por intermédio dos quais se alcançou o cumprimento dos objetivos (traçados desde o início da tese), bem como o encontro da hipótese pertinente ao problema (proposto também no seu limiar) – qual seja: afinal de contas, como deve ser a decisão judicial para o Poder Judiciário encampar a resposta adequada ao réu e à sociedade em tempos de crises no Direito Penal?

O Direito Romano, apesar da derrocada do Império, se projetou no tempo, influenciando substancialmente o Direito e o ensino jurídico posteriores, com o que parte da crise atual (antes retratada) encontra origem nas concepções do baixo Império. Isso porque o Feudalismo e o Absolutismo resgataram a ideia de dogmas dos glosadores, impulsionando um ensino jurídico metafísico.

Além disso, é de ver-se que o sistema inquisitivo, derivado do baixo Império, recuperou sua força, recebendo uma nova roupagem pela Inquisição, a qual se lhe encampou traços mais cruéis, como a tortura. Nesse enfoque, deve-se destacar, igualmente, o viés político da Santa Inquisição, na medida em que qualquer agente contestador da ideologia dominante se qualificaria no (amplo e irrestrito) conceito de herege, o que bem demonstra a instrumentalização do Estado através do Direito Penal para a manutenção de poder e controle social. Viveu-se, pois, uma época de obscurantismos e inseguranças.

Como embate disso e lastreado na razão, o Estado Liberal de Direito, na seara do Direito Penal, trouxe importantes conquistas em relação ao modelo anterior absolutista e católico, porquanto entabulou o garantismo clássico, reconhecendo a

possibilidade do exercício do direito de resistência contra ingerências abusivas do Estado na vida do cidadão. Todavia, ao estabelecer que o juiz deveria ser apenas “a boca da lei”, ele “engessou” a atividade de julgar, tratando o Direito (Penal) como uma ciência exata, o que impulsionou a crise de interpretação vivenciada hoje, porque o positivismo kelseniano, apesar de ultrapassar o primeiro, ainda está preso à concepção de método como uma forma de “matematizar” o fenômeno jurídico. De todo o modo, relevante é destacar-se, nesse contexto, que esse modelo de Estado desenvolveu prestações negativas, na direção de reconhecer limites para as atividades estatais, em especial na vida privada.

Ampliando um pouco mais suas funções, o Estado Social e o Estado Democrático de Direito trouxeram a necessidade de o Estado encampar prestações positivas no sentido de transformar a realidade social, o que fomentou um intervencionismo na economia. Por consequência, houve a criação de um Direito Penal econômico e, em seguida, um embate entre a matriz iluminista (individualista/burguesa) e o novo papel reservado a esse ramo do Direito no combate à criminalidade globalizada. Também surgiram outros fatores (como as normas penais em branco, a sociedade do risco e o Direito Penal simbólico), que fomentaram, dentro do já aberto campo do positivismo, a discricionariedade judicial. No seio desse embate em modelos de Direito Penal, o liberal/burguês sempre saltou aos olhos como o adequado e balizador da racionalidade, ou seja, quanto mais próximo dele, mais racional, quanto mais distante, mais irracional.

Ocorre, contudo, que se deixou de perceber duas dimensões no Iluminismo: uma positiva (revelada pelo núcleo de garantias do cidadão) e outra negativa (vinculada ao fomento do Direito como uma ciência exata). Também em virtude da última impulsionou-se um estado da arte no Brasil, com a pouca compreensão da Constituição Federal, o que gerou uma “guerra de sentidos” agravada pelo fato de que nossa realidade dominante se vincula à do positivismo jurídico, gerando decisionismos decorrentes de um juiz solipsista que, muitas vezes, sequer observa estar em um Estado de Direito. Em sendo assim, tudo o que o Iluminismo buscou em termos de segurança jurídica pela exatidão metodológica do Direito soçobrou: a incerteza, quanto à definição do crime e seus corolários, passou da mente dos reis e membros graduados da Igreja Católica para a consciência do juiz solipsista. Mudaram-se os atores, mas a cena continuou a mesma.

Indiscutivelmente, há um problema assaz sério na multiplicidade das decisões judiciais. Existe uma crise instaurada pela discricionariedade permitida pelo positivismo kelseniano, encontrando-se o ensino jurídico e a atividade forense inseridos em um estado da arte em que o intérprete tanto impõe juízos arbitrários aos textos legais, como esconde particularidades do caso por meio de coberturas conceituais abstratas criadas por um dogmatismo. Dessa sorte, há decisões reveladoras de múltiplas respostas, sendo que, em muitos casos, sequer são observados os textos legais vigentes, dado esse que poderia considerar um avanço à simples posição de “boca da lei”.

Sobre a crise do Direito Penal, veja-se que sua base principiologia ainda está assentada na Ilustração, ou seja, possui um escopo individualista e “rodeado pelo ideal de certeza matemático”. Desse modo, encontra dificuldades no enfrentamento da criminalidade globalizada (podendo, assim, haver respostas com deficiências de proteção, já que está em descompasso com os interesses coletivos), assim como gera inúmeros decisionismos decorrentes da “morte” da retórica (que era característica do Direito Romano do alto Império, mas foi afastada pelos revolucionários franceses). Pondere-se, ademais, que fatores como a mídia pressionam por respostas de índole punitivistas.

À vista disso, toda a situação trazida pelo positivismo deve ser superada a partir da ruptura paradigmática produzida por Heidegger (e, depois, completada por Gadamer), a qual se projeta, igualmente, para adequar as exigências do Direito Penal aos valores insertos na Constituição Federal, abrindo-o ao mundo vivido, sem, no entanto, perder as conquistas civilizatórias do Iluminismo.

Por meio de Heidegger se introduziu o mundo prático na filosofia. A partir dele, o ser não é mais visto como um ente absoluto e eterno, mas com base na faticidade. Nesse cenário, ocorre o giro linguístico, com o que a linguagem invade a filosofia. Houve a transferência do conhecimento para a linguagem, visto ser nela que o mundo se descortina, dando-se a ação e o sentido. De quebra, não se interpreta por etapas, pois impossível separar a compreensão da aplicação. Com isso, rompe-se definitivamente com o esquema sujeito-objeto (tanto em uma esfera metafísica-clássica, quanto com relação à filosofia da consciência), e supera-se a epistemologia pela fenomenologia hermenêutica. O esquema sujeito-objeto passa, então, a ser substituído pela intersubjetividade (sujeito-sujeito), que se dá a partir da ontologia fundamental, que vem a acabar com a ideia de subjetividade como

instauradora da condição de ser-no-mundo do sujeito. A hermenêutica filosófica, assim, ganha destaque pela produção e não pela reprodução.

Posteriormente, Gadamer aduz que ser que pode ser compreendido é linguagem. Tudo o que se pode compreender se trata de linguagem, porque ela é tal que, por si mesma, dá a compreensão. Nesse passo, a palavra somente é palavra em virtude do que nela vem à fala. De modo inverso, também o que vem à fala não é algo dado de antemão e desprovido de fala. Desse modo, também aquilo que vem ao encontro de nosso conhecimento histórico a partir da tradição ou como tradição (o significado de um evento ou o sentido de um texto) não é um objeto em si, fixo, que deva simplesmente ser constatado. A consciência histórica incluía, de igual sorte, a mediação entre passado e presente. Ao reconhecer o caráter de linguagem como o *medium* universal dessa mediação, o questionamento ultrapassou seus pontos de partida concretos, a crítica à consciência estética e histórica, e a hermenêutica que deveria ocupar seu lugar, adquirindo a dimensão de um questionamento universal. A interpretação, nesse andar, é alcançada sem arbitrariedades, porque devem ser afastados os pré-juízos inautênticos, sendo a historicidade relevante fator dentro da compreensão.

À luz desses fatores, é possível, para a hermenêutica, chegar a respostas adequadas por meio da aplicação, superando-se, desse modo, a cisão (metafísica) do ato interpretativo em conhecimento, interpretação e aplicação. Não se trabalha apenas com textos; avultam normas em que se encontra a normatividade que alcança a realização concreta. Ao superar o modelo interpretativo calcado na fixação abstrata do significado dos textos jurídicos, assim como ao ultrapassar os modelos procedimentais, a hermenêutica cuida da realização concreta do Direito. O caso concreto apresenta-se como o lugar desse acontecer do sentido. Nesse passo, a resposta adequada será conteudística, com a capacidade de revelar o caso em si mesmo, ponto no qual a síntese hermenêutica da aplicação irá se revelar, baseando-se, sempre, em um pré-juízo constitucional (ou seja, verdadeiro). Por isso, sempre haverá “a” resposta ao caso, aquela que será sempre a resposta vinculada constitucionalmente e, por isso, reveladora da interpretação adequada do texto e das provas existentes nos autos processuais.

Dentro desse cenário, a hermenêutica filosófica coloca-se como o caminho necessário ao vencimento da crise de sentidos, assim como da crise do Direito Penal, a fim de que não se construa uma prestação jurisdicional deficiente ou

arbitrária (já que ambas levam a um Estado de Exceção, um lugar do não Direito). Seu papel está entrelaçado, evidentemente, à construção de uma motivação judicial válida sob a perspectiva da Constituição Federal, com o que essa é condição de possibilidade à resposta adequada.

Em visto do exposto, é crucial entender que a legitimidade do Poder Judiciário está assentada na defesa da Constituição Federal. Sendo assim, as duas perspectivas da motivação têm relevo acentuando, pondo-se em níveis idênticos de relevância. A resposta, nesse passo, deve observar as garantias do acusado (dimensão endoprocessual); todavia, tem de ter presente sua dimensão política, porque, em um Estado Democrático (e Social) de Direito, seus efeitos se projetam para toda a sociedade, que tem o direito de fiscalizar o andamento do Poder Judiciário. Sobretudo se estiver bem claro que os crimes econômicos lesam bens jurídicos coletivos, motivo pelo qual há a inserção do interesse da sociedade no resultado do processo penal. É de rigor, em síntese, perceber que o dever de motivar adequadamente a decisão se direciona tanto às partes processuais como à sociedade, não podendo ocorrer deficiências nessas perspectivas.

Pelo fato de a legitimidade do Poder Judiciário estar na defesa e na aplicação da Constituição Federal, a decisão judicial deve se fundar em um princípio, no caso, o acusatório, realizando-se na síntese hermenêutica da aplicação. A motivação judicial terá sua racionalidade demonstrada hermeneuticamente, por intermédio da relação sujeito-sujeito, trazendo-se a tradição (traço de integridade) do intérprete fundada em pré-juízos autênticos (constitucionais). Sua racionalidade, então, estará no “encontro do caso em si”, seja pela interpretação adequada da lei penal e processual penal, seja pelo desvelamento do seu acontecer particular no exame da matéria de fato (provas). Para tanto, cumpre-se, em um primeiro instante, projetar a motivação ao primeiro patamar dentro da sistemática do princípio acusatório, modificando sua estrutura (ainda em curso e) levada a efeito pelo Iluminismo, na direção segundo a qual o relevante é a capacidade de gestão da prova. Inquestionavelmente, a garantia da motivação válida deve ser o ponto fundante desse princípio. A proibição de produzir provas de ofício decorre da exigência constitucional de uma motivação válida, razão por que a resposta vinculada à Constituição Federal deve ser a base do princípio acusatório, seu diferencial em relação a outros modelos. Primeiro vem o dever fundamental de o magistrado ofertar a resposta adequada (tanto às partes como à sociedade); depois, como

consequência, a vedação à produção de ofício de elementos probatórios. Sendo assim, a exigência de motivação válida deve fundar o princípio acusatório.

Desse modo, as respostas proferidas no sistema inquisitivo serão sempre hermeneuticamente inadequadas, porque se amparam no pré-juízo inautêntico de que a motivação válida não é algo fundante, a ponto de se admitir como correta a manifestação jurisdicional resultante de procedimento no qual o magistrado realize a prova que, ao fim e ao cabo, amparará sua escolha.

Vale consignar-se que a resposta adequada constitucionalmente deve afastar uma proteção deficiente, porque essa situação também conduz a um Estado de Exceção. Imperioso que o Direito Penal, assim, tenha o dever de acompanhar os avanços das relações sociais, revelando-se as normas penais em branco um instrumento interessante no combate da criminalidade econômica, uma vez que a produção legislativa não acompanha essa veloz criminalidade. Em virtude da produção de normas penais em branco (como, apenas para citar, nos crimes contra o meio ambiente e sistema financeiro nacional), entende-se que, nesses casos específicos, os princípios da legalidade e da taxatividade devem ser observados a partir da teoria da cegueira deliberada, impondo, ao cidadão que desempenhar determinada atividade, o dever de se informar acerca dos seus aspectos. Afinal, o alcance (fácil) da informação é uma característica do mundo globalizado, de sorte que, em vista de nossa atualidade, se coloca incompreensível alegar, em normas penais em branco, a ignorância sobre determinações da própria atividade eleita como profissão. Com isso, o magistrado, ao analisar a tipicidade do fato nos crimes diversos da criminalidade clássica (e que, sob certo ângulo, são os impulsionadores da expansão do Direito Penal pós-Constituição Federal de 1988), poderá dar uma resposta que não seja deficiente no sentido de proteção exigida pelo Direito Penal, pondo-a, ainda, dentro da perspectiva atual da sociedade, que se desenvolve pela informação e pela comunicação. Igualmente, ao completar o Direito Penal com o administrativo, o magistrado estará dando uma resposta com visos de integridade, de modo que não haverá qualquer lesão aos princípios da legalidade e da taxatividade, pois eles devem ser vistos dentro dos regramentos do Direito.

Como encontro da hipótese, a tese, portanto, defende a releitura do princípio acusatório, construindo-o na direção segundo a qual seu ponto fundante cinge-se à exigência de uma motivação válida. Sua (antiga) visão de gestão da prova como marco divisor (entre sistemas acusatório e inquisitivo) descabe no desenrolar de um

Estado Democrático (e Social) de Direito. Isso porque tem uma dimensão apenas focada na passagem do Absolutismo ao Iluminismo, com a vitória do último contra as graves nódoas da Santa Inquisição. Exige-se mais no Estado Democrático (e Social) de Direito.

Por esse modo se apresentar, deixa-se de compreender que a motivação das decisões judiciais seja uma garantia das garantias. Vale dizer, representa aquela por meio da qual se pode analisar se todas as demais (inclusive, no ponto, a imparcialidade) foram respeitadas. Em sendo assim, em toda a motivação válida, o conjunto principiológico da Constituição Federal será levado em consideração, o que força a conclusão de que o enfoque deve ser dado a partir de sua análise.

Nesse passo, o princípio acusatório está atrelado à exigência de uma resposta constitucionalmente adequada, que, por corolário lógico, implica o afastamento, por revelar parcialidade, de um magistrado gestor da prova.

Além disso, a visão da diferença pela capacidade de gestão da prova possibilita que se releve apenas o caráter endoprocessual da motivação, ignorando o papel da democracia na atual quadra da história. Digno de nota, ainda, que o Direito Penal também tutela interesses coletivos (crimes econômicos), havendo interesse da sociedade na validade da entrega da prestação jurisdicional.

Na base desses fatores, a hipótese, encontrada pela tese, se revela como a imperiosidade da adoção da resposta constitucionalmente adequada, a qual deve ser proferida à luz do princípio acusatório, cujo aspecto fundante se vincula à exigência de uma motivação válida (resposta constitucionalmente adequada).

O ineditismo encontra amparo, inicialmente, na crítica, sob a perspectiva do Direito Penal, ao Iluminismo, porque a sua visão – gerada a partir de um método matemático ao Direito – implementou decisionismos reveladores de uma insegurança medieval no julgamento dos delitos.

Em passo seguinte, na necessidade de se observar que o garantismo deve apresentar um duplo enfoque, sendo de rigor um complemento da sua estrutura inicial entabulada pela Escola Clássica. É que a visão de freios ao Estado por meio de garantias penais se coloca como uma posição inerente ao Estado Liberal, desconhecendo, assim, todas as demais conquistas dos Estados Social e Democrático de Direito. É evidente que se coloca impossível negar e afastar o conjunto principiológico de garantias liberais alçado aos investigados e acusados em sede de Direito Penal. Porque se cuida de significativa conquista civilizatória, a qual,

em última análise, encampa a racionalidade do sistema punitivo. Todavia, ela não pode ser vista de uma forma isolada, como se apenas esses interesses existissem, uma vez que essa postura individualista negaria que as respostas jurisdicionais, nos dias correntes, também devem se projetar à sociedade, por imperativo da existência de um Estado Democrático (e Social) de Direito. Como já se disse, o ideal da democracia permite que todos fiscalizem os Poderes Públicos, o que engloba as decisões do Poder Judiciário. Além disso, os crimes inerentes ao Direito Penal Econômico lesam bens jurídicos coletivos, de sorte que a sociedade deve ter o acesso às motivações das decisões que os julgam.

Em sendo assim, a validade do discurso jurídico (que deve se dar, hermeneuticamente, na e pela teoria da resposta constitucionalmente adequada) apresenta-se sob a imperiosidade de evitar arbítrios (respeitando, assim, as garantias dos acusados originárias do Estado Liberal) e de ter uma deficiência de proteção (porque um Poder Judiciário permissivo da impunidade afetaria a democracia e o implemento das promessas de modernidade). À vista disso, como se disse, há de se abrir, em se tratando de delitos econômicos, os princípios da legalidade e da taxatividade ao mundo da vida, exigindo-se um dever de informação, aos agentes dessas infrações penais, acerca dos complementos das normas penais em branco. Indispensável, assim, as suas adaptações aos ditames do Estado Democrático (e Social) de Direito, no qual se vive em sociedade globalizada também no acesso à informação. Não se defende, nesse ponto, a possibilidade de tipos penais vagos e indeterminados. Em realidade, advoga-se em prol de que as normas penais em branco se revestem de validade e necessidade. A um, porque seus complementos estão dentro do ordenamento jurídico, ou seja, se apresentam positivados, tendo o empresário (no mais das vezes, o autor desses ilícitos criminais) o dever de se informar sobre as suas atividades. Não se está, nesse particular, vendo a questão através da ótica positivista de lacunas da lei, abrindo azo ao poder discricionário. Em verdade, vê-se o ponto a partir do Direito como integridade e fenômeno hermenêutico, de sorte que inexistente decisionismo ao se buscar um conceito necessário ao tipo penal nos lindes do Direito Administrativo, por exemplo. Até mesmo porque, caso isso fosse crível, se trataria da questão também sob a perspectiva de um “autor do crime solipsista”, já que esse dever de buscar a informação em ramo paralelo ao Direito Penal de igual sorte se lhe recai, inclusive por primeiro. A dois, porquanto as normas penais em branco se traduzem em meio

interessante para combater esse tipo de criminalidade, a qual é mais veloz que a legislação penal.

De um ponto de vista mais central, o ineditismo se apresenta pela posição de releitura do princípio acusatório, pondo a exigência de uma motivação válida (resposta constitucionalmente adequada) como ordem fundante, ao invés do norte pela titularidade da gestão da prova.

Com efeito, a motivação das decisões judiciais deve, por imperativo democrático, ultrapassar os interesses das partes no processo penal, recebendo sua dimensão política idêntica relevância à processual, na medida em que todos devem fiscalizar o Poder Judiciário, sobretudo porque ele julga delitos que ultrapassam a esfera do individual.

Dentro desse cenário, imperioso concluir-se que a resposta constitucionalmente adequada (construída através de uma motivação embasada na releitura do princípio acusatório, assim como concretizada por uma análise hermenêutica capaz de vedar o subjetivismo do intérprete e encampar o mundo vivido na decisão judicial) se coloca como o caminho a ser seguido para vencer a (dupla) crise do Direito Penal, e isso porque impossibilita o deslocamento do magistrado para o lugar do não Direito, dando a (melhor) solução às partes e à sociedade, por não prestar uma proteção deficiente (com a análise da tipicidade/taxatividade à luz da teoria da cegueira deliberada nos crimes econômicos) ou uma prestação arbitrária (punitivista).

REFERÊNCIAS

- ALBRECHT, Peter-Alexis. El derecho penal en la intervención de la política populista. *In*: ROMEO CASABONA, Carlos Maria (Coord.). **La insostenible situación del derecho penal**. Granada: Comares, 2000.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **Processo criminal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1920. v. 1.
- ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 1.
- AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. **O processo acusatório e a vedação probatória: perante as realidades alemã e brasileira**: com a perspectiva brasileira já de acordo com a reforma processual de 2008 - Leis 11.689, 11.690 e 11.719. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- AMODIO, Ennio. Motivazione della sentenza penale. *In*: ENCICLOPEDIA del diritto. Roma: Giuffrè Editore, 1977. v. 27.
- ANDERSON, Perry. **Linhagens do Estado absolutista**. Traduzido por: João Roberto Martins Filho. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1995.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- ANITUA, Gabriel Ignácio. **História dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.
- ASSIS, Araken de. **Eficácia civil da sentença penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Vícios de motivação da sentença penal: ausência de motivação, motivação contraditória, motivação implícita e motivação per relationem. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 38, abr./jun. 2002.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de teoria política do Estado e ciência política**. São Paulo: Saraiva, 1986.
- BATISTA, Nilo. **Matrizes Ibéricas do sistema penal brasileiro – I**. 2. ed. Rio de

Janeiro: Revan, 2002.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Traduzido por: José de Faria Costa. Lisboa: Serviço de Educação Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.

BECK, Francis Rafael. A doutrina da cegueira deliberada e sua (in)aplicabilidade ao crime de lavagem de dinheiro. *In*: WEDY, Miguel Tedesco; CALLEGARI, André Luís (Org.). **Lavagem de dinheiro**. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2011.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. Madrid: Siglo XXI, 2002.

BETHENCOURT, Francisco. **História das inquisições**: Portugal, Espanha e Itália séculos XV-XIX. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

BETTIOL, Giuseppe. **Instituições de direito e de processo penal**. Traduzido por: Manuel da Costa Andrade. Coimbra: Coimbra, 1974.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Traduzido por: Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BOFF, Leonardo. Inquisição: um espírito que continua a existir. *In*: EYMERICH, Nicolau. **Manual dos inquisidores**. Rio de Janeiro: Rosa dos Ventos, 1993.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. São Paulo: Malheiros, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BORNHEIM, Gerd. Natureza do Estado moderno. *In*: NOVAES, Adauto (Org.). **A crise do estado-nação**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O paradoxo do risco e a política criminal contemporânea. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugênio. **Direito penal contemporâneo**: questões controvertidas. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t. 1.

CALLEGARI, André Luís; MOTTA, Cristina. Estado e política criminal: a expansão do direito penal como forma simbólica de controle social. *In*: CALLEGARI, André Luís (Coord.). **Política criminal, Estado e democracia**: homenagem aos 40 anos do Curso de Direito e aos 10 anos do Curso de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CANCIO MELIÁ, Manuel. O estado atual da política criminal e a ciência do direito penal. *In*: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu. **Direito penal e funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CAPELLA, Juan Ramón. **Fruto proibido**: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do Estado. Trad. Gresiela Nunes da Rosa e Lédio Rosa de Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CARRARA, Francesco. **Programa del Curso de Derecho Criminal dictado en la Real Universidad de Pisa**. Buenos Aires: Depalma, 1944.

CARVALHO, Salo de. Da reconstrução do modelo jurídico inquisitorial. In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos de história do direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CARVALHO, Salo de; CARVALHO, Amilton Bueno de. **Aplicação da pena e garantismo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CASSIRER, Ernst. **A filosofia do iluminismo**. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: UNICAMP, 1992.

CEPEDA, Ana Isabel Pérez. **La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno**. Madrid: Iustel, 2007.

CHÂTELET, François; DUHAMEL, Oliver; PISIER-KOUCHNER, Évelyne. **História das idéias políticas**. Traduzido por: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal à luz da Constituição**. São Paulo: EDIPRO, 1999.

CORDERO, Franco. **Procedimiento penal**. Traduzido por: Jorge Guerrero. Sta Fe de Bogotá: Temis, 2000.

CORETH, Emerich. **Questões fundamentais de hermenêutica**. Trad. Carlos Lopes de Matos. São Paulo: EPU, 1973.

CORREIA, Eduardo. **Direito penal económico**. 1. ed. Coimbra: Garcia & Carvalho, 1985.

COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. **O Estado de direito**: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, ano 1, n. 1, 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel da jurisdição constitucional na realização do Estado social. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, n. 10, p. 47-60, 2003.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Crítica à teoria do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

COUTINHO, Luís Pedro Pereira. **A autoridade moral da Constituição**: da fundamentação da validade do direito constitucional. Coimbra: Coimbra, 2009.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito romano moderno**. Rio de Janeiro: Forense, 1971.

CRUZ REYES, Euménides. Del derecho penal del antiguo régimen a la obra de Cesare Beccaria: la propuesta ilustrada. **Derecho penal Contemporáneo: Revista Internacional**, Bogotá, n. 5, Oct./Dic. 2003.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime**. uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

DE CARLI, Carla Veríssimo. Delação premiada no Brasil: do que exatamente estamos falando? **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 17, n. 204, nov. 2004.

DESCARTES. **Discurso do método**. Trad. Pinharanda Gomes. 3. ed. Lisboa: Guimarães, 1997.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. t. 1.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 2004.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social. In: CORREIA, Eduardo *et al.* **Direito penal económico e Europeu**: textos doutrinários. Coimbra: Coimbra, 1998. v. 1.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1997.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. Problemática Geral das infracções contra a economia nacional. In: PODVAL; Roberto (Org.). **Temas de direito penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

DONINI, Massimo. **El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad**. Perú: ARA, 2010.

DUSO, Giuseppe. Revolução e constituição do poder. In: DUSO, Giuseppe (Org.). **O poder**: história da filosofia política moderna. Traduzido por: A. Ciacchi, L. Silva e G. Tosi. Petrópolis: Vozes, 2005.

DUSSEL, Enrico. **Caminhos para a libertação latino-americana**. São Paulo: Paulinas, 1984. v. 2.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo:

WMF Martinsfontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Traduzido por: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Traduzido por: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Traduzido por: Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Trad. José Silveira Paes. São Paulo: Global, 1984.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad. J. Baptista Machado. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

EYMERICH, Nicolau. **Manual dos inquisidores**. Trad. Maria José Lopes da Silva. Comentários de Francisco Peña. Rio de Janeiro: Rosa dos Ventos, 1993.

FALCON, Francisco José Calazans. **Iluminismo**. 3. ed. São Paulo: Ática, 1991.

FARIA COSTA, José de. **Direito penal económico**. Coimbra: Quarteto, 2003.

FARIA COSTA, José de. Ler Beccaria hoje. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. 74, 1998.

FELDENS, Luciano. **Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco**: por uma relegitimação: uma investigação à luz dos valores constitucionais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Madrid: Editorial Trotta, 2000.

FLEINER-GERSTER, Thomas. **Teoria geral do Estado**. Trad. Marlene Holshausen. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FOUCAULT, Michel. **La verdad y las formas jurídicas**. 5. ed. Traduzido por: Enrique Lynch. Barcelona: Gedisa, 1998.

GADAMER, Hans-Georg. **En conversación con Hans-Georg Gadamer**: hermenêutica-estética-filosofia prática. Madrid: Carsten Dutt, 1998.

GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciência histórica**. Traduzido por: Paulo César Duque Estrada. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2003.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**. Traduzido por: Flávio Paulo Meurer. Revisão de Enio Paulo Giachini. 6. ed. São Paulo: Vozes, 2004.

GARCÍA, José Angel Brandariz García. **Política criminal de la exclusión**. Granada: Comares, 2007.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Las transformaciones del Estado contemporáneo**. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

GIACOMOLLI, Nereu José. Aproximação à garantia da motivação das decisões criminais. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**, ano 6, n. 11, 2005.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Conceito e método da ciência do direito penal**. Trad. José Carlos Gobbis Pagliuca. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOLDSCHMIDT, James. **Princípios gerais do processo penal**. Traduzido por: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GOMES, Luiz Flávio, BIANCHINI, Alice. **O direito penal na era da globalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Comentários às reformas do código de processo penal e da lei de trânsito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GRAU, Eros Robert. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **As nulidades no processo penal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Teoria geral do processo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

HART, H. L. A. **O conceito de directo**. Trad. A. Ribeiro Mendes. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy: norma, interpretación, procedimiento. límites de la prisión preventiva**. Buenos Aires: AD-HOC, 1995.

HASSEMER, Winfried. **Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en derecho penal**. Madrid: Tirant lo Blanch, 1999.

HEIDEGGER, Martin. **Que é metafísica?** Trad. Ernildo Stein. São Paulo: Nova Cultural, 1991. (Os pensadores).

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. São Paulo: Editora Universitária São Francisco, 2006.

HOBBSAWN, Eric. **A era das revoluções**: Europa 1789-1848. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

JIMENEZ DE ASUA, Luis. **Tratado de derecho penal**. 5. ed. Buenos Aires: Losada, 1950. v. 1.

KAUFMANN, Arthur. Sobre la argumentación circular en la determinación del derecho. **Persona y Derecho. Revista de Fundamentación de Las Instituciones Jurídicas y de Derecho Humanos**, Navarra, n. 29, 1993.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

LE GOFF, Jacques; SCHMITT, Jean-Claude. **Dicionário temático do ocidente medieval**. Traduzido por: Hilário Franco Júnior. São Paulo: Edusc, 2002. v. 1.

LEINER-GERSTER, Thomas. **Teoria geral do Estado**. Traduzido por: Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LEONE, Giovanni. **Tratado de derecho procesal penal**. Traduzido por: Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1963. v. 1.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Do arbítrio à razão: reflexões sobre a motivação da sentença. In: **Revista de Processo**, São Paulo, n. 29, jan./mar. 1983.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**. Traduzido por: Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

LOCKE, John. **Ensayo sobre el gobierno civil**. Traduzido por: Amando Ros. Madri: Aguilar, 1976.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**: lições introdutórias. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

LYRA, Francisco Dias da Costa. Direito penal, constituição e hermenêutica: pela superação do positivismo jurídico e a possibilidade do acontecer do direito num ambiente de neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 19, v. 91, 2011.

LYRA, Roberto. Introdução ao estudo do direito penal adjetivo. In: **Revista Interamericana de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, ano 2, v. 6, n. 5, 1977.

LYRA, Roberto. **Novo direito penal**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. v. 1.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal**. uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MAIER, Julio. **Derecho procesal penal**. 2. ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004. v. 1.

MANDROU, Robert. **Magistrados e feiticeiros na França do século XVII**. Trad. Nicolau Sevckenko e J. Guinsburg. São Paulo: Perspectiva, 1968.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. (Trad. Maria Júlia Goldwasser). São Paulo: Wmf Martinsfontes, 2011.

MARCONDES, Danilo. **Iniciação à história da filosofia**: dos pré-Socráticos a Wittgenstein. 4. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

MARÍA CARCOVA, Carlos. Qué hacen los jueces cuando juzgan? **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Porto Alegre, v. 35, 2001.

MARTÍN, Luis Gracia. **Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resitencia**. Valencia: Tirant to blanch, 2003.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. O direito romano e seu ressurgimento no final da idade média. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Fundamentos de história do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**. Traduzido por: Francisco Javier Roig e Manuel Martínez Neira. Madri: Trotta, 1998.

MEIRA, Sílvio. **Curso de direito romano**: história e fontes. São Paulo: LTR, 1996.

MENDOZA BUERGO, Blanca. **El derecho penal en la sociedade del riesgo**. Madrid: Civitas, 2001.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. 2. ed. Traduzido por: Alberto da Rocha Barros. Rio de Janeiro: Vozes, 1991.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**: parte general. 8. ed. Buenos Aires: Julio César Faire, 2008.

MIR PUIG, Santiago. **El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho**. Barcelona: Editorial Ariel, 1994.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 3. d. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. Traduzido por: Cristina Muracho. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Do direito social aos interesses transindividuais**: o Estado e o direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado,

1996.

MORAIS, José Luis Bolzan de. Revisitando o Estado! da crise conceitual à crise institucional (constitucional). **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito Mestrado e Doutorado**, São Leopoldo, 2000.

MOREIRA, Alexandre Mussoi. **A transformação do Estado**: neoliberalismo, globalização e conceitos jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de direito. *In*: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito**: dos gregos ao pós-modernismo. Traduzido por: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NASPOLINI, Samyra Haydêe. Aspectos históricos, políticos e legais da inquisição. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos de história do direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 1996.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. **La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno**. Madri: Portal Derecho, 2007.

PÉREZ, Carlos Martínez-Buján. **Derecho penal económico**: parte general. Valencia: Tirant to blanch, 1998.

PERRY, Marvin *et al.* **Civilização ocidental**: uma história concisa. Traduzido por: W. Dutra. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

POLÍCIA Federal deflagra neste momento a operação OURO VERDE, para combater crimes financeiros no sul, 30 mar. 2007. Disponível em: <<http://www.rsvirtual.com.br>>. Acesso em: 09 jun. 2012

PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1992.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

QUIROGA, Jacobo López Barja de. El papel del Derecho penal en la segunda modernidad. *In*: **Derecho y justicia penal en el siglo XXI**. Madrid: Colex, 2006.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Coimbra: Armênio Editor, 1974.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **La ignorancia deliberada en derecho penal**. Barcelona: Atelier, 2007.

RAMÓN CAPELLA, Juan. **Fruto proibido**: uma aproximação histórico-teórica ao

estudo do direito e do Estado. Trad. Gresiela Nunes da Rosa; Lédio Rosa de Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

RAMOS MENDEZ, Francisco. **La creación judicial del derecho**. Barcelona: Bosch, 1979.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 70035455385**, da Terceira Câmara Criminal. Impetrante: Marcos B. dos Santos. Paciente: Nelson Maia da Silva. Relator: Desembargador Odone Sanguiné; julgado em 22 de abril de 2010. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70035455385&num_processo=70035455385&codEmenta=3466314&templntTeor=true>. Acesso em: 04.05.2012.

ROCHA, Leonel Severo. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ROCHA, Manuel António Lopes. A função de garantia da lei penal e a técnica legislativa. **Cadernos de Ciência de Legislação**, Portugal, n. 6, jan./mar. 1993.

RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. **Criminología**. México: Porrúa, 1999.

RODRÍGUEZ, César. **La decisión judicial**: el debate Hart-Dworkin. Bogotá: Siglo del Hombre, 1997.

RODRÍGUEZ, Laura Zúñiga. **Política criminal**. Madrid: Colex, 2001.

RORTY, Richart. **A filosofia e o espelho da natureza**. Trad. Jorge Pires. Lisboa: Dom Quixote, 1988.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **El contrato social**. Traduzido por: Enrique López Castellón. Madri: Edimat, 1998.

ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. 2. ed. Madri: Civitas, 2007. t. 1.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SABADELL, Ana Lucia. **Tormenta júris permissione**: tortura e processo penal na Península Ibérica (séculos XVI – XVIII). Rio de Janeiro: Revan, 2006.

SAFRANSKI, Rüdiger. **Heidegger**: um mestre da Alemanha entre o bem e o mal. Trad. Lya Luft. São Paulo: Geração Editorial, 2005.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal na sociedade pós-industriais. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. Barcelona: José Maria Bosch, 1992.

SANTOS, André Leonardo Copetti. Constituição, direito penal e redes sancionatórias: uma perspectiva de projeção do sistema normativo criminal ao Estado democrático de direito. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado**, anuário, Porto Alegre, n. 2, 2006.

SANTOS, André Leonardo Copetti. Da intervenção mínima à intervenção minimamente necessária para a realização do Estado democrático de direito nos países de modernidade tardia. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, 2003.

SANTOS, André Leonardo Copetti. **Direito penal e Estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SANTOS, André Leonardo Copetti. Os direitos humanos como fundamento epistemológico das reformas penais no Estado democrático de direito. *In*: SANTOS, André Leonardo Copetti. **Criminalidade moderna e reformas penais: estudos em homenagem ao Prof. Luiz Luisi**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SANTOS, Rogério Dultra dos. A institucionalização da dogmática jurídico-canônica medieval. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos de história do direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SBARDELOTTO, Fábio Roque. **Direito penal no Estado democrático de direito: perspectivas (re)legitimadoras**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa: qu' est-ce que le tiers état?** Organização e introdução de Aurélio Wander Bastos; Traduzido por: Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Líber Júris, 1986.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e Ideologia: o paradigma racionalista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SIMON, Josef. **Filosofia da linguagem**. Trad. Artur Morão. Rio de Janeiro: Edições 70, 1981.

SODRÉ, Miniz. **As três escolas penais**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955.

STEIN, Ernildo. **Compreensão e finitude: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana**. Ijuí: Unijuí, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. **Anuário do Programa de Pós-Graduação**

em Direito (mestrado e Doutorado) da Unidade Ciências Jurídicas da Unisinos, São Leopoldo, 2004.

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

STRECK, Lenio Luiz. Constitucionalismo, jurisdição constitucional e Estado Democrático de Direito: ainda é possível falar em Constituição dirigente e compromissária? **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito** (mestrado e Doutorado) da Unidade Ciências Jurídicas da Unisinos, São Leopoldo, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. Desconstruindo os modelos de juiz: a hermenêutica jurídica e a superação do esquema sujeito-objeto. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito** (mestrado e Doutorado) da Unidade Ciências Jurídicas da Unisinos, São Leopoldo, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. Entre Hobbes e Rousseau: a dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal. *In*: STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Direito penal em tempos de crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e (pós-)positivismo: por que o ensino jurídico continua de(sin)formando os alunos? **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado, anuário, Porto Alegre, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. Interpretando a Constituição: Sísifo e a tarefa do hermeneuta. **A filosofia no direito e a filosofia do direito**. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 5, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz; FERRAJOLI, Luigi; TRINDADE, André Karam. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto - as garantias penais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STRECK, Lenio Luiz; SANTOS, André Leonardo Copetti. O direito penal e os influxos legislativos pós-constituição de 1988: um modelo normativo eclético consolidado ou em fase de transição? **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito** (mestrado e Doutorado) da Unidade Ciências Jurídicas da Unisinos, São Leopoldo, 2002.

STRECK, Lenio Luiz; SANTOS, André Leonardo Copetti. O direito penal e os influxos legislativos pós-constituição de 1988: um modelo normativo eclético consolidado ou em fase de transição? *In*: FAYET JÚNIOR, Ney (Org.). **Ensaio penais em homenagem ao professor Alberto Rufino Rodrigues de Souza**. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2003.

STRECK, Lenio. Heidegger, Martin, 1889-1976. *In*: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: UNISINOS, 2006.

TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**. Pádova: Cedam, 1975.

TARUFFO, Michele. Note sulla garanzia costituzionale della motivazione. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. 55, 1979.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.

TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. **Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1.

TROTIGNON, Pierre. **Heidegger**. Tradução de Armindo José Rodrigues. Lisboa: Edições 70, 1982. (Biblioteca Básica de Filosofia).

TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Devido processo legal e tutela jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

VERAS NETO, Francisco Quintanilha. Direito Romano Clássico: seus institutos jurídicos e seu legado. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Fundamentos de história do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

VOLKMER, Antonio Carlos. **Elementos para uma crítica do Estado**. Porto Alegre: Fabris, 1990.

WALTER, Gerhard. **Libre apreciación de la prueba**. Bogotá: TEMIS, 1985.

WARAT, Luis Aberto. **Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. v. 2.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito II: a epistemologia jurídica da modernidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. 4. ed. São Paulo:

Livraria Pioneira Editora, 1985.

YACOBUCCI, Guillermo J. **El sentido de los principios penales**: su naturaleza y funciones en la argumentación penal. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal parte general**. Buenos Aires: Ediar, 1987. v. 1.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. 3. ed. Traduzido por: Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1999.