

A integridade na aplicação do artigo 212 do CPP: a abertura da escuta alienada dos juristas para a continuidade do romance em cadeia dworkiniano e redução da expansão do direito penal.

Vinicius Ferrasso

Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito

Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS

Introdução

I. As raízes do sistema inquisitivo - *direct examinatio*

II. O sistema acusatório - *cross-examination*

III. A escuta alienada dos juristas diante do artigo 212 CPP

IV. A integridade da aplicação da semântica do artigo 212 do CPP: a necessária continuidade do romance em cadeia do Juiz Hércules

V. A (in)terpretação equivocada do artigo 212 CPP: a insistente busca da verdade real como forma de expansão factual do direito penal

VI. Considerações finais

RESUMO: O presente artigo trata da controvérsia ainda presente no contexto interpretativo do artigo 212 do Código de Processo Penal (CPP) desde 2008, que consolidou o sistema acusatório através da Lei 11.690/2008 como pilar democrático no Direito Penal. Ainda, que a literalidade do artigo 212 do CPP *a priori*, pudesse abarcar semanticamente os limites que assegurassem a garantia do sistema acusatório no interrogatório, percebeu-se que não bastou o legislador colocar na lei para que isso acontecesse. Tanto, parcela considerável da doutrina, quanto a grande maioria dos juristas, conjuntamente, decidiu que onde está escrito o juiz deve complementar a inquirição, leia-se o juiz pergunta o que quer e quando quer, com o objetivo de perpetuar o sistema inquisitório como uma tradição inautêntica do senso comum teórico dos juristas. Todavia, isso causou além da efetiva expansão do Direito Penal resultante do aumento de pena dos acusados, mas principalmente, a diminuição da força normativa da própria Constituição Federal. Em virtude disso, além de retratar a ruptura do paradigma inquisitorial para o novo paradigma acusatório (re)afirmado no artigo 212 do CPP, procurou-se demonstrar a busca interminável dos juristas da ilusória verdade real que os levam cotidianamente a desvairada produção de provas de ofício durante o interrogatório. E, como alternativa plausível para uma interpretação conforme do artigo 212 do CPP à luz da Constituição Federal, apresentou-se o modelo de Juiz Hércules Dworkiniano, que se apresenta com características desejáveis de integridade nas suas decisões, para perfectibilização do romance em cadeia, e assim, a garantia da força

normativa da Constituição Federal que assegura a próprio Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS CHAVES: Constituição Federal, Código de Processo Penal, Artigo 212 do CPP, Expansão do Direito Penal, Paralaxe Cognitiva, Ronald Dworkin, Integridade, Juiz Hércules, Romance em Cadeia.

ABSTRACT: This article deals with the controversy still present in the interpretative context of Article 212 of the Criminal Procedure Code (CPP) since 2008, which consolidated the adversarial system by Law 11,690 / 2008 as democratic pillar in the Criminal Law. Still, the literalness of Article 212 of the CPP a priori, could semantically embrace the limits that would ensure the security of the adversarial system in the interrogation, it was realized that was not enough the legislature put in the law to make that happen. Both, considerable portion of the doctrine, as the vast majority of lawyers jointly decided that where it says the judge should complement the examination, read the judge asks what he wants and when he wants, in order to perpetuate the inquisitorial system as an inauthentic tradition of theoretical common sense of lawyers, but this caused, besides the effective expansion of criminal law resulting from penalty increase mainly to decreased normative force of the Constitution. As a result, in addition to portray the breakdown of inquisitorial paradigm for the new adversarial paradigm (re) stated now in Article 212 of the CPP, we tried to demonstrate the endless pursuit of lawyers of illusory real truth that lead to frantic daily production of evidence craft during interrogation. And as plausible alternative to a correct interpretation of Article 212 of the CPP in light of the Federal Constitution, presented the model of Judge Hercules Dworkiniano, which presents with desirable characteristics of integrity in their decisions to implementation the novel chain.

KEYWORDS: Federal Constitution, Code of Criminal Procedure, Article 212 of the CPP, Expansion of Criminal Law, Cognitive Parallax, Ronald Dworkin, Integrity, Judge Hercules, Romance Chain.

INTRODUÇÃO

Iniciada a audiência de instrução, o réu agitado sentado ao lado do seu defensor, respira profundamente, e recebe a primeira pergunta vinda do centro da sala: "O juiz, pergunta: onde você estava às 2hs da madrugada de domingo, a hora do crime?", e assim se sucedem outras tantas perguntas, as próximas da mesma forma partidas do juiz, ainda de características inquisitórias, por muitas vezes por ele próprio despercebidas, uma vez que sempre foi assim, e assim sempre será. Esta situação para aqueles que conhecem as audiências de instruções criminais, exsurge da cultura judicial brasileira de que, na prática os juízes ainda identificam-se com os resquícios do superado sistema inquisitivo, impulsionadas pelas preservadas previsões inquisitivas presentes no ordenamento jurídico, que fornecem poderes instrutórios ao juiz na gestão da prova no processo penal, traduzidos na possibilidade de o juiz, *ex officio*, decretar a prisão preventiva (art. 311, CPP);

determinar o sequestro de bens (art. 127, CPP); decretar a busca e apreensão (art. 242, CPP); ouvir outras testemunhas além das arroladas pelas partes (art. 209, CPP); proceder o juiz, interrogatório (art. 188, CPP), com nítida superioridade entre as partes, ao decidir a pertinência e relevância das perguntas e intervenções das partes, e por fim, a particularidade do art. 156 do Código de Processo Penal, que permite, antes mesmo de iniciada a ação penal, que o juiz produza provas consideradas urgentes e relevantes, e antes de proferir sentença, a realização de diligências para dúvidas quanto o processo.

Tudo isso, à luz da inobservância do artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal, que é preciso em estabelecer que o sistema brasileiro “*deva*” ser acusatório, e porque, fundamentalmente, após a alteração dada pela Lei 11.690/2008, o texto do artigo 212 do Código de Processo Penal (CPP)¹ trouxe *ipsis litteris*, “o juiz só pode fazer perguntas complementares”. Todavia, parece que quanto mais a doutrina escreve sobre o tema, quanto mais os advogados peticionem e roguem nos autos: “*o sistema Vossa Excelência, desde 2008 é acusatório*”, os juízes não conseguem entender a mudança do sistema inquisitorial (*direct examinatio*) para o acusatório (*cross-examination*), ou seja, o atual sistema em que a parte inquiri a testemunha trazida pela parte adversária, denominado de exame direto e cruzado da prova oral.

Dada a persistência da controvérsia contemporaneamente contida no artigo 212 do CPP, a partir das condições de possibilidades que a hermenêutica jurídica fornece dentro do Estado Democrático de Direito, no interior de duas rupturas paradigmáticas que seguem: a revolução do constitucionalismo com o objetivo de efetivação do ideal de vida boa que institucionalizou um elevado grau de autonomia do direito², e a revolução ocasionada pelo giro ontológico-linguístico³, pretender-se-á discutir a

¹ - LEI Nº 11.690, DE 9 DE JUNHO DE 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. O PRESIDENTE DA REPÚBLICA. Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei: [...] “Art. 212. *As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.*” (NR)

² - STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Concenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas / Lenio Luiz Streck. - 5. ed., rev., mod. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2014. págs.601-605.

³ - SILVA, Vinicius Ferrasso. O modo de aplicação da interpretação conforme a Constituição: A (in)capacidade da superação do giro-linguístico na prática dos Tribunais ao Supremo Tribunal Federal. Artigo apresentado para a disciplina de Teoria Constitucional no Mestrado Acadêmico em Direito da UNISINOS. Ano 2014/01. Neste artigo, realizou-se a análise da aplicação da interpretação conforme a Constituição nos Tribunais, com ênfase na Reclamação Nº 4335-5/AC, identificando que o STF não compreendeu plenamente a superação do giro-linguístico apresentado pela hermenêutica filosófica, intendendo que possui poderes para a atribuição livre de

dificuldade da leitura dos limites semânticos do artigo 212 do CPP pelos intérpretes. Quais as causas que, passados 6 (seis) anos da inauguração do sistema acusatório dada a edição da Lei 11.690/2008 dentro do Código de Processo Penal, muitos juízes ainda não conseguiram entender que onde está escrito: *o juiz só pode fazer perguntas complementares*, deve ser lido: *o juiz só pode fazer perguntas depois da acusação e defesa, isto é, "complementares"*, qualquer forma de presidência dos trabalhos exercida pelo juiz no interrogatório diferente disso, seria passível de nulidade do interrogatório, na mesma linha que recentemente o STF no HC 115.714/SP⁴, declarou nulo o interrogatório, que inobservou o disposto no artigo 188 do CPP, ou seja, que o juiz não pode obstar o advogado de defesa de realizar questionamentos de fatos que não estejam ainda bem esclarecidos. Todavia, antagonicamente, a Ministra Cármen Lúcia na relatoria do HC 115.336/RS, onde se discutia também a nulidade do interrogatório, agora com base em interrogatório iniciado com perguntas realizadas pelo juiz ao acusado, em afronta direta ao disposto no artigo 212 CPP, se decidiu diferentemente ao HC 115.714/SP, ou seja, monocraticamente a referida Ministra decidiu que a declaração de nulidade implementada deveria ser "relativa", com a devida comprovação do prejuízo ao acusado.

Assim como Dworkin usa a literatura do romance em cadeia para a busca da integridade do e no Direito, aqui pode ser utilizado Shakespeare em *Medida por Medida*, ou seja, no primeiro HC 115.714/SP, o STF foi como Ângelo I, decidiu conforme a letra da lei, eis um trecho "Ângelo I: *Para pôr medo às aves de rapina não podemos fazer um espantinho da lei. [...] E seu delito é tal, como parece, que se encontra passível do castigo previsto pela lei.*" Já no HC 115.336/RS, o STF agiu como Ângelo II: "[...] *por motivo de sua posição, pudesse libertar facilmente das algemas da lei que envolve a todos, e que meio terreno não houvesse de salvá-lo, exceto o de entregardes a mais rica jóia do vosso corpo a essa pessoa. Sem isso, fatal fora a morte dele. Que faríeis?*"⁵ Em um primeiro momento o STF acertadamente com integridade e coerência diz, o interrogatório é nulo porque o advogado foi impedido de fazer perguntas aos corréus, obstruindo ao acusado à ampla defesa e o contraditório. Já no segundo momento, a nulidade somente poderia ser relativa se o advogado protestasse, a Ministra Cármen Lúcia ultrapassa os limites semânticos dados pelo texto legislativo, mixando os

sentido no uso do mecanismo de interpretação conforme a Constituição (*verfassungskonforme sinngebung*), desse modo, enfraquecendo a força normativa da Constituição.

⁴ - Decisão HC 115714, relatoria Ministro Marco Aurélio: Por empate na votação, a Turma implementou a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do relator. Votaram pelo prejuízo da impetração os Senhores Ministros Roberto Barroso e Rosa Weber. Falou o Dr. Roberto Podval, pelo paciente. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Luiz Fux. Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio. Primeira Turma, 16.12.2014.

⁵ - SHAKESPEARE. Willian. *Medida por medida*. Tradução de Beatriz Viégas-Faria. Editora: L&PM. 1º Ed. Ano: 2012. Págs. 31 e 63.

mecanismos do Direito do Trabalho com o Direito Penal, veja-se: “*a inversão da ordem de inquirição, nessa hipótese, somente poderia ensejar nulidade relativa, a depender do protesto da parte prejudicada no momento oportuno, sob pena de preclusão*”, e exatamente aqui, como será demonstrado, veremos a necessidade de quebra da coerência – para que todo o interrogatório que realizado com perguntas primeiramente pelo juiz conforme o ultrapassado sistema inquisitório passaria a tratar-se de nulidade absoluta – na busca da perfectibilização da integridade, realizando uma leitura respeitando os limites semânticos do artigo 212 CPP, e assim, conforme sustenta Ronald Dworkin, efetivando a continuidade do romance em cadeia⁶.

I. As raízes do sistema inquisitivo - *direct examinatio*

Este sistema pressupõe a convergência das funções de acusar, defender e julgar, unificada nas mãos do inquisidor, o sujeito responsável por todas essas funções.⁷ Conforme sugeri Zilli, é justamente dessa centralização de funções que o referido sistema, historicamente, esteve associado a estruturas políticas igualmente centralizadas, como, por exemplo, nos diversos Estados absolutistas.⁸ Em prol da soberania do Estado absolutista, o inquisidor ignorava os mais elementares direitos do acusado, onde o imputado é tido como simples objeto de inquirição, não como sujeito detentor de direitos fundamentais no processo⁹. O argumento de sustentabilidade de supressão dos direitos fundamentais do indivíduo e a permanência do sistema

⁶ - Na interpretação do romance cadeia proposto por Dworkin pressupõe a existência de dois níveis de exigência: o primeiro referente à adequação, e, o segundo, voltado para a interpretação. Ambos são dimensões de avaliação do texto. No primeiro avalia-se a integração do escritor à elaboração da trama, o seu grau de envolvimento, o poder explicativo geral da obra e a verificação se, como romancista, cumpriu sua missão. A segunda, num sentido mais amplo, demandará do roteirista a escolha da interpretação que melhor reflita a intenção do texto. Como diz Dworkin, as duas fases não apresentam distinções profundas; apenas se procura oferecer estruturação à teoria funcional ou ao estilo de qualquer intérprete. Se, como método, o romance em cadeia pretende demonstrar como se dá a participação do escritor (juiz) em contínuo processo de elaboração literária com outros escritores, como finalidade, atentando-se para o âmbito jurídico, essa concepção em forma de romance pretende demonstrar o produto final, a decisão em si. (DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.)

⁷ - Segundo a doutrina tradicional de Tourinho Filho: [...] é ele quem inicia, de ofício, o processo, quem recolhe as provas e quem, afinal, profere a decisão, podendo, no curso do processo, submeter o acusado a torturas, a fim de obter a rainha das provas: a confissão. O processo é secreto e escrito. Nenhuma garantia se confere ao acusado. Este aparece em uma situação de tal subordinação, que se transfigura e se transmuda em objeto do processo e não em sujeito de direito. (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 83).

⁸ - ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal. p. 39.

⁹ - DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito processual penal. v. I. p. 61.

é a busca da verdade a qualquer custo, não importando os modos utilizados para a consecução de tal mister.¹⁰

Destacam-se como traços característicos deste período do sistema inquisitório, além da reunião das funções de persecução nas mãos do inquisidor, também o julgamento e defesa nas mãos de um mesmo órgão, a iniciativa do juiz no campo probatório, o caráter escrito e secreto da instrução, a inexistência de partes, a ausência de contraditório e ampla defesa e a adoção do sistema da prova tarifada ou das provas legais, a inexistência de coisa julgada e a concepção do acusado como mero objeto do processo.¹¹

As raízes do sistema inquisitório estão no período de decadência da antiga Roma, e nasce no *seio da Igreja Católica*, nas palavras de Miranda Coutinho “trata-se, sem dúvida, do *maior engenho jurídico que o mundo conheceu*; e conhece, visto a dificuldade de superação do referido sistema”. Ao final do Império Romano e o desespero das populações em feudos na conquista de segurança institui-se o modo de produção da vida medieval, impulsionado pela descentralização política e uma sociedade estruturada em classes composta por *suseranos*, os senhores feudais detentores de domínios e bens de produção, e *vassalos*, os súditos que dedicavam sua fidelidade e trabalho no ato de *homenagem*, como bem de troca, à *investidura* composta por benefícios e terras no sistema de produção feudal. Ainda, figuravam os *cavaleiros*, tidos como o braço armado do poder, e os *clérigos*, que constituíam a classe letrada e iluminada, a qual monopolizava o *saber* e acesso às escrituras sagradas, para delas, extrair o *poder* com a interpretação privilegiada, em face da inacessibilidade aos meios de informações, por parte da população.¹²

Conforme Miranda Coutinho, com o fundamento de combater à heresia, que colocava em dúvida os dogmas e preceitos do catolicismo, pondo em risco o poder supremo da Igreja, o Papa Inocêncio III ordena uma cruzada contra os Albigenses, que se iniciara em 1209, referenciada pelo IV Concílio de Latrão em 1215, com a constituição dos Tribunais de Inquisição, cuja base jurídica residia na *Constitutio Excomuniamus* em 1231, do Papa Gregório IX, para consolidar-se com a Bula *Ad extirpanda*, de Inocêncio IV, em 1252.¹³ Esta estrutura inquisitória desde à época da Monarquia romana, quando vigorava o procedimento denominado *cognitio*, observava-se a ausência de limitação ao poder do magistrado, que podia instruir o processo da forma que

¹⁰ - ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal. p. 40.

¹¹ - TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. v. I. p. 87-92

¹² - MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. O papel do novo juiz no processo penal. Crítica à teoria geral do direito processual penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 13.

¹³ - Ibidem. Pág. 15.

melhor entendesse.¹⁴ Na Roma imperial, o processo inquisitório desenvolveu-se em caráter subsidiário ao acusatório sob a forma da *cognitio extra ordinem*, com os procedimentos de ofício para os delitos públicos, neles incluídos os crimes de lesa-majestade, em que a parte ofendida se identificava com o Estado.

Todavia, é na Baixa Idade Média, quando se concretiza o controle rígido das doutrinas heréticas, aquelas que declaravam como hereges os indivíduos que se recusavam a repetir o discurso da consciência coletiva, criando novas concepções alicerçadas em diferentes visões da realidade religiosa,¹⁵ é que ocorre o ápice do sistema inquisitório, qualificando todas as ações intentadas que colocasse em risco os dogmas da Igreja Católica, embasadas no Manual dos Inquisidores¹⁶. E, como já exposto, os aspectos fundamentais da lógica inquisitorial funda-se no dogma da verdade absoluta, que, em nenhuma hipótese, permitia questionamentos contrários à Igreja.¹⁷ Nessa época, submerge o princípio *ne procedat iudex ex officio*¹⁸, e com ele o fragilizado triângulo processual denominado *actum trium personarum*, exurgindo uma relação direta entre Juiz e réu, como objeto de investigação.¹⁹ Dessa forma, o Juiz na busca da verdade forçada inquisitorialmente, poderia inclusive fazer uso arbitrário da tortura, o que fazia da confissão o meio de prova tido pela Igreja por representar uma forma de expiação do pecado,²⁰ vez que a heresia era um crime concebido no cérebro e contido dentro da alma do herege, a tornando um elemento evidentemente importante no ato inquisitório de interrogar o etiquetado herege.²¹ Como já referido, para o sistema inquisitório o método de avaliação e valoração da prova considerado, era o da prova tarifada, a confissão por si só se bastava para a condenação. Em circunstâncias em que a própria tortura no corpo do herege não era o bastante para se buscar a confissão, a prisão cautelar se transforma em regra geral do sistema para tal alcance.²² Nessas circunstâncias, que até o final do

¹⁴ - LOPES JR., Aury. Introdução crítica ao processo penal. p. 152.

¹⁵ - BOFF, Leonardo. Prefácio: Inquisição: um espírito que continua a existir. In: Manual dos inquisidores. p. 12.

¹⁶ - O Manual dos Inquisidores foi redigido em 1376, pelo dominicano Nicolau Eymerich, e revisto e ampliado por Francisco de la Peña em 1578, e a gravidade atribuída ao delito de heresia explica o motivo por que o julgador, frente a um fato típico, procedia e perquiria a prova de ofício, dando origem ao chamado processo por investigação, para cuja instauração bastava a existência de boatos de que alguém disse ou fez alguma coisa contra a fé. (Ibidem. pág. 17).

¹⁷ - "Senhor juiz de instrução, o senhor não me perguntou absolutamente nada: brandiu a sua constatação como uma primeira verdade. Isso caracteriza bem o modo como foi conduzido todo este processo". In: KAFKA, Franz. O processo. São Paulo: Círculo do Livro, 1991, p. 44.

¹⁸ - LOPES JR., Aury. Introdução crítica ao processo penal. p. 157 e 160.

¹⁹ - JARDIM, Afrânio Silva. Direito processual penal. p. 42.

²⁰ - ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal. p. 87.

²¹ - EYMERICH, Nicolau. Manual dos inquisidores. p. 138.

²² - LOPES JR., Aury. Introdução crítica ao processo penal. p.161.

século XVIII o sistema inquisitorial passou a expandirem-se as jurisdições comuns da Europa continental, além de um mecanismo de confissão penal, agora mais, como um verdadeiro instrumento de dominação política, tornando-se a estrutura processual predominante nos Estados europeus. Todavia, já se iniciava neste instante o combate dos pensadores iluministas ao sistema inquisitivo.²³

Diante desse cenário de supressão de garantias típico de séculos passados, poderíamos facilmente admitir e compreender que contemporaneamente, dada a revolução do constitucionalismo com o objetivo de efetivação das garantias individuais alcançado pelo desejável grau de autonomia do direito, e a revolução ocasionada pelo giro ontológico-linguístico no século XXI, ambos os pilares do Estado Democrático do Direito, que o referido sistema já deveria seguramente estar superado. Mas, ainda que as práticas inquisitoriais tenham sido formalmente erradicadas já no século XIX, quando os Tribunais do Santo Ofício foram definitivamente “abolidos em Portugal (1821) e Espanha (1834), sua matriz material e ideológica predominará na legislação laica, orientando a tessitura dos sistemas penais da modernidade”²⁴, disfarçado com traços do sistema acusatório, mas mantendo integralmente sua estrutura interna inquisitorial, e mais preocupante é ainda no Brasil, como será analisado nos julgados, onde os juízes usam conscientemente estes instrumentos em suas decisões cotidianas, suprimindo até os dias de hoje, as garantias individuais sem qualquer tipo de constrangimento, exatamente nos moldes de Kafka em o processo: “*Tudo pertence ao tribunal*”²⁵.

II. O sistema acusatório - cross-examination

O sistema acusatório possuiu dois estágios na história da humanidade. O primeiro surgiu quando vigorava a democracia antiga, o sistema acusatório desenvolve suas estruturas na Roma e Grécia antiga, como forma de condução do procedimento de condenação (ou absolvição). Com a expansão do Estado romano verificada no final do período republicano, se deu azo às *quaestiones*, a qual acarretou a necessidade de instituição de mecanismos mais eficientes de investigação de certos crimes, notadamente a concussão praticada por magistrado provincial (*crimen repetundarum* ou *pecuniae repetundae*), vez que havia especial atenção diante da condição tanto do autor delituoso quanto dos prejudicados, pois o crime tipificado não poderia ser submetido aqueles que cotidianamente prestavam a jurisdição privada – o Pretor – e muito menos à coercitivo do Cônsul ou do Pretor. Assim, o Senado

²³ - TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. v. I. Pág. 85-88

²⁴ - CARVALHO, Salo de. Antimanual de criminologia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 57.

²⁵ - KAFKA, Franz. O processo. São Paulo: Círculo do Livro, 1991, p.183.

deu início a formação dos colégios de juízes – *recuperatores* – para o processamento de tais crimes, mas depois, dada a frequência dos fatos, houve a necessidade de instituição de comissão para tal fim – *quaestio*.²⁶ O fato histórico que induziu a criação das *quaestiones* foi o crescente número de fatos penalmente tipificados à época e a dificuldade de processá-las perante as grandes assembleias, sendo criada a primeira *quaestio* instituída em 149 a.C pela Lex Calpurnia, justamente para julgar a tipificação do crime de concussão, através do procedimento *judicium publicum*, pois a matéria sujeita a cognição situava-se fora dos limites do direito privado.²⁷

Sucederam-se diversas outras *quaestiones*, dada a peculiaridade das competências: a *maiestatis*, que julgava os delitos de alta traição e desobediência aos órgãos estatais; a *de peculatu et sacrilegio*, competente para julgar os crimes de dano à propriedade pública, sacra ou religiosa; a *ambitus*, que apreciava os casos de corrupção eleitoral; a *de sicariis et veneficiis*, à qual estava afeto o julgamento de homicídios, magia, falso testemunho e atentado à segurança pública; a *de parricidiis* (homicídio de parente próximo); a *de falsis* (falsificação de testamento ou de moeda); a *de iniuriis* (injúria grave); a *de adulteriis* (adultério e sedução); *de vi* (crimes cometidos com o emprego de violência) etc. A de origem política, onde as *quaestiones* foram concebidas como órgãos jurisdicionais temporários, que ao decorrer do tempo tornaram-se definitivas, daí a denominação *quaestiones perpetuae*.²⁸ A sua importância histórica se deve ao fato de que elas substituíram as assembleias populares no julgamento dos casos penais, por conseguinte evitando influências políticas e dando à jurisdição um caráter mais técnico e autônomo.²⁹

Por outro lado, após a idade medieval, nos anos finais do século XVIII, o sistema acusatório retoma a regulação procedimental do processo penal, com outros contornos e conceitos inovadores.³⁰ Há uma espécie de sistema acusatório “puro” que ocorre durante a democracia antiga, em que a acusação era realizada por uma pessoa do povo, e similarmente aos dias de hoje, a denúncia anônima não era permitida, punia-se criminalmente a denúncia caluniosa, não se admitia provas ilícitas, havia o contraditório e

²⁶ - GIOFFREDI, Carlo. *I principi del diritto penale romano*, p. 17

²⁷ - GIORDANI, Mário Curtis. *Direito penal romano*, p. 08.

²⁸ - Em Roma, no crepúsculo da República e na trilha da introdução das *quaestiones perpetuae*, que surgiu, na realidade, o sistema exclusivamente acusatório. Como ressalta Rogério Lauria Tucci, “... com as *quaestiones* instaurou-se em Roma o procedimento criminal ordinário, cuja gênese se relacionava, diretamente, com a individuação de um novo *crimen*, em lei definido; e em que o Julgador não era mais o Magistrado, nem mesmo o povo reunido em Assembléia, em razão da *provocatio*, mas a própria *quaestio*, instituída pela mesma lei ...” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal*. 2ª edição. São Paulo: Ed. RT, 1982, p. 27, nº 72.)

²⁹ - *Ibidem*.

³⁰ - LOPES JUNIOR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Volume I. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008 p. 61.

a ampla defesa. O procedimento era integralmente dominado pelo contraditório, sendo vedada qualquer iniciativa instrutória ao juiz, imperando a publicidade e a oralidade, e a absolvição acarretava como visto a sanção contra o acusador que agira temerária ou caluniosamente.³¹ Tal acusação popular se iniciava diante um oficial ou autoridade competente, o controle da presença dos pressupostos de admissibilidade da acusação era realizado logo após pelo arconte competente, que realizava também a verificação de outros requisitos, aferindo se ocorria ou não algum impedimento de procedibilidade. Dada a admissão da queixa, era fixada a data para a audiência, dando publicidade à queixa, e toda as despesas oriundas da queixa eram arcadas pelo autor privado da queixa, devendo inclusive assegurar a eventual e futura indenização ao acusado, se caso restasse demonstrado que a queixa fosse configurada como uma mera acusação falsa.³² Desse modo, o autor da queixa teria a obrigação de obter um quinto dos votos do Tribunal, caso contrário, recairia a multa de 1000 dracmas. Logo após aceita acusação, qualquer cidadão poderia sustenta-la, assim como qualquer cidadão poderia voltar-se a defesa do acusado. Já o juiz, seguindo o princípio do dispositivo, deveria limitar-se tão somente as reivindicações das partes.

Todavia, à medida que a fonte da soberania se deslocou da cidadania para o Imperador, a partir do século XII o sistema acusatório foi se mostrando insuficiente para as novas necessidades de coibição dos delitos, e, ainda, com todos os instrumentos contra denúncias caluniosas, com frequência, os inconvenientes de uma persecução inspirada por ânimos de vingança, eram constantes.³³ Assim, os magistrados foram ampliando cada vez mais sua esfera de atribuições, alcançando aquelas antes reservadas aos particulares, até chegar-se ao extremo de se reunirem em um mesmo órgão do Estado as funções de acusar e julgar.³⁴ Somente no final do século XVIII que exsurge o sistema acusatório, depois da queda do Império romano, com os ritos das ordálias ou juízos de Deus e dos duelos judiciais, e consolida-se por meio da estrutura *adversary system* no mundo anglo-saxão.³⁵ Depreende-se que o sistema acusatório, é o sistema idealisticamente objetivado por todos aqueles ditos Estados Democráticos de Direito, visto que as influências do princípio democrático em relação ao direito são as bases do próprio sistema

³¹ - GRINOVER, Ada Pellegrini. Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas. 2. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 30.

³² - AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. *O Processo Acusatório e a Vedação Probatória perante as realidades alemã e brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 9-11.

³³ - PRADO, Geraldo. Sistema acusatório. págs. 75-77.

³⁴ - *Ibidem*.

³⁵ - FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão. p. 453.

acusatório.³⁶ Porém, a utilização do sistema puro é visto raramente nos ordenamentos jurídicos.³⁷

Das características expostas até aqui, resulta afirmar que o sistema acusatório, surgido no Direito grego e consubstanciado em Roma, foi construído com base em inúmeras peculiaridades que garantiram ao referido sistema o desejável grau de independência entre as partes³⁸, mas que ao longo do tempo sofreram alterações profundas conduzindo a uma espécie de mixagem de sistemas (inquisitório e acusatório). Nas palavras de Luigi Ferrajoli, entre todos os elementos constitutivos do modelo teórico acusatório, “o mais importante, por ser estrutural e logicamente pressuposto de todos os outros, indubitavelmente é a separação entre juiz e acusação”.³⁹

Desse modo, constitui característica essencial do sistema acusatório a exigência de separação das funções processuais, que fornece a cada sujeito processual tão somente uma das funções do processo. Em outras palavras, o primordial no processo penal, ao acusador se atribui a função de acusar, ao defensor se incumbe a tarefa de defender o acusado e, ao juiz tão somente a função de julgar, preservando-se assim a máxima isenção e

³⁶ - No tocante, para uma configuração efetiva do sistema acusatório em um ordenamento processual penal, além da inevitável presença das características apontadas até aqui, também se faz necessário a presença dos princípios democráticos que servem para afirmar o modelo acusatório, entre os mais significantes estão: os princípios da legalidade, da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal, da presunção de inocência, da oralidade, da publicidade e do contraditório; todos eles é claro, todos de caráter deontológico. Contemporaneamente, conforme enfatiza Streck³⁶, a era dos princípios não veio para transformar o Direito em um império de decisões baseadas na consciência individual de cada julgador, e muito menos, causar o denominado “*panprincipiologismo*” no ordenamento jurídico, quer dizer, a criação de uma fábrica de princípios, equiparando-os equivocadamente com valores flutuantes tal como uma espécie de “ontologia” da qual se retirasse sua essência, transformando os princípios numa espécie de manifestação valorativa dessa ontologia, fazendo um retorno a uma espécie de realismo moral, totalmente pernicioso e enfraquecedor da autonomia do direito. Princípios, verdadeiramente possuem a função de resgatar o mundo prático no Direito, os princípios possuem normatividade com características deontológicas, atuando no código como lícito/ilícito impondo-se como normas. Ao contrário, se são denominados de teleológicos, logo não possuirão força normativa, e conseqüentemente não estão aptos para modificarem a lei. Para Streck os princípios não podem ser utilizados como álibi teórico, sendo criados desvairadamente sem carga normativa, fazendo surgir o panprincipiologismo. (STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.)

³⁷ - PRADO, Geraldo. Sistema acusatório. pág. 98.

³⁸ - No sistema acusatório caracteriza-se pela distinção de 3 (três) funções de sujeitos processuais: acusação, defesa e julgador (ponto de vista estático), sendo necessário para caracterizá-lo, satisfatoriamente, realizar “observação do modo como se relacionam juridicamente autor, réu, e seu defensor, e juiz, no exercício das mencionadas funções” (ponto de vista dinâmico). (PRADO, Geraldo. *Op. cit.*, 2001, p. 126.)

³⁹ - FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão. p. 454.

imparcialidade do órgão julgador⁴⁰, haja vista que o sistema acusatório puro depende da imparcialidade do julgador, que não se apresenta meramente por se negar àquele, sem qualquer razão, a possibilidade de também acusar, mas, principalmente, por admitir que a sua tarefa única e mais importante, é decidir a causa. Depreende-se que, no sistema acusatório a coincidência subjetiva entre os órgãos de acusação e de julgamento não deve existir, visto que isso afrontaria o princípio da imparcialidade do órgão julgador, e como já dito, essa tarefa era incumbência do de qualquer cidadão do povo. Todavia, contemporaneamente, em função da contaminação de queixas difamatórias que se estenderam ao longo do período romano e a crescente complexidade das sociedades modernas, não é mais concebível relegar a persecução penal a cargo dos particulares exclusivamente, emergindo a importância do exercício do Ministério Público, como órgão acusatório público e oficial, independente do Judiciário.⁴¹

Conforme Lopes Junior, o modelo acusatório moderno possui as seguintes características: a) clara distinção entre as atividades acusar e julgar; b) a iniciativa probatória deve ser das partes; c) mantém-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à coleta de prova, tanto de impugnação como de desincargo; d) tratamento igualitário entre as partes (igualdade de oportunidades no processo); e) procedimento é em regra oral (ou predominante); f) plena publicidade de todo o procedimento (ou em sua maior parte); g) contraditório e possibilidade de resistência (defesa); h) ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional; i) instituição, atendendo a critérios de segurança jurídica (e social) da coisa julgada; j) possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição.⁴²

Com relação ao acusado, cumpre observar que no sistema acusatório o sujeito possui seus direitos garantidos, aqueles que o possibilitam combater a mesma altura as acusações recebidas pelo Ministério Público, sendo-lhe garantido a presença constante do Princípio do contraditório em toda a instrução processual, com o mesmo destaque conferido ao Ministério Público, com as mesmas oportunidades de defesa. O contraditório pressupõe ao acusado a sua inocência, vez que toda a matéria de direito trazida pela acusação poderá ser confrontada com a ampla defesa garantida pelo Princípio do contraditório, onde intrinsecamente exsurge dois princípios, quais sejam: o da presunção de inocência e da ampla defesa. Como referenciado, o

⁴⁰ - O sistema acusatório: [...] *depende da imparcialidade do julgador [...], 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, equidistante.* (PRADO, Geraldo. Sistema acusatório. p. 128.)

⁴¹ - ASECIO ELLADO, José María. Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal. Madrid: Trivium, 1991, p. 19.

⁴² - PRADO, Geraldo. Sistema acusatório. p. 58.

princípio da presunção de inocência vigora para garantir o estado de liberdade do acusado no curso do processo, atuando como regra geral.

Verifica-se que o sistema acusatório puro, é essencialmente um processo “de partes”, não se admiti aqui, que o juiz tome a iniciativa da ação penal, nem tão pouco que pratique *ex officio* atos de investigação ou de produção de provas, assim como se verifica no sistema penal brasileiro⁴³, devendo manter-se sempre em posição de inércia, passividade, sem interferência a benefício de qualquer parte, o juiz deve ser neutro, imparcial, sem nenhum poder investigatório, deixando para a acusação e a defesa todo o esforço em provar as teses de culpa ou inocência. Como dito, o sistema acusatório prega um processo de partes, devendo estas, e somente estas, perseguirem os meios probatórios hábeis a demonstrar procedência de suas alegações, admitindo-se para tal, até mesmo, a disponibilidade da ação penal.

Convém afirmar, que o magistrado não pode estar envolvido com um dos argumentos ali defendidos, não há como haver um resultado processual minimamente justo se o órgão julgador acumula entre suas funções a de acusar, ou mesmo de ousar produzir provas *ex officio*, já que uma acusação, como opção para solucionar o conflito penal, requer que o órgão de julgamento não esteja subjetivamente/psicologicamente envolvido com uma das partes.⁴⁴ Segundo Ferrajoli, a prevalência de um sistema acusatório necessita da imparcialidade absoluta do magistrado, da capacitação técnico-normativa, da independência, vinculação à lei, juiz natural, entre outros.⁴⁵ Já Geraldo Prado, destaca que o conflito penal deve ser direcionado ao magistrado com irrestrita paridade de condições entre acusação e defesa, devendo o magistrado ser regido pela inércia, um julgador que está aguardando provação sobre determinado caso, não o contrário. Para o modelo acusatório, a ausência da imparcialidade judicial promove uma verdadeira inversão do ônus da prova, em que ao invés da acusação ter que atestar, processualmente, a culpa do réu é o inverso que irá se estabelecer: o acusado é que terá de provar sua inocência. Pois, diferentemente disso, seria impossível imaginar imparcialidade em um juiz que toma atitudes

⁴³ - Como referido na introdução, no sistema processual penal brasileiro há poderes instrutórios ao juiz na gestão da prova no processo penal, traduzidos na possibilidade de o juiz, *ex officio*, decretar a prisão preventiva (art. 311, CPP); determinar o sequestro de bens (art. 127, CPP); decretar a busca e apreensão (art. 242, CPP); ouvir outras testemunhas além das arroladas pelas partes (art. 209, CPP); proceder o juiz, interrogatório (art. 188, CPP), com nítida superioridade entre as partes, ao decidir a pertinência e relevância das perguntas e intervenções das partes, e por fim, a particularidade do art. 156 do Código de Processo Penal, que permite, antes mesmo de iniciada a ação penal, que o juiz de produza provas consideradas urgentes e relevantes, e antes de proferir sentença, a realização de diligências para dúvidas quanto o processo.

⁴⁴ - PRADO, Geraldo. Sistema acusatório. p. 125.

⁴⁵ - FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. Trad. Ana Paula Zomer. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002., p. 576.

instrutórias de acusação, que requisita investigação, que decide sobre prisão cautelar, que atua como uma espécie de *longa manus* do órgão acusador. Repisa-se que a base fundamental do sistema acusatório é a preservação da inércia do juiz diante dos debates processuais entre as partes, mantendo-se na sua absoluta imparcialidade, obviamente, mantendo a sua plena liberdade de avaliação probatória apresentada pela acusação e defesa.

Em virtude dessas considerações, observa-se que a evolução histórica tem demonstrado que entre os dois sistemas processuais apresentados, aquela que atende evidentemente respeita os direitos fundamentais do indivíduo, assim como da sociedade, ou seja, com maior respeito aos direitos e garantias individuais e preservação dos anseios sociais, por certo é o sistema acusatório, este que tem evoluído de uma estrutura acusatória liberal - individualista para uma sistemática publicista, com fortes tendências de assegurar cada vez mais os direitos e garantias individuais, mas como será demonstrando, ainda tendo muito que avançar. A exemplo da necessidade deste avanço, temos Guilherme Nucci que sustenta equivocadamente que nosso sistema é misto, contrariando a força normativa da Constituição que assevera o sistema acusatório brasileiro. Além disso, o nobre magistrado e professor cindi a Constituição do Processo Penal textualmente, sustentando que, *"se fôssemos seguir exclusivamente o disposto na Constituição poderíamos até dizer que o nosso sistema é acusatório"* ⁴⁶. É nesse sentido, que referimos a necessidade de avançar, quando nos deparemos com posicionamentos da doutrina que textualmente diminuem a Constituição Federal como nosso maior referencial teórico. Destacando Silva-Sánchez, quando se refere à busca irracional como demanda por punição, que a responsabilidade que os formadores de opiniões devem ter, dado seu papel de mediadores.

III. A escuta alienada dos juristas diante do artigo 212 CPP

A alteração no Código de Processo Penal, dada pela Lei 11.690 no ano de 2008, alterou os procedimentos representando mudanças pontuais no processo penal brasileiro, que no caso do artigo 212 do CPP, parecem ainda não terem sido compreendidas, ficando agarrada a velha tradição inautêntica

⁴⁶ - "O sistema adotado no Brasil, embora não oficialmente, é o misto. Registremos desde logo que há dois enfoques: o constitucional e o processual. Em outras palavras, *se fôssemos seguir exclusivamente o disposto na Constituição poderíamos até dizer que o nosso sistema é acusatório* (no texto constitucional encontramos os princípios que regem o sistema acusatório). Ocorre que o nosso processo penal (procedimento, recursos, provas, etc.) é regido por Código específico, que data de 1941, elaborado em nítida ótica inquisitiva (encontramos no CPP muitos princípios regentes do sistema inquisitivo(...))." (NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 117).

do senso comum teórico dos juristas, nas palavras de Warat uma espécie de escuta alienada⁴⁷. Conforme destaca Streck, a importante alteração poderia colocar o Processo Penal brasileiro nos trilhos de um sistema acusatório,⁴⁸ o que poderia recompor as mazelas do Código de Processo Penal de 1941, não superadas com a Constituição de 1988. Aqui já ressalva-se o antagonismo criado pelo legislador na promulgação da Constituição de 1988 no que se refere ao interrogatório do acusado e ao sistema que se impunha à época, pois o legislador inseria os princípios garantistas da legalidade, da ampla defesa, do contraditório, todos estes, base do sistema acusatório, mas permaneceria insistindo no modelo presidencial-inquisitório de condução do interrogatório (*direct examinatio*).

Antes da reforma de 2008, a audiência de oitiva de testemunhas do processo penal se dava através do sistema presidencialista-inquisitório (*direct examinatio*), onde as perguntas das partes eram direcionadas ao juiz, que as transmitiam, dado o seu juízo de pertinência com a causa à testemunha, sendo permitido ao juiz, realizar perguntas pertinentes ao seu próprio juízo à testemunha em qualquer momento da audiência. A já considerada antiga disposição do artigo 212 do CPP, e ao mesmo tempo tão contemporânea, devido ao fato da sua duradoura má interpretação semântica, que no ano de 2008 extinguiu o sistema inquisitório instituído no Código de Processo Penal de 1941. Não somente introduziu literalmente o sistema acusatório (*cross-examination / adversarial system americano*), corrigindo a inobservância histórica institucional desde 1988, como alterou diretamente o procedimento de inquirição das partes e testemunhas. Pois queira, ou não queira, tanto o senso comum teórico dos juristas, quanto a (in)terpretação equivocada da majoritária parcela da doutrina, a alteração dada pela Lei 11.690/2008, instituiu que as partes direcionem suas perguntas diretamente às testemunhas, e assim, a defesa ou Ministério Público, pergunta primeiro (*direct-examinatio*), devendo a parte oposta manifestar

⁴⁷ - "Os operadores do Direito não revelam nenhum excesso de sensibilidade, ao contrário, as formas dominantes de conceber o Direito conseguem formar operadores sem sensibilidade, corpos sem capacidade de relacionar-se sensivelmente com os outros e com o mundo. Os autistas temem um tipo muito particular de escuta, o que eu chamo de escuta alienada ou de uma escuta cega em relação a tudo o que se deveria escutar, que está relacionado com a capacidade de perceber o que o outro emocionalmente reclama. Não escutam as necessidades emocionais do outro senão caem embriagados com seu próprio canto da sereia. Ulisses quando navegava, atravessava alguns mares cheios de sereias com vozes absolutamente cativantes. Quando os marinheiros as escutavam não conseguiam resistir e se lançavam ao mar, onde terminavam devorados pelo seu canto. O canto dessas sereias terminou consagrado como força de expressão que se refere aos cantos que nos fascinam e nos atraem como chamado, para logo sermos devorados pela sereia que canta." (WARAT. Luis Alberto. A Rua Grita Dionísio! Direitos Humanos da Alteridade, Surrealismo e Cartografia. 1º ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. Págs. 27-50)

⁴⁸ - STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. Pág.644.

sua arguição (*cross-examination*). E, com intuito de não restar dúvida com relação à ordem de inquirição do interrogatório, o legislador trouxe a taxatividade no parágrafo único do artigo 212 do CPP, descrevendo que as perguntas do juiz devem ser tão somente “*supletivas*”, quer dizer: que vem depois, a seguir, depois de, em seguida a, isto é, posteriormente às formulações iniciais realizadas pelas partes interessadas.

Tão claro, que despertou (in)terpretações equivocadas como já referenciadas (de juristas e doutrinadores), isto é, interpretações diferentes daquilo que o legislador pretendeu transmitir, ainda sendo plenamente constitucional, quero dizer, que a alteração do artigo 212 do CPP não mereceria interpretação diferente da sua semântica, pois o texto que dá origem a norma após a interpretação, não poderia de forma alguma ser considerada inconstitucional,⁴⁹ de modo a resultar em interpretação diferente

⁴⁹ - Conforme destaca Lenio Streck o Poder Judiciário somente pode deixar de aplicar uma lei ou dispositivo de lei nas seguintes hipóteses: **a)** quando a lei (o ato normativo) for inconstitucional, caso em que deixará de aplicá-la (controle difuso de constitucionalidade *stricto sensu*) ou a declarará inconstitucional mediante controle concentrado; **b)** quando for o caso de aplicação dos critérios de resolução de antinomias. Nesse caso, há que se ter cuidado com a questão constitucional, pois, v.g., a *lex posterioris*, que derroga a *lex anterioris*, pode ser inconstitucional, com o que as antinomias deixam de ser relevantes; **c)** quando aplicar a interpretação conforme à Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*), ocasião em que se torna necessária uma adição de sentido ao artigo de lei para que haja plena conformidade da norma à Constituição. Neste caso, o texto de lei (entendido na sua “literalidade”) permanecerá intacto; o que muda é o seu sentido, alterado por intermédio de interpretação que o torne adequado a Constituição; **d)** quando aplicar a nulidade parcial sem redução de texto (*Teilnichtigklärung ohne Normtextreduzierung*), pela qual permanece a literalidade do dispositivo, sendo alterada apenas a sua incidência, ou seja, ocorre a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinada(s) hipótese(s) de aplicação (*Anwendungsfälle*) do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal. Assim, enquanto na interpretação conforme há uma adição de sentido, na nulidade parcial sem redução de texto, ocorre uma abdução de sentido; **e)** quando for o caso de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto, ocasião em que a exclusão de uma palavra conduz à manutenção da constitucionalidade do dispositivo. **f)** quando – e isso é absolutamente corriqueiro e comum – for o caso de deixar de aplicar uma regra em face de um princípio, entendidos estes não como standards retóricos ou enunciados performativos. Conforme deixo claro em Verdade e Consenso (posfácio da terceira edição), é através da aplicação principiológica que será possível a não aplicação da regra a determinado caso (a aplicação principiológica sempre ocorrerá, já que não há regra sem princípio e o princípio só existe a partir de uma regra). Tal circunstância, por óbvio, acarretará um compromisso da comunidade jurídica, na medida em que, a partir de uma exceção, casos similares exigirão, graças à integridade e a coerência, aplicação similar. Um exemplo basilar que ajuda a explicar essa problemática “regra-princípio” é o da aplicação da insignificância. Em que circunstância um furto não deverá ser punido? A resposta parece ser simples: quando, mesmo estando provada a ocorrência da conduta, a regra deve ceder em face da aplicação do princípio da insignificância. Entretanto, isso implicará a superação do seguinte desafio hermenêutico: construir um sentido para esse princípio, para que este não se transforme em “álibi para aplicação *ad hoc*”. Lamentavelmente, a dogmática jurídica fragmentou ao infinito as hipóteses, não havendo a preocupação com a formatação de um mínimo grau de generalização. No mais das vezes, uma ação penal que

de sua semântica. Neste caso, seria simplesmente cumprir a lei. Todavia o que se tem até os dias de hoje, 6 (seis) anos após a superação do presidencialista-inquisitório (*direct examinatio*), é uma desvairada omissão dos juristas diante da taxatividade do artigo 212 do CPP (*o juiz só pode fazer perguntas complementares*), uma alienação da doutrina que nada doutrina, e por fim e mais relevante, um prejudicial comportamento do Supremo Tribunal Federal que não se pronuncia quanto a tudo isso que se vê nos Tribunais inferiores, dando margem a uma onda de *habeas corpus* ao STF, com ênfase em nulidade absoluta.

Alguns dizem que nada mudou como Guilherme Nucci – Luís Flávio Gomes – Rogério Sanches – Ronaldo Batista Pinto; outros defendem a nulidade relativa, como a Ministra Cármen Lúcia, desde que tenha havido o *protesto da parte prejudicada no momento oportuno, sob pena de preclusão*, e no mesmo sentido o Ministro Marco Aurélio sustenta que o disposto no artigo 212 do Código de Processo Penal não obstaculiza a possibilidade de, antes da formalização das perguntas pelas partes, dirigir-se o juiz às testemunhas fazendo indagações, entre outros Ministros do STJ, tais como: Jorge Mussi⁵⁰ e Maria Thereza de Assis Moura⁵¹. Todavia, de maneira acertada, quero dizer com integridade, dando continuidade ao romance em cadeia tal como descreve Dworkin, afirmam tratar-se de nulidade absoluta por óbvia inobservância a literalidade do parágrafo único do artigo 212 CPP,

envolve esse tipo de matéria é resolvido com a mera citação do princípio ou de um verbete, na maioria das vezes, absolutamente descontextualizado. Trata-se de uma aplicação equivocada da exceção, embora se possa dizer, em um país com tantas desigualdades sociais, que, na maior parte das vezes (no atacado), as decisões acabam sendo acertadas. A aplicação da insignificância – como de qualquer outro princípio jurídico – deve vir acompanhado de uma detalhada justificação, ligando-a a uma cadeia significativa, de onde se possa retirar a generalização principiológica minimamente necessária para a continuidade decisória, sob pena de se cair em decisionismo, em que cada juiz tem o seu próprio conceito de insignificância (que é, aliás, o que ocorre no cotidiano das práticas judiciais). (STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. Pág.610-611.)

⁵⁰ - "Eventual inobservância à ordem estabelecida no artigo 212 do Código de Processo Penal caracteriza vício relativo, devendo ser arguido no momento processual oportuno, com a demonstração da ocorrência do dano sofrido pela parte, sob pena de preclusão, porquanto vige no cenário das nulidades o brocado pas de *nullité sans grief* positivado na letra do artigo 563 do Código de Processo Penal". (HC 222.917/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/03/2012, DJe 20/03/2012).

⁵¹ - "O entendimento que prevaleceu nesta Corte é de que, invertida a ordem de perguntas, na colheita de prova testemunhal (CPP, art. 212, redação conferida pela Lei n. 11.690/2008), tem-se caso de nulidade relativa, a depender de demonstração de prejuízo - o que não se apontou. Ressalva de entendimento da Relatora" (HC 183.696/ES, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 14/02/2012, DJe 27/02/2012).

tal como sugere Lenio Streck⁵² – Eugênio Pacelli de Oliveira e Hélio Tornaghi⁵³ - Geraldo Prado⁵⁴ - Thiago André Pierobom de Ávila⁵⁵ - André Luis Bortolini e Leandro Garcia Algarte Assunção⁵⁶, entre outros que vão contra o senso comum teórico dos juristas⁵⁷ e a onda de “baixa constitucionalidade”⁵⁸ acentuada na leitura do artigo 212 do CPP.

Na lição de Andrade, o que se tem é um verdadeiro esforço criativo em subverter os dados históricos e informações do direito comparado de modo que os sistemas acusatórios e inquisitivos sejam apresentados com características que nunca tiveram, sendo utilizados como pano de fundo para encobrir preferências ideológicas de conhecidos setores da doutrina, que acaba por provocar tudo isso que se apresenta, uma luta pela apropriação ou utilização dos termos acusatório e inquisitivo. De um lado, a simples aderência do termo acusatório a um determinado sistema faz com que ele obrigatoriamente seja composto por princípios e institutos de caráter liberal, e seu processo não passe de um enfrentamento que trate de interesses meramente privados. Por outro lado, o termo inquisitivo vem sendo utilizado para afastar tudo o que não é de interesse de uma determinada linha doutrinária, pois fica mais fácil vincular certos institutos ou práticas judiciais à ideia de algo pejorativo ou arbitrário, embora a história do processo penal não corrobore tais conclusões.⁵⁹

IV. A integridade da aplicação da semântica do artigo 212 do CPP: a necessária continuidade do romance em cadeia do Juiz Hércules

⁵² - STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. Pág.644-649.

⁵³ - OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso de processo penal. 10ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008, p. 08 e TORNAGHI, Hélio. Instituições de direito processual penal. 2ª edição. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 01

⁵⁴ - PRADO, Geraldo. Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 242.

⁵⁵ - ÁVILA, Thiago André Pierobom de. A nova ordem das perguntas às testemunhas no processo penal. (CPP, art. 212). Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1871, 15 ago. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11604>>. Acessado em: 08 de janeiro de 2015.

⁵⁶ - BORTOLINI, André Luis; e ASSUNÇÃO, Leandro Garcia Algarte. A violação ao artigo 212 do Código de Processo Penal: Causa de Nulidade Processual Absoluta. Disponível em: www.ceaf.mp.pr.gov.br/arquivos/File/teses09/AndreBortolini.pdf>. Acessado em: 08 de janeiro de 2015.

⁵⁷ - WARAT, Luis Alberto. A Rua Grita Dionísio! Direitos Humanos da Alteridade, Surrealismo e Cartografia. 1º ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. Págs. 27-50.

⁵⁸ - STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. Pág.645.

⁵⁹ - ANDRADE, Mauro Fonseca. Sistemas processuais penais e seus princípios reitores. 1ª edição. Curitiba: Juruá, 2009, p. 465.

Inicialmente, sempre que utilizamos a Teoria do Direito de Ronald Myles Dworkin⁶⁰, deve ser realizada a ressalva sobre a sua atenção a dignidade da pessoa humana que estará sempre relacionada a qualquer abordagem teórica do nobre filósofo inglês. Especificamente no caso em tela, a dignidade da pessoa estará constantemente relacionada às partes do processo, sendo-lhes garantido o devido processo legal, a presunção de inocência (no caso do acusado), o contraditório, dentre os mais relevantes princípios relacionados ao interrogatório criminal e próximos à dignidade da pessoa humana das partes envolvidas durante o interrogatório.

Partindo do contexto integrativo dworkiniano, o juiz, sempre diante de um caso concreto, deve analisar casos anteriores parecidos com o seu, tendo em vista que a prática de interpretação do direito precisa considerar tanto o passado (tradição), sob o olhar do presente, sem principalmente deixar de observar os reflexos para o futuro do direito. Isso porque o exercício da atividade jurídica, assim como a evolução da sociedade está em contínuo processo de desenvolvimento. Desse modo, nesse cenário integrativo da interpretação jurídica, podemos considerar as posições defendidas como “nulidade absoluta originada da forte desatenção ao parágrafo único do artigo 212 do CPP” como capítulos do direito, sendo essa continuidade o cerne da ideia do direito como romance em cadeia.⁶¹ Para a realização do romance, imagine-se um grupo de escritor que se propõe a escrever um romance em série, e cada romancista da cadeia interpretará os capítulos anteriores para escrever o capítulo posterior. Tal capítulo será acrescentado pelo romancista seguinte e assim sucessivamente. Cada romancista deve escrever o capítulo de forma que seja criado da melhor maneira possível, assim a complexidade inerente a essa tarefa representa a complexidade de se decidir um caso difícil

⁶⁰ - Ronald Myles Dworkin nasce em Worcester, Massachusetts (EUA) no ano de 1931. No final dos anos sessenta, Dworkin sucede a Herbert Hart na Universidade de Oxford, e atualmente leciona na Universidade de *New York*. O filósofo critica a construção jurídica positivista de Hart, pois a entende como “a mais sofisticada teoria do Direito, e mais importante e fundamental reformulação da idéia de positivismo jurídico [...]. A carreira jurídica de Dworkin começa em 1957 como assistente do juiz Learned Hand. Este estava aposentando-se e mais se interessava em aprofundar uma série de conferências sobre a sua discordância com um recente caso decidido na Suprema Corte dos Estados Unidos: o caso *Brown vs. Board of education*. Talvez um dos processos mais famosos que tramitaram naquela Corte, e o impulso definitivo para o ingresso de Dworkin no mundo da teoria do direito.” (Dworkin. Ronald. O império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Págs. 36 e 42).

⁶¹ - O romance em cadeia é uma metáfora que compara o texto literário ao direito. Assim, cada romancista recebe os capítulos anteriores para interpretar e, a partir daí, escrever seu próprio capítulo. Essa produção deve preservar a unidade e harmonia da obra como um todo, como se ela fosse elaborada por um único autor. É nesse sentido que o juiz é considerado autor do direito, mas também seu crítico: *Os juízes, porém, são igualmente autores e críticos [...] introduzindo acréscimos na tradição que interpretam [...] Se for um bom crítico, seu modo de lidar com essas questões será complicado e multifacetado, pois o valor de um bom romance não pode ser apreendido a partir de uma única perspectiva.* (Dworkin. Ronald. O império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Págs.275-277).

à luz do direito como integridade. O romancista criará um único romance a partir do material que recebeu, do que ele próprio recebeu e acrescentou, bem como daquilo que os seus sucessores na trama serão capazes de acrescentar. Ele deve criar o melhor romance possível como se fosse a obra de um só autor, mas que é produto de várias mãos.⁶²

Em uma leitura superficial, poderíamos crer *a priori* que a construção dos capítulos deveriam inevitavelmente manter a coerência, tudo com o intuito de manter a narrativa do romance em cadeia. Todavia, Dworkin salienta que os juízes não são meros autores, mas também críticos, podendo em determinados casos realizarem acréscimos na tradição que interpretam, por isso, podemos encontrar terreno fértil entre a literatura e o direito ao se criar o gênero literário do romance em cadeia. Em outras palavras, os juízes podem quebrar a coerência (aquilo que o sistema inquisitivo trouxe para o interrogatório) dando preferência à integridade (aquilo que o sistema acusatório democraticamente em 2008 trouxe para o interrogatório). Nesse sentido, cabe destacar a observação de Streck, que sustenta a permanência da velha tradição inautêntica do senso comum teórico dos juristas em continuarem realizando as perguntas quando aberta a sessão do interrogatório, contrariando frontalmente o conteúdo do artigo 212 do CPP.⁶³

Para Dworkin, o direito como integridade pressupõe que o juiz consciente de sua função deve apreciar vários critérios, dentre eles as circunstâncias do caso concreto, a moral política da comunidade e a opinião das instituições, que estão em coerência com o grupo social. Assim, o bom aplicador acrescenta valores da comunidade no direito que interpreta, ou seja, a “*adequação*” entre a norma e a moral política da comunidade é importante para preservar a própria segurança jurídica. Para Dworkin, há duas dimensões, da adequação e a dimensão do ajuste, ou a compatibilidade com o material que lhe foram entregues, ou seja, nessa tarefa, o intérprete deve alcançar as interpretações *a priori* aceitáveis para o caso concreto. A dimensão da adequação determina que não se pode adotar uma interpretação, ainda que, pela sua complexidade, com diferentes leituras de personagem, trama e objetivos que essa interpretação descreve, não significa que a interpretação deve-se ajustar a cada segmento do texto, não o desqualifica se algumas linhas ou tropos são acidentais, ou mesmo que alguns elementos da trama são erros, pois, para Dworkin a interpretação deve fluir ao longo de todo o texto e será mal sucedida se deixar sem explicações partes estruturantes do texto. Se o romancista não encontrar interpretação que não possua falhas ele não terá cumprido a sua tarefa. Nesse ínterim, considera-se a norma já posta e como pressuposto de toda atividade judicial, porém, sempre em observância a justiça e equidade. Mas

⁶² - Ibidem.

⁶³ - STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. Pág.644.

tudo isso, só será possível diante de uma visão principiológica do direito. Consideramos que o juiz do caso em análise fez uma interpretação integrativa, pois partiu do exposto no artigo 212 do CPP, com precisa observância do parágrafo primeiro, e dada sua incumbência de presidência do interrogatório, realizou tão somente as perguntas complementares, tomando as circunstâncias do caso hipotético, o juiz buscou a justiça e a equidade. Em outras palavras, ressignificou o alcance da lei sob o prisma do princípio constitucional da igualdade, evitando a maligna forma de interpretação *tudo ou nada (all-or-nothing-fashion)*, que engessa a aplicação jurídica em uma sociedade dinâmica.⁶⁴

Essa interação no Direito entre a adequação e justificação afigura-se complexa e, a exemplo do que ocorre em um romance em cadeia, a interpretação irá representar para cada intérprete um equilíbrio frágil entre as diferentes convicções políticas. Nas palavras de Dworkin. “[...] *tanto no direito quanto na literatura, estas devem ser suficientemente afins, ainda que distintas, para permitirem um juízo geral que troque o sucesso de uma interpretação sobre um tipo de critério por seu fracasso sobre outro*”.⁶⁵ Para esta difícil tarefa de interpretação jurídica de construção de precedentes, Dworkin cria a figura do juiz imaginário Hércules⁶⁶, dotado de capacidades que vê e aceita o Direito com integridade.⁶⁷

⁶⁴ - “A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”. (Dworkin. Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Pág. 39).

⁶⁵ - Ibidem. Pág. 287.

⁶⁶ - Para realizar tal façanha Ronald Dworkin criará um jurista imaginário: “No direito, porém, a exemplo do que ocorre na literatura, a interação entre adequação e justificação é complexa. Assim como, num romance em cadeia, a interpretação representa para cada intérprete um delicado equilíbrio entre diferentes tipos de atitudes literárias e artísticas, em direito é um delicado equilíbrio entre convicções políticas de diversos tipos; tanto no direito quanto na literatura, estas devem ser suficientemente afins, ainda que distintas, para permitirem um juízo geral que troque o sucesso de uma interpretação sobre um tipo de critério por seu fracasso sobre outro. Devo tentar expor essa complexa estrutura da interpretação jurídica, e para tanto utilizarei um juiz imaginário, de capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita o direito como integridade”. (Dworkin. Ronald. O império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Pág.277. Pág. 287).

⁶⁷ - Conforme entendimento de Dworkin, “o veredicto do juiz – suas conclusões pós-interpretativas – deve ser extraído de uma interpretação que ao mesmo tempo se adapte aos fatos anteriores e os justifique.” (Ibidem, p. 286). Para tanto, Dworkin constrói o juiz Hércules, sua função é criar um esquema de princípios abstratos e concretos que possam fornecer uma justificação coerente para todos os precedentes do *Common Law*. Hércules, diante de casos difíceis elabora algumas teorias políticas que poderiam servir como justificações do conjunto de regras constitucionais que são relevantes para o problema. Havendo a constatação de que duas ou mais teorias

O juiz Hércules, portanto, aceita as principais regras incontroversas que fundamentam e regem o direito em sua jurisdição. Porém, ao analisar os casos concretos – particularmente os *hard cases* – Hércules irá formular teorias de forma a justificar as decisões anteriores proferidas no seu tribunal ou nos tribunais superiores.⁶⁸ Aqui, uma observação desse ser feita, conforme Streck a guinada hermenêutica ocorrida no direito com a expansão do papel da jurisdição, acentuando a preocupação com relação a necessidade de discutir as condições de possibilidade que o intérprete tem para a atribuição dos sentidos aos textos jurídicos, deu início a repentina construção de racionalidades discursivas que estabeleceram previamente modos de operar diante da indeterminação do direito, resultando no esquecimento na dupla estrutura da linguagem, confundindo casos fáceis (*easy case*) e difíceis (*hard case*), ou seja, confundindo a “era dos princípios” com a “abertura hermenêutica” que exigiu a necessidade de construção de racionalidades de cariz epistemo-metodológicas. Os princípios não se constituem em alibis teóricos para solucionar a insuficiência do alcance das regras, uma vez que princípios não são “mandados de otimização” ou postulados argumentativos. Tudo isso deve ser entendido, a partir da ruptura paradigmática que superou o positivismo, época em que essa distinção era feita por H.L.A. Hart como pelas teorias discursivo-procedurais de Habermas e Günther até Alexy e Atienza. Para Dworkin, será a integridade do direito e sua reconstrução que devem dar as condições para a resposta correta nos casos difíceis. Todavia, a diferença de fundo em Dworkin é que os princípios que serão aptos à resolução do caso não serão dados *a priori* e de forma descontextualizada, nos casos difíceis, se os princípios não são criados pelas autoridades de aplicação, também não são dados previamente em um plano contrafactual.⁶⁹

Todavia, ainda que Dworkin faça a indevida distinção, tal como Habermas e Günther, de modo que nos *hard cases* os princípios não se encontram disponíveis no campo da aplicação. Dworkin não o faz distinguindo

parecem adequar-se ao caso, Hércules deverá voltar-se para o conjunto remanescente de regras, práticas e princípios constitucionais a fim de criar uma teoria política da Constituição como um todo. (MORRISSON, Wayne. Ronald Dworkin e a luta contra o desencanto: ou o direito na ética interpretativa da filosofia do direito liberal. IN: Filosofia do Direito: dos Gregos ao Pós-modernismo. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 508).

⁶⁸ - DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Pág. 168.

⁶⁹ - Laurence Tribe e Michael Dorf em “*On Reading the Constitution*” também criticam a distinção dos casos jurídicos entre fáceis e difíceis: “ É um erro supor que os grandes problemas de interpretação só aparecem nos casos difíceis – apenas quando o objeto tratado se refere a aspectos para os quais o texto é vago ou ambíguo. Esta é a armadilha favorita de determinados críticos da Supreme Court, que apontam as discórdias entre os juízes como se quisessem dizer: vejam como eles discordam, cinco a quatro. Deve ser porque na realidade não estão lendo a Constituição, mas procurando um espelho no qual eles querem acreditar”. (STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. Págs.306-309).

os discursos de fundamentação de discursos de aplicação, ele faz a distinção, e não cisão, com intuito primeiro de realizar a crítica ao positivismo de Hart (a teoria mais sofisticada do Direito à época segundo o próprio Dworkin), pois distinguir casos simples de casos difíceis não é a mesma coisa de cindir casos simples de casos difíceis, cindir *hard cases* e *easy cases* é cindir o que não pode ser cindido: conforme destaca Stein, é preciso ter presente que todo o processo compreensivo, o desafio é levar os fenômenos à representação ou à sua expressão da linguagem, chegando, assim, ao que o ilustre filósofo denomina de objetivação, e isso tem um caráter ôntico, uma vez que é a diversidade dos fenômenos e dos entes que procuramos expressar referindo-nos a esse ou àquele fenômeno ou ente. Ao final desse processo de objetivação, está aquilo que Stein descreve como “*o modo máximo de agir do ser humano*”, que não resulta diretamente no modo de compreender a si mesmo e seu ser-no-mundo, mas podemos descrever como uma experiência fundamental no nível da existência, na qual sustenta a compreensão como um todo. Portanto, a cisão entre *hard cases* e *easy cases* é meramente uma equivocada interpretação metafísica que atende a uma exigência do esquema *sujeito-objeto*, conforme salienta Streck, primeiramente antes da distinção, há um caráter causal-explicativo, que pressupõem um compreender antecipador, pré-compreensivo, de caráter existencial. O juiz não deve escolher o que é um caso fácil e um caso difícil, se assim fosse, a literalidade do artigo 212 do CPP, poderia ser de antemão, considerado um *easy case*, e assim ser observado em todos os interrogatórios, o que de fato não é pelas dificuldades de interpretações existentes desde 2008. O resultado de interpretação não deriva de escolhas majoritárias, assim como não se trata de verdades ontológicas no sentido clássico, uma vez que os sentidos não estão “nas coisas”, tão pouco na “consciência de si do pensamento pensante”, mas sim estão na intersubjetividade que ocorre através da linguagem.⁷⁰

E, nesse mesmo sentido, Dworkin alerta que, se o juiz (Hércules) ao escrever os capítulos do romance em cadeia, for um bom crítico, seu modo de lidar com essas questões será complicado e multifacetado, pois o valor de um bom romance não pode ser apreendido a partir de uma *única perspectiva*. Vai tentar encontrar níveis e correntes de sentido, em vez de um único e exaustivo tema.⁷¹

Dito isso, o juiz Hércules deverá não só desenvolver as possíveis teorias capazes de justificar os diferentes aspectos do sistema, mas também testá-las, contrastando-as com a estrutura institucional mais ampla, sendo que, “quando o poder de discriminação desse teste estiver exaurido, ele deverá elaborar os conceitos contestados que a teoria exitosa utiliza.”⁷² Em outras palavras, a decisão do juiz deverá ser extraída da interpretação que

⁷⁰ - Ibidem. Págs. 310-312.

⁷¹ - Dworkin. Ronald. O império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Pág.277.

⁷² - DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Págs. 167-168.

ao mesmo tempo se adapte aos fatos anteriores e os justifique, emitindo juízos e lidando com tensões ao decidir um grande número de casos. O juiz Hércules deverá formar o romance em cadeia com integridade, pressupondo mais questionamento do que próprias soluções derivadas de outros intérpretes que possivelmente, no mesmo caso, dariam respostas diferentes. O dever do juiz dworkiniano é aproximar ao máximo a resposta que aproxime a intenção legislativa e os princípios jurídicos, examinando não apenas a questão como um problema de ajustamento entre uma teoria e as regras da instituição, mas também como uma questão de filosofia política.⁷³

Convém observar, que diante da construção do juiz Hércules derivam algumas críticas, iniciando por Casalmiglia que destaca o tempo ilimitado, a inteligência avantajada e as informações completas que Hércules possui, possibilitando sempre uma excelente teoria para resolver os seus casos. E, divergi ressaltando que o ideal regulatório que preside a real atividade judicial não pode ser entendido de forma literal, pois é totalmente diferente do mundo de Hércules, entendendo que “as teses de Hércules somente seriam corretas se no mundo real se cumprissem estas condições”.⁷⁴ No mesmo sentido de crítica ao modelo de juiz Hércules, François Ost apresenta dois modelos de juízes que simbolizariam dois modelos de direito distintos, Júpiter e Hércules, o primeiro seria o piramidal-dedutivo, isto é, que adota a forma de lei e se expressa em forma de imperativo (positivista exegético); já Hércules seria nas palavras de Ost, aquele da pirâmide invertida, sustentado na figura do juiz, a única fonte do direito válido.⁷⁵ Para Streck, ainda que Ost não pretenda comparar a tese de Dworkin aos realistas ou pragmatistas, o autor termina por colocar em Hércules os “defeitos” que caracterizariam uma espécie de juiz “monopolizador da jurisdição” no modelo de direito do Estado Social, em que o direito “se reduz ao fato”, enfim, à indiscutível materialidade da decisão. Esse juiz propiciaria um decisioionismo, a partir da proliferação de decisões particulares. Mas de fato, Streck além de apresentar dez objeções à Ost, o autor destaca que tudo isso apenas comprova o grande dilema que atravessa a metodologia contemporânea: como se interpreta e como se aplica, isto é, quais as condições que tem o juiz ou tribunal, para proferir as

⁷³ - Para esse fim, eu inventei um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, a quem chamarei de Hércules. Eu suponho que Hércules seja juiz de alguma jurisdição norte-americana representativa. Considero que ele aceita as principais regras não controversas que constituem e regem o direito em sua jurisdição. Em outras palavras, ele aceita que as leis têm o poder geral de criar e extinguir direitos jurídicos, e que os juízes têm o dever geral de seguir as decisões anteriores de seu tribunal ou dos tribunais superiores cujo fundamento racional (*rationale*), como dizem os juristas, aplica-se ao caso em juízo. (Dworkin. Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Pág. 165).

⁷⁴ - CASALMIGLIA, Albert. El concepto de integridad em Dworkin. *Doxa Cuadernos de Filosofía Del Derecho*, Alicante, v. 12. 1992. Pág. 173.

⁷⁵ - OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. In: *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 14, Alicante, 1993. Págs. 170-194.

respostas aos casos em julgamento, já que alguém tem que dizer por último o sentido da Constituição.⁷⁶

⁷⁶ - Em **primeiro** lugar, a objeção decorre do fato de haver um excessivo esforço em enquadrar o “modelo herculeano” no modelo de direito do Estado Social, colocando-o como uma antítese do juiz que caracterizaria o modelo de Estado Liberal (o modelo jupiteriano), como se o modelo do “juiz do estado Liberal” fosse o juiz do positivismo primitivo (fase exegética do positivismo) e o segundo fosse o do modelo que simplesmente supera esse modelo, ou seja, no primeiro o “juiz seria a boca da lei” e seu superador seria o “juiz que faz a lei”...! Como veremos, isso constitui um equívoco. A **segunda** objeção decorre do fato de Ost não levar em conta que o juiz Hércules é uma metáfora e que representa exatamente o contrário do que sua tese pretende denunciar, isto é, *Hércules definitivamente não é a encarnação do “juiz/sujeito-solipsista”*. Como **terceira** objeção, a tese peca também porque tudo aquilo que Ost aponta como missões do Hércules “assistencialista”, *também pode ser feito sem que o juiz ou o tribunal pratique decisionismos ou arbitrariedades* (ou assistencialismos), ou seja, Ost esquece que a coerência e a integridade – própria do modelo dworkiano – constituem-se em blindagem contra aquilo que Ost acredita ser característica do modelo herculeano. Em **quarto** lugar, Ost não comenta os efeitos colaterais e as consequências para o próprio constitucionalismo de um “não intervencionismo” do judiciário (ou justiça constitucional) para atender os pleitos sobre direitos fundamentais (e os exemplos tratam das mais variadas formas de violação de direitos). Em **quinto** lugar, ao dizer que, “na gestão do juiz Hércules”, a generalidade e a abstração da lei dão lugar à singularidade e à concretude do juízo, o professor belga passa a impressão de que, mesmo nesta quadra do tempo, ainda vivemos sob a égide do velho modelo de regras, como se não tivesse ocorrido a revolução copernicana do neoconstitucionalismo (ou, se houve alguma ruptura, essa fica, na opinião de Ost, reduzida ao modelo de direito do estado Social). Isso leva à **sexta** objeção, representada pelo reducionismo que o autor pretende fazer dos modelos de direito e de juiz. Com efeito, o que fazer com o juiz “ponderador” de Alexy, que, nos “casos difíceis” - não solucionáveis por subsunção - apela para um sopesamento (sic) entre os princípios que estão em colisão? O **sétimo** ponto de discórdia diz com o fato de que a tese de Ost ignora (passa ao largo) (d)o paradigma do Estado Democrático de Direito, entendido como um *plus* normativo e qualitativo superador dos modelos de direito liberal e social, circunstância que faz com que *não leve em conta o papel do constitucionalismo enquanto rompimento com o positivismo e o modelo de regras*; o próprio Ost diz que “ao monismo haveria-se de opor, não a dispersão, mas sim, o pluralismo, o absolutismo binário permissão-proibição, válido-não válido, haveria que substituir pelo relativismo e o gradualismo, que não se transforma, por isso, em ceticismo”. A **oitava** divergência se instaura porque a tese de Ost passa ao largo do enfrentamento entre positivismo e constitucionalismo e, conseqüentemente, da superação do modelo subsuntivo e da distinção (não lógico-estrutural, é claro) entre regra e princípio. A **nona**, porque, ao propor o modelo de Hermes como um avanço em relação ao convencionalismo de Júpiter e ao “invencionismo” de Hércules, isto é, ao afirmar que o seu juiz Hermes respeita o caráter hermenêutico ou reflexivo do raciocínio jurídico, que, portanto, não se reduz nem à imposição e nem à simples determinação anterior, o Hermes de Ost acaba sendo, paradoxalmente, o Hércules de Dworkin (obviamente na leitura que Ost faz do Hércules dworkiniano). Por fim, em décimo lugar, em relação à crítica de Ost de que, afora o fato de que tanto o modelo jupiteriano como o modelo herculeano estão em crise, “eles apenas oferecem representações empobrecidas da situação que pretendiam descrever em sua época”, lembro que não se pode cair em idealizações ou idealismos, como se fosse possível ignorar que o paradigma do Estado Democrático de Direito e o tipo de constitucionalismo instituído em grande parte dos países após o segundo pós-guerra aumentou sobremaneira a demanda pela intervenção do poder judiciário (ou da justiça constitucional, na forma de Tribunais

Cabe destacar ainda, que a figura do juiz Hércules criada por Dworkin é uma metáfora, assim como é a sua *única resposta correta*, na verdade o que Dworkin pretendeu destacar é que o juiz verdadeiro só ira imitar Hércules até certo ponto, a permitir que o alcance de suas interpretações se estenda desde os casos imediatamente relevantes até outros casos gerais do direito. E nesse sentido, importa salientar que a força do precedente por ele referido, somente influirá na decisão quando for baseada em argumentos de princípios que lhes ofereçam sustentação, uma vez que Hércules deve mostrar que a interpretação visa lançar a melhor luz diante do que lhe é trazido. É preciso levar em consideração não só as decisões tomadas anteriormente, mas a forma com que elas foram tomadas, por quais autoridades e em quais circunstâncias.⁷⁷

Nas circunstâncias do artigo 212 do CPP, diante da alteração do sistema inquisitorial (*direct examinatio*) para o acusatório (*cross-examination*), os juízes deveriam observar aquilo que o legislador desejou inserir no interrogatório democraticamente a partir da alteração da pela Lei 11.690/2008, ou seja, que as partes realizassem a produção de provas baseada no princípio da isonomia, realizando perguntas diretamente entre si e o juiz finalizando o interrogatório com as devidas e literais perguntas complementares ao teor do parágrafo único do artigo 212 do CPP. Diferentemente daquilo que se vê atualmente, de maneira indiscriminada, juízes e tribunais decidindo equivocadamente com base na mais rasa jurisprudência, lastreada ainda no ultrapassado sistema inquisitorial, aquele em que o juiz abria o interrogatório realizando as perguntas diretamente ao acusado.

V. A (in)terpretação equivocada do artigo 212 CPP: uma das formas de expansão factual do direito penal

A equivocada (in)terpretação do artigo 212 do CPP, em diversos processos penais levam os acusados na maioria da vezes a receberem um incremento da comutação de pena,⁷⁸ tudo isso em decorrência da insistente

Constitucionais). Ora, isso apenas implica reconhecer que é inexorável que “alguém decida”, até para não transformar a Constituição em uma “mera folha de papel”. (STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. Págs.389-394).

⁷⁷ - Dworkin. Ronald. O império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Págs.176-178.

⁷⁸ - “I – Não é de se acolher a alegação de nulidade em razão da não observância da ordem de formulação de perguntas às testemunhas, estabelecida pelo art. 212 do CPP, com redação conferida pela Lei 11.690/2008. Isso porque a defesa não se

busca do juiz naquilo que muitos deles acreditam tratar-se da existência do princípio da verdade real⁷⁹. E, verdade seja esta é que o Código de Processo Penal originado da década de 40 do século passado ainda, como já referenciado inicialmente, é refém do sistema inquisitivo nas suas diversas acepções. Isso resulta afirmar, não somente na efetiva expansão do direito penal, pois a persistência desta inquisitorialidade processual penal,⁸⁰ ao final ao cabo faz resultar em uma espécie de autoritarismo, amesquinhando a democracia, que acaba por aumentar o tempo de pena do réu, inflando ainda mais o sistema penitenciário.

Não se pode olvidar que o enfoque deve ser constitucional, em consonância com os princípios do contraditório, da fundamentação e da publicidade que impõem a prova como um direito fundamental das partes, de modo que o juiz seja um dos destinatários da prova, não o único, devendo valer dela para o convencimento da comunidade (publicidade), no caminho da integridade dworkiniana, seja esta a melhor decisão para aquele caso, de modo a inviabilizar e blindar sua decisão em relação a decisões subjetivas e

desincumbiu do ônus de demonstrar o prejuízo decorrente da inversão da ordem de inquirição das testemunhas. II – Esta Corte vem assentando que a demonstração de prejuízo, a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que “(...) o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades pas de nullité sans grief compreende as nulidades absolutas” (**HC 85.155/SP, Rel. Min. Ellen Gracie**). Precedentes. III – A decisão ora questionada está em perfeita consonância com o que decidido pela Primeira Turma desta Corte, ao apreciar o HC 103.525/PE, Rel. Min. Cármen Lúcia, no sentido de que a inobservância do procedimento previsto no art. 212 do CPP pode gerar, quando muito, nulidade relativa, cujo reconhecimento não prescinde da demonstração do prejuízo para a parte que a suscita.” (**RHC nº 110.623/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 26.3.2012**); “Do fato de o juiz ter perguntado primeiro e não ao final, em descumprimento ao art. 212 do Código de Processo Penal, não decorre por si só, à falta de prejuízo, a teor do art. 563 do Código de Processo Penal, a decretação de nulidade, segundo precedentes desta Suprema Corte, ausente inclusive protesto da parte na oportunidade.” (**HC nº 107.318/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 18.10.2012**). .

⁷⁹ - “O primeiro cuidado de quem pretende conhecer a verdade deve ser o de não se influenciar por preconceitos de espécie alguma e procurar os acontecimentos com absoluta isenção e serenidade.” (TORNAGHI, Hélio. Curso de Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 1, p. 15.)

⁸⁰ - Isso se pode perceber no modo como a denúncia é recebida – embora as recentes alterações – e a *produção/destinatário/gestão* da prova (o que inclui a apreciação do “produto final”, por intermédio da “livre apreciação da prova” ou do livre convencimento do juiz”, nos moldes como o direcionamento da prova ainda é realizado, isto é, somente direcionada ao juiz), para falar apenas nestes aspectos. Acerca do destinatário da prova, boa parcela dos teóricos ainda não conseguiu superar o modelo solipsistacartesiano pelo qual ainda se acredita ser o juiz o principal destinatário da prova. Acredita-se na necessidade de a instrução processual gerar “certeza” na sua “convicção pessoal” – e apenas nela – para que o juiz lavrar sua sentença. Este parece ser o ponto nevrálgico do processo penal de *terrae brasilis*.(Streck. Lenio Streck. A ficção da verdade real e os sintomas da falta de compreensão filosófica da ciência processual. Revista do Ministério Público do RS. Porto Alegre. Nº 70. set.2011-dez.2011. Págs.207-240)

arbitrárias. Isto, conforme destaca Streck, deveria sepultar – ou deveria sepultar – o princípio (*sic*) da verdade real.⁸¹ Mas convém destacar, que esse comportamento está presente na grande parcela dos intérpretes, e por isso, ocorre indiscriminadamente essa inobservância inconstitucional a literalidade do parágrafo único do artigo 212 do CPP.

No mesmo sentido, Luigi Ferrajoli sustenta que “*a verdade certa, objetiva ou absoluta representa sempre a expressão de um ideal inalcançável*”, reduzindo que a ideia de que se pode conseguir e asseverar uma verdade objetiva ou absolutamente certa é, na realidade, uma “*ingenuidade epistemológica*”.⁸² Do mesmo modo Eugênio Pacelli de Oliveira diz que sustentar a existência de uma possível verdade real, é inteiramente inadequado, “pois que esta diz respeito à realidade do já ocorrido, da realidade histórica”, também “pode revelar uma aproximação muito pouco recomendável com um passado que deixou marcas indeléveis no processo penal antigo, particularmente no sistema inquisitório da Idade Média”. Conclui ainda Pacelli, que o maior mal causado por tal ideal foi a disseminação de uma “*cultura inquisitiva*”, com a qual as mais diversas práticas probatórias foram legitimadas “pela nobreza de seus propósitos: a verdade”.⁸³

Em virtude dessas considerações, defender a presença da “verdade real”, falácia esta que ajuda a perpetuidade do senso comum teórico dos juristas na defesa da inobservância semântica do art.212 do CPP, é imaginar a presença concomitante da “paralaxe cognitiva”, que é o deslocamento entre o eixo da experiência real e o eixo da construção teórica na obra do indivíduo que está fazendo esta construção. A idêntica busca de Guilherme de Ockham na construção de sua teoria empirista que nunca conseguiu construir a verdade, isto é, contribui apenas com uma parcela do conhecimento desejado. No mesmo caminho que os juristas trilham cotidianamente na busca da verdade real, inobservando o art.212 do CPP.⁸⁴

⁸¹ - Streck. Lenio Streck. A ficção da verdade real e os sintomas da falta de compreensão filosófica da ciência processual. Revista do Ministério Público do RS. Porto Alegre. Nº 70. set.2011-dez.2011. Pág.219.

⁸² - Ferrajoli, Luigi. Direito e razão. Ano:2014. p. 42.

⁸³ - Oliveira, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 281-282.

⁸⁴ - A partir de certo momento da história ocorre uma ruptura dentro do pensamento ocidental. Em outras palavras, anteriormente os filósofos antigos e medievais, tinha a consciência que eles existiam dentro de uma realidade/cosmos, de que eles faziam parte desse cosmos, e tinha também a consciência que não podiam sair dentro desse cosmos para observá-lo. Mas de repente, os filósofos começam a assistirem o cosmos de fora, como se estivessem sentados na frente da televisão. Isso, evidentemente vai provocar uma mudança de percepção. Isso já estava presente no Nominalismo de Guilherme de Ockham, quando ele proclama a universalidade do empirismo como critério da verdade. Na realidade da nossa vida, tudo aquilo que podemos testar por experiência é ínfimo, é uma tradição de conhecimento onde o indivíduo é apenas mais um inserido nessa evolução, e o indivíduo vai fazer sua contribuição e acrescentar sua parcela para o conhecimento. E Ockham vai colocar o filósofo como

Para Silva-Sánchez, a ocorrência dessa ingenuidade epistemológica corrobora para a expansão do sistema do Direito Penal, pois se tem uma maior identificação da maioria com a vítima do delito, uma vez que o juiz busca a prova em (des)favor do réu. Há uma alteração progressiva na concepção do Direito Penal subjetivo (*ius puniendi*), segundo o autor de uma situação em que se destacava sobretudo “a espada do Estado contra o delinquente desvalido”, se passa a uma interpretação do mesmo como “a espada da sociedade contra a delinquência dos poderosos, provocando conseqüentemente uma transformação no âmbito do Direito Penal objetivo (*ius poenale*), com tendência a perda da visão deste instrumento de defesa dos cidadãos diante da intervenção coativa do Estado. O Direito Penal deixa de ser um instrumento de defesa dos cidadãos em face do arbítrio punitivo estatal.⁸⁵ Na mesma linha, Muñoz Conde sustenta que enquanto existir o direito penal, o mesmo deve ser estudado e analisado de modo que seja convertido em um instrumento de mudança e progresso para uma sociedade mais justa e igualitária,⁸⁶ ou seja, a interpretação respeitando os limites semânticos do artigo 212 do CPP, não é somente um avanço resultado de estudo, mas de uma maneira de concretização democrática, que garantiria certamente uma sociedade isonômica.

O comportamento daqueles que inobservam a literalidade do parágrafo primeiro do artigo 212 do CPP, além de dinamizarem a expansão efetiva do Direito Penal, de modo que interferem diretamente na majoração da pena do réu, desprestigiam significativamente a Carta Maior, pois o modelo inquisitorial apresentado majoritariamente causa uma intervenção punitiva

o fiscal da ciência universal, e assim, passa a ser colocado tudo em teste. Depreende-se que o empirismo é fácil de praticar, mas impossível de prová-los. E Ockham, como os juristas assentados no senso comum teórico, vai sustentar que é empirista. No entanto, isso é uma falácia, pois somente é com relação a uma pequena parcela do conhecimento. Pois, o resto o indivíduo vai aceitar determinados conceitos dados, e o que é pior são aqueles contemporâneos. E quando chega Descartes carregando a dúvida universal, ele coloca o universo entre parênteses e coloca a fórmula como se fosse Deus, isso é fácil de falar, mas não dá para fazer. Tanto que nas famosas Meditações de Filosofia Primeira, Descartes diz que ele está colocando em dúvida, mas essa dúvida está ancorada em múltiplas certezas implícitas que ele não percebe. Então aqui, você já percebe a diferença daquilo que o indivíduo está dizendo daquilo que ele está teorizando. E essa diferença vai cada vez mais se aprofundando e se tornando mais invisível à medida que o tempo passa, e isso vai destruindo a inteligência filosófica do Ocidente. Tudo isso para sustentar que nessa cegueira do empirismo de Guilherme de Ockham, pode-se buscar explicação para a incansável e surreal obstinação dos juristas pela verdade real na inquirição sempre em inobservância ao art.212 do CPP, isto é, tentar provar através da busca da prova de ofício tão-somente uma ínfima parcela do fato-conhecimento. (Carvalho, Olavo de. Introdução à Paralaxe Cognitiva. Seminário de Filosofia. *Sapetiam Autem Non Vincit Malitia*. São Paulo. Agosto/2005.)

⁸⁵ - Sánchez. Jesús-María Silva. A expansão do Direito Penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução da 2ª edição espanhola: Luiz Otavio de Oliveira Rocha. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, 2002. Pág.51.

⁸⁶ - Muñoz Conde. Francisco. Direito Penal e controle social. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Forense, 2005. Pág.33.

por parte do Estado, que representa um sério risco às liberdades e garantias fundamentais do cidadão. Conforme já reiterado, o artigo 212 do CPP é um avanço histórico institucional conquistado desde 1988 que colocou o Processo Penal brasileiro no pleno caminho da democracia, em consonância com a Constituição Federal de 1988, que já garantia a imposição do sistema acusatório, uma vez que o texto constitucional, desde seu nascimento, já garantia a todo cidadão brasileiro a segurança do princípio da legalidade, do devido processo legal, da presunção de inocência, do contraditório, todos estes, na esteira da estrutura do sistema acusatório. Em virtude disso, negar o sistema acusatório (realizar uma leitura equivocada do parágrafo único do artigo 212 do CPP), sem ressalvas, é negar a força normativa da Constituição Federal.

Identifica-se como outro fator relevante para a causa da expansão do Direito Penal, concomitantemente a sua politização, é o papel que toda a decisão relacionada ao controle de criminalidade está sempre envolvida de um discurso politizado e publicizado, que ao contrário de gerar um constrangimento ao juiz na linha da leitura racional do artigo 212 do CPP, o conduz na inobservância do referido artigo na busca da ilusão da justiça social. Conforme saliente Díez Ripollés, cada vez mais a experiência do povo e sua percepção direta da realidade e dos conflitos sociais passam a ser considerados fatores de primeira importância na hora de configurar leis penais e na aplicação dessas leis, em detrimento dos conhecimentos e opiniões dos expertos, que passam a ser desacreditados porque considerados, em sua maioria, desresponsabilizantes.⁸⁷

Resulta afirmar que a referida restrição das garantias processuais ao acusado caminha junto com as características do Direito Penal do Inimigo. Conforme destaca Gallegari, para Günter Jakobs existe uma dupla diferenciação do Direito Penal: há os inimigos e os cidadãos, do mesmo modo, que há o Direito Penal do inimigo e o Direito Penal do cidadão, onde o Direito Penal do cidadão é o Direito de todos, já o Direito Penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo. Ao passo que, os inimigos são indivíduos cujas atividades refletem seu distanciamento duradouro – e não incidental – em relação ao Direito. E por isso, Jakobs irá afirmar que este cidadão não oferece a garantia da segurança cognitiva mínima, de um comportamento pessoal, demonstrando esse déficit por meio de sua atitude. Outro aspecto importante, para o Direito Penal do cidadão, a finalidade da pena é a manutenção da vigência da norma; ao passo que, para o Direito Penal do inimigo, a pena tem a função de inocuidade, de eliminação do perigo. Podendo observar, com as características apresentadas do Direito Penal do Inimigo, que se efetivamente o juiz ora respeita o art.212 do CPP, realizando as perguntas complementares, e ora desrespeita, ao mesmo

⁸⁷ - Díez Ripollés, José Luis. La racionalidad de las leyes penales: práctica y teoría. Madrid: Editorial Trotta, 2003. Págs.77-79.

tempo ele também está realizando essa divisão entre inimigos e os cidadãos, ainda que de forma despercebida.⁸⁸

No mesmo sentido, Gracia Martín é um sinal característico da influência do Direito Penal do Inimigo,⁸⁹ uma vez que se questiona, no âmbito do interrogatório, a própria presunção de inocência, quando o juiz inicia as perguntas e desrespeito ao parágrafo único do artigo 212 do CPP. A supressão dos princípios constitucionais, a partir da (des)leitura tortuosa do artigo referenciado, faz do Direito Penal um mero instrumento de personificação do Estado para uma atuação punitiva descabida constitucionalmente, deslegitimando literalmente toda a proteção dos cidadãos construída à longos anos e dos seus direitos fundamentais descritos na Carta Maior.

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

VI. Considerações finais

De fato, se depreende que ainda já ultrapassados os seis anos da inclusão do artigo 212 do Código de Processo Penal, dada pela Lei 11.690/2008, a possibilidade de consenso sobre a interpretação do artigo 212 do CPP se constata como um grande desafio. A presença do artigo 212 do CPP que deveria consumir a presença do sistema acusatório, em consonância com a Constituição Federal de 1988, não passou até o presente momento, de uma adaptação darwiniana do novo paradigma garantista, se apresentado como a insistente prática do velho, uma vez que sempre foi assim – o juiz inquisitorialmente iniciando as perguntas ao acusado no interrogatório – assim, sempre será.

⁸⁸ - CALLEGARI, André Luís. Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2012. Págs.33-53.

⁸⁹ - Martín, Luis Gracia. Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado "Derecho penal del enemigo". Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. nº 07-02. Págs. 1-43, 2005. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc>. Acesso em: 15 jan.2015.

A referida adaptação darwiniana do novo paradigma acusatório alicerçado no artigo 212 do CPP, no fundo não passa da presença do “efeito manada”, uma espécie do senso comum teórico como já referenciado existente na prática interpretativa dos juristas e constatado por Luis Alberto Warat na década passada. Aliás, a alegoria do Hermeneuta, citada por Lenio Streck, retrata bem o que é isto – o senso comum teórico. Em linhas gerais, diz o seguinte: um hermeneuta chega a uma ilha e lá constata que as pessoas cortam a cabeça e o rabo dos peixes, mesmo diante da atual escassez de alimentos naquela ilha. Intrigado, o hermeneuta foi buscar as raízes desse mito, ou seja, remover o chão linguístico onde estava assentada a tradição. E, assim descobriu, finalmente, que, no início do povoamento da ilha, os peixes eram grandes e abundantes, não cabendo nas panelas, que eram pequenas. Consequentemente, cortavam a cabeça e o rabo. Hoje, as panelas são grandes e os peixes pequenos, ainda assim continuam a cortar a cabeça e o rabo dos peixes. Perguntado, um dos moradores sobre o porquê de assim agirem, respondeu: “Não sei... o senso comum teórico (escuta alienada) permanece, sempre foi assim, e sempre continuemos fazendo assim.”! Eis o senso comum.⁹⁰

Isso que está posto é a analogia adequada para retratarmos a realidade cotidiana quando não aplicamos o artigo 212 do CPP no interrogatório, pois no parágrafo único, onde se lê “*sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição*”, logicamente, o juiz somente poderá complementar a inquirição, e complementar no sentido que vem depois das perguntas das partes. Em outras palavras, é fazer valer a semântica que assegura a força normativa da Constituição Federal, arduamente construída em 1988. É nesse relevante e singelo artigo que tratou o presente artigo, que está a consumação daquilo que a Constituição Federal pretendeu consolidar através dos princípios da legalidade, do devido processo legal, da presunção de inocência, do contraditório, isto é, a consolidação do sistema acusatório no interrogatório. Instituído o avanço do sistema acusatório, além do juiz dever de se manifestar depois das partes, restringe o juiz na busca da produção de provas, com a derrocada da falácia da verdade real e da busca da prova de ofício, características intrínsecas da morte do sistema inquisitório.

Infelizmente, como se viu a falha interpretativa não ocorreu somente por parte da parcela relevante dos juízes e Ministros do STF, mas também da doutrina responsável em construir o constrangimento epistemológico doutrinário, levando conforme já exaurido, para a continuidade da escuta alienada, do senso comum teórico amparado na velha tradição inquisitorial que parece persistir. Percebeu-se que não adianta colocar na lei, se a própria doutrina que tem o dever de gerar esse constrangimento epistemológico não

⁹⁰ - STRECK, Lenio Luis. Lições de Crítica Hermenêutica do Direito. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2014, p. 9.

o faz responsabilmente. Como se vê, os próprios tribunais e até mesmo os Ministros monocraticamente, e diga-se, indiscriminadamente, na maioria dos habeas corpus apreciados com base na nulidade absoluta por desatenção a literalidade do artigo 212 do CPP, decidem conforme Ângelo II de Shakespeare em *Medida por Medida*, ou seja, nesse caso não se aplica a letra da lei. Foi o caso do HC 103.525 de relatoria da Ministra Carmem Lúcia, onde o sujeito foi condenado a 8 anos de prisão em regime inicial fechado, foi violado literalmente o artigo 212 do CPP, o juiz fez a prova, o acusado buscou o remédio constitucional ao STF, e a Ministra Carmem Lúcia disse, surpreendentemente: “*não foi provado o prejuízo, porque a simples condenação não é o prejuízo*”. Isso é impressionante, são milhares de estudante de direitos, doutrinadores, defensores públicos e o STF diz que a “nulidade é relativa” porque não foi comprovado o prejuízo! É lamentável não conseguirmos mostrar ao STJ e STF que onde está escrito o juiz só pode fazer perguntas complementares, leia-se o juiz só pode fazer perguntas complementares, aquelas que vêm depois, em seguida. Isso é a força mínima da semântica existente no texto normativo, o sistema acusatório com a presença literal no artigo 212 do CPP, vem para confirmar dentro do Código de Processo Penal, aquilo que a Constituição Federal já tentava dizer desde 1988.

Na leitura apressada de Luís Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto, há o reconhecimento que de fato o artigo 212 do CPP alterou a ordem de inquirição das testemunhas⁹¹. Mas como fizeram já os Ministros Marco Aurélio e Cármen Lúcia do STF e os Ministros Jorge Mussi e Maria Thereza de Assis Moura do STJ, ousam em “optarem” pela fórmula tradicional de inquirição arraigada na práxis forense (no senso comum teórico) como se o Direito dependesse de escolhas livres, ou seja, reconhecem a existência de duas alternativas, a primeira que o juiz pergunta tudo (sistema inquisitivo) e a segunda que o juiz complementa a inquirição (sistema acusatório), mas indiscriminadamente, conforme drible hermenêutico referenciado por Streck optam pela leitura ultrapassada com base na velha tradição inquisitiva. E nesse mesmo sentido, o equívoco de Guilherme Nucci também é surpreendente, pois mesmo que o parágrafo único do artigo 212 do CPP descreva: “*Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição*”, sua leitura é que o juiz que começa a ouvir a testemunha como de praxe sempre foi assim e sempre será. Como se vê em todos os posicionamentos doutrinários a norma resultante do texto normativo é totalmente contrária daquilo que o legislador pretendeu transmitir no artigo 212 do CPP.

⁹¹ - Gomes, Luís 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, Pág.302.

Cabe salientar que, em virtude desse posicionamento doutrinário contrário ao texto normativo, para aqueles que creem que Democracia é simplesmente ir às urnas para optar entre o político A ou B, ficando livres para realizarem escolhas subjetivas no direito, ora sendo escravo da lei como Ângelo I, ora como Ângelo II decidindo conforme sua consciência em uma versão contemporânea da "vontade do poder" (*Wille zur Macht*) de Nietzsche, tudo isso não passa de um ledor engano, uma vez que os requisitos da própria Democracia encontram-se na plena autonomia do direito. Conforme a Teoria da Decisão Judicial de Streck⁹², baseada nos cinco princípios, devemos preservar a autonomia do direito, afastando os predadores do direito, quais sejam os juízos morais, políticos e econômicos, denominados de predadores externos. Distanciando-se também, daqueles elementos que fragilizam a autonomia do direito, como o uso desenfreado da ponderação *alexiana*, que se transformou em alibi para decisionismos, a discricionariedade, a transformação dos princípios em valores, que são denominados predadores internos. O segundo princípio estabelece as condições para a realização de um controle da interpretação, uma vez que Democracia quer dizer controle, e ressalva-se aqui, que a discricionariedade apresentada na maneira com que os doutrinadores e juristas interpretam o artigo 212 do CPP, reside a grande problemática. Em terceiro lugar, estabelecer que a fundamentação das decisões é um dever fundamental dos juízes e tribunais, uma espécie de *accountability* hermenêutica, uma fundamentação da fundamentação. E, por último, garantir que cada cidadão tenha sua causa julgada a partir da Constituição e que haja condições para aferir se essa resposta está ou não constitucionalmente adequada. Tudo isso consubstanciado, através da integridade na decisão, sempre primando pela continuidade do romance em cadeia. E, como se pode concluir, interpretar o artigo 212 do CPP nos limites semânticos produzido pelo texto legislativo, não é somente garantir os princípios constitucionais durante o devido processo legal e a posterior decisão conforme a constituição, mas fundamentalmente, garantir a manutenção da própria Democracia. Conforme Streck, "cumprir a letra (*sic*) da lei" significa, sim, nos marcos de um regime democrático como o nosso avanço considerável. Para corroborar na visão do Min. Eros Grau, em voto consignado na ADPF 144, "viver a democracia não é gratuito. Há um preço a ser pago por ela; em síntese, o preço do devido processo legal".

A presente ausência de integridade na interpretação do artigo 212 do CPP, que interrompe o romance em cadeia *dworkiniano*, é uma defesa irrestrita de uma concepção *solipsista* do juiz. E assim, faz com que o processo penal deixe de ser uma construção do caso penal conduzido pelas partes, em consonância com a segurança dos direitos fundamentais para se tornar um mecanismo inautêntico de concretização da justiça social, derivado da consciência do juiz Ângelo II, que decide como quer. Ao mesmo tempo,

⁹² - STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. Págs.609-620.

cabe destacar que o juiz não estará restrito ao papel de mero telespectador, ao contrário, sua função é garantir a força normativa da Constituição Federal, garantindo fundamentalmente o princípio do contraditório e os demais princípios constitucionais, e aqui se repisa mais uma vez a consternação com relação às decisões monocráticas construídas até o presente momento pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal que entendem pela nulidade relativa, ainda tão somente com a comprovação do prejuízo ao acusado, quando inobservado a literalidade do artigo 212 do CPP.

O próprio Supremo Tribunal Federal, considerado o guardião da Constituição Federal, sacrifica o avanço histórico que é o sistema acusatório (re)afirmado no texto do artigo 212 do Código de Processo Penal. A linha apresentada de interpretação embasada na integridade dworkiniana, é um fator de correção da interpretação que respeitaria todas as garantias constitucionais intrínsecas do acusado no interrogatório, garantindo a força normativa da Constituição Federal, e com isso, a manutenção da Democracia.