

PUCRS

ESCOLA DE HUMANIDADES  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO  
MESTRADO EM FILOSOFIA

JOSÉ CONRADO KURTZ DE SOUZA

**ESTRUTURAS DE AUTORIDADE E FINALIDADES DO PROCESSO:**  
A DECISÃO CRIMINAL NO MODELO HIERÁRQUICO DE MIRJAN DAMASKA SOB A  
PERSPECTIVA DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA

Porto Alegre

2018

PÓS-GRADUAÇÃO - *STRICTO SENSU*



Pontifícia Universidade Católica  
do Rio Grande do Sul

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA  
MESTRADO

JOSÉ CONRADO KURTZ DE SOUZA

**ESTRUTURAS DE AUTORIDADE E FINALIDADES DO PROCESSO:**  
A DECISÃO CRIMINAL NO MODELO HIERÁRQUICO DE MIRJAN DAMASKA SOB  
A PERSPECTIVA DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA

Porto Alegre

2018

JOSÉ CONRADO KURTZ DE SOUZA

**ESTRUTURAS DE AUTORIDADE E FINALIDADES DO PROCESSO:**  
A DECISÃO CRIMINAL NO MODELO HIERÁRQUICO DE MIRJAN DAMASKA SOB  
A PERSPECTIVA DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção de grau de Mestre pelo Programa de Pós-graduação em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Linha de Pesquisa: Fundamentação da Ética

Área de Concentração: Ética e Filosofia Política

Orientador: Prof. Dr. Draiton Gonzaga de Souza

Porto Alegre

2018

JOSÉ CONRADO KURTZ DE SOUZA

**ESTRUTURAS DE AUTORIDADE E FINALIDADES DO PROCESSO:  
A DECISÃO CRIMINAL NO MODELO HIERÁRQUICO DE MIRJAN DAMASKA SOB  
A PERSPECTIVA DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção de grau de Mestre pelo Programa de Pós-graduação em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Linha de Pesquisa: Fundamentação da Ética

Área de Concentração: Ética e Filosofia Política

Aprovado em: \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_.

BANCA EXAMINADORA:

---

(Orientador)

---

Porto Alegre

2018

## RESUMO

O presente trabalho dedica-se a investigar a procedência da crítica de parte da doutrina jurídica nacional de que os juízes brasileiros, no caso específico os juízes criminais, permanecem estacionados na filosofia da consciência, e assim por desconhecerem o giro ontológico-linguístico na filosofia. Problematizando essa questão, formulamos os seguintes questionamentos: estão realmente os magistrados criminais brasileiros ancorados no pensamento moderno, na filosofia da consciência? Se afirmativa a resposta, o que explica esse *status quo*, e quais os efeitos disso na mente do juiz? Deve-se isso a um apego idiossincrático, ou mesmo antropológico, a uma busca por uma verdade ontológica, real, substancial no processo judicial criminal? Ou as causas dessa estagnação estão em nível contextual e sistêmico, envolvendo a forma e a estrutura de autoridade do Estado e as finalidades do processo judicial penal? Para enfrentarmos metodologicamente esses questionamentos traçamos a linha de corte na presente pesquisa em dois planos. O primeiro, externo, ou sistemático-normativo, que subdividimos em dois subplanos, a saber: (a) no primeiro, examinamos os modelos estruturais de autoridade/poder, conforme delineados pelo Professor Mirjan Damaska; e (b) ainda de acordo com esse mesmo autor, examinamos as próprias finalidades do processo judicial. No segundo plano de corte da pesquisa procedemos a uma análise filosófica dos mecanismos e forças que atuam na mente do juiz criminal brasileiro, inserido que está no modelo hierárquico, ou, dito em chave clássica, em uma derivação do direito continental europeu, incumbido da tarefa de *fact-finder* e também de julgador do mesmo caso penal.

**Palavras-chaves:** Estado. Autoridade. Processo Penal. Verdade. Filosofia da Consciência. Hermenêutica Filosófica.

## ABSTRACT

The present work is dedicated to investigate the criticism of part of the national legal doctrine that Brazilian judges, in the specific case the criminal judges, remain stuck in the philosophy of conscience, and thus to ignore the ontological-linguistic turn in philosophy. Problematically, we ask the following questions: are Brazilian criminal magistrates really anchored in the modern thinking, in the philosophy of conscience? If so, what explains this *status quo* and what are the effects of this on the judge's mind? Is it an idiosyncratic or even anthropological attachment to a search for an ontological, real, substantial truth in the criminal judicial process? Or are the causes of this stagnation at the contextual and systemic level, involving the form and structure of authority of the State and the purposes of the criminal judicial process? To deal with these questions methodologically, we draw the cut line in the present research in two plans. The first, external, or systematic-normative, we subdivide into two sub-plans, namely: (a) in the first, we examine the structural models of authority / power as outlined by Professor Mirjan Damaska; and (b) still according to this same author, we examine the very purposes of the judicial process. In the second cut of the research we proceed to a philosophical analysis of the mechanisms and forces that act in the mind of the Brazilian criminal judge, inserted that is in the hierarchical model, or, said in classic conception, in a derivation of European continental law, entrusted with the task of *fact-finder* and also of judge of the same criminal case.

**Keywords:** State. Authority. Criminal proceedings. Truth. Philosophy of Consciousness. Philosophical Hermeneutics.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>6</b>
<b>1 (BREVE) APROXIMAÇÃO AO DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. PRESSUPOSTOS DO PROCESSO E DA PUNIÇÃO</b> .....	<b>10</b>
<b>2 ESTRUTURAS DE AUTORIDADE E OS FINS DO PROCESSO JUDICIAL PELAS LENTES DE MIRJAN DAMASKA</b> .....	<b>20</b>
2.1 O MODELO HIERÁRQUICO E O CONCENTRADO. AS FINALIDADES DO PROCESSO JUDICIAL .....	21
2.2 O PROCESSO PENAL EM CHAVE ANALÍTICA CLÁSSICA. <i>COMMON LAW</i> E <i>CIVIL LAW</i> .....	29
<b>3 A QUESTÃO DA VERDADE</b> .....	<b>42</b>
3.1 VERDADE ONTOLÓGICA, SUBSTANCIAL OU REAL.....	46
3.2. O PAPEL DO <i>FACT-FINDER</i> NO SISTEMA HIERÁRQUICO. A INFLUÊNCIA DAS INVESTIGAÇÕES POLICIAIS NA DECISÃO/MENTE DO JUIZ CRIMINAL. O EXPERIMENTO DE BERND SCHÜNEMANN .....	55
<b>4 A FILOSOFIA DA CONSCIÊNCIA E SEUS ANTECEDENTES</b> .....	<b>67</b>
4.1 <i>AUFKLÄRUNG</i> E SEUS ANTECEDENTES HISTÓRICOS.....	68
4.2 A SECULARIZAÇÃO.....	71
4.3 ILUMINISMO, IDEALISMO ALEMÃO E O FIM DA MODERNIDADE.....	76
<b>5 HANS-GEORG GADAMER E A FILOSOFIA DO DIREITO. DA EPISTEMOLOGIA À HERMENÊUTICA FILOSÓFICA</b> .....	<b>84</b>
5.1 A HERMENÊUTICA. ABORDAGEM HISTÓRICA.....	84
5.2. THE LINGUISTICS TURN.....	92
5.3 HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E FILOSOFIA DO DIREITO.....	96
<b>6 CONCLUSÃO</b> .....	<b>104</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>109</b>

## INTRODUÇÃO

Até pouco tempo restrita aos círculos acadêmicos, ou em cariz dogmático e morno dentro do Poder Judiciário, a discussão quanto à atuação dos juízes criminais nos dias atuais transbordou, alcançando o lar do cidadão comum, impactado na sua vida diária pelos efeitos políticos e econômicos do que ficou conhecido como Operação Lava-Jato, que ainda segue em andamento, e que trouxe à tona o largo espectro da promiscuidade entre políticos, gestores públicos - a Petrobrás é o maior exemplo - e o empresariado nacional, especialmente o da construção civil de grandes obras, em um quadro de corrupção sistêmica gigantesca, da qual não se conhecia precedente na história do país, ou quiçá mesmo do mundo, e sem que ainda se a tenha completamente dimensionado.

Chamados à ação por força das atribuições que o constituinte de 1988 os incumbiu, o Ministério Público e a polícia puseram-se à obra na tentativa trazer às barras da Justiça Criminal os responsáveis pela sangria criminosa bilionária dos cofres públicos, gerando, com isso, um notável efeito colateral: o debate, em amplo auditório, sobre os limites das atribuições do Ministério Público, da polícia, mas fundamentalmente a (re)avaliação do papel do juiz criminal e do próprio processo penal nacional, enfim do próprio sistema processual penal brasileiro.

A iterativa e larga exposição pela mídia das longas e complexas manifestações dos atores do processo penal em variadas Sessões de Justiça da nação trouxe à vista do grande público as vísceras do sistema de justiça criminal brasileiro, notadamente o modo de pensar, de interpretar e de aplicar o Direito Penal pelos juízes criminais.

Sob essa luz intensa, antigas e sistemáticas críticas à postura dos juízes criminais brasileiros ganharam novo fôlego, particularmente as que os imputam de repousarem adaptados<sup>1</sup>, solipsistas e de serem protagonistas de decisões de pouco ou nenhum respeito à lei. Em síntese, que a magistratura nacional é (re)produtora de

---

<sup>1</sup> ROSA, Alexandre Morais da. O juiz veste prada?: o sentido da deriva hermenêutica no pós CR/88. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.) **Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 25-31.

um sossegado *status quo* estampado em uma jurisprudência impregnada de ativismos, decisionismos e pragmatismos.<sup>2</sup>

As críticas, e por todas as de Lenio L. Streck<sup>3456</sup>, vão além do jurídico, alcançando a dimensão filosófica, em especial a assertiva de que os juízes brasileiros estão estagnados na modernidade, na filosofia da consciência, e assim por desconhecerem - ou talvez ainda pior - desconsiderarem o giro linguístico-ontológico<sup>7</sup> na filosofia.

---

<sup>2</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). **Constituição & ativismo judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

<sup>3</sup> Streck sustenta em seus escritos que os juristas nacionais ainda se orientam pelo paradigma epistemológico da filosofia da consciência, calcada na lógica sujeito-objeto, e que, particularmente, os juízes seguem avessos à virada linguística, de cunho pragmatista-ontológico vigente na contemporaneidade, na qual a relação, ou relações, passam a ser sujeito-sujeito. (STRECK, Lenio Luiz. **O que é isso: decido conforme minha consciência?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise, uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009).

<sup>4</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise, uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

<sup>5</sup> Streck escreve que houve uma equivocada e descontextualizada importação para o Brasil da Jurisprudência dos Valores, que teve palco na Alemanha do segundo pós-guerra, fator contributivo, segundo o autor, para uma produção judiciária fundada em uma práxis subjetivista, solipsista e retardatária do avanço de uma real constitucionalização do Direito e das práticas judiciárias no Brasil. (STRECK, Lenio Luiz. **O que é isso: decido conforme minha consciência?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 20-21).

<sup>6</sup> Dando particular ênfase crítica à jurisprudência, em especial a criminal, Streck aponta para a necessidade de maior controle das decisões judiciais e dos próprios juízes, sugerindo alternativas para a preservação, proteção e purificação da autonomia do Direito frente a seus predadores. Contra os "predadores" do direito, Streck sugere a tomada de medidas urgentes, tais como: a) por fatores exógenos: o banimento da moral no Direito (na forma de raciocínios corretivos morais), o banimento da política (que quer sempre mudar o Direito), o arredamento da economia (Law and economics); b) por fatores endógenos: o fim dos Embargos de Declaração, o fim da "justiça do caso concreto" e do panprincipiologismo.

<sup>7</sup> Quanto ao giro linguístico-ontológico: "[...] e essa viragem - que, se registre, supera o "primeiro" linguistic turn de viés analítico (e neopositivista) - deve ser compreendida a partir do caráter ontológico prévio do conceito de sujeito e da desobjetificação provocada pelo círculo hermenêutico (hermeneutische Zirkel) e pela diferença ontológica (ontologische Differenz). Não devemos esquecer que (ess)a viragem hermenêutico-ontológica, provocada pela publicação de *Sein und Zeit* por Martin Heidegger, em 1927, e a publicação, anos depois, de *Wahrheit und Methode* por Hans - Georg Gadamer, em 1960, foram fundamentais para um novo olhar sobre a hermenêutica jurídica." (STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a "Letra da Lei" é uma atitude positivista? **Novos estudos jurídicos**, Itajaí, SC, v. 15, n. 1, 2010. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308>>. Acesso em: 07 ago. 2016).

Todo esse quadro de fatos e de críticas já de muitos anos vem-nos inquietando e levando a um novo olhar sobre o direito brasileiro e sobre o modo de julgar dos juízes nacionais. Membro da magistratura estadual gaúcha de carreira há mais de 30 anos, o autor desta dissertação buscou, na Academia, colocar-se em diálogo franco com as questões acima ventiladas. É pois desse diálogo que emerge o problema da presente pesquisa, que posiciona o processo penal brasileiro como objeto de investigação filosófica, ao que, nesse mister, convertemos nos seguintes questionamentos: estão os juízes criminais brasileiros, conforme acusam as críticas, ancorados na filosofia da consciência? Acaso afirmativa a resposta a essa pergunta, quais são as causas dessa imobilidade? E ainda, quais os efeitos disso na mente do juiz? Estão as causas centradas no juiz, que, impulsionado por uma *ambição de verdade*, busca, *ex-officio*, uma verdade ontológica, substantiva e real, favorecido pelos instrumentos postos pelo legislador de 1941 à sua disposição?

Para resolver esses questionamentos traçamos a linha de corte da presente pesquisa, metodologicamente, em dois planos:

(1) o primeiro, externo, ou sistêmico-normativo, que subdividimos em dois subplanos, onde examinamos:

1.1 sob as lentes de Mirjan Damaska, os dois modelos de autoridade/poder que se refletem no processo judicial: o modelo hierárquico e o modelo coordenado, bem ainda os fins distintos do processo judicial, o de implementação de políticas - *Policy-implementing* -, que caracteriza o *activist state*; o de resolução de conflitos - *Conflict-solving*-, que marca o *reactive state*; 1.2 os elementos históricos e formativos dos dois grandes sistemas processuais penais do ocidente, a *civil law* e a *common law*, fazendo-o em chave analítica tradicional, dando ênfase a elementos ordinariamente utilizados para distinguir esses dois sistemas processuais penais, tais como, fundamentalmente, o caráter inquisitório de um e o acusatório do outro.

(2) No segundo plano por onde passa a linha de corte da nossa pesquisa, procedemos a uma abordagem filosófica, interna, do sistema de justiça criminal brasileiro. Nessa segunda parte do trabalho a ideia é, sob o prisma da hermenêutica filosófica, examinar os mecanismos e forças que atuam na mente do juiz criminal brasileiro, inserido que está no sistema hierárquico, ou, em chave clássica, em uma

derivação do direito continental europeu<sup>8</sup>, a *civil law*, incumbido concomitantemente das tarefas de *fact-finder*, ou seja, de investigador da verdade no caso penal e também de julgador desse caso.

Traçada a linha da pesquisa, seus questionamentos e objetivos, vamos iniciar com uma breve aproximação ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal em suas funções e objetivos.

---

<sup>8</sup> Quanto à inserção do sistema brasileiro em uma tradição em particular, diz Lenio L. Streck que vivemos uma espécie de ecumenismo jurídico, um *mix* de várias tradições: "Sempre estivemos, portanto, às voltas com essa espécie complicada de sincretismo. Isso é um problema porque acaba gerando a - falsa - ideia de que, como procuramos conjugar todas as tradições que conformam o direito ocidental, temos aqui um "direito melhor" ou "mais avançado". Certamente isso é um ledo engano." (STRECK, Lenio L. **Verdade e consenso**. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 28-29). Metodologicamente concordamos com Mirjan Damaska, nos termos do modelo hierárquico, marcadamente o da tradição do continente europeu, em contraste com o modelo coordenado, típico da common law, como veremos na sequência desta pesquisa. (DAMASKA, Mirjan R. **The faces of justice and state authority**: a comparative approach to the legal process. New Haven and London: Yale University, 1986. p. 11).

## 1 (BREVE) APROXIMAÇÃO AO DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. PRESSUPOSTOS DO PROCESSO E DA PUNIÇÃO

Ainda não se conhece sociedade civilizada que possa prescindir completamente do Direito Penal.

O Direito Penal tem por tarefa a proteção da coexistência humana em sociedade, que se cumpre segundo regras de tradição, que na sua generalidade formam a ordem social. A validade das normas sociais, como conjunto de crenças e valores da sociedade, em boa medida independe de coação, sendo autorrealizáveis. Há nisso uma percepção compartilhada pelos membros da comunidade da vital importância e necessidade de validade de normas sociais autoreguladoras, tanto assim que essa compreensão se expressa em sanções imanentes, ou, dito de outra forma, em reações sociais contrárias, automáticas e autoexecutáveis - reações sociais mediatas - do grupo social em face de condutas que o ameacem<sup>9</sup>. Há um completo sistema de autocontrole e preservação da vida social que é posto em ação por vários segmentos dentro da própria sociedade, tais como a família, a comunidade, a escola, a vizinhança, a igreja, serviços sociais, associações, agremiações, etc.

A ordem social, sem embargo de suas sanções inerentes, não tem o poder de por si só manter a coexistência social segura, pelo que deve ser complementada, aperfeiçoada e fortalecida através da ordem jurídica. O Direito Penal é parte desse sistema regulador, que, em última linha, visa a assegurar, através da coação estatal, que a ordem jurídica não seja quebrada.<sup>10</sup>

Quanto à normatividade, em um Estado constitucional as normas punitivas são produzidas pelo Poder Legislativo a partir de um consenso básico quanto a elevada lesividade social de determinadas condutas, que passam a ser definidas como penalmente relevantes sob forma de *tipos penais - Tatbestände* -, seguidos de

---

<sup>9</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Lehrbuch des strafrechts, Allgemeiner Teil**. 5. ed. Berlin: Dunkler und Humblot, 1996. s. 2-3.

<sup>10</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Lehrbuch des strafrechts, Allgemeiner Teil**. 5. ed. Berlin: Dunkler und Humblot, 1996. s. 3-4.

suas consequências jurídico-penais, tais como penas privativas de liberdade, pecuniárias e restritivas de direitos.

O Direito Penal, em sua radicalidade, está submetido a princípios que funcionam como controle de sua própria aplicação, limitando-o, de molde a impedir o arbítrio estatal<sup>11</sup>. Dentre esses princípios estão alguns como o da reserva legal, da intervenção mínima, da proporcionalidade, da humanidade, da irretroatividade da lei penal, da adequação social, da insignificância, da ofensividade, da culpabilidade, pessoalidade ou intrascendência, expressos nos brocardos *nullum crimen sine culpa* ou *nulla poena sine culpa*<sup>12</sup>. Esses princípios, sublinhe-se, constituem pressupostos indeclináveis para que se possa aplicar o Direito Penal, que repudia a responsabilidade objetiva, constituindo verdadeira conquista da humanidade.

Nada obstante o peso específico de cada um desses princípios, importa desde logo destacar o princípio da culpabilidade, que dentro do tema desta pesquisa tem particular relevo, já que figura como um dos pilares do modo de investigação da verdade no sistema hierárquico, ou continental europeu e seus derivados, dentre eles o brasileiro.<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral** 1. 13. ed. atual. São Paulo: Saraiva. 2008. p. 10.

<sup>12</sup> Até que a civilização ocidental chegasse a esses princípios ela trilhou uma longa história, que se inicia com a ideia de que o que não era proibido pela lei eclesiástica não poderia ser objeto de julgamento por uma corte eclesiástica. (BERMAN, Harold J. **Law and revolution: the formation of the western legal tradition**. USA: Harvard University Press, 1983. p. 185).

<sup>13</sup> Sem prejuízo de nossa abordagem do princípio da culpabilidade e a descoberta da verdade, o que faremos mais adiante no corpo da pesquisa, é desde logo oportuno salientar que o princípio da culpabilidade é fundante do **Amtsaufklärunggrundsatz** no direito processual penal alemão. Esse princípio consagra a obrigação/poder *Aufklärungspflicht* da corte de sindicar *ex-officio* a verdade material *materielle Wahrheit* que possa interessar à decisão, com algumas restrições nas hipóteses de transação penal, a denominada *Verständigung*, cf. § 257c StPO. (EISENBERG, Ulrich. **Beweisrecht der StPO Spezialkommentar**. München: Verlag C.H. Beck. 2013. s. 1-2; 15-16). No original: [...] Das Gericht ist verpflichtet, von Amts wegen selbständig (§ 155 Abs 2), dh ohne Bindung an Anträge oder Erklärungen der Prozessbeteiligten, die Tatsachengrundlage des Tatvorwurfs umfassend zu untersuchen und aufzuklären (§ 244 Abs 2), bevor es eine Entscheidung trifft.“ Em tradução livre: “A Corte é obrigada, por si própria e por dever de ofício (*ex officio*), isto é, sem ligação a petições ou declarações/esclarecimentos das partes no processo, a investigar e esclarecer amplamente os fundamentos de fato da acusação antes de tomar uma decisão.”

Muito sucintamente, pode-se dizer, por ora, que, pelo princípio da culpabilidade, em sentido *lato*<sup>14</sup>, somente haverá crime e pena se ficar demonstrado, mediante processo judicial - *Due process of law* -, funcionando sob os princípios do contraditório e da ampla defesa, o liame fático entre a conduta humana (no modo dolo ou culpa) e o resultado previsto na norma previamente constante na legislação penal.

A culpabilidade, nas palavras de Welzel:

[...] não se conforma com a relação de discordância objetiva entre a ação e o ordenamento jurídico, mas lança sobre o autor a reprovabilidade pessoal por não haver omitido a ação antijurídica - contrária ao direito - apesar de tê-la podido omitir.<sup>15</sup>

Quanto ao conteúdo da culpabilidade no Direito Penal, transporta ele, insito, um sentido de reprovabilidade moral do agente em confronto com o conjunto de valores vigentes na sociedade.

*La retribuzione morale - proprio per il tramite della colpevolezza - realizza un evidente e consapevole spostamento d'accento dal fatto oggettivo all'autore. La colpevolezza, in effetti, viene a costituire la condizione essenziale in presenza della quale si giustifica moralmente che la reazione sanzionatoria colpisca la persona dell'autore per il fatto commesso; la colpevolezza esprime la condizione in base alla quale il soggetto autore merita il castigo, lui personalmente nella interezza della sua concreta e reale personalità, per il male commesso, perchè solo quando il fatto offensivo "appartiene" interamente al suo autore ed esprime pertanto la sua personalità, l'autore viola il precetto morale del riconoscimento dell'umanità propria e altrui. In assenza di colpevolezza, il fatto oggettivamente offensivo è equiparabile - da un punto de vista morale - ad un accadimento della natura. La colpevolezza si presenta dunque como espressione della personalità dell'autore nel senso cioè che essa può dirsi una sorta di "presa di posizione" del soggetto, anchorchè puntuale, episodica e contingente come è il fatto costitutivo della violazione, nei confronti dei valori sociali giuridicamente tutelati: un'autonoma determinazione psicologica del soggetto al "male" rappresentato dalla violazione. In breve: Si può pertanto dire che la colpevolezza trae il suo fondamento giustificativo*

---

<sup>14</sup> Culpa neste sentido é o de responsabilização penal pelo crime, e não como pressuposto da pena.

<sup>15</sup> WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. 2. ed. rev. Tradução, prefácio e notas de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 94.

*dalla retribuição moral, consiste substancialmente in un atteggiamento psichico del soggetto nei confronti del fatto criminoso e costituisce un requisito della responsabilità penale.*<sup>16</sup>

Por fim, também por sua especial relevância, é interessante sublinhar o princípio da personalidade, igualmente denominado de princípio da pessoalidade ou intranscendência, que impede que a pena vá além da pessoa do autor do fato delituoso, atingindo a pessoa ou bens de terceiros, conforme estabelece a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, inciso XL.<sup>17</sup>

Feitas essas anotações concernentes ao Direito Penal, vejamos alguns traços fundamentais do Direito Processual Penal.

A realização do Direito Penal é tarefa do Processo Penal. Como diz Tonini:

*La legge penale definisce i "tipi di fatto" che costituiscono reato e le sanzioni previste per coloro che li commettono. La legge processuale penal regola il procedimento mediante il quale si accerta se è stato commesso un fatto di reato, se l'imputato ne è l'autore e, in caso positivo, quale pena debba essergli applicata.*<sup>18</sup>

O processo penal constitui, portanto, a interface *Estado - Pessoa humana* que mais claramente permite visualizar a urgência dos valores humanos em sua expressão jurídica formal e material e também filosófica. A dignidade da pessoa humana<sup>19</sup> e o monopólio da violência pelo Estado *Staatsgewalt* encontram-se, na

---

<sup>16</sup> PALAZZO, Francesco. **Corso de diritto penale: parte generale**. 4. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2011. p. 25.

<sup>17</sup> Diz a Constituição Federal de 1988 que: "nenhuma pena passará da pessoa do condenado". A propósito, conforme magistério de José Antonio Paganella Boschi, o princípio da intranscendência: "é expressão da lenta evolução dos povos. Constou da Declaração dos Direitos do Homem, de 1789, foi reeditado na Declaração dos Direitos Humanos, de 1948, e tem, em nosso meio, base constitucional". (ALVES, Jamil Chaim. Princípio da personalidade da pena e execução penal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo. v. 899, p. 431-454, 2010. Disponível em: [https://www.google.com.br/search?q=pessoalidade+da+pena+pena&ie=utf-8&oe=utf-8&client=firefox-b&gws\\_rd=cr&dcr=0&ei=mLiqWom9H4WAwgS78LbgDQ](https://www.google.com.br/search?q=pessoalidade+da+pena+pena&ie=utf-8&oe=utf-8&client=firefox-b&gws_rd=cr&dcr=0&ei=mLiqWom9H4WAwgS78LbgDQ) . Acesso em: 15 mar. 2018).

<sup>18</sup> TONINI, Paolo. **Manuale di procedura penale**. 18. ed. Milano: GIUFFRÈ, 2017. p. 1.

<sup>19</sup> Para Sarlet: "[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua

seara processual penal, em dramática posição relacional: *pessoa humana - liberdade - autoridade*, contexto em que o juiz, seja ele profissional ou leigo - juiz dos fatos -, está epistemologicamente situado como agente de poder/autoridade do Estado responsável por decidir sobre a culpa do outro<sup>20, 21</sup> e aplicar a sanção penal, fazendo-o no âmbito de um (e vinculado a) procedimento previamente definido pelo legislador, e que constitui condição de possibilidade para o exercício do *jus puniendi* do Estado, que a ele, e por ele próprio, é reservado.

Em suma, o *jus puniendi* do Estado está em relação direta com o *estado de inocência* do ser humano, e somente poderá ser aplicado através da estrutura ritualístico-normativa prévia ao fato criminoso, que no Brasil é o Código de Processo Penal, e em leis especiais que contêm variações procedimentais penais.<sup>22</sup>

*Das Strafverfahrensrecht ist der Seismograph der Staatsverfassung!* Ou no vernáculo: o Direito Processual Penal é o sismógrafo da Constituição! Essa feliz expressão de Roxin e Schünemann alerta para aspecto de suma relevância, o de que a feição da estrutura política de um Estado se reflete inexoravelmente no processo penal.

---

participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida." (SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 73).

<sup>20</sup> "Sin embargo, por outro lado, la doctrina distingue habitualmente, en el seno del Derecho penal, dos classes de "normas": las normas primarias", que aquí se entienden como dirigidas a los ciudadanos prohibiéndoles la comisión de delitos, y las "normas secundarias", dirigidas a los jueces ordenándoles la imposición de sanciones penales en el caso de que se cometan delitos." e segue o ilustre professor espanhol: "Puede concluirse que cabe interpretar las formulaciones de los enunciados legales de Parte especial (complementadas con otros de la Parte general) en el sentido de que expresan una norma dirigida a los jueces en términos hipotéticos." (SILVA SANCHES, Jesús María. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. 2. ed. Buenos Aires: Julio Cesar Faira Editor, 2010. p. 506-508).

<sup>21</sup> De um lado a lei, do outro a obrigação - e sua indeclinabilidade, lembrando-se que o direito brasileiro não acolhe a fórmula *non liquet* - de fundamentação das decisões judiciais criminais, a decisão judicial no Estado Democrático de Direito tem de ser proferida por um juiz constitucionalmente independente e imparcial.

<sup>22</sup> Seguindo a linha de corte da presente pesquisa, refiro-me aqui ao Código de Processo Penal brasileiro e à legislação em vigor, que contenha normas procedimentais penais, como é o caso da Lei de Organização Criminosa, por exemplo.

A comprovar essa assertiva é suficiente um rápido olhar para o passado para constatarmos que já no absolutismo, início da era moderna, o monarca retinha consigo, e segundo seus interesses e poder, o exercício exclusivo da justiça. Nos regimes autoritários a violência estatal é de certa forma mais sutil e recorrentemente instrumentalizada no Judiciário, repousando na mão de juízes sem independência funcional e ideologicamente comprometidos com o regime, funcionando a magistratura, mais ou menos explicitamente, como uma espécie de *longa manus* dos detentores do poder.<sup>23</sup>

Ponto em comum dos regimes autoritários, em geral, é o de que neles o acusado não goza do *status* de sujeito, mas é visto como um mero *objeto* do processo, e nessa condição submetido ao poder do Estado, seja sob pretexto do "*direito*" do monarca, nos regimes monárquicos; no segundo, por *razões* eufemisticamente ditas "de Estado".

Esse *status*, na história, somente veio a sofrer alterações com a *Aufklärung*, que trouxe três importantes mudanças libertadoras: a) a separação de poderes - *Gewaltenteilungsprinzip*, a partir do que o juiz se desvinculou do executivo e ganhou independência funcional, passando então a ter o poder de decidir com independência e imparcialmente -. Ao mesmo tempo em que isso aconteceu, houve também alterações relevantes nas instâncias do executivo responsáveis pela persecução penal, que passam a formar um corpo individualizado e desvinculado dos tribunais, que no Brasil é o Ministério Público<sup>24</sup>; b) o acusado passa a ser visto não mais como um *objeto* do processo, mas agora como sujeito de direitos; e, por fim c) passa a vigor o princípio da reserva legal - *Vorbehalt des Gesetzes* -, segundo o qual a intervenção do Estado na liberdade do indivíduo somente pode-se dar mediante regras fixas - *leis* - anteriores ao crime - *nullum crime sine praevia lege*, *Nulla poena sine lege praevia*.<sup>25</sup>

---

<sup>23</sup> ROXIN, Claus. SCHÜNEMMAN, Bernd. **Strafverfahrensrecht**. 26. ed. München: Verlag C. H. Beck, 2009. p. 26, s. 8.

<sup>24</sup> A instituição Ministério Público, na Alemanha *Staatsanwaltschaft*, foi introduzida nesse país em meados do século XIX. (GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais**. Alemanha - Espanha - Itália - Portugal - Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 29).

<sup>25</sup> ROXIN, Claus. SCHÜNEMMAN, Bernd. **Strafverfahrensrecht**. 26. ed. München: Verlag C. H. Beck, 2009. s. 3-4.

O processo penal, conforme Roxin e Schünemann é de complexa arte, pois ao mesmo tempo em que tem por tarefa julgar o acusado deve proteger o inocente, zelando, através de um procedimento regular e isento de arbítrio, pela validade e eficácia da sentença judicial. Destacam os autores alemães que esse desiderato não pode ser atingido a qualquer custo, senão por via estruturada e dialética.<sup>26</sup>

Característica indeclinável do processo penal é que a forma constitui garantia do acusado - *Due process of law* - e é legitimadora da atuação do Estado.<sup>27</sup> O rito, portanto, tem dupla função: a de instrumento de poder do Estado e também de garantia do acusado contra esse mesmo poder limitador da liberdade individual.

Lopes Jr. identifica cinco princípios constitucionais básicos do processo penal que merecem reprodução: 1) Jurisdicionalidade - *Nulla poena, nulla culpa sine iudicio* - que consistente na exigência constitucional de que o juiz seja imparcial e natural, isto é, que ele não tenha vínculos com as partes e que seja definido anteriormente ao fato. Ou, dito de outro modo, o juiz deve ser previamente determinável dentro das regras legais de competência, não podendo estar sob qualquer hipótese vinculado por parentesco, amizade, ou mesmo por eventos fáticos, vinculado às partes. Além disso, o julgador tem de estar comprometido com a máxima eficácia da própria Constituição, expressando dimensão não somente jurídica, mas também ética; 2) princípio acusatório, que estabelece a separação das funções do juiz das que competem às partes no processo, fundamentalmente no que toca à iniciativa probatória, que deve ser sempre das partes; 3) presunção de inocência; 4) contraditório e ampla defesa; e 5) que as decisões judiciais sejam motivadas, como imperativo de controle de sua racionalidade, seja no respeitante à decisão judicial definitiva, seja em relação às decisões interlocutórias tomadas no curso do procedimento.<sup>28, 29</sup>

---

<sup>26</sup> ROXIN, Claus. SCHÜNEMMAN, Bernd. **Strafverfahrensrecht**. 26. ed. München: Verlag C. H. Beck, 2009. s. 3-4.

<sup>27</sup> LOPES JÚNIOR. Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 171-255.

<sup>28</sup> Artigo 5º, incisos XXXVII e LIII da CF. Alexandre de Moraes observa que: "A imparcialidade do Judiciário e a segurança do povo contra o arbítrio estatal encontram-se no princípio do juiz natural uma de suas garantias indispensáveis." In MORAIS, Alexandre de. **Direito constitucional**, 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 76. Vale anotar que a imparcialidade do julgador é pressuposto processual de *validade*, que decorre do princípio do juiz natural, não se admitindo juiz *ex post facto*, sob pena de nulidade absoluta do processo.

O Direito Processual Penal, como disciplina normativa, está inserto no ramo do direito público e é formado por normas e princípios em necessária e direta conexão com a Constituição e com o Direito Penal. Embora de caráter dogmático, o processo penal não é estático, uma vez que as normas que compõem seus estatutos estão em constante movimento dialético, seja na jurisprudência, nas discussões doutrinárias, no dia a dia dos foros criminais, sendo elas sempre passíveis de alterações que lhes imprimam as exigências da ordem política-social.

O Direito Processual Penal não é um fim em si mesmo, mas obedece a uma certa natureza instrumental, o que é característico do processo, valendo reprimir o alerta de que no processo penal a fórmula tem função de garantia do acusado - *forma dat esse rei*.<sup>30,31</sup>

Uma das funções mais importantes do processo penal é a de controle da jurisdição como poder do Estado (*Estado-Juiz*) de julgar e decidir, com efeito vinculativo pleno, condutas violadoras das normas penais. É no processo penal que se interconectam o monopólio da violência do Estado e a proteção dos direitos e garantias individuais, dentre eles o segundo valor mais importante para o ser humano após o direito à vida, o de liberdade. Por isso, diz Noronha, mais do que qualquer outras, as leis processuais penais protegem e tutelam o direito de defesa

---

<sup>29</sup> No mesmo sentido o direito alemão, em que a imparcialidade do juiz é concebida como corolário do princípio do juiz natural, *Gesetzlicher Richter*, previsto na Grundgesetz (Lei Fundamental alemã), no seu artigo 101, parágrafos 1 e 2, ocasionando, sua violação, a nulidade do processo. (HARTMANN, Arthur, SCHMIDT, Rolf. **Strafprozessrecht. Grundzüge des Strafverfahrensrecht**. 4. ed. Grasberg bei Bremen: Verlag Rolf Schmidt GmbH, 2012. s. 63). “Aus dem Grundsatz des gesetzlichen Richters folgt der Anspruch auf einen unvoreingenommen, d.h. persönlich am Ausgang des Verfahrens nicht interessierten Richter, der mit der nötigen Distanz eines unbeteiligten Dritten über den Rechtsstreit entscheidet. Folgerichtig ist der Grundsatz des gesetzlichen Richters verletzt, wenn ein Richter mitwirkt, der diese Unvoreingenommenheit nicht besitzt. [...]”. Em tradução livre: “Do princípio do juiz natural segue a exigência de um juiz imparcial, isto é, sem interesse pessoal no resultado do processo, que decida o litígio com a necessária equidistância de um terceiro imparcial. Consequentemente, a violação do princípio do juiz imparcial dá-se se um juiz, não tendo imparcialidade, vem a atuar no processo. Ver também PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernard. **Grundrechte Staatsrecht II**. München: C.F. Müller, 2015. s. 290.

<sup>30</sup> NORONHA, Magalhães, E. **Curso de direito processual penal**. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1969. p. 15

<sup>31</sup> “A forma dá existência à coisa”, ou seja, as regras processuais penais são garantia do acusado em face ao poder do Estado, a ele impondo freios e controles.

de todos os direitos de que o homem goza na vida em sociedade<sup>32</sup>, acrescentando-se, com Tornaghi, que o processo penal é o prolongamento e a efetivação do capítulo constitucional sobre os direitos e garantias individuais, constituindo o Código de Processo Penal verdadeiro estatuto protetor dos inocentes, que nele encontram escudo contra a prepotência dos juízes ou a má-fé dos adversários.<sup>33, 34</sup>

Ainda quanto à independência dos juízes, não é preciso dizer que não há quaisquer dúvidas de que a atividade decisória em um Estado Democrático de Direito não pode estar afeta a instâncias burocráticas e administrativas vinculadas ao Executivo ou ao Legislativo. Se assim fosse, tanto um quanto outro tratariam rapidamente de aparelhar as decisões judiciais em conformidade com seus próprios interesses, projetos político-ideológicos e econômicos. A prerrogativa de independência decisória dos juízes é, por isso, exigência e conquista civilizacional, e vem estampada nas constituições democráticas do mundo civilizado, não se coadunando com regimes de força, não sendo por menos que é sonho dos regimes autoritários ter o controle da jurisdição, já que juízes servis, sem independência funcional, são instrumentos úteis aos regimes ditatoriais.

Nada obstante, a imperativa independência da magistratura não se confunde com isenção ou ausência de qualquer controle. Ao contrário, o mesmo imperativo democrático que sustenta a independência judicial exige que a jurisdição seja controlada, seja no que diz respeito ao aspecto disciplinar, quando de desvios de condutas dos juízes, seja no que diz respeito à qualidade da decisão, sua imparcialidade e correção técnica, de molde a que a Justiça se aproxime de um ideal de justiça, assim entendido um conjunto de valores ético-sociais compartilhado pela sociedade como um todo.

---

<sup>32</sup> NORONHA, Magalhães, E. **Curso de direito processual penal**. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1969. p. 6.

<sup>33</sup> TORNAGHI, Hélio. **Compêndio de processo penal. tomo 1**. Rio de Janeiro: Ed. José Konfino, 1967. p. 15.

<sup>34</sup> Referentemente ao Processo Penal brasileiro, sinteticamente, está ele estruturado em duas partes distintas e teoricamente independentes. A primeira regula o procedimento das investigações policiais, o Inquérito Policial, em que a polícia, em face da *notitia criminis*, inicia a apuração da existência do fato e de quem seja o seu autor. A segunda parte regula a ação penal propriamente dita, que tem início com a decisão que recebe a denúncia proposta pelo Ministério Público, ou a queixa-crime nos crimes de ação penal privada nas hipóteses específicas previstas em lei, culminando com a sentença, tendo a decisão final carga vinculativa plena, que concretiza o *jus puniendi* do Estado.

Feita essa sucinta aproximação ao Direito penal e ao Direito Processual Penal, seguindo o que já adiantamos na introdução, passaremos a analisar os dois grandes sistemas/modelos processuais penais do mundo ocidental pelas lentes de Mirjan Damaska, e, a seguir, em chave clássica, com ênfase no sistema criminal brasileiro, que, predominantemente, deriva do continental europeu.<sup>35</sup>

---

<sup>35</sup> O Código de Processo Penal brasileiro, Decreto-Lei nº. 3.689, de 3 de outubro de 1941, ainda vigente no país, recebeu marcada influência do processo penal italiano de 1930 (Codice Rocco), que é particularmente reacionário, tanto assim que a legislação italiana paradigma postava o Ministério Público como verdadeiro "medium do Poder Executivo", isto é, em posição assemelhada à do juiz, ao mesmo tempo em que a defesa estava relegada a um papel secundário e praticamente supérfluo. E, nota o autor, ainda pior: a presunção de inocência dava lugar à verdadeira presunção de culpa, o que se expressava no campo das nulidades processuais, em que o silêncio a tudo sanava, sendo a prisão a regra. Nesse sistema, os recursos, em via sempre estreita, são sempre obstaculizados por disposições taxativas, inclusive quando o acusado se oculta ou foge do distrito da culpa." (GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais**. Alemanha - Espanha - Itália - Portugal - Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 7).

## 2 ESTRUTURAS DE AUTORIDADE E OS FINS DO PROCESSO JUDICIAL PELAS LENTES DE MIRJAN DAMASKA

Rejeitando por insuficientes e imprecisas as classificações ordinariamente expostas em relação à administração da Justiça, em sentido amplo, Mirjan Damaska, não sem antes recolher da doutrina tradicional elementos importantes, sugere outros marcos a partir dos quais pode-se estudar de modo sistemático os vínculos entre autoridade e processo judicial, aqui implicadas as suas finalidades.

Damaska apresenta metodologicamente dois modelos procedimentais de justiça a partir dos traços mais importantes dos dois principais sistemas jurídicos do ocidente, o continental europeu e o vigente nas terras onde domina a tradição da *common law*, não se limitando o autor, todavia, a meros contrastes procedimentais entre a *common law* e a *civil law*, e menos ainda restringindo sua análise exclusivamente à ordinária comparação/separação entre sistema inquisitório/não adversarial *versus* acusatório/adversarial, observando que muitos dos traços de um sistema/modelo são identificáveis no outro e vice-versa.

O segundo tema sobre o qual debruça-se Damaska, e que, como referido, está implicado no primeiro, e que nos interessa sobretudo nesta pesquisa, é o que relaciona os procedimentos judiciais com visões sobre o papel do Estado na sociedade. Damaska modela essa perspectiva a partir da percepção de que as ideias dominantes acerca do papel do Estado na sociedade informam as visões sobre os propósitos da justiça, o que é mais facilmente percebido na eleição de muitos concertos procedimentais. Dito em outros termos, as formas do processo judicial ajustam-se aos propósitos do Estado. Mais ainda, somente certas formas procedimentais podem justificar os termos da ideologia prevalente em determinado Estado.

É portanto observando variados aspectos, sejam eles ideológicos, políticos ou jurídicos, que Damaska constrói seus dois modelos ideais de autoridade procedimental, o modelo *concentrado*, ou *coordenado*, identificado basicamente na *common law*, nascido na Inglaterra e transmitido a outros países de tradição anglofônica, dentre eles os Estados Unidos, o Canadá, a Austrália e a África do Sul,

e o modelo *hierárquico*, amplamente observável no continente europeu<sup>36</sup> e em países que lá têm sua matriz jurídica, como é o caso do Brasil.

Quanto aos fins do processo judicial, Damaska igualmente identifica dois modelos. O primeiro é o que incorpora no processo judicial a concepção de Estado marcada pela assunção da responsabilidade de administrar e conduzir ativamente a sociedade, nela interferindo até mesmo profundamente. É o que o autor denomina de *policy-implementing*, implementação de políticas estatais. De sua vez, o segundo modelo construído pelo autor é o que expressa no processo judicial a finalidade de *conflict-solving*.

Esse modelo, o de *conflict-solving*, caracteriza-se pela disposição do Estado de manter-se de certo modo indiferente à vida social, somente atuando em nível de resolução de conflitos, de manutenção do equilíbrio, e assim mesmo quando não for possível aos cidadãos fazê-lo por seus próprios meios e iniciativas dentro dos limites das exigências sociais expressas nas leis do país, expressando aqui uma postura (ideal) do *laissez-faire*.<sup>37</sup>

Lançadas essas ideias iniciais, passemos a visualizar mais profundamente os modelos de Mirjan Damaska.

## 2.1 O MODELO HIERÁRQUICO E O CONCENTRADO. AS FINALIDADES DO PROCESSO JUDICIAL

Em relação às estruturas de autoridade/poder e seus reflexos no processo judicial, Damaska classifica-as: 1) quanto às atribuições dos agentes estatais; 2) suas relações entre si; 3) a maneira como decidem.

---

<sup>36</sup> DAMASKA, Mirjan R. **The faces of justice and state authority**: a comparative approach to the legal process. New Haven and London: Yale University, 1986. p. 16.

<sup>37</sup> "Finally, the policy-implementing and the conflict-solving processes arise against the background of two extreme views about the role of government - views in which the roots of the conventional opposition of inquest and contest forms are perceived. This link to political ideology provides the context in which I shall address the issue of how far the twin themes of party dispute and official inquiry can be pressed in modern states." (DAMASKA, Mirjan R. **The faces of justice and state authority**: a comparative approach to the legal process. New Haven and London: Yale University, 1986. p. 12).

A primeira classificação é aquela em que o autor visualiza a distinção entre agentes estatais técnicos profissionalizados e permanentes em contraste aos transitórios e não treinados. Na segunda, vê ele agentes vinculados a uma estrita rede de trabalho em que há uma *super* ou *subordinação*, em contraste com o modelo em que os agentes estão posicionados de modo igual e organizados em um só escalão horizontal de autoridade. Na terceira classificação, vê Damaska diferenciados os responsáveis pela decisão subdivididos entre os que aplicam *standards* decisórios especiais, ou técnico-decisórios, daqueles que o fazem informados por normas comunitárias comuns, ou seja, o *common sense*.<sup>38</sup>

De sua vez, no que toca aos fins do processo judicial, Damaska identifica dois modelos: o que incorpora no processo judicial a concepção de Estado marcada pela assunção da responsabilidade de conduzir ativamente a sociedade, nele interferindo em diversos níveis, denominada pelo autor de *policy-implementing*, e o modelo que expressa no processo judicial a finalidade de *conflict-solving* que é identificado pela disposição do Estado de manter-se na retaguarda da vida social, somente atuando em nível de resolução de conflitos e manutenção do equilíbrio, quando isso não for possível pela iniciativa dos cidadãos, expressando aqui uma postura (ideal) do *laissez-faire*.

Iniciemos com o modelo hierárquico, no qual há uma busca de *certeza* e de tomada de decisões que exigem políticas uniformes desenvolvidas para esse fim.

A autoridade é delegada e seu exercício estritamente controlado, ou seja, aquele que exerce autoridade está previamente posicionado no interior do sistema em relação a um ponto central de poder.<sup>39</sup> É característica do modelo hierárquico a existência de uma *força centrífuga* que empurra *tudo* em direção a um ponto central de autoridade, o que se reflete na atuação daqueles que detêm posições de autoridade, reduzindo sua autonomia e poder.

---

<sup>38</sup> DAMASKA, Mirjan R. **The faces of justice and state authority**: a comparative approach to the legal process. New Haven and London: Yale University, 1986. p. 16.

<sup>39</sup> DAMASKA, Mjrian. R. **Structures of Authority and Comparative Criminal Procedure**. Yale Law School. Yale Law School Legal Scholarship Repository. 01.01.1975. Disponível em:  
<<http://digitalcommons.law.yale.edu/do/search/?q=Mirjan%20Damaska&start=0&context=845658>>. Acesso em: 17 ago. 2016.

Neste modelo são claras as escalas de graduação de poder; quanto mais alto é o escalão no interior do sistema, mais compreensível é o poder, mais poder é retido pelos oficiais a quem é atribuído o poder judicial.

No modelo hierárquico são normais e iterativas as revisões das decisões judiciais pelas esferas superiores de poder, o que, importa notar, gera um expressivo acervo documental escrito, fonográfico e/ou visual, de modo a possibilitar as revisões pelos escalões superiores da hierarquia judicial. E aqui já se acusa a capital importância na compreensão do modelo hierárquico as diretrizes decisórias hierarquizadas. É ideal compreensivo do modelo que diretrizes hierarquizadas sejam seguidas pelos escalões inferiores, quanto mais estritamente forem seguidas/obedecidas, maior a uniformidade, e assim mais valorizado é o profissional julgador<sup>40</sup>, que está assentado em uma carreira judiciária funcional. Em outros termos, quanto mais uniformes forem aplicadas as diretrizes decisórias, mais *azeitado* será o sistema.

Igualmente característico do modelo hierárquico são os mecanismos para redução da discricionariedade do julgador, seja pelo ideal de uniformidade vertical, o que, como já dito, enseja constantes revisões das decisões judiciais por escalões mais elevados da hierarquia, seja pelo controle do conteúdo das decisões mediante a obrigatoriedade de sua fundamentação.

Damaska adverte que diretrizes normativas ou administrativas teórico-abstratas podem gerar sérios e frequentes problemas de coerência com o caso

---

<sup>40</sup> "En contraste con nuestra judicatura como segunda carrera y "de entrada lateral", un juez de carrera forma parte del cuerpo de funcionarios de un determinado país. Los nombramientos e promociones se producen en función del mérito. La promoción es un elemento importante en la carrera judicial porque un recién licenciado en derecho ocupará de forma natural el rango más bajo de la judicatura y querrá ir progressando a cargos de mayor responsabilidad conforme vaya adquiriendo experiencia. Hay poca diferencia entre los jueces de carrera y otros funcionarios profesionales que el análisis del comportamiento judicial en el caso de los jueces de carrera ha de ser semejante al que se hace del comportamiento de la burocracia estatal en general, que a su vez es semejante, aunque no idéntico, al comportamiento de los empleados de una gran empresa. [...] los jueces compiten por ser promocionados tratando de agradar a sus superiores. No es accidental que los sistemas jurídicos que tienen jueces de carrera y que, por tanto confián en las decisiones de promoción como herramienta de gestión tiendan también a confiar, como instrumento de guía de los jueces, en los códigos jurídicos detallados más que en los estándares más flexibles de los sistemas de common law." (POSNER, Richard A. **Cómo deciden los jueces**. Traducción de Victoria Roca Pérez. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas e Sociales, 2011. p. 146-151).

concreto, produzindo indisfarçáveis conflitos entre a normatividade e a experiência, gerando, acrescentamos, tendências a decisões fundadas em mera lógica formal, distanciadas da realidade e de um desiderato de justiça concreta.

*Yet the desire for precision and comprehensiveness of normative propositions creates a difficulty: Precise directives covering wide areas of experience can easily conflict. Hence there are strong demands in the hierarchical model for the ordering, systematization and simplification of the normative universe.*

*What emerge from this brief description is that the use of "official discretion" is viewed with disfavor. Essentially, the exercise of discretion represents a necessary evil in the hierarquical model, an evil to be tolerated so long as more precise guidelines for official action cannot be formulated.<sup>41</sup>*

Conforme já acima acenado, malgrado seja ideal do modelo hierárquico a reprodução de *standards* decisórios definidos em escalas superiores na camada hierárquica de poder, o que é verdadeiramente um desiderato do sistema, é consabido ser impossível a tomada de decisões, *decisionmaking*, mediante a exclusiva aplicação de diretrizes normativas:

*The foregoing features of the hierachical model influence officials perceptions of their roles. Consider, for instance, the ideal of official decisionmaking: This process is one in which clear directives are aplied to accurately determined facts. The personal views of officials as to the desirability of the outcome of this process must be considered irrelevant. Official are "servants", members of the service class merely administering normative standards which are supplied to them.*

[...]

*What are the most important qualifications for a position in the official hierarchy? An office holder must be a technical expert capable of efficiently applying normative standards, irrespective of what interests are thereby served. A good official is also one who has mastered the bureaucratic skills that permit the smooth functioning of the hierachical authority structure.<sup>42</sup>*

---

<sup>41</sup> Cf. pág. 485. DAMASKA, Mjrian. R. **Structures of Authority and Comparative Criminal Procedure**. Yale Law School. Yale Law School Legal Scholarship Repository. 01.01.1975. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.yale.edu/do/search/?q=Mirjan%20Damaska&start=0&context=845658>>. Acesso em: 17 ago. 2016.

<sup>42</sup> DAMASKA, Mjrian. R. **Structures of Authority and Comparative Criminal Procedure**. Yale Law School. Yale Law School Legal Scholarship Repository. 01.01.1975. Disponível

Por fim, no toca ao tema *burocracia clássica* propriamente dita, pode ela ser identificada em sua característica de priorização de corpos de oficiais profissionalizados que compõem uma estrutura piramidal de autoridade, embora, ressalve-se, seja também possível uma burocracia sem que seja hierárquica, isto é, que seja concebida onde os profissionais desenvolvam uma sequência ordenada de atividades, em que cada qual, atuando em um segmento da mesma tarefa, sem que haja uma revisão superior de qualquer decisão anterior, atinja uma decisão final após terem seguido uma linha procedimental cumulativa e linear, características, pois, do modelo coordenado.

Feitas essas anotações, passamos a seguir a discorrer sobre as características principais que identificam o modelo/sistema concentrado ou coordenado.

O modelo/sistema coordenado caracteriza-se por sua constituição em uma organização estrutural com um corpo não profissionalizado de julgadores dispostos em uma única camada de autoridade, e que toma decisões aplicando padrões comunitários indiferenciados, isto é, com base no *common sense*.<sup>434445</sup>

em:

<<http://digitalcommons.law.yale.edu/do/search/?q=Mirjan%20Damaska&start=0&context=845658>>. Acesso em: 17 ago. 2016.

<sup>43</sup> DAMASKA, Mirjan R. **The faces of justice and state authority**: a comparative approach to the legal process. New Haven and London: Yale University, 1986. p. 17.

<sup>44</sup> DAMASKA, Mjrian. R. **Structures of Authority and Comparative Criminal Procedure**. Yale Law School. Yale Law School Legal Scholarship Repository. 01.01.1975. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.yale.edu/do/search/?q=Mirjan%20Damaska&start=0&context=845658>>. Acesso em: 17 ago. 2016.

<sup>45</sup> Quanto ao *commom sense* e o direito ao *jury*, previsto na Sixth Amendment da Constituição norte-americana, é interessante transcrever excerto do voto do Justice White no caso *Duncan v. Louisiana*: "The guarantees of jury trial in the Federal and State Constitutions reflect a profound judgment about the way in wich law should be enforced an justice adminstered. A right to jury trial is granted to criminal defendants in order to prevent oppression by the Government. Those who wrote our constitutions knew from history and experience that it was necessary to protectr against unfounded criminal charges brought to elimiate enemies and against jurdges too responsive to the voice of higher authority. The framers of the constituins strove to create an independent judiciary but insisted upon further protection against arbitray action. Providing an accused with the right to be tried by a jury of his peers gave him an inestimable safeguard against the corrupt or overzealous prosecutor and agains the compliant, biased, or eccentric judge. If the defendant preferred the

Elemento característico que anima o modelo coordenado é o seu desiderato de alcançar sempre a decisão mais apropriada, mais *justa*, para o caso concreto. Embora neste modelo a *certeza* seja também valorizada, não tem ela a mesma importância que lhe confere o modelo hierárquico. A decisão que atinja solução direta e particular, em maior proximidade e consideração às circunstâncias do fato em julgamento, pode, sem problemas, significar o abrandamento das exigências de certeza.

No modelo coordenado não é de vital importância que a decisão judicial esteja em total acordo com a norma, ao menos não no grau exigido pelo modelo hierárquico. O que importa é a justiça do caso concreto. Por isso no modelo concentrado toma especial relevo a experiência ante as estruturas gerais observáveis na complexidade da vida.<sup>46</sup>

Para que se atinja uma justiça particularizada entende-se no modelo coordenado como indeclinável a inclusão de julgadores que estejam mais perto das situações concretas da vida, aquelas que, de fato, constituem os casos *sub judice*. Em outros termos, é desejável, no modelo coordenado, que os julgadores estejam menos constrictos a padrões e diretrizes uniformizadores, de maneira a que mais livremente possam considerar equidades.

Por esses motivos, no modelo concentrado os julgadores inserem-se em uma mesma camada de autoridade, ou, dito em melhores palavras, estão submetidos a padrões hierárquicos organizacionais de autoridade sensivelmente menos rigorosos, gerando, assim, uma verdadeira *força centrípeta* de autoridade.<sup>47</sup>

---

common-sense judgment of jury to the more tutored but perhaps less sympathetic reaction of the single judge, he was to have it. (DUNCAN v. Louisiana (No. 410). Argued: January 17, 1968. Disponível em: <[https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/391/145#ZO-391\\_US\\_145n23](https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/391/145#ZO-391_US_145n23)>. Acesso em: 16 ago. 2017).

<sup>46</sup> DAMASKA, Mirjan. R. **Structures of Authority and Comparative Criminal Procedure**. Yale Law School. Yale Law School Legal Scholarship Repository. 01.01.1975. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.yale.edu/do/search/?q=Mirjan%20Damaska&start=0&context=845658>>. Acesso em: 17 ago. 2016.

<sup>47</sup> Damaska refere-se, no mais das vezes, ao julgador como *decision maker*, evitando, segundo ele próprio, o substantivo *juiz* dadas as possíveis confusões em face das diferenças de julgadores nos sistemas *common law* e continental europeu, como é o caso dos leigos no *jury*, no primeiro sistema. (DAMASKA, Mirjan R. **The faces of justice and**

Alerta Damaska que na conformação linear e horizontal, características do modelo coordenado, podem ocorrer sobreposições, *overlapping*, e ambiguidades. Entretanto, há no sistema a percepção geral de que isso é algo absolutamente normal em um sistema em que há maior poder individual decisório. Sem embargo, atente-se por necessário, que uma maior flexibilidade e liberdade decisórias não significa ausência absoluta de padrões decisórios, mas sim que esses padrões são muito menos rígidos e comprometem menos o julgador.

*Because officials must tailor their decisions to the special, sometimes unique circumstances of individual situations, the desire to pretermine the outcome of cases by precise and unbending rules is repugnant to the coordinate model. This is not to say, of course, that there are no preexisting standards for decisionmaking at all. Standards do exist, but they tend to be less precise and more flexible than in the hierarchical model.*<sup>48</sup>

No respeitante ao tema *discricionariedade*, diversamente do que ocorre no sistema hierárquico, que, como se viu acima, privilegia a certeza e a uniformidade, e que vê como relevante uma menor discricionariedade do julgador, seja através da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, seja por uma maior vinculação à lei escrita e à constante possibilidade de revisão das decisões por grau jurisdicional superior, no modelo coordenado a discricionariedade é antes de tudo almejada pelo sistema, o que explica melhor a inclusão e atuação de um corpo de juízes leigos, juízes do fato, e a restrição das possibilidades de recurso de suas decisões.

No que toca ao funcionamento prático de ambos os modelos, é interessante observar que no modelo coordenado há uma notória redução na circulação de documentos no curso processo, o que mais uma vez denota que a burocracia nesse sistema não passa do mínimo indispensável ao seu funcionamento.

---

**state authority:** a comparative approach to the legal process. New Haven and London: Yale University, 1986. p. 135).

<sup>48</sup> DAMASKA, Mirjan. R. **Structures of Authority and Comparative Criminal Procedure**. Yale Law School. Yale Law School Legal Scholarship Repository. 01.01.1975. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.yale.edu/do/search/?q=Mirjan%20Damaska&start=0&context=845658>>. Acesso em: 17 ago. 2016.

É relevante dizer, como já se pode inferir, a estrutura de autoridade no sistema coordenado não vê importância no julgador *expert*, no técnico, que se resume a um seguidor e aplicador de diretivas normativas independentemente do que a ele pareça ser a solução mais apropriada, diga-se *justa*, à luz das circunstâncias individuais do caso concreto. Decidir, no sistema, não é um problema técnico ou administrativo que envolva rígidas diretrizes normativas, mas, antes, a concepção é a de que o julgamento tem de se constituir em uma atividade responsável que encontre a melhor solução para um problema social à luz de valores éticos e políticos do julgador que está inserido em uma comunidade de valores.

Feitas essas observações, no que toca às finalidades do processo como expressão da autoridade e função do Estado, vamos enfatizar as diferenças entre os dois modelos de Damaska, recordando o que já havia sido dito acima, que a primeira finalidade do processo, observável na formatação *necessária* do procedimento, é a que diz respeito à concepção do Estado implementador e condutor de políticas públicas. Aqui a finalidade do processo judicial, como função do Estado, é a de conduzir a sociedade, gerindo as vidas das pessoas, em uma concepção de Estado ativo, no qual o procedimento judicial é instrumento de *policy-implementing*, implementação de políticas.

O segundo modelo erigido por Damaska quanto às finalidades do processo é a do *conflict-solving*, isto é, o que se caracteriza na disposição do Estado, através de um procedimento judicial reativo, de manter-se afastado da vida social, deixando ampla margem para a autogestão social e autodefinição pessoal, somente atuando em nível de resolução de conflitos, de manutenção do equilíbrio, e assim mesmo quando não for possível aos cidadãos fazê-lo por seus próprios meios e iniciativas dentro dos limites das exigências sociais expressas nas leis do país, em uma postura (ideal) do *laissez-faire*.<sup>49</sup>

---

<sup>49</sup> "Finally, the policy-implementing and the conflict-solving processes arise against the background of two extreme views about the role of government - views in which the roots of the conventional opposition of inquest and contest forms are perceived. This link to political ideology provides the context in which I shall address the issue of how far the twin themes of party dispute and official inquiry can be pressed in modern states." (DAMASKA, Mirjan R. **The faces of justice and state authority**: a comparative approach to the legal process. New Haven and London: Yale University, 1986. p. 12).

Assim sendo, em um breve resumo, vimos com Mirjan Damaska que por trás do processo judicial, e aqui enfatizamos o processo penal, é possível identificar a própria estrutura de autoridade do Estado, e, bem assim nas finalidades do processo, a sua postura de *policy-implementing* ou *conflict-solving*, fazendo mais sentido, agora, a expressão de Roxin e Schünemann, ao início citada, de que *Das Strafverfahrensrecht ist der Seismograph der Staatsverfassung!*

Para uma visão mais completa do processo penal parece-nos relevante examiná-lo também em chave comparativa clássica, de molde igualmente a atingir o segundo objetivo da presente pesquisa, qual seja a prospecção da concepção filosófica que subjaz o sistema processual penal brasileiro e os seus reflexos na mente do julgador em nosso sistema, em uma perspectiva interna e filosófica.

## 2.2 O PROCESSO PENAL EM CHAVE ANALÍTICA CLÁSSICA. *COMMON LAW* E *CIVIL LAW*

Conforme leciona Tonini, já na idade média era denominado de inquisitório o sistema processual que atribuía ao juiz o poder de iniciar de ofício a persecução dos crimes e de obter as provas a ele referentes.

A nomenclatura *inquisitório* decorre do responsável por esses atos: o juiz inquisidor. Igualmente, no mesmo período histórico, por acusatório tinha-se o processo no qual o juiz não exercitava nenhum poder de ofício, já que a iniciativa competia às partes, seja para iniciar o processo, seja para produzir as provas, cabendo ao juiz apenas decidir de acordo com o pedido da parte ofendida. Sem embargo dessa definição, tais tipos puros, ideais de sistema, raramente observaram-se no decorrer da história, já que os sistemas processuais penais sempre guardaram aspectos intercambiáveis, mesclando, mais ou menos, características de um ou do outro sistema, sendo que na maioria dos casos a formatação do processo penal é a mista.<sup>50</sup>

Para o autor italiano a distinção entre acusatório e inquisitório está fundamentalmente identificada na contraposição entre princípio de autoridade e

---

<sup>50</sup> TONINI, Paolo. **Manuale di procedura penale**. 18. ed. Milano: GIUFFRÈ. 2017. p. 04.

princípio dialético, presente que o sistema inquisitório se baseia no primeiro, isto é, no princípio de autoridade, segundo o qual a verdade é melhor provada quanto mais poder é dado ao inquisidor, que cumula as funções processuais, seja como acusador, defensor do imputado e também juiz. Em melhores palavras, a um único sujeito deve ser dado o poder de iniciar o processo, formar a prova e de julgar.<sup>51</sup>

No que toca ao princípio acusatório, é baseado no princípio dialético, o qual leva em consideração os limites da natureza humana, compreendendo-se que nenhuma pessoa é depositária da verdade e do justo. A verdade, nessa perspectiva, é tanto melhor provada quanto mais justamente repartidas estiverem as funções processuais entre os antagonistas no processo. Ao juiz compete decidir com base no que foi produzido pelas partes, ou, dito de outra forma:

*La scelta operata dal giudice tra le diverse ricostruzioni del fatto storico è stimolata dalla dialettica che si svolge tra soggetti spinti da interessi contrapposti. Lo scontro tra le tese sostenute da ciascun interlocutore è una tecnica che consente di valutare la fondatezza degli argomenti che le sorreggono e costituisce il metodo meno imperfetto per avvicinarsi alla verità.<sup>52</sup>*

Na doutrina clássica nacional temos, com Tornaghi, as lições de que através da história o processo penal foi conformado de três modos diversos: o acusatório, o inquisitório e o misto, ressaltando-se que esta última feição é entendida por alguns como apenas mais uma das variantes do sistema inquisitório, não existindo como sistema propriamente dito. É o caso, por exemplo, e aqui por todos, de Lopes Jr., para quem:

É lugar-comum na doutrina processual penal a classificação de "sistema misto", com a afirmação de que os sistemas puros seriam modelos históricos sem correspondência com os atuais. Ademais, a divisão do processo penal em duas fases (pré-processual e processual propriamente dita) possibilitaria o predomínio, em geral, da forma inquisitiva na fase preparatória e acusatória na fase processual, desenhando assim o caráter "misto".

---

<sup>51</sup> TONINI, Paolo. **Manuale di procedura penale**. 18. ed. Milano: GIUFFRÈ. 2017. p. 4.

<sup>52</sup> TONINI, Paolo. **Manuale di procedura penale**. 18. ed. Milano: GIUFFRÈ. 2017. p. 5.

Outros preferem afirmar que o processo penal brasileiro é acusatório formal, incorrendo no mesmo erro dos defensores do sistema misto.

Nós preferimos fugir da maquiagem conceitual, para afirmar que o modelo brasileiro é (neo) inquisitório, para não induzir ninguém a erro.

Historicamente, o primeiro ordenamento adotou esse sistema misto foi o francês, no *Code d'Instruction Criminelle* 1808, pois foi pioneiro na cisão das fases de investigação e juízo. Posteriormente, difundiu-se por todo o mundo e na atualidade é o mais utilizado.

Nessa linha, o critério definidor de um sistema ou outro seria a "separação das funções de acusar e julgar"<sup>53</sup>

Para a doutrina clássica, e nela novamente citamos Tornagui, é a separação das funções que define o sistema. Para o autor clássico a diferença entre os sistemas acusatório e inquisitório de processo penal está em que no primeiro as três funções, a de acusar, de defender e a de julgar estão confiadas a atores processuais diversos, enquanto no segundo as três funções são atribuídas a um mesmo órgão. O terceiro sistema, se propriamente se pode classificar de *sistema*, é o denominado misto, que constitui uma combinação dos outros dois: instrução inquisitória e julgamento acusatório.<sup>54</sup>

Procedendo a rápidas anotações históricas, Tornagui recorda que no processo antigo, vigente na Grécia, Roma, entre os Germanos, e nas cidades italianas da Idade Média, o sistema era o acusatório, ressalvando-se que apenas durante certo período da história romana fora adotado o sistema inquisitório. A ação tinha natureza privada e era confiada ao ofendido ou a qualquer pessoa do povo (*ação popular*). A defesa era exercida, em princípio, pelo próprio acusado, tendo os patronos surgido apenas mais tarde, cabendo o julgamento ao juiz..<sup>555657</sup>

---

<sup>53</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 128.

<sup>54</sup> TORNAGHI, Hélio. **Compêndio de processo penal. tomo 1**. Rio de Janeiro: Ed. José Konfino, 1967. p. 41.

<sup>55</sup> TORNAGHI, Hélio. **Compêndio de processo penal. tomo 1**. Rio de Janeiro: Ed. José Konfino, 1967. p. 41. Ver tb KAHLED JÚNIOR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 16 e seguintes. Ainda, v. AMBOS, Kai; POLASTRI LIMA, Marcellus. **O processo acusatório e a vedação probatória perante as realidades alemã e brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 10 e ss.

<sup>56</sup> KAHLED JÚNIOR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 16 e ss.

Quanto ao sistema inquisitório, adverte o autor ser equivocado tomar-se como marco identificador exclusivo as características de sigilo e da escritura, sustentando não ser essas necessariamente características essenciais do sistema, podendo-se concebê-lo também oral e em forma pública.<sup>58</sup>

Sob a perspectiva tradicional, portanto, pode-se divisar as diferenças entre os sistemas processuais penais<sup>59</sup> conforme a maior ou menor disponibilidade da persecução penal e da própria ação penal por parte dos órgãos estatais por elas responsáveis. Enquanto os sistemas regidos pelo princípio da legalidade traçam procedimentos mais rígidos, com pouca ou nenhuma flexibilidade, como é o caso da instauração *ex-officio* da ação penal sem necessidade de concordância da vítima, e que devem alcançar a decisão judicial final com nenhuma possibilidade de alterações, abreviações ou inovações no rito, os sistemas regidos pelo princípio da oportunidade permitem maior flexibilidade ritualística e decisória, assim compreendida uma maior disposição da persecução penal e da própria ação penal pelos sujeitos processuais, notadamente pela polícia e pelo Ministério Público<sup>60</sup>, como é o caso da *bargaining* do direito anglo-americano<sup>61</sup>, cumprindo-se aqui registrar que a *Verständigung* do processo penal alemão, e, excepcionalmente, a transação penal no subssistema dos juizados especiais criminais no Brasil, não têm o condão de alterar a situação do processo penal de ambos os processos, o alemão e do brasileiro, empurrando-os para fora do sistema de rígida legalidade, tema que desafia maior debate, mas que, todavia, se desvia do objeto da presente pesquisa.

---

<sup>57</sup> RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissociação cognitiva**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 27 e ss.

<sup>58</sup> TORNAGHI, Hélio. **Compêndio de processo penal. Tomo 1**. Rio de Janeiro: Ed. José Konfino, 1967. p. 15.

<sup>59</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais: Alemanha - Espanha - Itália - Portugal - Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

<sup>60</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais: Alemanha - Espanha - Itália - Portugal - Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

<sup>61</sup> MA, Yue. A discricionariedade do promotor de justiça e a transação penal nos Estados Unidos, França, Alemanha e Itália: uma perspectiva comparada. **Revista do Conselho Nacional do Ministério Público**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 191-229, jun. 2011. p. 190-229.

Dito isso, em termos conceituais clássicos, vale definir a *common law*, ícone do sistema acusatório, como um sistema de jurisprudência que tem origem na Inglaterra e que foi posteriormente aplicado nos Estados Unidos. Esse sistema é baseado muito mais em precedentes judiciais do que em leis escritas promulgadas por casas legislativas, e contrasta com o sistema de *civil law*, que descende de leis romanas prevaletentes nos países do continente europeu.

Originariamente baseada em leis não escritas da Inglaterra, a *common law* é geralmente derivada mais de princípios do que de regras, não endossando regras absolutas fixas e inflexíveis, transportando princípios amplos e compreensivos de justiça, razão e *senso comum*, o qual se formou por necessidades sociais da comunidade e que tem a característica da mutabilidade conforme as necessidades dessa mesma comunidade. Em outras palavras, esses princípios são suscetíveis de adaptação a novas condições que o progresso da sociedade venha a exigir.<sup>62</sup>

A *common law* foi elaborada fundamentalmente pela ação dos Tribunais Reais de Justiça ingleses após a conquista normanda.<sup>6364</sup> Seu estudo deve começar

---

<sup>62</sup> GIFIS, Steven H. **Law dictionary**. 6. ed. China: Barron's Educational Series, 2010. p. 96.

<sup>63</sup> DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1986. p. 279.

<sup>64</sup> A princípio o rei julgava no seu Tribunal, a Curia Regis, mas cedo foram destacadas do tribunal sessões especializadas para se ocuparem de certas matérias então concentradas na Curia Regis. A extensão das competências dessas sessões/tribunais tornou-se possível pelo processo técnico utilizado para requerer as jurisdições reais de Westminster. Qualquer pessoa que quisesse pedir justiça ao rei poderia endereçar-lhe um pedido. O Chanceler, um dos principais colaboradores do rei, examinava o pedido e, acaso entendesse bem fundamentado, enviava uma ordem real chamada writ (em latim: breve, em francês bref) a um xerife (agente local do rei), ou a um senhor local, para ordenar que o réu desse satisfação ao queixoso. O fato de o queixoso não atender a ordem consistia em desobediência ao rei, mas o réu podia, se quisesse, dar explicações a um dos tribunais reais quanto ao motivo por que não se submeteu à injunção recebida. O sistema dos writs data do século 12, sobretudo do reinado de Henrique II, sendo que na origem os writs eram casuísticos, ou seja, adaptados a cada caso. Todavia, rapidamente forma tornando-se fórmulas estereotipadas que o chanceler passava após recebimento de pagamento, sem exame aprofundado prévio (de curso) do caso, encontrando, nessa prática, meio de atrair o maior número de litígios para jurisdições reais. Os senhores feudais, insatisfeitos com isso, lutam contra o desenvolvimento dos writs, conseguindo, pela Carta Magna de 1215, pôr freio às jurisdições reais em favor da dos barões ou dos grandes vassalos. Pelas Provisões de Oxford, em 1258, obtêm-se a proibição de criar novos tipos de writs. A lista dos writs, dessa forma, ficou limitada aos que já existiam em meados do século XIII, tendo sido, todavia, introduzidas novas hipóteses/casos no quadro tradicional dos writs existentes por força do princípio da semelhança, admitido pelo Statute of Westminster II, documento firmado em 1285 que conciliava os interesses do rei com os dos barões. Esse documento,

pelo estudo do próprio direito inglês, que, ao fim e ao cabo, é a própria história da *common law* até o século XVIII.<sup>65</sup>

Quatro são os principais períodos da história do Direito inglês: 1) o período anterior à conquista normanda de 1066, no qual vige na Inglaterra o denominado Direito Anglo-saxão, mantido vigente por obra do conquistador Guilherme, que quer reinar não como conquistador, mas sim como sucessor do rei Eduardo; 2) o período compreendido entre 1066 até a dinastia dos Tudors (1485), e que é caracteristicamente marcado pela formação da *common law*, no qual um direito novo, comum a todo o reino, desenvolve-se substituindo os costumes locais; 3) o período compreendido entre 1485 e 1832, onde se observa o desenvolvimento de um sistema complementar e paralelo, e às vezes até mesmo rival da *common law*, que se expressa nas regras de equidade, a *Equity*; 4) o período que começa em 1832 e continua até os dias atuais, no qual a *common law* deve-se adaptar ao desenvolvimento de uma sociedade cada vez mais dirigida pela administração.<sup>66</sup>

Sob a perspectiva dos juristas, iniciando-se com o do continente, observa David que ele vê no Direito os princípios, ou quiçá mesmo, o *próprio* princípio da ordem social. O jurista do continente está imbuído do espírito de aprimoramento dessa mesma ordem social através do Direito, seja no respeitante às liberdades políticas, aos Direitos sociais, à inviolabilidade, à propriedade ou aos contratos, focando-se, por isso, em regras substanciais, enquanto entrega aos *práticos*, assim chamado por eles o jurista inglês, a operacionalização desses mesmos princípios<sup>67</sup>.

Diferentemente do jurista do continente, o inglês é herdeiro dos *práticos*, e tem uma postura refratária ao que considera fórmulas sem praticidade e sem conteúdo, depositando sua atenção no *processo*, no viés prático, na solução

---

capital na *common law*, impôs o status quo: ou seja, o Chanceler não poderia criar novos writs, mas ficava autorizado a passar writs em casos similares – (Consimili Casi. cf. GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 8. ed. Tradução de A. M. Hespanha e L.M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016. p. 210 -211).

<sup>65</sup> DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1986. p. 279.

<sup>66</sup> DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1986. p. 279.

<sup>67</sup> DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1986. p. 279

concreta do caso em julgamento, observando-se que somente mais recentemente abriu-se nos países de tradição da *common law* maior espaço para as regras de direito escrito<sup>68</sup>, assim por força da complexidade da vida econômica e social da atualidade, conforme acenamos acima.

Diferentemente do jurista inglês, pragmático e processualista, que aprendeu na prática judiciária, portanto *fazendo*, o jurista continental tem formação acadêmica, estudou nas universidades o Direito Romano e seu modelo de racionalidade, o que veio a robustecer a concepção continental do primado da lei escrita.

Anota David que o jurista inglês é aquele que acredita que seguindo um processo bem regulado e leal se atingirá a justiça, enquanto o francês - e aqui pode-se estender a observação de David a quase totalidade da judicatura continental e dela derivada - crê que a solução justa para o caso deve ser conhecida prévia e teoricamente pelo juiz, que, sabendo-a, deve aplicá-la através de um processo regulado minuciosamente.<sup>69</sup> Considera o autor, que, malgrado o jurista inglês seja um conhecedor das regras e costumes locais, não goza, perante o jurista do continente, do *status* de *culto*, estando, pois, a seus olhos situado em um *plano inferior*.

Quanto à formação do Direito propriamente, enquanto no continente as ideias foram sendo elaboradas a partir da base comum do Direito Romano, tendo como centro educacional as universidades, os conceitos ingleses derivam fundamentalmente de um modo de pensar eminentemente pragmático, vigente desde a Idade Média, que, sem embargo da racionalização exigida pela vida moderna, ainda assim alcançou a contemporaneidade.<sup>70</sup>

Referentemente à origem do aparato continental europeu de justiça, escreve Mirjan Damaska, que não é necessário retornar-se à burocratização judicial da antiguidade bizantino-romana para elucidá-la, bastando iniciar-se pelo final do

---

<sup>68</sup> DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1986. p. 322.

<sup>69</sup> DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1986. p. 323.

<sup>70</sup> DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1986. p. 320.

século XI, período no qual tem início a burocratização operada no âmago do movimento de unificação da Igreja Católica.<sup>71</sup>

Nesse período, a ideia predominante da ordem de autoridade na Igreja estava direta e metaforicamente ligada às catedrais góticas, que ganharam uma espécie de representação simbólica de autoridade, a de que a ordem deve ser sempre hierárquica e piramidal.

O termo *hierarquia*, que não era conhecido dos gregos, vem ganhar vida no século XI por um monge sírio para expressar a estrutura *perfeita* do governo celestial como também a organização ideal da autoridade eclesiástica, não sendo de surpreender que a orientação da Igreja nessa direção, que visava, na época, a uma maior unidade e eficiência, produziu uma estrutura hierárquica de seus oficiais que tinha o papa no topo da pirâmide.

Afora esse fato, observa Damaska, no final do século XI e início do XII nenhuma outra discussão despertou tanto a atenção quanto a que se operou no seio da Igreja no que diz respeito ao *Officium judicis*, a representação do *ofício* separado da *pessoa* que exerce o poder judicial, passando-se a não mais se confundir ambos como se fossem uma mesma *entidade*, o que pode-se traduzir na ideia de que o julgador somente deve julgar com base nos fatos conhecidos *oficialmente*, e não nos que vem a saber como pessoa. A condição de testemunha finalmente descola-se da função judicativa. A cognição é agora vista diferente *ut homo* da *ut judex*.

Sob a influência dessa teoria, no século XII, nos tribunais eclesiásticos, vinham a se separar funções judicativas das testemunhais. Nessa época também, nota Damaska, emerge a noção de que a administração da justiça requeria conhecimentos especializados não somente para resolver problemas jurídicos, mas também para a realização da investigação probatória.

Outro aspecto que importa referir nesse período é que dentro dos corpos de oficiais eclesiásticos permanentes já havia inequívocos sinais de diferenciação funcional (hierarquia funcional), e também o fato de começarem a surgir investigadores especiais ligados às cortes e precursores de acusadores públicos, os *promotores fidei*. É nesse período também que se observa um sistema regular de

---

<sup>71</sup> DAMASKA, Mirjan R. **The faces of justice and state authority**: a comparative approach to the legal process. New Haven and London: Yale University, 1986. p. 29.

revisão judicial, a apelação, o que era quase completamente desconhecido da sociedade medieval, inclusive na Inglaterra, que somente veio a conhecê-lo no final do século XIX.

No tocante às atividades dos oficiais eclesiásticos, eram exigíveis que padrões decisoriais fossem encontrados em textos - não compilados - da lei canônica, tais como decretos conciliares, pronunciamentos papais, e, em grau superior, nas compilações da Lei Romana realizada pelo imperador bizantino Justiniano.<sup>72</sup>

Registra Damaska que, embora de épocas, contextos, visões de mundo e políticas sociais diferentes, e nesse sentido mais discordantes do que concordantes, as desarmonias desses textos eram vistas como sendo superficiais, prevalecendo uma atitude em relação à sua correta interpretação que implicava confiança na análise textual e na penetração lógica de seus significados. Em outros termos, a lei passou a ser crescentemente vista como um sistema autopoietico, um sistema fechado, uma verdadeira *ciência*.

Essa aproximação à lei é denominada por Damaska como *legalismo lógico* e coincide com o florescimento das universidades italianas no final do século XI, as quais ofereciam ambiente amplamente favorável aos estudos. Isolados das responsabilidades profissionais e longe dos emaranhados e das turbulências da prática judiciária, os estudantes de direito canônico podiam dar-se ao luxo de devotarem-se de corpo e alma aos textos da antiguidade clássica.

No que toca à interpretação desses textos, os estudantes da lei canônica, quando em meio a cânones discordantes, engajavam-se na busca de harmonizá-los, aplicando, para isso, método similar de análise lógica. Essa atividade, pontua Damaska, não tinha o propósito de erigir teorias, mas o objetivo era eminentemente prático, o de oferecer assistência às altas autoridades eclesiásticas.

Desse modo, e aqui é ponto a destacar, o nascimento do *approach* à lei, tipicamente continental, por Damaska denominado de *legalismo lógico*, pode ter sido determinado exatamente por esse distanciamento acadêmico e hierárquico das

---

<sup>72</sup> DAMASKA, Mirjan R. **The faces of justice and state authority**: a comparative approach to the legal process. New Haven and London: Yale University, 1986. p. 29-31.

complexidades imediatas dos foros e decisões judiciais<sup>73</sup>, o que difere marcadamente das raízes da *common law*, que, mais uma vez, é marcadamente prática e os julgamentos embasados no *common sense*.

Para que não passe *in albis*, e assim atentos aos comentários de Gilissen de que qualquer estudo histórico do direito na Europa não pode estar completo se não englobar ao menos um esboço da evolução do Direito Canônico, retrocederemos alguns passos para procedermos a algumas anotações sobre o tema.

Com efeito, ainda que fragmentária e sucintamente, parece-nos importante anotar alguns aspectos centrais dos estudos de Gilissen referentes ao Direito Canônico e sua influência nos tribunais eclesiásticos para a - e na - jurisdição laica.<sup>74</sup>

Diz o autor que o Direito Canônico é o Direito da comunidade religiosa dos cristãos, mais especificamente o Direito da Igreja católica. O termo *canon* significa em grego *regra*, e é empregado nos primeiros séculos da Igreja para designar as decisões dos Concílios. Desde os primórdios o cristianismo autoproclama-se a verdadeira religião, tendo a religião cristã, entre os séculos VIII e XV, se imposto por sobre toda a Europa Ocidental. A Igreja tem a pretensão obstinada de hegemonia religiosa, bem como divisa, como sua tarefa/missão na terra, impor a sua concepção de mundo a todos e por toda a parte. Malgrado não consiga realizar tal empreitada, é sem dúvida alguma enorme a sua influência no continente europeu.<sup>75,76</sup>

O Direito Canônico é um direito religioso, que retira suas regras de preceitos divinos revelados nos livros sagrados: o Antigo e o Novo Testamento. Diferentemente dos muçulmanos e hindus, na doutrina Cristã a noção de Direito é

---

<sup>73</sup> DAMASKA, Mirjan R. **The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process.** New Haven and London: Yale University, 1986. p. 30.

<sup>74</sup> GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito.** 8. ed. Tradução de A. M. Hespanha e L.M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016. p. 134.

<sup>75</sup> "O direito canônico constituiu objeto de trabalhos doutrinários muito mais cedo que o direito laico; constituiu-se assim uma ciência do direito canônico. O direito canônico, sendo pois um direito escrito e um direito erudito muito antes do direito laico da Europa Ocidental, exerceu uma profunda influência na formulação e desenvolvimento deste direito laico." (GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito.** 8. ed. Tradução de A. M. Hespanha e L.M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016. p. 135).

<sup>76</sup> GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito.** 8. ed. Tradução de A. M. Hespanha e L.M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016. p. 134.

conhecida e reconhecida, observando Gilissen que a Igreja quase sempre admitiu a dualidade de dois sistemas jurídicos, o Direito religioso e o Direito laico.

O Direito Canônico foi durante a idade média o único direito escrito, enquanto no mesmo período o Direito laico permaneceu consuetudinário. O Direito Canônico foi redigido, comentado e analisado a partir da Alta Idade Média, notando-se nele uma redação mais ou menos sistemática a partir do século XII, o que se perpetuará até os nossos dias.<sup>77</sup>

A influência do Direito Canônico sobre o Direito laico, escreve Gilissen, decorre fundamentalmente das estreitas e constantes relações que a Igreja manteve com o Estado, bem assim a extensão da competência dos tribunais eclesiásticos.

No que tange à organização territorial da igreja - e aqui é de suma importância para entender-se as organizações judiciárias que chegam até nossos dias - seguiu ela o mesmo modelo de administração do Império Romano: em cada província romana havia um arcebispo, em cada civitas (que se tornará diocese ou episcopado) um bispo, o qual tinha sob sua dependência o clero das paróquias, sendo que a competência do bispo era extensa, por isso era auxiliado, no domínio religioso, por padres, e no domínio laico - nomeadamente para a administração dos bens da igreja - por arqui-diáconos e diáconos.

Escreve Gilissen que é notável nesse período a interpenetração dos assuntos religiosos e laicos, e que o Império Bizantino se tornou uma verdadeira teocracia, tanto assim que o imperador passou a acumular os poderes temporal e religioso, como é o caso de Justiniano, que intervém na disciplina da Igreja mesmo nas questões de fé e dogma, observando-se que a separação da Igreja do Estado somente vem a ocorrer no século V com o desmembramento do Império do Ocidente.

Apesar de tal separação, de não mais estar submetida a Igreja ao Estado, fato é que não houve qualquer abalo em sua autoridade sobre os fiéis dos diferentes Estados, tampouco deixou a Igreja de influenciar governantes com vistas à obtenção

---

<sup>77</sup> GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 8. ed. Tradução de A. M. Hespanha e L.M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016. p. 134.

de auxílio para a evangelização, sem que isso representasse submissão à autoridade laica.<sup>78</sup>

Como já afirmado acima, a influência do Direito Canônico sobre os direitos na Europa Ocidental tem raízes profundas na extensão da competência dos tribunais eclesiásticos, que exerciam jurisdição não somente sobre os clérigos, mas também, na Idade Média, sobre os leigos.<sup>79</sup> A competência dos tribunais eclesiásticos nos séculos X a XIV é ainda reforçada, dado que as jurisdições laicas vêm-se em decadência na sequência do enfraquecimento do poder real pelo feudalismo, levando a que a Igreja Ocidental, nesse período, atinja seu apogeu, inclusive no que diz respeito ao poder jurisdicional. Tanto é assim que os tribunais eclesiásticos, em matéria penal, julgam todas as pessoas, seja em caso de infração contra a religião (heresia, apostasia, simonia, sacrilégio, feitiçaria, etc.) ou/e quando ocorresse infração a alguma regra canônica, como é o caso do adultério e da usura - embora aqui em concorrência com a jurisdição laica.

Por fim, deve-se aduzir que o processo aplicado pelos tribunais eclesiásticos diferia daquele aplicado nos tribunais laicos. Em matéria criminal os tribunais eclesiásticos seguiam o processo mediante queixa, de feitio acusatório. Somente no final do século XII é que aparece o processo oficioso por inquirição - *inquisitio* - ordenada pelo juiz, desde que tomasse conhecimento de uma infração, procedimento que foi amplamente utilizado pelo Santo Ofício na sua luta contras as heresias, procedimento que incluía, aliás, a tortura - *quaestio*, instituição que,

---

<sup>78</sup> GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 8. ed. Tradução de A. M. Hespanha e L.M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016. p. 136-138.

<sup>79</sup> É com base nas epístolas de São Paulo que os fiéis são aconselhados a procurar a conciliação sob orientação da Igreja em casos de desacordo entre os fiéis. Os cristãos são incentivados, dessa forma, a evitarem a intervenção dos juízes romanos que não fossem cristãos, podendo, os fiéis, ser punidos com a excomunhão acaso não se submetessem às decisões arbitradas pela Igreja. Os tribunais eclesiásticos vão, mais a diante, perdendo importância, seja pelo advento da Reforma, seja porque diversos países, tais como a Inglaterra, as Províncias Unidas, os países escandinavos, a maior parte da Alemanha, não mais estão sob a obediência de Roma. (GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 8. ed. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016. p. 138).

escreve Gilissen, foi recebida do direito romano e aplicada contra os heréticos por uma Bula de Inocêncio IV de 1252.<sup>80</sup>

Traçado esse breve apanhado histórico e conceitual da *common law* e do sistema continental europeu - *civil law*, bem assim abordado o importante aspecto de como a lei tornou-se praticamente uma ciência na Idade Média, e ainda também a origem do *approach* à lei, tipicamente continental, aproveitamos para nos reportar novamente à ideia de que é nítida a insuficiência da análise das diferenças entre ambos os sistemas processuais penais do ocidente que parta de uma mera comparação procedimental. A discussão tem, sem dúvida, espectro mais amplo, razão pela qual restringir-se o debate ao nível meramente procedimental pode ser estéril.<sup>81</sup>

Assim sendo, é aqui o melhor momento para investigarmos um pouco mais os sistemas, e isso requer a discussão sobre o tema *verdade* e a sua busca em ambos os sistemas processuais penais.

---

<sup>80</sup> GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 8. ed. Tradução de A. M. Hespanha e L.M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016. p. 141.

<sup>81</sup> GRANDE, Elisabetta. Dances of criminal justice: thoughts on systemic differences and the search for the truth. In: JACKSON, John; LANGER; TILLERS, Peter. **Crime, procedure and evidence in a comparative and international context: essays in honor of Professor Mirjan Damaska**. Portland, USA: Hart Publishing. 2008. p. 146.

### 3 A QUESTÃO DA VERDADE

Para iniciar este tópico vêm a calhar as observações de Seifert, referindo-se a Agostinho, de que todos nós sabemos o que é tempo, mas, questionados sobre o *que o tempo é*, não sabemos responder. O mesmo pode-se dizer em relação à verdade. Tal é a complexidade da pergunta sobre ela, e tão difícil a resposta, que isso parece explicar o porquê de, entre os filósofos, haver tão radicais diferenças de opiniões sobre a essência da verdade - *das Wesen der Wahrheit*.<sup>82</sup>

A questão da verdade desempenha um papel fundamental em todas as áreas do conhecimento, sobretudo no discurso filosófico, que dela se ocupa em particular.

Discussões e acordos sobre a verdade alteram-se, dependendo não só das diferentes correntes filosóficas que a representam, mas também sob o ponto de vista interno em relação ao estado em que essas discussões se encontram. O fato é que muitas são as teorias da verdade<sup>83</sup>, que de tempos em tempos assumem tal e qual relevância, como, exemplificativamente, tem-se debatido hoje no ambiente de língua alemã, a teoria discursiva do consenso da verdade - *Konsenstheorie der Wahrheit* - e sua pretensão normativa de validade.<sup>84</sup>

No tema em discussão é incontornável a filosofia de Martin Heidegger, que, em *Sein und Zeit*, escreve que para Aristóteles *as vivências da alma - representações - são adequações às coisas*. Tal enunciação, afirma o filósofo, de modo algum estabelece a definição da essência da verdade, mas contribuiu certamente para o posterior desenvolvimento da formulação da essência da verdade como *adaequatio intellectus et rei*.<sup>85</sup>

Heidegger diz que Tomás de Aquino, que remete a Avicena, que, por sua vez, remete ao *Livro das Definições* de Isaak Israelis no século X, emprega para

---

<sup>82</sup> SEIFERT, Josef. **Wahrheit und Person: Vom Wesen der Seinswahrheit, Erkenntniswahrheit und Urteilswahrheit. De veritate - über die Wahrheit** :1. Heusenstamm: Ontos Verlag, 2009. p. 26-27.

<sup>83</sup> CHAUI, Marilena. **Convite à filosofia**. 12. ed. São Paulo: Ática, 2000. p. 99 e ss.

<sup>84</sup> SKIRBEKK, Gunnar (Hrsg). **Wahrheitstheorien: eine auswahl aus den Diskussionen über Wahrheit im 20. Jahrhundert**. 6. ed. Frankfurt am Main: Surkamp, 1992. s. 8.

<sup>85</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução e organização Fausto Castilho. Campinas, SP; Petrópolis, RJ: Vozes, 2012. p. 595.

*adequação (Angleichung)* os termos *correspondentia (Entsprechung)* e *convenientia (Übereinkunft)*, acrescentando que a teoria do conhecimento neokantiana do século XIX de vários modos caracterizou essa definição de verdade como expressão de um realismo ingênuo e atrasado metodicamente, declarando-a inconciliável com uma formação do problema que tenha passado pela *kopernikanische Wendung, revolução copernicana*, de Kant, filósofo que igualmente se atém a esse conceito sem sequer discuti-lo, o que, conforme nota Heidegger, já o havia mencionado Brentano.<sup>86</sup>

Heidegger coloca que a caracterização da verdade como concordância é, indubitavelmente, muito geral e vazia *allgemein und leer*, concluindo, após discorrer longamente sobre o tema:

*Wahrheit hat also gar nicht die Struktur einer Übereinstimmung zwischen Erkennen und Gegenstand im Sinne einer Angleichung eines Seienden (Subjekt) an ein anderes (Objekt).<sup>87</sup>*

Para Heidegger, se o fenômeno da verdade está em uma conexão originária com o ser, insere-se na área da problemática da ontologia fundamental. A definição de verdade como ser-descoberto e ser descobridor *Entdecktheit* e *Entdecksein* não significa tão somente uma mera explicação nominal, mas nasce dos comportamentos - *modo de ser* - do *Dasein*, que se costuma chamar de verdadeiros:

*Wahrsein als entdeckend-sein ist eine Seinsweise des Daseins. Was dieses Entdecken selbst möglich macht, muss notwendig einem noch ursprünglichen Fundamente des Entdeckens selbst zeigen erst das ursprünglichste Phänomen der Wahrheit.<sup>88</sup>*

---

<sup>86</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução e organização Fausto Castilho. Campinas, SP; Petrópolis, RJ: Vozes, 2012. p. 596-597.

<sup>87</sup> Em tradução livre: "A verdade não tem, então, a estrutura de uma correspondência entre conhecer e objeto no sentido de um alinhamento de um ente (sujeito) a outro ente (objeto)."

<sup>88</sup> "Ser-verdadeiro como ser-descobridor é um modo-de-ser do Dasein. O que esse descobridor possibilita ele mesmo deve ser chamado necessariamente "verdadeiro" em um sentido ainda mais originário. Os fundamentos ontológicos-existenciários do descobrir ele mesmo mostram pela primeira vez o fenômeno mais-originário da verdade" (HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução e organização Fausto Castilho. Campinas, SP; Petrópolis, RJ: Vozes, 2012. p. 609).

Em contribuição ao debate em epígrafe, Gianni Vattimo nos dá boa noção de como é compreendida a verdade na contemporaneidade.

[...] hoje acompanha o próprio fim da ideia de verdade na filosofia - nas filosofias, não em todas, obviamente, mas em boa parte delas. Tal ocaso da ideia de verdade objetiva na filosofia e na epistemologia não parece ter entrado ainda na mentalidade comum, que ainda está profundamente ligada - como ensina o escândalo dos "mentirosos" Bush e Blair - à ideia do verdadeiro como descrição objetiva dos fatos. Acontece, quem sabe, um pouco como com o heliocentrismo: todos ainda falamos que o sol "se põe", embora seja a terra que se move.<sup>89</sup>

[...]

Com uma imagem podemos dizer que o ser verdadeiro é, antes, a luz na qual os objetos aparecem a nós, ou melhor, o conjunto de pressupostos que nos tornam a experiência possível. Para provar que uma proposição corresponde a um estado de coisas precisamos de métodos, critérios, modelos, dos quais já precisamos dispor antes de qualquer verificação. A propósito disso, como é sabido, Heidegger fala do círculo compreensão-interpretação. A verdade das proposições individuais depende de uma verdade mais originária, que ele denomina "abertura" e que é, na verdade, o conjunto de "pressupostos" (também pré-conceitos, obviamente) do qual depende toda a possibilidade de estabelecimento de correspondências entre enunciados coisas. Já se disse que a razão pela qual Heidegger - e com ele uma ampla parte do pensamento existencialista do século XX e, sobretudo, a corrente filosófica hoje chamada de hermenêutica - rejeita a ideia da verdade como objetividade é uma razão ético-política.

Ainda com Vattimo,

Ninguém diz nunca toda a verdade, somente a verdade, nada mais que a verdade. Qualquer que seja, o enunciado supõe uma escolha daquilo que nos parece relevante, e essa escolha nunca é "desinteressada"; mesmo os cientistas que se esforçam para deixar de fora, em seu trabalho, as preferências inclinações, os interesses privados, buscam a objetividade para poder chegar a resultados que possam ser repetidos, e desse modo, utilizados no futuro. Talvez busquem apenas vencer um Prêmio Nobel, e isso também é um interesse.

A conclusão a que quero chegar é que a verdade como algo absoluto, como correspondência objetiva, entendida como última instância e valor de base, é um perigo, muito mais que um valor. Leva à república dos filósofos, dos especialistas, dos técnicos e, no limite, ao Estado ético, que pretende poder decidir qual seja o

---

<sup>89</sup> VATTIMO, Gianni. **Adeus à verdade**. Tradução de João Batista Kreuch. Petrópolis: Vozes, 2016. p. 26.

verdadeiro bem dos cidadãos, mesmo contra a opinião e as preferências deles."<sup>90</sup>

Em Gadamer, que segue a senda aberta por Heidegger, explica Lawn, há igualmente a rejeição do discurso tradicionalmente aceito da verdade como correspondência, representação ou adequação, *adaequatio intellectus et rei*, entre um sujeito conhecedor em um objeto conhecido:

Em sua capacidade mais básica, a verdade afirma uma correspondência exata entre a percepção humana do mundo e a maneira que o mundo é. Um relato sobre algo só é verdadeiro, nesta teoria, se a mente e o objeto concordarem de maneira coerente. A regulação da correspondência é o pensamento que podemos ter, com certa apreensão, sobre a forma de ser das coisas, pois a mente é um guia infalível das verdades sobre o mundo externo. Os empiristas e os racionalistas modernos reivindicam, sob diferentes perspectivas, acessos não distorcidos à realidade dos objetos através das estratégias de correspondência. Apesar da noção de correspondência nos remeter à Antiguidade Clássica, e ao escolasticismo medieval, ela resistiu até a Modernidade e continua sendo uma ideia muito bem estabelecida na maioria das epistemologias modernas.<sup>91</sup>

Para Gadamer a verdade ocorre somente no diálogo.

A verdade, como Gadamer descreve, é da variedade hermenêutica com sua capacidade de surpreender e frustrar expectativas, ao invés de passivamente confirmá-las. A verdade é revelação, aquilo que se manifesta no encontro entre o familiar e o desconhecido.<sup>92</sup>

Feita essa sucinta exposição sobre a verdade, é importante anotar que todas as teorias da verdade enfrentam críticas e estão longe de obterem consenso. Não há dúvidas, força é concluir, quanto à enorme importância – e carência - de um debate mais aprofundado a respeito de cada uma dessas teorias. Todavia, pelos

---

<sup>90</sup> VATTIMO, Gianni. **Adeus à verdade**. Tradução de João Batista Kreuch. Petrópolis: Vozes, 2016. p. 26.

<sup>91</sup> LAWN, Chris. **Compreender Gadamer**. 3. ed. Tradução de Hélio Magri Filho. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011. p. 83-84.

<sup>92</sup> LAWN, Chris. **Compreender Gadamer**. 3. ed. Tradução de Hélio Magri Filho. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011. p. 97.

próprios limites desta pesquisa, não nos vemos autorizados a nos embrenhar por senda tão longa, profunda e complexa. Antes, devemos tratar aqui apenas de abordar a verdade especificamente no contexto de relevância em que ela se apresenta no processo penal.

Nesta linha, vejamos como a verdade é vista no interior dos sistemas processuais penais.

### 3.1 VERDADE ONTOLÓGICA, SUBSTANCIAL OU REAL

No modelo/sistema não adversarial/hierárquico, no qual o direito brasileiro está inserido, é dominante a concepção de que é possível a descoberta de uma verdade *objetiva, real, substantiva*, ou mesmo dita *ontológica*, por um terceiro neutro e imparcial.

Há, de fato, no sistema hierárquico, não somente a crença de que a reconstituição da realidade é possível, e por esse motivo a função do *fact-finder* é incumbida a um terceiro, não parte, imparcial e neutro e vinculado à oficialidade (o mesmo que, de regra, ao final, é também o responsável por proferir o veredicto de culpado ou inocente<sup>93</sup>), mas mais do que isso uma convicção de que a reconstrução da realidade é uma tarefa que é melhor exercida pelo juiz, que detém o conhecimento de *todos os fatos* já que a ele tudo se destina, todo o material probatório.

Contrariamente, no modelo/sistema não adversarial/coordenado, a perspectiva adotada é a de que não há uma verdade ontológica que possa ser descoberta, tampouco por uma parte neutra, e que *neutralidade* é algo simplesmente impossível de se alcançar, pois que, mesmo genuinamente, partes

---

<sup>93</sup> GRANDE, Elisabetta. Dances of criminal justice: thoughts on systemic differences and the search for the truth. In: JACKSON, John; LANGER; TILLERS, Peter. **Crime, procedure and evidence in a comparative and international context: essays in honor of Professor Mirjan Damaska**. Portland, USA: Hart Publishing, 2008. p. 146-147.

desinteressadas formam hipóteses prévias da realidade que elas pretendem reconstruir.<sup>94</sup>

É pacífica no modelo coordenado a ideia de que as pessoas assimilam informações de modo seletivo, o que leva a que as hipóteses iniciais por elas elaboradas tornem-se mais receptivas de confirmação, o que traz como consequência que tais informações sejam processadas tendenciosamente durante a investigação da verdade.<sup>95</sup> Desse modo, reconhecendo esse déficit cognitivo, o modelo/sistema adversarial, ou coordenado, rejeita a ideia de *reconstrução* da verdade, ou da viabilidade de alcance de uma verdade ontológica, objetiva, dita *real*, por um terceiro supostamente neutro.

Observa Garapon que os procedimentos inquisitorial e acusatório mostram diferentes relações com a verdade. No primeiro caso, há a presunção da existência de uma verdade e a ela se acede diretamente "par l'ascèse intellectuelle et la probité d'un homme"; no segundo, uma argumentação mais ajustada, mais estreita, deve excluir as dúvidas e escolher uma versão mais verossímil.

*Dans un cas, la verité est déjà là, il faut la confirmer; dans l'autre, elle est entièrement à rechercher par tâtonnements.*<sup>96</sup>

A concepção básica no sistema coordenado de processo penal é a de que, estando a cargo das partes a produção da prova, cada qual deve empenhar-se em demonstrar o mais eficazmente a sua versão da realidade, de modo a que resulte para avaliação do julgador o produto da exposição e do debate entre duas interpretações da verdade.<sup>97</sup>

---

<sup>94</sup> GRANDE, Elisabetta. Dances of criminal justice: thoughts on systemic differences and the search for the truth. In: JACKSON, John; LANGER; TILLERS, Peter. **Crime, procedure and evidence in a comparative and international context: essays in honor of Professor Mirjan Damaska**. Portland, USA: Hart Publishing, 2008. p. 146-147.

<sup>95</sup> GRANDE, Elisabetta. Dances of criminal justice: thoughts on systemic differences and the search for the truth. In: JACKSON, John; LANGER; TILLERS, Peter. **Crime, procedure and evidence in a comparative and international context: essays in honor of Professor Mirjan Damaska**. Portland, USA: Hart Publishing, 2008. p. 146-147.

<sup>96</sup> GARAPON, Antoine. **Bien juger: essai sur le rituel judiciaire**. Paris: Éditions Odile Jacob, 1997. p. 158.

<sup>97</sup> GRANDE, Elisabetta. Dances of criminal justice: thoughts on systemic differences and the search for the truth. In: JACKSON, John; LANGER; TILLERS, Peter. **Crime, procedure**

Essa visão permite melhor compreensão do porquê da postura passiva do *decision maker* no sistema coordenado, ou anglo-americano, *common law*, no qual é tarefa exclusiva das partes a produção das provas a serem apresentadas em juízo, e no qual, para a condenação do imputado, não há a exigência de uma certeza baseada em uma verdade ontológica, substancial, ou real, mas sim que a condenação seja consequência dos debates e das provas (repita-se: produzidas pelas partes e por elas expostas/debatidas em juízo no *day in court*), capazes de levar o(s) julgador(es) *beyond a reasonable doubt*.

Em suma, a condenação criminal nesse sistema somente é viável desde quando o acusador logre bem demonstrar, convincentemente, ao *decison maker*, argumentos e provas que levem além de uma dúvida razoável (da ocorrência do fato, de que o imputado é o seu autor e que ele mereça uma punição).

É relevante ainda apontar que o mesmo *standard* probatório para a condenação exige o *Codice di Procedura Penale* Italiano de 1988, que adotou o sistema acusatório em uma versão que se pode classificar de *temperada*.

Com efeito, o artigo 533, *coma* 1, do *Codice de Procedura Penale* italiano, relativamente à sentença condenatória, conforme modificação que sofreu com a Legge 46 de 2006, passou a ter a seguinte redação:

*Il giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio. Con la sentenza il giudice applica la pena e le eventuali misure di sicurezza.*<sup>98</sup>

Assim, destacando-se dentre os principais países do continente europeu com tradições jurídicas reconhecidas, o legislador do *Codice di Procedura Penale* definiu, como padrão processual autorizador de uma condenação criminal que o imputado seja considerado culpado se os elementos em debate levarem além de uma dúvida razoável, ou seja, o mesmo *standard* necessário para declaração de culpa do imputado exigida pela *common law* anglo-americana.

**and evidence in a comparative and international context:** essays in honor of Professor Mirjan Damaska. Portland, USA: Hart Publishing, 2008. p. 146-147.

<sup>98</sup> ITÁLIA. **Legge 20 febbraio 2006, n. 46** (in *G.U.* n. 44 del 22 febbraio 2006). Modifiche al codice di procedura penale, in materia di inappellabilità delle sentenze di proscioglimento. Disponível em: <http://www.lexitalia.it/leggi/2006-46.htm>. Acesso em: 18 jul. 2018.

Em resumo, é sem máculas a afirmação de que a *verdade* no sistema coordenado nada tem a ver com uma verdade ontológica, substancial, ou dita *real*, mas sim que o critério, o *standard*, para a formação de um juízo condenatório, isto é, a declaração de culpa, dependa de que a versão do fato delituoso, cuja autoria é atribuída ao imputado, seja, mediante provas e contraditório/contestação da (ampla) defesa, demonstrada pela acusação além de uma dúvida razoável.<sup>99</sup> Por derradeiro, a busca da verdade no sistema hierárquico/não adversarial, inquisitorial, como já se infere, segue claramente o esquema sujeito x objeto da modernidade

Pondo-se agora em epígrafe o sistema processual penal brasileiro, embora as muitas alterações que sofreu o Código de Processo Penal desde 1941, em particular com a mais recente redação do artigo 212 do CPP, que lhe deu a Lei Nº 11.690, de 9 de junho de 2008<sup>100</sup>, e que visou a acentuar o caráter acusatório do processo penal nacional, ainda guarda nossa legislação processual penal marcada configuração inquisitorial.

É interessante repetir o que se disse alhures de que a ideia vigente em nosso sistema é, na práxis judiciária, que os juízes não só podem, mas mesmo *devem* investigar os fatos, indo além do que é trazido pelas partes. Essa visão expressa subliminarmente a crença de que a investigação da verdade pelo juiz, que nessa tarefa pode produzir provas *ex-officio*, é mais pura, objetiva e isenta.

Em marcado contraste, está que no sistema coordenado, na *common law*, o *decision maker*, o juiz togado<sup>101</sup> ou os jurados, não têm atribuições de produzir provas, guardando, contrariamente, uma postura passiva em relação aos fatos e provas levados a julgamento pelas partes, a quem compete a produção do material probatório que será exposto diretamente no julgamento, de molde a que o *decision*

---

<sup>99</sup> TONINI, Paolo. **Manuale di procedura penale**. 18. ed. Milano: Giuffrè. 2017. p. 258.

<sup>100</sup> "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."

<sup>101</sup> Embora não seja vedado ao juiz, embora aos jurados o seja, inquirir diretamente as testemunhas, não é comum que o façam.

*maker* possa decidir a partir dos diversos pontos de vista levantados e expostos pelas partes.<sup>102</sup>

No Direito Processual Penal brasileiro, salienta Kahled, temos ainda a mesma postura científica do século XVIII, a postura filosófica da modernidade, em particular a ideia de verdade correspondente, de neutralidade, de correspondência estrita entre o que ocorreu e o que o processo supostamente verificou através da convicção do juiz.<sup>103</sup>

A verdade correspondente, observa o autor, em suas variadas formas, não se caracteriza tão somente por um posicionamento autoritário, mas revela um modo de produção da verdade baseada em uma determinada concepção de conhecimento, no caso a da cientificidade moderna, que, oferecendo

fundamentação e legitimidade "científica" para as práticas processuais que rompem com a estrutura do sistema acusatório, atribuindo ao juiz, enquanto sujeito do conhecimento, a capacidade de extração da essência das coisas. Através da cientificidade a lógica inquisitória foi renovada [...].<sup>104</sup>

Escreve ainda o autor que é a *ambição da verdade* que caracteriza o processo penal moderno, e que o direito é uma das áreas do conhecimento que mais segue aferrada ao modelo moderno de ciência, o qual, hoje, sequer é seguido pelas chamadas ciências duras que o originaram. No Direito, na opinião de Kahled, mantém-se vigente essa concepção com insofismáveis fins punitivistas.<sup>105</sup>

Seguindo nesta mesma senda, a impossibilidade de alcance de uma verdade pura, objetiva, real, era já defendida por Jerome Frank, um dos expoentes do realismo jurídico norte-americano.

---

<sup>102</sup> GONÇALVES FERREIRA, Marco Aurélio. **A presunção da inocência e a construção da verdade**: contrastes e confrontos em perspectiva comparada (Brasil e Canadá). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 40-41.

<sup>103</sup> O autor está-se referindo claramente ao direito brasileiro. (KAHLED JÚNIOR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013. p. 168).

<sup>104</sup> KAHLED JÚNIOR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013. p. 191.

<sup>105</sup> KAHLED JÚNIOR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013. p. 193-194.

Frank, sob um ponto de vista psicológico, aponta para a impossibilidade de uma objetividade *pura*, sustentando que algo assim é inalcançável, partindo-se do pressuposto da operatividade de nossas influências internas inconscientes, aquelas a que o sujeito-intérprete está submetido, chamando a atenção o autor norte-americano para a marcada força interna que exercem os preconceitos originados pelas experiências pessoais do sujeito, tais como sua criação familiar, formação escolar, visão de mundo, forças, enfim, que operam uma determinada visão dos fatos pelo interprete, que, como se nota, não está fora da interpretação, mas inserido nela, tema que será debatido amiúde mais adiante neste trabalho quando abordarmos a hermenêutica filosófica.

Diz Frank:

*Now the trial judge is a man, with a susceptibility to such unconscious prejudiced "identifications" originating in his infant experiences. Sitting at a trial, long before he has come to the point where he must decide what is right or wrong, just or unjust, with reference to the facts of the case as a whole, he has been engaged in making numerous judgments or inferences, as the testimony dribbles in. His impressions colored by his unconscious biases with respect to the witnesses, as to what they said, and with what truthfulness and accuracy they said it, will determine what he believes to be the "facts of the case". His innumerable hidden traits and predisposition often get in their work in shaping his decision in the very process by which he becomes convinced what those facts are. The judge's belief about the facts results from the impact of numerous stimuli - including the words, gesture, postures, and grimaces of the witnesses - on his distinctive "personality"; that personality, in turn, is a product of numerous factors, including his parentes, his schooling, his teachers and companions, the persons he has met, the woman he married (or did not marry), his children, the books and articles he has read.<sup>106</sup>*

Feitas essas anotações, pela pertinência do tema ora sob análise, vamos desde logo adiantar algo da perspectiva filosófica que o envolve, trazendo a questão do *compreender* e do *círculo hermenêutico*.

Os temas *compreender* e *círculo hermenêutico* evocam os nomes de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer.

---

<sup>106</sup> FRANK, Jerome. **Courts on trial: myth and reality in american justice**. New Jersey: Princeton University Press, 1973. p. 152.

Diz Coreth que Heidegger, em *Sein und Zeit*, seguindo passos importantes dados por Dilthey e Husserl (este em sua fenomenologia, embora ela tenha sido mais profundamente superada), fez recuar a compreensão à existência do ser-aí - *Dasein*, tornando-se a partir de então um existencial, um elemento de toda constituição ontológica do *Dasein*.

A questão heideggeriana referente à compreensão não diz respeito, propriamente, à compreensão psicológica do outro homem e de suas manifestações vitais, tampouco encerra uma questão da compreensão de formas e estruturas de sentido histórico que são próprias das *Geisteswissenschaften*, ciências do espírito, mas, antes, de uma compreensão original, que antecede a dualidade do *explicar* e *compreender*, típica do conhecimento de várias outras ciências, e é dado com o próprio ser da existência, na medida em que a existência é marcada com a compreensão do ser.

Heidegger, em sua análise da compreensão, fala do círculo hermenêutico, que já era conhecido por Schleiermacher, Droysen e Dilthey, mas que somente com ele, conforme Coreth, ganha uma urgência mais profunda, passando o tema, desde então, a integrar todas as discussões da atualidade que envolvem o problema hermenêutico. É a partir de Heidegger que o círculo hermenêutico passa a não mais ser objeto de questionamentos ante a constatação de que toda a compreensão apresenta uma estrutura circular, e somente em face da projeção de uma totalidade de sentido uma *coisa* abre-se à compreensão de uma *coisa*, ou seja, essa projeção de sentido de uma coisa é condição de possibilidade da compreensão de alguma coisa.

*In seiner Analyse des Verstehens weist Heidegger den "hermeneutischen Zirkel" auf, der zwar der Sache nach schon bei Schleiermacher, Droysen und Dilthey bekannt war. Von Heidegger aber ausdrücklich formuliert wird und von ihm her in die gesamte Diskussion der Gegenwart um die hermeneutische Frage eingeht. Alles Verstehen zeigt eine "Zirkelstruktur", da sich nur innerhalb eine voraus-entworfenen Sinn Ganzheit "etwas als etwas" erschließt und alle Auslegung - als Ausarbeitung des Verstehens - sich im Feld vorgängigen Verstehens bewegt, dieses also als Bedingung seiner Möglichkeit voraussetzt. "Alle Auslegung, die Verständnis beistellen soll, muss schon das Auszulegende verstanden haben". Damit ist*

*zugleich die wesenhafte "Horizontstruktur" des Verstehens und Auslegens gegeben.*<sup>107</sup>

De outro bordo, é mérito de Gadamer, escreve Coreth, ter recolhido as indicações de Schleiermacher, Dilthey e Heidegger para elaborar uma teoria filosófica da compreensão. Gadamer retorna à questão do *hermeneutische Zirkel*, do círculo hermenêutico, no sentido que lhe dá Heidegger, enfatizando o sentido positivo do preconceito – *Vorurteil* -, expressão que vem marcada pejorativamente desde a *Aufklärung*, período em que se buscava elaborar uma ciência sem pressupostos, isto é, sem preconceitos. Assim, *Vorurteil* - preconceito, para Gadamer, significará *Vorverständnis* - pré-compreensão.<sup>108</sup>

Diferentemente da hermenêutica divinatória que se aplicava desde Schleiermacher, que pretendia colocar o intérprete no ponto de vista de outra pessoa para poder compreendê-la corretamente, Gadamer diz que quem quer, e *deve*, entender o outro somos nós, portanto partimos de nosso próprio horizonte histórico, que é limitado, mas que pode ser alargado a partir de um *Horizontverschmelzung*, de uma fusão de horizontes.<sup>109</sup>

Nota Coreth que essa fusão de horizontes está condicionada à própria história:

*Dies ist jedoch in seiner Möglichkeit bedingt durch die Geschichte selbst. Der "Wirkungsgeschichtliche" Zusammenhang vermittelt die Möglichkeit des verstehens, insofern das in der Vergangenheit gesprochene Wort in die Geschichte hineingesprochen ist, in der Geschichte sich ausführt und ausgelegt hat und so in den uns eigenen geschichtlich geprägten Verständnis horizonz eingeht.*<sup>110</sup>

Gadamer, ao discorrer sobre a abordagem de Heidegger referente ao círculo hermenêutico, escreve que quem quer compreender um texto executa sempre um

---

<sup>107</sup> CORETH. Emerich. **Grundfragen der Hermeneutik**. Freiburg im Breisgau: Verlag Herder, 1969. s. 32.

<sup>108</sup> CORETH. Emerich. **Grundfragen der Hermeneutik**. Freiburg im Breisgau: Verlag Herder, 1969. s. 33.

<sup>109</sup> CORETH. Emerich. **Grundfragen der Hermeneutik**. Freiburg im Breisgau: Verlag Herder, 1969. s. 33.

<sup>110</sup> CORETH. Emerich. **Grundfragen der Hermeneutik**. Freiburg im Breisgau: Verlag Herder, 1969. s. 33.

projetar. Tão pronto mostre-se um primeiro sentido no texto, o intérprete, em seguida, projeta um sentido do todo, que somente se mostra uma vez que já ao se ler o texto a ser interpretado assim o fazemos com uma certa expectativa de um sentido determinado.<sup>111</sup> A compreensão do que se põe no texto consiste exatamente na elaboração do projeto prévio, o qual, todavia, tem de ser constantemente revisado, enquanto vão-se dando os resultados do penetrar no sentido.

A revisão do primeiro projeto, diz Gadamer, dá supedâneo a um novo projeto de sentido, e que é muito possível que diversos projetos rivalizem uns com outros, até que se possa estabelecer univocamente a unidade de sentido. Dessa forma, coloca o filósofo, a interpretação começa sempre com conceitos prévios, que terão de ser substituídos progressivamente por outros mais adequados:

*Y es todo este constante reprojectar, en el cual consiste el movimiento de sentido del comprender e interpretar, lo que constituye el proceso que describe Heidegger. El que intenta comprender está expuesto a los errores de opiniones previas que no se comprueban en las cosas mismas. Elaborar los proyectos correctos y adecuados a las cosas, que como proyectos son anticipaciones que deben confirmarse "en las cosas", tal es la tarea constante de la comprensión.<sup>112</sup>*

Concluídas essas observações, vejamos agora, na prática, os efeitos do inquisitorialismo na mente do juiz no sistema continental europeu, ou hierárquico, tradição na qual, como já repetidamente salientamos, estamos inseridos.

Já se viu acima que a pró-atividade do julgador é estrutural do modelo/sistema hierárquico, é elemento constitutivo da própria organização do Estado ativo, que visa a uma *policy-implemting*, o que já é sensível desde o iniciar das investigações preliminares a partir de *notitia criminis*, percepção que vem se acentuar ainda mais no curso da ação penal, momento em que o juiz tem em mãos as peças produzidas no inquérito policial.

---

<sup>111</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Wahrheit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik**. 6. ed. Tübingen: J.C.B Mohr, 1990. s. 271.

<sup>112</sup> GADAMER. Hans-Georg. **Verdad y método**. 13. ed. Tradução Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito del original alemán Wahrheit und Methode. Salamanca: Sígueme, 2012. p. 333.

Para esse exame vamos nos valer do experimento realizado pelo Professor Bernd Schünemann na Alemanha, estudo, o qual, as conclusões são relevantes ao Brasil.

Vejamos, pois.

### 3.2. O PAPEL DO *FACT-FINDER* NO SISTEMA HIERÁRQUICO. A INFLUÊNCIA DAS INVESTIGAÇÕES POLICIAIS NA DECISÃO/MENTE DO JUIZ CRIMINAL. O EXPERIMENTO DE BERND SCHÜNEMANN

Não são poucos os poderes investigatórios postos às mãos do juiz pelo legislador do Código de Processo Penal brasileiro de 1941.

Nosso código não excepciona características centrais do modelo hierárquico/não adversarial/inquisitório, seja o ter em mãos durante a instrução criminal e no julgamento o inquérito policial, como também a possibilidade de produção de provas *ex-officio* pelo juiz<sup>113</sup>, o mesmo juiz que o legislador encarrega de verificar a admissibilidade da acusação, de realizar a instrução criminal, e, ao final, julgar o caso penal.<sup>114</sup>

A questão principal que se coloca é quanto à pró-atividade do juiz, ou seja, quanto à produção de provas *ex-officio* pelo julgador, e se isso contamina de alguma forma a sua imparcialidade.

Essa pergunta foi respondida em interessante experiência realizada pelo Professor Bernd Schünemann na Alemanha, que evidenciou o funcionamento, no processo penal alemão, o esquema *sujeito x objeto*, típico da filosofia da modernidade.

Antes, porém, de avançarmos no tópico, vale aqui, como nota de advertência para que não se tenha a falsa impressão de que a possibilidade de produção de provas *ex-officio* pelo juiz seja uma espécie de *disfunção* particular do sistema

---

<sup>113</sup> Sem embargo da controvérsia acadêmica que envolve o tema, segue a jurisprudência do STF reafirmando a validade da produção de provas *ex-officio*.

<sup>114</sup> Vejam-se os artigos 156, 209, e seu § 1º, 404 e 616, todos do Código de Processo Penal, que autorizam o juiz à produção probatória. Quanto a este último aspecto, trataremos mais amiúde no texto.

processual brasileiro, reafirmar que tal possibilidade é antes estrutural do sistema hierárquico, não adversarial. Como exemplo do que estamos dizendo, é interessante remeter ao código de processo penal alemão, o *StPO*, no qual vige o princípio *Amtsaufklärunggrundsatz*.<sup>115</sup>

Com efeito, o *Amtsaufklärunggrundsatz*<sup>116</sup> está no sistema processual penal alemão como princípio geral e consiste na possibilidade/obrigação da corte de Justiça de investigar a verdade dos fatos antes de tomar uma decisão, independentemente de provocação ou de petições de quem quer que seja. Em outros termos, o *Amtsaufklärungspflicht* dispensa a corte judiciária de quaisquer postulações prévias do Ministério Público, *Staatsanwaltschaft*, ou da Defesa, para a produção de provas *ex-officio* antes de tomar uma decisão.

Tão poderoso instrumento inquisitorial, longe de repousar apenas na *black-letter law*, tem vigência operativa iterativamente afirmada pelo *Bundesverfassungsgericht*, o Tribunal Constitucional Alemão, que entende ser esta a melhor forma de realizar, no processo penal, os postulados do princípio da culpabilidade, de assento constitucional<sup>117</sup>. Eis aqui a razão de, ao início deste trabalho, termos destacado o princípio da culpabilidade.

Posto isso, seguindo-se nessa mesma linha de análise, vejamos mais amiúde a inquisitorialidade do processo penal brasileiro, a começar pelas investigações policiais e o acesso a elas pelo juiz durante a ação penal.

---

<sup>115</sup> O denominado *Amtsaufklärunggrundsatz* é princípio predominante no processo penal alemão que importa a obrigação/poder *Aufklärungspflicht* da Corte de sindicar *ex officio* a verdade material, *materielle Wahrheit* que possa interessar à decisão, com algumas restrições nas hipóteses de transação penal, a denominada *Verständigung*, cf. § 257c StPO. (EISENBERG, Ulrich. **Beweisrecht der StPO Spezialkommentar**. München: Verlag C.H. Beck. 2013. ss. 1/ 2; 15-16). No original: [...] Das Gericht ist verpflichtet, von Amts wegen selbständig (§ 155 Abs 2), dh ohne Bindung an Anträge oder Erklärungen der Prozessbeteiligten, die Tatsachengrundlage des Tatvorwurfs umfassend zu untersuchen und aufzuklären (§ 244 Abs 2), bevor es eine Entscheidung trifft.“ Em tradução livre: “A Corte é obrigada, por si própria e por dever de ofício (*ex officio*), isto é, sem ligação a petições ou declarações/esclarecimentos das partes no processo, a investigar e esclarecer amplamente os fundamentos de fato da acusação antes de tomar uma decisão.”

<sup>116</sup> Também denominado *Untersuchungsgrundsatz*, *Inquisitionsmaxime*, *Amtsermittlungspflicht*, *Amtsaufklärungspflicht*.

<sup>117</sup> LEITSÄTZE: zum Urteil des Zweiten Senats vom 19. März 2013. Disponível em: <[http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2013/03/rs20130319\\_2bvr262810.htm](http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2013/03/rs20130319_2bvr262810.htm)>. Acesso em: 11 maio 2018.

Malgrado não seja função das investigações preliminares sustentar uma condenação criminal - sem embargo do que dispõe o Artigo 155 do Código de Processo Penal brasileiro, o qual, diga-se, confundiu/misturou indícios com provas -, mas sim fornecer elementos indiciários ao Ministério Público para que o órgão da acusação demonstre em juízo a existência de uma *probably cause*, é marcante o peso, na ação penal, do que é produzido pela polícia, portanto inquisitorialmente.<sup>118</sup>

Note-se que, na grande maioria das vezes, as provas técnico-periciais fundamentais atinentes ao caso penal são realizadas exatamente durante o inquérito policial, muito embora seja possível, e desejável, que a produção das provas técnicas aconteça durante a audiência de instrução e julgamento, onde tem vigência o princípio do contraditório.

De fato, é frequentemente - para não dizer quase sempre - durante o inquérito policial que são realizados os exames de DNA, papiloscópicos, de lesões corporais, conjunção carnal, laudos psicológicos, de arrombamento, funcionalidade de armas, rodoviários, etc., sem que haja, salvo raríssimas vezes, quesitação da defesa.

Acrescente-se aqui que, mesmo que o Ministério Público possa pedir complementação dos já existentes elementos investigativos à polícia, no processo penal nacional a condução das investigações preliminares é atribuição exclusiva do Delegado de Polícia, ressalvados os casos em que sejam realizadas diretamente pelo próprio Ministério Público, que são, entretanto, muito menos frequentes.

Com isso quer-se dizer que, paradoxalmente, mesmo que na prática haja pouca aproximação entre a polícia e o Ministério Público, mantendo-se as

---

<sup>118</sup> "O art. 155 do CPP, ao permitir que o magistrado fundamente sua decisão, mesmo que subsidiariamente, em atos de investigação, e não em atos de prova, representa uma afirmação da inspiração inquisitorial de processo penal. Desta forma, o legislador sacramentalizou o que vinha ocorrendo na práxis judiciária, ou seja, na consideração dos elementos colhidos na fase inquisitorial para condenar o acusado. Autoriza o referido dispositivo a utilização pelo juiz, no momento de sua decisão, dos elementos colhidos sem o contraditório judicial de forma supletiva. Essa valoração ultrapassa a mera possibilidade de contaminação do que foi produzido sob o contraditório judicial, pelos elementos inquisitoriais, e alcança a consideração direta destes. Uma exegese comprometida com a preservação de um processo penal transparente (art. 5º, LX, CF), humanitário (art. 1º III, CF) e constitucional (arts. 1º, caput, 5º, caput e 5º § 2º, da CF), admitirá esses elementos somente quando forem para afastar çum provimento condenatório." (GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do processo penal**: considerações críticas. provas, ritos processuais, júri, sentenças. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 22).

instituições distantes uma da outra, raramente travando um diálogo pessoal direto na solução dos casos penais, restringindo-se, no mais das vezes, suas comunicações necessárias à via oficial escrita<sup>119</sup>, são justamente as investigações policiais – inquisitoriais - que dão suporte ao trabalho do Ministério Público<sup>120</sup>, mais especificamente à denúncia, ousando-se aqui ir além: na prática são as investigações policiais que dão o tom no núcleo probatório da ação penal.

Isso tudo remete a uma questão fundamental: malgrado a letra do artigo 395 do Código de Processo Penal<sup>121</sup> e a possibilidade de rejeição liminar da denúncia, conforme a alteração do texto legal pela lei 11.719 de 2008, ao fazermos um exame conjunto desse artigo com o artigo 41 do CPP<sup>122</sup>, não se pode dizer que haja, neste momento processual, uma exigência realmente efetiva de o juiz mais detidamente examinar os elementos fáticos da denúncia produzidos na investigação policial, e assim verificar a presença de uma verdadeira *probably cause*.<sup>123</sup>

---

<sup>119</sup> Um desses casos é o da Operação Lava-Jato, em que foi constituída uma força-tarefa que reuniu o Ministério Público Federal e a Policial Federal em atuação conjunta. Outro exemplo semelhante é a dos policiais civis que atuam diretamente com o Ministério Público, ocorre aqui no Estado do Rio Grande do Sul, em que esses policiais exercem suas funções diretamente dentro da instituição, ou seja, embora vinculados diretamente aos Promotores de Justiça, estão seus cargos, entretanto, inseridos na estrutura funcional da Polícia Civil do Estado.

<sup>120</sup> O Artigo 12 do CPP determina que o inquérito policial deve acompanhar a denúncia, ou a queixa, sempre que servir base a uma ou a outra, o que, diga-se, ocorre na grande maioria dos casos. De sua vez, o Artigo 155 do CPP reza que o juiz não poderá fundamentar sua decisão *exclusivamente* nos elementos colhidos na investigação, o que, *mutatis mutandis*, leva a concluir que o próprio legislador dá aos elementos investigativos o *status* de "prova", sem falar que a lei não diz o tipo, o grau ou quantidade que os elementos investigativos, somados às provas coletadas exclusivamente na audiência de instrução criminal, podem fundamentar a decisão do juiz.

<sup>121</sup> Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I - for manifestamente inepta; II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou III - faltar justa causa para o exercício da ação penal. Parágrafo único. (Revogado).

<sup>122</sup> Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

<sup>123</sup> Poder-se-ia dizer que o que mais se aproxima disso seria o exame de uma justa causa, mas que, sob pretexto de confundir-se com o mérito, de regra com ele é na esmagadora maioria das vezes analisada na sentença. 123 Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I - for manifestamente inepta; II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou III - faltar justa causa para o exercício da ação penal. Parágrafo único. (Revogado).

Esse momento processual, do recebimento da denúncia, carece, no processo penal brasileiro, de um escrutínio mais profundo, pelo juiz, dos elementos indiciários produzidos na investigação preliminar. E pior - e aqui é ponto nodal no sistema - o inquérito policial inteiro seguirá às mãos do juiz, que, ante a ausência de qualquer rigor na lei, se restringirá, em sede de admissibilidade da denúncia, na prática, a fazer-lhe um exame perfunctório da descrição dos fatos e sua amarração lógica à tipificação legal assinada pelo Promotor, e assim mesmo quando o ato processual não se reduza ao meramente mecânico, vindo a decisão sob forma de simples reprodução/cópia juntada aos autos do processo, ou por carimbo de "Recebo a denúncia", isto é, sem qualquer exame real.<sup>124</sup>

Importante mencionar também que não é incomum que o efetivo exame de admissibilidade, que deveria ser feito no momento do recebimento da denúncia pelo juiz em primeiro grau, como garantia de presunção de não culpabilidade do cidadão, ou, em outras palavras, como corolário do princípio da presunção de inocência, venha a ser realizado tardiamente, após toda a instrução processual, na sentença ou até mesmo em grau de apelação, no acórdão, notando-se aqui, na jurisprudência nacional - e não se poderia deixar de dizer - uma clara tendência de acolhimento da denúncia, mesmo que defeituosa, e assim sob argumentos vários e retóricos, capitaneados pelo de que nesse momento prevalece o interesse *pro societate*, como se isso justificasse até mesmo o recebimento de uma denúncia temerária, incompleta ou defeituosa, em flagrante minimização dos direitos fundamentais do cidadão.

Essa flexibilidade processual, não se pode deixar de anotar, é, como observa Damaska, um dos elementos característicos do sistema hierárquico, que vê com reservas o excessivo formalismo que, ao fim e ao cabo, possa obstaculizar os fins últimos do processo: *a policy-implementing*, a implementação de políticas estatais.

---

<sup>124</sup> Essa situação não foi solucionada pelo PL 8045/2010, ora em trâmite no Congresso Nacional, já que, conforme o artigo 36 do projeto, o Inquérito Policial que servir de base à denúncia seguirá, junto com ela, às mãos do juiz. (BRASIL. Câmara dos Deputados. Brasília, 2018. Disponível em: <<https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263#marcao-conteudo-portal>>. Acesso em: 21 out. 2018).

But sacrifice of substantive accuracy for the sake of procedural regularity remains a somewhat embarrassing anomaly; it smacks of the "formalism" so alien to the ideology of the activist state, and so, in most instances, procedural regulation remains pliable.<sup>125</sup>

Em termos procedimentais, recomenda sublinhar, e essa é uma das importantes diferenças entre o sistema hierárquico e o sistema coordenado, ou anglo-americano, no qual, de regra, antes do *indictment*, ocorre o exame de admissibilidade da acusação pelo *Grand jury*, a quem serão levadas testemunhas em número e qualidade tais que a acusação entenda suficientes para demonstrar a existência de uma *probably cause* que justifique a instauração de uma ação penal contra o cidadão.

A decisão de recebimento da denúncia, como já enfaticamente destacado, é momento processual de enorme importância, que tem de estar necessariamente em sintonia com o princípio constitucional da presunção de inocência. Esse ato processual tem a função de servir de filtro impeditivo - eficaz - contra processos penais resultantes de imputações por fatos não claros, insuficientemente investigados, embalados por motivações dúbias, por pressões políticas, midiáticas, ou quaisquer outras para solução rápida de crimes, ou ainda mesmo contra formulações defeituosas da denúncia, que mais adiante possam conduzir à nulidade de todo ou parte do processado, em desperdício de tempo com atos processuais que, além de custarem caro ao erário público, colocam o cidadão, descuidadamente, sob o bota do Estado.

Visando a enfrentar essa questão, o legislador do *Codice di Procedura Penale* italiano foi mais além, o que nota Tonini ao comentar a atual formatação da *udienza preliminare* e dos *dibattimenti*, em conformidade ao *principio della netta ripartizione delle fase processuali*, lembrando-se mais uma vez que a Itália adotou o sistema acusatório (temperado), aproximado ao modelo norte-americano.

In base al principio della netta ripartizione in fasi, il procedimento penale vede susseguirsi le indagini preliminari svolte dal pubblico ministero, l'udienza preliminare ed il dibattimento.

---

<sup>125</sup> DAMASKA, Mirjan R. **The faces of justice and state authority**: a comparative approach to the legal process. New Haven and London: Yale University, 1986. p. 152.

Questa struttura, che costituisce lo svolgimento ordinario del procedimento, vuole tutelare alcuni valori che sono propri del sistema accusatorio [...].

*In primo luogo, si vuole che le dichiarazioni utilizzabili nella decisione in dibattimento siano quelle che vengono assunte nel pieno contraddittorio delle parti, e cioè davanti al giudice ed alla presenza del pubblico ministero e del difensore dell'imputato. Pertanto, almeno come regola, la prova dichiarativa assunta prima del dibattimento è inutilizzabile.*

*In secondo luogo, si vuole tutelare il diritto dell'imputato a che un giudice controlli la necessità del rinvio a giudizio e, quindi, la fondatezza dell'accusa formulata dal pubblico ministero. Infatti, il rinvio a giudizio, già in forza della pubblicità che caratterizza tale fase, costituisce una sofferenza per l'imputato innocente ed è per lui fonte di spese processuali; pertanto costituisce un danno da evitare. A tal fine è predisposta una udienza preliminare, nella quale il giudice esamina gli atti raccolti dal pubblico ministero e decide se rinviare a dibattimento l'imputato o pronunciare una sentenza di non luogo a procedere.<sup>126</sup>*

Nessa trilha de exposição, para demonstrar o peso/influência das investigações criminais na ação penal - *diga-se sem rodeios: na mente do juiz* - é de grande valia e oportunidade a experiência realizada pelo Professor Bernd Schünemann na Alemanha.<sup>127</sup>

Schünemann, em experiência inédita, demonstrou, empiricamente, como e quanto o conhecimento/acesso do juiz às investigações preliminares, bem assim um juízo pouco crítico quanto a elas (está-se a tratar aqui da própria imparcialidade do juiz), afetam a percepção, compreensão e avaliação da prova coletada no curso da instrução criminal, cerne do processo penal, e conseqüentemente o julgamento do caso penal.

Embora a experiência tenha sido realizada no ambiente jurídico-penal alemão, suas conclusões são plenamente válidas para o ambiente jurídico brasileiro, dada a semelhança das estruturas básicas de ambas as legislações processuais penais, ou, em melhores termos, o que é acentuado pelo fato de ambas as culturas jurídicas pertencerem ao mesmo sistema processual penal, o hierárquico.

---

<sup>126</sup> TONINI, Paolo. **Manuale di procedura penale**. 18. ed. Milano: Giuffrè. 2017. p. 34.

<sup>127</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? uma confirmação dos efeitos perseverança e aliança. In: SCHÜNEMANN, Bernd ; GRECO, Luís (Coord.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 205-221.

Em rápida descrição do experimento de Schünemann, que se fundou basicamente na teoria da dissonância cognitiva<sup>128</sup> e na teoria de comparação social, temos que a experiência consistiu na reunião de 58 juízes criminais e promotores de diversas regiões da Alemanha Federal, a quem foram distribuídos um mesmo caso penal referente ao delito de libertação de preso (*Gefangenenbefreiung*, § 120 StGB) previsto no StGB, o Código Penal Alemão, cujo réu, sem qualquer erro judicante, poderia tanto ser absolvido quanto condenado.

Sinteticamente, os juízes foram separados em dois grupos e em dois subgrupos. *Grupo 1*: todos receberam os autos da investigação preliminar e acesso à audiência de instrução e julgamento, tendo sido subdivididos em dois subgrupos: 1a) 14 participantes (8 juízes e 6 promotores) puderam inquirir as testemunhas; 2a) 14 participantes (9 juízes e 5 promotores) não puderam inquirir as testemunhas. *Grupo 2*: não tiveram acesso aos autos da investigação preliminar, tiveram acesso apenas à audiência de instrução e julgamento e foram subdivididos em dois subgrupos: 2a) 17 participantes (11 juízes e 6 promotores) puderam formular perguntas às testemunhas, 2b) 13 (7 juízes e 6 promotores) não puderam inquirir as testemunhas.

Resultado numérico da pesquisa: *Grupo 1*: 1a) 8 juízes condenaram e nenhum absolveu, enquanto 2 promotores condenaram e 4 absolveram o réu.; 2a) 9 juízes condenaram e nenhum absolveu, enquanto 1 promotor condenou e 4 absolveram. *Grupo 2*: 2a) 3 juízes condenaram, 8 absolveram, enquanto 1 promotor condenou e 5 absolveram, 2b) 5 juízes condenaram e 2 absolveram, enquanto 1 promotor condenou e 5 absolveram o réu.

Do experimento viu-se que os juízes que tiveram amplo acesso às investigações preliminares e ativa participação na audiência de instrução e julgamento, podendo formular perguntas às testemunhas, condenaram oito vezes e

---

<sup>128</sup> Em uma rude simplificação do que se trata a teoria da dissociação cognitiva, pode-se dizer que o indivíduo humano tende a esforçar-se por realizar um estado de coerência consigo mesmo, entre o que sabe ou crê e o que faz; assim, por ora, vale reproduzir-se as seguintes observações de Festinger: "As hipóteses básicas que desejo enunciar são as seguintes: 1. A existência de dissonância, ao ser psicologicamente incômoda, motivará a pessoa para tentar reduzi-la e realizar a consonância; 2. Quando a dissonância está presente, a pessoa, além de procurar reduzi-la, evitará ativamente situações e informações suscetíveis de aumentar a dissonância. (FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Tradução de Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, 1975. p. 12).

não absolveram nenhuma, enquanto os juízes que não tiveram acesso aos autos das investigações preliminares e participaram audiência de instrução e julgamento, podendo formular perguntas, condenaram apenas três vezes, absolvendo oito vezes. Os juízes que tiveram amplo acesso às investigações preliminares e participaram ativamente da audiência de instrução e julgamento, não podendo formular perguntas às testemunhas, condenaram nove vezes e não absolveram nenhuma, enquanto os juízes que não tiveram acesso às investigações preliminares, só tiveram participação na audiência de instrução e julgamento, sem que pudessem inquirir as testemunhas, condenaram cinco vezes e absolveram duas vezes.

Schünemann arrola quatro efeitos que operam sobre o juiz que preside a audiência de instrução e julgamento e que tem acesso às investigações preliminares. O primeiro é o efeito perseverança, identificado na tendência do juiz de apegar-se à (primeira) imagem que lhe foi repassada nos expedientes atinentes à investigação preliminar, tais como, pode-se exemplificar, expedientes de prisão temporária, de prisão preventiva, inclusive em alguns casos mesmo sem pedido do Delegado de Polícia ou do Ministério Público. Essa primeira impressão, sem qualquer dúvida, é um juízo provisório de culpa. Schünemann conclui também que o conhecimento dos autos da investigação preliminar, tendencialmente incriminadores, leva (tendencialmente) o juiz a condenar o acusado ainda que o conteúdo da audiência seja ambivalente, o que sugeriria uma absolvição<sup>129</sup>, por força do princípio *in dubio pro reo*, diga-se.

O segundo é o efeito *redundância*, que decorre do fato de que informações dissonantes dessa imagem inicial - leia-se aqui: juízo provisório de culpa - tendem a ser menosprezadas e muitas vezes sequer percebidas, como revela a teoria da dissociação cognitiva. Esse efeito pode ser igualmente explicado pela psicologia da informação, pela preferência de percepção e armazenamento de informações redundantes, assim entendidas aquelas já conhecidas.

O terceiro efeito, denominado *Schulterschlüsseffekt*, efeito *junção de ombros*, ou efeito *aliança*, consiste em uma atitude pouco crítica do juiz - na maior

---

<sup>129</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? uma confirmação dos efeitos perseverança e aliança. In: SCHÜNEMANN, Bernd ; GRECO, Luís (Coord.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 211.

parte das vezes automática - na fase de recebimento da denúncia. Diz Schünemann que em uma situação obscura tendemos a nos orientar por quem consideramos competente, o que explica que o juiz deposite - sem mesmo perceber - confiança no Ministério Público, supondo ter ele certo grau de isenção e ao menos ter examinado bem as investigações preliminares antes de oferecer a denúncia. É aqui o que se pode chamar de voo cego do juiz, conforme abordaremos mais adiante.

Por fim, o quarto efeito, o chamado efeito *atenção*, é de extrema sutileza, e desencadeia-se em momento imediato à inquirição das testemunhas de acusação. Neste ponto da audiência, sem que perceba, o juiz perde atenção, distraíndo-se mais facilmente, levando a que a defesa lute para (re)conquistar a sua atenção. Na prática, a defesa terá maior dificuldade de demonstração da plausibilidade de sua versão ou mesmo de versão que implante na mente do magistrado dúvida que possa conduzir à absolvição do acusado.

Recomenda destacar, e assim à vista da Teoria da Dissonância Cognitiva, que o juiz, em audiência, frequentemente, sem o perceber, *entra em conflito interno* com o seu prévio/subjacente conhecimento dos autos da investigação preliminar resumida na denúncia, agravado o fato de que na esmagadora maioria das vezes a audiência de instrução é uma mera reativa/reprodução da prova oral coletada pela polícia. Não é raro que o juiz encontre *dificuldades* na recepção de depoimentos de testemunhas, ouvidas previamente pela polícia, que em juízo venham menos detalhados, mais lacunosos ou mesmo que alteram o que foi dito perante a autoridade policial.

Os resultados da pesquisa promovida por Schünemann revelaram, em síntese, a tendência do juiz, sem que disso se dê conta, de formular perguntas sofisticadas que buscam, ao fim e ao cabo, a confirmação do quadro histórico que tem em mente, qual seja a versão do Ministério Público veiculada na denúncia, que é baseada, como já dito antes, no inquérito policial. Neste ponto, é lícito observar, que, em casos extremos, alguns juízes erigem uma verdadeira barreira psicológica, sutil, uma quase impermeabilidade aos questionamentos da defesa que levem a caminho diverso daquele que se lhe apresenta como o *lógico*, minimizando, para não dizer desprezando, importantes versões que eventualmente surjam das inquirições.

Outro aspecto importante analisado na pesquisa de Schünemann é o que diz respeito ao acerto ou desacerto das perguntas formuladas pelos participantes, bem ainda o número de perguntas formuladas pelos juízes.

Como a pesquisa foi estruturada a partir de um caso verdadeiro e já julgado, ou seja, a partir de dados previamente existentes, foi possível aos examinadores avaliar o acerto ou desacerto das perguntas formuladas pelos juízes participantes do experimento durante a audiência de instrução. Os juízes que não puderam formular perguntas tiveram uma perda de atenção maior do que os que puderam formulá-las. Houve, no primeiro grupo, considerável perda de memória dos relatos ouvidos. De outro lado, igualmente importante foi o resultado colhido por Schünemann quanto à quantidade de perguntas realizadas pelos juízes aos inquiridos e o reflexo disso na decisão. Enquanto os juízes que tiveram acesso aos autos da investigação preliminar e realizaram mais perguntas condenaram mais, o segundo grupo, o que não teve acesso aos autos da investigação preliminar e puderam formular perguntas, condenou menos e acertou mais no conteúdo das perguntas, demonstrando maior atenção.

De tudo então, diz Schünemann, os efeitos perseverança, redundância e aliança produzem uma distorção sistemática do processamento de informações na audiência em prejuízo do acusado, o que é um fator relevantíssimo de abalo na crença da possibilidade de descoberta de uma verdade substancial durante o ato processual judicial.

Por derradeiro, segundo as conclusões de Schünemann, a figura do juiz que melhores resultados apresenta no processamento de dados não é a do juiz do sistema anglo-americano - *common law* - e tampouco a do sistema alemão - *civil law* -, mas sim do juiz que não tenha conhecimento dos autos da investigação preliminar e que possa inquirir diretamente as testemunhas e réus.<sup>130</sup>

Quanto ao juiz poder formular ou não perguntas diretamente ao réu e às testemunhas na audiência, aspecto importante na presente pesquisa, revelou a experiência de Schünemann que a impossibilidade de inquirição pelo juiz, ou dito de

---

<sup>130</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? uma confirmação dos efeitos perseverança e aliança. In: SCHÜNEMANN, Bernd ; GRECO, Luís (Coord.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 217.

outro modo: de ele não poder produzir, ou coproduzir, a prova, leva não somente a uma perda de atenção, mas principalmente a uma não compreensão dos fatos pelo julgador.

A mesma conclusão a que Schünemann chegou, chegou também Mirjan Damaska, embora em outro contexto.

Para Damaska, a completa passividade do juiz dos fatos - e ele aqui se refere ao sistema concentrado, mais precisamente ao jurado anglo-americano - está longe de ser o modelo epistemológico ideal. Sob o ponto de vista puramente cognitivo, diz ele, seria melhor que os membros do júri não dependessem totalmente das informações e das provas proporcionadas pelas partes, defensor e acusador.

Frente a la silenciosa esfinge procesal, estos participantes (los abogados) solo pueden adivinar - con más o menos exactitud - cuáles podrían ser las reales necesidades cognitivas del juez del hecho.<sup>131</sup>

Assim sendo, trabalhadas por Schünemann dentro da psicologia social, com base na Teoria da Dissociação Cognitiva, as questões relativas à possibilidade/faculdade de produção de provas *ex-officio*, ou, dito com outras palavras, a busca da verdade pelo juiz, o acesso às (e a forte influência das) investigações preliminares, a busca de uma verdade ontológica e substancial dentro do processo penal, passarão a partir de agora a ser examinadas sob outra perspectiva, a filosófica, mais especificamente no âmbito da hermenêutica filosófica.

Neste viés, tendo a pesquisa foco na crítica de que os juízes brasileiros estão estacionados no paradigma da modernidade, fundamentalmente na filosofia da consciência, parece-nos de bom grado trazermos à colação alguns aspectos relativos ao nascimento da modernidade, iniciando com o *processo de secularização*, que desembocou na *Aufklärung*.

---

<sup>131</sup> DAMASKA, Mirjan R. **El derecho probatorio a la deriva**. Tradução de Joan Picò i Junoy. Madrid: Marcial Pons. 2015. p. 103.

#### 4 A FILOSOFIA DA CONSCIÊNCIA E SEUS ANTECEDENTES

É impecável a observação de Streck de que o problema que encerra as múltiplas possibilidades interpretativas que compõem a controvérsia jurídica deriva exatamente do paradigma filosófico que a sustenta. Nessa perspectiva, conclui o autor, aninhou-se no seio da comunidade jurídica brasileira um imaginário - *gnosiológico* - de que o decidir de forma *solipsista* encontra fundamentação no paradigma da filosofia da consciência<sup>132</sup>, e que:

[...] não raras vezes vê-se mesmo - em decisões judiciais - o entremear-se de paradigmas inconciliáveis, como é o caso da "junção" do paradigma metafísico-clássico (*adequatatio intellectus et rei*) e a filosofia da consciência (*adequatatio rei et intellectus*), embora, ao fim e ao cabo, sempre prevaleça a "livre convicção" ou "a vinculação à consciência do julgador".<sup>133</sup>

Salienta Streck que se constituiu como norte magnético interpretativo no sistema jurídico nacional a consciência, ou a convicção pessoal do juiz<sup>134</sup>, para o que, em sua opinião, contribui decisivamente a *discricionariedade*<sup>135</sup> do julgador, que, ao fim e ao cabo, é como um lado da mesma moeda da filosofia da consciência.

---

<sup>132</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O que é isso: decido conforme minha consciência?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 30.

<sup>133</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O que é isso: decido conforme minha consciência?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 34.

<sup>134</sup> Essa metodologia - e é de fato uma metodologia - aparecerá da seguinte forma, conforme arrola Streck: a) interpretação como ato de vontade do juiz ou no adágio "sentença como sentire"; b) interpretação como fruto da subjetividade judicial; c) interpretação como produto da consciência do julgador; d) crença de que o juiz deve fazer a "ponderação de valores" a partir de seus "valores"; e) razoabilidade e/ou proporcionalidade como ato voluntarista do julgador; f) crença de que os "casos difíceis se resolvem discricionariamente"; g) cisão estrutural entre regras e princípios, em que estes proporcionariam uma "abertura de sentido" que deverá ser preenchida e/ou produzida pelo intérprete. (STRECK, Lenio Luiz. **O que é isso: decido conforme minha consciência?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 33).

<sup>135</sup> Streck identifica a discricionariedade do juiz com a própria filosofia da consciência. Utilizando o termo em um sentido, digamos, *interno*, o autor vê a discricionariedade como perniciosa e impeditiva de uma vida constitucional do Direito, uma vez que a discricionariedade permite ao juiz derivar da mais evidente semântica impressa no texto legal para um "novo" sentido, ainda que eventualmente este novo sentido possa estar em contraste com o próprio texto da lei. Em suma, a discricionariedade é causa de decisionismos, de decisões conforme a consciência do julgador. (STRECK, Lenio Luiz. **O que é isso: decido conforme minha consciência?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010).

Ainda com o mesmo autor, no intuito de melhor compreender a filosofia da consciência, é importante situá-la na história da filosofia. Assim, é possível dizer que se pudéssemos resumir em poucas palavras a filosofia nos últimos vinte séculos, diríamos que a filosofia de Platão é a busca de um *fundamentum absolutum inconcussum veritatis*. Em Aristóteles, a questão é a *substância*. Na idade média, o *esse subsitens* - última síntese da metafísica clássica. Em Descartes, o *cogito* inaugurador da filosofia da consciência. Em Kant, o *eu penso*. O *absoluto* em Hegel. A *vontade de poder* em Nietzsche. E, conforme Heidegger: "no imperativo do dispositivo da era da técnica", em que o ser desaparece no pensamento que calcula.<sup>136</sup>

Observa Goyard-Fabre que o início da modernidade, e isso é unânime entre os historiadores, deu-se primordialmente com Renè Descartes. A filosofia cartesiana, recusando critérios e referências metafísicas tradicionais, forjou uma nova concepção de mundo, na qual o homem, pela razão, torna-se o conquistador, tendendo a emancipar a humanidade. Com Descartes a confiança na razão torna-se parâmetro de certeza e de verdade.<sup>137</sup>

Repara essa autora que é na virada do século XVI para o XVII que há uma verdadeira mutação intelectual, metodológica e epistemológica, que tendeu, seguindo uma tendência geral, à racionalização, que alcança também o mundo jurídico.<sup>138</sup>

Nesse quadro, portanto, é incontornável, ainda que breve, um exame da *Aufklärung* e seus antecedentes, o que passaremos a fazer agora.

#### 4.1 AUFKLÄRUNG E SEUS ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Como ponto de partida para nossa análise da filosofia da consciência, vamos examinar alguns pontos centrais da *Aufklärung*.

---

<sup>136</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O que é isso**: decido conforme minha consciência? 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 12.

<sup>137</sup> GOYARD-FABRE, Simone. **Filosofia crítica e razão jurídica**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 07.

<sup>138</sup> GOYARD-FABRE, Simone. **Filosofia crítica e razão jurídica**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 07.

No prefácio de sua obra *AUFKLÄRUNG, DAS EUROPÄISCHES PROJEKT* inicia Manfred Geier referindo-se à *Aufklärung* da seguinte forma:

*Aufklärung. Am Anfang war das Bild: Wie morgens der Himmel aufklärt und die nächtliche Dunkelheit vertrieben wird, so soll auch der menschliche Verstand erhellt werden. Schon 1691 wird der Ausdruck "Aufklärung des Verstandes" lexikalisch verzeichnet. Helle Köpfe sollen mittels deutlicher Begriffe und geschärfter Urteilskraft klar erkennen können, was wirklich der Fall ist. "Aufklärung" ist eine vernunftorientierte Kampfidee gegen "dunkle" Vorstellungen, die alles wie in einen Nebel ou Schattenreich verschwinmmen lassen. Sie richtet sich gegen Aberglaube und Schwärmerei, Vorurteile und Fanatismus, Borniertheit und Phantasterei. Sie ist zugleich eine positive Programmidee für den richtigen Gebrauch des eigenen Verstandes. Sie favorisiert das Selbstdenken mündiger Menschen. Aufklärung bekämpft alle autoritären Mächte, die den selbständigen Verstandensgebrauch der Menschen blockieren wollen.*<sup>139</sup>

Com efeito, já no ano de 1691 a expressão *Aufklärung des Verstandes* é cunhada lexicamente, corporificando em seu significado um ideário que visa a promover a capacidade do ser humano de pensar por si só, transportando a ideia de maioria do ser humano, que não se deixa manipular e enganar, e que, para tanto, exige liberdade, o que está iconicamente condensado no texto de Immanuel Kant *Was ist Aufklärung?*

Embora seja sempre arriscado fixarem-se datas para eventos ou movimentos históricos, pode-se estabelecer, com boa chance de acerto, como marcos temporais da *Aufklärung*, ou no vernáculo o *Iluminismo*-, em sentido estrito, o ano de 1689, com o advento da Revolução Gloriosa na Inglaterra, e o término um século após, com a Revolução Francesa de 1789.

---

<sup>139</sup> Em tradução livre: "Iluminismo. No começo era a imagem: como o céu se clareia pela manhã e a escuridão da noite é expulsa, assim também a mente humana deve ser iluminada. Já em 1691 a expressão "iluminação da mente" é registrada lexicamente. Mentes claras devem poder reconhecer claramente através de conceitos claros e juízos aguçados qual é realmente o caso. O Iluminismo é uma luta orientada pela razão contra idéias obscuras, que deixam tudo se dissipar como em um nevoeiro ou em um reino de sombras: é dirigido contra superstição e arbatamento, preconceito/arrogância e fanatismo, estreiteza e fantasmagoria. Ela é ao mesmo tempo um programa de ideias positivas para o uso correto da própria razão. Ela favorece o pensar por si mesmo de pessoas adultas. O Iluminismo combate todos os poderes autoritários que querem bloquear o uso independente da razão humana." (GEIER, Manfred. **Aufklärung das europäische Projekt**. Hamburg: Rowohlt Verlag, 2012. p. 9).

Como movimento sociopolítico é possível classificar-se a *Aufklärung* como um movimento burguês, apoiado por camponeses e embalado pelas ideias anticlericais e antifeudais de filósofos como o suíço Jean Jacques Rousseau, e que viriam a inflamar as massas com sua filosofia.<sup>140</sup><sup>141</sup>

A *Aufklärung*<sup>142</sup> não esteve, em princípio, vinculada a nenhuma escola de opinião filosófica, mas foi o resultado de lutas religiosas sangrentas e inconclusas que ocorreram nos séculos XVI e XVII, sobrelevando-se anotar que o princípio da tolerância iluminista já havia sido propugnado por John Locke e Spinoza, e que uma nova atitude em relação às crenças religiosas acabou por gerar efeitos políticos a longo prazo.

A *Aufklärung* travou uma luta vigorosa contra todas as formas de poder autoritário que tencionavam bloquear a capacidade de uso independente da razão. Assim, confiando na razão e no desejo de emancipação, a *Aufklärung* constituiu-se movimento não só político, mas também espiritual, que teve palco a Europa moderna.<sup>143</sup>

Bertrand Russel, referentemente à *Aufklärung*, expõe que o direito divino dos reis não combinava com a livre expressão de opiniões, sendo que a luta política vem atingir seu ápice no século XVI com uma constituição (inglesa) que, se bem ainda não democrática, havia conseguido expurgar excessos que caracterizavam o governo de nobres privilegiados. Mais radical e dramática foi, todavia, a Revolução na França, alcançando, a partir desse país, a Alemanha, então fortemente influenciada pela cultura francesa, tendo em solo germânico promovido um verdadeiro renascimento intelectual.

Quanto ao espectro de abrangência da *Aufklärung*, alcançou ela todas as áreas humanas, da ciência à arte. Sua força motriz e principal característica é a de pretender não deixar valer nenhuma autoridade sem que antes tenha sido submetida

---

<sup>140</sup> GEIER, Manfred. **Aufklärung das europäische Projekt**. Hamburg: Rowohlt Verlag, 2012. p. 9-10.

<sup>141</sup> SOBOUL, Albert. **La rivoluzione francese**. Roma: Newton, 1991. p. 93.

<sup>142</sup> RUSSELL, Bertrand. **História do pensamento ocidental**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2013. p. 357-359.

<sup>143</sup> GEIER, Manfred. **Aufklärung das europäische Projekt**. Hamburg: Rowohlt Verlag, 2012. p. 10.

ao *tribunal da razão*.<sup>144</sup> Constitui-se, o movimento, uma real cruzada contra o obscurantismo e suas crendices, romantismos, preconceitos, fanatismos, pobreza de espírito e insensatez. E nisso já está explícito o nome, que faz nítido contraste com a ideia de escuridão - *Dunkelheit*. A palavra *Aufklärung*, no idioma português, como já adiantado, significa esclarecimento, iluminação, *iluminismo*.

Sem embargo do que até foi dito quanto à *Aufklärung*, é necessário aprofundarmos um pouco mais para que possamos melhor compreender esse movimento, e isso faremos compreendendo como se deu o processo de secularização, isto é, como se desenvolveu o movimento que conduziu à *Aufklärung*.

#### 4.2 A SECULARIZAÇÃO

Para mais ampla compreensão da amplitude e profundidade da *Aufklärung* é de suma relevância atentarmos para a marca que o poder espiritual imprimiu nos tempos anteriores ao movimento, pondo-se foco na Igreja como instituição, bem como na tradição cristã, forças determinantes na vida cultural e política da civilização ocidental.

A *Aufklärung*, em suas exigências de liberdade, igualdade e fraternidade, não escondia a sua raiz no cristianismo. Na Alemanha, desde a antiguidade clássica até a baixa idade média, os próprios reis germanos - Die Germanenkönige der Völkerwanderungszeit - buscaram manter ligações com a Igreja cristã e com o Papa. Carlos Magno (768-814) recorreu aos clérigos para fundação de seu reinado, os quais, sozinhos, reservavam uma espécie de monopólio da cultura (*Bildung*) e apresentavam-se como os representantes da *Intelligenz*. A ideologia romana fincou raízes profundas na cultura européia, sendo que aos poucos o poder da Igreja foi-se confundindo com o dos senhores da terra, tendo muitos deles até mesmo passado a expedir prescrições de direito eclesiástico, tornando-se autoridade em questões de fé.

---

<sup>144</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Wahrheit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik**. 6. ed. Tübingen: J.C.B Mohr, 1990. s. 277.

Tais considerações são relevantes para identificarmos a visão eclesiástico-cristã de mundo que se transmitiu. Note-se, à guisa de exemplo, que até a *Aufklärung* o próprio Direito Penal era visto como instrumento de salvação da alma, já que o crime era compreendido como um pecado contra Deus, cujo perpetrador deveria ter sua alma purificada da danação eterna ao mesmo tempo em que a comunidade evitava o castigo divino<sup>145</sup>.

Conforme leciona Flickinger, a passagem da concepção medieval para a moderna do mundo político é conhecida como *secularização*<sup>146</sup>, palavra que encontra em *saeculum*, do latim, a sua origem, e designa uma medida temporal, a de cem anos. O termo *saeculum*, ou em português *século*, diz o autor, vai muito além de simplesmente indicar uma medida de tempo, expressando a pretensão do ser humano de apropriar-se do tempo, de torná-lo seu construtor.<sup>147</sup>

O conceito de secularização, escreve Flickinger<sup>148</sup>, é multifacetado, não somente no aspecto epistemológico e ético, mas também no que toca às várias áreas da ciência. O *apropriar-se* do tempo pelo homem, diz o ilustrado Professor alemão, representou importante fenômeno para a instauração do projeto do mundo moderno em direção à concretização do espírito iluminista como processo pelo qual o indivíduo tem garantida sua autonomia e liberdade: "*Fiel à concepção racionalista, essa apropriação do tempo comprovaria o poder constituinte da vontade humana e de seu domínio sobre o mundo.*"<sup>149</sup> Aliás, frisa o autor, a visão cientificista que derrubou a ideia mítica da natureza é fruto, ela própria, da secularização.

O autor dá três exemplos que melhor visão oferece à passagem da legitimação teológica do saber para a autonomia da razão. Em outras palavras, a

---

<sup>145</sup> SCHILD, Wolfgang. **Justiz in alter Zeit**. 2. ed. Rothenburg O.D.T.: Schneider Druck, 1989.

<sup>146</sup> FLICKINGER, Hans-Georg. **A filosofia política na sombra da secularização**. São Leopoldo: Unisinos, 2016. p. 12.

<sup>147</sup> FLICKINGER, Hans-Georg. **A filosofia política na sombra da secularização**. São Leopoldo: Unisinos, 2016. p. 16.

<sup>148</sup> FLICKINGER, Hans-Georg. **A caminho de uma pedagogia hermenêutica**. Campinas: Autores Associados, 2010. p. 25.

<sup>149</sup> FLICKINGER, Hans-Georg. **A caminho de uma pedagogia hermenêutica**. Campinas: Autores Associados, 2010. p. 17.

passagem de uma base de saber fundada na ideia de Deus para a razão construtiva, constitutiva e autofundante.

O primeiro exemplo é a introdução da perspectiva central na pintura do século XV na Itália. Ela reflete a mudança da posição do homem, que assume o mundo como um produto da sua própria atividade, desalojando Deus, como criador, de seu lugar privilegiado e primeiro, conforme assim o elevava a teologia do medievo. Essa mudança, todavia, não se dá sem mais, pois o homem passa a assumir a responsabilidade que antes estava depositada no Criador.

O segundo exemplo que o autor nos apresenta é o do papel inovador da *mathesis universalis*, que veio a se transformar no modelo metodológico dominador e legitimador racional do conhecimento científico. Nessa visão, a construção racional do acesso do homem ao mundo autorizou, por via inversa, a demonstração da correção de sua fundamentação. Escreve Flickinger que para dar provas da glória divina as construções das catedrais medievais tornaram-se mais complexas e passaram a exigir mais do que o simples trabalho artesão, tornando-se necessários conhecimentos científicos articulados e formativos da base de uma construção racional fundada em cálculos matemáticos e na geometria, o que acarretou uma fundamentação nova para o conhecimento racionalmente legitimado.

Por fim, o terceiro exemplo, está nas artes cristãs, mais especificamente na pintura de Michelangelo, que revela estudos de anatomia e dos movimentos da fisionomia humana até chegar à autonomia orgânica e funcional do homem representado em sua obra.

Diz Flickinger:

O ser humano viu-se forçado, desse modo, a tomar seu destino nas próprias mãos, pois a autonomia da razão se tornaria a base legitimadora da construção de nossa relação com o mundo. As reflexões metodológicas de Descartes, frutos tardios da secularização, marcaram a primeira tentativa de fazer jus a essa abordagem até então inédita, levando-a a um resultado duplo. Porque, além de encontrar o ponto último não mais questionável da reflexão racional expresso no cogito, sum, Descartes concluiu que à unidade da razão teria de ser contraposta a divisibilidade do mundo corpóreo. Com isso, o mundo transformou-se em objeto acessível ao nosso conhecimento (DESCARTES, 1685, 6. meditação, § 36). Trata-se de uma concepção que forçaria a epistemologia pós-cartesiana a aceitar, como conhecimento cientificamente legitimado, somente aquele cunhado pelas condições impostas por nossa razão,

na medida em que ela quer cumprir a tarefa de condicionar o conhecimento objetivo.<sup>150</sup>

Portanto, como enfatiza o autor, a origem da secularização identifica-se na própria atitude da Igreja, que fomentou, sem perceber, uma investigação racional do mundo, o que trouxe como consequência a libertação da razão dos grilhões dos dogmas religiosos, operando uma verdadeira transferência de responsabilidade de Deus para o homem, que agora passa a ter o papel de condutor de seu próprio saber.

Nesse processo é extremamente relevante a questão da historicização do tempo, que Flickinger vê como pressuposto do Iluminismo.

Diz o autor que desde o século XVI o espírito matemático-científico vinha conquistando intelectuais e comunidades científicas, seja no âmbito das ciências da natureza, seja no da filosofia e das artes. Nesse panorama, Francis Bacon é o icônico representante da fase de transição. Ao criticar as especulações metafísicas, que segundo ele somente levariam a verdades vazias, bem assim o silogismo retórico, Bacon propugnava a assunção, pelo homem, da tarefa de realizar experimentos com a natureza mediante procedimentos de cálculos comunicáveis. Bacon pregava um método novo que possibilitasse a *extração* da natureza das leis que a regem. Estava assim descoberto o método científico, que, explicitado, permitiria chegar-se à conclusão de que o mundo é resultado uma construção da razão humana, isto é, uma vez instada pelo homem, a natureza responderá a suas perguntas. Em outros termos, o homem implanta na natureza sua própria perspectiva e seu próprio interesse.<sup>151</sup>

A partir daí, inscrita nela a racionalidade, a natureza passaria a falar a língua dos números: o *mos geometricus*, que permitiria não a construção dos fenômenos, senão o percorrer de novo e de modo inverso a natureza, em uma *demonstratio* como reconstrução ou prova legitimadora do anteriormente construído.<sup>152</sup>

---

<sup>150</sup> FLICKINGER, Hans-Georg. **A caminho de uma pedagogia hermenêutica**. Campinas: Autores Associados, 2010, p. 29.

<sup>151</sup> FLICKINGER, Hans-Georg. **A filosofia política na sombra da secularização**. São Leopoldo: Unisinos, 2016. p. 22.

<sup>152</sup> FLICKINGER, Hans-Georg. **A filosofia política na sombra da secularização**. São Leopoldo: Unisinos, 2016. p. 22.

Sob o ponto de vista da relação entre direito e razão, escreve Goyard-Fabre, possui ela antiquíssima tradição, cujos contornos foram delineados com maior ou menor sutileza pela filosofia.<sup>153</sup>

Sem nos aprofundar na obra da autora, algumas observações valem a pena trazer à colação, especialmente quando a autora diz que a busca das razões do direito e a expressão da normatividade constituem, na aurora do pensamento, um caminho ideal para a filosofia do direito, e que é nesse caminho que a razão se submete a um auto-exame que lhe permite aprimorar e depurar o próprio procedimento.<sup>154</sup>

A reflexão crítica exercida pela razão, ao mesmo tempo que influi sobre os aparelhos jurídicos e sobre ela mesma, marca os caminhos metodológicos sobre os quais um humanismo laico e secular elevou-se à consciência dos poderes e dos limites da racionalidade e inaugurou um novo modo de pensar, e assim devido ao fato de ter tido a coragem de ter-se afastado dos mistérios impenetráveis de um *logos* transcendente e dar-se conta de que profissões de fé que conferem crédito ao caráter divino do direito, os absolutismos e o culto dos dogmatismos racionais não combinavam, no universo jurídico, com o espírito da crítica da razão, feita pela própria razão.

Uma vez denunciadas as ilusões da razão especulativas de seus procedimentos objetivantes, os ímpetos da confiança humanista que embasa a racionalidade crítica puderam quebrar as cadeias do pensamento e arrancá-lo das aporias nas quais se tinham enredado as certezas da tradição. As capacidades racionais a priori da instância transcendental puderam, desde então, firmar-se como matriz epistemológica de um novo tipo de pensamento e de pesquisa. Afastada a metafísica ontológica, o a priori transcendental podia revelar sua natureza funcional: longe de ser a fonte de onde verteria o direito como de sua causa criadora, ele teria a função de esclarecer, no universal, a compreensão de todas as ordens jurídicas

---

<sup>153</sup> GOYARD-FABRE, Simone. **Filosofia crítica e razão jurídica**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.p. XIV-XV.

<sup>154</sup> GOYARD-FABRE, Simone. **Filosofia crítica e razão jurídica**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. XIV-XV.

reais ou possíveis, explicando as condições de sua pensabilidade e de sua legitimidade.<sup>155</sup>

Acerca da filosofia do direito, diz a autora:

A filosofia do direito da época contemporânea está longe de assistir (ou de trabalhar), como sustentaram certos autores em nome de uma ideologia niilista, ao crepúsculo, ou até mesmo à morte, da racionalidade. Decerto, ela já não invoca o *lógos* cósmico e divino que o pensamento antigo venerava na ordem das coisas. Mas, desde a "descoberta do homem", o humanismo e o racionalismo estão ligados. No entanto, o filósofo moderno, forçado a reconhecer que a razão já não mergulhava numa antologia de natureza cosmoteológica, constatava o quanto ela era em si mesma atormentada pela equivocidade.<sup>156</sup>

#### 4.3 ILUMINISMO, IDEALISMO ALEMÃO E O FIM DA MODERNIDADE

Ainda no caudal da *Aufklärung*, que tantos notáveis filósofos integraram o movimento, merece destaque Immanuel Kant, um dos ícones da filosofia da consciência, ponto fulcral desta dissertação.

Gadamer, quanto ao filósofo de Königsberg, diz que é tarefa impossível resumir-se o imenso conteúdo de seu pensamento. Kant promoveu uma verdadeira revolução na forma de pensar, que, conforme dito por ele próprio, é semelhante à revolução cosmológica promovida por Copérnico.

Kant é um *Alles-Zermalmer* - um *destruidor de tudo* -, na medida em que retira do âmbito do conhecimento os grandes temas como a imortalidade da alma, a liberdade, Deus e o mundo, ao mesmo tempo em que justifica o conceito de metafísica na aplicação de nossa experiência<sup>157</sup>. O método de Kant<sup>158</sup> é o reflexivo,

---

<sup>155</sup> GOYARD-FABRE, Simone. **Filosofia crítica e razão jurídica**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. XIV-XV.

<sup>156</sup> GOYARD-FABRE, Simone. **Filosofia crítica e razão jurídica**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. XVI.

<sup>157</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Philosophisches Lesebuch**: band 2. 4. ed. Frankfurt am Main: Fischer Taschenbuch Verlag, 2009. p. 288.

<sup>158</sup> "[...] é a substituição, em teoria do conhecimento, de uma hipótese idealista à hipótese realista. O realismo admite que uma realidade nos é dada, quer seja de ordem sensível (para os empiristas), ou de ordem inteligível (para os racionalistas), e que o nosso

que propõe que é refletindo sobre os nossos conhecimentos racionais que se extrairá uma ideia precisa da própria natureza da razão, sendo a reflexão nada mais do que o movimento em que o sujeito a partir de suas próprias operações se volta sobre si mesmo.

A crítica de Kant, tema fundamental do kantianismo, surge em 1781, corporificada na *Kritik der reinen Vernunft*.

O que levou Kant à ideia crítica não foi propriamente a rejeição às conclusões metafísicas, mas sim a incerteza dessas conclusões e da insuficiência de argumentos em relação às bases em que estavam estabelecidas. Kant diz que foi a leitura de David Hume que fez com que ele se desse conta da necessidade de repensar toda a metafísica: "...a advertência de David Hume que, já lá vão muitos anos, pela primeira vez me despertou de meu sono dogmático...".<sup>159</sup>

Kant supera o realismo aristotélico-tomista, demonstrando que todo o método que partiu do objeto fracassou, lembrando-se que para os tomistas o conceito de verdade é o de *adequação da mente à coisa*. Kant demonstra que o *a priori* não é possível no método tradicional da filosofia, e sem o *a priori* não há como fazer ciência, não há lei. Vê-se, então, que o centro, que era o *objeto*, com Kant passa a ser o *sujeito*: o conhecimento *a priori* só é possível no sujeito, e nunca no objeto, pois que o objeto dará sempre o particular e o contingente.<sup>160</sup>

conhecimento deve modelar-se sobre essa realidade. Conhecer, nessa hipótese, consiste simplesmente em registrar o real, e o espírito, nesta operação, é meramente passivo. O idealismo supõe, ao contrário, que o espírito intervém ativamente na elaboração do conhecimento e que o real, para nós, é resultado de uma construção. O objeto, tal como o conhecemos, é, em parte, obra nossa e, por conseguinte, podemos conhecer a priori, em relação a todo o objeto, os característicos que ele recebe de nossa própria faculdade cognitiva: 'não conhecemos a priori nas coisas senão aquilo que nós mesmos nela colocamos' (B XVIII; TP 19). (PASCAL, Georges. **O pensamento de Kant**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1990. p. 33).

<sup>159</sup> PASCAL, Georges. **O pensamento de Kant**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1990. p. 30.

<sup>160</sup> A mudança de método, em ambos os casos, consiste em determinar o objeto consoante as exigências da razão, em lugar de pôr o objeto como uma realidade dada, perante a qual a razão não tem outra alternativa senão inclinar-se. É a passagem do método empírico ao método racional, ou mais exatamente, de uma investigação tateante a uma demonstração racional. E se esta revolução abriu à matemática e à física o caminho seguro da ciência, não se poderia generalizar-lhe o princípio, admitindo que o nosso conhecimento dos objetos depende do sujeito conhecente pelo menos tanto quanto depende do objeto conhecido? Esta é a famosa revolução copernicana que Kant desfechou em matéria de

Kant é idealista e tem a autoridade da razão como fonte de argumentação e de justificação. Em sua filosofia há quase uma *absolutização* da razão. A filosofia de Kant é denominada de filosofia transcendental, em que o modo de conhecer do sujeito é *a priori*. Ela é, em suma, a filosofia da razão, da subjetividade, a filosofia da consciência, que logo se deparará com o seu próprio fracasso, o que será notado por Schopenhauer e Nietzsche.

O fracasso do projeto de Kant é comentado por Flickinger:

Começemos por Kant. Que afinal nem mesmo ele escapou, na abertura do mundo moderno em franco processo de secularização, à armadilha montada pela necessidade de autofundamentação da razão. O projeto de Kant, segundo o qual a razão teria de "submeter-se à crítica em todos seus empreendimentos, não podendo limitar a liberdade da mesma sem prejudicar a si mesma" (Crítica da Razão Pura B766), reprime o ponto nevrálgico de decisão quanto à consistência de seus argumentos. Pois, na medida em que a crítica da razão não dá conta também de seu "outro", ou seja, do que a precede, constituindo-a, ela não perde apenas a possibilidade de refletir sobre o fundo de que se ergue de novo a cada instante; mais do que isso, ela lança afirmando-o como que através de um golpe o poder da razão. Enquanto a crítica da razão limitar-se a fazer valer, no seu intento somente os meios de que a razão pode dispor, ela não conseguirá levá-la a esclarecer-se a si mesma e aprender a conter-se e a dominar-se. O fato de ela continuar a reivindicar o domínio da objetividade apesar de suas limitações, atesta apenas seu amor excessivo de si mesma - como conhecemos no fenômeno patológico do narcisismo. É o que acontece na crítica kantiana da razão, que afinal não consegue elucidá-la para si mesma e a qual, sem que Kant o quisesse, vê-se entronizada como instância incondicional e onipotente, aliás através de um pressuposto obscuro, que a deixa pairando sobre um abismo. Na sua "Dedução transcendental das categorias" Kant não consegue sequer camuflar essa inconsistência. Ao justificar a tese da necessária constituição autorreflexiva da razão, no intuito de dar garantia ao saber e ao agir humano, ele se vê forçado a postular uma produtividade originária da razão como condição de possibilidade de sua autossuficiência. Sua proveniência não fica, porém, de modo algum transparente.

Refere Flickinger que, almejando uma espécie de compensação dessa *fraqueza*, e já pressentindo um possível naufrágio da nau iluminista, que

transportava uma razão autônoma, a *saída* encontrada pelo Idealismo alemão foi exatamente a de aprofundar ainda mais o problema, passando a endeusar razão.

Reconhecendo embora o abismo que se abre sob este voo da razão e o denunciando, como o fez sobretudo Schelling (1809/1891), o Idealismo insistiu em afirmar no homem a potência engendradora de mundos por uma razão sobreindividual de caráter essencialmente moral, acreditando estar, com isso, salvando a razão do mergulho e do autoaniquilamento no abismo à sua base.<sup>161</sup>

Em suma, a tentativa desesperada de domínio absoluto da natureza, através de uma fé incondicional na eficiência do cálculo matemático - expressão clara de uma razão instrumental -, nada mais é do que o mesmo narcisismo que operou no espírito da modernidade. A pretensa onipotência da razão é, sentencia Flickinger, injustificável.

O complexo de Deus, a autoimagem narcísica do homem moderno continua, portanto, em vigor; ela precisa reafirmar-se sem cessar, para evitar assim que o indivíduo acuado mergulhe em depressão. Um jogo de poder que, encenado há séculos pela razão, condenou a si mesmo entretanto à derrota, desde a origem.<sup>162</sup>

Discorrendo sobre o fim da modernidade, observa Stein:

A modernidade chegou ao fim, por exemplo, e nela se faz a afirmação da finitude de uma maneira irretorquível, porque a subjetividade entrou em crise e porque progressivamente foram surgindo hipóteses de que o fundamento último do conhecimento não é mais o sujeito finito, mas o mundo prático. Que o fundamento último do conhecimento, portanto, reside no nosso convívio com as coisas, os instrumentos e as pessoas. Nisso nem Heidegger nem Habermas têm dúvidas. E a expressão que Habermas retira dos autores da fenomenologia é a expressão mundo vivido, e a que Heidegger utiliza é simplesmente a expressão mundo.<sup>163</sup>

Aduz o autor que com o fim da modernidade há uma mudança de paradigma na filosofia. O fim da modernidade, ou a transformação modernidade, que continua

---

<sup>161</sup> FLICKINGER, Hans-Georg. **A filosofia política na sombra da secularização**. São Leopoldo: Unisinos, 2016. p. 56.

<sup>162</sup> FLICKINGER, Hans-Georg. **A filosofia política na sombra da secularização**. São Leopoldo: Unisinos, 2016. p. 58.

<sup>163</sup> STEIN, Ernildo. **Epistemologia e crítica da modernidade**. 2. ed. Ijuí: Ed. UNIJUÍ, 1997. p. 42-43.

por outros meios<sup>164</sup>, e o ponto fundamental que surge, é que as ciências humanas em geral não vão ter mais como fundamento o sujeito que de alguma maneira se afirma, tanto na psicanálise, na sociologia, na psicologia, na antropologia - e deveria ser também no direito, acrescenta-se.

Se bem que ainda haja quem busque erigir teorias do sujeito, observa Stein, o fato é que a construção que se inicia com vigor nas ciências humanas é a que considera a ideia de *mundo vivido*, a partir da ideia de um universo de sentido que está dado, que é o sentido que nos alcança porque veio antes de nós, que é de onde extraímos o sentido com que interpretamos a nós próprios no presente, e realizamos nossos projetos para o futuro. É pois o mundo vivido o lugar em que se concretiza o novo paradigma.

O que é o novo paradigma? Resumidamente, trata-se de um estilo de pensar, onde existe um modelo teórico, um método, uma teoria da verdade, uma teoria da racionalidade. Enfim, quer dizer, os critérios últimos da verdade não serão mais fundamentos absolutos, nem será mais também o sujeito absoluto. Mas os critérios da verdade serão simplesmente momentos que podemos explicitar deste mundo vivido e deste mundo prático. Não temos outros princípios a partir de onde estabelecer - nem Deus, nem o mundo das Idéias, nem o eu penso kantiano, nem o saber absoluto de Hegel, mas de certo modo é desde o mundo prático que temos que extrair critérios de verdade. Critérios de verdade implicam buscar condições de possibilidade da verdade. Estas condições de possibilidade da verdade, as condições transcendentais da verdade, que antes eram ditas como sendo do sujeito e da subjetividade, agora são extraídas do mundo prático. Então cada um dará as condições de possibilidade da verdade, na ciência, na filosofia, desde o mundo prático, desde o mundo comum vivido. É ali que temos a finitude dada concretamente.

Aproximando-nos mais do âmbito do direito, na esteira das colocações de Oliveira, a ideia da construção de um sistema jurídico perfeitamente formulado em termos lógico-objetivos é uma manifestação teórica e cultural do humanismo renascentista, no qual se visava a afirmar, no centro de um universo humano e racional, um modelo de pensamento que conseguisse captar as formas jurídicas naturais que a razão poderia demonstrar a partir da lógica.<sup>165</sup>

---

<sup>164</sup> Stein refere-se a Habermas.

<sup>165</sup> OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Hermenêutica e ciência jurídica: gênese conceitual e distância temporal. In: STEIN, Ernildo. STRECK, Lenio. **Hermenêutica e epistemologia**,

Essa demonstração, assevera o autor, que partia da lógica, tinha como objetivo descolar o conhecimento jurídico das estruturas teológicas do conhecimento. Essa demonstração representava, em suma, a afirmação de um modo autônomo com relação aos modelos teológicos anteriores.

[...] nesse âmbito de análise, portanto, o que aparece como conhecimento rigoroso e racional do direito é aquele que pode ser recomposto de um modo lógico-sistemático. Assim há o rigor e há razão (no direito) - epistemologia - onde houver sistema.<sup>166</sup>

Esse modelo matemático-sistemático vem a ser abalado por alguns teóricos a partir da segunda metade do século XIX, que passaram a questionar o excessivo rigor sistemático do conhecimento, já que sob essa perspectiva e prática a análise dos problemas jurídicos desembocava em um nível tal de abstração que se via descolado da realidade social. Para esses autores, anota Oliveira:

[...] era preciso atrelar o estudo do direito à origem social dessa disciplina - vale dizer: era necessário saber perceber qual é a "finalidade do direito", como diria o segundo Ihering - suscitando as bases genéticas dos interesses que constituem os conflitos que o direito pretende resolver.<sup>167</sup>

Esse pensamento antissistemático, resume o autor, voltado à base fática da ciência jurídica, de onde afinal provêm os problemas da vida e nela os problemas jurídicos, ainda que se mantenha sistematizado vai experimentar grande avanço no século XIX, como se observa no caso do pandectista Oskar Von Bülow, que se afasta do rigor lógico sistemático da Jurisprudência dos Conceitos - *Begriffsjurisprudenz* - para impor uma recepção do Direito Romano, o que o faz se

---

**50 anos de verdade e método.** 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 41.

<sup>166</sup> OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Hermenêutica e ciência jurídica: gênese conceitual e distância temporal. In: STEIN, Ernildo. STRECK, Lenio. **Hermenêutica e epistemologia, 50 anos de verdade e método.** 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 41.

<sup>167</sup> OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Hermenêutica e ciência jurídica: gênese conceitual e distância temporal. In: STEIN, Ernildo. STRECK, Lenio. **Hermenêutica e epistemologia, 50 anos de verdade e método.** 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 42.

aproximar, ou, ainda melhor nas palavras de Oliveira, o atira nos braços do Movimento do Direito Livre.<sup>168</sup>

Derradeiramente, em termos muito sintéticos e no intuito exclusivo de ilustrar, nas primeiras décadas do século XX entra em cena, para dar resposta ao Movimento do Direito Livre, Hans Kelsen, que criticava "[...] aquilo que era postulado pelos movimentos teóricos da ordem de um positivismo mais sociológico (*Jurisprudência dos Interesses e Movimento do Direito Livre*) [...]". Kelsen, entretanto, conforme Oliveira, pecou pela omissão:

[...] ao não ter enfrentado o elemento hermenêutico do direito que se manifesta de maneira privilegiada, em seu momento aplicativo ou, dito de um modo mais adequado, concretizador<sup>169</sup>.

E ainda,

É preciso ter presente essas questões uma vez que, mesmo as teorias contemporâneas desenvolvidas no âmbito do direito continental - ou dos países sob influência da família jurídica romano-canônica - têm raízes profundas nesse ambiente dos primeiros anos do século XX. A maioria das posições defendidas no nosso contexto atual, que apontam para um esgotamento do chamado "positivismo jurídico", na maioria das vezes, assumem teses que caberiam muito bem na boca de um defensor da jurisprudência dos interesses ou do movimento do direito livre, ambos do início do século passado. Mesmo construções teóricas sofisticadas como é o caso da teoria da argumentação de Robert Alexy necessitam prestar contas a esses elementos e enfrentar o dualismo kelseniano entre conhecimento e vontade. Alexy, por exemplo, afirma, no início de sua Teoria dos Direitos Fundamentais, que o método mais adequado para a compreensão do direito é a lógica analítica da Jurisprudência dos Conceitos (vinculada a um modelo de ciência jurídica que se justifica de um modo dedutivo-sistemático), mas retira da Jurisprudência dos Interesses a fórmula de "racionalização" de seu modelo de aplicação do direito: a ponderação (vale ressaltar que a jurisprudência dos interesses representava um contraponto à jurisprudência dos

---

<sup>169</sup> OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Hermenêutica e ciência jurídica: gênese conceitual e distância temporal*. In: STEIN, Ernildo. STRECK, Lenio. **Hermenêutica e epistemologia, 50 anos de verdade e método**. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 45.

conceitos e se posicionava criticamente com relação ao conceito de sistema).<sup>170 171</sup>,

Concluindo o tópico, é oportuno reprisar Oliveira quando diz que a tarefa reservada à contemporaneidade é a de enfrentar o elemento hermenêutico do direito, dando-se respostas adequadas ao problema da aplicação concreta de sua interpretação.

Nesse mister, passamos a transitar pelo caminho filosófico que conduz à hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer, iniciando por algumas notas referentes à história da hermenêutica.

---

<sup>170</sup> OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Hermenêutica e ciência jurídica: gênese conceitual e distância temporal. In: STEIN, Ernildo. STRECK, Lenio. **Hermenêutica e epistemologia, 50 anos de verdade e método**. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 45-46.

## 5 HANS-GEORG GADAMER E A FILOSOFIA DO DIREITO. DA EPISTEMOLOGIA À HERMENÊUTICA FILOSÓFICA

Vamos iniciar este capítulo com as observações de Streck de que para a analítica o problema da linguagem começa e termina na tarefa crítica dos conceitos; nela há uma preocupação por *clarificação*, reordenação e (re)colocação do conceito, considerando que antes dele nada mais há.

Já para a hermenêutica, a história da filosofia constitui condição de possibilidade do filosofar, e a representação sintático-semântica dos conceitos é tão somente o que se permite *ver* de algo que está em nível mais profundo. O que é dito na linguagem lógico-conceitual, no discurso apofântico (mostrativo), é apenas a superfície de alguma coisa que já está compreendida em nível de profundidade hermenêutico.<sup>172</sup>

Antes, porém, de discutirmos a hermenêutica filosófica e sua influência no Direito, parece-nos importante que vejamos algo de seu trajeto.

### 5.1 A HERMENÊUTICA. ABORDAGEM HISTÓRICA

Diz Figal de que há um sem-número de introduções que descrevem, com maior ou menor precisão e detalhes, o desenvolvimento da hermenêutica desde o século XVII, e como foi que ela se tornou um ponto de partida filosófico.

No rol dos filósofos que marcam essa trajetória têm relevo nomes como o de Friedrich Schleiermacher, Wilhelm Dilthey, Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer, sendo que somente através de Gadamer é que a hermenêutica filosófica conquistou um perfil sistemático e claro, levando a que seus antecessores se transformassem em precursores.<sup>173</sup>

---

<sup>172</sup> STRECK, Lenio L. **Verdade e consenso**. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 45.

<sup>173</sup> FIGAL, Günter. **Oposicionalidade: o elemento hermenêutico e a filosofia**. Petrópolis: Vozes, 2006. p. 11.

Sempre que se fala de hermenêutica, considerando-se os variados caminhos de acesso existentes à sua investigação, não é equívoco mirar em direção à etimologia da palavra.

Embora reconhecidamente difícil a tarefa de definir a hermenêutica a partir de sua etimologia, já que muitas são as condições históricas que influenciaram mudanças na sua compreensão, é importante notar que na sua base está a ideia de que seu objeto é fazer compreensível um sentido.<sup>174</sup>

A palavra hermenêutica - como ocorre frequentemente com as palavras gregas de estarem inseridas na linguagem científica - recobre diversos níveis de reflexão, significando, em primeira linha, uma elaborada *praxis*.<sup>175</sup> A hermenêutica não nasce de um método de interpretar, mas antes está vinculada à experiência de transferir mensagens.<sup>176</sup> A arte de que a hermenêutica trata é a do anunciar, da tradução, do esclarecer, do interpretar, e, subjacente, a arte do compreender, e aqui sempre que o sentido de algo não esteja aberto ou claro. Por isso, desde a antiguidade o uso da palavra hermenêutica vem impregnada da ideia da presença de uma ambiguidade.

A hermenêutica, como atividade prática, contrapõe-se à teoria da contemplação dos seres eternos não alteráveis da parte dos observadores. É antes de tudo a essa dimensão prática que a hermenêutica deve a sua qualificação tradicional: *hermeneutiké téchne*, *ars interpretationis*, *Kunst der Interpretation*, ou seja, arte da interpretação como transformação e não uma teoria da contemplação.<sup>177</sup>

Ouvida frequentemente nos círculos teológicos, filosóficos, jurídicos e literários, a questão objetiva que a Hermenêutica invoca se tornou mais do que um

---

<sup>174</sup> GRONDIN, Jean. **Einführung in die philosophische Hermeneutik**. 2. ed. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 2001. p. 36.

<sup>175</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Gesammelte Werke. Hermeneutik II**. 2. ed. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1993 (durchgesehen). s. 92. A expressão em alemão utilizada por Gadamer é "Kunstvolle Praxis".

<sup>176</sup> FERRARIS, Maurizio. **Storia dell'ermeneutica**. Milano: Bompiano; Studi Bompiani, 2018. p. 24.

<sup>177</sup> FERRARIS, Maurizio. **Storia dell'ermeneutica**. Milano: Bompiano; Studi Bompiani, 2018. p. 21.

problema da atualidade, tornou-se o problema fundamental do pensamento filosófico contemporâneo.<sup>178</sup>

Marcadamente vinculada ao âmbito linguístico da teologia, à correta compreensão da escrita bíblico-teológica, a *compreensão* como problema objetivo foi além, alcançando o âmbito histórico e geral das ciências do espírito - *Geisteswissenschaften*, tornando-se, desse modo, tarefa da filosofia a sua investigação e esclarecimento.<sup>179</sup> Como arte da interpretação - *kunstlehre* -, a hermenêutica insere-se na esfera sacral; ela é arte, cujos ditames autoritativos são aceitos em geral em face de sua capacidade de tornar explícito e compreensível um discurso estranho e/ou forasteiro. Assim considerada *ars*, a hermenêutica está no mesmo nível da arte do discurso, da escrita ou da aritmética; ela é aqui mais uma habilidade prática do que propriamente uma ciência.

A palavra *hermenêutica* encontra gênese no verbo grego *hermeneúein* - que no vernáculo é comumente traduzido por *interpretar* -, e no substantivo *hermeneia*. Ambas as formas gramaticais, com variações, são encontradas em considerável número de textos que sobreviveram aos tempos arcaicos, como em *Peri herménias*, no *Organon*, de Aristóteles, e em diversos textos de Platão<sup>180</sup>, Xenofonte, Plutarco, Eurípides, Epicuro, Lucrecio e Longinus<sup>181 182</sup>, embora em cada um deles dentro de um determinado contexto e expressando diversidade de compreensões.

Concentrando-se na origem e nas três direções de sentido das palavras *Hermeneúein* (interpretar) e *Hermeneía* (interpretação), diz Palmer que *hermeios*, em grego, era o sacerdote que exercia suas funções junto ao Oráculo de Delfos.

---

<sup>178</sup> CORETH, Emerich. **Grundfragen der Hermeneutik**. Freiburg im Breisgau: Verlag Herder, 1969. s. 7.

<sup>179</sup> CORETH, Emerich. **Grundfragen der Hermeneutik**. Freiburg im Breisgau: Verlag Herder, 1969. s. 7.

<sup>180</sup> Em Platão a hermenêutica não goza de grande prestígio, já que sua compreensão é percebida em maior aproximação com a arte mimética e com a retórica. (FERRARIS, Maurizio. **Storia dell'ermeneutica**. Milano: Bompiano; Studi Bompiani, 2018. p. 25).

<sup>181</sup> PALMER, Richard E. **Hermeneutics: interpretation theory in Schleiermacher, Dilthey, Heidegger, and Gadamer**. Evanston: Northwestern University Press, 1969. p. 12. Anote-se que Palmer refere aqui expressamente a G. Ebeling no que toca aos três rumos de sentido do verbo grego *hermeneúein*, como se verá a seguir no texto.

<sup>182</sup> FERRARIS, Maurizio. **Storia dell'ermeneutica**. Milano: Bompiano; Studi Bompiani, 2018. p. 25.

*Hermeios, Hermeneúein e Hermenéia*, conforme o autor norte-americano, têm aparentemente origem em Hermes, o deus-mensageiro, incumbido de trazer as mensagens dos deuses aos mortais.<sup>183</sup>

Gadamer refere que Hermes, na narrativa homérica, era o deus-mensageiro encarregado de transportar as mensagens dos deuses gregos aos homens, transmitindo-as literalmente, e que na prática profana consistia tarefa do *hermenéus* tornar compreensível ao destinatário da mensagem a língua forasteira ou o dito proferido originariamente de modo incompreensível.<sup>184185</sup>

Gerhard Ebeling citado por Joisten e Grondin<sup>186187</sup>, aponta três direções de sentido para o verbo *hermeneúein*: a) declarar (*aussagen, sprechen, ausdrücken*); b) explicar (*auslegen, interpretieren*); c) traduzir (*dolmetschen*). No primeiro caso, o verbo declarar traz a ideia de que uma declaração é dada a partir de algo pensado e que tem de ser concreta e verbalmente articulado. Há aqui, ao mesmo tempo, uma tentativa de compreender fatos e seus respectivos contextos para participá-los a outrem. O segundo sentido, o de explicar, traz ínsito no próprio verbo grego *hermeneúein* a ideia de interpretação na explicação, funcionando como auxiliar do primeiro sentido, o de declarar. Por fim, o verbo traduzir segue no mesmo tom que explicar, pois envolve a apreensão de um discurso exterior e de seu sentido para sua transmissão a outrem de modo a ele compreensível. Esses três sentidos podem ser reduzidos a dois: declarar (*ausdrücken*) e interpretar (*interpretieren*), conforme sintetiza Grondin.<sup>188189</sup> *Ausdrücken* (expressar), como *interpretieren* (interpretar),

---

<sup>183</sup> PALMER, Richard E. **Hermeneutics**: interpretation theory in Schleiermacher, Dilthey, Heidegger, and Gadamer. Evanston: Northwestern University Press, 1969. p. 13.

<sup>184</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Gesammelte Werke. Hermeneutik II**. 2. ed. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1993 (durchgesehen). s. 92.

<sup>185</sup> Ferraris cita o Banquete, de Platão, em que Eros é caracterizado como hermenéuon, interprete dos anúncios divinos. (PLATÃO apud FERRARIS, Maurizio. **Storia dell'ermeneutica**. Milano: Bompiano; Studi Bompiani, 2018. p. 24).

<sup>186</sup> JOISTEN, Karen. **Philosophische Hermeneutik**. Berlin: Akademie Verlag GmbH. 2009. s. 12. aponta G. Ebeling em seu artigo "Hermeneutik", na obra *Religion in Geschichte und Gegenwart* (1959).

<sup>187</sup> GRONDIN, Jean. **Einführung in die philosophisches Hermeneutik. 2., Überarbeitete Auflage**. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft. 2001, p. 35.

<sup>188</sup> JOISTEN, Karen. **Philosophische Hermeneutik**. Berlin: Akademie Verlag GmbH, 2009. s. 13.

contêm um movimento do espírito, o primeiro para fora, o segundo para o interior, sendo que em ambas as direções de sentido há um fazer-entender - *Verständlichmachung*, uma mediação de sentido - *Sinnvermittlung*. No expressar/declarar - *ausdrücken* - há um movimento do espírito de dar a conhecer o conteúdo ao exterior, ao passo que no interpretar - *interpretieren* - a declaração expressada volta-se a buscar o sentido interno do que está por trás do que é dito. Recomenda outrossim o filósofo canadense que se trace clara diferença entre uma mediação de sentido retórico e uma de sentido eminentemente hermenêutico<sup>190</sup>; enquanto a primeira segue *ad extra*, para fora, a outra, contrariamente, vai de fora para dentro, isto é, tem ponto de partida no dito e vai em direção ao sentido do conteúdo - *Sinngehalt* - do que é (ou foi) expressado.<sup>191, 192</sup>

A tradição do *interpretar* é compreendida até Schleiermacher como uma conversão do ato do discurso, do expressado, em direção ao seu conteúdo de sentido interior. Isso esclareceria o porquê de a maior parte das regras hermenêuticas terem sido tomadas diretamente da retórica, assim como o foram a *Tropenlehre* e o denominado círculo hermenêutico.<sup>193</sup> Isso explicaria a razão pela qual os principais investigadores/interpretes (*Vermittler*) terem sido professores de retórica, como é o caso de Agostinho e Melancton, e podemos acrescentar também Vico.

O conceito de Hermenêutica é tido costumeiramente como uma criação da modernidade, mas isso somente pode ser considerado correto se se tiver presente a

<sup>189</sup> GRONDIN, Jean. **Einführung in die philosophisches Hermeneutik**. 2. ed. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 2001. p. 36.

<sup>190</sup> GRONDIN, Jean. **Einführung in die philosophisches Hermeneutik**. 2. ed. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 2001. p. 37.

<sup>191</sup> Os gregos compreendiam a declaração - *das Aussagen* - como um interpretar - *Interpretieren*. Assim, o discurso falado é tão somente a transmissão de um pensamento em palavras. Nesse sentido é o escrito lógico-semântico Peri hermeneias de Aristóteles. (GRONDIN, Jean. **Einführung in die philosophisches Hermeneutik**. 2. ed. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 2001. p. 38).

<sup>192</sup> A tradução sempre goza de uma certa liberdade, pressupondo-se que o tradutor compreenda completamente a língua estrangeira e o sentido/opinião do que é declarado. Assim, diz Gadamer que: quem quer-se fazer entender como tradutor deve trazer como novo o que se pretendeu dizer. (GADAMER, Hans-Georg. **Gesammelte Werke. Hermeneutik II**. 2. ed. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1993 (durchgesehen). s. 92).

<sup>193</sup> GRONDIN, Jean. **Einführung in die philosophisches Hermeneutik**. 2. ed. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 2001. p. 38.

hermenêutica latina, já que o termo hermenêutica nada mais é do que uma translação da palavra *ερμηνευτική*, que já se encontrava muito antes entre os gregos no âmbito sacral, como por exemplo no Corpus platônicos (Politikos 260d 11, Epinomis 975 c 6, Definitiones 414 d 4)<sup>194</sup>, ressaltando-se que no presente estudo não se desenvolverá, por razões metodológicas, o contexto de significados das variações da palavra hermenêutica, mas apenas referenciar, de modo geral, as acepções das palavras *Hermeneúein* e *Hermenéia*.

Como título de livro a palavra hermenêutica surge na modernidade, nos séculos XVII e XVIII, no sentido de *Arte da compreensão*<sup>195</sup> ou como *Lições para a correta interpretação*, nomeadamente no sentido bíblico de uma correta e apropriada interpretação da Escritura.<sup>196</sup> É de sublinhar, todavia, que o problema da correta interpretação de textos não se restringiu somente à Escritura, mas é mais antigo e mais amplo, alcançando mesmo o ambiente profano em obras literárias, testemunhos históricos, antigos textos legais que tinham de ser corretamente entendidos, revelando seu sentido muitas vezes oculto.

Na língua inglesa, conforme lê-se no *Oxford English Dictionary*, a palavra hermenêutica ingressou no ano de 1737, na segunda edição da *Resenha da doutrina da Eucaristia*, de Daniel Waterland. Um século após a palavra latina *Hermenêutica* veio a ser cunhada pelo alemão Johann Conrad Dannhauer como transliteração do verbo grego *hermeneúein*.<sup>197</sup>

De registrar-se que mesmo no ambiente teológico o significado da palavra hermenêutica sofreu profundas mudanças, já que se passou a levar em

<sup>194</sup> GRONDIN, Jean. **Einführung in die philosophisches Hermeneutik**. 2. ed. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 2001. p. 38.

<sup>195</sup> Günter Figal refere o título do livro de Johann Conrad Dannhauer "*Hermeneutica sacra sive methodus exponendarum sacrarum proposita et rindicita*", de 1654. (FIGAL, Günter. **Oposicionalidade: o elemento hermenêutico e a filosofia**. Petrópolis: Vozes, 2006. p. 11). A propósito, Grondin discorre longamente sobre a importância de Dannhauer na história da *Hermenêutica*, frequentemente reduzida a referências ao título de sua obra principal. Dannhauer, diz Grondin tem sido negligenciado na história da filosofia, inclusive por Gadamer em *Wahrheit und Methode*. (GRONDIN, Jean. **Einführung in die philosophisches Hermeneutik**. 2. ed. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 2001. p. 78).

<sup>196</sup> CORETH, Emerich. **Grundfragen der Hermeneutik**. Freiburg im Breisgau: Verlag Herder, 1969. s. 8.

<sup>197</sup> SCHMIDT, Lawrence K. **Hermenêutica**. Tradução de Fábio Ribeiro. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 18.

consideração a importância do conhecimento da língua que expressa o texto, os contextos histórico e cultural nos quais o texto foi escrito, seu estilo e características literárias, bem ainda a concreta situação e intenção do autor, a interpretação do texto a partir dele próprio e de seu contexto, etc.

Feitas essas anotações, é interessante notar, ainda que sucintamente, que o século XIX é marcado por um abismo que o separa do racionalismo dos séculos anteriores<sup>198</sup> e com ele o Romantismo, que, como define Grondin<sup>199</sup>, é uma aspiração imperfeita à perfeição.

Esse traço reflete-se na hermenêutica do século XIX, a denominada hermenêutica romântica.

Como já acenamos alhures, há diversos pontos de partida para a investigação e compreensão do que seja hermenêutica. Assim, pela sua importância, não se pode deixar de mencionar a obra *Die Entstehung der Hermeneutik* de Wilhelm Dilthey, filósofo alemão tido como o provável primeiro historiador da hermenêutica.

Embora trate-se de uma obra muito sintética, os apontamentos históricos apresentados por Dilthey são largamente aceitos no âmbito acadêmico, inclusive por Gadamer, que em *Wahrheit und Methode* em mais de uma ocasião deixou isso claro. As quinze páginas dessa obra de Dilthey são até hoje tidas como a principal, se não a única, fonte de informação da história escrita da hermenêutica, e sobretudo sobre os filósofos que se compreenderam como hermeneutas.

Dilthey rememora as vantagens que a antiga disciplina oferece para se trabalhar o conhecimento científico do indivíduo, enfatizando que o individual não pode ser diretamente conhecido senão através de suas expressões, essas sim capazes de objetividade, que, segundo ele, deve ser cada vez melhor compreendida, o que só é possível mediante interpretação.

É de sublinhar-se que para Dilthey está na arte - e aqui fundamentalmente na poesia -, a mais determinada *individualização* humana, ou, dito em outros termos, do mundo *espiritualizado*. Para o autor na maioria das vezes o indivíduo expressa a sua

---

<sup>198</sup> GRONDIN, Jean. **Einführung in die philosophisches Hermeneutik**. 2. ed. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 2001. p. 100.

<sup>199</sup> GRONDIN, Jean. **Einführung in die philosophisches Hermeneutik**. 2. ed. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 2001. p. 99.

individualidade na obra de arte, por esse motivo, explica Thouard, Dilthey conduz-se rumo à interpretação de textos, nos quais se encontra um compreender artístico duradouro fixado em uma expressão da vida.<sup>200</sup>

Dilthey, em *Die Entstehung der Hermeneutik*, procura constantemente mostrar a tensão existente entre diferentes protagonistas, desde a Grécia antiga e o problema da interpretação homérica junto aos Sofistas, como também em Aristóteles, na Retórica, ou ainda a criação da escola filológica para Alexandria e o desenvolvimento de uma interpretação alegórica em Stoa. O autor mostra como erigiu-se a oposição entre a interpretação literal e a alegórica na disputa teológica entre Antiochia e Alexandria, e como finalmente a tarefa do cristianismo incluiu o desenvolvimento de uma *Schriftauslegung*, uma interpretação escrita, que lutava em duas frentes, a literalidade adotada pelos judeus e a alegórica, cara aos gnósticos.

Aspecto de particular relevo é o fato de que Dilthey empresta à *Reformation* um significado maior do que o atribuído à Renascença, que é mencionada por ele apenas superficialmente. Para ele, como consequência, a criação de uma hermenêutica científica surge no contexto da *Reformation*, a hermenêutica é, para Dilthey, *filha da Reformation*.<sup>201</sup>

De outro bordo, Dilthey não atribui a constituição final da hermenêutica à filologia, mas sim à interpretação bíblica, nomeadamente a Matthias Flacius Illyricus e a sua *Clavis Scripturae Sacrae*, de 1567<sup>202</sup>, identificando uma estreita aproximação entre a pesquisa por um método racional de interpretação e o desenvolvimento de contendas religiosas após a *Reformation*. Os luteranos, por força de suas convicções, forçaram os católicos a desenvolver uma metódica interpretação da Bíblia, então sob a exigência e condução do Concílio de Trento, de molde a que os católicos fossem capazes de dar uma resposta adequada aos seus opositores

---

<sup>200</sup> SCHÖNERT, Jörg, et al. **Geschichte der Hermeneutik und die Methodik der textinterpretierenden Disziplinen**. Historia hermeutica Series Studia. Berlin: Walter de Gruyter, 2005. s. 267.

<sup>201</sup> SCHÖNERT, Jörg, et al. **Geschichte der Hermeneutik und die Methodik der textinterpretierenden Disziplinen**. Historia hermeutica Series Studia. Berlin: Walter de Gruyter, 2005. s. 268.

<sup>202</sup> SCHÖNERT, Jörg, et al. **Geschichte der Hermeneutik und die Methodik der textinterpretierenden Disziplinen**. Historia hermeutica Series Studia. Berlin: Walter de Gruyter, 2005. s. 267.

luteranos, considerando-se que em ambos os campos da disputa se reclamava para si uma só *Escritura*, valendo-se apontar que Bellarmino asseverava que a Escritura não conduzia sozinha a um sentido claro sem a ajuda da tradição e da Igreja, enquanto Flacius, de outro ponto, tentava provar uma interpretação com validade geral da *sola scriptura*.

Dilthey busca reconstruir as condições do método de Flacius mediante dois elementos: a experiência religiosa protestante e a Retórica, renovada por Melanchthon. Essa última, diz Thouard, é acusada de ser incapaz de captar a individualidade da criação espiritual, já que fica fora do texto, tornando-o um mero autômato lógico.<sup>203</sup>

É ainda de frisar que desde o começo do século XIX pode-se observar uma significativa mudança na compreensão da hermenêutica, o que se deve ao trabalho de Friedrich Schleiermacher. Enquanto a divisão entre hermenêutica sacra e hermenêutica profana perde vigor e as manifestações escritas ou orais passam a ser tidas como objeto de uma hermenêutica geral, a hermenêutica vence o *status* de disciplina auxiliar, observando-se um claro deslocamento na determinação de sua essência: ela deixa de ser o que até então fora, um mero momento obrigatório de mediação para o outro, e passa a ser definida como uma pura *Kunst des Verstehens*, uma arte da compreensão.<sup>204</sup>

## 5.2. THE LINGUISTICS TURN

Do que foi visto acima, configurativos de alguns rasgos de filosofia ocidental em cerca de 250 anos, pode-se tomar a *Kritik der reinen Vernunft*, 1781, de Immanuel Kant como um marco representativo de um primeiro *Wendepunkt*, de uma primeira viragem, no campo do conhecimento. Embora Kant tome de empréstimo de Aristóteles e Descartes certas práticas metódicas de questionamentos, na *Kritik der reinen Vernunft* Kant promove um novo modo de filosofar: Kant deixa a razão voltar-

---

<sup>203</sup> SCHÖNERT, Jörg, et al. **Geschichte der Hermeneutik und die Methodik der textinterpretierenden Disziplinen**. Historia hermeneutica Series Studia. Berlin: Walter de Gruyter, 2005. s. 268.

<sup>204</sup> BIRUS, Hendrik (Hrsg.) **Hermeneutische Positionen: Schleiermacher - Dilthey - Heidegger - Gadamer**. Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, 1982. s. 7.

se sobre ela própria e a questionar a si mesma, conhecer-se a si mesma, a autofundamentar-se sem recorrer a nada além de ela própria, muito menos a qualquer revelação divina. Kant coloca também outra pergunta, que não é mais sobre o que é verdadeiro - *wahr* -, mas sim sobre quais são as condições de possibilidade para seu o conhecimento, mudança essa que vem a influenciar parte do pensamento moderno ligado à *Aufklärung*.<sup>205</sup>

Não se pode perder de vista que o pensamento de Kant não é autóctone, não surge do nada, mas é resultado de seu próprio tempo, é um acontecimento que pressupõe prévias reflexões filosóficas que o tornam possível. Aliás, como já mencionado alhures, o próprio Kant refere-se às reflexões de David Hume sobre a causalidade, que interromperam a sua *dogmatischen Schlummer*, isto é, a sua soneca, cochilada, expressão comumente traduzida por *sono dogmático*.

Em resumo, Kant desloca seus questionamentos filosóficos de *fundamentos suficientes para condições necessárias*.

Ainda na mesma trilha, sabidamente não foram só as reflexões de David Hume que contribuíram para que Kant deslocasse seus próprios questionamentos às condições de possibilidade, mas também os pensamentos de Agostinho e Tomás de Aquino, merecendo destacar o de Descartes em suas obras *Discours de la méthode pour bien conduire sa raison* (1637) e *Meditationes de prima philosophia* (1641), em que o filósofo francês posiciona o pensamento em direção a ele mesmo, de modo a alcançar certeza; ou, dito em outras palavras, de modo a que permaneça apenas a certeza do *cogito* - penso, logo existo! -, deixando ainda expressa a ideia de que todo o conhecimento, afora a certeza do cogito, é assegurado mediante o retorno a Deus.

A viragem - *turn* - kantiana é, em suma, a que caracteriza o idealismo, a corrente filosófica que invoca a independência da experiência - *die Erfahrungsunabhängigkeit*.<sup>206</sup>

---

<sup>205</sup> SCHÖNWÄLDER-KUNTZE, Tatjana. **Philosophische Methoden zur Einführung**. Hamburg: Junius Verlag GmbH, 2015. p. 13.

<sup>206</sup> SCHÖNWÄLDER-KUNTZE, Tatjana. **Philosophische Methoden zur Einführung**. Hamburg: Junius Verlag GmbH, 2015. p. 14.

Após a viragem reflexiva cartésio-kantiana, anuncia-se a segunda viragem metodológica, que, embora funde-se nos *Kleinen Schriften* de Kant, é levada adiante por Hegel, isto é, no aprofundamento da autorreferência e independência da experiência do pensamento, conforme está desde a *Phänomenologie des Geistes* (1807) até as *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (1820), em sua abordagem à dimensão histórico-sócio-cultural do ser.

A terceira viragem - *turn* - é finalmente a da linguagem - compreendida às vezes como puramente instrumental, no sentido de representativa/pictorial ou descritiva, ou eventualmente constitutiva ou efetiva - conforme distinguida por Gottlob Freges, em *Über Sinn und Bedeutung* (1892), e Bertrand Russel em *On denoting* (1905), dentre outros, que colocam a linguagem no centro da análise filosófica.<sup>207</sup>

Sob a perspectiva acima delineada, tem-se, portanto, três viragens - *turns* - como eixos dentro do período temporal aproximado de 250 anos da filosofia ocidental.

Posto isso, alcançando, finalmente, o porto da filosofia do século XX, desembarcamos, como vimos acima, na linguagem. A linguagem, diz Oliveira, tornou-se a questão central da filosofia da contemporaneidade. A viragem filosófica rumo à linguagem, antes de constituir descoberta de um novo campo da realidade a ser trabalhado filosoficamente, consistiu em uma verdadeira mudança no modo de compreender a filosofia e o seu procedimento. Em outros termos, a *linguistic turn* evidenciou-se como um novo paradigma na (e para a) filosofia. A linguagem migra de objeto da filosofia para a esfera de seus fundamentos.<sup>208</sup>

O processo de reflexividade, que se iniciara com a pergunta transcendental moderna foi superado pela pergunta pela linguagem como instância intranscendível da expressividade do mundo. Isso quer dizer que o pensamento filosófico do século XX assenta-se na tese de que é impossível filosofar sobre algo sem antes filosofar sobre a linguagem *já que esta é momento constitutivo e necessário de todo e*

---

<sup>207</sup> SCHÖNWÄLDER-KUNTZE, Tatjana. **Philosophische Methoden zur Einführung**. Hamburg: Junius Verlag GmbH, 2015. p. 13.

<sup>208</sup> OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 4. ed. São Paulo: Loyola, 1996. p. 11-13.

*qualquer saber humano, de tal modo que a formulação de conhecimentos intersubjetivamente válidos exige reflexão sobre sua infraestrutura linguística.*<sup>209</sup>

Expõe Oliveira que na teoria do conhecimento a crítica transcendental da razão, submetida ela própria à crítica, transformou-se em uma *crítica do sentido* como crítica da linguagem. A lógica defrontou-se com as linguagens artificiais e passou a ocupar-se com as linguagens naturais, enquanto a antropologia passou a considerar a linguagem como um produto exclusivo do ser humano. Nessa trilha, escreve o autor, a ética, chamada a responder pela sua racionalidade, distingue entre sentenças declarativas e sentenças normativas. Desse modo, a denominada *linguistic turn*, ou a virada linguística, representa uma verdadeira mudança de paradigma na filosofia, que passa a formular as perguntas de outra maneira. A linguagem, de objeto da reflexão filosófica, passa para a *esfera dos fundamentos* de todo o pensar.<sup>210</sup>

A filosofia da linguagem, conforme o Oliveira, torna-se a *filosofia primeira*, e as perguntas relativas às condições de possibilidade do conhecimento confiável, que marcaram a filosofia da modernidade, transformam-se na pergunta pelas condições de possibilidade de sentenças intersubjetivamente válidas a respeito do mundo.

A linguagem, nas palavras do autor, é o espaço de expressão do mundo, a instância de articulação de sua inteligibilidade:

[...] a Filosofia Primeira não é mais a pesquisa a respeito da natureza ou das essências das coisas ou dos entes (ontologia), nem tampouco a reflexão sobre as representações ou conceitos da consciência ou da razão (teoria do conhecimento), mas reflexão sobre a significação ou o sentido de expressões linguísticas (análise da linguagem). A superação da ingenuidade da metafísica clássica implica, hoje, a tematização não só da mediação consciencial, como se fez na filosofia transcendental da modernidade enquanto filosofia da consciência, mas também da mediação linguística.<sup>211</sup>

---

<sup>209</sup> OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 4. ed. São Paulo: Loyola, 1996. p. 13.

<sup>210</sup> OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 4. ed. São Paulo: Loyola, 1996. p. 13.

<sup>211</sup> OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 4. ed. São Paulo: Loyola, 1996. p. 13. (APEL, Karl-Otto. **Sprache als thema und medium der transzedentalen reflexion. zur gegenwartsituation der sprachphilosophie in transformation der philosophie**, v. 2, Frankfurt am Main, 1976. p. 311.)

Discorrendo sobre o giro linguístico-ontológico na filosofia, escreve Streck:

[...] e essa viragem - que, se registre, supera o "primeiro" linguistic turn de viés analítico (e neopositivista) - deve ser compreendida a partir do caráter ontológico prévio do conceito de sujeito e da desobjetificação provocada pelo círculo hermenêutico (hermeneutische Zirkel) e pela diferença ontológica (ontologische Differenz). Não devemos esquecer que (ess) a viragem hermenêutico-ontológica, provocada pela publicação de *Sein und Zeit* por Martin Heidegger, em 1927, e a publicação, anos depois, de *Wahrheit und Methode* por Hans-Georg Gadamer, em 1960, foram fundamentais para um novo olhar sobre a hermenêutica jurídica.<sup>212</sup>

### 5.3 HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E FILOSOFIA DO DIREITO

Pedro Goergen, que assina o prefácio da obra de Hans-Georg Flickinger *A caminho de uma pedagogia hermenêutica*<sup>213</sup> coloca:

[...] enquanto a razão moderna privilegia e valoriza só o que vê, a hermenêutica quer alcançar pela interpretação aquilo que fica oculto ao olhar objetivante. Atenta aos mundos absconditos e velados sob as aparências do real, ela interessa-se pelas realidades não objetiváveis tendo no diálogo seu método e no ouvido seu sentido mediatizador. É justamente a metáfora do ouvido que acompanha com uma espécie de subtexto todas as estâncias percorridas pela reflexão de nosso autor<sup>214</sup>. Expor e ouvir são elementos constitutivos do procedimento dialógico que relativiza a lógica temporal antropocêntrica presa ao imediato, ao objetivo, ao domínio e ao proveito.

Goergen alerta para o fato de que Gadamer desenvolveu a hermenêutica filosófica como crítica à concepção do homem como sujeito dominador da história, já que, contrariamente, ele próprio a ela está sujeito como também está sujeito à linguagem. Assim, o homem tem de se reconhecer como parte da história e da linguagem, que são os elementos constitutivos do seu próprio ser. Nessa

---

<sup>212</sup> STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a "Letra da Lei" é uma atitude positivista? **Novos estudos jurídicos**, Itajaí, SC, v. 15, n. 1, 2010. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308>>. Acesso em: 07 ago. 2016.

<sup>213</sup> FLICKINGER, Hans-Georg. **A caminho de uma pedagogia hermenêutica**. Campinas: Autores Associados, 2010.

<sup>214</sup> Goergen refere-se a Hans-Georg Flickinger.

perspectiva, e na trilha de Heidegger, Gadamer deixou claro que ir ao encontro da história e da linguagem é ir ao encontro de si mesmo:

História e linguagem são os horizontes de inserção e de conquista do mundo livre do poder de manejo da razão autônoma e instrumental. A linguagem é o lugar do diálogo vivo que não se esgota na relação sujeito-objeto. A reflexão encontra seu impulso primordial na experiência da linguagem viva que é anterior ao impulso dominador da razão calculante. Dessa sua origem na linguagem a razão moderna esqueceu-se e, perdendo de vista o solo do qual nasceu, a razão moderna também perdeu o vínculo com o diálogo, impulso vivo que lhe deu origem. A razão entregou-se ao conceito e distanciou-se da palavra, do diálogo. A autenticidade provocadora da obra de arte que exige de nós uma atitude que não se limita às fronteiras do artístico, mas atinge-nos sempre que nos encontramos com o outro diferente, não enquadrados nas regras da lógica racional. A inusitada experiência do encontro com o outro em sua identidade e autenticidade exige de nós honesta disposição de respeitá-lo e levá-lo a sério. Isso se dá no diálogo aberto e livre das amarras da racionalidade instrumental que estreitam nossa capacidade de compreensão do outro, é precioso aprender a ouvir suas respostas sem logo enquadrá-las e julgá-las segundo nossos próprios critérios de verdade<sup>215</sup>.

Gadamer, observa Delacampagne, é de uma geração que conviveu com o holocausto<sup>216</sup>, de que, acrescenta-se, Auschwitz é seu maior símbolo, e com a realidade do apocalipse nuclear escancarado ao mundo em Hiroshima e Nagasaki.

O filósofo alemão é parte de uma Europa dos anos 50, que lutava por se reconstruir. Nota Delacampagne que naquele momento a intelectualidade pendulava entre o modelo americano e o marxista, embora já se notasse uma parcela de intelectuais que não se deixava cooptar por qualquer corrente ideológica. Decepcionados com os horrores da guerra e com as agruras do pós-guerra, este grupo afastava-se da política, passando a pensar que sua missão neste mundo não seria a de transformá-lo, mas de, pelo menos, tentar compreendê-lo.

É aqui que surgem dois movimentos importantes. O primeiro visa a, pela interpretação, buscar o sentido perdido da cultura moderna; o segundo, através do estudo de suas estruturas, quer esclarecer o funcionamento dos processos

---

<sup>215</sup> FLICKINGER, Hans-Georg. **A caminho de uma pedagogia hermenêutica**. Campinas: Autores Associados, 2010. p. 15-16.

<sup>216</sup> DELACAMPAGNE, Christian. **História da filosofia no século XX**. Rio de Janeiro: Zahar, 1997. p. 233.

simbólicos. Hermenêutica e estruturalismo científico são, portanto, respostas ao momento em que se vive.<sup>217</sup>

Nesse cenário de crise da razão e fracasso da modernidade, conforme já vimos, já se manifesta desde os anos 1920, notando-se um impulso para a retomada do compreender nas produções culturais, cenário em que desponta a filosofia de Gadamer com um *rememorar* do sentido.

A hermenêutica existencial não constitui, ela própria, um conjunto de ferramentas que determinam o objeto da investigação; ao contrário, a realidade, e aquele que a compreende, estão em posição do que Gadamer chama de *Horizontverschmelzung*, fusão de horizontes, que é um processo que não se esgota em determinações lógicas.

Gadamer, na trilha de Heidegger de *Sein und Zeit*, escreve:

Chamamos de interpretação o desenvolvimento do entender. Na interpretação, o entender, entendendo, apropria-se do seu entendido. Na interpretação, o entender não se torna algo diverso, mas torna-se ele mesmo. A interpretação não se funda existencialmente no entender e este não surge dela. A interpretação não consiste em tomar conhecimento do entendido mas em elaborar possibilidades projetadas no entender.

A filosofia em Gadamer, aponta Mascaro, é hermenêutica, e o interprete não está fora ou além da situação hermenêutica, mas inserido nela, e por isso não tem dela o controle e elucidação completos de seus termos, razão pela qual a interpretação jamais é total. O que está sendo examinado abre-se em horizontes que são múltiplos, e fundem-se entre passado e presente, tendo em vista o futuro, pois que ela visualiza sempre novos horizontes.<sup>218</sup>

No que toca à filosofia do direito contemporânea, vale acompanhar Mascaro em sua abordagem esquemática. O autor divide-a em três vertentes, considerados seus principais eixos e horizontes.

---

<sup>217</sup> DELACAMPAGNE, Christian. **História da filosofia no século XX**. Rio de Janeiro: Zahar, 1997. p. 233.

<sup>218</sup> MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 405.

A primeira vertente, juspositivista<sup>219</sup>, caracteriza-se por ser um grande campo de legitimação e aceitação do direito e das instituições políticas e jurídicas. Inspirada em Kant e Hegel, segue por uma senda formalista, institucional e liberal. Dela desdobram-se subcorrentes, como é o caso dos positivismos eclético, estrito e ético.<sup>220</sup>

A segunda vertente, que tem Martin Heidegger como paradigma, e de certa forma também Michel Foucault, expressa-se em uma perspectiva não formalista, não liberal e que vê o fenômeno jurídico de modo realista. Essa vertente estende-se por um campo não juspositivista, e que, na opinião de Mascaro, não encerra o entendimento mais profundo e crítico, que para ele somente é possibilitado pelo marxismo. Aqui insere-se, salienta o autor, a filosofia existencialista em sentido lato, mas também as perspectivas jusfilosóficas que desvelam o poder para além das normas jurídicas, tais como o decisionismo ou a microfísica do poder.

Por fim, uma terceira vertente jusfilosófica é a da filosofia do direito crítica, que tem no marxismo o seu mais destacado caminho.

Essas três perspectivas da filosofia do direito contemporâneas, segundo Mascaro, também representam três abordagens quanto à extensão do fenômeno jurídico. Na primeira, a juspositivista, há uma tentativa de redução do direito apenas

---

<sup>219</sup> Afirma Mascaro que ainda hoje o *juspositivismo* habita a média do pensamento jurídico contemporâneo, que tem berço na lógica dos interesses burgueses da *Aufklärung* do século XVIII, e, nada obstante as críticas que os juristas dirigem contra o juspositivismo, tais críticas nunca são estruturais, mas sempre pontuais, o que explica sua sobrevivência em suas variadas formas, até os dias de hoje. (MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 311 e seguintes).

<sup>220</sup> Exemplo de positivismo estrito é o de Hans Kelsen, que tem a analítica como ferramenta de trabalho; de eclético é o de Miguel Reale. Em sua obra *Filosofia do Direito*, diz Mascaro, Reale promove uma espécie de síntese, salientando o caráter histórico, cultural e processual do fenômeno jurídico, observando que entre fato e valor, fato fim, há uma relação de um com o outro. Para Reale o direito não é nem postulado fenomenicamente nem compreendido como meramente juspositivista, mas lastreado no mundo da cultura e provém de fontes várias, daí o seu caráter eclético, sem, todavia, deixar de ser "positivo". O direito, para Reale, é dever ser, tem a sanção como elemento fundamental. Reale expõe que o Estado é a força motora, quem faz a norma, integrando valor e fato. Salienta Mascaro que se Reale não se estabelece no reducionismo do juspositivismo, a tridimensionalidade, na visão dele, ganhando vastidão, não trata da profundidade e da estrutura do fenômeno jurídico, sendo os vínculos jurídicos forjados de maneira histórica e social, mas sem a denúncia do caráter específico desse processo de concreção. Por fim, quanto aos representantes do positivismo crítico, cita Mascaro Norberto Bobbio, Alf Ross, e Herbert Hardt. (MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 337-339).

aos limites da sua manifestação e elaboração estatal, isto é, o jurídico vê-se confinado ao normativo estatal. A segunda abordagem, a não positivista, compreende o direito não mais como mero limite das normas jurídicas estatais, vendo por trás das normas jurídicas as relações de poder, que são concretas, sociais e históricas. Essa abordagem busca escapar do reducionismo formalista, e tem inspiração basicamente em Martin Heidegger. Por fim, a terceira abordagem, marxista, inspirada na filosofia de Karl Marx, é a única, conforme Mascaro, que atinge a plena compreensão do fenômeno jurídico.

Em resumo, quanto às filosofias do direito *não positivistas*, o autor classifica-as em: 1) *filosofias não positivistas de fundo marxista*, e 2) *filosofias não positivistas não marxistas*, cujos expoentes são Martin Heidegger, Hans-Georg Gadamer, acrescentando a esses dois Schmitt e Michel Foucault.

Diversamente da filosofia de linha marxista, segundo Mascaro, que abarca em seu âmbito as estruturas históricas e sociais, a filosofia de linha existencial centra-se na abertura existencial para a análise do Direito como fenômeno social específico. Assevera o autor que a tradição das filosofias existenciais tem na hermenêutica a ferramenta de maior relevância para a compreensão do ser, de onde o ser jurídico revela-se uma região ontológica do todo existencial.<sup>221</sup>

Escreve o professor paulista que é com Martin Heidegger que a interpretação do Direito deixa de ser a expressão de uma técnica neutra e universal, passando à compreensão de situações existenciais concretas. Heidegger afasta-se das filosofias metafísicas idealistas e dedica-se a uma busca ontológica como base da filosofia. Em Heidegger a existência jamais é algo isolado e desconectado do resto da realidade, mas constitui um fenômeno contextualizado, circunstanciado: a situação existencial é que dá a base à manifestação do ser, sendo inafastável, por isso, o *locus*, o tempo histórico e as condições materiais e culturais do *Dasein*. Para Heidegger, a manifestação social e natural não se reduz à normatividade técnica

---

<sup>221</sup> MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 374.

estatal, tampouco ao método filosófico analítico, ferramenta teórica que lhe é mais próxima.<sup>222</sup>

Mascaro ressalta que para a visão existencial do direito, contrariamente à filosofia analítica, é necessário compreender o fenômeno jurídico através de uma hermenêutica situacional<sup>223</sup>, sendo esse o modo com que a tradição das filosofias existenciais têm na hermenêutica a via de compreensão do ser, e que o ser jurídico se revela uma região ontológica do todo existencial.

De outro lado, a filosofia juspositivista, esclarece o autor, funda-se em certezas e reduz o Direito à técnica normativa, enquanto o pensamento existencial no Direito mira as profundezas do existencial. Dito em melhores palavras, é a situação existencial que lastreia a manifestação do ser, isto é, o local, o tempo histórico, as condicionantes materiais, culturais e espirituais, e tudo isso está no ser.<sup>224</sup>

No mesmo diapasão, Mascaro escreve que é a partir de Heidegger que o direito autêntico torna-se a expressão da situação existencial do *Dasein*. O afastamento da técnica normativa deverá ser uma hermenêutica do justo, passando o problema do direito a ser uma compreensão do sentido dos fatos, dos atos e das questões que se abrem ao juízo jurídico.<sup>225</sup>

Quanto a Martin Heidegger e a fenomenologia hermenêutica, Stein coloca que nele o problema da interpretação passa a estar vinculado à compreensão, sendo a hermenêutica o próprio caminho que leva à compreensão<sup>226</sup>. Compreender, explica o autor, não é um modo de conhecer, mas um modo de ser, ou seja, não se trata de um método que leve à compreensão. Heidegger, diz Stein, substitui a epistemologia da interpretação pela ontologia da compreensão. O homem já sempre

---

<sup>222</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução e organização Fausto Castilho. Campinas, SP; Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.

<sup>223</sup> MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 379.

<sup>224</sup> MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 379 .

<sup>225</sup> MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 379 e 399.

<sup>226</sup> STEIN, Ernildo. **Introdução ao pensamento de Martin Heidegger**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011. p. 43.

compreende o ser. A existência é compreensão do ser. O estar exposto no ser já é sempre compreensão da própria vida e suas possibilidades. Assim, a fenomenologia será analítica existencial, e, desse modo, abre-se o lugar em que se revela o ser, que já sempre se manifesta na pré-compreensão.<sup>227</sup>

Heidegger, afirma Emerich Coreth, fez recuar a *compreensão* à existência do ser-aí - *Dasein* no vocabulário próprio de Heidegger -, tornando-se então um *existencial*, um elemento de toda constituição ontológica do *Dasein*. A questão heideggeriana referente à compreensão não se trata, somente, de compreensão psicológica do outro homem e de suas manifestações vitais, tampouco questão da compreensão de formas e estruturas de sentido histórico que são próprias das *Geisteswissenschaften*, das ciências do espírito. Trata-se, antes, de uma compreensão original, que antecede a dualidade do *explicar* e *compreender* - típica do conhecimento de várias outras ciências -, e é dado com o próprio ser da existência, na medida em que a existência é marcada com a compreensão do ser.

Reconhece Coreth ser mérito de Gadamer ter ele recolhido as indicações de Schleiermacher, Dilthey e Heidegger, elaborando, a partir dessa soma de conhecimentos, uma teoria filosófica da compreensão. Gadamer, diz o autor, voltará a falar do *hermeneutische Zirkel*, do círculo hermenêutico, no sentido que lhe dá Heidegger, mostrando o sentido positivo do preconceito - *Vorurteil* -, expressão que recebera sentido pejorativo na *Aufklärung*, período em que se buscava elaborar uma ciência sem pressupostos, isto é, sem preconceitos. Assim, *Vorurteil*, preconceito, para Gadamer, significa *Vorverständnis*, pré-compreensão.

Diferentemente da hermenêutica divinatória que se aplicava desde Schleiermacher, a qual queria colocar o intérprete no ponto de vista de outra pessoa para poder compreendê-la corretamente, Gadamer parte do ponto de que quem quer, e deve, entender o outro somos nós, portanto partimos de nosso próprio horizonte histórico, que é limitado, mas que pode ser alargado a partir de um *Horizontverschmelzung*, de uma fusão de horizontes.

A hermenêutica filosófica, nas palavras de Streck, entendida como ontologia fundamental - ou analítica fundamental - opera um salto desde a causalidade à

---

<sup>227</sup> STEIN, Ernildo. **Introdução ao pensamento de Martin Heidegger**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011. p. 45.

existência, das objetificações para o acontecer histórico<sup>228</sup>. Superados os dualismos próprios da tradição clássica, o intérprete, ao interpretar, somente o faz, ou pode fazê-lo, partindo de *pré-juízos* oriundos da tradição na qual está jogado. Não há mais um sujeito-intérprete isolado, contemplando o mundo e definindo-o segundo o seu *cogito*. Há, diferentemente, uma comunidade de sujeitos em interação.<sup>229</sup>

---

<sup>228</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise, uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 269.

<sup>229</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise, uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 271.

## 6 CONCLUSÃO

Ao finalizarmos este trabalho é preciso rememorar o problema que a presente pesquisa se dedica a examinar, e que expressamos nas seguintes formulações: a) os juízes criminais brasileiros estão, como afirmado por crítica formulada por parte da doutrina nacional, estagnados na modernidade, na filosofia da consciência?; b) acaso essa pergunta seja respondida afirmativamente, quais são as causas identificáveis dessa imobilidade e quais os efeitos disso na mente do juiz?; c) é possível dizer-se que essas causas centram-se nos juízes, ou, em nosso caso, especificamente no juiz criminal, imbuído de uma *ambição* de verdade, isto é, da crença de que é possível encontrar uma verdade ontológica, real, substantiva que fundamente a decisão criminal? Ou as causas estão vinculadas à forma de poder e autoridade do Estado, o que se expressa nas próprias finalidades do processo judicial, no caso no processo penal?

Como expusemos na introdução, por opção metodológica para tentar responder a essas questões, traçamos a linha de corte da presente pesquisa sobre dois planos, que se mantêm, todavia, interligados: 1) externo, sistêmico-normativo, que subdividimos em outros dois subplanos; 2) interno, de natureza filosófica.

No plano externo, examinamos, pelas lentes de Mirjan Damaska, os dois modelos de estruturas de autoridade com reflexos no procedimento judicial elaborados pelo *Sterling* Professor de Yale: o modelo hierárquico e o modelo concentrado/coordenado. Juntos a esses modelos seguem outros dois aspectos, quais sejam: os dois diferentes objetivos/finalidades do processo judicial: o de *policy-implementing* - implementação de políticas, que caracteriza o Estado ativista, e o de *conflict-solving*, de resolução de conflitos, que caracteriza o Estado reativo.

Ainda no plano externo, examinamos, em chave analítica clássica, os elementos históricos e conformativos dos dois principais sistemas processuais do ocidente, a *civil law* e a *common law*, destacando, nessa perspectiva, elementos que são comumente utilizados para distingui-los, sempre com ênfase no processo penal, tais como o caráter inquisitório de um e o acusatório do outro, e, nesse viés, a *verdade*, ou, melhor dito, o *standard* necessário a sustentar uma condenação criminal.

No segundo plano, o interno, procedemos a uma abordagem filosófica, com ênfase na Hermenêutica Filosófica gadameriana, pondo em cena o sistema de justiça criminal de nosso país, em particular os mecanismos que atuam na mente do juiz criminal, que está inserido na tradição do direito continental europeu<sup>230</sup>, ou no modelo hierárquico exposto por Mirjan Damaska.

Feita essa sucinta recapitulação, temos que a primeira conclusão a que chegamos é a de que os juízes brasileiros inegavelmente seguem estacionados na modernidade, na filosofia da consciência. A maior evidência disso, no processo penal, é o modo de investigação da verdade, que se dá no esquema epistemológico sujeito x objeto, característico da modernidade, bem ainda no fato de que é tarefa a cargo do juiz - o mesmo juiz que recebe a denúncia, peça que traz acoplado o inquérito policial no qual é baseada - proceder à instrução criminal e ao final julgar o caso penal, sempre favorecido/autorizado pelo legislador com a possibilidade de realização de provas *ex-officio* - aliás já desde eventuais incidentes no Inquérito policial -, imbuído do espírito de que sua atuação o levará a uma certeza em alto grau, a uma verdadeira verdade ontológica, substancial.

Essa crença, vimos no curso da pesquisa, em particular na exposição que fizemos do modelo/sistema hierárquico de Mirjan Damaska, não tem origem, todavia, nos magistrados em si, isto é, em uma espécie de ambição de verdade centrada em uma vontade idiossincrática, particular, antropológica, que se centre no indivíduo investido de jurisdição.

A crença na reconstituição de uma verdade ontológica, substantiva, real, e com ela a possibilidade de alcançar-se uma certeza em alto grau é, antes, inspirada na filosofia que subjaz ao sistema hierárquico. Dito em melhores palavras, é

---

<sup>230</sup> Quanto à inserção do sistema brasileiro em uma tradição em particular, aponta Streck, é de ter-se presente que vivemos uma espécie de ecumenismo jurídico, um mix de várias tradições: "Sempre estivemos, portanto, às voltas com essa espécie complicada de sincretismo. Isso é um problema porque acaba gerando a - falsa - ideia de que, como procuramos conjugar todas as tradições que conformam o direito ocidental, temos aqui um "direito melhor" ou "mais avançado". Certamente isso é um ledó engano." (STRECK, Lenio L. **Verdade e consenso**. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 28-29). Sem embargo das observações de Streck, metodologicamente podemos afirmar que estamos inseridos na tradição do sistema hierárquico, em contraste com o sistema coordenado, típico da common law. (DAMASKA, Mirjan R. **The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process**. New Haven and London: Yale University, 1986. p. 11).

elemento nuclear do modelo/sistema hierárquico, no qual o sistema processual penal brasileiro está inserido. À guisa de exemplo, e de molde a não nos limitarmos ao doméstico, citamos na pesquisa as decisões do *Bundesverfassungsgericht*, o Tribunal Constitucional alemão, que, em decisões iterativas, reputa ser o melhor modo de realização do princípio da culpabilidade a busca, pelo juiz, da verdade material - *materielle Wahrheit* através do instrumento processual penal denominado *Amtsaufklärungssatz*, princípio que permite a corte investigar a verdade *ex-officio*, sem necessidade de pedidos, ou concordância das partes, antes de tomar uma decisão.

Também vimos que no modelo coordenado/concentrado, ou adversarial, tipicamente identificado com a *commom law*, que tem em seu *DNA* o princípio acusatório, diferentemente do modelo/sistema hierárquico, vige em relação à busca da verdade a concepção de que não há uma verdade ontológica que possa ser descoberta, muito menos por qualquer dos atores do processo penal que seja supostamente neutro, já que neutralidade não é algo possível de se alcançar.

A consciência da impossibilidade de alcançar-se exatidão, certeza e neutralidade no sistema coordenado é nele, vimos, ponto pacífico. No sistema coordenado não há questão quanto ao fato de que mesmo partes desinteressadas tecem hipóteses prévias da realidade que pretendem reconstruir. O contrário, diga-se, na prática, leva, de regra, à busca de mera confirmação de hipóteses previamente estabelecidas, gerando, o que é perigoso, situações de ajuste, de *preenchimento* da norma penal mediante mera lógica formal, a partir de pré-juízos não percebidos pelo julgador.

Ainda neste tópico, ciente desse déficit cognitivo, no modelo coordenado/concentrado, na tradição adversarial, não se vê agasalhada a ideia de que seja possível uma reconstrução da verdade. Nele a concepção é a de que a produção da prova deve estar a cargo das partes, e não do juiz, muito menos àquele a quem é incumbida a tarefa de julgar o caso penal. Em outros termos, compete à acusação e à defesa demonstrar ao julgador, o mais eficazmente possível, a sua versão da realidade. O julgamento, desse modo, deve resultar do acolhimento de uma das duas interpretações da verdade dos fatos expostas em provas e debates produzidos pelas próprias partes.

Essa concepção de processo penal, conforme verificamos no corpo da pesquisa, sem dúvida, encontra melhor correspondência com uma postura de maior passividade do *decision maker*, de tal modo que o resultado, como *standard* para a condenação, seja que as provas estejam em desfavor do réu *beyond a reasonable doubt*, isto é, além de uma dúvida razoável.

E dissemos *maior passividade* do julgador, e não somente *passividade*, pois, também vimos na pesquisa, que, em contraste com posições doutrinárias consagradas, a total passividade do juiz não é padrão ideal de imparcialidade. Bernd Schünemann concluiu, com seu experimento, que o juiz que melhores resultados apresenta no processamento de dados não é o juiz do modelo anglo-americano, da *common law*, tampouco o do sistema continental europeu - no caso da pesquisa o juiz alemão, que, diga-se, tem funções e opera semelhantemente ao juiz brasileiro -, mas sim o juiz que, sem ter acesso aos autos das investigações preliminares (inquérito policial, na nossa legislação) na audiência de instrução e julgamento pode fazer perguntas às testemunhas, portanto produzir provas.

A pesquisa de Bernd Schünemann evidenciou claramente que, impedido de formular perguntas diretas, o juiz não somente experimenta uma perceptível perda de atenção, mas, mais grave ainda, pode apresentar déficit de compreensão dos fatos debatidos no julgamento, o que ratifica conclusões/posições da Hermenêutica Filosófica, mais especificamente no que tange à compreensão e ao círculo hermenêutico, fazendo-nos lembrar das palavras de Gadamer quando afirma que a compreensão está no diálogo, no encontro do conhecido com o desconhecido.

A mesma conclusão, embora por outra via, chegou Mirjan Damaska, para quem a completa passividade do juiz dos fatos - Damaska refere-se especificamente ao julgador norte-americano - está longe de constituir modelo epistemológico ideal.

Conforme o autor, sob a perspectiva puramente cognitiva, melhor seria que o julgador não dependesse totalmente das informações e provas produzidas pelas partes, sendo-lhe permitido igualmente questionar as testemunhas.

Outro ponto que merece destaque na presente pesquisa é o que diz respeito a posições doutrinárias que de uma forma ou de outra sugerem não ser suficientes alterações normativas para mudanças de concepções de processo penal.

Essa postura deve ser vista com cautela. A contraditá-la está o advento do *Codice de Procedura Penale* de 1988 na vida jurídica italiana, que, revogando a

legislação processual penal anterior, de viés marcadamente inquisitorial, implementou um modelo acusatório de processo penal aproximado ao norte-americano. Embora mudanças profundas exijam muito mais do que meras (re)configurações de forma/legislativas - raramente as leis são resultados de unanimidades -, sem dúvida contribuem para a mudanças de posturas culturais.

Por fim, é de extrema relevância para compreensão dos sistemas ter-se presente que a forja do processo penal pertence ao Estado, que nele imprime as marcas de sua estrutura de autoridade, poder e finalidades. Enfim, no processo penal identifica-se claramente a postura do Estado de *policy-implementing* ou de *conflict-solving*. Por esse motivo, não está completa a discussão que se reduza a ver somente no juiz criminal, exclusivamente nele, uma espécie de *master* guardador do *status quo* moderno vigente no Direito Processual Penal brasileiro. Essa responsabilidade, se assim se pode chamar, é de todos os que de alguma forma têm influência na cultura do país, em especial na cultura jurídica, sejam eles juízes, promotores, filósofos, cientistas sociais, professores de Direito, para ficarmos por aqui.

## REFERÊNCIAS

- ALVES, Jamil Chaim. Princípio da personalidade da pena e execução penal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo. v. 899, p. 431-454, 2010. Disponível em: [https://www.google.com.br/search?q=pessoalidade+da+pena+pena&ie=utf-8&oe=utf-8&client=firefox-b&gws\\_rd=cr&dcr=0&ei=mLiqWom9H4WAwgS78LbgDQ](https://www.google.com.br/search?q=pessoalidade+da+pena+pena&ie=utf-8&oe=utf-8&client=firefox-b&gws_rd=cr&dcr=0&ei=mLiqWom9H4WAwgS78LbgDQ) . Acesso em: 15 mar. 2018.
- AMBOS, Kai; POLASTRI LIMA, Marcellus. **O processo acusatório e a vedação probatória perante as realidades alemã e brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- APEL, Karl-Otto. **Sprache als Thema und Medium der transzedentalen Reflexion. zur gegenwartsituation der Sprachphilosophie in transformation der Philosophie**, v. 2, Frankfurt am Main, 1976.
- BERMAN, Harold J. **Law and revolution: the formation of the western legal tradition**. USA: Harvard University Press, 1983.
- BIRUS, Hendrik (Hrsg.) **Hermeneutische Positionen: Schleiermacher - Dilthey - Heidegger - Gadamer**. Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, 1982.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**. 13. ed. atual. São Paulo: Saraiva. 2008.
- BRASIL. Camara dos Deputados. Brasília, 2018. Disponível em: <https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263#marcacao-conteudo-portal>. Acesso em: 21 out. 2018.
- CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. 12. ed. São Paulo: Ática, 2000.
- CORETH, Emerich. **Grundfragen der Hermeneutik**. Freiburg im Breisgau: Verlag Herder, 1969.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). **Constituição & ativismo judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- DAMASKA, Mirjan R. **El derecho probatorio a la deriva**. Tradução de Joan Picò i Junoy. Madrid: Marcial Pons. 2015.
- DAMASKA, Mirjan R. **The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process**. New Haven and London: Yale University, 1986.

DAMASKA, Mirjan. R. **Structures of Authority and Comparative Criminal Procedure**. Yale Law School. Yale Law School Legal Scholarship Repository. 01.01.1975. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.yale.edu/do/search/?q=Mirjan%20Damaska&start=0&context=845658>>. Acesso em: 17 ago. 2016.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1986.

DELACAMPAGNE, Christian. **História da filosofia no século XX**. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

DUNCAN v. Louisiana (No. 410). Argued: January 17, 1968. Disponível em: <[https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/391/145#ZO-391\\_US\\_145n23](https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/391/145#ZO-391_US_145n23)>. Acesso em: 16 ago. 2017.

EISENBERG, Ulrich. **Beweisrecht der StPO Spezialkommentar**. München: Verlag C.H. Beck. 2013.

EXECUÇÃO penal. Disponível em: <[https://www.google.com.br/search?q=pessoalidade+da+pena+pena&ie=utf-8&oe=utf-8&client=firefox-b&gws\\_rd=cr&dcr=0&ei=mLiqWom9H4WAwgS78LbgDQ](https://www.google.com.br/search?q=pessoalidade+da+pena+pena&ie=utf-8&oe=utf-8&client=firefox-b&gws_rd=cr&dcr=0&ei=mLiqWom9H4WAwgS78LbgDQ)>. Acesso em: 15 mar. 2018.

FERRARIS, Maurizio. **Storia dell'ermeneutica**. Milano: Bompiano; Studi Bompiani, 2018.

FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Tradução de Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.

FIGAL, Günter. **Oposicionalidade: o elemento hermenêutico e a filosofia**. Petrópolis: Vozes, 2006.

FLICKINGER, Hans-Georg. **A caminho de uma pedagogia hermenêutica**. Campinas: Autores Associados, 2010.

FLICKINGER, Hans-Georg. **A filosofia política na sombra da secularização**. São Leopoldo: Unisinos, 2016.

FRANK, Jerome. **Courts on trial: myth and reality in american justice**. New Jersey: Princeton University Press, 1973.

GADAMER, Hans-Georg. **Gesammelte Werke. Hermeneutik II**. 2. ed. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1993 (durchgesehen).

GADAMER, Hans-Georg. **Philosophisches Lesebuch**: band 2. 4. ed. Frankfurt am Main: Fischer Taschenbuch Verlag, 2009.

GADAMER, Hans-Georg. **Wahrheit und Methode**: Grundzüge einer Philosophischen Hermeneutik. 6. ed. Tübingen: J.C.B Mohr, 1990.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y método**. 13. ed. Tradução Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito del original alemán Wahrheit und Methode. Salamanca: Sígueme, 2012.

GARAPON, Antoine. **Bien juger**: essai sur le rituel judiciaire. Paris: Éditions Odile Jacob, 1997.

GEIER, Manfred. **Aufklärung das europäische Projekt**. Hamburg: Rowohlt Verlag, 2012.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais**: Alemanha - Espanha - Itália - Portugal - Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do processo penal**: considerações críticas. provas, ritos processuais, juri, sentenças. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GIFIS, Steven H. **Law dictionary**. 6. ed. China: Barron's Educational Series, 2010.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 8. ed. Tradução de A. M. Hespanha e L.M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016.

GONÇALVES FERREIRA, Marco Aurélio. **A presunção da inocência e a construção da verdade**: contrastes e confrontos em perspectiva comparada (Brasil e Canadá). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

GOYARD-FABRE, Simone. **Filosofia crítica e razão jurídica**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GRANDE, Elisabetta. Dances of criminal justice: thoughts on systemic differences and the search for the truth. In: JACKSON, John; LANGER; TILLERS, Peter. **Crime, procedure and evidence in a comparative and international context**: essays in honor of Professor Mirjan Damaska. Portland, USA: Hart Publishing, 2008.

GRONDIN, Jean. **Einführung in die philosophisches Hermeneutik**. 2. ed. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 2001.

HARTMANN, Arthur, SCHMIDT, Rolf. **Strafprozessrecht. Grundzüge des Strafverfahrensrecht.**, 4. ed. Grasberg bei Bremen: Verlag Rolf Schmidt GmbH, 2012.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo.** Tradução e organização Fausto Castilho. Campinas, SP; Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.

ITÁLIA. **Legge 20 febbraio 2006, n. 46** (in *G.U.* n. 44 del 22 febbraio 2006). Modifiche al codice di procedura penale, in materia di inappellabilità delle sentenze di proscioglimento. Disponível em: <<http://www.lexitalia.it/leggi/2006-46.htm>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Lehrbuch des Strafrechts, allgemeiner Teil.** 5. ed. Berlin: Dunkler und Humblot, 1996.

JOISTEN, Karen. **Philosophische Hermeneutik.** Berlin: Akademie Verlag GmbH, 2009.

KAHLED JÚNIOR, SALAH H. **A busca da verdade no processo penal:** para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013.

LAWN, Chris. **Compreender Gadamer.** 3. ed. Tradução de Hélio Magri Filho. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

LEITSÄTZE: zum Urteil des Zweiten Senats vom 19. März 2013. Disponível em: <[http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2013/03/rs20130319\\_2bvr262810.htm](http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2013/03/rs20130319_2bvr262810.htm)>. Acesso em: 11 maio 2018.

LOPES JÚNIOR. Aury. **Direito processual penal.** 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MA, Yue. A discricionariedade do promotor de justiça e a transação penal nos Estados Unidos, França, Alemanha e Itália: uma perspectiva comparada. **Revista do Conselho Nacional do Ministério Público**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 191-229, jun. 2011.

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito.** 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

MORAIS, Alexandre de. **Direito constitucional.** 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NORONHA, Magalhães, E. **Curso de direito processual penal.** 3. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1969.

OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea.** 4. ed. São Paulo: Loyola, 1996.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Hermenêutica e ciência jurídica: gênese conceitual e distância temporal. In: STEIN, Ernildo. STRECK, Lenio. **Hermenêutica e epistemologia: 50 Anos de verdade e método**. 2. ed. revista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

PALAZZO, Francesco. **Corso de diritto penale: parte generale**. 4. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2011.

PALMER, Richard E. **Hermeneutics: interpretation theory in Schleiermacher, Dilthey, Heidegger, and Gadamer**. Evanston: Northwestern University Press, 1969.

PASCAL, Georges. **O pensamento de Kant**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1990.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernard. **Grundrechte Staatsrecht II**. München: C.F. Müller, 2015.

POSNER, Richard A. **Cómo deciden los jueces**. Traducción de Victoria Roca Pérez. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas e Sociales, 2011.

RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal. Reflexões a partir da teoria da dissociação cognitiva**. Florianópolis: Ed. Empório do Direito, 2017.

ROSA, Alexandre Morais da. O juiz veste prada?: o sentido da deriva hermenêutica no pós CR/88. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.) **Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

ROXIN, Claus. SCHÜNEMMAN, Bernd. **Strafverfahrensrecht**. 26. ed. München: Verlag C. H. Beck, 2009.

RUSSELL, Bertrand. **História do pensamento ocidental**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SCHILD, Wolfgang. **Justiz in alter Zeit**. 2. ed. Rothenburg O.D.T.: Schneider Druck, 1989.

SCHMIDT, Lawrence K. **Hermenêutica**. Tradução de Fábio Ribeiro. Petrópolis: Vozes, 2012.

SCHÖNERT, Jörg, et al. **Geschichte der Hermeneutik und die Methodik der textinterpretierenden Disziplinen**. Historia hermeutica Series Studia. Berlin: Walter de Gruyter, 2005.

SCHÖNWÄLDER-KUNTZE, Tatjana. **Philosophische Methoden zur Einführung**. Hamburg: Junius Verlag GmbH, 2015.

SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? uma confirmação dos efeitos perseverança e aliança. In: SCHÜNEMANN, Bernd ; GRECO, Luís (Coord.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SEIFERT, Josef. **Wahrheit und Person: Vom Wesen der Seinswahrheit, Erkenntniswahrheit und Urteilswahrheit. De veritate - über die wahrheit :1**. Heusenstamm: Ontos Verlag, 2009.

SILVA SANCHES, Jesús María. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. 2. ed. Buenos Aires: Julio Cesar Faira Editor, 2010.

SKIRBEKK, Gunnar (Hrsg). **Wahrheitstheorien: eine auswahl aus den Diskussionen über Wahrheit im 20. Jahrhundert**. 6. ed. Frankfurt am Main: Surkamp, 1992.

SOBOUL, Albert. **La rivoluzione francese**. Roma: Newton, 1991.

STEIN, Ernildo. **Epistemologia e crítica da modernidade**. 2. ed. Ijuí: Ed. UNIJUÍ, 1997.

STEIN, Ernildo. **Introdução ao pensamento de Martin Heidegger**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a "Letra da Lei" é uma atitude positivista? **Novos estudos jurídicos**, Itajaí, SC, v. 15, n. 1, 2010. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308>> Acesso em: 07 ago. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise, uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isso: decido conforme minha consciência?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TONINI, Paolo. **Manuale di procedura penale**. 18. ed. Milano: Giuffrè, 2017.

TORNAGHI, Hélio. **Compêndio de processo penal. tomo 1**. Rio de Janeiro: Ed. José Konfino, 1967.

VATTIMO, Gianni. **Adeus à verdade**. Tradução de João Batista Kreuch. Petrópolis: Vozes, 2016.

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. 2. ed. rev. Tradução, prefácio e notas de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.



Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul  
Pró-Reitoria de Graduação  
Av. Ipiranga, 6681 - Prédio 1 - 3º. andar  
Porto Alegre - RS - Brasil  
Fone: (51) 3320-3500 - Fax: (51) 3339-1564  
E-mail: [prograd@pucrs.br](mailto:prograd@pucrs.br)  
Site: [www.pucrs.br](http://www.pucrs.br)