

Interpretação Retrospectiva, Constituição e Processo Penal

RUBENS R. R. CASARA

Juiz de Direito do TJ/RJ

Professor da Graduação e da Pós-Graduação da UNIG.

1. HERMENÊUTICA: DE DISCIPLINA AUXILIAR A TIPO FILOSÓFICO

A importância da interpretação constitucional nunca foi negada. Ao contrário, o próprio positivismo kelseniano sempre a prestigiou como um dos sustentáculos da supremacia da Constituição. No plano do direito processual, a questão hermenêutica raramente mereceu atenção, embora represente fator capaz de minimizar a efetividade de direitos constitucionais. De fato, a força normativa do ordenamento está vinculada à atividade de interpretação judicial.

Do resultado alcançado no processo de interpretação judicial, ou seja, da jurisprudência oriunda das agências judiciais, resultam permanências (decisões conservadoras,¹ as mais comuns²) ou rupturas (decisões transformadoras, as mais raras). De fato, a jurisprudência³ nada mais é do que a própria história se realizando a cada dia, em cada agência judicial.

Ao contrário da lei, abstração generalizante, a jurisprudência diz com o fato concreto, com a particularidade/alteridade valorada por cada julgador. Como afirma Wolkmer,

O legislativo elabora as leis; estas não refletem necessariamente o Direito, mas a ideologia da classe politicamente dominante.

¹ Parte-se, no processo de interpretação judicial tradicional, do paradigma liberal-individualista.

² “O Direito, enquanto instrumentalização ideológica do poder, pode ser visto como materialização da coerção, opressão e violência. O Direito tem representado, historicamente, a ideologia da conservação do *status quo* e da manutenção de um poder institucionalizado” (WOLKMER, op. cit., p. 159)

³ *Ibid.*, p.150.

*Por sua vez, compete ao Poder Judiciário e aos magistrados, na relevância de suas funções confeccionar e declarar o verdadeiro Direito, bem como desmistificar o fetichismo legalista*⁴.

O fenômeno hermenêutico, contudo, não se esgota, e nem se identifica, na interpretação judicial. Segundo se afirma, a história da formação da hermenêutica⁵ (arte e técnica) se inicia com o esforço dos gregos para compreender e preservar os seus poetas e se desenvolveu na tradição judaico-cristã da exegese das escrituras sagradas, especialmente a partir do século XVI. Dentre os tipos básicos de interpretação surgidos no Renascimento,⁶ merece atenção a hermenêutica jurídica (*juris*), “um domínio teórico, especulativo, cujo objeto é a formulação, o estudo e a sistematização dos princípios e regras de interpretação do direito”.⁷

De um papel secundário, de disciplina auxiliar, mero método que se desenvolveu no tratamento de textos, a hermenêutica adentrou em um processo de desenvolvimento no decorrer dos séculos XIX e XX e atingiu a *dignidade de um tipo filosófico de questionamento*⁸.

2. HERMENÊUTICA TRADICIONAL: LOCUS DA INTERPRETAÇÃO RETROSPECTIVA

A origem etimológica da palavra *hermenêutica* encontra-se no grego *hermeneúein*, derivado de deus Hermes (Mercúrio⁹), o intérprete da

⁴ *Ibid.*

⁵ Vejam-se, por todos, MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965; COELHO, Luís Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1979; STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

⁶ No renascimento estabeleceu-se uma divisão entre: hermenêutica teológica (*sacra*), filosófica-filológica (*profana*) e jurídica.

⁷ BARROSO, op. cit., p. 97.

⁸ AMARAL, Maria Nazaré de Camargo Pacheco. **Período clássico da hermenêutica filosófica na Alemanha**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1994, p. 9.

⁹ Mercúrio (Hermes), filho de Júpiter e de Maia, era o deus de tudo aquilo que requeresse destreza e habilidade. Era, ainda, o mensageiro de seu pai. Cf. BULFINCH, Thomas. **O livro de ouro da mitologia (a idade da fábula): histórias de deuses e heróis**. Trad. David Jardim Júnior. 26. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

¹⁰ Cf. NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 314.

vontade divina na mitologia grega¹⁰. É na obra de Aristóteles, *Organon*, que se encontra o emprego mais remoto do vocábulo¹¹. De lá para cá, várias correntes têm tentado conceituar o que seja *hermenêutica*. A corrente fenomenológica, por exemplo, em especial Heidegger, afirma tratar-se do estudo do compreender.¹² Todavia, tem prevalecido a idéia restritiva de que a hermenêutica é a interpretação do sentido das palavras.¹³

Com efeito, a hermenêutica jurídica é vista como sinônimo de interpretação,¹⁴ embora não falem autores do porte de Maximiliano que procuram distinguir os dois conceitos.¹⁵ Da variedade de concepções sobre o tema, surgiram as chamadas *escolas hermenêuticas*¹⁶ com métodos e/ou técnicas próprias ligadas à interpretação. Algumas dessas “escolas” caracterizam-se por uma prática conservadora (v.g., Escola da Exegese, Escola dos Pandectistas...), outras, possuem uma tendência transformadora (v.g., Escola do Direito Livre, Escola Sociológica Americana...).

Na realidade, há que se reconhecer que os diversos métodos interpretativos sempre tiveram a função de ocultar o compromisso ideológico de cada escola e de cada intérprete.

Sem dúvida, a hermenêutica está ligada ao ato de interpretar. A doutrina não é uníssona ao conceituar esse ato. Assim, para Diniz, interpretar é “dar o verdadeiro significado do vocábulo”,¹⁷ enquanto para Streck esse

¹¹ Cf. HERKENHOFF, João Batista. **Como aplicar o direito: à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológico-política**. – Rio de Janeiro: Forense, 1994.

¹² Cf. HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Trad. Márcia de Sá Cavalcante. Petrópolis: Vozes, 2002.

¹³ A hermenêutica, ao contrário, deve ser entendida como método de interpretação que tem por objeto não só os textos, mas também o próprio universo social, histórico e psicológico (Cf. BLACKBURN, Simon. **Dicionário Oxford de filosofia**; trad. Desidério Murcho et al. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1997, p. 181).

¹⁴ Cf. REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 1976, p. 273.

¹⁵ Para Carlos Maximiliano, a hermenêutica tem por objeto “o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do direito” (MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1975, p. 13). No mesmo sentido: NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 314; SECCO, Orlando de Almeida. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1981, p. 185.

¹⁶ A divisão dos juristas que se preocuparam com o tema da hermenêutica em “escolas”, com base em pontos de identidade na teoria elaborada por cada um, é arbitrária, pois se baseia em critérios imprecisos (e subjetivos) de quem se propõe a tal tarefa.

¹⁷ Cf. DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 384 et seq.

verbo “implica fixar o significado e seu alcance, determinando qual é a vontade expressa pela norma em conexão com as outras normas e em relação com as sempre renovadas exigências da vida econômica e social do país”.¹⁸ Não obstante, a concepção tradicional, e dominante, de *interpretação* contém a finalidade de buscar o sentido correto de um texto. Maximiliano, por exemplo, dizia que interpretar era descobrir “o significado verdadeiro de uma expressão”.¹⁹ Mesmo partindo de uma perspectiva crítica, costuma-se conceituar *interpretação* como “a atividade prática de revelar o conteúdo, o significado e o alcance de uma norma, tendo por finalidade fazê-la incidir em um caso concreto”.²⁰ Esses conceitos derivam, em maior ou menor grau, do antigo ideal exegético de reconstruir o sentido original de um texto²¹ e revelam um processo meramente reprodutivo.²² Dito de outra forma, e em adesão ao pensamento de Streck, a idéia tradicional de interpretação encontra-se vinculada à hermenêutica objetivista de Emilio Betti.²³

O processo de interpretação das leis derivado da obra de Betti preocupa-se, exclusivamente, em descobrir o que o legislador quis dizer sobre determinado objeto.²⁴ Trata-se de um processo que pressupõe três elementos: um intérprete, um objeto com formas significativas e o autor que exteriorizou essas formas.²⁵ Trabalha-se, tradicionalmente, com mais um conceito abstrato, tão ao gosto do positivismo liberal-individualista, a saber: o valor (em uma concepção neokantiana) dado ao objeto a ser interpretado pelo criador.

¹⁸ STRECK, Lenio Luis. **Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 249

¹⁹ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e interpretação do Direito**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965, p. 13.

²⁰ BARROSO, op. cit., p. 97.

²¹ Segundo Eros Roberto Grau, a “interpretação clássica da Constituição, que a toma exclusivamente em sua acepção jurídica, nos quadrantes fechados da norma, sempre esteve voltada ao reconhecimento da vontade nela contida” (GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)** 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 185).

²² Com essa postura conservadora, bloqueia-se a possibilidade de mudança. Em outras palavras, nega-se a potencialidade prospectiva do direito.

²³ Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 94.

²⁴ *Ibid.*, p. 94-95.

²⁵ *Ibid.*

É dentro dessa visão tradicional que surge a *interpretação retrospectiva*, com o intérprete inserido no horizonte da história e da linguagem²⁶. Estando, esse intérprete, vinculado a um contexto histórico, mostram-se difíceis (re)leituras desassociadas dos caracteres de determinada sociedade, de onde se conclui que sem mudanças nessa sociedade, isto é, sem rupturas históricas, as interpretações tendem a ser conservadoras, tendem a repetir o que já está sedimentado²⁷ (“pré-juízos”²⁸), impedindo “a dialética que deve existir entre a familiaridade e o estranho”²⁹, isto é, o novo. A consequência imediata desse desvio é o surgimento de uma jurisprudência reacionária, constatável em qualquer repertório jurisprudencial, refratária de mudanças no *status quo*.

Por *interpretação retrospectiva*³⁰ entende-se a insistência dos operadores jurídicos de “interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo”.³¹ Em outras palavras, através da interpretação retiram-se as perspectivas de transformação que vieram encartadas na nova Constituição. É, antes de tudo, uma interpretação covarde, pois prima pelo medo de rupturas.³² Esse desvio, na lição de Luís Roberto Barroso, é “uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional”.³³

Como bem realçou Streck, diante de uma nova Constituição, “o intérprete do Direito deve(ria) ter a angústia do estranhamento”³⁴, o que não

²⁶ O paradigma tradicional da hermenêutica, parte da inseparabilidade de sujeito e objeto (aquilo que deve ser compreendido).

²⁷ Explica-se, em parte, porque as pesquisas feitas no Brasil e no Exterior mostram uma tendência de julgar de acordo com a jurisprudência dominante.

²⁸ STRECK, id., 1995, p. 276

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Não irá se propor uma conceito rígido do fenômeno estudado, pois toda definição importa em delimitar e tornar estático um dado que, por estar inserido na complexidade social e no processo histórico, é dinâmico.

³¹ *Ibid.*, p. 67.

³² Na verdade, é o medo do desconhecido, pois, como se viu, a sociedade brasileira não está acostumada com rupturas, com mudanças substanciais em sua história.

³³ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 67.

³⁴ STRECK, op. cit., p. 276.

está ocorrendo, como “se pode comprovar pela inefetividade do texto da Constituição”³⁵.

Na realidade, esse desvio constitui uma violência simbólica a todos aqueles que seriam beneficiados com a implementação dos comandos constitucionais. Constrói-se uma realidade normativa desassociada do programa constitucional, assentada em um conformismo lógico, uma visão homogênea e atemporal do ato de julgar.

Instrumento de comunicação/conhecimento, a interpretação retrospectiva cumpre sua função política de imposição/legitimação da dominação e contribui para a manutenção do *status quo* (violência simbólica) ao utilizar sua própria força (seus efeitos simbólicos e reais) como reforço das forças que a fundamentam. O intérprete acrítico se esquece de que toda interpretação está condicionada historicamente³⁶. Da vinculação do resultado da interpretação a momentos e modelos ultrapassados é que aparece o caráter retrospectivo desse desvio interpretativo.

A interpretação retrospectiva, verdadeira “subversão hermenêutica”,³⁷ sofre dupla determinação: pelos interesses de classe que ela exprime e pelos interesses específicos daqueles que as produzem e a lógica específica dos órgãos jurisdicionais. Torna-se claro que os órgãos jurisdicionais são *campos de produção especializados do poder simbólico*, no sentido utilizado por Bourdieu.

Por outro lado, esse desvio é aceito pelas agências judiciais por ser ignorado como arbitrário. Outrossim, só é aceito porque a sociedade brasileira, da qual fazem parte os operadores jurídicos, está acostumada e não estranha o arbítrio³⁸.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ A interpretação deveria operar a historicização da norma, mas, ao invés de adaptar as fontes doutrinárias e jurisprudenciais às novas circunstâncias e deixar de lado esquemas superados, o que é ultrapassado, o intérprete busca o que já foi decidido, o que já foi escrito. Em consequência, o intérprete retrocede no tempo, ressuscita valores, em um retorno acrítico até antecedentes remotos da sociedade brasileira, quando não alcança dados do colonizador.

³⁷ Utiliza-se a expressão no sentido conferido por Gustavo Tepedino, para quem esse desvio mostra-se “bastante coerente com a lógica do individualismo oitocentista” (TEPEDINO, Gustavo. “O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa”. In: **Problemas de direito civil-constitucional**; Coord. Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 3).

³⁸ Na sociedade brasileira há uma degeneração do conceito de autoridade que passa a exigir elementos do conceito de autoritarismo.

No processo penal, ramo do direito que instrumentaliza o controle social através do direito penal, as conseqüências desse desvio são mais drásticas, com repercussão no *status libertatis* do acusado. A interpretação retrospectiva, aliás, integra o movimento de reação³⁹ às reformas processuais penais.

3. A INTERPRETAÇÃO PROJETIVA (OU DA CONSTRUÇÃO DO PROJETO CONSTITUCIONAL)

Em um país como o Brasil, reproduzir práticas judiciais de períodos obscuros da história brasileira, por mais internalizados que estejam na (in)consciência jurídica dos operadores jurídicos, representa verdadeiro atentado a qualquer projeto de democratização do Estado. Tal práxis hermenêutica explicita uma postura conservadora que cristaliza o estado das coisas e assume a feição de verdadeira tradição.

É legítimo afirmar, ao adotar a lição de Habermas sobre a *hermenêutica jurídica, que a interpretação tem início numa pré-compreensão valorativa que estabelece uma relação preliminar entre norma e estado de coisas, abrindo horizonte para ulteriores relacionamentos. A pré-compreensão, inicialmente difusa, torna-se mais precisa à medida em que, sob sua orientação, a norma e o estado de coisas se constituem ou concretizam reciprocamente.*⁴⁰

Dentro dessa visão, a pré-compreensão do órgão julgador é determinada “através de *topoi* de um contexto ético tradicional”.⁴¹ O resultado da interpretação judicial, como toda a atividade jurisdicional, é uma decisão, logo, um ato de poder político. Disto resulta, nas palavras de Passos,

a conseqüência inocultável de que o magistrado, aquele a quem se defere o poder de decidir os micro-conflitos de interesses socialmente configurados é, como o legislador e o administrador,

³⁹ Representa no plano hermenêutico, a contra-reforma processual penal.

⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre a facticidade e validade**. V. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 247-248.

⁴¹ Como bem esclarece o próprio Habermas, “o recurso a um *ethos* dominante, aprimorado por interpretações, não oferece, é verdade, uma base convincente para a validade de decisões jurídicas, em meio a uma sociedade pluralista, na qual diferentes situações de interesses e de forças religiosas concorrem entre si” (*ibid.*, p. 248).

*um agente do poder político institucionalizado. Admitir-se haja um discurso (ou ideologia) do poder para o Legislativo, outro para o Executivo e outro para o Judiciário é incidir em ingenuidade primária ou em despistamento ideológico criminoso.*⁴²

Por outro lado, a Constituição da República ostenta as diretrizes máximas da vida social, dada à superioridade insofismável que detém na taxionomia das normas jurídicas⁴³. Mais do que isso, na busca da radical democratização da sociedade, a Constituição⁴⁴ deve ser entendida como o desenho que se faz da sociedade que se pretende construir, um projeto normativo de vida digna para todos, um porvir histórico.⁴⁵ De Heidegger é possível extrair que o poder-ser (que pode vir) está inegavelmente condicionado à compreensão (ou seja, à hermenêutica), esta tida como uma projeção.⁴⁶

Na realidade, como bem observa Guerra Filho,
*uma Constituição já não se destina a proporcionar um retraimento do Estado diante da Sociedade Civil, como no princípio do constitucionalismo moderno, com sua ideologia liberal. Muito pelo contrário, o que se espera hoje de uma Constituição são linhas gerais para guiar a atividade estatal e social, a fim de promover o bem-estar individual e coletivo dos integrantes da comunidade que soberanamente a estabelece.*⁴⁷

Em apertada síntese, a Constituição da República deve ser a pré-

⁴² PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.70.

⁴³ Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

⁴⁴ “La historia Del constitucionalismo es la historia de esta progresiva ampliación de la esfera de los derechos” (FERRAJOLI, Luigi. Derechos fundamentales. *In: Los fundamentos de los derechos fundamentales*: Luigi Ferrajoli: debate con Luca Bacceli, Michelangelo Bovero, Riccardo Guastini, Mario Jori, Anna Pintore, Ermanno Vitale y Danilo Zolo. Madrid: Trotta, 2001)

⁴⁵ Na esteira do pensamento de HEIDEGGER, o *porvir está à base do compreender-se no projeto de uma possibilidade existencial enquanto um vir-a-si* (op. cit., p. 133). Assim, no plano do processo judicial, em um projeto de transformação oriundo do compromisso constitucional, o operador jurídico (*intelectual orgânico* de Gransci) deve conhecer-se e assumir-se como tal. Ademais, esse operador orgânico deve (re)conhecer a possibilidade de antecipar (para HEIDEGGER, *o porvir em sentido próprio*) as mudanças.

⁴⁶ *A compreensão é primordialmente porvir, no poder-ser de qualquer projeto* (ibid., p. 134)

⁴⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **A filosofia do direito: aplicada ao direito processual e à teoria da constituição**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 71.

compreensão valorativa que aproxima o dever-ser normativo e o estado de coisas (o ser). Necessita-se, portanto, de um normativismo realista e crítico.

É de se admitir que as normas constitucionais possam propiciar e, ao mesmo tempo, atuar sobre um contexto ético transformador. Essa perspectiva transformadora ínsita na interpretação projetiva joga luz nas ilusões e crenças que envolvem a prática interpretativa tradicional geradora de uma retórica que esconde, em nome dos valores verdade, segurança e justiça, a presença de uma estratégia de opressão, pois escancara um compromisso com os excluídos, beneficiários diretos do projeto de fraternidade (bem estar, igualdade material...) descrito no preâmbulo da Lei Fundamental.

Ao acompanhar Hesse, pode-se dizer que da Constituição emerge a possibilidade de mudança (*rectius*: de ruptura), pois existem pressupostos realizáveis⁴⁸. Não se ignora a chamada Constituição Real⁴⁹, nem os fatores reais do poder⁵⁰ (históricos, políticos e sociais), conformadores da realidade constitucional, mas reafirma-se a importância dos operadores jurídicos trabalharem para a consecução dos projetos constitucionais.

Vale a reprodução das lições de Canotilho e Moreira:

*Sendo uma 'estrutura dinâmica' e, em alguns aspectos, programática, a Constituição pode impor tarefas e definir programas de acção do Estado, que deverão ser cumpridos. Por isso, viola-se a Lei fundamental quando as acções estaduais não estão em conformidade com as suas normas e princípios, como quando os preceitos constitucionais não são 'actuados', dinamizados ou concretizados pelos órgãos que constitucionalmente estão vinculados a fornecerem-lhe operatividade prática.*⁵¹

Dentre os órgãos estatais vinculados a fornecer operatividade/concretude ao programa constitucional, encontram-se as agências judiciais. Hoje, parece ser imperioso entender que todo o conteúdo constitucional, po-

⁴⁸ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Safe, 1991.

⁴⁹ A Constituição Real é a resultante dos fatores reais de poder. (*ibid.*, p. 9)

⁵⁰ A expressão *fatores reais de poder* está utilizada no sentido preconizado por Ferdinand Lassalle. *In: O que é uma Constituição?* Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Cultura Jurídica. Ed. Líder, 2001.

⁵¹ CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 46.

dendo-se incluir até as diretrizes contidas no preâmbulo, possui efetividade e caráter vinculante, sob pena de frustrarem-se os objetivos da Lei Maior. Assim, qualquer postura que negue, por exemplo, o bem estar ou a igualdade material, previstos no preâmbulo da Carta Magna de 1988, é inconstitucional.

Ademais, percebe-se uma tendência de perda da densidade das normas jurídicas. No lugar de regras monolíticas, surgem diretrizes (princípios). Trata-se, na realidade, de uma nova compreensão do sentido da lei, “de tal modo que seja possível, como dizia Aristóteles, que o juiz ressocialize o que o legislador logiciza e, como dizia Marx, que a fórmula ‘de cada um segundo suas capacidades, a cada um segundo suas necessidades’, torne-se o estalão concreto de uma ordem justa”.⁵²

A conclusão é simples: um processo penal que se quer democrático deve, no mínimo, instrumentalizar as garantias e implementar os projetos inseridos na Carta Maior. Deve, em última análise, concretizar o desenho constitucional. A Constituição da República pugna por uma interpretação projetiva (*rectius*: prospectiva) do processo penal.⁵³

Como ensina Marques:

*A hegemonia sem contrastes que é dada à Constituição Federal, no conjunto das fontes formais que revelam os cânones da ordem jurídica, não só submete o legislador ordinário a um regime de mera legalidade, como ainda subordina todo o sistema normativo a uma causalidade constitucional.*⁵⁴

Há, como ressalta Medeiros, a necessidade de ultrapassar a característica liberal de limitação ao poder estatal,⁵⁵

para, numa visão até intervencionista, alcançar searas de

⁵² CHAUI, Marilena. “Roberto Lyra Filho ou Da dignidade política do direito”. *In: Desordem e processo: estudos sobre o Direito em homenagem a Roberto Lyra Filho, na ocasião do seu 60º. aniversário*; Doreodó Araújo Lyra (Org.) Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986, p 18.

⁵³ Não se pode, contudo, negar a temporalidade de toda e qualquer interpretação (Cf. HEIDEGGER, op. cit.).

⁵⁴ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. V. I. Campinas: Bookseller, 1997, p. 79.

⁵⁵ Consoante Nicos Poulantzas, “a lei só tardiamente, com o Estado capitalista e sua contribuição histórica, apresentou-se como limitação do arbítrio estatal, até mesmo como barreira a uma certa forma de exercício da violência. É esse ‘Estado de direito’ que foi concebido como oposto ao poder ilimitado, criando a ilusão do binômio Lei-Terror” (POULANTZAS, Nicos. *O Estado, o poder e o socialismo*. Trad. Rita Lima. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 74).

*humanização do processo penal, uma vez estar o nosso Ordenamento pautado numa Constituição de carácter compromissório, onde os atores técnicos do processo, mormente o aplicador da lei, devem atentar também para o aspecto da fraternidade (humanidade), e não só no individualismo puro.*⁵⁶

Para alcançar a função transformadora pretendida com a interpretação prospectiva, vale repetir, é necessário reconhecer a perda de densidade das normas jurídicas. No lugar de regras monolíticas, assumem relevância as diretrizes (princípios) a serem seguidas. Estas, por sua vez, devem ceder diante das particularidades do caso concreto. Aliás, não é raro que as diretrizes sejam, em abstrato, antinômicas entre si. Como exemplo, temos as diretrizes da liberdade provisória (princípio da liberdade provisória esculpido no artigo 5.º, inciso LXVI, da Constituição da República) e do artigo 2.º, inciso II, da Lei n.º 8.072/90. Assim, negando-se a natureza de *regra monolítica* ao artigo 2.º da Lei dos Crimes Hediondos, entende-se porque, diante do caso concreto, pode ser seguida a diretriz do inciso LXVI do artigo 5.º da Constituição da República⁵⁷.

As diretrizes ou princípios devem ser entendidos como indicadores de uma opção. No caso do projeto constitucional, a opção é nitidamente transformadora. Assim, a decisão judicial constitucionalmente conformada deve ser originária, dialética e própria⁵⁸, além de libertar o poder-ser e concretizar o porvir.

Qualquer atividade estatal, portanto, inclusive a jurisdicional, deve atender ao objetivo transformador da sociedade “expresso em normas-fim e normas-tarefa”.⁵⁹ Qualquer interpretação/aplicação de normas processu-

⁵⁶ MEDEIROS, op. cit., p. 43.

⁵⁷ A norma do artigo 2.º, inciso II, da Lei n.º 8.072/90 não é, por si só, inconstitucional. Inconstitucional é sua aplicação a determinados casos em que não se faz necessária a prisão cautelar.

⁵⁸ Não há mais lugar para um pensamento jurídico pouco criativo. Na lição de Lenio Luiz Streck, *esse pensar está impregnado pelo liberalismo político do século XIX e início deste século. Em termos metodológicos, a rígida estrutura lógico-formal da dogmática jurídica embotou sua percepção, por um lado impedindo-a de identificar a base histórica de seu aparelho conceitual e, por outro, atrelando a divisão intelectual do saber normativo aos inflexíveis critérios de hierarquização e classificação das leis e dos códigos* (STRECK, Lenio Luis. **Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 246). De igual sorte, descabe qualquer subserviência à jurisprudência dominante e cristalizada (em regra, de carácter conservador), nega-se, portanto, o *poder de controlabilidade difusa* (conceito operacional fornecido por Lenio Luis Streck na obra acima mencionada) daquelas decisões.

ais que negue um item do projeto constitucional padece do vício da inconstitucionalidade e é inválida.

Essa proposta tem pontos de contato tanto com a *tópica aristotélica*, revigorada pelas lições de Theodore Viehweg,⁶⁰ e com a *Nova Retórica* preconizada por Perelman.⁶¹ Em comum, essas propostas pregam a superação do positivismo, por isso poderiam ser enquadradas no movimento erroneamente denominado de *pós-positivismo*.

Como anotou Camargo, o *método sistemático, de tentativa isolacionista, que marcou o positivismo filosófico dos séculos anteriores, não correspondia mais às perplexidades e à insegurança causadas por um mundo de novos e variados valores. Necessário seria construir um novo modelo de legitimação para as decisões jurídicas, o que só se tornaria possível quando se reconhecesse a natureza dialética e argumentativa do direito. A lógica formal de feição cartesiana, não dava resposta satisfatória à razoabilidade exigida nas soluções jurídicas.*⁶²

Como se vê, a interpretação prospectiva, da mesma forma que a *tópica aristotélica*, dignificada por Viehweg, supõe a natureza dialética e argumentativa do direito e exige uma valoração do intérprete diante do caso concreto. Nos dois casos se nega a existência de premissas absolutas (v.g., *verdade real*), soluções prontas e acabadas, portanto neutras e atemporais. Ao contrário, a preocupação comum é a de ter a realidade sensível como matéria-prima.

Não obstante, a interpretação prospectiva afasta-se da *tópica* de Viehweg, pois esta parte do senso comum para a manipulação do verossímil,⁶³ além do que, trabalha com *argumentos de autoridade*⁶⁴ e é reconhe-

⁵⁹ Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 30.

⁶⁰ Theodore Viehweg em sua obra **Tópicos e Jurisprudência** defende a aplicação da *tópica aristotélica* ao direito.

⁶¹ “A Nova Retórica é o estudo das técnicas discursivas que tratam de provocar ou de acrescentar a adesão a teses apresentadas a um determinado auditório” (PERELMAN, Chaïn. **La lógica jurídica y la nueva retórica**. Trad. Luis Diez-Picazo. Espanha: Civitas, 1988, p. 151).

⁶² CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 134.

cidamente assistemática. Aquela, por sua vez, supõe a noção de sistema constitucional como sinônimo de projeto constitucional e nega legitimidade aos argumentos de autoridade e demais tentativas de manipulação do verossímil que partam da ordem constituída, ou melhor, que trabalhem com o estado atual das coisas.

De fato, o reconhecimento da natureza dialética e argumentativa do direito não significa que o mesmo deve atuar dentro do senso comum existente, nem que a doutrina e a jurisprudência do passado sirvam necessariamente como *topoi* para um caso posterior. Caso contrário, uma sociedade autoritária como a brasileira, com sentidos comuns excludentes, racistas, machistas, enfim, antidemocráticos, só poderia reconhecer como direito aquele que reproduzisse sua natureza. De igual sorte, a utilização dos argumentos de autoridades encontrados na doutrina e na jurisprudência, produtos de valorações passadas, tendem a agir no sentido da manutenção do *status quo* e, por outro lado, se satisfazem o senso comum é porque traduzem os valores internalizados pela população, valores estes não necessariamente democráticos.⁶⁵

Existem, também, pontos de contato entre a interpretação prospectiva e a chamada Nova Retórica. Ambas defendem o ressurgimento do raciocínio valorativo em detrimento das correntes de pensamento que etiquetam de irracional tudo aquilo que não pode ser demonstrado pela lógica cartesiana. Da mesma maneira, colocam em relevo o plano da deliberação, da tomada de decisões. Todavia, enquanto a retórica de Perelman se preocupa com a aceitação da decisão tomada em um caso concreto e estuda, para tanto, a argumentação necessária para servir de justificativa àquela, a interpretação prospectiva visa tão-somente a efetivação do projeto constitucional. A Nova

⁶³ Cf. VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Ministério da Justiça/UNB, 1979.

⁶⁴ Na prática judicial, o recurso ao argumento de autoridade, veiculado nas citações doutrinárias e jurisprudenciais, é freqüente.

⁶⁵ Próxima ao preconizado nesta oportunidade é a posição de José Lamego, para quem o juiz “não aplica automaticamente e na sua íntegra a pauta geral à situação concreta – ‘sacrifica’ algo daquela em virtude, precisamente do caráter ‘concreto’ da situação. Mas este afastar-se da universalidade da norma não significa uma ‘imperfeição’, um *déficit* na realização do conteúdo da pauta de regulação, mas precisamente uma potenciação das possibilidades nela contidas, fazendo-a corresponder às exigências do caso” (LAMEGO, José. **Hermenêutica e jurisprudência**. Lisboa: Fragmentos, 1990, p. 174).

Retórica situa-se exclusivamente no plano discursivo, enquanto a interpretação prospectiva encontra-se inserida no plano discursivo e também no plano da realidade. Por fim, o conceito-ferramenta *auditório universal*,⁶⁶ próprio da Nova Retórica, é de operacionalidade duvidosa em um projeto de democratização de uma sociedade autoritária, pois a aceitação do discurso penal, por exemplo, seria facilmente encontrada com a adoção de categorias próprias da política de segurança nacional oriunda de recente regime de exceção.

4. INTERPRETAÇÃO RETROSPECTIVA *VERSUS* INTERPRETAÇÃO PROSPECTIVA: ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS NA JURISPRUDÊNCIA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRA

Percebe-se a importância da hermenêutica constitucional no campo reservado ao processo penal, diante da afinidade constituição-processo. Este, cujo conteúdo é discutido na melhor doutrina⁶⁷, tem íntima ligação com o direito de liberdade do indivíduo, regulado com preeminência pela Constituição da República.

Por outro lado, a influência de valores constitucionais no sistema penal, em que está incluída a agência judicial, como leciona Palazzo, “exercita-se no campo das relações entre política e direito penal⁶⁸: relações, a um só tempo, estreitíssimas e, potencialmente, conflituosas”.⁶⁹

Basta lembrar que, quando surge uma nova carta política, todo o ordenamento jurídico adquire um novo pressuposto de validade, as normas incompatíveis com a nova ordem não são recepcionadas (isto é, são revogadas) e o significado (valor) que se dá a determinadas normas jurídicas é alterado⁷⁰. São as consequências da *supremacia das normas constitucionais*.

A Constituição da República de 1988 surgiu com a finalidade decla-

⁶⁶ Por *auditório universal* entende-se o conjunto possível de receptores da mensagem passada. O(s) auditório(s) pode(m) ser quantitativa e qualitativamente distinto(s) de outros possíveis, o que irá influir, e deve ser considerado, na estratégia argumentativa.

⁶⁷ Por todos, COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 1998.

⁶⁸ A referência ao direito penal, para os fins visados neste trabalho, abarca tanto o direito material quanto o processual.

⁶⁹ PALLAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal**, Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989, p.16.

⁷⁰ A funcionalidade das normas jurídicas também é alterada. As normas jurídicas deixam de ter um sentido retrospectivo (caráter conformador) e adquirem um sentido prospectivo (caráter finalístico/transformador).

rada de recolocar o Brasil nos trilhos da democracia⁷¹. Assim, todos os diplomas legais se contaminaram⁷² com os valores que inspiraram a nova ordem. Todavia, “não se trata de um plano constitucional auto-suficiente, mas de um horizonte reestruturativo e de efetividade para o sistema normativo infraconstitucional”.⁷³

Mas, o que fazer com uma legislação anterior de cunho autoritário? Ora, determinadas normas se tornaram de todo imprestáveis e nem chegaram a integrar a nova ordem jurídica. Morreram pelo vírus da democracia. Outras ainda, entretanto, podem ser de grande valia, desde que adaptadas aos novos tempos, aos novos princípios reitores. Princípio, na já clássica definição de Mello, é “o mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele”.⁷⁴ Assim, os princípios, explícitos ou implícitos, na Carta Magna devem influir em toda e qualquer interpretação que se faça de uma norma vigente. Exige-se, portanto, uma *interpretação conforme a Constituição* e, mais do que isso, uma visão prospectiva do direito⁷⁵, criativa, democrática⁷⁶ e interdisciplinar⁷⁷.

A *interpretação retrospectiva*, por sua vez, reflete a negação da *interpretação conforme a Constituição*. Reacionário, por definição, eis que imune aos valores trazidos pela Constituição da República⁷⁸, o modelo retrospectivo de interpretação encontra-se em flagrante oposição a uma

⁷¹ Com entrada em vigor de uma nova Constituição, muda-se o Estado e, em consequência, a interpretação estatal respectiva.

⁷² Para utilizar uma expressão tão ao gosto dos positivistas.

⁷³ ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima. “Guerra de posições e novas juridicidades”. In: **Direito moderno e mudança social: ensaios de sociologia jurídica**. Belo Horizonte, 1997, p. 68.

⁷⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: Ed. RT, 1986, p. 230.

⁷⁵ COELHO, Luiz Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 43.

⁷⁶ A palavra *democracia* (*governo do povo*) é polissêmica. Democracia não é apenas o sistema social em que cada cidadão detém igual parcela de poder, nem a simples possibilidade de cada cidadão detém igual parcela de poder, nem a simples possibilidade de cada pessoa fazer uma escolha formal. Democracia, em termos pós-modernos, está intimamente ligada ao conceito de informação, ou seja, o conceito de informação, ou seja, o conceito passa pela real possibilidade de escolha do cidadão, isto é, a escolha com informação, de preferência após debate.

⁷⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 1998, p. 139.

⁷⁸ A palavra *Constituição*, ao contrário, traz ínsita a idéia de mudança. Representa a fundação de uma nova ordem, a criação de uma nova sociedade.

hermenêutica constitucional adequada a uma sociedade pluralista e democrática. Trata-se, portanto, de uma interpretação autoritária e excludente, que nega a assertiva de Häberler de que toda aquele que vive sob a égide de uma Constituição é seu legítimo intérprete (“sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”⁷⁹).

Como se sabe, a interpretação judicial da Constituição não é, nem pode ser, a única. Limitar a fala autorizada sobre a Constituição a um grupo muito restrito de pessoas (“os magistrados”), intelectuais orgânicos, é desprezar a relação, necessária e espontânea, entre a Constituição e os membros da sociedade, intelectuais ou não. Ademais, não se pode olvidar que cada cidadão, pessoa jurídica e grupo de interesses, inclusive a mídia, constituam fonte de interpretação e interajam, positiva e negativamente, no contraste entre a realidade social e a pretendida pela Carta Magna.

Lembrando de Goldschmidt,⁸⁰ para quem a estrutura do processo penal de uma nação indica a força de seus elementos autoritários e liberais, pode-se recorrer à análise da jurisprudência desse ramo do direito para avaliar o conteúdo democrático da sociedade brasileira.

Passa-se, portanto, a contrastar determinados dispositivos legais e a jurisprudência que os reconhece com a Constituição Federal.

O artigo 28 do Código de Processo Penal de 1941, por exemplo, continua a ser aplicado, mesmo após a entrada em vigor da Constituição da República, como se observa da seguinte ementa:

Ao Ministério Público compete promover, privativamente, a ação penal pública (CF, art. 129, I) ou requerer o arquivamento do inquérito policial ou de qualquer procedimento inquisitivo, competindo nesta hipótese ao juiz acolher o pedido ou levar o assunto ao Procurador-Geral nos termos do art. 28 do CPP (STJ – HC 6.802 – Rel. Vicente Leal – j. 28.04.98 – DJU 15.6.98, p. 166).⁸¹

Resquício do sistema inquisitorial, o mencionado artigo, dentro de uma

⁷⁹ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Safe, 1997.

⁸⁰ GOLDSCHMIDT, James. *Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal.* Barcelona: Bosch, 1935, p. 67.

⁸¹ *Apud Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial.* Cood. Alberto Silva Franco e Rui Stoco. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 939. No mesmo sentido da ementa acima transcrita: RT 445/441, 500/378, 508/424, 541/422, 618/403, 629/384; RSTJ 25/523, 26/610, 29/402, 89/20,...

visão sistemática, não foi recepcionado pela nova ordem constitucional. Ora, tem-se entendido que o sistema acusatório foi adotado pelo legislador constitucional⁸² e, portanto, cada *actore* deveria possuir um papel próprio; assim, o juiz julgaria, o promotor acusaria e o defensor defenderia. Defender a vigência de tal dispositivo não é apenas atribuir ao órgão jurisdicional uma função anômala, mas ferir a desejada imparcialidade do juiz. O magistrado deve buscar a verdade eticamente possível, mas o método mais eficaz para alcançá-la é o dialético. Como ensina Tovo, “tomar a iniciativa, por outro lado, não significa, por si, arvorar-se em acusador ou defensor, mas tão-somente provocar os demais sujeitos processuais à perquirição triangular de algum ponto ainda não suficientemente investigado, saciando assim a sede de verdade para fazer a mais pura justiça”.⁸³

Cabe ao Ministério Público promover, privativamente, a ação penal pública. Ele é o *dominus litis*; a ele incumbe velar pelo princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, não ao juiz. Ao permitir ao juiz recusar as razões argüidas pelo *parquet*, para arquivar o processo, o art.28 do Código de 1941, faz com que o magistrado participe de uma fase pré-processual em que não há o princípio do contraditório e as informações e teses chegam unilateralmente a seu conhecimento. Esse “conhecimento prévio” dos magistrados sobre determinados fatos não só desprestigia a instituição do Ministério Público, como macula a parcialidade do órgão julgador. À idêntica conclusão chegou o Grupo de Estudos Desembargador Alaor Terra, formado por juízes do TJ/RS (súmula 7⁸⁴).

Da mesma maneira, o artigo 187 do Código de Processo Penal que a jurisprudência dominante/dominadora declara estar em vigor não deveria mais ser aplicado. No interrogatório, o réu continua sendo encarado como

⁸² Argumenta-se, para tanto, com o artigo 129, I, da Constituição de 1988. Sobre o tema: PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis penais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999. Em sentido contrário: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, para quem o sistema brasileiro filia-se ao inquisitivo, pois a gestão da prova encontra-se nas mãos do juiz (Cf. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. “Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro”. In: **Revista de Estudos Criminais**. Ano 1. n. 1. Sapucaia do Sul: Notadez/ITEC, 2001, p. 26-51).

⁸³ TOVO, Paulo Cláudio. “Introdução à Principiologia do Processo Penal Brasileiro”. In: **Estudos de Direito Processual Penal**. Rio Grande do Sul: Editora do Advogado, 1995, p. 27.

⁸⁴ “Está revogado o art. 28 do Código de Processo Penal, tendo em vista o disposto no art.129, I, da Constituição Federal”. Em sentido contrário, é a lição de Afrânio Silva Jardim, para quem o artigo 28 cumpre importante função de controle externo da atividade do Ministério Público.

meio de prova, i.e., fonte probante. O próprio legislador de 1941 arrolou o interrogatório entre as provas.

Assim, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça ser “desnecessária a intimação do advogado para o interrogatório, devendo ser avisado pelo próprio interrogando” (DJU 12.04.1993, p. 6.083, 6ª. Turma, Rel. Min. Adhemar Maciel)⁸⁵. Da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal posiciona-se retrospectivamente:

A superveniência da nova ordem constitucional não desqualificou o interrogatório como ato pessoal do magistrado processante e nem impôs ao Estado o dever de assegurar, quando da efetivação desse ato processual, a presença de defensor técnico. A ausência do advogado no interrogatório judicial do acusado não infirma a validade jurídica desse ato processual.

A legislação processual penal, ao disciplinar a realização do interrogatório judicial, não torna obrigatória,⁸⁶ em consequência, a presença do defensor do acusado (STF – HC – Rel. Celso de Mello – j. 22.10.91 – RTJ 141/512)⁸⁷;

*A jurisprudência desta corte já se firmou no sentido de que não se exige, mesmo em face desta Constituição, a presença do advogado durante o interrogatório de réu maior (assim, nos **Habeas corpus** 68.929, 69.372, 71.721, 72.314 e 74.298) (STF – 1.ª Turma – HC 74.737-0 – Rel. Moreira Alves – j. 22.4.97 – DJU 1.8.97, p. 33.466)⁸⁸.*

Adequando-se os dispositivos do Código Processual Penal aos princípios democráticos/diretrizes constitucionais (contraditório, ampla defesa...), verifica-se que: o interrogando é, na verdade, sujeito de um ato jurídico; o art. 187 não foi recepcionado; e o costumeiro procedimento de realizar o interrogatório sem a presença do defensor do réu peca

⁸⁵ *Apud* FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 276.

⁸⁶ Curioso reparar que na argumentação do eminente Ministro relator é a “legislação processual penal” que “não torna obrigatória(...) a presença do defensor do acusado”, não obstante a “superveniência da nova ordem constitucional”.

⁸⁷ *Apud* **Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial**/Cood. Alberto Silva Franco e Rui Stoco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 86.

⁸⁸ *Ibid.*

pela ilegalidade maior.

A parte em processo judicial não pode realizar qualquer ato processual sem estar assistido por um advogado. Ora, se o réu é parte em uma relação processual, se o interrogatório é um ato processual, como admitir que este se dê sem a presença de defensor? Em face do disposto no art.5º, inciso LV, da Constituição Federal, o interrogatório do acusado necessariamente deve ocorrer com a presença da defesa técnica. Aliás, “a justificação da defesa técnica está na presunção de hipossuficiência do sujeito passivo, de que ele não tem conhecimentos necessários e suficientes para resistir à pretensão estatal, em igualdade de condições técnicas com o acusador”.⁸⁹

Questão conexa com a presente é a da possibilidade, ou não, das partes se manifestarem durante o interrogatório do réu. Tem-se entendido que o interrogatório é ato processual pessoal do magistrado.

Os tribunais majoritariamente adotam a visão retrospectiva acima mencionada:

A ausência de advogado no interrogatório do réu não vicia o ato, mesmo porque o defensor não pode intervir ou influir nas perguntas e nas respostas. CPP, art. 187 (STF – HC – Rel. Carlos Velloso – j. 1.10.91 – RTJ 138/173)⁹⁰;

É entendimento pacífico da jurisprudência que o interrogatório, em juízo, dispensa a presença de advogado ou defensor, desde que não lhes assiste direito a interferir, nos atos do juízo (STJ – RHC – Rel. José Cândido – j. 20.8.91).⁹¹

A matéria já foi tratada por Araújo, que concluiu não se poder mais “considerar o interrogatório como um ato exclusivo do juiz, pois tal interpretação afronta nossa Lei Maior, estando assim, sem dúvida, revogado o art.187 do Código de Processo Penal”.⁹² Ora, é evidente o acerto dessa posição

⁸⁹ LOPES JR, Aury Celso Lima. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001, p. 306. No mesmo sentido é a lição de Ada Grinover, pois “mais do que garantia do acusado, é condição de paridade de armas, imprescindível à concreta atuação do contraditório e, conseqüentemente, à própria imparcialidade do juiz” (GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **As nulidades no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 64).

⁹⁰ *Apud Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial*/Cood. Alberto Silva Franco e Rui Stoco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 93.

⁹¹ *Ibid.*

diante dos princípios da ampla defesa e do contraditório, bem como no interesse da busca da verdade eticamente possível.

No mesmo sentido é a constatação de Slaibi Filho, citado por Araújo, ao afirmar que, diante da nossa Carta Magna, “o interrogatório deixa de ser ato processual exclusivamente entre autoridade processante e interrogado, revogando-se a partir da vigência da Constituição, o disposto no art.187 do Código de Processo penal”.⁹³

Outro exemplo de interpretação retrospectiva é encontrado na aplicação do artigo 217 do Código de Processo Penal⁹⁴. Na prática, é comum, inclusive, vermos juízes perguntando, sem qualquer provocação ou motivo concreto, aos depoentes se desejam prestar os depoimentos na presença do acusado⁹⁵. A medida visa evitar a intimidação das testemunhas, mas acaba por violar frontalmente o princípio da ampla defesa. Modernamente, percebeu-se que este conceito engloba não só a defesa técnica, como também a autodefesa, realizada pelo próprio acusado. Como admitir um ato processual em que a “ampla defesa” está decepada de um de seus braços? Quem melhor do que o próprio acusado para, em conjunto com seu defensor, formular perguntas à testemunha? Quem pode atestar com absoluta certeza o momento em que a testemunha falta com a verdade? Ante todo o exposto, forçoso é reconhecer que o artigo citado foi revogado.⁹⁶

Ademais, mesmo que se aceite a constitucionalidade do dispositivo, a

⁹² ARAÚJO, Geraldo Affonso Pimentel Pereira de. “O Interrogatório Criminal em Face do Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa”. In: **Revista de Direito da Defensoria Pública**. n.10. Rio de Janeiro: Defensoria Pública Geral, 1996, p.292.

⁹³ SLAIBI FILHO, Nagib. **Anotações à Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 318.

⁹⁴ *Art.17: “Se o juiz verificar que a presença do réu, pela atitude, poderá influir no ânimo da testemunha, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará retirá-lo, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor. Neste caso, deverão constar do termo a ocorrência e os motivos que a determinaram”.*

⁹⁵ No sentido da aplicabilidade do artigo 217 do Código de Processo Penal é a lição de Fernando da Costa Tourinho Filho, para quem se “o juiz, percebendo que a presença do réu pode levar a testemunha a deformar a verdade, pode determinar a providência de que trata este artigo, com muito mais razão quando a testemunha ou ofendido externa ao Magistrado sua preocupação quanto à sinceridade do depoimento a ser prestado na presença do réu, incutindo-lhe este certo receio. (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva 2001, p. 437)

⁹⁶ O juiz, a quem cabe presidir o processo, é que deveria fazer valer sua autoridade para conseguir a tranqüilidade necessária para o depoimento; logo, não há o que a testemunha temer, até porque o acusado, posteriormente, terá, de qualquer forma, acesso ao depoimento prestado.

interpretação coadunada com uma perspectiva garantista deve ser diversa. A norma do artigo 217 do Código de Processo Penal tem natureza restritiva, pois vai de encontro a um direito público subjetivo, a saber: o de presenciar o ato processual. E, como toda norma restritiva de direitos, exige uma interpretação restritiva. Logo, a descrição legal exige uma “atitude” do réu, um agir capaz de “influir no ânimo da testemunha”, o que impede o juiz, de ofício ou mediante provocação, sem a constatação de uma “atitude” do réu, de retirar o réu da sala de audiências.

O artigo 384, que continua a ser reiteradamente aplicado pelas agências judiciais⁹⁷, também deve ser analisado à luz da diretriz conhecida como *princípio da correlação*⁹⁸ entre acusação⁹⁹ e sentença.

O princípio da congruência (ou da correlação entre o pedido e a sentença) significa, nas palavras de Moreira que “o juiz deve julgar todo o pedido e só o pedido, e não deve dizer absolutamente nada sobre o que não esteja contido nesse círculo”.¹⁰⁰ E por que isso se dá? Responde o processualista: “O que se tem em vista, sobretudo, é preservar o contraditório e o direito de defesa do réu”.¹⁰¹

O sistema processual penal que se afirma adotado no Brasil, como já se disse, é o acusatório, sendo que uma de suas características é, exatamente, o fato das funções de acusar, defender e julgar serem atribuídas a pessoas diversas. Assim, como escreveu Paulo Cláudio Tovo, “o juiz fica necessariamente vinculado à acusação inicial, não podendo dela afastar-se,

⁹⁷ Vale a transcrição da seguinte ementa que traduz o senso comum (juiz inquisitorial que tem o “dever(...) de determinar a (...) apuração” do crime) acerca do artigo 384 do CPP: “Admitindo a ocorrência de outro crime que não aquele apontado no requisitório público, tem o magistrado a obrigação, o dever mesmo, de determinar a sua apuração, nos termos do art. 384 do CPP, sob pena de anulação da sentença” (TACRIM-SP – AP – Rel. Silva Leme – RT 521/435). Pela aplicação do artigo em tela: RT 422/271, 446/448, 458/301, 534/346, 555/377,...

⁹⁸ Sobre o tema: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Correlação entre acusação e sentença**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000; POZZER, Benedito Roberto Garcia. **Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCrim, 2001.

⁹⁹ Deve-se entender que o conceito de *acusação* é complexo por englobar a imputação (isto é, a atribuição de um fato a uma pessoa) e o pedido de condenação (a exteriorização da pretensão de se aplicar uma resposta penal à conduta desviante).

¹⁰⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Conferência proferida em 27/06/94 na EMERJ, reproduzida no **BA** n.1. jan/96.

¹⁰¹ *Ibid.*

ao menos em termos incriminatórios”.¹⁰²

Toda demanda, o que é vulgarmente conhecido como *ação*¹⁰³, possui três elementos, a saber: as partes (elemento subjetivo), o pedido (elemento objetivo) e a causa de pedir¹⁰⁴ (elemento causal). Ora, modificar um desses elementos é criar uma nova ação; se a ação penal pública é privativa do Ministério Público¹⁰⁵, só a esse órgão cabe criá-la, i.e., promovê-la. O juiz deve ter a virtude da autocontenção e não violar o art.129, inciso I, da Carta Magna.

Do exposto, a única conclusão permitida é a de que o provimento jurisdicional é limitado pela *res in judicio deducta*. Se o acusado se defende dos fatos que integram a acusação, o artigo 384, *caput* (e o próprio parágrafo único do mesmo artigo), do diploma de 1941, não foi recepcionado pela Constituição da República (aliás, desde 1946, o artigo em tela não faz mais parte do ordenamento processual penal brasileiro, embora persista no imaginário – no senso comum – do operador jurídico). Logo, se o juiz verificar, no momento de proferir a sentença, que ocorreu uma circunstância ou elementar, não contida na denúncia/queixa, embora surgida no decorrer da instrução, não poderá reconhecê-las, e a única atitude que poderá tomar é julgar procedente ou não a pretensão punitiva estatal.

Giacomolli, ao analisar o parágrafo único do artigo 384 do Código de Processo Penal, é categórico, pois sendo

*o processo penal, essencialmente, um processo de partes, ao juiz compete julgar; ao Ministério Público cabe exercer o **jus accusationes** e à defesa fazer valer todos os meios admissíveis à prova da inocência; é injustificável, contrariando o sistema acusatório e a exclusividade da Ação Penal do Ministério Público, a abertura dos autos para que este adite a denúncia, mor-*

¹⁰² *Ibid.*, p.45

¹⁰³ Os conceitos de *ação* e *demand*a não se confundem. Ação é direito (ou poder), enquanto demanda é o ato de pedir a prestação jurisdicional.

¹⁰⁴ No processo penal a *causa petendi* integra a acusação e é constituída pelo conjunto de fatos atribuídos ao acusado. Em outras palavras, a causa de pedir identifica-se com a imputação.

¹⁰⁵ “Com a criação do Ministério Público, a acusação estatal encontrou o órgão apropriado ao exercício da pretensão punitiva e da ação penal, ficando o juiz investido da incumbência exclusiva de decidir imparcialmente o conflito entre o direito de punir e o direito de liberdade do acusado” (MARQUES, José Frederico. “Do processo penal acusatório”. *In: Estudos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2001, p. 20-21).

*mente se considerarmos que acompanhou a instrução e aduziu suas alegações; não exercendo o órgão acusador, espontaneamente, o poder de aditar, o terceiro sujeito não tem legitimidade para determinar que o faça*¹⁰⁶.

Críticas similares às do artigo 384 merece o artigo 410 do diploma processual básico. Enquanto o já mencionado artigo 384 e seu parágrafo possuem a regra genérica da desclassificação em nosso direito processual penal, o artigo 410 possui regra específica para as hipóteses em que a petição inicial imputa ao acusado um crime doloso contra a vida. Acontece, como bem atentou James Tubenchlak,¹⁰⁷ que a regra geral é “mais completa” do que a regra específica. Ora, se a norma do artigo 410 do Código de Processo Penal consegue violar de forma ainda mais grave a ordem constitucional, é evidente que essa norma, também, foi revogada.

No Código de 1941, cuja substituição se espera para breve, podem ser encontrados diversos outros artigos cuja aplicação não se sustentaria após uma filtragem constitucional¹⁰⁸ e que exemplificam o caráter conservador e anti-garantista do fenômeno da interpretação retrospectiva.

Outros exemplos de interpretações judiciais retrospectivas podem ser encontrados na legislação extravagante. Assim, por exemplo, o já citado artigo 2.º, inciso II, da Lei dos Crimes Hediondos, tem sido aplicado pelos órgãos jurisdicionais a todo e qualquer caso penal, privilegiando a abstração do legislador em detrimento da real situação conflitiva.

Nesse sentido:

PROCESSUAL PENAL. LEI DE CRIMES HEDIONDOS. PROIBIÇÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. A vedação contida no inciso II do art. 2º da Lei 8.072/90, sobre concessão de fiança e liberdade provisória aos denunciados pela prática de crimes hediondos, não apresenta vício de inconstitucionalidade por se

¹⁰⁶ GIACOMOLLI, Nereu José. “Princípio da Provocação e os artigos 383 e 384 do Código de Processo Penal”. In: **Estudos de Direito Processual Penal**. Porto Alegre: Editora do Advogado, 1995, p. 109.

¹⁰⁷ TUBENCHLAK, James. **Tribunal do Júri. Contradições e Soluções**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 83.

¹⁰⁸ Adota-se a expressão consagrada por Paulo Ricardo Schier (SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editos, 1999). A idéia de filtragem constitucional liga-se à adequação e (re)leitura da ordem jurídica ordinária à nova ordem constitucional.

tratar de benefício cuja regulamentação ou admissão é deferida pela Constituição Federal à lei ordinária (art. 5º, LXVII). Recurso de habeas corpus a que se nega provimento (STJ – RHC 3507/ES – 5ª. Turma, Rel. Min. Assis Toledo, DJU 09.5.94, p.10884)¹⁰⁹; DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CRIME HEDIONDO. LIBERDADE PROVISÓRIA INADMISSIBILIDADE. 1. O homicídio qualificado é crime hediondo e, pois, insuscetível de liberdade provisória, sendo obrigatória a prisão do réu, preso em flagrante e pronunciado (Lei nº 8.072/90, artigo 1º. inciso I), e inaplicável a regra inserta no parágrafo 2º do artigo 408 do Código de Processo Penal. 2. Habeas corpus denegado. (STJ – HC 9193/SP m- 6ª. Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJU 28.6.99, p.155)¹¹⁰.

Esse entendimento monolítico vai de encontro à diretriz da igualdade esculpida na Constituição da República, como bem percebeu Costa, pois criaria uma hipótese de “prisão cautelar obrigatória,¹¹¹ e isso porque todos os homens são iguais em liberdade. O processo penal destina-se a verificar em que medida a liberdade pode ser diminuída¹¹².”

E arremata a autora paulista:

Dir-se-á que a Constituição remete as hipóteses de liberdade provisória à lei, e que a lei pode, portanto, dispor alternativas à prisão preventiva e à liberdade provisória. Mas a lei nunca poderá inverter valores para considerar regra a prisão e exceção a liberdade¹¹³(...)

*A lei não pode, em síntese, inviabilizar liberdade fora do devido processo legal. E a prisão cautelar que não decorrer de individualização na **persecutio criminis**, não está autorizada pelo*

¹⁰⁹ *Apud* GARCINDO FILHO, Alfredo de Oliveira. **Jurisprudência criminal do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça**. 5. ed. Curitiba: Ed. do Autor, 1999, p. 191.

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ A antiga *prisão de curso forçado* de odiosa lembrança.

¹¹² COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. **Igualdade no direito processual penal brasileiro**. São Paulo: Revista, dos Tribunais, 2001, p. 77.

¹¹³ Como anota Paula Bajer Fernandes Martins da Costa, a “sentença condenatória irrecurável é o fator formal discriminador eleito pela Constituição para a ruptura da igual liberdade dos homens” (*ibid.*). Trata-se de aplicação do chamado *princípio da presunção de inocência*, na

*devido processo legal*¹¹⁴.

Outra questão que tem sido objeto de uma interpretação retrospectiva por parte dos Tribunais, que abstraem as conquistas históricas obtidas na caminhada pela democratização do processo, diz respeito ao alcance e conteúdo do artigo 26, incisos I, alínea “b”, e II, da Lei n.º 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público). Tais dispositivos tratam do poder de requisição conferido aos órgãos de execução do Ministério Público.

As decisões judiciais têm sido, preponderantemente, no sentido de existir um “dever-poder” do órgão judicial colaborar com o Ministério Público na produção probatória.

Assim, por exemplo:

RECLAMAÇÃO. ARTs. 219 E 230 DO CODJERJ. INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIAS REQUERIDAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. INVERSÃO TUMULTUÁRIA DO PROCESSO. Interposição visando a intimação da testemunha vítima para que informe em qual hospital foi atendida, visando a confecção laudo de exame de corpo de delito indireto. Admissibilidade, pois a diligência requerida por ocasião da denúncia não poderia ser indeferida pelo só fato de ter o Ministério Público o poder de requisitar informações e documentos às autoridades competentes, pena de se estar negando vigência aos arts. 399 e 499 do Código de Processo Penal. Procedência da reclamação (TJ/RJ – Reclamação n.º 2001. 077.00038 – 2.ª Câmara Criminal, Rel. Des. Nestor L. B. Ahrends, D.O., Parte III, 17.8.01, fls. 26//27).

No corpo do mesmo acórdão é possível ler:

Em que pese a faculdade ministerial de requisitar diligências, tem o Julgador o poder-dever de colaborar com o ‘dominus litis’, já que, ao menos em tese, comum o interesse de ambos, no sentido da apuração da verdade.

As diligências necessárias que surgem no decorrer do processo devem

verdade, regra de tratamento a ser conferida a todos aqueles que não têm em seu desfavor uma sentença penal condenatória irrecorrível (Nesse sentido: VILELA, Alexandra. **Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000; GOMES, Luiz Flávio. **Presunção de violência nos crimes sexuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001).

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 80.

*ser consideradas e deferidas pelo julgador com o objetivo de obter todas as provas que possam contribuir para apreciação dos fatos...*¹¹⁵

A função jurisdicional, não obstante, é substitutiva. O órgão judicial só deve (*rectius*: pode) atuar na gestão da prova de forma supletiva. Em outras palavras, o juiz só “busca/produz” a prova, nos limites eticamente viáveis, quando as partes, por si sós, não conseguem produzi-la. Trata-se de um imperativo do sistema acusatório e do estado democrático de direito. Logo, todos os elementos de convicção que podem ser diretamente trazidos aos autos pelas partes não devem ser objeto de requerimento ao órgão julgador.

Esses requerimentos de providências judiciais, que podem ser efetuadas pelo *parquet* sem comprometer qualquer das garantias processuais, carecem do interesse/necessidade exigível dos provimentos jurisdicionais¹¹⁶. Dito de outra forma, o Ministério Público detém o dever/poder de requisitar diretamente o ato (*v.g.*, a remessa da folha de antecedentes criminais) do órgão público ou entidade privada responsável, se entender necessário.¹¹⁷ Frise-se, mais uma vez, só cabe ao órgão julgador abandonar a inércia, inerente à atividade jurisdicional e condicionante da pretendida imparcialidade, se existir efetiva necessidade.

Por outro lado, a falta eventual de estrutura do órgão de atuação do Ministério Público não pode servir de desculpa para o descumprimento das relevantes funções dessa imprescindível Instituição derivadas da nova ordem constitucional. Ora, o Ministério Público possui dotação orçamentária própria e pessoal altamente qualificado. Enquanto o Poder Judiciário adotar

¹¹⁵ TJRJ – Reclamação 38/01 – 2.^a Câmara Criminal, Rel. Des. Nestor Luiz B. Ahrends, D.O. 17.8.01, fls. 26/27.

¹¹⁶ “Para colher provas que indiquem a procedência da pretensão punitiva, o Estado tem órgão próprio, que é o Ministério Público, titular da ação penal e da acusação, e nunca o Juiz, órgão com incumbência apenas de aplicar imparcialmente o direito objetivo” (MARQUES, José Frederico. “Do processo penal acusatório”. *In: Estudos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2001, p. 26).

¹¹⁷ Nesse sentido: “CORREIÇÃO PARCIAL. O órgão acusador – parte que é e poderes que tem – não pode exigir que o Poder Judiciário requisite diligências, quando o próprio Ministério Público pode fazê-lo. O mito que o processo penal mira a “verdade real” está superado. A busca é outra: julgamento justo do acusado (lições de ADAUTO SUANNES e LUIGI FERRAJOLI). O papel do juiz criminal é de equidistância: a aproximação entre acusador e julgador é própria do medieval inquisitório. Correição parcial improcedente (TJRS – CP 70002028041 – 5.^a C. Crim. – Rel. Amilton Bueno de Carvalho – j. em 20.12.2000 – RJ 282-ABR/2001).

uma postura paternalista/assistencialista, o *parquet* não alcançará a dimensão pretendida pela Constituição.

De igual sorte, descabem argumentos retóricos no sentido de que o *Ministério Público e o Poder Judiciário possuem o mesmo interesse, ou seja, a busca da verdade real*. Trata-se de discurso falacioso, pois parte de uma categoria ideal (*verdade*¹¹⁸) que não pode ser reproduzida (reconstruída) no processo penal. O juiz, bem como os demais atores jurídicos, não é um ser divino que consiga desvendar a verdade por detrás do conflito¹¹⁹, mas um ser falível e, portanto, a verdade lhe é inatingível, como a todos os demais humanos.

É imperioso acatar a lição de Marinoni, pois

*A figura mítica do juiz, como alguém capaz de descobrir a verdade sobre as coisas e, por isso mesmo, apto a fazer justiça, deve ser desmascarada. Esta fundamentação retórica de toda a doutrina processual não pode mais ter o papel de destaque que ocupa hoje. O juiz não é – mais do que qualquer outro – capaz de reconstruir fatos ocorridos no passado; o máximo que se lhe pode exigir é que a valoração que há de fazer das provas carreadas aos autos sobre o fato a ser investigado não divirja da opinião comum média que se faria das mesmas provas.*¹²⁰

Ademais, como observa o processualista paranaense,

¹¹⁸ Não obstante o prestígio que detém em meio aos processualistas, encontra-se superada a filosofia vinculada ao paradigma do ser, consagrada por Aristóteles (“dizer daquilo que é, que é, e daquilo que não é, que não é, é verdadeiro; dizer daquilo que não é, que é, e daquilo que é, que não é, é falso”, *apud* COSTA, Newton C. A. da. “Conjuntura e quase-conjuntura”. In: **Direito, política, filosofia, poesia: estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale, em seu octogésimo aniversário**. Coord. Celso Lafer e Técio Sampaio Ferraz Jr. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 78). De fato, a verdade, entendida como a concordância entre um fato ocorrido na realidade sensível e a idéia que é feita dele (Cf. MITTERMAIER, C.J.A. **Tratado da prova em matéria criminal** s. Trad. Herbert Wüntzel Heinrich. Campinas: Bookseller, 1997, p. 59) é inatingível. Não há como reproduzir no processo os fatos tais como ocorreram. Nesse sentido, VOLTAIRE afirmava que “les vérités historiques ne sont que des probabilités”. (*Apud* MARINONI, Luiz Guilherme. **Comentários ao código de processo civil. V. 5: do processo de conhecimento, arts. 332 a 363**, tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 39).

¹¹⁹ O conceito de *verdade real* é absoluto, logo engloba a totalidade do conhecimento acerca do objeto. Só se descobre a verdade acerca de uma hipótese se for possível excluir todas as hipóteses que não correspondam à verdade. Ou seja, a verdade pressupõe a não-verdade (a mentira). Todavia, os limites humanos só permitem conhecimentos parciais do objeto, sendo impossível destacar todas as hipóteses em contrário ao que se afirma verdadeiro.

¹²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Comentários ao código de processo civil. V. 5: do processo de conhecimento, arts. 332 a 363**, tomo I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 42.

a reconstrução de um fato ocorrido no passado sempre vem influenciada por aspectos subjetivos das pessoas que assistirem ao mesmo, ou ainda, do juiz, que há de valorar a evidência concreta. Sempre há uma interpretação formulada sobre tal fato - ou sobre a prova direta dele derivada - que altera o seu real conteúdo, acrescentando-lhe um toque pessoal que distorce a realidade. Mais do que isso, o julgador (ou historiador, ou, enfim, quem quer que deva tentar reconstruir fatos do passado) jamais poderá excluir, terminantemente, a possibilidade de que as coisas possam ter-se passado de outra forma.¹²¹

Parece indubitável que os tribunais ao acolherem reclamações/correições parciais contra atos de juízes que indeferem requerimentos acerca de elementos que poderiam ser alcançados através de requisição direta do Ministério Público partem do paradigma do objeto¹²² (paradigma do ser) e esquecem que o mesmo foi superado pelo paradigma do sujeito¹²³, que, por sua vez, em uma sociedade democrática e fraternal, deve ser substituído pelo paradigma dialético.¹²⁴

O raciocínio dialético permite que se alcance os *topoi* (“lugares comuns”) e “possibilita situar os problemas em aberto a partir de uma multiplicidade de perspectivas”.¹²⁵ A tópica gera a lógica do

¹²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Comentários ao código de processo civil**, v. 5: do processo de conhecimento, arts. 332 a 363, tomo I – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 40.

¹²² O paradigma do objeto parte da premissa de que todo objeto possui uma essência (preexistente ao objeto) que pode ser revelada ao sujeito cognoscente. Sobre o tema: LUDWIG, Celso Luiz. “A alternatividade jurídica na perspectiva da libertação: uma leitura a partir da filosofia de Enrique Dussel”. Dissertação de mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 1993, p. 10.

¹²³ O paradigma do objeto vigorou até meados do século XVIII, tendo perdido a hegemonia com as idéias iluministas divulgadas desde então. O paradigma do sujeito, assentado em bases racionalistas, parte do sujeito cognoscente e deixa o objeto em uma posição secundária, pois este só existe em razão daquele. Há um deslocamento do “núcleo de interesse do objeto para o sujeito” (MARINONI, Luiz Guilherme. Ob. cit., p. 43).

¹²⁴ Partindo de Habermas, chega-se ao paradigma dialético. Assim, a razão não se encontra no mundo (paradigma do objeto), nem no sujeito (paradigma do sujeito), mas é construída democraticamente pelos sujeitos a partir da linguagem. A razão, em última análise, é um processo aberto e intersubjetivo (Cf. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia, entre a facticidade e validade**; trad. Flávio Beno Siebeneichler. – Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I).

provável e abre a relação sujeito cognoscente – objeto para diversas considerações e argumentos, o que gera opções (discursos) justas para a questão.

O conceito de verdade substancial, instrumental na praxe judicial, deve ser substituído pelo de probabilidade nos autos (“verdade” processual), que, por sua vez, é um conceito dialético, criado pelos sujeitos cognoscentes no plano argumentativo. Em outras palavras, cabe às partes (Ministério Público ou ofendido e acusado) interagir (dialogar) e expor os elementos de convicção e opções que o julgador irá dispor para acertar o caso penal, declarar se há ou não verossimilhança entre o ocorrido em dado momento discriminado na acusação e os fatos imputados na petição inicial. A democratização do processo penal passa pela possibilidade das partes, por si mesmas, produzirem os elementos que acharem convenientes à satisfação de suas pretensões.

Da mesma forma, o órgão julgador não pode mais se colocar como conquistador do objeto e deter a gestão das provas, mas interagir com as partes e agir, apenas, supletivamente com o intuito de buscar a probabilidade possível nos elementos colacionados aos autos, o que na melhor doutrina é chamada de “*verdade*” *eticamente possível*.

Merece, também, sofrer uma filtragem constitucional a norma do artigo 225, § 1.º, inciso I, do Código Penal, que trata da legitimidade para propor a ação penal, nos crimes contra os costumes, nas hipóteses em que a vítima ou seus pais não podem prover às despesas com o processo.

A matéria não tem sido questionada nos tribunais, como se percebe da leitura das seguintes ementas:

Estupro. Miserabilidade da vítima: a pobreza pode ser demonstrada pelos meios de prova em geral. Conceito de pobreza no sentido legal. Representação feita pela mãe da ofendida: não se exige a observância de formalidades, importando, apenas, que se caracterize a manifestação de vontade do ofendido, ou de seu representante legal. (STF, HC 70.184/RJ, Rel. Marco Aurélio, DJU, 8.10.1999)¹²⁶.

Além da representação é indispensável para que pública se

¹²⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 80.

¹²⁶ *Apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 905.

torne a ação tendo por objeto o delito de atentado violento ao pudor sejam a vítima ou seus pais miseráveis, no sentido legal do termo, isto é, que não possam prover as despesas do processo 'sem privar-se dos recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família', consoante redação do artigo 225, § 2º, do CP. (TJSP – AC – Rel. Onei Raphael – RT 566/307).¹²⁷

No mesmo sentido, tem sido a posição predominante no Ministério Público, como se lê em parecer da lavra de Ferrer: “Afirmada a miserabilidade, a ação penal relativa aos crimes apurados no feito passa a ser pública condicionada à representação”.¹²⁸

Viola a razoabilidade dos atos legislativos e, portanto, é inconstitucional que fatores meramente econômicos possam alterar a *legitimidade* e a *própria natureza da ação penal* condenatória, máxime após o processo histórico que culminou com a constitucionalização da Defensoria Pública.

Como se sabe, a ação penal privada (*rectius*: ação penal de iniciativa privada) é regida pelo *princípio da oportunidade*, do qual derivam inúmeras conseqüências de ordem material e processual (v.g., a *disponibilidade* da persecução penal), o que potencializa a necessidade de *critérios razoáveis* para diferenciá-la da ação penal pública, esta sujeita ao binômio obrigatoriedade/indisponibilidade.

O dispositivo legal em questão, se razoável à época de sua elaboração, perdeu progressivamente sua justificação constitucional, à medida que a Defensoria Pública foi se estruturando no Estado brasileiro. Aliás, a Defensoria Pública é o único órgão estatal com atribuição oriunda da Carta Magna para a prestação de assistência jurídica aos hipossuficientes. Basta a leitura dos artigos 134 e 129, a *contrario sensu*, da Constituição da República, para percebermos que o artigo 225, § 1.º, inciso I, não resiste a uma filtragem constitucional e não foi, portanto, recepcionado. Sustentar o contrário é interpretar retrospec-

¹²⁷ *Apud* FRANCO, Alberto Silva... [et al.]. **Código penal e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 1357.

¹²⁸ FERRER, Flávia. **Escritos de direito e processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 159.

tivamente o sistema legal.¹²⁹

Por fim, cumpre esclarecer que a quantidade e variedade de desvios interpretativos encontrados na (juris)prudência dos tribunais pátrios dificultam qualquer tentativa de sistematização. Portanto, forte no método indiciário, buscou-se através de poucos exemplos arbitrariamente escolhidos detectar sintomas que podem adequar-se ao rótulo de produtos da interpretação retrospectiva. ◆

¹²⁹ De fato, a existência de uma ação penal de iniciativa privada retrata uma ultrapassada visão privatística do processo penal, com justificação filosófica em um liberal individualismo incompatível com o programa constitucional escrito na Constituição de 1988 (nesse sentido: JARDIM, Afrânio Silva. “Crítica à ação penal privada subsidiária e à ação penal popular subsidiária”. *In: Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 294-295). Todavia, a chamada ação penal existe, não afronta a Constituição e deve ser reconhecida até que os representantes do povo a excluam do ordenamento. Outrossim, não se advoga a total exclusão da vítima do processo penal, mas de limitar essa atuação aos limites do imprescindível aos interesses do justo processo. Vale lembrar que, se o processo penal é *la ley del más débil*, a vítima é a preocupação do sistema processual no momento em que é a *más débil*, a saber: no momento do cometimento do crime (Cf. FERRAJOLI, **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999).