

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL**

GLENIO PUZIOL GIUBERTI

**O LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO NO CONTEXTO DO PROCESSO
PENAL BRASILEIRO**

VITÓRIA/ES

2022

GLENIO PUZIOL GIUBERTI

**O LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO NO CONTEXTO DO PROCESSO
PENAL BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito para a obtenção do título de mestre em direito processual, na área de concentração “Justiça, Processo e Constituição”.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Fiammetta Bonfigli

VITÓRIA/ES

2022

Ficha catalográfica disponibilizada pelo Sistema Integrado de
Bibliotecas - SIBI/UFES e elaborada pelo autor

- G5371 Giuberti, Glenio Puziol, 1987-
O livre convencimento motivado no contexto do processo
penal brasileiro / Glenio Puziol Giuberti. - 2022.
160 f.
- Orientadora: Fiammetta Bonfigli.
Coorientador: Clécio José Morandi de Assis Lemos.
Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Universidade
Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Jurídicas e
Econômicas.
1. Estado Democrático de Direito. 2. Processo Penal. 3.
Crítica Hermenêutica do Direito. 4. Livre Convencimento
Motivado. 5. Sistema Acusatório. I. Bonfigli, Fiammetta. II. José
Morandi de Assis Lemos, Clécio. III. Universidade Federal do
Espírito Santo. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. IV.
Título.

CDU: 340

GLENIO PUZIOL GIUBERTI

**O LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO NO CONTEXTO DO PROCESSO
PENAL BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo como requisito para a obtenção do título de mestre em Direito Processual.

COMISSÃO EXAMINADORA:

Prof^a. Dr^a. Fiammetta Bonfigli

Universidade Federal do Espírito Santo - UFES

Orientadora

Prof. Dr. Clécio José Morandi de Assis Lemos

Universidade de Vila Velha - UNESC

Coorientador

Prof. Dr. Raphael Boldt de Carvalho

Faculdade de Direito de Vitória - FDV

Avaliador

Prof. Dr. Geovanny Cardoso Jouveaux

Universidade Federal do Espírito Santo - UFES

Avaliador

AGRADECIMENTOS

À minha esposa Giovanna, que me manteve no rumo e me inspirou, dia a dia, a finalizar o trabalho, à orientadora, professora Fiammetta Bonfigli por, mesmo não tendo me escolhido para orientação, suportou e assumiu minha hipótese de estudo. Estendo as palavras ao coorientador, Prof. Dr. Clécio Lemos.

Agradeço ainda aos Ilustres professores componentes da banca, Dr. Raphael Boldt de Carvalho e Dr. Geovanny Jevaux, por disponibilizarem conhecimento e tempo na avaliação da dissertação. Ao professor Dr. Ricardo Gueiros, que aceitou ser avaliador suplente.

Aos meus sócios, Roberto Camatta e Rafael Loss, por terem entendido os momentos em que foi preciso se afastar do escritório em razão do mestrado.

Não poderia deixar de prestar homenagens ao eterno professor Thiago Fabres de Carvalho, sendo certo que a dissertação carrega seus ensinamentos, que jamais serão esquecidos.

RESUMO

Esta dissertação teve como objeto a análise do princípio do livre convencimento motivado do juiz no processo penal brasileiro. Este objeto vincula-se à área de concentração do PPGDIR, qual seja, “Justiça, Processo e Constituição”, bem como na linha de pesquisa “Sistemas de Justiça, Constitucionalidade e Tutela dos Direitos Individuais e Coletivos”. Partiu-se do problema de pesquisa da possibilidade de decisões judiciais subjetivas em processo penal, para alcançar a hipótese de demonstrar que o livre convencimento motivado permite decisões judiciais descoladas do Direito posto e das teses apresentadas pelas partes em processo judicial. Utilizou a teoria Crítica Hermenêutica do Direito (CHD), tendo como fontes obras bibliográficas, bem como pesquisa de jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros sobre o livre convencimento motivado e temas correlatos. A CHD visa dar respostas constitucionalmente adequadas à resolução dos casos concretos. Trata-se da escolha do melhor argumento no processo de justificação da decisão judicial. Conclui-se que o livre convencimento do juiz no processo penal permite decisões subjetivas descoladas do Direito posto e das teses apresentadas pelas partes, violando o sistema acusatório no Estado Democrático de Direito, que trata como Direito fundamental do cidadão o Direito a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. Por isso, o livre convencimento motivado do artigo 155 do CPP é antidemocrático.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito – Processo Penal – Crítica Hermenêutica do Direito – Livre convencimento motivado – Sistema Acusatório

ABSTRACT

This dissertation had as its object the analysis of the principle of free motivated conviction of the judge in the Brazilian criminal procedure. This object is linked to the area of concentration of the PPGDIR, that is, “Justice, Process and Constitution”, as well as in the line of research “Justice Systems, Constitutionality and Guardianship of Individual and Collective Rights”. It started from the research problem of the possibility of subjective judicial decisions in criminal proceedings, to reach the hypothesis of demonstrating that the free motivated conviction allows judicial decisions detached from the Law and the theses presented by the parties in the judicial process. It used the Critical Hermeneutic theory of Law (CHD), having as sources bibliographic works, as well as research on the jurisprudence of Brazilian higher courts on motivated free conviction and related topics. CHD aims to provide constitutionally adequate responses to the resolution of specific cases. This is the choice of the best argument in the process of justifying the judicial decision. It is concluded that the free conviction of the judge in the criminal process allows subjective decisions detached from the Law laid down and from the theses presented by the parties, violating the accusatory system in the Democratic State of Law, which treats as a fundamental right of the citizen the Law a constitutionally adequate judicial decision. Therefore, the free conviction motivated by article 155 of the CPP is undemocratic.

Keywords: Democratic State of Law – Criminal Procedure – Hermeneutic Critique of Law – Free Motivated Conviction – Accusatory System

SUMÁRIO

| | |
|--|-----|
| INTRODUÇÃO | 8 |
| 1. DOS PRESSUPOSTOS DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO (CHD) | 11 |
| 1.1. DA HERMENÊUTICA CLÁSSICA À HERMENÊUTICA FILOSÓFICA: LINGUAGEM E FATICIDADE..... | 12 |
| 1.2. O DIREITO COMO INTEGRIDADE DE RONALD DWORKIN..... | 35 |
| 1.3. CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO (CHD): EXPLORAÇÃO HERMENÊUTICA DO DIREITO COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE DE CONCRETIZAÇÃO DE RESPOSTAS JURIDICAMENTE ADEQUADAS..... | 43 |
| 2. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO: GÊNESE E DESENVOLVIMENTO | 74 |
| 3. LIVRE CONVENCIMENTO COMO CARACTERÍSTICA DO SISTEMA ACUSATÓRIO | 87 |
| 3.1. LIVRE CONVENCIMENTO E BUSCA DA VERDADE NO PROCESSO PENAL.. | 95 |
| 3.2. DA DELIMITAÇÃO DAS FUNÇÕES DOS ATORES PROCESSUAIS PENAIS NO CPP, NA CONSTITUIÇÃO E A CORRELAÇÃO ENTRE ACUSAÇÃO E DECISÃO JUDICIAL..... | 104 |
| 4. JURISPRUDÊNCIA SOBRE LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO NOS TRIBUNAIS SUPERIORES E OUTROS EXEMPLOS PRÁTICOS | 113 |
| 5. (IN)COMPATIBILIDADE DO “PRINCÍPIO” DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO COM O PROCESSO PENAL ACUSATÓRIO À LUZ DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO | 123 |
| 6. CONCLUSÃO | 139 |
| 7. REFERÊNCIAS | 149 |

INTRODUÇÃO

O Código de Processo Penal brasileiro, em seu artigo 155, permite ao julgador formar sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório, naquilo que se denomina princípio do livre convencimento motivado ou persuasão racional do juiz, bem como determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante, nos termos do artigo 156, *caput* e incisos da codificação processual penal pátria.

Nesse contexto, o objeto de pesquisa da dissertação é o princípio do livre convencimento motivado no processo penal brasileiro e sua adequação às normas constitucionais expressamente previstas na Constituição Republicana brasileira de 1988, no contexto do neoconstitucionalismo, que tem como base o pós-positivismo.

Tal objeto vincula-se à área de concentração do PPGDIR, qual seja, “Justiça, Processo e Constituição”, na medida em que propõe análise do modo como os julgadores decidem em Direito e sua vinculação, principalmente, com o princípio da necessidade de fundamentação das decisões judiciais, numa contraposição entre o artigo 155 do CPP e o artigo 93, IX da CRFB/88.

Nessa linha, o problema investigado é a possibilidade de decisões judiciais em que o julgador decide subjetivamente, desconsiderando o Direito posto e os argumentos levantados pelas partes no processo, através da regra jurídica expressa no artigo 155 do CPP, ou seja, do livre convencimento motivado.

Se tem como objetivo geral da dissertação analisar se o livre convencimento motivado ou persuasão racional é compatível com o processo penal acusatório, no âmbito do Estado Democrático de Direito e das normas constitucionais da CRFB/88, mais especificamente os artigos 5º, LV, LIV e LVII e, principalmente, o artigo 93, IX.

A partir do objetivo geral, se tem como objetivos específicos, averiguar o tratamento dado pela doutrina nacional e pela doutrina estrangeira ao livre convencimento motivado no processo penal, analisar decisões dos tribunais superiores com relação ao livre convencimento ou persuasão racional, para, então, contextualizar o acervo doutrinário e jurisprudencial com a base teórica escolhida, que é a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD).

Com efeito, o livre convencimento motivado ou persuasão racional é concebido pela doutrina e pela jurisprudência como superação ao sistema de valoração de provas legais ou tarifadas, bem como é apontado característica do modelo acusatório de processo penal.

O livre convencimento motivado permanece no Direito ancorado pelo neoconstitucionalismo como proposta de superação do positivismo jurídico. Nessa linha, o processo judicial passou a ser instrumento para que o Poder Judiciário pudesse concretizar objetivos sociais através de princípios jurídicos enquanto valores, abrindo, portanto, a interpretação do Direito e permitindo certa dose de discricionariedade judicial.

Nesse contexto, a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD), que tem como bases a filosofia hermenêutica de Martin Heidegger e a hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer, através de uma perspectiva que trata a decisão judicial como algo não discricionário ou subjetivo, confere substrato para, a partir dos objetivos propostos, responder ao problema de pesquisa, que é, justamente, a possibilidade de decisões judiciais subjetivas em processo penal.

Também é trabalhada como base teórica o Direito como Integridade de Ronald Dworkin, teoria construtivista do Direito e que também é anti-discricionária.

Utiliza-se ainda como metodologia, pesquisa jurisprudencial no sítio eletrônico dos tribunais superiores brasileiros, Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF), a partir do relacionamento de expressões ligadas ao livre convencimento motivado e à fundamentação das decisões judiciais nos acórdãos.

A pesquisa empírica visa conferir substrato ao arcabouço doutrinária e à pesquisa bibliográfica, importando num robustecimento do material de estudo, possibilitando um melhor desenvolvimento da dissertação.

Nessa perspectiva, o capítulo 1 trata dos pressupostos teóricos da Crítica Hermenêutica do Direito (CHD), quais sejam, a filosofia hermenêutica de Martin Heidegger, a hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer e o Direito como Integridade de Ronald Dworkin.

Para tanto, no subtópico 1.1 será feita uma abordagem passando pela gênese dos estudos de hermenêutica até a hermenêutica filosófica. Nesse sentido, será abordada

a hermenêutica como disciplina acessória à filosofia, separada em hermenêuticas especiais, até se chegar ao estudo da hermenêutica com pretensões universais, a permitir a pergunta filosófica pela “pergunta do ser” e sua relação com a compreensão.

Aliado à hermenêutica filosófica, o subtópico 1.2 trabalha o Direito como Integridade de Ronald Dworkin, no sentido de respeito aos Direitos consagrados pela comunidade política através da força deontológica dos princípios jurídicos.

Nessa linha, o subtópico 1.3 vai tratar especificamente da Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) e sua pretensão de construção da decisão judicial não discricionária e subjetiva, como apontado perante o problema do livre convencimento motivado do julgador. O subtópico trata ainda do contexto do direito brasileiro e a confusão entre ser positivista, ou, aplicar a letra “fria” da lei ou proceder a abertura interpretativa através da aplicação de princípios jurídicos entendidos na dimensão axiológica, como atitude pós-positivista.

Já o capítulo 2, no intuito de contextualização com a base teórica, trata da gênese e do desenvolvimento conferido ao princípio do livre convencimento motivado do juiz nas doutrinas nacional e estrangeira, até o entendimento atual.

O capítulo 3 trata do livre convencimento motivado como característica, reconhecida pela doutrina majoritária, do sistema acusatório de processo penal, ao passo que o subtópico 3.1 trata da ligação entre o livre convencimento motivado e a busca da verdade no processo penal.

O subtópico 3.2 analisa os pressupostos normativos do código de processo penal, desde a fase de investigação, passando pelo recebimento da denúncia, culminando na decisão final.

Ato contínuo, o capítulo 4 aborda a jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros, bem como outros exemplos práticos no âmbito do dever de fundamentação de decisões judiciais e sua ligação com o livre convencimento motivado do juiz.

Logo após, no capítulo 5, é analisada a (in)compatibilidade do livre convencimento motivado com o processo penal acusatório no âmbito do Estado Democrático de Direito, à luz da Crítica Hermenêutica do Direito (CHD), para então, proceder à conclusão da dissertação.

Portanto, a partir da base teórica escolhida é trabalhado o problema da possibilidade de o livre convencimento motivado do juiz autorizar decisões puramente subjetivas e que desconsiderem o Direito posto pela comum-idade política, bem como as teses levantadas pelas partes no processo, quando do ato de aplicação do Direito.

Por derradeiro, destaca-se a importância do tema para a concretização de Direitos fundamentais expressos na Constituição republicana brasileira de 1988, através da aplicação do Direito posto pela comum-idade política nas decisões judiciais, em face de posições subjetivas e casuísticas, bem como, na linha do que ocorreu com o Novo Código de Processo Civil, que retirou as expressões “livre” e “livremente” de seu texto, conferir substrato para as discussões sobre a feitura do novo Código de Processo Penal (PLS 156/2009, substitutivo PL 8.085/2010), no sentido da retirada do livre convencimento do juiz da codificação processual penal, como forma de garantir a intersubjetividade na decisão judicial.

1. DOS PRESSUPOSTOS DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO (CHD)

Conforme posto na introdução, a base teórica para desenvolvimento do tema pretendido, qual seja, uma análise a respeito do livre convencimento do juiz presente no código de processo penal brasileiro, é a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD), desenvolvida pelo jurista brasileiro Lênio Luiz Streck.

Nesse contexto, é preciso definir seus pressupostos, no sentido de deixar claro ao leitor quais são os pontos de partida teóricos da dissertação, justamente para que se tenha a compreensão de seu desenvolvimento e de sua conclusão.

Portanto, serão trabalhados neste tópico os pressupostos da Crítica Hermenêutica do Direito (CHD), para, após, contextualizar a base teórica ao livre convencimento.

1.1. DA HERMENÊUTICA CLÁSSICA À HERMENÊUTICA FILOSÓFICA: FACTICIDADE E LINGUAGEM

Atribui-se a primeira acepção da hermenêutica a Hermes, figura da mitologia grega que exercia uma atividade prática de levar e trazer anúncios, profecias dos deuses¹ e os comunicar aos mortais, ou seja, pela hermenêutica “busca-se traduzir para uma linguagem acessível aquilo que não é compreensível”.²

A par da metáfora de Hermes, a hermenêutica entendida como arte da interpretação, sentido mais usual hodiernamente, apareceu no fim do século XVIII³. Nesse sentido, até o final do século XX, a hermenêutica era tratada como metodologia complementar de para se chegar a uma interpretação mais competente.

Nesse contexto, a hermenêutica era apenas uma disciplina auxiliar, subsidiária⁴ às ciências da época, ou seja, se falava em hermenêuticas específicas, como a teológica (sacra), a hermenêutica jurídica e aquela referente à interpretação de textos clássicos, denominada filologia.

De se notar que até o século XVII a hermenêutica não tinha nome⁵, definição, cabendo a Martin Lutero sistematizar a hermenêutica como arte universal da interpretação, rompendo com as hermenêuticas especiais ou específicas. Desse modo:

[...] na Antiguidade e na Patrística houveram, primeiro, apenas regras hermenêuticas esparsas, até que, com a reforma de Lutero, despertou o desenvolvimento de uma hermenêutica sistemática, que só se teria tornado universal com Schleirmacher, como doutrina universal da arte do entendimento.⁶

Friedrich Daniel Ernst Schleirmacher, no século XIX, foi quem preparou o caminho no sentido da universalização da hermenêutica, de modo que uma primeira base para a

¹ FERRARIS, Maurizio. **História de la hermenêutica**. trad. e rev. Buenos Aires: Siglo XXI, 2002, p. 11.

² STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria Crítica Hermenêutica do Direito**. 2.ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020, p. 127.

³ FERRARIS, Maurizio. **História de la hermenêutica**. trad. e rev. Buenos Aires: Siglo XXI, 2002, p. 11.

⁴ FERRARIS, Maurizio. **História de la hermenêutica**. trad. e rev. Buenos Aires: Siglo XXI, 2002, p. 12.

⁵ GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. São Leopoldo: Unisinos, 1999, p. 13.

⁶ GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. São Leopoldo: Unisinos, 1999, p. 26.

universalização é a de que a hermenêutica não é rebaixada à explicação de passos independentes, nem mesmo é rebaixada a uma técnica subsidiária.⁷ Em outras palavras, “há nisso uma compreensão hermenêutica que, a rigor, nada tem a irradiar para os pressupostos da teologia, do direito ou da filologia”.⁸

Para o referido autor, diferente do que se tinha com as hermenêuticas especiais, inclusive na interpretação dos textos históricos, através da filosofia filológica, em que os mal entendidos na compreensão eram circunstâncias acidentais⁹, o ponto de partida para a interpretação era, justamente, o mal entendido, o estranho, a obscuridade do texto e do interlocutor, devendo-se basear a interpretação na superação desse mal entendido inicial¹⁰, tomando o lugar daquilo que o autor denomina de distância temporal.

Mesmo com a preocupação em universalizar a hermenêutica, ela ainda era entendida como arte¹¹, ou seja, não havia uma epistemologia hermenêutica, já que se apresentava como apêndice de seus interesses na religião e na política¹².

O que houve em Schleirmacher foi a sistematização das hermenêuticas especiais, “ligadas por um elemento psicológico muito forte”¹³, já que existia uma preocupação grande com se interpretar corretamente o que o autor de um texto quis dizer, ou seja, “o objetivo último do processo hermenêutico consiste em compreender melhor o autor do que ele próprio se compreendeu”.¹⁴

⁷ FERRARIS, Maurizio. **História de la hermenêutica**. trad. e rev. Buenos Aires: Siglo XXI, 2002, p. 109.

⁸ No original: “ hay en esto un modo hermeneútico de comprender que, en rigor, no tiene nada que irradiar hacia los presupuestos de la teología, del derecho ni da filología”. FERRARIS, Maurizio. **História de la hermenêutica**. trad. e rev. p. 109.

⁹ FERRARIS, Maurizio. **História de la hermenêutica**. trad. e rev. Buenos Aires: Siglo XXI, 2002, p. 110.

¹⁰ FERRARIS, Maurizio. **História de la hermenêutica**. trad. e rev. Buenos Aires: Siglo XXI, 2002, p. 110.

¹¹ FERRARIS, Maurizio. **História de la hermenêutica**. trad. e rev. Buenos Aires: Siglo XXI, 2002, p. 111.

¹² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 266.

¹³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 268.

¹⁴ DILTHEY, Wilhelm. **O Nascimento da Hermenêutica**. In: Filosofia e Educação: textos selecionados. São Paulo: Edusp, 2010, p. 375.

Este compreender melhor que o próprio autor do texto se daria através do círculo hermenêutico, ocasião em que “o sentido original estaria preservado, e a compreensão encontraria nele aquilo que o próprio autor imprimiu”.¹⁵

Já em 1900, Wilhelm Dilthey, apoiado nas ideias de Schleiermacher, abordou o tema no sentido de que a hermenêutica dava conta de regras gerais de interpretação que poderiam se encontrar na base de todas as ciências do espírito¹⁶ que se fundam sobre um saber interpretativo, partindo, também, das ditas hermenêuticas especiais, ou seja:

Tanto que no século XIX Dilthey pôde descrever a história da hermenêutica como um desenvolvimento que, partindo de uma base limitada e subsidiária (da teologia, do direito, da literatura), leva a hermenêutica a uma universalidade propriamente filosófica.¹⁷

Nesse sentido, Dilthey põe sua reflexão na diferenciação entre ciências da natureza e ciências do espírito, a partir de seus objetos de estudo, quais sejam, para aquela, a ocupação do estudo de fenômenos externos ao homem e para esta é feito um estudo a partir de um objeto do qual o homem faz parte.¹⁸

Entretanto, em relação a Schleiermacher, Dilthey abre o campo de análise da hermenêutica, não a situando somente na produção histórica entre autor e intérprete, mas, na colocação do “intérprete como ator do processo histórico e desloca a tarefa interpretativa para a compreensão do todo da própria história”.¹⁹ Em outras palavras, “a tarefa será reconstruir não o nexos de individualidades, mas, sim, o nexos de vivências”.²⁰

¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 267.

¹⁶ GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. São Leopoldo: Unisinos, 1999, p. 30.

¹⁷ No original: “Tanto es así que en el siglo XIX Dilthey pudo describir la historia de la hermenéutica como un desarrollo que, partiendo de una base limitada e subsidiária (de la teología, del derecho, de la literatura), lleva la hermenéutica hasta una universalidad propriamente filosófica”. FERRARIS, Maurizio. **História de la hermenêutica**. trad. e rev. p. 12.

¹⁸ FERRARIS, Maurizio. **História de la hermenêutica**. trad. e rev. Buenos Aires: Siglo XXI, 2002, p. 132.

¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 269.

²⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 269.

Nessa linha, Dilthey estabelece um conceito central para a compreensão de todas as ciências do espírito, que é o conceito de vida²¹, de modo que “o movimento compreensivo opera como um fator de mediação entre a vivência individual e o conjunto de vivências que constituem o todo da história”.²²

Em outros termos, a “hermenêutica deixou de ser aqui uma ‘arte da interpretação’, para auxiliar na fundamentação da filosofia da vida, cujo processo não obedece ao princípio de causalidade tão caro às ciências da natureza, mas ao próprio movimento da história”.²³

Portanto, essa perspectiva da hermenêutica se apresenta muito mais intersubjetiva do que subjetiva, porém, ainda mantendo a compreensão com um acessório, bem como a hermenêutica como apêndice das ciências do espírito²⁴.

Foi em Dilthey que Martin Heidegger e Hans Georg-Gadamer encontraram a base para a redefinição mais existencial da hermenêutica na filosofia²⁵, o que levará a um novo paradigma hermenêutico já nas primeiras décadas do século XX, ou seja:

As discussões em torno da hermenêutica que se desenvolveram no século XX podem ser compreendidas de duas maneiras. O conceito de fenomenologia hermenêutica passa, assim, a ter, de um lado, o efeito de levar a uma revisão de obras e autores que passaram a ser vistos sob uma nova luz, em suas concepções de hermenêutica.²⁶

Com efeito, essa redefinição da hermenêutica no século XX, principalmente, como será explicitado mais à frente na dissertação, com a hermenêutica da facticidade de Heidegger e depois pela hermenêutica filosófica de Gadamer, não excluíram as análises anteriores, já que elas foram também uma base para se chegar a virada

²¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 269.

²² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 270.

²³ PEREIRA, Viviane Magalhães. **Sobre a tese “ser que pode ser compreendido é linguagem”**: hermenêutica como teoria filosófica. *Cadernos de Filosofia Alemã* | v. 20; n. 2, jul-dez 2015, p. 161.

²⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 270.

²⁵ GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. São Leopoldo: Unisinos, 1999, p. 31.

²⁶ STEIN, Ernildo. **Gadamer e a consumação da hermenêutica**. In: 50 anos de Verdade e Método. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 09/10.

hermenêutica que se consolidaria no século XX. Acerca desse contexto, Ernildo Stein esclarece que:

De um lado, a hermenêutica é apenas integrada em posições filosóficas receptivas para o conceito, sem que elas mesmas deixem de manter as suas características predominantes. De outro lado, o conceito de hermenêutica inaugura estilos novos de análise, alguns dos quais se tornam predominantes, quando não excludentes de outras posições.²⁷

Então, de Schleiermacher e Dilthey, Heidegger aproveitou o conceito de “círculo hermenêutico” e a necessidade de as ciências do espírito, hoje ciências humanas e sociais aplicadas, compreenderem o mundo da vida através da tradição histórica, o que significa que a “compreensão, necessariamente, acontece de uma dimensão histórica, o que exige do estudioso uma tomada de consciência de que em cada tempo, em cada momento histórico, as visões de mundo podem [...] ser distinta do momento presente”.²⁸

Desse modo, pelo menos três questões que compunham a hermenêutica clássica²⁹ seriam questionadas, quais sejam: “1) seu uso restrito à interpretação de textos; 2) a prioridade da *interpretação* sobre a *compreensão*; 3) a estrutura metodológica como meio formal para garantia de certeza e objetividade do processo interpretativo”.³⁰

A resposta aos questionamentos acima passa pela forma como se entende a compreensão e a relação entre “ser” e “ente”, ou seja, a relação do sujeito com o objeto e sua atribuição de sentidos aos fenômenos da vida, bem como às coisas.

Para tanto, deve-se estabelecer o paradigma filosófico sobre o qual a hermenêutica, como ramo da filosofia, se situa nos paradigmas filosóficos. Isso porque, Heidegger, a partir da historicidade e da facticidade da vida, ou seja, da fenomenologia, vai elevar

²⁷ STEIN, Ernildo. **Gadamer e a consumação da hermenêutica**. In: 50 anos de Verdade e Método. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 10.

²⁸ PERRON, Flávio Quinaud; SILVA, João Paulo Soares e. **O papel de Heidegger na transformação dos sentidos da hermenêutica ontológica do século XX**. In: Revista de direito da faculdade Guanambi, vol. 05, nº: 01, 2018, p. 05.

²⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 263.

³⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 263.

a hermenêutica à compreensão da pergunta pelo sentido do ser e de seu sentido com as coisas, a partir da superação da filosofia metafísica.

É nesse contexto que começa a virada hermenêutica perpetrada por Martin Heidegger, ou seja, um novo olhar para a pergunta pelo sentido do “ser” dentro da história da filosofia, já que “desde os tempos de Platão - sua obra *Crátilo* e seu contexto político - a filosofia se debruça sob a busca pelo conhecimento e pela verdade”.³¹

No seio da filosofia, o “ser” que compreende passou por dois paradigmas metafísicos, até se chegar a *linguistic turn*, ou a invasão da filosofia pela linguagem no século XX, ou seja:

Afinal, ali, quatro séculos antes da Era Cristã, já se discutia a “justeza dos nomes”. Isto é, quais as condições de possibilidade para que os objetos tenham determinados nomes e não outros? Como funciona a relação do sujeito com o objeto? Qual é o papel da linguagem? Verdade ou método? Essas perguntas atravessam os séculos, experimentando diferentes respostas representadas por diferentes “princípios epocais” que marcaram a longa travessia por dois grandes paradigmas metafísicos”.³²

A importância de tratar da metafísica neste momento se dá porque ela sempre foi, até a modernidade, “baseada em um fundamento último responsável pela entificação do ser”.³³ Desse modo, conforme posto acima, quando Martin Heidegger procede a um novo questionamento pela pergunta do “ser” na filosofia, fatalmente irá criticar as concepções metafísicas, entendida a metafísica como a “filosofia primeira”.

Nessa linha, para Platão, que utiliza a ideia do artesão para tentar explicar a “justeza dos nomes”, “no qual há uma finidade própria a cada coisa e a cada ação e que, analogamente aos instrumentos adequados a cada atividade artesanal, há também

³¹ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria Crítica Hermenêutica do Direito. 2.ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020, p. 123.

³² STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria Crítica Hermenêutica do Direito. 2.ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020, p. 123.

³³ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria Crítica Hermenêutica do Direito. 2.ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020, p. 223.

um responsável pelo estabelecimento dos nomes para as coisas, o *nomoteta* (onomaturgo)".³⁴

Nomoteta é o substantivo que se refere ao legislador sábio, de modo que "nem todo homem é capaz de estabelecer um nome, mas apenas um artista de nomes; e este é o legislador, o mais raro dos artistas entre os homens".³⁵

Desse modo, "assim como o carpinteiro precisa de arte para construir sua mesa, é necessário possuir uma arte especial para a produção de certos nomes. O paradigma dessa certeza é conhecimento das essências, ou seja, das ideias inatas/imutáveis dos seres exemplares".³⁶

Nesse sentido, a essência das coisas prescinde da linguagem, na medida em que o conhecimento das coisas é o conhecimento do real, ou seja, "é um instrumento posterior, tendo uma função designativa: *designar com sons o intelectualmente percebido sem ela*".³⁷

Aristóteles, por sua vez, com o nascimento da metafísica, "*acreditava que as palavras só possuíam um sentido definido porque as coisas possuíam uma essência*"³⁸, através da ontologia, ou os aspectos mais gerais do ser.

Então, para Aristóteles, o que designava as coisas eram suas essências, ou seja, é a "essência das coisas que confere às palavras a possibilidade de sentido"³⁹ ou ainda, "*é porque as coisas têm uma essência que as palavras têm sentido*".⁴⁰

³⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 179.

³⁵ Platão. Crátilo. **Diálogo sobre a justeza dos nomes**. Versão do grego, prefácio e notas de Pe. Dias Palmeira. Lisboa: Livraria Sá da Costa Editora, 1994.

³⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 181.

³⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 181.

³⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 184.

³⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 184.

⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 184.

Ocorre que, a metafísica, ao se preocupar com a essência do ente, “escondeu o ser”⁴¹, de modo que a ontologia metafísica pensa o “ser” enquanto “ente”, esquecendo-se, como dito, do “ser” enquanto “ser” no mundo.

Em resumo, a metafísica clássica, iniciada por Aristóteles, entendia o “ente” pela sua essência, sem qualquer consideração do “ser” ou de alguma atividade prática.

Ato contínuo, a partir do surgimento do sujeito da modernidade, atribuído à Rene Descartes, a pergunta pelo “ente” se transforma na pergunta pelo método, ou seja, “sobre o caminho no qual algo incondicionalmente certo e seguro é buscado pelo próprio homem e a essência da verdade é circunscrita”⁴², na chamada era da metafísica moderna.

Descartes procurou estabelecer uma metodologia racional para a busca da verdade, criando o sujeito da modernidade, no qual “se desloca o fundamento para a consciência pensante. Não mais a essência das coisas: agora, o sujeito pensante”.⁴³

Na modernidade, então, dá-se início a outro tipo de metafísica, na qual “surge a subjetividade assujeitadora das coisas, com o nascimento do sujeito que dominará a modernidade, atravessando o século XX e chegando no século XXI ainda fortalecido, mormente no campo do direito”.⁴⁴

Desse modo, os sentidos que estavam nas coisas, “entes”, agora estão na mente, ou seja, “trata-se da indubitabilidade da verdade: penso, logo existo”.⁴⁵ É a partir da subjetividade que se compreende o mundo.

Na metafísica moderna, então, houve a passagem de uma subjetividade, de certa forma, racional, para aquela manifestada pela “vontade de poder”, representada pela teoria de Friedrich Nietzsche. Em outras palavras, “a passagem de Descartes para

⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. **Heremênutica jurídica e(m) crise**. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 187.

⁴² STRECK, Lenio Luiz. **Heremênutica jurídica e(m) crise**. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 200.

⁴³ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Heremênutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria Crítica Heremênutica do Direito. 2.ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020, p. 231.

⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Heremênutica jurídica e(m) crise**. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 201.

⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Heremênutica jurídica e(m) crise**. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 201.

Nietzsche é, justamente, a da transição entre razão e vontade”⁴⁶, esta, condicionada aos impulsos e desejos do homem. O que se quer dizer é que:

[...] se na metafísica moderna o sujeito solipsista se constitui num verdadeiro assujeitador do mundo, na metafísica clássica o objeto se impõe em relação ao sujeito, sendo que em ambos a linguagem acaba mantendo um caráter meramente instrumental.⁴⁷

A linguagem, para as teorias metafísicas, clássica e moderna, se apresentava somente como acessório, visto que no seio do paradigma da filosofia da consciência, em que “a concepção vigente é a de que a linguagem é um instrumento para a designação de entidades independentes desta ou para a transmissão de pensamentos pré-linguísticos, concebidos sem a intervenção da linguagem”.⁴⁸

Esta ausência de intervenção da linguagem para as teorias metafísicas começou a ser derrubada pelo denominado “giro linguístico”⁴⁹, a partir dos escritos de Ludwig Wittgenstein, ocasião em que ocorreu uma mudança de paradigma, na qual a linguagem não era mais um apêndice para nomear a essência das coisas e nem uma capa de sentido para a subjetividade instituída pelo sujeito da modernidade. A linguagem, então, constitui-se como criadora da realidade. O “giro linguístico” representou, então:

um novo paradigma para a filosofia enquanto tal, o que significa dizer que a linguagem passa de objeto da reflexão filosófica para a “esfera dos fundamentos” de todo pensar, e a filosofia da linguagem passa a poder levantar a pretensão de ser “a filosofia primeira” à altura do nível de consciência crítica de nossos dias. Isso significa dizer que a pergunta pelas condições de possibilidade do conhecimento confiável, que caracterizou toda a filosofia moderna, se transformou na pergunta pelas condições de

⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 208.

⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria Crítica Hermenêutica do Direito. 2.ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020, p. 223.

⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 211.

⁴⁹ O giro linguístico constitui fundamento do conhecimento da realidade e, como novo paradigma filosófico, vai fundamentar não somente a hermenêutica filosófica, mas também as filosofias analíticas, tais como a do Constructivismo Lógico Semântico de Lourival Vila Nova e Paulo de Barros Carvalho.

possibilidade de sentenças intersubjetivamente válidas a respeito do mundo.⁵⁰

Nesse contexto é que Martin Heidegger, inserido no paradigma da compreensão pela linguagem operada pelo “giro linguístico”, vai superar a metafísica “pela compreensão de que a metafísica clássica é a pergunta pelo ente e de que o homem, em sua finitude, não tem acesso ao ente (‘coisa mesma’)”.⁵¹

Já em relação à metafísica moderna, e sua passagem para a filosofia da consciência com Nietzsche, em que há a instituição do sujeito solipsista, a crise se dá na instauração do sentido da verdade pela subjetividade do sujeito da modernidade, que mantinha o esquema sujeito-objeto, que na metafísica clássica apresentava-se de forma objetivista, com a essência do “ente” e o esquecimento do “ser”, ocorrendo uma transformação com a hegemonia do sujeito solipsista, na qual “os sentidos passam a estar na mente (filosofia da consciência)”⁵², passando-se para o subjetivismo.

Portanto, passando pela evolução da hermenêutica entendida, no início, como métodos especiais de interpretação e depois, numa pretensão de universalidade com Schleiermacher e Dilthey, introduzindo a historicidade da vida para a interpretação, passa-se para a hermenêutica defendida por Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer.

Também foi preciso, conforme demonstrado, estabelecer o contexto da metafísica clássica, entendida como “primeira filosofia” e da metafísica moderna que instituiu o sujeito solipsista, com aquele que dá os sentidos isolados através de sua subjetividade.

Estes conceitos anteriores são importantes para introduzir o novo paradigma hermenêutico iniciado por Martin Heidegger, denominado “filosofia hermenêutica”, na medida em que, como o próprio conceito já antecipa, trata-se de uma visão da hermenêutica inserido em um novo paradigma da filosofia, conforme se passa a demonstrar.

⁵⁰ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 2006, p. 12-13.

⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria Crítica Hermenêutica do Direito. 2.ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020, p. 227.

⁵² STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria Crítica Hermenêutica do Direito. 2.ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020, p. 96.

Nesse contexto, após a hermenêutica de Dilthey, qual seja, da historicidade da vida, surgiram, diante de uma desagregação do pensamento filosófico no início do século XX, duas tendências básicas de filosofia, quais sejam, “uma, que vai em direção da lógica e da linguagem [...], de outro lado, uma corrente filosófica que teve sua origem em autores que não aceitavam as explicações científicas ou puramente logicistas”.⁵³

Desta última corrente, se destacou Edmund Husserl, autor que inaugurou a “fenomenologia”, entendida como a “ciência dos fenômenos”⁵⁴, em oposição ao psicologismo que dominava os estudos das ciências do espírito, aquele entendido como “descrição do comportamento do sujeito na atividade de conhecer”⁵⁵, ou seja, não se tinha uma empiria na análise da consciência, já que o conhecer seria o “fluxo temporal de vivência e cuja peculiaridade é a imanência e a capacidade de outorgar significados às coisas”.⁵⁶

Com efeito, Husserl inaugura desse modo a fenomenologia, como método contrário àqueles das ciências da natureza, que desconsidera os fenômenos naturais, na medida em que o que interessa é o significado do fenômeno para o sujeito em si. Ocorre que Husserl utilizou a fenomenologia para tentar explicar a subjetividade de uma forma diferente daquela descrita pelas ciências da natureza. Conforme esclarece Ernildo Stein:

O núcleo da diferença entre Husserl e Heidegger consiste naquilo que perpassa Ser e Tempo, como objeção latente contra Husserl, quando Heidegger, repetida vezes, se refere, rejeitando, ao “observador imparcial”, ao puro ver teórico, a partir do qual, segundo Husserl, se revelariam as estruturas da subjetividade, que possibilitam a posse do mundo e a experiência, e se revelaria o próprio sentido do ser. Para Heidegger, não é o observador imparcial, mas a realização, o exercício da própria existência concreta que já sempre revela o mundo e as possibilidades da experiência e o próprio ser.⁵⁷

⁵³ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria Crítica Hermenêutica do Direito. 2.ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020, p. 113.

⁵⁴ CARNEIRO, Walber Araújo. **Hermenêutica jurídica heterorreflexiva**: limites e possibilidades de uma filosofia no direito. Tese (doutorado) — Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2009, p. 96.

⁵⁵ CHAUÍ. 1979, p. VI

⁵⁶ idem, p. VI-VII

⁵⁷ STEIN, Ernildo. **Introdução ao pensamento de Martin Heidegger**. Coleção Filosofia. Ijuí: UNIJUÍ, 2002, p. 53-54.

O observador imparcial, dentro dos fenômenos, apesar de demonstrar uma mudança de análise para a questão sujeito-objeto, ainda era atrelada pela filosofia da consciência, pois Husserl trabalhava, justamente, a fenomenologia da consciência. Em suma, o cerne da fenomenologia de Husserl “era a subjetividade anônima constituidora do mundo objetivo, enquanto mundo do sentido”.⁵⁸

Apesar disso, é importante se ater ao que impulsionou a fenomenologia Husserliana, que é justamente, a objetificação do mundo pelas ciências da natureza, sem possibilidade de contrapô-las.⁵⁹

Então, apesar de Heidegger partir da ideia de fenomenologia de Husserl, não havia concordância na construção intencional dos fenômenos através da consciência, mas, de outro modo, o fenômeno é uma antecipação de sentido provocada pela facticidade do ser-no-mundo.⁶⁰

Desse modo, Heidegger vai separar o “ser” dos seres humanos dos outros “seres”, já que somente o ser humano tem pré-compreensão com ser no mundo, fazendo referência ao termo *Dasein*, ou “ser-aí”.

A preocupação passa a ser o apontamento para as condições daquele que compreende o mundo, o ser humano de modo que “o fenômeno da verdade remete ao âmbito da problemática ontológica fundamental”.⁶¹ Conforme explica Lênio Streck, a palavra “ontologia usada ali é identificada com a fenomenologia. Por quê? Porque a fenomenologia é utilizada para descrever também o fenômeno da compreensão do ser”.⁶²

⁵⁸ PISCITELLI, Thatiane dos Santos. **Os limites à interpretação das normas tributárias**. São Paulo: Quartier Latins, 2007, p. 32.

⁵⁹ GUIMARÃES, Aquiles Cortes. **Aproximação aos conceitos básicos da fenomenologia**. In: Filosofia & Direito – Ética, Hermenêutica e Jurisdição. Vitória: Seção Judiciária do Espírito Santo, 2014, p. 78.

⁶⁰ CARNEIRO, Walber Araújo. **Hermenêutica jurídica heterorreflexiva**: limites e possibilidades de uma filosofia no direito. Tese (doutorado) — Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2009, p. 102.

⁶¹ HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução Márcia de Sá Cavalcante. 9.ed. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 281.

⁶² STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica e Decisão Jurídica**: questões epistemológicas. In: 50 anos de Verdade e Método. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 160.

Desse modo, “podemos, assim, ver que a intenção de Heidegger era introduzir, além do nível do ente e do outro nível, ligado ao ser, um terceiro nível que, através do *ser-aí*, conduzia à ideia de compreensão do ser”.⁶³

A ideia de compreensão do “ser-ai” (*Dasein*) como “ser-no-mundo” depende, também, da temporalidade, que leva em consideração a fenomenologia como facticidade de um ser inserto no mundo da vida, havendo, desse modo, uma antecipação das características do ente iluminado pela compreensão, já que “o próprio ser é tempo”.⁶⁴

Daí decorre a diferença ontológica trabalhada por Heidegger, pois ente e ser não são a mesma coisa, entretanto, pela diferença ontológica “o ser - e somente pode ser - o ser de um ente, e o ente só é - e somente pode ser - no seu ser”.⁶⁵

Nessa perspectiva, o sujeito não assujeita os entes através de sua subjetividade, mas deve considerar a história, a temporalidade, justamente, porque, sendo um ser que compreende e está no mundo, existe algo previamente compartilhado. Assim, Heidegger rompe o subjetivismo das filosofias metafísicas.

Entretanto, não se deve interpretar a ausência de subjetividade com a morte do sujeito, na medida em que, por óbvio, não se está defendendo a objetividade das coisas ou da interpretação, mas, sim, a interpretação fora da subjetividade assujeitadora do compreender, contra solipsismos. Dito de outro modo:

Daí o devido cuidado, para que não se confunda a “morte do sujeito” (solipsista) com a morte do sujeito da relação de objetos, enfim, o sujeito da enunciação. Quem morre é o sujeito da subjetividade; nesse novo paradigma, o sujeito (solipsista) não é substituído por uma estrutura ou por um sistema; ele “simplesmente” não mais “assujeita” as coisas, os sentidos e os conhecimentos; ele agora responde a uma relação intersubjetiva, em que existe um *a priori* compartilhado, lócus dos sentidos que se antecipam a esse “sujeito”.⁶⁶

⁶³ STEIN, Ernildo. **Gadamer e a consumação da hermenêutica**. In: 50 anos de Verdade e Método. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 14.

⁶⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3.ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 389.

⁶⁵ STEIN, Ernildo. **Diferença e metafísica**: ensaios sobre a desconstrução. Porto Alegre: Edipucrs, 2000, p. 59.

⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 252.

Este *locus* tem a ver com a ruptura proposta por Heidegger em relação ao paradigma filosófico do esquema sujeito-objeto, em que o sujeito dá sentido ao ente independentemente de estar no mundo, no contexto do giro linguístico da filosofia no século XX. Em relação à linguagem, Gadamer vai explicar que:

O ser que pode ser compreendido é linguagem. O fenômeno hermenêutico devolve aqui a sua própria universalidade à constituição ôntica do compreendido, quando a determina, num sentido universal, como linguagem, e determina sua própria referência ao ente, como interpretação.⁶⁷

É no entendimento linguístico da experiência humana no mundo que vem a fala o ente como se mostra aos homens, como ente e como significante.⁶⁸ Desse modo, é pela linguagem e não pelo método das ciências da natureza que se poderá entender a compreensão que existe no contexto das ciências do espírito.

Nesse sentido, importante destacar que existe, em Heidegger, uma dupla estrutura da linguagem, quais sejam, uma explícita (*logos* apofântico) e uma hermenêutica, de modo que aquilo que se mostra através da linguagem lógica-conceitual é apenas superfície de algo já compreendido em nível de profundidade, que é o *logos* hermenêutico.⁶⁹

O *logos* ou *como* hermenêutico nos mostra então que nossa relação com o mundo não se dá de um modo meramente justificativo, mas carrega em si uma carga interpretativa histórica e contextual, ou seja, não interpretamos um fenômeno apenas na lógica, mas naquilo que ele se manifesta em certa situação prática⁷⁰, já que o ser é ser-no-mundo.

⁶⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3.ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 687.

⁶⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3.ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 661.

⁶⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria Crítica Hermenêutica do Direito. 2.ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020, p. 220.

⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria Crítica Hermenêutica do Direito. 2.ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020, p. 221

Com base nessa dupla estrutura, a linguagem deixa de ser um acessório para se tornar o meio pelo qual é possível compreender o mundo e o ser, já que, retomando as palavras de Gadamer, “o ser que pode ser compreendido é linguagem”.⁷¹

Desse modo, na linha inaugurada por Heidegger, Hans-Georg Gadamer desenvolveu a hermenêutica a partir da linguagem e da compreensão do ser no mundo como inserto em tradições, mais especificamente, “da historicidade do compreender ligado ao universo da cultura humana e do mundo vivido”.⁷²

Gadamer denomina sua teoria de “hermenêutica filosófica” porque “implica num segundo nível, acima das hermenêuticas particulares, mas o termo ‘filosófica’ não pretende aqui representar uma filosofia com uma matriz teórica própria”⁷³, ou seja, “a hermenêutica se insere, neste sentido, na empresa comum das análises de diversos conhecimentos feitas pela filosofia”.⁷⁴

Desse modo, “qual seria a relação dessa nova hermenêutica com as hermenêuticas anteriores terminaria sendo o objetivo principal de *Verdade e método*”⁷⁵, principal obra de Hans-Georg Gadamer.

Na referida obra, retomando a ideia de facticidade e fenomenologia Heideggeriana, Gadamer trabalha a universalidade hermenêutica a partir das experiências da arte, da história e da linguagem⁷⁶ para demonstrar que a realidade vista somente pelo método científico limita outras realidades práticas da vida humana, na medida em que existem problemas práticos do mundo da vida, problemas de interpretação, que não se encaixam naquele tipo de método.

⁷¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3.ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 687.

⁷² STEIN, Ernildo. **Gadamer e a consumação da hermenêutica**. In: 50 anos de Verdade e Método. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 23.

⁷³ STEIN, Ernildo. **Gadamer e a consumação da hermenêutica**. In: 50 anos de Verdade e Método. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 23.

⁷⁴ STEIN, Ernildo. **Gadamer e a consumação da hermenêutica**. In: 50 anos de Verdade e Método. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 23.

⁷⁵ STEIN, Ernildo. **Gadamer e a consumação da hermenêutica**. In: 50 anos de Verdade e Método. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 12.

⁷⁶ SCHNEIDER, Paulo Rudi. **Experiência e linguagem**. In: 50 anos de Verdade e Método. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 25.

Não se trata de desconsiderar o método em si, mas de esclarecer que ele vai para um segundo nível, derivado da compreensão.⁷⁷ A questão é discutir como é possível a compreensão. Em outras palavras:

a investigação realizada em *Verdade e Método* pretende rastrear e mostrar aquilo que é comum a toda maneira de compreender não estando em jogo o que cada campo específico das chamadas disciplinas hermenêuticas, ou seja, o Direito, a Teologia e a Literatura, produzem em termos de procedimentos específicos para seu desenvolvimento teórico e técnico, mas sim aquilo que independentemente do campo em que se situe, acontece quando compreendemos.⁷⁸

Diferente de Heidegger, que procurou desenvolver a estrutura da compreensão, Gadamer persegue, conforme suas próprias palavras, “a questão de como, uma vez liberada das inibições ontológicas do conceito de objetividade da ciência, a hermenêutica pôde fazer jus à historicidade da compreensão”.⁷⁹

A historicidade e a tradição se ligam com as pré-compreensões ou preconceitos que o ser adquire, justamente por estar no mundo e pelo fato de que, quem quer compreender, estar sujeito a cometer erros decorrentes de opiniões prévias que não se confirmam nas coisas.⁸⁰

Nesse contexto, o intérprete deve suspender suas pré-compreensões, seus pré-juízos, e deixar que o objeto lhe mostre algo, no caso de um texto, por exemplo, não se pode interpretá-lo sem levar em conta o que está escrito. Nas palavras do próprio Gadamer, “quem quer compreender um texto, em princípio, tem que estar disposto a deixar que ele diga alguma coisa por si”.⁸¹

Disso verifica-se um começo das bases para a crítica da subjetividade. Dito de outro modo, é preciso que as pré-compreensões sejam postas em confronto com o objeto,

⁷⁷ DE OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **Hermenêutica e Ciência Jurídica**. In: 50 anos de Verdade e Método. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 48.

⁷⁸ DE OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **Hermenêutica e Ciência Jurídica**. In: 50 anos de Verdade e Método. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 48/49.

⁷⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3.ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 400.

⁸⁰ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3.ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 402.

⁸¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3.ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 405.

justamente para que, diante da distância temporal, poder-se avaliar os pré-juízos. Para que fique mais claro:

O sujeito que compreende é finito, isto é, ocupa um ponto no tempo, determinado de muitos modos pela história. A partir daí desenvolve seu horizonte de compreensão, o qual pode ser ampliado e fundido com outros horizontes. O sujeito que compreende não pode escapar da história pela reflexão. Dela faz parte. Estar na história tem como consequência que o sujeito é ocupado por pré-conceitos que pode modificar no processo da experiência, mas que não pode liquidar inteiramente.⁸²

Pela distância temporal, “o tempo já não é um abismo que é preciso saltar porque seria causa de divisão e de distância [...] pelo contrário, trata-se de reconhecer a distância temporal como uma possibilidade positiva e produtiva do compreender”.⁸³

A distância temporal visa concretizar a “situação hermenêutica”, na medida em que, a “reflexão do indivíduo sobre si mesmo não é mais do que um bruxulear no circuito fechado da vida histórica. Por isso, os pré-juízos de um indivíduo são, muito mais do que os seus juízos, a realidade histórica do seu ser”.⁸⁴

Conforme afirma Gadamer, a experiência hermenêutica opera num modelo que “é essencialmente negativo. Ele não pode ser descrito simplesmente como a formação, sem rupturas, de universalidades típicas. Essa formação se dá, antes, pelo fato de as falsas universalizações serem constantemente refutadas pela experiência; as coisas tidas por típicas são destipificadas”.⁸⁵

Com as verdades científicas não é diferente, de modo que o Direito não escapa desse contexto, naquilo que se concebe como tentativa e erro, que está na base do círculo hermenêutico Gadameriano.⁸⁶

Tratando-se aqui sobre a interpretação de textos, dada a tradição escrita do direito brasileiro, o “círculo hermenêutico” consiste na colocação em perspectiva da

⁸² STEIN, Ernildo. **Crítica da Ideologia e Racionalidade**. Porto Alegre: Movimento, 1986, p. 37.

⁸³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y Método**. 12.ed. Salamanca: Ediciones Sígueme, 2007, p. 367.

⁸⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método** alemão, 1990, p. 280-281.

⁸⁵ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2014, p. 462.

⁸⁶ JUNG, Lua Nogueira; STRECK, Lenio Luiz. **Livre convencimento judicial e verdade: crítica hermenêutica às teorias de Ferrajoli, Taruffo e Guzmán**. In: REVISTA NOVOS ESTUDOS JURÍDICOS - ELETRÔNICA, VOL. 27- N. 1 - JAN-ABR 2022, p. 15

antecipação sobre o que o texto revela e as pré-compreensões do intérprete, justamente para que possa haver a interpretação através de um processo intersubjetivo. É por isso que a partir da hermenêutica filosófica “não interpretamos para compreender, mas compreendemos para interpretar”.⁸⁷

Desde o giro ontológico operado por Heidegger, não se separa a razão prática da razão teórica, ocorrendo “uma reconciliação entre prática e teoria e, ao mesmo tempo, ocorre um deslocamento do solipsismo subjetivista para um contexto intersubjetivo de fundamentação”.⁸⁸ Este deslocamento se dará através e pela linguagem, ou seja:

Na linha aberta por Heidegger, Gadamer elabora o que se pode chamar de “ontologia hermenêutica”. A hermenêutica enquanto tal se entende como a nova metafísica: a metafísica da finitude e da historicidade, o elemento ontológico fundamental que marca a finitude do ser humano. Nela vem à palavra a esfera em que eu e mundo se unem: a linguagem, que, em contraposição à mediação dialética do conceito, é um evento finito, temporal, aberto a infinitas possibilidades e por isso nunca chega a uma síntese absoluta e definitiva.⁸⁹

Desse modo, a linguagem dentro do conceito de “círculo hermenêutico” vai permitir a intermediação entre teoria e prática, justamente porque o ser se constitui através da linguagem e o círculo hermenêutico, operado através da distância temporal, numa relação circular de antecipações de sentido, no qual se antecipa o todo, por suas partes, efetiva a circularidade constituidora da compreensão.

Importante destacar que a tarefa da hermenêutica filosófica não é desenvolver um procedimento da compreensão, mas “esclarecer as condições pelas quais surge a compreensão”.⁹⁰

É por isso que a crítica ao livre convencimento motivado do julgador no processo penal brasileiro parte da hermenêutica filosófica, base para a Crítica Hermenêutica do Direito, ou seja, tratando-se de teorias da compreensão no seio do paradigma da

⁸⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 391.

⁸⁸ STRECK, Lenio Luiz. **O direito como um conceito interpretativo**. In: Pensar, Fortaleza, v. 15, n. 2, p. 500-513, jul./dez. 2010, p. 508.

⁸⁹ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 2006, p. 26.

⁹⁰ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3.ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 442.

filosofia da linguagem e estando o direito inserto no mundo e, portanto, sofrendo as influências do giro linguístico, no qual a relação sujeito-objeto é mediada pela linguagem intersubjetiva e não mais pela subjetividade assujeitadora do mundo, revela, ao menos, um questionar pelo sentido da compreensão e da aplicação do Direito no Brasil, principalmente ante a uma Constituição escrita e rica em direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

Nesse contexto, a subjetividade na aplicação do Direito é terreno fértil para a crítica hermenêutica, principalmente quando se verifica que, para Gadamer, interpretação e aplicação não podem ser cindidas, apesar de serem entes diversos. Isso ocorre porque quando se aplica já se compreendeu, através do círculo hermenêutico e da fusão de horizontes.

Pela fusão de horizontes, não se separa o todo da parte, justamente porque as partes constituem esse todo, razão pela qual a interpretação e a compreensão não são cindidas, superando a velha “tradição hermenêutica que procedia a cisão entre compreensão (*subtilitas intelligendi*), interpretação (*subtilitas explicandi*), e aplicação (*subtilitas aplicandi*)”⁹¹. O círculo hermenêutico antecipa o sentido do todo e cada parte que o compõe determina este todo.

Na verdade, de acordo com Gadamer, toda a compreensão ocorre em momento único, no que se denomina *aplicatio*, pois, nas palavras do autor, “compreender é sempre também aplicar”.⁹²

Por isso, no Direito, não existe texto sem norma, ou princípio sem regra, não se separa o fato do direito, apesar de serem “coisas” distintas, mas não separadas, motivo pelo qual, já em Heidegger houve a colocação em xeque das teorias argumentativas de caráter procedimental, de modo que Gadamer irá trabalhar o problema do método, que seria, de acordo com ele, o “momento supremo da subjetividade”.⁹³

⁹¹ JUNIOR, Júlio Cesar Marcellino. **O giro linguístico contemporâneo e os contributos de Heidegger e Gadamer**: o renascer da hermenêutica jurídica. Revista Eletrônica Direito e Política, Itajaí, v.2, n.3, 3º quadrimestre de 2007. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. - ISSN 1980-7791, p. 556.

⁹²GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 461.

⁹³ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria Crítica Hermenêutica do Direito. 2.ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020, p. 221

A linguagem pelo *como* hermenêutico permite o controle intersubjetivo através da dimensão da facticidade e, dentro do contexto jurídico, o controle de raciocínios teleológicos e discricionários.⁹⁴

Nas palavras de Ernildo Stein, “quando falamos da hermenêutica filosófica, temos diante de nós o desenvolvimento de uma ideia que pretende dar conta da historicidade do compreender ligado ao universo da cultura humana e do mundo vivido”.⁹⁵

O método científico, então, seria uma forma de encobrir outras realidades que não as explicadas por ele. Isso poderá ser visto no próximo tópico quando da análise da manutenção da discricionariedade do juiz no positivismo Kelseniano que, a par da pretensão de uma teoria pura do direito, através do método, não se preocupou com sua aplicação, possibilitando, inclusive, a colmatação de lacunas fora da moldura normativa.

O que se quer dizer é que o método não engloba a realidade, que o Direito, na perspectiva Kelseniana, não deveria abarcar questões relacionadas a moral ou a política, apesar de o autor não negar suas influências no direito.

Desse modo, o Direito ficou imune à realidade, o que veio a ser reparado ou, ao menos, houve essa tentativa com teorias pós-positivistas, a exemplo do que defende Ronald Dworkin com seu “Direito como Integridade”.

O Direito não pode ficar imune a sua realidade concreta, já que, conforme aduz Castanheira Neves, “o direito é só uma resposta possível para um problema necessário”⁹⁶, de modo que, num Estado Democrático de Direito pautada por leis democraticamente publicadas e uma Constituição democrática, com direitos e garantias fundamentais positivadas, o respeito ao direito posto, antes de mera formalidade, é uma condição de possibilidade para a efetividade de proteção desses direitos, em face da realidade na sua concretização.

E essa concretização passa pela superação da subjetividade no Direito, devendo-se, a partir da hermenêutica filosófica se inserir no paradigma da linguagem e da

⁹⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria Crítica Hermenêutica do Direito. 2.ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020, p. 221

⁹⁵ STEIN, Ernildo. **Gadamer e a consumação da hermenêutica**. In: 50 anos de Verdade e Método. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 23.

⁹⁶ NEVES, A. Castanheira. **Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito**, 2002, p. 838.

intersubjetividade, porque “a Hermenêutica Filosófica aponta justamente que não se pode tudo, enfim, que todos os estilos pessoais guardam uma referência coletiva e que não se pode fazer um idioleto, ou seja, uma língua individual”.⁹⁷

Portanto, como o Direito não ficou de fora do contexto das viragens provocadas pela filosofia hermenêutica e da hermenêutica filosófica, devendo, por isso, superar os métodos tradicionais de interpretação, no âmbito do esquema sujeito-objeto, da metafísica, aliado à discricionariedade positivista e pós-positivista que mantém no intérprete aplicador do Direito a possibilidade de escolha dos valores na sua aplicação, para uma hermenêutica fundamental pautada na linguagem e na intersubjetividade, contra aplicações solipsistas do Direito.

Antes de finalizar o capítulo é importante registrar que existem críticas à hermenêutica filosófica no sentido de que seria uma teoria conservadora, de modo que a historicidade fosse o determinante para melhor interpretação, ou, dito de outro modo, “no sentido de uma total determinação da interpretação pela história, tornando-a incapaz de corrigir injustiças”.⁹⁸

Esta é uma crítica feita por Habermas a Gadamer, quando diz que “o que para um vale como *topos* comprovados historicamente é, para o outro, pura ideologia ou preconceito”.⁹⁹ A tradição histórica poderia advir de consensos históricos de opressão, o que poderia representar uma visão distorcida quando da interpretação do Direito, por exemplo.

Ocorre que, o sentido da autoridade da tradição para Gadamer, quando da compreensão, não quer dizer a defesa do *status quo*, mas “é a condição de possibilidade para qualquer compreensão, aquele universo de sentidos que herdamos”.¹⁰⁰

⁹⁷ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **O hiato entre hermenêutica filosófica e a decisão judicial**. In: 50 anos de Verdade e Método. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 131.

⁹⁸ LOPES, Ziel Ferreira. **Hermenêutica jurídica de Habermas**: revendo suas críticas a Gadamer. In: HABERMAS 90 ANOS: ENSAIOS. COSTA, Claiton Silva da; MÁRQUEZ, Lara A. Sosa; ZUCCO, Patrícia Radmann; REITER, Ricardo Luis. (Orgs). Porto Alegre, RS: Editora Fundação Fênix, 2020, p. 337.

⁹⁹ HABERMAS, Jürgen. **Indeterminação do Direito e racionalidade da jurisdição**. In: Direito e Democracia: entre facticidade e validade. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I, p. 248.

¹⁰⁰ LOPES, Ziel Ferreira. **Hermenêutica jurídica de Habermas**: revendo suas críticas a Gadamer. In: HABERMAS 90 ANOS: ENSAIOS. COSTA, Claiton Silva da; MÁRQUEZ, Lara A. Sosa; ZUCCO,

Nesse contexto, Gadamer se vale da autoridade da tradição no âmbito de sua crítica, reproduzida neste tópico, de que existe verdade para além do método das ciências naturais, principalmente quando este método é transportado para as ciências humanas.

É aqui que entre a intersubjetividade no compreender, de modo que as pré-compreensões advindas do que foi herdado da tradição se abre para a compreensão quando admitimos que eles devem estar incorretos, justamente no âmbito do círculo hermenêutico e na fusão de horizontes. Em outras palavras, “quando criticamos algo injusto hoje, nos baseamos numa certa interpretação da história que nos possibilitou ver melhor do que nossos antepassados”.¹⁰¹

Sobre pré-compreensão e pré-conceitos, conforme aduz Luigi Ferrajoli, ao comentar a interpretação feita pelo juiz, “em todo juízo, em suma, sempre está presente uma certa dose de preconceito”¹⁰², o que corrobora, ao menos, a tese de que se deve decidir através da intersubjetividade em Direito, na medida em que, para a hermenêutica filosófica, “a lente da subjetividade é um espelho deformante”¹⁰³, decorrendo disso que os preconceitos, pré-compreensões, são, mais do que os juízos, a realidade histórica do ser.¹⁰⁴

É nesse sentido que a distância temporal permite distinguir os verdadeiros preconceitos dos falsos preconceitos que produzem os mal-entendidos, através da “fusão de horizontes”.¹⁰⁵ Horizonte é definido por Gadamer como “o âmbito de visão que abarca e encerra tudo que é visível a partir de um determinado ponto”¹⁰⁶, de modo que a compreensão é a fusão desses horizontes que são dados pela tradição.

Patricia Radmann; REITER, Ricardo Luis. (Orgs). Porto Alegre, RS: Editora Fundação Fênix, 2020, p. 344.

¹⁰¹ LOPES, Ziel Ferreira. **Hermenêutica jurídica de Habermas**: revendo suas críticas a Gadamer. In: HABERMAS 90 ANOS: ENSAIOS. COSTA, Claiton Silva da; MÁRQUEZ, Lara A. Sosa; ZUCCO, Patricia Radmann; REITER, Ricardo Luis. (Orgs). Porto Alegre, RS: Editora Fundação Fênix, 2020, p. 344.

¹⁰² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. 3ª.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 47.

¹⁰³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3.ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 416.

¹⁰⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3.ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 416.

¹⁰⁵ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3.ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 447.

¹⁰⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3.ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 452

Portanto, a experiência hermenêutica tem a ver com a tradição, “todavia, a tradição não é simplesmente um acontecer que se pode conhecer e dominar pela experiência, mas é linguagem, isto é, fala por si mesma”.¹⁰⁷

É a linguagem, então, que vai intermediar a compreensão do homem como ser-no-mundo, ou seja, o homem não a carrega como acessório, mas “nela se baseia e representa o fato de que os homens simplesmente tem mundo [...], esta existência do mundo, porém, está constituída linguisticamente”.¹⁰⁸

Por derradeiro, a compreensão vai se estabelecer na comunicação linguística entre presente e tradição, já que o acontecer para a compreensão abre seu caminho para a experiência hermenêutica, aberta aos sentidos através da fusão de horizontes, do círculo hermenêutico, em face do esquema sujeito-objeto e da filosofia da consciência, entendendo-se a compreensão como algo intersubjetivo e mediado pela linguagem, não colocado na subjetividade do ser separado do ente ou da interpretação separada da compreensão.

Em suma, a compreensão, a partir da virada ontológico-linguística inaugurada por Heidegger, não está mais na subjetividade assujeitada do mundo, como era nos paradigmas metafísicos, mas na intersubjetividade, de modo que, tratando-se da compreensão de textos, “a interpretação parte da compreensão para fazer o ‘texto falar’, de modo a relacioná-lo, sempre na linguagem, com o mundo que o circunda em meio a todos os seus pré-juízos e pré-conceitos”.¹⁰⁹

Por fim, faz-se referência ao texto ante a tradição jurídica brasileira, escrita, mas não se deve confundir, como será explicado quando da explicitação da Crítica Hermenêutica do Direito propriamente dita, o Direito com a letra “fria” da lei e nem com a sua simples validade formal, já que deve guardar coerência com os direitos postos pela comum-idade política.

Antes de passar para o próximo tópico, insta ressaltar que o primeiro trabalho acadêmico publicado no Brasil, na verdade na América Latina, sobre hermenêutica

¹⁰⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3.ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 528

¹⁰⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3.ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 643.

¹⁰⁹ JUNIOR, Julio Cesar Marcellino. **O giro linguístico contemporâneo e os contributos de Heidegger e Gadamer**: o renascer da hermenêutica jurídica. Revista Eletrônica Direito e Política, Itajaí, v.2, n.3, 3º quadrimestre de 2007, p. 559.

constitucional data dos idos de 1976¹¹⁰, o que revela que a temática é extremamente recente ainda no debate brasileiro, que apesar de massiva produção acadêmica, continua perpetuando práticas antidemocráticas.

Definidos os pressupostos filosóficos que baseiam a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD), passa-se a tratar da questão jurídica propriamente dita, primeiro com o estudo do direito como integridade, de Ronald Dworkin, e após, fundindo-se a hermenêutica filosófica aos pressupostos de autonomia e integridade do direito, explicar a CHD, do professor Lênio Luiz Streck.

1.2. O DIREITO COMO INTEGRIDADE DE RONALD DWORKIN

Aliado aos pressupostos da hermenêutica filosófica, principalmente os conceitos de círculo hermenêutico, pré-compreensão e fusão de horizontes, corolários da intersubjetividade na compreensão, outra teoria trabalhada pela CHD é a do direito como integridade de Ronald Dworkin.

Neste tópico, a questão do Direito, do jurídico, começa a ganhar contornos mais específicos para além de conceitos filosóficos gerais, já que, a dissertação trata do convencimento para a aplicação de normas jurídicas, quando da prolação de decisões judiciais por juízes e tribunais.

Nessa linha, importante iniciar tendo em mente que Dworkin, assim como Heidegger e Gadamer, reconhece a dimensão prática, na medida em oferece uma teoria construtiva do direito, oferecendo a possibilidade de resolução de problemas reais, de modo que é errônea a acusação de excesso de abstração de suas propostas, já que o autor ataca o problema da aplicação do Direito:

[...] a partir da responsabilidade política de cada juiz/intérprete/aplicador, obrigando-o (*has a duty*) a obedecer à integridade (similar à tradição de Gadamer) do direito, evitando que as decisões se baseiem em raciocínios *ad hoc* (teleológicos, morais ou de política).¹¹¹

¹¹⁰ PEREIRA, Rodolfo Viana. **Nova hermenêutica e póspositivismo**: adoração, saturação ou renovação?. In: Filosofia e Direito: ética, filosofia e jurisdição. Vitória: Seção Judiciária do Espírito Santo, 2014, p. 249.

¹¹¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e Decisão Jurídica**: questões epistemológicas. In: 50 anos de Verdade e Método. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 167.

Desse modo, Ronald Dworkin trabalha em uma perspectiva crítica ao positivismo, em especial ao poder discricionário dos juízes e ao utilitarismo, quando confere maior relevância a supostos direitos da maioria em relação aos direitos individuais¹¹², apresentando “o direito como uma integridade política, vale dizer, como um conjunto de princípios que a comunidade impõe à maioria no sentido de respeitar os direitos individuais, enquanto decisões políticas passadas”.¹¹³

Aliado a isso, Dworkin afirma que os juízes devem decidir por princípios, o que significa que o direito aplicado não deve ser cindido da moral, porém, da moral pública, no sentido de respeito à isonomia quando da aplicação dos direitos, principalmente, como dito, no respeito aos direitos individuais quando de um julgamento pelo Poder Judiciário. Nas palavras do próprio Dworkin:

[...] o Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral –, e que deve tomar essas decisões elaborando e aplicando a teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais.¹¹⁴

Então, aliada à integridade, também é trabalhada a coerência do Direito, consubstanciada na necessidade de reconhecimento, em todos os julgamentos, do princípio instituidor da democracia, o da igualdade.

Por isso, “a ideia nuclear da coerência e da integridade é a concretização da igualdade”.¹¹⁵ Existe neste ponto uma preocupação com a relação entre Direito e moral e a blindagem contra acordos políticos quando da governança da comunidade que, pela integridade, aceita que é governada por princípios, ou seja:

as pessoas são membros de uma comunidade política genuína apenas quando aceitam que seus destinos estão fortemente ligados da seguinte maneira: aceitam que são governadas por princípios comuns, e não apenas por regras criadas por um acordo político.¹¹⁶

¹¹² JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Direito Constitucional: Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 253.

¹¹³ JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Direito Constitucional: Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 253.

¹¹⁴ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 101.

¹¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito**. 2 ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020, p. 44.

¹¹⁶ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 254.

Há uma diferença entre decisões por argumentos de princípios e decisões por argumentos de política, na medida em que a integridade na atividade jurisdicional fomenta a integridade política, “que supõe a personificação da comunidade como um todo, que se engaja nos princípios da equidade, justiça e devido processo legal adjetivo”.¹¹⁷

Nesse contexto, os princípios jurídicos são tratados numa perspectiva deontológica, trazendo a moral pública para dentro do Direito, através da necessidade de coerência e integridade para tratamento isonômico dos cidadãos, de modo que, numa linha que vai ao encontro da ontologia da facticidade, de Heidegger e Gadamer, “os princípios, nessa perspectiva, são vivenciados (“faticizados”) por aqueles que participam da comum-idade política e que determinam a formação de uma sociedade”.¹¹⁸

Por isso, também em Dworkin, Direitos fundamentais não podem ser aplicados de modo isolado ou por interpretações puramente subjetivas, na medida em que, os Direitos fundamentais são garantidos para a proteção de todo cidadão levado a um julgamento penal, por exemplo, não se podendo aplicá-los em um caso e não em outro, quando a situação concreta exigir a aplicação desse Direito fundamental.

Os Direitos, então, têm aplicação garantida dentro da própria moralidade pública do ordenamento jurídico, principalmente pela responsabilidade política de que juízes decidam por princípio e não por argumentos de política, justamente, porque os princípios balizam o intuito garantidor dos Direitos fundamentais.

A dicotomia acima referida não se confunde com a separação entre direito e política, por exemplo, ou entre o direito, a moral, e a economia, apesar disso, pelo Direito como integridade, é o Direito que corrige a política e a moral e não o contrário, justamente porque a Constituição garante os direitos e garantias fundamentais aceitos pela comum-idade política.

Para Ronald Dworkin a proteção dos Direitos individuais é mais importante que, por exemplo, alegações de proteção de princípios como “valores superiores da sociedade”, já que falar em “valor” abre a possibilidade de aplicação seletiva de direitos fundamentais, já que valores individuais, cada cidadão tem o seu.

¹¹⁷ COSTA, Carlos Henrique Generoso. **A interpretação em Ronald Dworkin**. In: Revista CEJ, Brasília, Ano XV, n. 55, p. 93-104, out./dez. 2011, p. 95.

¹¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2 ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020, p. 374.

A Constituição da República Brasileira tem suas fontes advindas da teoria comunitarista que sobrepõe direitos coletivos, entendidos como valores “supremos” aos direitos individuais, conforme explica Gisele Cittadino, ao afirmar que “ao não se definir como um ordenamento valorativamente neutro, a Constituição permite que, frente a um conflito entre direitos fundamentais, juízes e tribunais possam recorrer aos ‘valores supremos’ que se expressam nos princípios fundamentais para dar solução ao caso”.¹¹⁹

Obviamente que não se quer desconsiderar a necessidade da proteção constitucional a direitos sociais, direitos coletivos, supraindividuais, como, inclusive ocorre, em tese, no Brasil, mas jamais os sobrepondo aos direitos individuais, o que se enquadra também na integridade e na coerência do Direito “levado à sério” como diferenciação de princípio jurídico como deontologia e princípio jurídico como “valores”, ou seja:

Princípios ou normas mais elevadas, em cuja luz outras normas podem ser justificadas, possuem um sentido deontológico, ao passo que os valores têm um sentido teleológico. Normas válidas obrigam seus destinatários, sem exceção e em igual medida, a um comportamento que preenche expectativas generalizadas, ao passo que valores devem ser entendidos como preferências compartilhadas intersubjetivamente. Valores expressam preferências tidas como dignas de serem desejadas em determinadas coletividade, podendo ser adquiridas ou realizadas através de um agir direcionado a um fim. Normas surgem com uma pretensão de validade binária, podendo ser válidas ou inválidas; em relação proposições normativas, como no caso de proposições assertóricas, nós só podemos tomar posição dizendo “sim” ou “não”, ou abster-nos do juízo. Os valores, ao contrário, determinam relações de preferência, as quais significam que determinados bens são mais atrativos do que outros; por isso, nosso assentimento a proposições valorativas pode ser maior ou menor. A validade deontológica de normas tem o sentido absoluto de uma obrigação incondicional e universal: o que deve ser pretende ser igualmente bom para todos.¹²⁰

A concepção de princípios como deontológicos é importante, dentro do contexto da coerência e da integridade, para blindar decisões em Direito de argumentações *ad hoc*, ou seja, isoladas do direito posto pela comunidade política no âmbito constitucional pós-1988 no Brasil, com a positivação de Direitos e garantias fundamentais expressas na Constituição.

¹¹⁹ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**. elementos de filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 47.

¹²⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 316-317.

Não se pode, nesse sentido, haver a abertura de exceções na consideração de Direitos constitucionais para tal ou qual grupo, ou mesmo para tal ou qual cidadão, na medida em que se deve respeitar a equidade de tratamento dos cidadãos, ou nas próprias palavras do autor norte americano:

Aceitamos a integridade como um ideal político porque queremos tratar nossa comunidade política como uma comunidade de princípios, e os cidadãos de uma comunidade de princípios não têm por único objetivo princípios comuns, como se a uniformidade fosse tudo que desejassem, mas os melhores princípios comuns que a política seja capaz de encontrar. A integridade é diferente da justiça e da equidade, mas está ligada a elas da seguinte maneira: a integridade só faz sentido entre pessoas que querem também justiça e equidade.¹²¹

Portanto, a teoria do Direito como Integridade introduz a moralidade pública no Direito, de modo que “direito e moral são fundidos pela constituição”¹²², levado o Direito à sério quando respeitadas a dignidade da pessoa humana e a igualdade política¹²³, ou seja, respeitando o Direito como decisões políticas passadas¹²⁴, de acordo com a metáfora do “romance em cadeia”, em que cada juiz tem o dever de continuar a possibilitar a interpretação do Direito, de acordo com a história já escrita pelos seus antecessores.

Nessa linha, o Direito é uma teoria interpretativa construtiva, já que, pela metáfora do romance em cadeia, o que se visa é “tornar aquilo que se interpreta o melhor que pode ser; assim, uma abordagem de interpretação construtiva sobre a prática jurídica será uma proposta interpretativa que visa a oferecer uma leitura dessa prática vista ‘sob sua melhor luz’”.¹²⁵

De certa forma, há certa aproximação entre Dworkin e Gadamer, na medida em que ambos conferem à tradição um papel importante para a interpretação do direito, conforme palavras do próprio Dworkin, ao afirmar que o direito como integridade:

[...] nega que proposições jurídicas sejam as descrições factuais, de olhar retrospectivos, do convencionalismo, ou os programas instrumentais,

¹²¹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 314.

¹²² JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Direito Constitucional: Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 259.

¹²³ JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Direito Constitucional: Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 260.

¹²⁴ JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Direito Constitucional: Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 262.

¹²⁵ JÚNIOR, Gilberto Marbach; STRECK, Lenio Luiz. **Interpretação, integridade, império da lei: O Direito como romance em cadeia**. Dir. Gar. Fund., Vitória, v. 20, n. 3, p. 47-66, set./dez. 2019, p. 50.

prospectivos, do pragmatismo jurídico. [*Law as integrity*] insiste que reivindicações jurídicas são juízos interpretativos e, sendo assim, combinam elementos retro e prospectivos; interpretam a prática jurídica atual como uma narrativa política que se desdobra. O direito como integridade, então, classifica como inútil a velha questão que pergunta se os juízes descobrem ou inventam direito, e sugere que só compreendemos o raciocínio jurídico ao enxergarmos em que medida eles fazem ambas as coisas e nenhuma delas.¹²⁶

O autor norte-americano é crítico a posições pragmáticas ou instrumentais do Direito, justamente porque, como crítico ao positivismo, defende que o Direito não se separa totalmente da política e da moralidade pública e, desse modo, o juiz, ao decidir casos concretos deve agir “como se os direitos e políticas promovidos e protegidos pelas instituições políticas fossem todos derivados de uma série coerente de princípios, passíveis de serem reforçados por um único agente moral”.¹²⁷

O que se quer dizer é que o Estado deve agir de acordo com critérios, princípios, de coerência na tomada de decisões, porque somente assim será atingida a integridade do Direito, pela isonomia de tratamento pela observância desses critérios coerentes de direito posto pela comunidade política, ou seja:

sendo o direito a prática social que garante legitimidade para o uso da força pelo Estado, a melhor interpretação será aquela que articule coerentemente todos os seus elementos (regras, princípios, precedentes, etc.) a fim de que a decisão particular se ajuste ao valor que é a sua razão de ser. Dito de outro modo, a divergência é resolvida com a melhor justificação.¹²⁸

Novamente há um encontro entre Gadamer e Dworkin, quando da importância da história institucional, da tradição, no intuito de conferir o caráter interpretativo e construtivo ao direito. Acerca da aproximação entre os dois autores, Habermas vai dizer que:

Pouco importa o modo como Dworkin entende a relação entre direito e moral: sua teoria dos direitos exige uma compreensão deontológica de pretensões de validade jurídicas. Com isso ele rompe o círculo no qual se enreda a hermenêutica jurídica com seu recurso a *topoi* historicamente comprovados

¹²⁶ DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: The Belknap Press, 1986, p. 225.

¹²⁷ MARMOR, Andrei. Integrity in Law's Empire. Balzan Conference: Dworkin's Late Work, Nova York, New York University School of Law, ago. 2019. Disponível em: <<https://www.law.nyu.edu/centers/lawphilosophy/balzan>> . Acesso em 16 ago. 2022.

¹²⁸ JÚNIOR, Gilberto Marbach; STRECK, Lenio Luiz. **Interpretação, integridade, império da lei: O Direito como romance em cadeia**. Dir. Gar. Fund., Vitória, v. 20, n. 3, p. 47-66, set./dez. 2019, p. 55.

de um ethos transmitido. Dworkin interpreta o princípio hermenêutico de modo construtivista [...].¹²⁹

Ademais, o próprio Dworkin, em passagem na obra “O Império do Direito”, reconhece que a interpretação deve recorrer à história, quando diz, “recorro mais uma vez a Gadamer, que acerta em cheio ao apresentar a interpretação como algo que reconhece as imposições da história ao mesmo tempo que luta contra elas”.¹³⁰

Como dito no tópico acima, autoridade da tradição para Gadamer não significa a manutenção de condições históricas passadas, mas, sim, reconhecer que a compreensão sempre parte de um contexto histórico no qual o ser está inserido, de modo que, é este contexto, que será posto à prova quando dos pré-juízos do intérprete, num processo intersubjetivo.

Em se tratando de contexto histórico, é relevante discutir as teorias no contexto brasileiro, já que a teoria do direito como integridade trata sobre o contexto norte americano.

Em razão disso, é até natural o questionamento de suas bases teóricas aplicadas ao direito brasileiro, afinal está-se diante de tradições jurídicas distintas, quais sejam, a *common law* e a *civil law*.

Acerca disso, tem-se importante trabalho de Ziel Ferreira Lopes, intitulado “Adaptações necessárias a teoria Dworkiana no Brasil” que estuda, justamente, a recepção, segundo o autor, equivocada da idéia de Direito como Integridade no Direito brasileiro, principalmente a partir dos anos 80, com a recepção dos “princípios” no Direito constitucional pós ditadura cívico-militar, já que, diferente da teoria interpretativa proposta por Dworkin, seu discurso foi instrumentalizado para aumentar a discricionariedade judicial, quando, na verdade, defendia a responsabilidade política dos juízes na aplicação do Direito por argumentos de princípio¹³¹ contra discricionariedades ou decisões casuísticas.

Em relação aos princípios jurídicos, de acordo com Ziel Ferreira Lopes, também houve recepção equivocada da teoria do autor norte americano. Com efeito, é sabido que Dworkin tratou da separação entre regras e princípios, porém, negando a tradição

¹²⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 256.

¹³⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 345.

¹³¹ LOPES, Ziel Ferreira. **Adaptações necessárias a teoria Dworkiana no Brasil**. In: Ronald Dworkin e o Direito brasileiro. Belo Horizonte: Editora Conhecimento, 2021, p. 428.

jusnaturalista, o que seria o traço distintivo de sua doutrina acerca dos princípios jurídicos.¹³²

Isso quer dizer que os princípios jurídicos introduzem uma tradição formada pela comum-idade política, através das decisões políticas passadas e o tratamento isonômico dos cidadãos neste contexto, negando Direitos naturais intrínsecos, de modo a discutir a moral e o Direito de outro modo, como já demonstrado linhas acima. É neste sentido que é possível trazer o Direito como Integridade para o contexto do direito brasileiro, mais especificamente, na necessidade de tratamento equitativo entre os cidadãos em face do poder punitivo estatal, mormente na aplicação do Direito processual penal num país de notórias desigualdades sociais.

Porém, deve-se fazer distinções, na medida em que o Brasil tem tradição escrita de produção massiva de leis, inclusive leis penais, em que a interpretação está muito mais condicionada aos textos legais do que na realidade norte americana, na qual Ronald Dworkin desenvolveu suas teorias, porém mantendo o foco no direito como integridade.

Neste ponto, ao retomar a deturpação da teoria dworkiana no Brasil, onde, apesar dos textos legais e de uma Constituição que trata expressamente de ampla gama de Direitos fundamentais, a integridade foi utilizada não para conter, mas para ampliar a discricionariedade judicial. Nas palavras de Dworkin:

[...] Devemos, portanto, nos esforçar ao máximo, dentro dos limites da interpretação, para que a lei fundamental do nosso país seja compatível com nosso senso de justiça - não porque o direito deva às vezes curvar-se perante a moral, mas porque é exatamente isso que o próprio direito exige, quando é bem compreendido.¹³³

Nesse contexto, o marco jurídico interpretativo no Direito brasileiro ora discutido é a Constituição da República de 1988, no contexto de pós-positivismo, de um neoconstitucionalismo que confere dimensão normativa a princípios jurídicos expressos que garantam Direitos fundamentais.

De todo o exposto, decidir por princípios significa que o julgador deve observar a responsabilidade política de suas decisões, não escolhendo grupos ou pessoas para

¹³² LOPES, Ziel Ferreira. **Adaptações necessárias a teoria Dworkiana no Brasil**. In: Ronald Dworkin e o Direito brasileiro. Belo Horizonte: Editora Conhecimento, 2021, p. 430.

¹³³ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 635.

aplicar Direitos casuisticamente, bem como não utilizando o direito posto para realizar suas idealizações subjetivas ou projetos pessoais, na medida em que deve seguir padrões interpretativos para aplicação do Direito de forma isonômica, contra discricionariedades ou construções subjetivas de Direito.

Aliás, ainda em relação à imbricação das teorias de Gadamer e Dworkin, ambas “autorizam supor que não se trata de dois acidentes em que ética e hermenêutica se associaram, mas de um caminho similar que leva do ‘giro interpretativo’ ao compromisso com alguns traços éticos”.¹³⁴

Integridade em termos hermenêuticos equivale ao respeito à tradição¹³⁵, e no Brasil a tradição a ser fatiada é aquela posta textualmente na Constituição republicana de 1988.

Por derradeiro, é contra a discricionariedade judicial que será utilizada a teoria de Ronald Dworkin na presente dissertação, na medida em que, além de ser uma teoria que propõe um estudo do problema da discricionariedade judicial, é uma das bases teóricas da Crítica Hermenêutica do Direito (CHD), a qual, no âmbito da ontologia da facticidade e do direito como integridade, propõe a exploração hermenêutica do direito como condição de possibilidade de concretização de respostas constitucionalmente adequadas, anti-subjetivas. É o que será tratado no tópico a seguir.

1.3. CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO (CHD): EXPLORAÇÃO HERMENÊUTICA DO DIREITO COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE DE CONCRETIZAÇÃO DE RESPOSTAS JURIDICAMENTE ADEQUADAS

Conforme já exposto, as teorias tratadas acima, quais sejam, a hermenêutica filosófica e o Direito como integridade são elencadas como bases teóricas para o desenvolvimento da Crítica Hermenêutica do Direito (CHD), conforme se pode verificar nas obras de Lênio Luis Streck, mais especificamente, “Hermenêutica

¹³⁴ LOPES, Ziel Ferreira. **Hermenêutica jurídica de Habermas**: revendo suas críticas a Gadamer. In: HABERMAS 90 ANOS: ENSAIOS. COSTA, Claiton Silva da; MÁRQUEZ, Lara A. Sosa; ZUCCO, Patricia Radmann; REITER, Ricardo Luis. (Orgs). Porto Alegre, RS: Editora Fundação Fênix, 2020, p. 348.

¹³⁵ STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 382.

Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito” e “Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas”.

Não obstante isso, ou seja, de se tratarem de teorias base para a CHD, ambas permitem o desenvolvimento de um estudo no sentido de perguntas e tentativas de respostas a partir do problema proposto, que é o da possibilidade de decisões jurídicas meramente subjetivas em Direito, que, a partir de legislação expressa no artigo 155 do CPP brasileiro, autoriza-se ao juiz decidir conforme seu “livre” convencimento motivado.

Isso porque, no contexto da experiência hermenêutica dentro da compreensão pela fusão de horizontes do círculo hermenêutico, com a introdução da facticidade operada por Martin Heidegger, é possível partir do problema e confrontá-lo com as tradições filosóficas e jurídicas, aliados à realidade do Direito brasileiro, para tentar respondê-lo.

Nesse contexto, a CHD trabalha no âmbito do pós-positivismo, entendido como o período do pós-segunda guerra mundial, no qual as Constituições nacionais passaram a incorporar, expressamente, Direitos fundamentais individuais, sociais e processuais, no intuito de garantir, ou melhor dizendo, evitar violações a direitos humanos. Trata-se de um novo paradigma de tratamento do Direito constitucional em que:

há um conjunto de elementos que identificam essa fase da história do direito e do Estado: textos constitucionais principiológicos, a previsão/determinação de efetivas transformações da sociedade (caráter compromissório e diretivo das Constituições) e as crescentes demandas sociais que buscam no Poder Judiciário a concretização de direitos tendo como base os diversos mecanismos de acesso à justiça.¹³⁶

Nessa perspectiva, o Poder Judiciário ganha especial relevância na efetivação de direitos fundamentais, tornando-se protagonista no contexto do Estado Democrático de Direito, principalmente ante Constituições recheadas de princípios, contexto que impõe dos operadores do Direito a reflexão sobre os limites do Poder Judiciário na concretização desses princípios que visam efetivar Direitos fundamentais, já que,

¹³⁶ STRECK, Lenio Luiz. **A Crítica Hermenêutica do Direito e a questão da discricionariedade judicial**. In: A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos. Salvador: JusPosvm, 2017, p. 54.

como será abordado mais à frente na dissertação, o tratamento dado aos princípios jurídicos pela doutrina e pela jurisprudência majoritárias possibilitam uma margem de discricionariedade praticamente incontrolável na aplicação do Direito.

Desse modo, é preciso questionar, “como se *interpreta*, como se *aplica* e se é possível alcançar condições interpretativas capazes de garantir uma resposta (constitucionalmente adequada), diante da (inexorabilidade da) indeterminabilidade do direito e da crise de efetividade da Constituição”¹³⁷, pensando uma hermenêutica jurídica “capaz de intermediar a tensão inexorável entre o texto e o sentido do texto e dar conta do mundo prático”.¹³⁸

A referência ao mundo prático significa que o problema do convencimento judicial e da decisão judicial deve ser tratada de modo a resolver problemas práticos do Direito posto, por isso é que, na tradição da base teórica escolhida, pautada na facticidade, na historicidade e na tradição, a hermenêutica de matriz Heideggeriana e Gadameriana, ao introduzir o mundo prático na compreensão, permite a consideração da realidade na pergunta pela resolução dos problemas que se dão na mediação pela linguagem.

A realidade trabalhada nesta dissertação é a prática processual penal brasileira, permeada pelas legislações infraconstitucionais, principalmente o código de processo penal de 1941, e pelas normas constitucionais expressamente postas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Neste sentido, a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) trabalha no âmbito do constitucionalismo tardio pelo qual passa(ou) o Brasil, aliado ao fato de tratar-se de país com desigualdades sociais latentes, o que reflete na atuação das instâncias administrativas e judiciais, desde o inquérito policial até a sentença condenatória com trânsito em julgado, momento a partir do qual o réu começará a executar sua pena¹³⁹.

¹³⁷ STRECK, Lenio Luiz. **A Crítica Hermenêutica do Direito e a questão da discricionariedade judicial**. In: A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos. Salvador: JusPosvm, 2017, p. 55.

¹³⁸ STRECK, Lenio Luiz. **A Crítica Hermenêutica do Direito e a questão da discricionariedade judicial**. In: A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos. Salvador: JusPosvm, 2017, p. 55.

¹³⁹ A par da existência de penas restritivas de direitos ou do regime aberto, dá-se especial atenção à pena privativa de liberdade em regimes fechado e semiaberto, nos quais são tolhida a liberdade do indivíduo através da atuação do Poder Judiciário.

Portanto, o ponto nevrálgico da dissertação é, justamente, uma crise prática, ante a possibilidade conferida pelo próprio ordenamento jurídico de que, na aplicação do Direito penal e do Direito processual penal, poder-se abandonar o sentido de garantia de freios ao *jus puniendi* e, de outro modo, abrir espaço para decisões judiciais cada vez mais genéricas e abertas, seja pela escolha pelo julgador acerca do que ele, na sua subjetividade, entende como mais relevante para o conjunto fático-probatório a ser considerado na sentença ou acórdão, seja pela sua concepção individualizada de Direito posto.

Neste ponto, serão tratados 02 (dois) problemas centrais para a compreensão do Direito no Brasil, que são, o entendimento acerca do que é positivismo e pós-positivismo jurídico, instituidor das codificações e da teoria da Constituição, e o problema da consideração, no pós-positivismo, de princípios jurídicos como forma de se alcançar os melhores valores da sociedade.

Quanto ao primeiro dos problemas, dá-se especial atenção à confusão entre o chamado “juiz boca da lei” ou àquele que aplica a letra “fria” da lei e o juiz de “princípios”, como se o primeiro fosse positivista, ou seja, aplicador da literalidade da lei, não havendo discricionariedade, e o segundo, pós-positivista ou “neo”constitucionalista, que ao ponderar os valores mais importantes para a sociedade através dos princípios jurídicos tratados em sua dimensão axiológica, teria justificada a abertura interpretativa.

Em ambas as posturas expostas, verifica-se que permanece a aposta na subjetividade do julgador, seja na postura literalista, seja na postura “pós” positivista baseada na aplicação dos princípios jurídicos como valores.

São inúmeros os exemplos, que vão desde a cláusula aberta da “garantia da ordem pública”, ao princípio da “confiança no juiz de primeiro grau”¹⁴⁰, passando pelas

¹⁴⁰ Neste sentido: “[...] 6. Como é cedido, ante a gravidade concreta do ilícito, deve-se levar em consideração o princípio da confiança no juízo de primeiro grau, tendo em vista que o mesmo, estando próximo à causa, tem melhor condição de avaliação da necessidade ou não da segregação preventiva, com a aplicação ou não de diversa medida cautelar. Precedentes. 7. Ordem denegada. (TJES, Classe: Habeas Corpus Criminal, 100210052435, Relator: ADALTO DIAS TRISTÃO - Relator Substituto : ROGERIO RODRIGUES DE ALMEIDA, Órgão julgador: SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL , Data de Julgamento: 13/07/2022, Data da Publicação no Diário: 21/07/2022)”; “[...] 4. Em homenagem à discricionariedade conferida ao Magistrado e aos princípios do livre convencimento motivado, da proporcionalidade, da confiança do Juiz de direito e da individualização da pena, mantidas as penas-bases fixadas pelo Juízo a quo. (TJES, Classe: Apelação Criminal, 022200001919, Relator : EDER PONTES DA SILVA, Órgão julgador: SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL , Data de Julgamento:

jurisprudências com enunciados prontos, a exemplo da consideração da palavra da vítima nos delitos sexuais, que, muitas vezes, é isolada do contexto fático-probatório, perfazendo injustiças em casos concretos.

No mesmo sentido, a jurisprudência defensiva em sede de habeas corpus, restringindo cada vez mais sua utilização para garantir direitos básicos, como, por exemplo, a impossibilidade de utilização de provas ilícitas para a condenação, bem como as súmulas de trancamento do acesso aos tribunais superiores, principalmente a súmula 07 do STJ¹⁴¹, em que se confunde o “simples” reexame de fatos e provas com a reavaliação do conjunto fático-probatório já produzido e declarado incontroverso nos autos, tema que poderia inclusive ser tratado num trabalho só dele.

Na mesma linha, viu-se, recentemente, quando da discussão sobre execução provisória da pena privativa de liberdade, a invasão de argumentos utilitaristas de combate a corrupção, de efetividade do direito penal, para justificar decisões contra expressa disposição legal do artigo 5º, LVII da CRFB/88, de modo a confundir conceitos básicos de prisão preventiva com execução penal e a prisão para cumprimento de pena.

Ainda sobre a execução provisória da pena privativa de liberdade foi proposta emenda à Constituição, PEC 199/19. No ano de 2020, voltou-se a defender a possibilidade da execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, com a abolição dos recursos especial e extraordinário. Na ocasião, quando dos debates relacionados ao tema, verificou-se a utilização de “principiologia” contra o combate à corrupção, havendo expressa menção do Brasil como “paraíso da impunidade” e a defesa do “alto valor simbólico” do direito e do processo penal. Além disso, foi defendido o “direito penal forte” e o “princípio” da efetividade do sistema penal.¹⁴²

15/06/2022, Data da Publicação no Diário: 28/06/2022)”; ou ainda, “4. À luz do princípio da confiança no Juiz da causa, não se pode olvidar da relevância do posicionamento do magistrado primevo quanto à manutenção da prisão, eis que, por estar mais próximo dos fatos, das partes envolvidas e dos elementos probatórios, este reúne melhores condições de analisar com maior segurança a presença do fumus comissi delicti e do periculum libertatis. 5. Ordem denegada. (TJES, Classe: Habeas Corpus Criminal, 100210046411, Relator : HELIMAR PINTO, Órgão julgador: SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL , Data de Julgamento: 20/04/2022, Data da Publicação no Diário: 02/05/2022)”.
¹⁴¹ “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

¹⁴² On-line. Disponível em <<https://www.jota.info/wp-content/uploads/2020/09/2020-1965-consolidado-08-09-2020-docx.pdf>>. Acesso em: 03 de setembro de 2022.

Como questões mais atuais de problemas advindos do Poder Judiciário brasileiro no campo processual penal, tem-se o exemplo de julgadores (as) que impediram que o réu respondesse às perguntas somente da defesa técnica, ignorando que o interrogatório é meio de defesa, o que depois, no ano de 2022, foi revertido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), a consolidar que o réu tem o Direito de, junto à defesa técnica, escolher a estratégia a qual vai se defender, justamente por se tratar o interrogatório de meio de defesa¹⁴³, consubstanciado no artigo 5º, LV da CRFB/88.

Os exemplos citados visam demonstrar que as questões defendidas na dissertação têm como base a prática judiciária processual penal, não se tratando de mero ornamento teórico desprovido de relevância prática. Ademais, tem como preocupação central a aplicação do Direito constitucional em face de posições subjetivas.

Nesse contexto, a CHD, ao discutir o modo como o julgador decide em Direito, vai propor a possibilidade de se obter respostas juridicamente corretas partindo-se da normatividade da Constituição da República de 1988, na medida em que, a limitação de poder estatal está diretamente ligada à ideia de democracia, ou seja, conforme provoca Lenio Streck na obra “Verdade e Consenso”:

[...] por que, depois de uma intensa luta pela democracia e pelos direitos fundamentais, enfim, pela inclusão das conquistas civilizatórias nos textos legais-constitucionais, deve(r)amos continuar a delegar ao juiz a apreciação do “Direito material em conflito”, atribuindo às partes um papel secundário na dinâmica processual como se o juiz fosse o “dono” do processo? Volta-se, sempre, ao lugar do começo: *o problema da democracia e da (necessária) limitação do poder*. Discricionariedades, arbitrariedades, inquisitorialidades, positivismo jurídico: tudo está entrelaçado.¹⁴⁴

Por isso, voltando aos problemas a serem enfrentados, um dos principais é a existência da confusão entre o “juiz de princípios” e o juiz “boca da lei” ou que aplica a letra “fria” da lei, como se este não possuísse espaço de discricionariedade e aquele possuísse ampla discricionariedade, numa incompreensão do positivismo e do ou dos pós-positivismos jurídicos em tempos de neoconstitucionalismo.

¹⁴³ On-line. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/quentes/363442/interrogado-pode-responder-a-perguntas- apenas-da-defesa-decide-stj>>. Acesso em 03 de setembro de 2022.

¹⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 33.

A CHD, em termos Heideggerianos, vai trabalhar a tradição¹⁴⁵ do positivismo jurídico e a pretensa passagem ao pós-positivismo como forma de superação do antigo e a instauração do “novo”.

A abordagem do positivismo, nesse contexto, é importante para se abrir os olhos para a superação da “velha crença – ainda muito presente no imaginário dos juristas - em torno da *proibição de interpretar*, corolário da vetusta separação entre fato e direito”.¹⁴⁶

Após o positivismo exegético, que pugnava separação total entre direito e moral, bem como entre texto e norma, tem-se o positivismo normativista “identificando (arbitrariamente) a impossibilidade de um ‘fechamento semântico’ do direito – relegou o problema da interpretação jurídica a uma ‘questão menor’”.¹⁴⁷

O positivismo jurídico não se preocupava com a interpretação e a aplicação do Direito, mas sim com a validade das normas jurídicas de acordo com a competência de produção dessas normas.

Com efeito, Hans Kelsen, no capítulo VIII da “Teoria Pura do Direito”, quando trata da interpretação, a distingue entre a interpretação aplicada pelo órgão jurídico competente e aquela não aplicada pelo órgão competente.¹⁴⁸

No seio da aplicação do direito pelo órgão competente, citado autor também faz a separação entre indeterminação intencional e indeterminação não intencional do ato de aplicação do direito, de modo que, ao tratar da segunda hipótese, esclarece o seguinte:

Simplemente, a indeterminação do ato jurídico pode também ser a consequência não intencional da própria constituição da norma jurídica que deve ser aplicada pelo ato em questão. Aqui temos em primeira linha a pluralidade de significações de uma palavra ou de uma sequência de palavras em que a norma se exprime: o sentido verbal da norma não é unívoco, o órgão que tem de aplicar a norma encontra-se perante várias significações possíveis.¹⁴⁹

¹⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 33.

¹⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 50.

¹⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 50.

¹⁴⁸ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 388.

¹⁴⁹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 389.

Daí advém a moldura normativa, ou seja, nos casos em que houver indeterminação de sentido normativo, há “uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível”.¹⁵⁰

Continua o autor a explicar que “dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é a norma individual, mas apenas uma das normas individuais”¹⁵¹ a serem produzidas dentro da moldura.

Na verdade, não se quer criticar a Teoria Pura do Direito enquanto epistemologia, por óbvio, mas, demonstrar que não existe correspondência direta entre ser “boca da lei” ou aplicar a letra “fria” da lei com ser positivista, justamente porque o positivismo não se preocupava com a interpretação e a aplicação do Direito como questões centrais, deixando inegável espaço de discricionariedade ao aplicador, conforme demonstrado. Kelsen deixou a “pragmática para um segundo plano: o da discricionariedade do intérprete”.¹⁵²

Inclusive, ao tratar dos métodos de interpretação, Kelsen deixa claro que “não há absolutamente qualquer método – capaz de ser classificado como de Direito positivo – segundo o qual, das várias significações verbais de uma norma, apenas uma possa ser destacada como ‘correta’”¹⁵³, através da seguinte condição, “desde que, naturalmente, se trate de várias significações possíveis: possíveis no confronto de todas as outras normas da lei ou da ordem jurídica”.¹⁵⁴

A discricionariedade positivista se dava na possibilidade de escolha de várias significações possíveis, tratando, também no capítulo VIII da “Teoria Pura do Direito”, da “interpretação como ato de conhecimento ou como ato de vontade”¹⁵⁵, de modo a esclarecer que a tarefa de aplicar a resposta que seria a correta dentro da moldura

¹⁵⁰ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006,, p. 390.

¹⁵¹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, 391.

¹⁵² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 39.

¹⁵³ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 391.

¹⁵⁴ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 391.

¹⁵⁵ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 392/393.

normativa não é um problema do Direito positivo, nem de teoria do Direito, mas de política do Direito.¹⁵⁶

Seguindo nos tratamentos dos métodos de interpretação, Kelsen deixa claro que a tarefa de aplicar o direito na moldura normativa é função voluntária, nos seguintes termos:

Na medida em que, na aplicação da lei, para além da necessária fixação da moldura dentro da qual se tem de manter o ato a pôr, possa ainda ter lugar uma atividade cognoscitiva do órgão aplicador do Direito, não se tratará de um conhecimento do Direito positivo, mas de outras normas que, aqui, no processo da criação jurídica, podem ter a sua incidência: normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso, etc.¹⁵⁷

Logo após, reafirma que “do ponto de vista do Direito positivo, nada se pode dizer sobre a sua validade e verificabilidade”¹⁵⁸, ou seja, “são determinações que não resultam do próprio Direito positivo”¹⁵⁹, sendo que “a produção do ato jurídico dentro da moldura da norma jurídica aplicanda é livre, isto é, realiza-se segunda a livre apreciação do órgão chamado a produzir o ato”.¹⁶⁰

Por derradeiro, Kelsen afirma que na aplicação da norma jurídica por um órgão do Direito (interpretação autêntica), a interpretação a aplicar “combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognosciva”¹⁶¹, podendo, inclusive, “produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa”.¹⁶²

É a partir dessa discricionariedade que a teoria do direito no século XX vai se desenvolver, culminando nas tentativas de superação do positivismo no período pós segunda guerra mundial.

¹⁵⁶ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 393.

¹⁵⁷ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 393.

¹⁵⁸ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 393.

¹⁵⁹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 393.

¹⁶⁰ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 393.

¹⁶¹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 394

¹⁶² KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 394.

O ponto é que ser “positivista” não significa aplicar a letra da lei sem discricionariedade, como pode parecer, na medida em que existe a possibilidade, inclusive, de criação do direito pelo órgão jurídico aplicador fora da moldura normativa, restando disso a discricionariedade inerente ao positivismo jurídico que não se preocupava com a interpretação das normas jurídicas.

Mas por que o positivismo jurídico aposta na discricionariedade? Essa aposta decorre da escolha de seu paradigma filosófico. Em outras palavras, “o positivismo aposta na discricionariedade porque o paradigma filosófico sobre o qual está assentado não consegue apresentar uma solução satisfatória para a aporia decorrente da dicotomia ‘razão teórica-razão prática’”.¹⁶³

O positivismo, então, está fora da viragem perpetrada por Martin Heidegger e por Hans-George Gadamer, que trabalham como a fusão de horizontes e o círculo hermenêutico, introduzindo o mundo fático no direito, por exemplo.

Deve-se diferenciar “razão prática solipsista” de introdução do mundo fático. A razão prática solipsista decorre do esquema sujeito-objeto, das separações de natureza metafísica, de um lado, objetificando o “ente” (metafísica clássica) e de outro assujeitando as coisas (metafísica moderna).

Já a introdução do mundo fático no Direito, no sentido heideggeriano e gadameriano, se traduz pelo círculo hermenêutico, na fusão de horizontes por intermédio da linguagem, ou seja, na intersubjetividade.

A teoria do Direito pós-positivista, ou neoconstitucionalista, apesar de se apresentar como algo que supera o positivismo kelseniano, ainda aposta no paradigma sujeito-objeto, como se existisse um Direito alheio aos problemas sociais e ainda entendida a decisão judicial como “ato de vontade”.

O problema piora quando se percebe que no Brasil se utiliza das expressões juiz que aplica a letra “fria” da lei como sendo “positivista”, em contrapartida ao “juiz dos princípios”, vindo do neoconstitucionalismo, como se aquele fosse desprovido de discricionariedade e este tivesse abertura interpretativa inerente aos valores dos princípios jurídicos.

¹⁶³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 494.

Que fique claro que Kelsen não ignorava a invasão da moral no Direito, mas, separava a ciência do Direito de Direito, de modo que, para a ciência do Direito, a discricionariedade “não aparece como problema; ao contrário, ela aparece como solução, ou, no mínimo, enquanto uma constatação científica, teoricamente ‘neutra’ do modo como se resolvem determinadas controvérsias jurídicas”.¹⁶⁴

O problema da discricionariedade judicial é o déficit democrático¹⁶⁵, devendo, por isso, serem estudadas maneiras de mitigar essa discricionariedade, num contexto de pós-positivismo e neoconstitucionalismo.

O neoconstitucionalismo, que tem como teoria o pós-positivismo, pode ser ilustrado pela doutrina do jurista e, atualmente, ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, quando o aborda representado em mudanças de paradigma “que mobilizaram a doutrina e a jurisprudência nesse período, criando uma nova percepção da Constituição e de seu papel na interpretação jurídica em geral”.¹⁶⁶

Nesse contexto se insere a Constituição da República Brasileira de 1988, que, segundo o autor, conseguiu transformar o Estado brasileiro de autoritário para um Estado Democrático de Direito¹⁶⁷, fazendo surgir um “sentimento constitucional” no país.¹⁶⁸

Pelo pós-positivismo “incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional”¹⁶⁹, resultando em uma nova interpretação constitucional.

¹⁶⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, p. 47.

¹⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, p. 47.

¹⁶⁶ BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Revista da EMERJ, v. 9, nº 33, 2006, p. 44.

¹⁶⁷ BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Revista da EMERJ, v. 9, nº 33, 2006, p. 46.

¹⁶⁸ BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Revista da EMERJ, v. 9, nº 33, 2006, p. 46.

¹⁶⁹ BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Revista da EMERJ, v. 9, nº 33, 2006, p. 48.

Essa interpretação tem relação com a força normativa da Constituição, aplicando-se os métodos tradicionais de interpretação jurídica, quais sejam, os métodos gramatical, histórico, sistemático e teleológico.¹⁷⁰

Nesse novo modelo de interpretação constitucional, pautado no pós-positivismo, Luís Roberto Barroso destaca o seguinte:

(i) quanto ao papel da norma, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente; (ii) quanto ao papel do juiz, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis.¹⁷¹

Chama a atenção o papel do juiz no neoconstitucionalismo pautado no pós-positivismo, após a suposta derrota do positivismo jurídico. Isso porque, ao se comparar o capítulo VIII da Teoria Pura do Direito de Kelsen com os escritos supracitados, vê-se bastante semelhança, principalmente na possibilidade de escolhas entre várias possíveis.

O neoconstitucionalismo aposta nos poderes do juiz, na medida em que o processo judicial é visto como instrumento para se chegar a certos fins, tem um caráter teleológico, portanto, conferindo ao juiz, que não pode ser inerte, a tarefa de descobrir essas finalidades do processo. Nesse sentido, os escopos do processo são:

[...] o escopo social (o poder dos juízes em educar os membros da sociedade acerca dos seus direitos e obrigações); o escopo político (o poder dos juízes em decidir imperativamente e definitivamente, valorizando a liberdade, limitando os poderes do estado e assegurando a participação dos cidadãos); e o escopo jurídico (o poder dos juízes em aplicar a vontade concreta do

¹⁷⁰ BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil.** Revista da EMERJ, v. 9, nº 33, 2006, p. 52.

¹⁷¹ BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil.** Revista da EMERJ, v. 9, nº 33, 2006, p. 53.

direito, como um fim ideal, tendo como limite de atuação as leis e a Constituição).¹⁷²

Estes escopos processuais, no âmbito do neoconstitucionalismo e do pós-positivismo, seriam atingidos através dos princípios jurídicos, que acompanham o caráter teleológico do ordenamento jurídico.

O tratamento dos princípios jurídicos, apesar do reconhecimento de sua força normativa, decorrentes do novo paradigma constitucional, são tratados como valores que indicam, justamente, os fins públicos a serem realizados¹⁷³ pelo Poder Judiciário, de modo que, “a definição do conteúdo de cláusulas como dignidade da pessoa humana, razoabilidade, solidariedade e eficiência também transfere para o intérprete uma dose importante de discricionariedade”.¹⁷⁴

Vê-se que o neoconstitucionalismo aposta na discricionariedade como algo positivo, na medida em que os juízes e tribunais é que devem perseguir os fins públicos, os valores fundamentais, através do processo como instrumento, como acessório.

Verifica-se, assim, a nítida aproximação do pós-positivismo neoconstitucionalista com o positivismo Kelseniano quando o assunto é o espaço de discricionariedade conferido ao intérprete/aplicador.

Mas por qual motivo a dissertação traz os conceitos de interpretação positivista e pós-positivismo (“neo”constitucionalismo) para o âmbito de discussão da Crítica Hermenêutica do Direito (CHD)? A questão passa pela potencialização da subjetividade dos juízes e tribunais.

No Brasil, apesar desse escopo do Poder Judiciário, a escolha entre legalismo, ou, dito de outro modo, interpretação literal da lei ou ainda interpretação aberta, pautada em princípios jurídicos como valores, ocorre na prática, não raras vezes, em um mesmo tribunal, a depender da escolha do julgador.

¹⁷² HERZL, Ricardo Augusto. **Da discricionariedade (neo)processual à Crítica Hermenêutica do Direito Processual Civil brasileiro**. In: In: A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos. Salvador: JusPosvm, 2017, p. 181.

¹⁷³ BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Revista da EMERJ, v. 9, nº 33, 2006, p. 54.

¹⁷⁴ BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Revista da EMERJ, v. 9, nº 33, 2006, p. 54.

Sobre isso, há exemplo importante para o Direito brasileiro que foi o julgamento do HC 126.292, no qual se discutiu a execução provisória da pena privativa de liberdade e, conseqüentemente, o alcance do artigo 5º, LVII da CRFB/88.

Referida norma diz que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Por ocasião do julgamento, o Ministro Luis Roberto Barroso afirmou que

[...] a Constituição brasileira não condiciona a prisão — mas sim a culpabilidade — ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O pressuposto para a privação de liberdade é a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, e não sua irrecorribilidade.¹⁷⁵

Vê-se uma leitura textualista, literal da Constituição, desconsiderando-se que a prisão é consequência direta do trânsito em julgado da sentença condenatória, ou seja, o trânsito em julgado condiciona a prisão para a execução da pena. Inclusive, valendo a execução provisória, o cidadão era preso, antes do trânsito em julgado, ou seja, sem culpa formada, mas de forma definitiva, não provisória.

No mesmo julgamento, agora contra a literalidade do artigo 5º, LVII da CRFB/88, o Ministro Relator, à época, Teori Zavascki afirmou o seguinte:

Realmente, a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não-culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual.¹⁷⁶

No caso do Ministro Barroso, a literalidade prevalece para dizer que não se está falando de prisão, mas de culpa, apesar de aquela ser efeito imediato do trânsito em julgado.

¹⁷⁵ HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016

¹⁷⁶ HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016

Já para o Ministro Zavascki, mesmo que a culpa não tenha transitado em julgado, argumento utilizado pelo Ministro Barroso, o núcleo essencial da presunção de não-culpabilidade (artigo 5º, LVII, CRFB/88), mesmo contra texto expresso da Constituição, não seria violado.

Para citar outros exemplos, traz-se à baila 02 (dois) acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (TJ/ES), em que, no primeiro, é defendida a literalidade da lei e, no segundo, o direito à saída temporária do reeducando é negado porque, ainda que a avaliação pelo exame criminológico não encontre previsão legal, deve ser realizado para subsidiar o convencimento do magistrado, nos seguintes termos:

EMENTA: EMENTA: AGRAVO EM EXECUÇÃO. DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU QUE NÃO RECONHECEU A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. PLEITO DE REFORMA DA DECISÃO. POSSIBILIDADE. TERMO INICIAL. TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO. LITERALIDADE DO ART. 112, INCISO I CP. PREQUESTIONAMENTO: ARTIGOS 107 E 109 DO CP E ART. 5º, INCISOS LIV E LV DA CF. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. [...]. *Diante da literalidade da norma legal, não cabe ao Judiciário, adstrito ao princípio da legalidade, alterar o marco da pretensão executória, expressamente previsto em lei, sob pena de exercer indevidamente a função legislativa.* [...]. (TJES, Classe: Agravo de Execução Penal, 100210047377, Relator : EDER PONTES DA SILVA, Órgão julgador: SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL , Data de Julgamento: 16/03/2022, Data da Publicação no Diário: 28/03/2022)

EMENTA: AGRAVO DE EXECUÇÃO. SAÍDA TEMPORÁRIA. REQUISITOS LEGAIS. LAUDO DE EXAME CRIMINOLÓGICO. RECURSO IMPROVIDO. 1. *Ainda que a avaliação por meio de exame criminológico não encontre previsão expressa na legislação, entendo que os profissionais especializados possuem o conhecimento necessário para proceder análise apta a subsidiar a formação de convicção do magistrado a respeito da pertinência da medida, em especial diante dos objetivos da pena.* 2. Recurso improvido. (TJES, Classe: Agravo de Execução Penal, 100210023170, Relator : PEDRO VALLS FEU ROSA, Órgão julgador: PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL, Data de Julgamento: 14/07/2021, Data da Publicação no Diário: 26/07/2021)

Chama à atenção que, em um acórdão é atestado que o Poder Judiciário, ante a literalidade da lei, não pode invadir a competência legislativa, ao passo que o mesmo tribunal de justiça, em outro acórdão, desconsidera a literalidade da lei para impor obrigação não prevista na Lei de Execuções Penais. Isso quer dizer que o segundo acórdão extrapolou o Direito e adentrou na esfera legislativa? Ou que ainda vige no Brasil um positivismo em que é proibido interpretar a lei?

Essas dicotomias, de certo ponto, inconciliáveis vigoram a todo vapor no Judiciário brasileiro, porque, deixando, sempre, a escolha na subjetividade do julgador, essas questões perguntadas acima são impossíveis de serem respondidas, justamente porque estão no subjetivo, na escolha que é feita, nas justificações internas, ora alegando-se a literalidade da lei, ora a desconsiderando.

O que se quer tirar disso é que a ausência de paradigmas filosóficos no Direito faz com que haja uma mistura de posturas objetivistas da metafísica clássica com a subjetividade do sujeito racional da metafísica moderna, produzindo, além do subjetivismo, a objetificação do direito, através, por exemplo, da utilização de súmulas vinculantes e enunciados genéricos postos sem consideração dos casos concretos. Em relação a subjetividade discricionária do direito no positivismo:

Em Kelsen, tanto a validade do Direito como a postura do juiz são produto da metafísica moderna: a validade da norma é dada por um pressuposto lógico-transcendental, pois não se poderia encontrá-lo no mundo factual para não derivar valor de fato; a postura discricionária/voluntarista advém do sujeito solipsista que interpreta o mundo a partir da sua subjetividade individual [...]. Já a postura descritiva do cientista em Kelsen, enquanto ato de conhecimento, prende-se ao conceito de verdade correspondencial (eis aqui a permanência da metafísica clássica que atravessa os séculos), em que o sujeito está preso ao objeto que descreve, sem se dar conta que, para começar a realizar essa tarefa, ele já deve tê-la começado.¹⁷⁷

A mistura desses conceitos, de legalismo, textualismo e de neoconstitucionalismo, levam ao robustecimento das subjetividades no Direito, que acarretam discricionariedade, através, principalmente, da aplicação de princípios jurídicos como abertura interpretativa. Neste ponto se volta à questão do controle da discricionariedade, na medida em que a discricionariedade judicial abre espaço para arbitrariedades.¹⁷⁸

No Estado Democrático de Direito, “a via judiciária se apresenta - por vezes - como a via possível para a realização dos direitos que estão previstos nas leis e na

¹⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 55/56.

¹⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 56.

Constituição”.¹⁷⁹ Aqui, há que se deixar claro que, no paradigma da CRFB/88, a questão a ser posta é a concretização dos direitos já previstos na Carta Política, no seio da legalidade constitucional¹⁸⁰.

Por isso, não há como discordar do Ministro Luís Roberto Barroso, no sentido de que existe um novo paradigma constitucional, mas isso não quer dizer que o Poder Judiciário possa fazer políticas públicas, mas, ao contrário, “o que o Direito pode fazer é regulamentar a execução dessas políticas e é nesse âmbito regulatório que o Judiciário pode intervir”.¹⁸¹ Em outras palavras:

há um espaço que o Judiciário não alcança. Por isso, uma teoria da decisão é importante para nos assegurar dos *limites desse espaço* não alcançado pelo Judiciário; um espaço democraticamente garantido, para que nossa democracia não se transforme em uma juristocracia.¹⁸²

A questão é a de que, no Estado Democrático de Direito, o “Direito recupera, pois, sua especificidade e seu acentuado grau de autonomia”¹⁸³, de modo que não pode ser visto como mera racionalidade instrumental¹⁸⁴, para permitir argumentos utilitaristas ou de moralidade política fora e não controlada pelo Direito constitucional posto.

O que se coloca neste tópico é que prevalece no imaginário jurídico pátrio o paradigma epistemológico da filosofia da consciência¹⁸⁵, permitindo escolhas pelos julgadores de acordo com sua própria subjetividade.

¹⁷⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 66.

¹⁸⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 66.

¹⁸¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 66.

¹⁸² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 67.

¹⁸³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 48.

¹⁸⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 48.

¹⁸⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 72.

De acordo com Streck, pautado no conceito de “paradigmas filosóficos” de Ernildo Stein, pode-se mencionar dois desses grandes paradigmas filosóficos antes da virada ontológico-linguística, quais sejam, justamente:

- a) o da *filosofia clássica*, também nomeado como realismo filosófico, em que o fator organizacional de toda a racionalidade gira em torno dos “objetos” ou daquilo que é “dado” ao conhecimento [...]. Nesse aspecto, o tipo de atividade interpretativa que terá lugar no contexto desse paradigma será *objetivista*, porque presa ao objeto conhecido, ou, ainda, objeto cognoscível;
- b) o da *filosofia da consciência*, que coloca como fator de organização, que se antecipa em todo processo de conhecimento, a subjetividade, que conhece as coisas. Nesse âmbito, o conhecimento não é “dado”. Aqui, o conhecimento é “construído” por um sujeito que emprega um método específico de análise e passa a estabelecer os sentidos.¹⁸⁶

Ambos os paradigmas filosóficos supracitados estão presos às teorias metafísicas, no sentido do que já foi tratado, ou seja, à essência das coisas ou à subjetividade assujeitadora do sujeito moderno, sem a intermediação da linguagem que possibilita a compreensão.

Nessa perspectiva, “no *campo jurídico* brasileiro, a linguagem ainda tem caráter secundário, *uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e o objeto*, enfim, uma espécie de instrumento ou veículo condutor de “essências” e correlatas exegeses” dos textos legais”.¹⁸⁷

Entretanto, após o *linguistic turn*, as questões em torno do positivismo *versus* pós-positivismo, juiz que aplica a “letra fria da lei” *versus* juiz de “princípios” são ressignificadas, não havendo mais espaço para posturas objetivistas (literalidade do texto e conceitos prontos sem coisas) e nem subjetivistas (princípios como abertura axiológica ou escolhas de justificação interna), que apostam na antiga discricionariedade positivista que permitia, ante a insuficiência da literalidade do texto legal, que, por óbvio, não abarca todas as situações da vida, ao julgador, a possibilidade de escolher as respostas dentre várias significações, mesmo fora da moldura normativa.

¹⁸⁶STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 144.

¹⁸⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 19.

A mesma postura é observada pelo neoconstitucionalismo ou pós-positivismo, com a diferença de que, enquanto “Kelsen apostou na discricionariedade do intérprete (no nível de aplicação do direito) como sendo uma fatalidade, exatamente para salvar a pureza metódica, que assim permanecia ‘a salvo’ da subjetividade”,¹⁸⁸ o neoconstitucionalismo aposta na discricionariedade como forma de moralizar o Direito.

Decisões pautadas em princípios jurídicos, como, por exemplo, o livre convencimento motivado, se valem da superação do juiz positivista para permanecer na subjetividade como um manto a esconder decisões isoladas e tomadas a pretérito do julgamento dos casos concretos.

O próprio Ministro Luís Roberto Barroso conceitua o pós-positivismo como “um conjunto de ideias difusas que ultrapassam o legalismo estrito do positivismo normativista”.¹⁸⁹

Apesar disso, é mantida a discricionariedade do juiz, principalmente na escolha de princípios tratados como os valores mais importantes para a sociedade, sob o manto de superação do positivismo.

Essa superação se deu pela busca de valores escondidos nos textos legais, o que, de acordo com Lenio Streck, em sua obra *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*, seria o ponto fulcral do problema¹⁹⁰, ou seja, “pensar assim é apenas colocar o neoconstitucionalismo como uma continuidade do velho positivismo, e não como autêntica ruptura”.¹⁹¹

Isso porque, ao se adotar uma postura de busca de valores aliada ao subjetivismo como pretensa superação do juiz “positivista”, abre-se uma margem de discricionariedade não desejável, na medida em que, diferente de épocas passadas, principalmente antes da segunda guerra mundial, hodiernamente a positivação de

¹⁸⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 79.

¹⁸⁹ BARROSO, Luis Roberto. **A Nova Interpretação Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 47

¹⁹⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 81.

¹⁹¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 81.

Direitos e a responsabilidade política dos juízes de Direito, nos termos do que defende Ronald Dworkin, visa limitar a subjetividade e não ampliá-la.

Aliás, o problema do positivismo era a interpretação como ato de vontade, justamente porque Kelsen não se preocupava com a aplicação e a interpretação do Direito, ou seja:

O problema do positivismo não é o fato de a lei ser igual ao direito ou do direito ser igual à lei, mas sim do sujeito cognoscente se apoderar da “sacada Kelseniana” de separação entre interpretação como ato de conhecimento (esta sim, exata, objetiva, rígida) e interpretação como ato de vontade (relegada ao alvedrio do órgão competente para a aplicação da norma superior).¹⁹²

Em outras palavras, o positivismo jurídico não se preocupava com a decisão judicial, de modo que “a aplicação do direito, por ser um ato de vontade, de política jurídica, fatalmente, em sua manifestação, não seria passível de controle. A interpretação autêntica estaria eivada de subjetivismos provenientes de uma razão prática solipsista”.¹⁹³ Este problema seria impossível de ser corrigido.¹⁹⁴

Como se vê, posturas pós-positivistas, deveriam, no intuito de superar o “velho” positivismo, adotar novas posturas para aplicação de Direitos consagrados constitucionalmente.

Uma nova Constituição, como promulgada em 1988, deveria exigir novos modos de análise, ou seja, “o Brasil recebeu uma nova Constituição rica em direitos fundamentais, com a agregação de um vasto catálogo de direitos sociais. A pergunta que se colocava era: de que modo poderíamos olhar o novo com os olhos do novo?”.¹⁹⁵

Ao que parece, o “novo” veio no formato da principiologia jurídica, porém, ainda apostando-se na subjetividade do intérprete aplicador do direito. A discricionariedade

¹⁹² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 83.

¹⁹³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 128.

¹⁹⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 128.

¹⁹⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 128, p. 83.

para dizer o direito que estava no legislador, “com o crescimento da jurisdição constitucional, é deslocado para o Poder Judiciário ou os Tribunais Constitucionais, sob o pálio dos princípios, que, [...], representariam a introdução de ‘valores’ no direito”.¹⁹⁶

O Direito do pós segunda guerra, então, não se preocupa somente com a validade, como no positivismo, mas também com a legitimidade.

Não se discorda de uma principiologia constitucional, como propõe o neoconstitucionalismo, com a manutenção de direitos fundamentais individuais, mas também na consagração de direitos sociais e supraindividuais, entretanto, na perspectiva da CHD, princípios jurídicos não são mandados de otimização ou valores, mas apresentam feição deontológica, de norma jurídica que, em vez de abrir a interpretação, a fecha. Em outras palavras:

Por mais paradoxal que possa parecer, os princípios têm a finalidade de impedir “múltiplas respostas”. Portanto, os princípios “fecham” a interpretação e não a “abrem”, como sustentam, em especial, os adeptos das teorias da argumentação, por entenderem que, tanto na distinção fraca como na distinção forte entre regras e princípios, existe um grau maior ou menor de subjetividade do intérprete.¹⁹⁷

Sobre a abertura principiológica do neoconstitucionalismo, Lênio Streck cunhou a expressão “*pamprincipiologismo*” para se referir a criação *ad hoc* de princípios jurídicos, inventados para encobrir uma decisão já tomada. Dito de outro modo:

[...] sob a bandeira “neoconstitucionalista” defende-se, ao mesmo tempo, um direito constitucional da efetividade; um direito assombrado pela ponderação de valores; uma concretização *ad hoc* da Constituição e uma pretensa constitucionalização do ordenamento a partir de jargões vazios de conteúdo e que reproduzem o prefixo *neo* em diversas ocasiões, tais quais: neoprocessualismo (sic) e neopositivismo (sic).¹⁹⁸

¹⁹⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Heremênutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 129.

¹⁹⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Heremênutica e Teorias Discursivas. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 255.

¹⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Heremênutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 133.

O processo penal brasileiro é terreno fértil ao pamprincipiologismo, onde se vê “princípios” tais como o da “confiança no juiz da causa”¹⁹⁹, “princípio da nulidade sem prejuízo”, “princípio da efetividade do sistema penal”, princípio da “instrumentalidade das formas”, princípio da “razoabilidade” e da “proporcionalidade”, sem qualquer concretude fática, servindo como meros álibis retóricos para justificar decisões já tomadas subjetivamente.

Em relação, por exemplo, ao “princípio” da *efetividade do sistema penal*, o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (TJ/ES), utilizando acriticamente de ponderação de valores, afirmou o seguinte para denegar a ordem em Habeas Corpus em face de expedição de mandado de prisão de ofício pelo juízo de piso: “A *presunção de inocência e a efetividade do sistema penal* configuram princípios não absolutos em nosso ordenamento, podendo sofrer ponderações em caso de conflito aparente”.²⁰⁰

Verifica-se do caso concreto acima exposto que foi feita uma vulgata de ponderação de princípios entre a presunção de inocência, expressa no artigo 5º, LVII da CRFB/88 e o princípio, *ad hoc*, utilizado sem baliza constitucional alguma, criado por ocasião,

¹⁹⁹ Além dos acórdãos proferidos pelo E. TJ/ES, já explicitados anteriormente, referido princípio tem suas origens ainda na primeira metade do século XX, quando, por exemplo, dos julgamentos feitos pelo E. STF no HC 24.180, Min. Soriano de Souza, j. 25.05.1931, no julgamento do RHC 32.940. Min. Nelson Hungria, publicado 14.08.1955 e no RHC 50.376, Min. Luiz Galoti, j. 17.10.1972, ocasião em que é possibilitado ao tribunal que vai julgar os requisitos da prisão preventiva se abster de fundamentação alegando que o “juiz da causa” estaria mais perto dos fatos, cabendo a ele a palavra final sobre a prisão preventiva. O tema foi objeto de coluna recentíssima no site CONJUR, na área “Limite Penal”, com o título “ Quando o Princípio da Confiança no Juiz da Causa é uma Petição de Princípio”, disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-set-09/limite-penal-quando-principio-confianca-juiz-causa-peticao-principio>>. Acesso em 10 de setembro de 2022.

²⁰⁰ ACÓRDÃO EMENTA: HABEAS CORPUS ARTIGO 157, §2º, I E II DO CÓDIGO PENAL CONSTRANGIMENTO ILEGAL PRISÃO CAUTELAR ILEGALIDADE NO CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DA PENA À LUZ DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA CONDENAÇÃO SEM O DEVIDO TRANSITO EM JUGADO INOCORRÊNCIA ORDEM DENEGADA. 1 . A presunção de inocência e a *efetividade do sistema penal* configuram princípios não absolutos em nosso ordenamento, podendo sofrer ponderações em caso de conflito aparente. 2. A condenação proferida em acórdão pode ser cumprida desde já, visto que o acesso às instâncias extraordinárias se dá por meio de recursos que são dotados, normalmente, de efeito devolutivo e não suspensivo. 3. Embora exista o entendimento individual de alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal no sentido de ser incompatível a execução provisória da pena, a corte, em sua maioria, considera ser plenamente possível a execução provisória do acórdão penal condenatório proferido em grau recursal. 4. Inexiste ilegalidade praticada pelo magistrado de piso, que, seguindo o entendimento firmado pelo Superior Tribunal Federal, expediu, desde a condenação em segundo grau, a guia de execução provisória da pena. 5. Ordem denegada. (TJES, Classe: Habeas Corpus, 100190032845, Relator : FERNANDO ZARDINI ANTONIO, Órgão julgador: SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL , Data de Julgamento: 25/09/2019, Data da Publicação no Diário: 01/10/2019)

desconsiderando a história institucional do Direito posto, contra texto expresso da Constituição para negar Direitos fundamentais.

Na mesma linha da abertura de significado para os princípios, que numa perspectiva metafísica trabalham fora da facticidade, a adoção de enunciados prontos, tais como “a prevalência da palavra da vítima nos crimes contra a dignidade sexual”, a “prevalência da palavra da vítima nos crimes de furto ou roubo”, dentre outras, que, ao se desconsiderar o caso concreto, acabam por abrir a possibilidade de decisão em qualquer sentido, seja para absolver, seja para condenar, objetificando o Direito e permitindo sua aplicação sem critérios do caso concreto.

No mesmo sentido, o resguardo da “ordem pública” na prisão preventiva, em que, se possibilita a decisão para qualquer que seja o caso concreto discutido, bastando a referência genérica aos pressupostos do artigo 312 do CPP. A objetificação do caso concreto também possibilita escolhas subjetivas do julgador.

O livre convencimento motivado do juiz se mostra como um desses enunciados vazios de sentido que pretendem dar respostas prontas desconsiderando-se os casos concretos. Mesmo que se imponha uma argumentação para o convencimento, esta aparece *a posteriori* para fundamentar uma escolha “livre” do julgador.

Desse modo, como se pode balancear o *pamprincipiologismo* e a abertura subjetiva conferida pelo neoconstitucionalismo, com significados pré-fabricados que objetificam o Direito, como no caso da utilização do “livre” convencimento do juiz?

Em razão disso, é importante discutir teorias que se preocupam com a decisão judicial no Estado Democrático de Direito, ou seja, teorias que estudam a aplicação dos Direitos consagrados na Constituição, no paradigma, no Brasil, da Constituição Republicana de 1988.

A discussão é importante porque o neoconstitucionalismo opera uma separação em dois níveis de discricionariedade, que é a legislativa na “manutenção do método subsuntivo, e é jurisdicional diante da falibilidade das posturas racionalizantes da vontade e pelo caráter retórico, em geral, primeiro decide e depois a argumentação ou ponderação servem como meros álibis interpretativos”.²⁰¹ O problema é que

²⁰¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 137.

“princípios jurídicos não se constituem em álibis teóricos para suplantar problemas metodológicos oriundos da ‘insuficiência’ das regras”.²⁰²

Por isso não podem ser mandados de otimização para a escolha de valores, na medida em que, cada ser individualmente tem o seu valor principal. O Estado Democrático de Direito não comporta subjetivismos, justamente porque, o pós segunda guerra mundial, fez com que as Constituições positivassem Direitos fundamentais individuais e sociais, os quais não podem ser ignorados ou deturpados pelo intérprete/aplicador do direito.

Princípios jurídicos como valores não dão conta do modo de vida plural hodierna que, por ser plural, não persegue valores compartilhados moralmente por todos da comunidade²⁰³, mas, ao contrário, congrega diversos modos de vida e valores de grupos, de minorias, que devem ser juridicamente protegidos.

Os princípios jurídicos, em seu caráter deontológico, têm o condão de unir a moralidade pública consubstanciada na proteção de Direitos individuais, não se excluindo os direitos coletivos, numa moralidade pública advinda do próprio Direito.

Tratar princípios jurídicos como valores permite que o julgador escolha o seu valor ou o valor que ele pensa ser o mais valioso para certo grupo, o que potencializa sobremaneira a subjetividade na aplicação da legislação.

A questão é a de definir critérios de justiça em detrimento do bem ou do mal de dada concepção de valores, porque, seguindo-se esses valores, corre-se o risco de ignorar minorias. E não é isso que a Constituição brasileira traz quando positiva diversos Direitos e garantias individuais, inclusive de caráter processuais, com especial relevo para o contraditório e para a necessária fundamentação das decisões judiciais.

²⁰² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 169.

²⁰³ Conforme aduz Fábio Portela Lopes de Almeida: “A incapacidade de lidar com essa questão é o principal problema de uma teoria acerca dos princípios constitucionais que os caracterize como valores”. (ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. **Os princípios constitucionais entre deontologia e axiologia**: pressupostos de uma teoria hermenêutica democrática. REVISTA DIREITO GV, SÃO PAULO 4(2) | P. 493-516 | JUL-DEZ 2008, p. 503).

Na linha da fenomenologia, os princípios jurídicos conferem às regras, o seu real significado²⁰⁴. Não se pode conferir um cheque em branco para que se faça escolhas subjetivas no Direito.

Em outras palavras, nos termos do Direito como Integridade defendido por Ronald Dworkin, princípios constitucionais “devem ser interpretados coerentemente tanto com a prática institucional quanto com as idealizações contrafactuais acerca dos princípios que poderiam ser aceitos para regular uma sociedade cujos cidadãos são livres e iguais”.²⁰⁵

Nessa linha é que os princípios jurídicos com seu caráter deontológico são importantes, ou seja, na aplicação concreta de princípios jurídicos que representem Direitos e garantias fundamentais constitucionalmente consagrados pela comunidade política, caracterizando um sentido de moral pública do que é justiça por equidade.

Como se viu, aliado ao *pamprincipiologismo* existem as posturas que escolhem entre ser legalista ou principiológico, demonstrando a total possibilidade de que os Direitos fiquem à escolha do julgador, sempre no seio da filosofia da consciência, na figura do juiz solipsista.

Do que vem sendo defendido, mais do que apostar em posturas objetificadoras ou demasiadamente subjetivas do Direito, a questão é a pergunta pelas condições pela qual se dá a atribuição de sentido no ato interpretativo-aplicativo do Direito.²⁰⁶

Nesse contexto, socorre-se à noção de *applicatio* Gadameriana, aliada à noção de Direito de Dworkin, para afirmar que os princípios instituem a moral pública no direito, restando neste ponto a principal confluência das teses gadamerianas e dworkianas.²⁰⁷

²⁰⁴ HERZL, Ricardo Augusto. **Da discricionariedade (neo)processual à Crítica Hermenêutica do Direito Processual Civil brasileiro**. In: In: A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos. Salvador: JusPosvm, 2017, p. 188.

²⁰⁵ ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. **Os princípios constitucionais entre deontologia e axiologia: pressupostos de uma teoria hermenêutica democrática**. REVISTA DIREITO GV, SÃO PAULO 4(2) | P. 493-516 | JUL-DEZ 2008, p. 511.

²⁰⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 554.

²⁰⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 156.

A *Applicatio* jurídica significa que não se distinguem os contextos de fundamentação e de aplicação do direito, por isso, não se separa a interpretação da aplicação, de modo que “compreender é, pois, aplicar. Filosoficamente, ao menos após a invasão da filosofia pela linguagem, *não é possível separar interpretação de aplicação*”.²⁰⁸

Isso porque, com a invasão da linguagem na filosofia, retomando Heidegger e Gadamer e a noção de facticidade, tradição, círculo hermenêutico e fusão de horizontes, é superado o esquema sujeito-objeto pelo esquema sujeito-sujeito, próprio da intersubjetividade. Este compreender intersubjetivo é mediado pela linguagem, que, de acordo com Heidegger, é a “casa do ser”.²⁰⁹

Desse modo, a intersubjetividade no Direito significa que os intérpretes/aplicadores devem suspender seus preconceitos, seus pré-juízos para que, no contexto da fusão de horizontes, deixem que o texto constitucional, objeto de estudo da dissertação, antecipe um sentido.

Dito de outro modo, é preciso que o intérprete deixe que o texto “diga” algo, pois, na superação do paradigma sujeito-objeto pela linguagem, “*o acesso a algo não será mais de forma direta e objetivante; o acesso a algo é pela mediação do significado e do sentido. Não existe acesso às coisas sem a mediação do significado*”.²¹⁰

É nesse contexto que se fala em Estado Democrático de Direito como aquele no qual Direitos conquistados são positivados no texto legal constitucional, como uma blindagem a tentativas de usurpação desses Direitos, de modo que:

mediante a utilização da principiologia constitucional (explícita ou implícita), é possível combater alterações feitas por maiorias políticas eventuais, que, legislando na contramão da programaticidade constitucional, retiram (ou tentam retirar) conquistas da sociedade.²¹¹

Falar em Direitos expressamente positivados na Constituição significa abordar as contingências históricas do direito brasileiro com a promulgação da Constituição de

²⁰⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 157.

²⁰⁹ HEIDEGGER, M. 2005. **Carta sobre o humanismo**. 2ª ed. São Paulo, Centauro, p. 89.

²¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto - decido conforme minha consciência?**. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 17.

²¹¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p 68.

1988, que instituiu uma normatização que considera a facticidade como limite na aplicação dos direitos. Em outras palavras:

Veja-se: são exatamente as contingências históricas que fazem com que a moral se institucionalize no Direito (mas sem servir de instrumento para legitimar uma busca de “valores” escondidos debaixo dos textos jurídicos). Essa institucionalização dá-se a partir da facticidade (ou, se se quiser, do *a priori* da facticidade. Em termos hermenêuticos, é o (novo) modo prático do sentido do ser do Direito no contexto dessa tentativa de resgatar aquilo que o positivismo havia descartado.²¹²

Nessa perspectiva, é necessário resgatar a facticidade no Direito brasileiro, porque, como foi demonstrado não há nada de novo nas posições pós-positivistas ou neoconstitucionalistas que ainda apostam na subjetividade do julgador, ou na consideração de que princípios jurídicos abrem a interpretação através da busca de “valores”, para que, aliada à noção de *applicatio*, demonstrar que a CHD se traduz como uma teoria da decisão judicial, que, diante do giro linguístico, do círculo hermenêutico e da fusão de horizontes, trabalha no contexto intersubjetivo, na tentativa de preservar a coerência e a integridade dos Direitos e garantias fundamentais arduamente conquistados e expressos, no Brasil, na Constituição Republicana de 1988.

Dito de outro modo:

A CHD entende a decisão jurídica como não-discrecional e procura desenvolver uma perspectiva teórica neste caminho, seja pela exigência hermenêutica em que todo o processo de compreensão é sempre intersubjetivo como também pela exigência democrática que requer decisões jurídicas que não espelhem vontades individuais, mas o direito construído pela/na comum-idade.²¹³

Verifica-se uma umbilical ligação entre a fundamentação de decisões judiciais com a noção de Democracia para além da justificação *a posteriori* para encobrir vontades

²¹² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 263.

²¹³ STRECK, Lenio Luiz. **A Crítica Hermenêutica do Direito e a questão da discricionariedade judicial**. In: STRECK, Lenio Luiz (Coord.). *Coleção Hermenêutica, Teoria do direito e argumentação*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 61.

individuais, pois não se separa interpretação de aplicação, na medida em que, quando se aplica a lei, já houve a sua compreensão.

Por isso, o problema da aplicação dos direitos é a questão central do *logos* hermenêutico²¹⁴ quando transportado para o Direito, conforme esclarece Rafael Tomaz de Oliveira:

Dito isso, podemos então afirmar que a tarefa da ciência jurídica no contexto atual é enfrentar o elemento hermenêutico do direito: é dar respostas ao problema aplicativo concreto da interpretação do direito que se manifesta, de um modo privilegiado, na decisão judicial. O desenvolvimento dessa tarefa precisa realizar um ajuste histórico com a tradição para saber se posicionar, de um modo adequado, diante dos problemas jurídicos que a contemporaneidade - afundada em um pós-moderno ambiente de fragmentação no interior do qual se eleva o pragmatismo casuísta à mais alta potência - apresenta à ciência jurídica.²¹⁵

A aplicação do Direito no contexto da coerência e da integridade dworkiana, bem como do círculo hermenêutico e da fusão de horizontes considerando a tradição e os preconceitos²¹⁶ do intérprete, que faz com que o juiz encontre dentro do próprio Direito as respostas para problemas concretos, partindo, não de sua subjetividade, mas da intersubjetividade no processo de compreensão.

Nessa linha, uma pergunta que é inevitável se refere ao que se deve considerar tradição para o Direito. A resposta perpassa a aplicação dos princípios como a introdução do mundo prático no Direito e a imbricação entre direito e moral dos dias de hoje, afinal, é impossível pensar que a moral não influencia o direito, mas, de modo diverso do positivismo, essa moral tem seu florescer no todo principiológico da Constituição. Para que fique mais claro:

Podemos dizer que isso tudo funciona da seguinte forma: quando nos ocupamos com questões jurídicas, possuímos, antecipadamente/pré-compreensivamente, um todo conjuntural que nos permite articular os diversos instrumentos que a tradição jurídica construiu. Há sempre um todo antecipado em cada ato particular que praticamos como advogados,

²¹⁴ Importante lembrar da dupla estrutura da linguagem hermenêutica, qual seja, o *logos* apofântico e o *logos* hermenêutico.

²¹⁵ DE OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **Hermenêutica e Ciência Jurídica**. In: 50 anos de Verdade e Método. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 47.

²¹⁶ O termo preconceito é sempre utilizado como prejuízos, no contexto da hermenêutica filosófica.

procuradores, promotores, juízes, etc. No contexto da tradição que estamos inseridos, este todo é representado pela Constituição.²¹⁷

Diante de todo esse contexto, a CHD oferece uma conclusão do que seja uma “resposta jurídica constitucionalmente adequada”. Veja, a utilização desta teoria ocorre na presente dissertação, justamente, porque apresenta uma formulação que pode responder a problemas práticos do Direito quando do uso de decisões judiciais genéricas ou vazias de significado jurídico, através de frases feitas sem concretude, ou que desconsiderem o que foi postulado pelas partes, como é o caso da utilização do princípio do livre convencimento motivado.

Em outras palavras, sem adentrar especificamente sobre as gêneses do livre convencimento motivado, o que se verifica na prática é que pode ser utilizado como “coringa” a se encaixar em qualquer processo judicial, por qualquer assunto que se aborde, para negar ou reconhecer direitos, de modo a mascarar a subjetividade do julgador em face da necessária intersubjetividade da compreensão e na consideração dos direitos requeridos pelas partes. Essa questão será detalhadamente trabalhada à frente na dissertação.

Não pode ser, portanto, uma capa para encobrir a discricionariedade, na medida em que a sociedade precisa ter conhecimento acerca da aplicação e a manutenção de direitos fundamentais, como inerente ao Estado Democrático de Direito. Razões privadas não podem se sobressair às públicas, no sentido do que é defendido na dissertação. Nas Palavras de Lenio Streck:

a tese da linguagem é condição de possibilidade, superadora do esquema sujeito-objeto e que é comandada pela “coisa mesma” (ir às coisas mesmas), torna-se absolutamente relevante para o Direito, exatamente pelo fato de que o pensamento dogmático do direito (positivista, sustentada em um discricionarismo no sentido forte), por ser objetificador e pensar o direito metafisicamente, esconde a singularidade dos casos, obnubilando o processo de interpretação jurídica.²¹⁸

²¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 582.

²¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 253.

Com efeito, no seio da hermenêutica filosófica e da CHD, com ênfase na aplicação do Direito, deve-se perguntar: “Qual pré-compreensão é válida, legítima e qual ou quais pré-compreensões são ilegítimas em face do Direito posto, não no Direito necessariamente positivo, mas no Direito posto? Esse é um ponto central”.²¹⁹

Seguindo a linha de entendimento de superação do “mais do mesmo” das posturas ditas pós-positivistas no Brasil, como exposto, ante as incongruências do neoconstitucionalismo, a CHD, propõe uma outra denominação para o paradigma constitucional do pós segunda guerra mundial e a força reconhecida dos princípios, qual seja, a denominação dessa quadra da história de “Constitucionalismo Contemporâneo”, superando a denominação neoconstitucionalismo, para além da necessidade de o direito se livrar das amarras formais do positivismo, como modelos que implementaram um plus normativo democrático²²⁰ através da análise dos problemas de aplicação do direito constitucional, com ênfase no Direito brasileiro.

A questão da indeterminabilidade na aplicação do Direito não é mera preocupação com formalismos ou argumentações, mas é uma questão ligada à Democracia. Exatamente por isso, a CHD aposta em respostas corretas (constitucionalmente adequadas) diante de problemas práticos do Direito, o que não se confunde com as múltiplas respostas procedimentalistas, ou argumentativas como, por exemplo, da verdade consensual defendida por Habermas. A diferença se dá no fato de que:

Ao contrário da hermenêutica filosófica, não há ser-no-mundo nas teorias consensuais-procedurais, pelas quais só é possível atribuir um sentido a alguma coisa quando qualquer outra pessoa que possa dialogar comigo também o possa aplicar. [...]. Portanto, não há ontologia (no sentido de que fala a hermenêutica filosófica), o que demonstra que a linguagem, que na hermenêutica é condição de possibilidade, nas teorias consensuais-procedurais é manipulável pelos partícipes (afinal, a verdade tem garantia apenas na argumentação).²²¹

²¹⁹ PEREIRA, Rodolfo Viana. **Nova hermenêutica e pós-positivismo: adoração, saturação ou renovação?**. In: Filosofia & Direito – Ética, Hermenêutica e Jurisdição. Vitória: Seção Judiciária do Espírito Santo, 2014, p. 244.

²²⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 92.

²²¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 367-368.

Para que fique claro, ontologia para a hermenêutica filosófica é fenomenologia, de modo que “somente a situação concreta é que serve de parâmetro para a resposta correta (adequada à Constituição)”.²²²

Nesse contexto, a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) defende a resposta hermeneuticamente adequada à Constituição como um direito fundamental do cidadão, porque a interpretação da Constituição, isto é, o sentido do texto constitucional, enquanto norma jurídica, é o resultado do entendimento da Constituição como Constituição, do seu resultado, que advém das relações intersubjetivas que cercam desde sempre o intérprete/aplicador.²²³

A aplicação do Direito não pode, diante de tantos Direitos consagrados, ficar no controle do juiz, em sua consciência, pois não há possibilidade de controle de sua responsabilidade política em decisões que espelhem vontades individuais. Fernando Vieira Luiz, esclarece bem a preocupação aqui posta, ao afirmar o seguinte:

Sou juiz, minha mãe é juíza, meus amigos juízes e promotores, com os quais convivo, são todos honestos, probos e justos. Interessante é que, quando nos reunimos para falar sobre os casos que decidimos, chegamos à conclusão que, embora a nossa honestidade, probidade e sentimento de justiça, damos sentenças tão diferentes umas das outras, em casos, por vezes, muito, muito similares”. Por isso, continuou, “cheguei à conclusão de que havia algo errado. Não basta ser honesto, probo e ter sentimento do justo. Todos, eu, minha mãe, meus amigos, decidimos conforme nossas consciências. Só que as decisões são tão discrepantes... Por isso, fui estudar ‘teoria da decisão’.²²⁴

Nessa perspectiva, a argumentação jurídica não pode ser uma capa de sentido para mascarar subjetividades, na medida em que, conforme posto por Gadamer, a compreensão é condição de possibilidade da argumentação.²²⁵

Por derradeiro, é preciso deixar claro que mesmo que a resposta mais adequada à Constituição não seja definitiva, porque isso seria anti hermenêutico, no sentido da

²²² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 215.

²²³ STRECK, Lenio Luis. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 375.

²²⁴ LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da decisão judicial: paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à constituição de Lenio Streck**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 9.

²²⁵ STRECK, Lenio Luiz. **A Crítica Hermenêutica do Direito e a questão da discricionariedade judicial**. In: A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos. Salvador: JusPosvm, 2017, p. 55.

objetificação do Direito, contra o círculo hermenêutico, não se pode desistir da busca pela resposta correta, pois, desse modo, “desistiremos de nós mesmos enquanto juristas”²²⁶, havendo, por isso, não só a possibilidade, como a necessidade de se garantir um direito fundamental à uma resposta juridicamente adequada à Constituição, nos moldes do que defende a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD).

2. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO: GÊNESE E DESENVOLVIMENTO

Delimitada a base teórica utilizada, passa-se a discorrer acerca do princípio do livre convencimento motivado do juiz, no intuito de demonstrar seus pressupostos, desde sua gênese até os dias atuais, como forma de contextualizá-lo com a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD).

De início, é preciso fixar o que se entende por valoração da prova, já que o livre convencimento se enquadra nesta categoria de estudo do processo. De acordo com Michele Taruffo:

a valoração da prova tem por objeto estabelecer a conexão final entre os meios de prova apresentados e a veracidade ou a falsidade dos enunciados relativos aos fatos em litígio. Procura-se estabelecer se e em que grau as provas disponíveis ao julgador sustentam uma conclusão sobre o status epistêmico final desses enunciados.²²⁷

Desse modo, é através da valoração da prova que o magistrado sustentará suas conclusões acerca da matéria de fato qualificada juridicamente no processo, ou seja, será por intermédio da valoração probatória que será possível uma decisão judicial que resolva efetivamente a questão posta a julgamento, na medida em que a

²²⁶ ABOUD, Georges apud NERY, Carmen Lígia. **Decisão Judicial e Discricionariedade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 162

²²⁷ TARUFFO, Michele. **A prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 130.

valoração da prova é essencial para a escolha racional do arcabouço fático-jurídico que comporá a decisão final.²²⁸

Com efeito, a valoração da prova está inserida na instrução probatória, que é “o conjunto de atos processuais que têm por objeto recolher as provas com que deve ser decidido o litígio”.²²⁹

Portanto, é essa conexão entre os fatos postos no processo penal, na denúncia ou queixa-crime, bem como nas defesas do réu, e a decisão judicial final, que representará, através da valoração da prova, o caminho pelo qual o julgador percorreu para decidir de um ou de outro modo.

Além disso, é também na decisão final que as partes terão a cognição das razões de decidir, no intuito de verificar como e porque seus argumentos foram ou não considerados, bem como analisar a qualificação jurídica do direito aplicado ao caso concreto.

Entretanto, dependendo do modelo de valoração de prova adotado, o julgador terá maior ou menor liberdade de adesão ou não às provas e aos fatos qualificados juridicamente pelas partes e levadas ao processo, o que influi no contraditório e na fundamentação da decisão.

Destacam-se, neste contexto, os três sistemas de valoração de provas comumente aceitos como principais, quais sejam, a íntima convicção, a prova legal ou tarifada e o livre convencimento motivado ou persuasão racional, objeto do presente trabalho.

De começo, vale destacar que é lugar comum na doutrina nacional²³⁰ apontar o surgimento do livre convencimento do julgador como forma de combate ao sistema de

²²⁸ BADARÓ, Gustavo H. Editorial dossiê “**Prova penal**: fundamentos epistemológicos e jurídicos”. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 43-80, jan./abr. 2018, p. 62.

²²⁹ MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**, vol II. Campinas: Boockseller, 1997, p. 249.

²³⁰ Neste sentido, Lopes Jr, Aury. **Direito processual penal**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 382: “Também decorre da própria ausência de um sistema de prova tarifada, de modo que todas as provas são relativas, nenhuma delas tem maior prestígio ou valor que outras, nem mesmo provas técnicas [...]”. DE OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Livre apreciação da prova**: perspectivas atuais. Cadernos Do Programa De Pós-Graduação Em Direito – PPGDir./UFRGS, p. 225: “Aliás, se bem atentarmos à lição da história, constatar-se-á que as grandes mudanças do processo sempre ocorreram no terreno da prova. Verifique-se, por exemplo, a passagem do sistema da prova legal para o da persuasão racional [...]. No campo do processo civil, tem-se, por exemplo, a passagem de Leonardo Ziesemer Schimitz, ainda na vigência do antigo CPC, ao dizer: “[...] veja-se o art. 131 do CPC/1973, que fala em apreciação ‘livre’ da prova e da indicação dos motivos que formaram o ‘convencimento’ do julgador. Daí se pode extrair, tão somente, uma ruptura com o antigo e defasado sistema tarifário de provas,

provas tarifadas, no qual o magistrado ficava adstrito, por lei, a uma hierarquia probatória que deveria se utilizar para decidir. Desse modo, não havia espaço de liberdade para o julgador valorar a prova quando de sua consideração ou não na decisão judicial.

Também a doutrina estrangeira, a exemplo de Michelle Taruffo, afirma, categoricamente, que “o primeiro e principal significado de livre convencimento do juiz é definido por antítese com relação ao conceito de prova legal, e envolve os métodos de determinação da eficácia da prova”.²³¹

No mesmo sentido, Girolamo Monteleone, explica que “o princípio da livre convicção do juiz aparece de forma explícita, rompendo com o sistema de prova legal sempre seguido (pelo menos na Europa continental)”.²³²

Ocorre que, o sistema de prova tarifada surgiu, justamente, para frear o sistema até então fomentado, consubstanciado na íntima convicção do juiz, que decidia sem imposição alguma de fundamentação, ou seja, não era possível que as partes envolvidas no julgamento tivessem o conhecimento das razões de decidir, visto que a convicção era íntima, subjetiva.

Referidos modelos evoluíram de acordo com a necessidade de imposição de limites na atuação do julgador, havendo momentos de grande liberdade, bem como momentos de sua contenção, na medida em que uma maior ou menor liberdade traz consequências diversas à decisão e ao escopo do processo judicial.

Não se pode deixar de registrar que este maior ou menor grau de liberdade do juiz tem a ver com o contexto histórico vivido à época das formulações desses sistemas, visto que “as práticas probatórias não são axiologicamente neutras. Bem ao contrário,

onde havia regras legais para a valoração de umas e outras espécies probatórias”. (SCHIMITZ, Leonardo Ziesemer. **Entre produzir provas e confirmar hipóteses**: o risco do argumento da “busca da verdade real” na instrução e fundamentação das decisões. In: Revista de Processo, vol. 250/2015, p. 91 – 117, dez 2015, p. 5)

²³¹ TARUFFO, Michelle. **Libero convencimento del giudice**. In: Enciclopedia giuridica Treccani, vol. XVII. Roma, 1990, p. 1. Citação original: “il primo e principale significato di libero convincimento del giudice si definisce per antitesi rispetto al concetto di prova legale, ed investe le modalità di determinazione dell'efficacia delle prove”.

²³² MONTELEONE, Girolamo. **Alle origine del principio del libero convencimento motivado**. In: Stato di diritto e garanzie processual. A cura di Franco Cipriani. Edizioni Scientifiche Italiane, 2008, p. 27.

elas revelam tanto características culturais da sociedade como o próprio modelo de Estado em vigor”.²³³

Nessa perspectiva, como primórdios da sistematização da valoração probatória, tem-se as ordálias ou “juízos de deus”, no qual o réu era submetido a provações para que o divino apontasse a culpa, ou seja, “a prova era revelada por Deus, o juiz apenas seguia tal resultado”.²³⁴

A sentença, então, ficava a cargo de uma atribuição divina, que, por meio do juiz, escolhia qual o tipo de duelo seria necessário para a prolação da decisão do mérito da causa posta a julgamento, de modo que “o que se conhece hoje por ‘decisão de mérito’ era ‘atribuição divina’, que – acreditavam – sempre agraciaria o justo”.²³⁵

Referido sistema de valoração probatória, considerado o primeiro, foi difundido na alta idade média, recebendo, contudo, severas críticas, justamente porque a decisão de mérito sobre o caso julgado ficava a cargo de um líder dotado de poderes divinos, sem a necessidade de observância de técnicas de valoração de fatos e provas e de julgamento, “tornando a valoração da prova uma atividade de fé e crença, e não de técnica e racionalidade, podendo-se afirmar não haver propriamente avaliação de provas”²³⁶, ou seja, “esse sistema não levava em consideração fato ou direito. Era uma ‘racionalidade criptosseletiva’ que, guiada por uma instrução oculta, chegava-se à solução divina da causa”.²³⁷No fundo era um sistema de “íntima convicção”.

Passada a fase dos julgamentos divinos, por íntima convicção, operou-se a tentativa de criação de um maior tecnicismo para a valoração do conjunto fático-probatório do processo, o que fez surgir o sistema de prova legal ou tarifada.

Referido sistema pré-estabelecia meios de provas através de seu peso ou importância, no intuito de tolher a liberdade do julgador, que não poderia decidir fora do limite legalmente estabelecido, ou seja:

²³³ KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 7.

²³⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 415.

²³⁵ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. **Presunção de inocência**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 43.

²³⁶ NOGUEIRA, Rafael Fecury. **Evolução histórica dos sistemas de valoração de prova penal**: continuamos evoluindo?. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 156/2019 | p. 307 - 352 |Jun / 2019 DTR\2019\31673, p. 4.

²³⁷ CORDERO, Franco. **Procedimiento penal**. Bogotá: Temis, 2000. t. I, p. 16.

No regime da prova legal havia uma rígida hierarquia entre os diversos meios de prova, do ponto de vista de sua eficácia para o convencimento judicial, preestabelecendo o peso ou valor que cada um deles teria no momento da decisão, dividindo-as em prova plena, prova semiplena, quarto de prova etc.²³⁸

Existia um cálculo propriamente dito sobre a probabilidade legalmente estabelecida para cada tipo de prova, podendo-se, inclusive, haver provas plenas ou consideradas perfeitas, conforme nos elucida Luigi Ferrajoli, nos seguintes termos:

se havia codificado uma verdadeira tarifa de provas que assinalava presumidamente determinadas estimações ou valores probatórios às diversas espécies de prova admitidas no processo, conforme os cálculos de suas probabilidades legalmente preestabelecidos: valor de provas ‘perfeitas’ ou ‘plenas’ a algumas provas, como a confissão ou a declaração de duas testemunhas concordantes; valores de provas ‘imperfeitas’, ‘semiplenas’, ‘mais que semiplenas’ ou ‘menos que semiplenas’ a outras que, combinadas entre si segundo complicadas aritméticas probatórias, poderiam formar uma prova plena ou perfeita.²³⁹

Tal sistema representou um avanço para o processo dos Estados na Idade Média, na medida em que aparece como primeira forma de racionalizar a valoração da prova, no sentido de reduzir a arbitrariedade judicial advinda de julgamentos pautados em subjetividades ou no sobrenatural.

Era, portanto, fruto da “desconfiança contra o arbítrio do julgador, que era um juiz profissional, integrante de uma organização judiciária centralizada e burocratizada”²⁴⁰, surgido a partir da cultura dos juristas medievais, “de cultura jurídica formalística, analítica, categorizante, amante das sutilezas e das complicações classificatórias”²⁴¹, consagrando a confissão do réu como a “*regina probationum*”, no qual se extraía a certeza ou não de cometimento do delito.

Desse modo, no intuito de evitar a discricionariedade do julgador, operou-se um verdadeiro engessamento na valoração probatória, principalmente quando

²³⁸ BADARÓ, Gustavo. **Epistemologia judicial e prova penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 205.

²³⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 129.

²⁴⁰ BADARÓ, Gustavo. **Epistemologia judicial e prova penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 205.

²⁴¹ TARUFFO, Michele. **La prova dei fatti giuridici**. Milano: Giuffrè, p. 362.

considerada a confissão como a prova de maior peso para a condenação, levando a condenações muitas vezes desprovidas de outros elementos de convencimento do juiz no caso concreto, razão pela qual “o sistema ruiu e, deturpando-se o seu escopo de reduzir as arbitrariedades dos juízes, a prova legal começou a ser utilizada de forma mais repressiva do que protetiva”.²⁴²

A prova tarifada ou legal perdurou dos séculos XIII ao XVIII, muito por conta da Santa Inquisição da Igreja Católica, época na qual se buscava a verdade no julgamento através da confissão mediante tortura do réu.

Com efeito, fato curioso em relação à prova tarifada refere-se à contradição entre a predeterminação das provas e seus pesos e a utilização indiscriminada da tortura quando a prova não revelava aquilo que o julgador entendia como prova plena a condenação, ou seja, “aos juízes, vinculados por uma série de previsões que tornavam difícil o alcance de uma prova ‘completa’, era consentido o recurso à tortura, como único instrumento idôneo a esse escopo”.²⁴³

Portanto, nem mesmo com a tarifação de provas foi possível frear o arbítrio judicial, levando a necessidade de mudança, que se desenhou sob os direitos de liberdade do cidadão, codificados na Declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789, bem como através de uma nova visão acerca da relação entre indivíduo e autoridade.²⁴⁴

Por isso, no final do século XVIII, por conta da Revolução Francesa, começou a se desenhar a gênese do que se entende, hoje, por livre convencimento do julgador, que nasceu sob a forma de “íntima convicção”, vista como uma conquista iluminista em face da ausência de liberdade do sistema anterior.²⁴⁵ Em outras palavras:

Foram acirradas as discussões travadas das na (*sic*) Assembleia Nacional Constituinte sobre o critério a ser adotado na apreciação das provas, mas os valores que se visava proteger pareciam muito claros: tanto a preservação do

²⁴² NOGUEIRA, Rafael Fecury. **Evolução histórica dos sistemas de valoração de prova penal: continuamos evoluindo?**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 156/2019 | p. 307 - 352 | Jun / 2019 DTR\2019\31673, p. 6.

²⁴³ NOBILI, Massimo. **Il principio del libero convincimento del giudice**. Milano: Giuffré, 1974, p. 105.

²⁴⁴ NOBILI, Massimo. **Il principio del libero convincimento del giudice**. Milano: Giuffré, 1974, p. 88-90.

²⁴⁵ BADARÓ, Gustavo. **Epistemologia judicial e prova penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 206.

direito de liberdade dos inocentes como a prevenção contra o arbítrio judicial eram objeto da pauta.²⁴⁶

Esse ressurgimento da íntima convicção, agora de forma mais elaborada, foi estabelecido na França pela Lei de 16-24 de agosto de 1790, que trazia princípios inovadores, principalmente quanto à ideologia democrática daquela época, que se afirmou com a Revolução Francesa.²⁴⁷

As novas ideias seguiam a forma de pensar a relação entre Estado e cidadãos típica do iluminismo, no sentido de que era o cidadão quem deveria ter a força de decisão, como forma de enfraquecer o antigo regime que se pautava na centralização da punição pelo Estado absolutista que se utilizou da rigidez das provas tarifadas para perseguir indesejados.

Esse retorno à íntima convicção, ocorreu então sob outro fundamento, não mais na figura divina, como na Idade Média, mas centralizado na ideia de indivíduo.

Por isso, com a mudança da organização judiciária na França, foi introduzido, como uma inovação, o juiz leigo, através da adoção do júri popular de inspiração anglo saxônica, de modo que, diferentemente do juiz profissional e matemático anteriormente vigente, o novo juiz, cidadão, desconhecia os pesos métricos de cada tipo de prova, restando a decisão de acordo com sua íntima convicção.²⁴⁸

Nessa perspectiva, o julgamento pelo juiz “cidadão” se pautava no senso comum, o que era defendido por intelectuais da época, tais como Césare Beccaria, um dos principais expoentes da luta pela humanização do processo penal, que afirmava que, para decidir, basta “o mero e comum bom senso”.²⁴⁹

Aliás, o senso comum ainda norteia muito das discussões acerca da valoração probatória, através de normas jurídicas que fazem menção, por exemplo, às máximas

²⁴⁶ GUEDES, Clarissa Diniz. **Persuasão racional e limitações probatórias**: enfoque comparativo entre os processos civil e penal. 2013. Tese doutorado. Pós graduação stricto sensu da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP. São Paulo: 2013, p. 137.

²⁴⁷ BADARÓ, Gustavo. **Epistemologia judicial e prova penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 206.

²⁴⁸ BADARÓ, Gustavo. **Epistemologia judicial e prova penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 206.

²⁴⁹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 57.

de experiência, que são encontradas até os dias de hoje no direito processual civil, no artigo 375 do CPC/2015, ao permitir que o juiz aplique as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece.²⁵⁰

A par disso, o que se verifica, portanto, da evolução do sistema da prova tarifada é que, no intuito de modernizar o processo penal, acabou-se criando um sistema que deixava o julgador absolutamente livre para valorar a prova, em oposição extrema ao sistema anterior, já que não precisava fundamentar a decisão.²⁵¹

A ausência de fundamentação, ou seja, do caminho que levou o juiz a adotar uma ou outra decisão jurídica diante do caso concreto e das provas produzidas pelas partes não foi visto com bons olhos pelo, então, imperador Napoleão Bonaparte, na medida em que, em algumas situações, as decisões dos jurados iam de encontro a seus interesses.

Esse contexto levou a uma nova reforma no procedimento processual penal através do código dos delitos e das penas francês de 1795, que manteve a íntima convicção, não mais com juízes leigos, mas com juízes togados, introduzindo uma fase de instrução preparatória, escrita e secreta, e que concedia maiores poderes à polícia judiciária²⁵², como forma de obter maior controle sobre o conjunto probatório que seria posto a julgamento.

Essas mudanças foram consagradas no *Code d'Instruction Criminelle* de 1808, o Código de Napoleão, que introduziu o sistema misto de processo penal, no qual a investigação e a produção das provas obedeciam a uma estrutura escrita e sigilosa, ficando à disposição do julgador todo o material probatório ali documentado para que se decidisse com base em sua “íntima convicção”.

Desse modo, a necessidade de racionalização da decisão judicial, no sentido de não pré-determinar o convencimento do julgador na valoração da prova, mas também tomando cuidado para não fundamentar e valorar o conjunto fático-probatório exclusivamente por sua convicção, subjetivamente, moldou a passagem da íntima

²⁵⁰ BRASIL. Lei nº: 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, 17 de Março.

²⁵¹ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 381.

²⁵² NOGUEIRA, Rafael Fecury. **Evolução histórica dos sistemas de valoração de prova penal: continuamos evoluindo?**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 156/2019 | p. 307 - 352 | Jun / 2019 DTR\2019\31673, p. 9.

convicção francesa, que, por sua vez, bebeu nas fontes do júri anglo-saxão, para o livre convencimento motivado.

Nessa linha, livre convencimento motivado ou persuasão racional significa que “não existem limites e regras abstratas de valoração (como no sistema legal de provas), mas tampouco há a possibilidade de formar sua convicção sem fundamentá-la (como na íntima convicção)”²⁵³, de modo a tornar-se, por estas características, o modelo difundido e utilizado até hoje por países de tradição jurídica romano-germânica, como o caso do Brasil.

Gustavo Henrique Badaró define o referido sistema de valoração de provas da seguinte forma:

No sistema de persuasão racional ou do livre convencimento, o juiz é livre para decidir, mas deverá fazê-lo somente levando em conta as provas existentes no processo (*quod non est in act non est in mundus*). Além disso, o juiz deve valorar as provas de forma lógica e racional, confrontando umas com as outras, segundo as regras de lógica e experiência. Todo o seu convencimento deverá ser motivado (CR, art. 93, IX), razão pela qual também é denominado sistema do livre convencimento motivado. É o sistema adotado no Código de Processo Penal.²⁵⁴

Já Guilherme de Souza Nucci afirma o seguinte:

c) persuasão racional: é o método misto, também chamado de convencimento racional, livre convencimento motivado, apreciação fundamentada ou prova fundamentada. Trata-se do sistema adotado, majoritariamente, pelo processo penal brasileiro, que encontra, inclusive, fundamento na Constituição Federal (art. 93, IX), significando a permissão dada ao juiz para decidir a causa de acordo com seu livre convencimento, devendo, no entanto, cuidar de fundamentá-lo, nos autos, buscando persuadir as partes e a comunidade em abstrato.²⁵⁵

Verifica-se, como traço comum na conceituação do livre convencimento a necessidade de motivação da decisão para atender ao preceito constitucional do

²⁵³ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 382.

²⁵⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 415.

²⁵⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 2020, p. 594 (pdf)

artigo 93, IX da Carta Magna, de modo que o julgador não estaria realmente livre para julgar, ante a necessidade de observância dos fatos e provas presentes nos autos.

Outros autores chegam a defender que no livre convencimento motivado ou persuasão racional, “o juiz é livre na formação de seu convencimento, não estando comprometido por qualquer critério de valoração prévia da prova, podendo optar livremente por aquela que lhe parecer mais convincente”.²⁵⁶

Então, a liberdade seria no sentido de o julgador não ficar adstrito previamente a um ou a outro tipo de prova, devendo, entretanto, fundamentar esta liberdade em sua escolha para que haja possibilidade de controle das razões de decidir.

A doutrina estrangeira também chama a atenção para o aspecto de não limitação a um ou outro meio de prova, voltando-se, novamente à superação da prova tarifada, conforme defendido por Michele Taruffo, nos seguintes termos:

O julgador não está mais vinculado a regras abstratas: deve determinar o valor probatório de cada meio de prova específico mediante uma apreciação livre e discricionária. Tal apreciação deve ser realizada caso a caso, de acordo com standards flexíveis e critérios racionais. A ideia básica é a de que esse tipo de julgamento conduza o julgador a descobrir a verdade empírica dos fatos em litígio, com base unicamente no apoio cognitivo e racional oferecido pelos elementos de provas disponíveis.²⁵⁷

Outro traço comum das definições de livre convencimento motivado é o de que o convencimento não é tão livre o quanto possa parecer numa leitura apressada do dispositivo que trata da persuasão racional, justamente pelo fato de que deve haver a devida motivação das razões de fato e de direito que baseiam a sentença, ou seja, “em definitivo, o livre convencimento é, na verdade, muito mais limitado do que livre. E assim deve sê-lo, pois se trata de poder e, no jogo democrático do processo, todo poder tende a ser abusivo. Por isso, necessita de controle”.²⁵⁸

Nessa perspectiva, a tensão entre liberdade e contenção na discricionariedade judicial baseou a gênese do livre convencimento motivado, que, num primeiro momento

²⁵⁶ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24.ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 431 (pdf).

²⁵⁷ TARUFFO, Michele. **A prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 133

²⁵⁸ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 383.

apostou na íntima convicção do juiz cidadão, leigo, para posteriormente transferir a íntima convicção ao juiz togado.

Entretanto, até mesmo entre a doutrina dita mais “crítica” de processo penal no Brasil, ainda se defende a sentença judicial como corrolário do “*sentire*” do juiz, a exemplo do que explana Aury Lopes Jr, ao reproduzir a ideia que “‘sentença’ venha de *sententia*, que, por sua vez, vem de *sententiando*, gerúndio do verbo *sentire*, ensejando a ideia de que, por meio dela, o juiz experimente uma emoção, uma intuição emocional. Mais do que isso, ele sente e declara o que sente”.²⁵⁹

Desse contexto, vê-se que existem resquícios da íntima convicção na persuasão racional, motivo pelo qual, é unânime a defesa do referido sistema de valoração de provas através do argumento da necessidade de fundamentação da decisão.

Com efeito, a fundamentação da decisão segue uma principiologia própria do direito, no Brasil, a partir do artigo 93, IX da Constituição e princípios correlatos, principalmente, o contraditório.

Ocorre que, o livre convencimento motivado, longe de se apresentar como um critério positivo de motivação, surgiu, simplesmente, como forma de superação do sistema de valoração de provas legal ou tarifada, de modo que “a simples rejeição da tarifação legal e a correlata adoção do princípio da livre apreciação da prova, no entanto, não representam a solução para as dificuldades inerentes ao juízo fático”.²⁶⁰

Desse modo, os julgadores começaram a utilizar expressões tais como “íntima convicção”, “sana crítica” ou “máximas de experiência”, de modo que, do abandono do sistema de prova tarifada, passaram a um nada jurídico.²⁶¹

No mesmo sentido, Ferrajoli, que acredita no livre convencimento motivado, afirma que “o princípio da livre convicção do juiz não representa um critério positivo de decisão sobre a verdade, alternativo ao das provas legais, mas equivale simplesmente

²⁵⁹ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1.083.

²⁶⁰ COSTA, Guilherme Racena. “**Livre convencimento e standards de prova**”. In: 40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro. Coord.: Camilo Zufelato e Flávio Luiz Yarshell: Malheiros, 2013, p. 363.

²⁶¹ FENOLL, Jordi Nieva. **Carga de la prueba y estándares de prueba**: dos reminiscências del pasado. In: Revista para el análisis del derecho, nº: 03. Barcelona, 2020, p. 428.

ao rechaço das provas legais como suficientes para determinar a condenação e a pena”.²⁶²

Não há como discordar, por óbvio, da necessidade de fundamentação da decisão judicial, mas, sim, da possibilidade conferida no CPP brasileiro de liberdade de valoração das provas e fatos no processo, bem como na liberdade de escolha de quais fatos e provas o juiz escolhe ser relevante para pôr em sua fundamentação, por um critério que nada diz acerca do caminho que o julgador deve tomar para decidir em Direito.

A questão se torna de maior gravidade quando estabelecido na Constituição, justamente no artigo 93, IX, que toda decisão judicial será fundamentada, sob pena de nulidade.

Desse modo, é preciso trabalhar o alcance da fundamentação jurídica, ou seja, se basta que o julgador escolha, por si, o conjunto fático-probatório a ser valorado livremente num Estado Democrático de Direito que já tem expressos diversos direitos fundamentais, a exemplo do Brasil.

O ponto a ser destacado refere-se ao caráter garantidor do dever de fundamentação das decisões judiciais, principalmente porque “a primeira aparição do dever de motivar corresponde prioritariamente a exigências de caráter político: a busca de uma garantia contra o arbítrio”²⁶³, de modo que uma maior liberdade do julgador para formar sua convicção representa ulteriores dificuldades no controle, caso necessário, de suas razões de decidir, justamente, porque o convencimento é “livre”.

Entretanto, afirmar que a liberdade é “motivada” não responde aos problemas do desvirtuamento do livre convencimento, principalmente quando a jurisprudência dos tribunais superiores chancela, como será demonstrado em tópico próprio, que o julgador não está adstrito a todos os fundamentos das partes para decidir, podendo escolher de acordo com sua livre convicção.

Nesse contexto, deve-se questionar se o livre convencimento motivado ainda responde às necessidades de fundamentação judicial hodiernas, principalmente porque, derivado da íntima convicção francesa e como mera superação a tarifação

²⁶² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. p. 112.

²⁶³ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. **Los ‘hechos’ en la sentencia penal**. México: Fontamara, 2005. p.43.

probatória, é “antes uma resignação diante da falta de uma alternativa melhor (*faute de mieux*) do que uma solução que se impõe por seus próprios méritos”.²⁶⁴

Portanto, a questão a ser demonstrada neste tópico é a de que os sistemas de valoração de provas, tem, em seu cerne, o controle ou não da subjetividade, que, de acordo com dado momento histórico, tende a ser mais ou menos intenso, conferindo grau de liberdade conseqüentemente, maior ou menor, ao julgador.

Como se viu, a formulação do livre convencimento motivado veio através da íntima convicção francesa, permanecendo com os traços de subjetividade conferidas ao julgador, sem que, entretanto, se coloque algo no lugar para que se tenha, ao menos, a possibilidade de conhecimento das razões de decidir, para além do livre convencimento, na medida em que é, livremente, motivado.

Nesta linha, demonstrado que o livre convencimento motivado é, antes de tudo, apenas uma opção à prova tarifada, com resquícios da íntima convicção, necessário, para o processo penal, o estudo dos sistemas processuais penais, na medida em que, a depender de suas características, estar-se-á diante de uma maior ou menor liberdade para que o juiz valora a prova e a considere, diante do substrato fático, na decisão judicial.

O problema se dá na permanência na aposta em posições individualizadas, seja na figura do divino, seja na figura do juiz leigo ou jurado, seja na figura do juiz togado, em detrimento da intersubjetividade.

Dito de outro modo, no âmbito das teorias metafísicas e na permanência do esquema sujeito-objeto, passou da prova tarifada, corolária da objetividade, para o livre convencimento, pautado na subjetividade do homem da modernidade, sem, entretanto, em ambas as posições, haver a abertura para o giro linguístico e a hermenêutica filosófica.

Nesse contexto, o questionamento que se deixa e que será ao final respondido é: quando se fala em processo penal acusatório, o livre convencimento motivado atende aos preceitos dos artigos 5º, LV, LIV, LVII e, principalmente, do 93, IX da CRFB/88?

²⁶⁴ COSTA, Guilherme Racena. “**Livre convencimento e *standards* de prova**”. In: 40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro. Coord.: Camilo Zufelato e Flávio Luiz Yarshell: Malheiros, 2013, p. 363.

Por isso, será feito, no próximo tópico, um estudo sobre o sistema acusatório e a valoração probatória, para, a partir daí, contextualizar toda a temática à luz da Crítica Hermenêutica do Direito (CHD).

3. LIVRE CONVENCIMENTO COMO CARACTERÍSTICA DO SISTEMA ACUSATÓRIO

Os sistemas de valoração probatória têm ligação direta com o sistema de processo penal adotado por determinada legislação, na medida em que, a depender de um ou de outro sistema, o julgador terá mais ou menos poderes instrutórios, por exemplo, bem como uma maior ou menor liberdade para decidir.

Fala-se que a Constituição brasileira procurou efetivar uma estrutura acusatória, mais democrática, principalmente pela positivação do contraditório, da presunção de inocência e da necessidade de fundamentação das decisões judiciais.

Ocorre que, para delimitar o que seja acusatório, bem como suas características atuais, necessário o estudo de sua gênese, bem como sua imbricação com características do sistema inquisitório.

Isso porque, a classificação entre modelos acusatório, inquisitório ou misto não é unânime na doutrina, no sentido de que não existe pureza metodológica na passagem de um modelo para outro, ou seja:

Há quem reconheça a relativa inconsistência dogmática no raciocínio que parte dessa catalogação conforme moldes antecipadamente delimitados com base em elementos constitutivos essenciais, pela simples razão de que a elaboração conceitual dos modelos e a definição do que seriam seus elementos fundamentais ou apenas contingentes "sono ampiamente convenzionali", além do que a delimitação das propriedades essenciais aos dois sistemas é marcadamente influenciada por juízos de valor, a partir do nexos que se faz entre sistema acusatório e modelo garantista de um lado, e entre sistema inquisitório e modelo autoritário de outro.²⁶⁵

²⁶⁵ PEREIRA, Frederico Valdez. **Para além do reducionismo acusatório-inquisitório**: a inserção do justo processo no estudo dos temas do processo penal. Revista dos Tribunais, vol. 964/2016, p. 349-374, fev. 2016, p. 1-2.

No mesmo sentido:

A doutrina tem discutido muito a respeito dos modelos de processo penal à luz do discurso dos sistemas. As análises em geral são conduzidas insistindo numa visão que fica circunscrita a uma dicotomia de pretensos modelos ideais: os denominados “sistema acusatório” e “sistema inquisitório”. Nessa linha de pensamento, há todo um discurso na academia nacional de que o Brasil deveria “abandonar” o “sistema inquisitório” e “adotar” o “sistema acusatório” de processo penal.²⁶⁶

Do exposto, não se desconhece a dificuldade na consideração de um sistema puro, entretanto, a evolução, tanto do direito, quanto do processo penal, passando pelas hibridações e conceituações até os dias atuais, revelam um sentido no que seria um ou outro sistema de processual penal, principalmente no pós guerra, ocasião em que as Constituições nacionais instituíram uma principiologia para as garantias processuais fundamentais que vinculam seus destinatários, desde o tratamento ao investigado numa delegacia de polícia, por exemplo, até a decisão final com trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Com efeito, a gênese do sistema acusatório remonta ao século XVIII, na Inglaterra, em contraposição ao sistema inquisitório que predominava na Europa medieval, quase na mesma época, de modo que, aquele sistema, tem suas bases na democracia grega, no antigo Código de Processo Penal germânico e nas antigas legislações orientais.²⁶⁷

Nesse sentido, o sistema inglês remonta à instituição do júri, que no começo possuía um componente “inquisitório”, caracterizado pela figura dos *sheriffs*, que faziam a investigação pessoalmente ou através de júris formados para tanto, o que aproximava

²⁶⁶ GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. **A Reforma do Processo Penal Brasileiro e o Paradigma “Acusatório” do Processo Penal Anglo-Americano**. In: Questões atuais do sistema penal: estudos em homenagem ao professor Roncaglio. Paulo César Busato (Coord). Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2013, p. 263.

²⁶⁷ GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. **A Reforma do Processo Penal Brasileiro e o Paradigma “Acusatório” do Processo Penal Anglo-Americano**. In: Questões atuais do sistema penal: estudos em homenagem ao professor Roncaglio. Paulo César Busato (Coord). Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2013, p. 264/265.

o modelo inglês do sistema inquisitório da Europa continental.²⁶⁸ Para que fique mais claro:

Quanto aos juris, o detalhe “inquisitório” residia no fato de que eram compostos por pessoas que já conheciam o caso, vizinhos do autor do delito ou da vítima, verdadeiras testemunhas, razão pela qual nem de longe representavam garantia de imparcialidade e igualdade.²⁶⁹

Verifica-se, então, que havia interesse pessoal na investigação e julgamento do caso por tais jurados, visto que “estes jurados, inclusive, muitas vezes estavam de olho no patrimônio do condenado que seria confiscado após a execução de sua sentença de morte, circunstância que reforçava o medo da população em ser julgada pelo júri”.²⁷⁰

Num primeiro momento, se submeter ao júri era facultativo, porém, a partir do ano de 1772, quem não se submetesse ao procedimento do júri era, de pronto, condenado, nos termos do *Statute 12* de George III. Em 1827, pelo “*Peel’s Criminal Law Act*, os ingleses passaram a admitir uma declaração de ‘não culpado’ também para quem se recusa-se a submeter-se ao júri”.²⁷¹

Existia no júri inglês, então, característica marcante do que poderia caracterizar um sistema “inquisitório” de processo penal, qual seja, a ausência de imparcialidade dos jurados no julgamento dos casos concretos, o que corrobora a ausência de pureza metodológica na passagem de um modelo para outro. Suas características se entrelaçavam, portanto.

²⁶⁸GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. **A Reforma do Processo Penal Brasileiro e o Paradigma “Acusatório” do Processo Penal Anglo-Americano**. In: Questões atuais do sistema penal: estudos em homenagem ao professor Roncaglio. Paulo César Busato (Coord). Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2013, p. 268.

²⁶⁹GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. **A Reforma do Processo Penal Brasileiro e o Paradigma “Acusatório” do Processo Penal Anglo-Americano**. In: Questões atuais do sistema penal: estudos em homenagem ao professor Roncaglio. Paulo César Busato (Coord). Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2013, p. 268.

²⁷⁰GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. **A Reforma do Processo Penal Brasileiro e o Paradigma “Acusatório” do Processo Penal Anglo-Americano**. In: Questões atuais do sistema penal: estudos em homenagem ao professor Roncaglio. Paulo César Busato (Coord). Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2013, p. 268.

²⁷¹ BENTLEY, David. **English Criminal Justice in the Nineteenth Century**. London: The Hambledon Press, 1998, p. 138.

Nessa perspectiva, para melhor delimitar a imbricação dessas características, deve-se voltar à Idade Média, mais especificamente, 1215, quando a Magna Carta traçou alguns parâmetros do que se poderia considerar como “acusatório”.

A Magna Carta, vale ressaltar, se trata de um documento de manutenção dos privilégios dos barões na deposição do rei João Sem Terra, ou seja, era muito mais uma questão de dinheiro e posses do que uma declaração de liberdade.²⁷²

Entretanto, estabeleceu algumas balizas de insurgências contra arbítrios do rei ou de outros cidadãos, através de petição direcionada ao próprio rei, ao Chefe de Justiça ou a um conselho de 25 barões que controlavam o rei e o impunham a obediência aos preceitos do referido documento.²⁷³

Nesse sentido, a Carta Magna trouxe a garantia de importantes direitos, tais como a liberdade de ir e vir, o acesso à justiça e a proporcionalidade entre crime e sanção, em suma, a ideia do que viria a ser conhecido como Devido Processo Legal, conforme aduz Rodrigo Régner Chemim Guimarães:

No que concerne aos aspectos processuais penais, além de assegurar o direito de ir e vir (artigos 41 e 42) e o acesso à Justiça a todos (artigo 40), bem como estabelecer o princípio da proporcionalidade entre crime e sanção (artigos 20 e 21) e indicar como condição da ação aquilo que hoje Afrânio Silva Jardim sintetizou como “justa causa”, ou seja, exigir elementos probatórios preliminares à acusação (artigo 38), e também proibir que alguém seja preso pela prática de homicídio quando acusado por mulher (exceto quando o morto for seu marido), revelando que por outros motivos era possível a prisão cautelar (artigo 54), destaca-se o artigo 39, embrião da ideia de devido processo legal.²⁷⁴

Um dos maiores avanços do referido documento foi traçado no artigo 39, que preceituava que nenhum homem livre seria capturado ou aprisionado, ou

²⁷²GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. **A Reforma do Processo Penal Brasileiro e o Paradigma “Acusatório” do Processo Penal Anglo-Americano**. In: Questões atuais do sistema penal: estudos em homenagem ao professor Roncaglio. Paulo César Busato (Coord). Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2013, p. 273.

²⁷³GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. **A Reforma do Processo Penal Brasileiro e o Paradigma “Acusatório” do Processo Penal Anglo-Americano**. In: Questões atuais do sistema penal: estudos em homenagem ao professor Roncaglio. Paulo César Busato (Coord). Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2013, p. 273/274.

²⁷⁴GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. **A Reforma do Processo Penal Brasileiro e o Paradigma “Acusatório” do Processo Penal Anglo-Americano**. In: Questões atuais do sistema penal: estudos em homenagem ao professor Roncaglio. Paulo César Busato (Coord). Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2013, p. 274/275.

desapropriado dos seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou de algum modo lesado, exceto pelo julgamento legítimo dos seus pares ou pela lei do país, o que revelava o intuito de limitação do poder do rei frente aos cidadãos.

Entretanto, o rei João Sem Terra nunca cumpriu efetivamente a Magna Carta, de modo que, após sua morte, seu filho, Henrique III, alterou o documento, e, em relação ao julgamento pelo júri, “o que se tem é um paulatino incremento da produção de provas testemunhais, particularmente quando os jurados não conheciam o caso e não podiam valer-se do próprio testemunho para proferir o veredicto”.²⁷⁵

Outras modificações no modelo de júri se deram por conta da “peste negra”, que atingiu a Inglaterra entre os anos de 1348 e 1349, dizimando boa parte da população, o que contribuiu para a não solidificação do modelo de júri, haja vista a ausência de cidadãos aptos a atuarem como jurados.²⁷⁶

Em razão disso, surgiu a figura do “Juiz de Paz”, julgador que exercia todas as funções sozinho, se aproximando, portanto, do que se chama, hodiernamente, de uma atitude processualmente inquisitória.²⁷⁷

Nessa linha, a partir de 1529, o Rei Henrique III instituiu o modelo processual da *equity*, pautado na jurisdição do “chanceler”, “aproximando-se muito do modelo inquisitorial da Igreja Católica”²⁷⁸, na medida em que “o Chanceler do rei era quem inquiria as partes e decidia o caso que lhe era trazido, ou seja: ao concentrar as

²⁷⁵ GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. **A Reforma do Processo Penal Brasileiro e o Paradigma “Acusatório” do Processo Penal Anglo-Americano**. In: Questões atuais do sistema penal: estudos em homenagem ao professor Roncaglio. Paulo César Busato (Coord). Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2013, p. 275.

²⁷⁶ GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. **A Reforma do Processo Penal Brasileiro e o Paradigma “Acusatório” do Processo Penal Anglo-Americano**. In: Questões atuais do sistema penal: estudos em homenagem ao professor Roncaglio. Paulo César Busato (Coord). Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2013, p. 276.

²⁷⁷ GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. **A Reforma do Processo Penal Brasileiro e o Paradigma “Acusatório” do Processo Penal Anglo-Americano**. In: Questões atuais do sistema penal: estudos em homenagem ao professor Roncaglio. Paulo César Busato (Coord). Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2013, p. 277.

²⁷⁸ GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. **A Reforma do Processo Penal Brasileiro e o Paradigma “Acusatório” do Processo Penal Anglo-Americano**. In: Questões atuais do sistema penal: estudos em homenagem ao professor Roncaglio. Paulo César Busato (Coord). Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2013, p. 278.

funções de gestor da prova e julgador, o modelo processual inglês daquele tempo revela-se aos olhos de hoje como ‘inquisitório’²⁷⁹.

Verifica-se, desse modo, que o sistema acusatório inglês incorporou características inquisitórias do sistema continental europeu, de modo que, também os países europeus, agregavam características do sistema acusatório.

Nesse contexto, o que se quer demonstrar é que, realmente, os sistemas de processo penal não são puros, principalmente no que se denomina como origem do sistema acusatório, majoritariamente advindo do direito inglês.

O advogado de defesa, por exemplo, mesmo no século XIX, demorou a ser amplamente difundida nos julgamentos criminais ingleses, de modo que:

[...] o direito a ter um advogado de defesa, por exemplo, somente apareceu no cotidiano do processo penal inglês, por volta do ano 1730, e mesmo assim de forma bastante tímida. [...] no ano de 1740 apenas 0,5% dos casos contavam com advogados de defesa e, no ano de 1750, apenas 1,1% dos casos. Esses números pouco se alteraram nos anos seguintes, oscilando entre 6% (1755) e 2,1% (entre 1770 a 1775). Em 1795 houve um incremento com os casos com a presença de advogados de defesa chegando a 36,6% e em 1800 a 27,9%. de qualquer sorte, a regra, mesmo no início do século XIX, continuava a ser a ausência de uma defesa técnica.²⁸⁰

Foi somente na década de 80 do século XX que houve a estruturação do Ministério Público inglês. Antes disso, a polícia tinha poderes exagerados nas investigações, o que gerava frequentes abusos.²⁸¹

²⁷⁹GUIMARÃES, Rodrigo Régnier Chemim. **A Reforma do Processo Penal Brasileiro e o Paradigma “Acusatório” do Processo Penal Anglo-Americano**. In: Questões atuais do sistema penal: estudos em homenagem ao professor Roncaglio. Paulo César Busato (Coord). Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2013, p. 278.

²⁸⁰GUIMARÃES, Rodrigo Régnier Chemim. **A Reforma do Processo Penal Brasileiro e o Paradigma “Acusatório” do Processo Penal Anglo-Americano**. In: Questões atuais do sistema penal: estudos em homenagem ao professor Roncaglio. Paulo César Busato (Coord). Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2013, p. 282.

²⁸¹GUIMARÃES, Rodrigo Régnier Chemim. **A Reforma do Processo Penal Brasileiro e o Paradigma “Acusatório” do Processo Penal Anglo-Americano**. In: Questões atuais do sistema penal: estudos em homenagem ao professor Roncaglio. Paulo César Busato (Coord). Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2013, p. 284.

A ausência de advogado de defesa é característica inquisitória, já que, se o acusado confirmasse a acusação através da tortura, a defesa era absolutamente dispensável.²⁸²

Portanto, a gênese do que se denomina como modelo acusatório apresentava muitas características que do que hoje se considera inquisitório, justamente, pela ausência de imparcialidade no julgamento do caso concreto, no caso do júri, porque compostos por pessoas que já conheciam o caso e decidiam antes do julgamento e também na instituição, pós “peste negra” dos Juízes de Paz que concentravam as funções de acusar e julgar, pela ausência de defesa técnica nos processos penais ingleses ou pelos abusos cometidos pela polícia em passado recente, na década de 80 do século passado.

O ponto nevrálgico do presente tópico, é ressaltar que o júri inglês inspirou o sistema francês de íntima convicção, o que depois veio a se tornar o livre convencimento motivado ou persuasão racional.

Além disso, o Código Napoleônico, que instituiu o sistema misto de processo penal, com uma fase inquisitória, escrita e sem contraditório, e outra dita acusatória, com julgamento perante o júri por íntima convicção, entrelaçou as características dos sistemas inquisitório, da Europa continental, com o acusatório, do direito inglês.

Apesar dessa imbricação dos sistemas, a doutrina estabeleceu características delimitadoras de um e de outro sistema, resumidas, principalmente, na separação das figuras de acusar, defender e julgar.

No sistema inquisitório, a figura do acusador e do juiz se concentram na pessoa do julgador, de modo que no sistema acusatório, acusador e julgador estão em posições distintas e pré-estabelecidas e o réu deixa de ser considerado um objeto para ser sujeito de direitos.

No ano de 2021, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do Habeas Corpus nº: 640518/SC, de relatoria do Ministro Jorge Mussi, atestou que:

Inexiste controvérsia acerca do modelo acusatório conferido ao sistema penal brasileiro, caracterizado pela separação das atividades desempenhadas

²⁸² LOPES JR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 226.

pelos atores processuais, pela inércia da jurisdição e imparcialidade do julgador, tampouco de que a cabe ao Ministério Público, na forma do artigo 129 da Constituição Federal, promover privativamente a ação penal pública. (STJ — HC: 640518 SC 2021/0015845-2, relator: ministro JORGE MUSSI, Data de Publicação: DJ 22/01/2021)

O sistema acusatório moderno pode ser descrito através das seguintes características:

a) clara distinção entre as atividades de acusar e julgar; b) a iniciativa probatória deve ser das partes (decorrência lógica da distinção entre as atividades); c) mantém-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à coleta da prova, tanto de imputação como de descargo; d) tratamento igualitário das partes (igualdade de oportunidades no processo); e) procedimento é em regra oral (ou predominantemente); f) plena publicidade de todo o procedimento (ou de sua maior parte); g) contraditório e possibilidade de resistência (defesa); h) ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional; i) instituição, atendendo a critérios de segurança jurídica (e social) da coisa julgada; j) possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição.²⁸³

Verifica-se que dentre as características do sistema acusatório, está o “livre convencimento motivado”. Aliás, é traço comum da doutrina processual penal reconhecer como característica do sistema acusatório a persuasão racional ou livre convencimento.²⁸⁴

Ocorre que, o livre convencimento, no contexto do sistema acusatório, surgiu, como se demonstrou, da íntima convicção francesa, que, por sua vez, bebeu nas fontes do sistema acusatório inglês, que apresentava diversas características inquisitórias, não representando, necessariamente, um padrão processual democrático ou limitador do arbítrio do Estado.

Como conclusões, se demonstra que, também através da conceituação dos sistemas de processo penal, para além dos sistemas de valoração de prova, o livre

²⁸³ LOPES JR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 218.

²⁸⁴ Neste sentido, “Os princípios do contraditório, da ampla defesa e da publicidade regem todo o processo; o órgão julgador é dotado de imparcialidade; o sistema de apreciação das provas é o livre convencimento motivado”. TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 12. Ed. Salvador: JusPodvm, 2017, p. 55.

convencimento mantém forte ligação com a íntima convicção, sendo apontado, hodiernamente, como característica do sistema acusatório.

Portanto, falar em sistema acusatório de processo penal para a presente dissertação quer dizer romper com paradigmas de características reconhecidamente inquisitórias, já que este sistema de processo penal está umbilicalmente ligado ao paradigma da filosofia da consciência²⁸⁵, porque permitia o controle da produção de prova e a fundamentação da decisão ao juiz, mesmo no sistema de provas legais ou tarifadas, que, como se viu, teve a utilização da tortura de forma discricionária pelos julgadores na Idade Média.

Deve-se romper com discricionariedades e subjetividades no processo penal, motivo pelo qual o conceito de sistema acusatório utilizado é aquele pelo qual “a aplicação igualitária do direito penal penetra no direito processual-penal. É a porta de entrada da democracia. É o modo pelo qual se garante que não existe um ‘dono da prova’”.²⁸⁶

Em suma, referido conceito se insere no contexto da base teórica estudada, a CHD, a tratar o processo penal brasileiro pelas suas normas constitucionais expressamente positivadas, principalmente aquela do artigo 93, IX da CRFB/88, que impõe a necessidade de fundamentação das decisões judiciais, atendendo-se à integridade e a coerência do direito a uma resposta constitucionalmente adequada em Direito. É este o conceito de sistema acusatório que permeia toda a dissertação.

3.1. LIVRE CONVENCIMENTO E BUSCA DA VERDADE NO PROCESSO PENAL

A busca da verdade é um dos fundamentos da filosofia, de modo que estando o Direito inserido na filosofia, por isso a referência à filosofia no direito e não filosofia do direito, a relação entre verdade e decisão judicial também é matéria a ser debatida no âmbito

²⁸⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Novo Código de Processo Penal**: O problema dos sincretismos de sistemas (inquisitorial e acusatório). Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 46 n. 183 julho./set. 2009, p. 119.

²⁸⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Novo Código de Processo Penal**: O problema dos sincretismos de sistemas (inquisitorial e acusatório). Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 46 n. 183 julho./set. 2009, p. 120.

da filosofia, nos termos do que faz a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD). Neste sentido, a busca da verdade judicial:

se comprende entonces hasta dónde el problema de la verdad en el juicio penal supone y remite a aquel otro, que es el problema central de la filosofía teórica: el de la verdad y, más en general, el del conocimiento. No se trata de un problema, ciertamente difícil y controvertido, sino, antes bien, del problema filosófico por excelencia, que desde siempre ha fatigado a la flexión epistemológica, con una complicación no pequeña: la adquisición de la verdad en el proceso penal constituye el presupuesto de una decisión de condena o de absolución, que incide sobre las libertades fundamentales de la persona juzgada.²⁸⁷

Estando o livre convencimento profundamente ligado à íntima convicção, a busca da verdade no processo é um de seus pressupostos.

No processo penal do Brasil, a busca da verdade é positivada no artigo 156 do CPP, que, faculta ao juiz, inclusive, de ofício, “ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida”²⁸⁸ e “determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”.²⁸⁹

O processo penal ainda trabalha na crença da verdade “real”, ou seja, aquela verdade do que realmente teria ocorrido, uma verdade “verdadeira”, portanto. Neste sentido, a doutrina de José Frederico Marques, quando afirma que a verdade real constitui se como a:

a causa finalis da instrução e, portanto, do próprio processo. Tendo em vista os graves interesses que estão em conflito, na instância penal, é absolutamente imprescindível que fique elucidado o *thema probandum* a fim de que se dê solução justa e exata ao pedido que se contém na acusação. E

²⁸⁷ GUZMÁN, Nicolás. **La verdad en el proceso penal**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Didot, 2018, prefácio.

²⁸⁸ Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

²⁸⁹ II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

isso só se consegue quando emerge da instrução, de maneira fiel e real os acontecimentos que motivaram a acusação.²⁹⁰

Os autores que defendem a verdade real a ligam aos poderes instrutórios do juiz criminal, de modo que “em homenagem à *verdade real*, que necessita prevalecer no processo penal, deve o magistrado determinar a produção de provas que entender pertinentes e razoáveis para apurar o fato criminoso”.²⁹¹ Neste sentido, Hélio Tornaghi defende que o juiz deve “pesquisar e descobrir a verdade”.²⁹²

Também Fernando da Costa Tourinho Filho afirma que o juiz penal “tem o dever de investigar a verdade real, procurar saber como os fatos se passaram na realidade, quem realmente praticou a infração e em que condições a perpetrou, para dar base certa à Justiça”.²⁹³

A jurisprudência pátria também aceita a busca pela verdade real ou material no processo penal, conforme se pode retirar, de forma exemplificativa, de acórdão datado do ano de 2022 do Supremo Tribunal Federal (STF) num caso em que não houve a presença do membro do Ministério Público nas audiências em delito de estupro de vulnerável, atrelando-se, mesmo em se tratando o Ministério Público de órgão constitucionalmente incubido de fiscal da lei, em caso envolvendo menor de idade, à sua ausência à busca da verdade real, destacando-se, ainda, que não houve violação ao sistema acusatório, *in verbis*:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. AUSÊNCIA DO REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. 1. Esta SUPREMA CORTE já decidiu que “a ausência do representante do Parquet na audiência de instrução e julgamento, apesar de devidamente intimado, não impede que o Magistrado prossiga com o ato”, bem como “não obsta o Juiz de promover a inquirição das testemunhas, desde que respeitadas às formalidades previstas no Código de Processo Penal Brasileiro” (HC 135.371/SC, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe de 11/10/2016). No mesmo sentido: HC 204.775/MG, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, DJe de 17/8/2021. 2. Nessas circunstâncias, não há que se falar em violação do

²⁹⁰ MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. São Paulo: Forense, 1965, v. II, p. 279.

²⁹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 394/395.

²⁹² TORNAGHI, Hélio. **Instituições de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1977, 3º vol, p. 414.

²⁹³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 37.

sistema acusatório, sobretudo porque a legislação processual penal, em *decorrência dos princípios da busca da verdade real e do impulso oficial, previu hipóteses de atuação, como na espécie, pelo Juiz processante (CPP, arts. 209 e 212)*. 3. Além disso, ficou registrado que não se observa nenhum prejuízo à defesa, que, inclusive, esteve presente na audiência ora atacada. Ainda, o impetrante nem sequer indicou de que modo a renovação do referido ato processual com a presença do Ministério Público poderia beneficiar o acusado, limitando-se a apontar, mediante considerações genéricas, violação ao devido processo legal. 4. Responsabilidade penal do paciente amplamente examinada e decidida em sede própria (primeira e segunda instâncias, incluindo Revisão Criminal). 5. Agravo Regimental a que se nega provimento. (HC 212669 AgR, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 04/04/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-067 DIVULG 05-04-2022 PUBLIC 06-04-2022)

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), em recente acórdão, julgado em 02/08/2022, no qual se afirma que é facultado ao juiz, pelo “busca da verdade real” determinar a oitiva de testemunhas diferentes das arroladas na inicial acusatória, conforme se retira já da ementa do julgado:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. 1. PEDIDO DE REUNIÃO DE PROCESSOS. ALEGADA CONEXÃO. MATÉRIA NÃO EXAMINADA NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 2. REVOGAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR. TEMA NÃO EXAMINADO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. MATÉRIA JÁ ANALISADA NO HC 699.034/MG. 3. VIOLAÇÃO SEXUAL MEDIANTE FRAUDE. ART. 215 DO CP. CRIME PRATICADO ANTES DA LEI 13.718/2018. NECESSIDADE DE REPRESENTAÇÃO. EFETIVA OCORRÊNCIA. DECADÊNCIA NÃO VERIFICADA. 4. NÃO OFERECIMENTO DO ANPP. REQUISITOS LEGAIS NÃO PREENCHIDOS. AUSÊNCIA DE CONFISSÃO. CONDUTA CRIMINAL REITERADA. 5. APRESENTAÇÃO DE DUAS RESPOSTAS À ACUSAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. 6. PEDIDO DE OITIVA DE INFORMANTES. TESTEMUNHAS DO JUÍZO. FACULDADE DO JUIZ. 7. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. [...]. 6. No que diz respeito ao pedido de oitiva de informantes como testemunhas do juízo, tem-se que, "havendo a preclusão temporal, a indicação de testemunhas do juízo, prevista no art. 209 do Código de Processo Penal, não constitui direito subjetivo da parte, mas sim *uma faculdade do magistrado, na qual determinará, se entender necessário à busca da verdade real, a oitiva de testemunhas distintas daquelas arroladas inicialmente*". (AgRg no HC n. 549.157/RS, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 27/10/2020, REPDJe de 12/11/2020, DJe de 3/11/2020). 7. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no RHC n. 166.837/MG, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 2/8/2022, DJe de 8/8/2022.)

Nesse contexto, verifica-se que, ainda em 2022, a aposta na busca pela verdade real no processo penal permanece forte, já que corroborada pelos tribunais superiores,

responsáveis pela uniformização da legislação federal e constitucional, no caso, STJ e STF, respectivamente, portanto, a temática tem inegáveis consequências práticas.

Apesar disso, existe parte da doutrina nacional crítica a busca pela verdade real, porque, num sistema que se pretenda acusatório, o magistrado não deve ou não deveria fazer as partes da investigação ou da acusação, daí porque seria uma característica eminentemente inquisitória. Neste sentido, a doutrina de Aury Lopes Jr:

O mito da verdade real está intimamente relacionado com a estrutura do sistema inquisitório; com o “interesse público” (cláusula geral que serviu de argumento para as maiores atrocidades); com sistemas políticos autoritários; com a busca de uma “verdade” a qualquer custo (chegando a legitimar a tortura em determinados momentos históricos); e com a figura do juiz-ator (inquisidor).²⁹⁴

Desse modo, a busca pela verdade foi fundamento a legitimar, principalmente, o processo inquisitório da santa inquisição católica, no qual se buscava a verdade, inclusive, com a utilização da tortura.

O grande problema nessa crença se revela nas práticas do dia a dia dos atores jurídicos que trabalham com o processo penal, que labutam em face de uma “cultura inquisitiva”²⁹⁵ que passa a pautar o processo penal pela sua finalidade de busca da verdade real.

Apesar das críticas, a doutrina majoritária, corroborada pela jurisprudência dos tribunais superiores, entende que a finalidade do processo penal é sim a busca de uma verdade, mas não da verdade real ou substancial, mas aquela verdade necessária para justificar a decisão judicial, não havendo incompatibilidade entre a busca da verdade no processo e o modelo de processo acusatório.

Para Michele Taruffo, a busca da verdade é intimamente ligada ao livre convencimento motivado como condição necessária para se chegar a decisão judicial:

El problema de la capacidad del proceso de alcanzar la verdad de los hechos no puede, pues, resolverse negativamente a priori y puede tener respuestas positivas distintas en función del tipo particular de proceso que se tome en

²⁹⁴ LOPES JR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 564 (pdf).

²⁹⁵ LOPES JR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 564.

consideración. Así, por ejemplo, se puede sostener que esa capacidad es mínima en un proceso que limite fuertemente el empleo de los medios de prueba y tenga muchas reglas de prueba tajada; en cambio, esa capacidad es máxima en un proceso en el que todas las pruebas relevantes sean admisibles y estén todas sujetas a la libre apreciación del juez.²⁹⁶

Num outro sentido, ainda existe a doutrina que acredita na busca da verdade, mas uma verdade processual. Neste sentido, a doutrina de Gustavo Badaró, ao afirmar que “o processo acusatório também é um processo que busca a ‘verdade’, embora a ‘verdade’ almejada no processo acusatório não seja a mesma que aspira o processo inquisitivo”.²⁹⁷ Seria algo parecido com uma verdade por correspondência.

A par das visões acerca da busca da verdade no processo, a questão central a ser analisada neste tópico é a de que essa busca, seja da verdade real, seja outra verdade a ser posta na decisão judicial penal, faz com que haja uma apropriação, principalmente, das funções da acusação pelo julgador, bem como permite que a gestão da prova seja controlada pelo magistrado.

O processo penal brasileiro apresenta, em sua estrutura, a delimitação da fase pré-processual, geralmente representada pelo inquérito policial, que demarcará o conjunto indiciário para que o Ministério Público ou o Querelante, na ação penal privada, formule a acusação.

É a acusação, portanto, quem vai juntar ou requerer a prova do cometimento do crime, de modo que não está nas mãos do juiz formular ou consertar uma acusação insubsistente, já que, pela lei e pela Constituição, esta missão incumbe a quem está acusando, nos termos do artigo 129 da Carta Magna.

Então, a busca pela verdade é incompatível com uma estrutura de processo penal democrático, no qual se deve separar as funções de acusação, defesa e julgamento, mormente, porque, a invasão de um ou outro ator processual em suas esferas respectivas, tem inegáveis consequências práticas num processo penal que tem como standard probatório, o *in dubio pro reo* como regra de tratamento do indivíduo.

²⁹⁶ TARUFFO, Michele. **La prueba de los ecos**. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 47.

²⁹⁷ BADARÓ, Gustavo H. **Epistemologia judicial e prova penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 65.

Ocorre que, o livre convencimento é diretamente ligado à busca da verdade no processo, o que permite ao juiz buscar as provas para preencher essa verdade, sendo, inclusive, apontada como característica do processo apontado acusatório, ou seja:

o fim de todo processo é a busca da verdade. No processo penal isso só se torna mais dramático em função de sua natureza. Em razão da intensidade com que se anseia pela busca da verdade no processo penal, podemos dizer que um princípio fundamental do processo penal é o da investigação da verdade material ou substancial dos fatos em torno dos quais se discute, para que sejam provados em sua subsistência histórica, sem obstáculos e deformações. Isso faz com que o legislador tenha que eliminar do código toda limitação à prova e que o juiz tenha que ser deixado livre para formar seu próprio convencimento.²⁹⁸

Como se verifica da citação acima, na busca da verdade deve-se eliminar toda limitação à prova, deixando o juiz livre para formar seu próprio convencimento. Novamente surge o tratamento do livre convencimento como mera superação à prova legal ou tarifada.

Neste sentido, de busca da prova pelo juiz, invadindo a competência da acusação e podendo decidir, livremente, de acordo com os argumentos e provas que ele próprio considera relevantes, o livre convencimento, mesmo que motivado ou racional, adequa-se muito mais como característica tida por inquisitória do que acusatória.

Num Estado democrático de direito que traz, expressamente, na Constituição direitos e garantias fundamentais mínimas do cidadão, não parece de bom tom deixar nas mãos do juiz toda a gestão do caso penal.

Ademais, a possibilidade de se ter uma atividade probatória incompleta das partes no processo penal é um risco a ser suportado²⁹⁹, em face da estrutura dialética e democrática trazida pelos dispositivos constitucionais, tendo ainda como standard o *in dubio pro reo*.

Isso porque, conforme aduzem Fiammetta Bonfigli e Carlos Henrique Meneghel de Almeida, verdade e certeza tem significados diferentes, de modo que, “enquanto a

²⁹⁸ BETTIOL, Giuseppe. **Instituciones de derecho penal y procesal**. Barcelona: Bosch, 1973. p. 250.

²⁹⁹ LOPES Jr, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 218.

verdade dota de um aspecto objetivo, a certeza representa um estado psicológico daquele que ouve, vê ou sente, representando um viés subjetivo da verdade”.³⁰⁰

Nesse contexto, o problema é deixar a fundamentação da decisão judicial nas mãos de somente um ator judicial, o juiz, de modo que a verdade, seja formal ou material (real), é encontrada de forma individualizada no processo, fora da intersubjetividade.

Neste sentido, adere-se às reflexões de Salah H. Khaled Jr:

[...] mesmo que a busca da verdade pelo juiz seja admissível pela configuração acusatória - posição com a qual não concordamos - será ela condizente com o critério de democraticidade, que impõe um repensamento do sentido que move a jurisdição e o processo penal? Favoreceria em alguma medida a contenção regrada do poder punitivo exigível em um Estado Democrático de Direito?³⁰¹

Certo é que a pretensão de verdade no processo penal, nos moldes aos quais é concebida, principalmente a verdade material ou, até mesmo, a verdade por correspondência, dentro de um método racional, não passam de mitos que encobrem a realidade e mascaram o discurso que existe entre o processo penal democrático e sua prática cotidiana.

Direitos e garantias são considerados ou não a depender de cada juiz, de cada tribunal, que em determinados casos é textualista literal e em outros é juiz de “princípios”, aberto às generalidades e discursos pré-fabricados que, quase sempre, servem para negar direitos.

Por isso, conforme vem sendo abordado, a hermenêutica filosófica e a Crítica Hermenêutica do Direito possibilitam o encontro entre teoria e prática, já que leva em conta a historicidade, o círculo hermenêutico e a fusão de horizontes para se chegar à compreensão através da subjetividade. No direito, não se interpreta para depois aplicar, de modo que quem aplica já compreendeu, na circularidade da experiência hermenêutica.

³⁰⁰ ALMEIDA, Carlos Henrique Meneghel de; BONFIGLI, Fiammetta. **Em busca da verdade: uma análise das concepções de verdade nas comissões de verdade e no processo penal brasileiro.** In: Redes: Revista Eletrônica Direito e Sociedade, Canoas, v. 8, n. 3, p. 17-47, dez. 2020, p. 24.

³⁰¹ KHALED JR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial.** São Paulo: Atlas, 2013, p. 149.

Além disso, trabalha no espectro do Direito como Integridade e coerência, de onde se extrai a necessidade de que o julgador busque os melhores argumentos possíveis dentro da comunidade de princípios postos pelo Direito, de modo a ajustar os fatos levados à julgamento e os elementos normativos que a institucionalidade do Direito impõe.

Assim, é possível desvelar o que fica escondido, por exemplo, ao atrelar o “livre” convencimento motivado à busca da verdade real ou por correspondência, aquela encoberta pelo sobrenatural e esta pela metodologia utilizada como ornamento para “complementar” a fundamentação “livre”, subjetiva, típica da filosofia da consciência.

Nesse sentido, o livre convencimento motivado e seu entrelaçamento com a busca pela verdade no processo penal constituem uma espécie de mito processual penal, já que, conforme elucida Rubens R. R. Casara, sendo o livre convencimento um “nada” jurídico, posto no sistema por falta de alternativas “melhores”, “o mito preenche essas faltas, dá coerência ao incoerente e aparência de racional àquilo que originalmente não teria”.³⁰²

Além de o livre convencimento e a busca da verdade ainda seguirem a filosofia da consciência, importante lembrar que o Brasil tem como influências do atual código de processo penal, o código Rocco, Italiano, vigente a partir de 1931, sob o regime fascista, em que se falava na “exclusão da verdade meramente formal no processo penal”³⁰³, porque no processo penal existiria a uma realidade “reservada à verdade material, de maneira que o juiz tem o poder e o dever de se convencer livremente, ou seja, de tratar de conseguir o conhecimento do fato que melhor responda a realidade desse mesmo fato”.³⁰⁴

O problema é que o juiz não presenciou os fatos levados a julgamento, que vão chegar como forma de narrativas, textos, que em termos hermenêuticos, são eventos³⁰⁵, dos quais não se pode dizer qualquer coisa, na medida em que existe um chão linguístico que se antecipa.

³⁰² CASARA, Rubens R. R. **Mitologia processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 86.

³⁰³ MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires, 1951, t. I, p. 259.

³⁰⁴ MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires, 1951, t. I, p. 261-262.

³⁰⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria Crítica Hermenêutica do Direito. 2.ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020, p. 404.

Desse modo, não existem verdades em conceitos “sem coisas”, visto que, no contexto Heideggeriano e Gadameriano, a verdade é uma só, não absoluta, mas decorrente da intersubjetividade, motivo pelo qual não pode o juiz descobrir ou escolher a verdade dentro do processo por si só.

Quando se alia à verdade real ou processual ao “livre” convencimento motivado, possibilita-se, na prática, que o julgador escolha, livremente, a sua verdade, encobrindo a intersubjetividade. Por isso, ao encobrir o que falta, Rubens Casara vai dizer que o livre convencimento do juiz penal também é um mito.³⁰⁶

Em razão disso, até por consequência da imbricação³⁰⁷ entre as características aqui mostradas, a qualificação do processo como acusatório diz mais sobre seu conteúdo³⁰⁸, razão pela qual, para além do que se demonstrou de suas características, vai-se contextualizar a consideração do livre convencimento como característica do sistema acusatório³⁰⁹, à luz da Crítica Hermenêutica do Direito (CHD), já que a Constituição procurou dar contornos acusatórios ao processo penal pátrio.

3.2. DA DELIMITAÇÃO DAS FUNÇÕES DOS ATORES PROCESSUAIS PENAIS NO CPP, NA CONSTITUIÇÃO E A CORRELAÇÃO ENTRE ACUSAÇÃO E DECISÃO JUDICIAL

Na esteira do que se defendeu nos tópicos acima, importante analisar a estrutura do processo penal pátrio, desde as normas constitucionais até o regramento infraconstitucional.

³⁰⁶ CASARA, Rubens R. R. **Mitologia processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 180.

³⁰⁷ Neste ponto colaciona-se as lições de Ricardo Jacobsen, ao dizer que “evidentemente que as características comumente atribuídas aos sistemas acusatório e inquisitório, atemporizadas pela cristalização de tipos ideais, são insuficientes para atender a determinadas funções a serem exercidas pelo processo penal contemporâneo. (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no Processo Penal**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 60).

³⁰⁸ BADARÓ, Gustavo H. **Epistemologia judicial e prova penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 64

³⁰⁹ Ainda seguindo os ensinamentos de Ricardo Jacobsen, “o que se deve ter em atenção para que seja possível avançar na discussão é o fato de que não há razão para abandonar os significantes ‘acusatório’ e ‘inquisitório’”. (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no Processo Penal**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 68).

Isso porque, a estrutura acusatória é delimitada pela Constituição e, como se viu no tópico acima, a caracterização de um ou de outro sistema de processo penal refere-se muito mais a sua característica de proteção de garantias fundamentais, do que uma mera positividade sem conteúdo.

Ademais, na linha da CHD e de autores como Rubens Casara, mesmo considerando-se que falar em sistema acusatório seria uma utopia ou mito, no nosso atual processo penal, o mais próximo que se chega de se considerar um processo acusatório, é, literalmente, começando pelo começo, que é o respeito às normas constitucionais.

Com efeito, a Constituição da República brasileira trata, expressamente, dos princípios da ampla defesa, do contraditório, da presunção de inocência e da necessidade de fundamentação das decisões judiciais, consubstanciados nos artigos 5º, LV, LVII e 93, IX.

A ampla defesa e o contraditório impõem a possibilidade de defesa acerca dos elementos postos pela acusação, ao passo que pelo contraditório, a parte poderá impugnar a acusação e ter seus argumentos expressamente analisados pelo julgador.

Dito de outro modo, o contraditório é “ato imprescindível para um mínimo de configuração acusatória do processo. O contraditório conduz ao direito de audiência e às alegações mútuas das partes na forma dialética”.³¹⁰

Neste sentido, o contraditório influi diretamente na decisão judicial, que deverá traçar um caminho a possibilitar a cognição das razões de decidir. Este é o sentido da norma do artigo 93, IX da CRFB/88, ou seja, “a motivação serve para o controle da racionalidade da decisão judicial”.³¹¹

Com efeito, para que seja possível percorrer este caminho até a decisão judicial, o CPP impõe algumas regras legais, trazidas nos artigos 41, 395, 397, 381, 383 e 384, principalmente, as quais se passa a discorrer.

De início, impõe-se a formação de um arcabouço indiciário mínimo para que a denúncia ou queixa seja recebida, o que se denomina justa causa para a continuação do processo penal.

³¹⁰ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 97.

³¹¹ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 106.

Além disso, a inicial acusatória deve trazer a exposição do fato criminoso com todas as circunstâncias de fato e de direito que permita o exercício da ampla defesa e do contraditório, ou seja, da impugnação da imputação, conforme expresso no artigo 41 do CPP.³¹²

A imputação é o objeto do processo penal, composta pela narração fática e a qualificação jurídica desses fatos, conforme nos elucidava Gustavo Badaró, nos seguintes termos:

Sendo a imputação a atribuição de um fato definido como crime a alguém, traz ela em seu conteúdo tanto uma base fática quanto um dado jurídico. Há um fato concreto qualificado juridicamente. Há um acontecimento da vida enquadrado num tipo penal. Objeto do processo será o fato penalmente relevante que se atribui a alguém. O objeto do processo, portanto, envolve matéria fática e matéria jurídica.³¹³

Desse modo, a imputação, fatos e qualificação jurídica desses fatos, formará o arcabouço sobre o qual serão requeridas as provas que serão valoradas pelo juiz, bem como delimitará a cognição da defesa para a feitura de suas alegações, na resposta à acusação ou nos memoriais, dentre outras impugnações, como a revogação da prisão preventiva, por exemplo.

Delimitada a acusação, com a contraposição da defesa, o juiz deverá verificar se existe arcabouço indiciário mínimo para a continuidade do processo penal, bem como se a narração fática se enquadra em algum dos delitos do código penal, de modo que, não havendo lastro indiciário mínimo, deverá rejeitar liminarmente a inicial acusatória, por ausência de justa causa, com fulcro no artigo 395, III do CPP.³¹⁴

³¹² 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.

³¹³ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação entre acusação e sentença**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 141.

³¹⁴ Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

[...]

III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.

Na mesma linha, ante a ausência da descrição do delito com todas as suas circunstâncias, a inicial acusatória deverá ser rejeitada liminarmente por inépcia, nos termos do artigo 395, inciso I do CPP.³¹⁵

Ato contínuo, no contexto das alegações defensivas na resposta à acusação, deverá ser observada a tipicidade dos fatos, de modo que, tratando-se de descrição manifestamente atípica, deve o magistrado absolver sumariamente o réu, conforme artigo 397, III do CPP.³¹⁶ Outros casos de absolvição sumária são a existência de causa excludente de ilicitude do fato, causa excludente de culpabilidade ou a extinção da punibilidade do agente.

Não sendo caso de rejeição liminar da denúncia ou da queixa-crime, será agendada audiência de instrução e julgamento, ocasião em que será produzida a prova em contraditório, ou seja, deverão ser confirmados, em juízo, os elementos indiciários e de prova levados a conhecimento do magistrado, que irá valorar o conjunto fático-probatório na sentença.

A sentença, por sua vez, por imposição do artigo 381 do CPP, conterá a exposição sucinta da acusação e da defesa, a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão e a indicação dos artigos de lei aplicados, conforme incisos II, III e IV do referido artigo, respectivamente.

Neste ponto, é importante verificar o princípio da correlação entre acusação e sentença. Tal princípio preceitua que o juiz deve observar o espaço demarcado pela acusação, que leva em conta os fatos narrados e a sua qualificação jurídica.³¹⁷

No processo penal este princípio tem especial relevância, na medida em que o delito é uma ação ou omissão penalmente qualificada juridicamente pelo princípio da legalidade estrita, consubstanciado no artigo 1º do código penal brasileiro, que

³¹⁵ Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

[...]

I - for manifestamente inepta;

³¹⁶ Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar:

[...]

III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime

³¹⁷ LOPES JR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**: Introdução Crítica. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 164 (pdf).

preceitua que “não há crime sem lei anterior que o defina e não há pena sem prévia cominação legal”.³¹⁸

Deve-se esclarecer, ainda, que a separação entre fato e direito é problemática, principalmente no âmbito processual penal, que trata de ações e omissões qualificadas juridicamente, não fazendo sentido, por exemplo, a clássica lição de que o réu se defende somente dos fatos narrados no processo, podendo o juiz alterar a classificação jurídica da imputação sem contraditório³¹⁹, como autoriza o artigo 383 do CPP.³²⁰

na verdade, utilizando-se o paradigma da filosofia da linguagem, contra as separações metafísicas, não se separa fato e direito no processo, principalmente quando se fala em direito penal em que a imputação é um fato qualificado juridicamente, motivo pelo qual a defesa processual penal se dá não somente pelos fatos, mas também pelo artigo de lei escolhido pela acusação. É todo esse conjunto que forma a imputação.

Desse modo, como corolário do sistema acusatório pretendido pela Constituição, o julgador não deve tomar o lugar da acusação, mas, de outro modo, julgar o caso penal de acordo com a delimitação da acusação, que detém todo o ônus probatório de acusação no caso concreto, não podendo, buscar provas, já que o *standard* probatório do processo penal é o *in dubio pro reo*.

Dito de outro modo, na medida em que no processo penal o réu começa inocente, até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, artigo 5º, LVII da CRFB/88, não faz sentido, mesmo que sistemático, permitir que o juiz busque provas, porque, por óbvio, se o réu já é considerado inocente, essas provas vão buscar uma condenação a qualquer custo.

Inclusive, no caso de aditamento da denúncia, é imperativo legal a abertura de contraditório à defesa, nos termos do artigo 384 do CPP³²¹, na chamada *mutatio libelli*,

³¹⁸ Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

³¹⁹ Apesar da defesa pelo autor da necessidade de contraditório quando da denominada *emendatio libelli*, o tema não será abordado no presente trabalho.

³²⁰ Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.

³²¹ Art. 384. Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente.

ocasião em que surge narrativa acerca de elementares típicas da audiência de instrução.

Verifica-se, então, que também a estrutura do processo penal tem uma lógica, mesmo com traços ainda inquisitórios, de manutenção ou, ao menos, da tentativa de manutenção dos atores jurídicos no processual em seus lugares demarcados.

Nesse contexto, existe ligação íntima entre a delimitação da acusação e o objeto sobre o qual o magistrado irá valorar a prova para decidir, na medida em que “o objeto da prova são as afirmações, os relatos que, dos fatos ocorridos no passado, as partes fazem perante o juiz”³²², de modo que, mesmo que se admita uma verdade processual, esta não decorre de fundamentação isolada da argumentação das partes, principalmente, no processo penal, ante a possibilidade de tolher a liberdade do indivíduo através da aplicação da pena.

A par disso, o que se verifica da atuação desses atores, quais sejam, acusação, defesa e julgador, é “uma Constituição rica em direitos (individuais, coletivos e sociais) e uma prática jurídico-judiciária que, reiteradamente, (só)nega a aplicação de tais direitos, mormente no plano dos direitos prestacionais e dos direitos de liberdade”.³²³

As regras e garantias processuais penais não podem ser vistas como mera instrumentalidade acessória, mas, no seio do Constitucionalismo Contemporâneo, verdadeiras questões inerentes à democracia, à coerência, à integridade e à autonomia do direito.

Ademais, a Lei 13.964/2019, chamada de “pacote anticrime”, inseriu no processo penal pátrio regramento idêntico ao do artigo 489, §1º e incisos do CPC/2015, que trata das hipóteses em que não será considerada a decisão judicial como fundamentada.

Tal regramento se encontra no artigo 315, §2º do CPP, *in verbis*:

[...]

§ 2º Ouvido o defensor do acusado no prazo de 5 (cinco) dias e admitido o aditamento, o juiz, a requerimento de qualquer das partes, designará dia e hora para continuação da audiência, com inquirição de testemunhas, novo interrogatório do acusado, realização de debates e julgamento.

³²² KNIJINIK, Danilo. **A prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 14.

³²³ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 39.

§ 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Verifica-se do dispositivo legal acima exposto que não será considerada fundamentada decisão judicial que se limitar à indicação de argumento genérico, à aplicação de conceitos indeterminados sem relação com a causa debatida, ao emprego de motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão, o não enfrentamento de todos os argumentos das partes que possam informar o convencimento e a referência à súmulas, entendimento ou jurisprudência ou precedente sem contextualização ao caso concreto, a superação ou a distinção no caso da invocação de precedentes.

Ocorre que, apesar da tentativa de o CPP mostrar, expressamente, um dever de fundamentação efetivo, no sentido da responsabilidade política dos juízes com a coerência e a integridade do Direito defendida por Dworkin e corroborada pela CHD, o CPP brasileiro ainda permite que o juiz decida conforme o “livre” convencimento motivado, no artigo 155, entendido como se viu, pela mera superação do sistema de provas legais ou tarifadas, mas sem ônus argumentativo algum para os julgadores.

A mesma legislação, “Pacote Anticrime”, tratou no artigo 3-A do CPP sobre a estrutura acusatória no processo penal brasileiro, trazendo, textualmente, que é vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição, pelo magistrado, do órgão de acusação.

Referido dispositivo visa dar confirmação constitucional acusatória ao processo penal. Entretanto, a eficácia do dispositivo legal encontra-se suspensa por decisão monocrática nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) nº 6298, de relatoria do Ministro do STF Luiz Fux.

Todas essas questões, tais como gestão da prova, busca pela verdade real ou processual e a substituição dos órgãos de acusação pelo julgador, passam pela necessidade de conformação acusatória do processo, dentro do paradigma da filosofia da consciência, sendo piorado esse cenário pela possibilidade de livre convencimento do juiz.

Existe, então, uma estrutura a qual se procura caminhar o processo penal, de modo que para se aplicar a lei aos casos concretos, deve-se partir do que se antecipa pela legislação, principalmente a legislação constitucional, imposição da integridade e da coerência do Direito.

Há que se deixar claro que não existe incompatibilidade entre a perspectiva hermenêutica aqui trabalhada e a análise dos textos legais, na medida em que é a partir do ordenamento que será possível alcançar a *applicatio*, ou seja, a partir da intersubjetividade que deve permear a compreensão, através da linguagem. Em outras palavras:

Por este motivo, entende-se que a *applicatio* judicial depende também de aberturas à estrutura normativo-proposicional que provoca e vincula (pelo menos enquanto exigência de correção) o sentido na interpretação, ainda que esta se desenvolva no contexto dos jogos linguísticos da comunidade e em conjunto com as estruturas pré-compreensivas do *Dasein* ou, ainda, com as manifestações inconscientes.³²⁴

Portanto, “o papel desempenhado pelo aspecto racional da ação produtiva estilística do magistrado deve contemplar também o contato argumentativo, ainda que este somente produza sentido (ou não) a partir da capacidade linguística”.³²⁵

³²⁴ MARRAFON, Marco Aurélio. **A questão da consciência histórica na obra “Verdade e Método” e suas implicações na (teoria da) decisão judicial**. In: 50 anos de Verdade e Método. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 87.

³²⁵ MARRAFON, Marco Aurélio. **A questão da consciência histórica na obra “Verdade e Método” e suas implicações na (teoria da) decisão judicial**. In: 50 anos de Verdade e Método. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 87.

Falar em critérios legais de persecução penal, de produção de provas e de decisão judicial, não significam a defesa de mera instrumentalidade, pois, a CHD se pauta na hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer que, a par das críticas ao método das ciências da natureza transportado para as ciências humanas como verdade absoluta, não o desconsidera, apenas faz uma reflexão do que poderia se chamar de verdade contra este método, de modo que não há pretensão alguma de pôr fim a critérios racionais, mas, sim, os correlacionar com a linguagem, no paradigma do *linguistic turn*.

Até mesmo por uma perspectiva analítica, que procura explicar os conceitos e as estruturas do direito através da lógica sistemática³²⁶, não se desconhece a influência da inundação da linguagem no pensamento filosófico.³²⁷

A referência à filosofia analítica se dá para retirar qualquer dúvida sobre questionamentos de incompatibilidade entre hermenêutica e analítica e uma suposta destruição do método pela hermenêutica filosófica. Isso não ocorre, até porque, nas palavras de Ernildo Stein, “a analítica sem a hermenêutica é vazia e a hermenêutica sem a analítica é cega”.³²⁸

Apesar disso, a hermenêutica filosófica não defende um rigorismo científico a ponto de precisar de uma conceituação de rigor lógico-matemático das decisões judiciais. O que se defende é que a intersubjetividade impõe a suspensão dos preconceitos para, ante a fusão, de horizontes deixar o texto legal dizer algo, haver a possibilidade de compreensão mediada pela linguagem, tendo como objeto as garantias expressamente positivadas da ampla defesa, do contraditório, da presunção de inocência, artigo 5º, incisos LV e LVII e, principalmente, da necessidade de

³²⁶ ZANETTI JR, Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. **Teoria da decisão judicial no Código de Processo Civil: uma ponte entre hermenêutica e analítica?** In: REPRO VOL. 259 (SETEMBRO 2016), p. 3.

³²⁷ Neste sentido, Hermes Zanetti Jr, esclarece que: “Embora advindas de tradições filosóficas historicamente dicotômicas e opostas, a hermenêutica jurídica e a filosofia analítica do direito podem atualmente se encontrar conectadas por partirem da mesma premissa: a invasão da linguagem na constituição do mundo. Não há direito sem linguagem, nenhuma das duas grandes correntes nega essa afirmação, ambas partem desta premissa”. (ZANETTI JR, Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. **Teoria da decisão judicial no Código de Processo Civil: uma ponte entre hermenêutica e analítica?** In: REPRO VOL. 259 (SETEMBRO 2016), p. 3).

³²⁸ STEIN, Ernildo. **Tarefas da desconstrução – anamorfose e profundidades – ilusões da interpretação na obra de Heidegger**. In: Fenomenologia hoje II: significado e linguagem. Organizadores: Ricardo Timm de Souza e Nythamar Fernandes de Oliveira. Porto Alegre, EDIPUCRS, 2002, p. 451

fundamentação das decisões judiciais como direito fundamental do cidadão, de acordo com o artigo 93, IX da CRFB/88. O nível da justificação, como será a frente demonstrado, não basta no combate à discricionariedade proveniente do livre convencimento judicial.

Nessa perspectiva, delimitada a base teórica, bem como o entendimento acerca da estrutura do processo penal brasileiro e o alcance hodierno dado pela doutrina ao livre convencimento motivado do juiz no processo penal, será feita a seguir pesquisa de jurisprudência nos tribunais superiores, com termos ligados ao livre convencimento, para, a partir daí, contextualizar o acervo doutrinário e jurisprudencial no contexto da Crítica Hermenêutica do Direito (CHD).

4. JURISPRUDÊNCIA SOBRE LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO NOS TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS E OUTROS EXEMPLOS PRÁTICOS DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Na linha do que vem sendo demonstrado na dissertação, verificou-se que o livre convencimento motivado ainda está inserido no paradigma filosófico da filosofia da consciência e que se trata de uma alternativa à prova legal ou tarifada, na falta de uma alternativa melhor.

Como forma de robustecer a análise feita, importante delimitar o entendimento dos tribunais superiores brasileiros, Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF), acerca do livre convencimento motivado ou persuasão racional no processo penal pátrio.

Para tanto, será utilizada a metodologia de análise qualitativa das jurisprudências pacificadas no âmbito do STJ e do STF acerca de temas relacionados à fundamentação de decisões judiciais e, por consequência, ao livre convencimento motivado ou persuasão racional.

Isso porque, como os tribunais superiores tem a função de uniformizar os entendimentos sobre a legislação federal e constitucional, no caso do STJ e do STF,

respectivamente, é possível traçar um panorama acerca da aplicação do livre convencimento e a sua relação com a fundamentação das decisões judiciais.

A pesquisa de jurisprudência ocorrerá da seguinte forma: pesquisa no sítio eletrônico do STJ e do STF, com data de julgamento no período compreendido entre 01/01/2020 a 01/09/2022, período que coincide com a redação da dissertação, com os termos “penal e livre convencimento”; “penal e contraditório e livre convencimento motivado”; “penal e provas e livre convencimento motivado”; “penal e fundamentação e livre convencimento motivado”, de modo que serão escolhidos 03 (três) acórdãos para cada chave de pesquisa. São escolhidos acórdãos que fazem referência à jurisprudência do próprio tribunal, desconsiderados acórdãos que tratam do livre convencimento motivado na dosimetria da pena³²⁹, por não ser objeto da dissertação.

A escolha de 03 (três) acórdãos para cada chave de pesquisa se dá, justamente, porque os tribunais superiores uniformizam a jurisprudência, de modo que muitos dos acórdãos são repetidos. São utilizados os acórdãos em sequência, desconsiderando-se aqueles iguais.

A pesquisa pelos termos “penal e livre convencimento motivado” no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça (STJ) encontrou 404 (quatrocentos e quatro) resultados, sendo separados 03 (três) acórdãos, na ordem, que fazem referência à jurisprudência do tribunal quanto ao livre convencimento motivado:

[...] 2. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *cumpra ao magistrado, destinatário da prova, valorar a necessidade de sua produção, conforme o princípio do livre convencimento motivado*. 3. Não há cerceamento de defesa quando, em decisão fundamentada, o juiz indefere a produção de provas, seja ela testemunhal, pericial ou documental. Precedentes. [...]. (AgInt no AREsp n. 1.334.161/SP, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 22/8/2022, DJe de 26/8/2022.)

[...] 2. Lado outro, é possível que o julgador, destinatário das provas, convença-se da autoria delitiva a partir de outras provas que não guardem relação de causa e efeito com o ato do reconhecimento falho, porquanto, sem prejuízo da nova orientação, não se pode olvidar que vigora no nosso sistema probatório o princípio do livre convencimento motivado. [...]. (AgRg no HC n.

³²⁹ Justifica-se a não escolha de acórdãos que tratam da dosimetria da pena, porque não influi no mérito da causa para condenação ou absolvição, mas em critérios quase matemáticos para dosar o *quantum* de pena.

751.629/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 16/8/2022, DJe de 22/8/2022.)

[...] 1. Como é de conhecimento, consoante entendimento jurisprudencial desta Corte Superior, *vigora no sistema processual penal brasileiro, o princípio do livre convencimento motivado, em que o magistrado pode formar sua convicção ponderando as provas que desejar.* (AgRg no HC n. 751.169/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 16/8/2022, DJe de 22/8/2022.)

Para a chave de pesquisa “penal e contraditório e livre convencimento motivado” foram encontrados 26 (vinte e seis) acórdãos, sendo separados 03 (três), na ordem em que apareceram:

[...] 1. Não há violação do art. 155 do Código de Processo Penal na espécie, uma vez que a condenação foi lastreada no cotejo entre provas colhidas sob o crivo do contraditório judicial e outros elementos obtidos em âmbito policial. 2. Embora não haja sido tomado o depoimento da vítima na audiência de instrução, deve ser mantida a conclusão da sentença, por *estar fundamentada em outros depoimentos prestados em juízo, que corroboram a versão apresentada pela ofendida perante a autoridade policial, em respeito ao princípio do livre convencimento motivado.* [...]. (AgRg no HC n. 468.399/SC, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 10/5/2022, DJe de 16/5/2022.)

[...] VII - O art. 155 do Código de Processo Penal preconiza estar vedada a condenação do réu fundada exclusivamente em elementos de informação colhidos durante o inquérito e não submetidos ao crivo do contraditório e da ampla defesa, ressalvadas as provas cautelares e não repetíveis. *Entretanto, segundo reiterada jurisprudência desta Corte, em atendimento ao princípio da livre persuasão motivada, tais provas, desde que corroboradas por elementos de convicção produzidos na fase judicial, podem ser valoradas na formação do juízo condenatório* (AgRg nos EDcl no REsp n. 1.537.863/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 2/9/2019). Precedentes.[...]. (AgRg no HC n. 627.577/RJ, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 25/5/2021, DJe de 31/5/2021.)

[...] 2. *Inexiste violação do art. 155 do Código de Processo Penal se observado o princípio do livre convencimento motivado, em que o magistrado pode formar sua convicção ponderando as provas que desejar, tendo a instância ordinária se utilizado sobretudo das produzidas sob o crivo do contraditório.* [...] Concluindo-se pela autoria e materialidade delitiva, a alteração do julgado, para fins de absolvição por fragilidade probatória, necessitaria de revolvimento de provas, o que não se admite a teor da Súmula 7/STJ (AgRg no AREsp n. 1.620.044/PA, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 5/8/2020). (AgRg no AREsp n. 1.780.512/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 27/4/2021, DJe de 4/5/2021.)

Já para a chave de pesquisa “penal e provas e livre convencimento motivado” foram encontrados 113 (cento e treze) acórdãos, sendo separados 03 (três):

[...] 2. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, cumpre ao magistrado, destinatário da prova, valorar a necessidade de sua produção, conforme o princípio do livre convencimento motivado. 3. Não há cerceamento de defesa quando, em decisão fundamentada, o juiz indefere a produção de provas, seja ela testemunhal, pericial ou documental. Precedentes.(AgInt no AREsp n. 1.334.161/SP, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 22/8/2022, DJe de 26/8/2022.)

[...] 1. A jurisprudência mais recente do Superior Tribunal de Justiça se firmou no sentido de que o acusado não pode ser condenado com base, apenas, em eventual reconhecimento falho, ou seja, sem o cumprimento das formalidades legais, as quais constituem, em verdade, garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um delito. 2. *Lado outro, é possível que o julgador, destinatário das provas, convença-se da autoria delitiva a partir de outras provas que não guardem relação de causa e efeito com o ato do reconhecimento falho, porquanto, sem prejuízo da nova orientação, não se pode olvidar que vigora no nosso sistema probatório o princípio do livre convencimento motivado.* [...]. (AgRg no HC n. 751.629/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 16/8/2022, DJe de 22/8/2022.)

[...] 1. Como é de conhecimento, consoante entendimento jurisprudencial desta Corte Superior, vigora no sistema processual penal brasileiro, o *princípio do livre convencimento motivado, em que o magistrado pode formar sua convicção ponderando as provas que desejar.* [...]. (AgRg no HC n. 751.169/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 16/8/2022, DJe de 22/8/2022.)

Para a chave de pesquisa “penal e fundamentação e livre convencimento motivado”, 180 (cento e oitenta) acórdãos, sendo separados 03 (três):

[...] 4. *Por fim, destaca-se que: Vigora no sistema processual penal brasileiro, o princípio do livre convencimento motivado, em que o magistrado pode formar sua convicção ponderando as provas que desejar* (HC n. 68.840/BA, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 28/4/2015, DJe de 11/5/2015), assim como realizado na hipótese dos autos. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no HC n. 751.558/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 2/8/2022, DJe de 8/8/2022.)

[...] 4. *A busca e apreensão empreendida foi determinada por ordem judicial, com base no livre convencimento motivado do julgador, e atende aos preceitos legais, não se revestindo de conteúdo genérico ou inespecífico.* [...].

(AgRg no AREsp n. 1.962.521/SP, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 28/6/2022, DJe de 1/7/2022.)

[...]. IV - In casu, não obstante a existência de parecer técnico conclusivo favorável à extinção da medida socioeducativa, o pedido restou indeferido em razão, principalmente, da reincidência na prática de outros atos infracionais, com cumprimento, inclusive, de medidas socioeducativas mais brandas, que não teriam sido suficientes para a recuperação do menor. Habeas corpus não conhecido. (HC n. 728.689/RJ, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do Tjdft), Quinta Turma, julgado em 21/6/2022, DJe de 27/6/2022.)

Quanto à pesquisa no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal (STF), para os termos “penal e livre convencimento motivado”, no período de 01/01/2020 a 01/09/2022, encontrou 15 (quinze) resultados sequenciais, dentre os quais se destacam 03 (três):

[...] 1. Vigora no sistema processual penal pátrio, como regra, *o sistema do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, segundo o qual o magistrado tem ampla liberdade para valorar as provas que lhe são apresentadas, desde que o faça de forma fundamentada, isto é, deve motivar sua decisão, no sentido de condenar ou absolver o acusado, com amparo no acervo probatório constante dos autos.* [...] 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (HC 185835 AgR, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 05/08/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-204 DIVULG 14-08-2020 PUBLIC 17-08-2020)

[...] 3. Como regra, *vigora no ordenamento processual penal brasileiro o princípio do livre convencimento motivado, de modo que o magistrado não se encontra necessariamente vinculado à opinião do Ministério Público, inclusive nos casos em que o representante do Parquet emite parecer no sentido da absolvição do réu.* Precedentes. 4. Agravo Regimental não provido. (ARE 1335473 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 11/11/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-001 DIVULG 07-01-2022 PUBLIC 10-01-2022)

[...]. “Vigora no sistema processual penal pátrio, como regra, *o sistema do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, segundo o qual o magistrado tem ampla liberdade para valorar as provas que lhe são apresentadas, desde que o faça de forma fundamentada* [...]”. (RHC 198751 AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 27/09/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-248 DIVULG 16-12-2021 PUBLIC 17-12-2021)

Para a chave de pesquisa “penal e contraditório e livre convencimento motivado” foram encontrados 05 (cinco) resultados:

[...]. “*Vigora no sistema processual penal pátrio, como regra, o sistema do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, segundo o qual o magistrado tem ampla liberdade para valorar as provas que lhe são apresentadas, desde que o faça de forma fundamentada*, isto é, deve motivar sua decisão, no sentido de condenar ou absolver o acusado, com amparo no acervo probatório constante dos autos” (vide HC 185.835 AgR/SP, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes). IV – Para chegar-se à conclusão contrária ao que decidido pelas instâncias ordinárias, seria necessário o reexame do conjunto fático-probatório, o que é inviável na via estreita do habeas corpus (RHC 143.055 AgR/PR, de minha relatoria). [...]. (RHC 198751 AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 27/09/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-248 DIVULG 16-12-2021 PUBLIC 17-12-2021)

Os outros acórdãos encontrados tratam de dosimetria da pena, que não entra no recorte da dissertação.

A chave de pesquisa “penal e provas e livre convencimento motivado” encontrou 10 (dez) resultados:

[...]. 1. *A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) é no sentido de que, em razão do princípio do livre convencimento motivado, a manifestação do Ministério Público não vincula órgão julgador* (RHC 151.476, Rel. Min. Marco Aurélio). 2. *A alegação da defesa de que a condenação se baseou em “fundamentos dos elementos do inquérito policial eivados de nulidade” não foi apreciada pelas instâncias antecedentes (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e Superior Tribunal de Justiça), o que impede o imediato exame da matéria pelo STF, sob pena de dupla supressão de instâncias.* (RHC 205270 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 11/10/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-222 DIVULG 09-11-2021 PUBLIC 10-11-2021)

[...]. 3. *Como regra, vigora no ordenamento processual penal brasileiro o princípio do livre convencimento motivado, de modo que o magistrado não se encontra necessariamente vinculado à opinião do Ministério Público, inclusive nos casos em que o representante do Parquet emite parecer no sentido da absolvição do réu. Precedentes.* 4. *Agravo Regimental não provido.* (ARE 1335473 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 11/11/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-001 DIVULG 07-01-2022 PUBLIC 10-01-2022)

Os demais resultados dessa busca não se referiram expressamente a nenhum dos termos buscados.

Em relação à chave de pesquisa “penal e fundamentação e livre convencimento motivado”, 05 (cinco) resultados, dos quais nenhum deles se referiu expressamente aos termos buscados.

Da coleta de jurisprudência realizada, se destacam expressões em acórdãos do STJ tais como “o magistrado pode formar sua convicção ponderando as provas *que desejar*”; ou “*cumpre ao magistrado, destinatário da prova, valorar a necessidade de sua produção, conforme o princípio do livre convencimento motivado*”.

Já no Supremo Tribunal federal (STF), expressões como “o magistrado tem *ampla liberdade para valorar as provas que lhe são apresentadas*, desde que o faça de forma fundamentada”; ou pelo “princípio do *livre convencimento motivado*, de modo que o magistrado *não se encontra necessariamente vinculado à opinião do Ministério Público*”.

O STF tem ainda o julgamento do Tema 339 que fixou a tese de que “O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, *ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas*”.³³⁰

Verificou-se que o livre convencimento motivado é utilizado em questões sensíveis, tais como nulidade decorrente de reconhecimento do réu fora das normas legais. Ou ainda de modo a desconsiderar a opinião do órgão de acusação, titular da ação penal e que detém o ônus probatório, quando opina pela absolvição.

Existem acórdãos dos tribunais superiores, mais antigos, que chegavam a se referir, expressamente, na possibilidade de decisão do juiz “conforme sua consciência”.

Antes disso, destaca-se o discurso de posse para novos juízes de Direito realizado pelo Ministro do STJ, Luis Felipe Salomão, no ano de 2003, portanto, sob a égide do artigo 93, IX da CRFB/88, quando afirmou o seguinte: “o 'processo' não é senão o instrumento que o Estado entrega ao juiz para, ao aplicar a lei ao caso concreto,

³³⁰On-line.

Disponível

em:

<<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3849248&numeroProcesso=791292&classeProcesso=AI&numeroTema=339>>. Acesso em 13 de setembro de 2022.

solucionar o litígio com justiça. Justiça que emana exclusivamente de nossa consciência, sem nenhum apego obsessivo à letra fria da lei".³³¹

Voltando à jurisprudência mais antiga, mas ainda sob o manto da Constituição Republicana de 1988, quando do julgamento do AgReg em REsp no 279.889/AL, o Ministro do STJ Humberto Gomes de Barros, afirmou o seguinte:

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição.(...) *Decido, porém, conforme minha consciência.* Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém.³³²

Este ideário era irradiado aos tribunais estaduais pátrios, como, por exemplo, o seguinte trecho de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ/SP), já no ano de 2008:

Em face do princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, o Magistrado, no exercício de sua função judicante, não está adstrito a qualquer critério de apreciação das provas carreadas aos autos, *podendo valorá-las como sua consciência indicar*, uma vez que é soberano dos elementos probatórios apresentados.³³³

Na mesma linha, recentemente, durante a fase mais crítica da pandemia de Covid-19, três decisões do TJ/SP ganharam a mídia especializada ao negar direitos de prisão domiciliar no âmbito da pandemia, sob argumentos completamente apartados do Direito posto, conforme se passa a demonstrar.

³³¹ On-line. Disponível em: www.amaerg.org.br>. Acesso em 13 de setembro de 2022.

³³² Superior Tribunal de Justiça (STJ), AgRg no REsp n. 279.889/AL, Rel. Ministro José Delgado, julgado em 03.04.2001, DJ de 11.06.2001, p. 121.

³³³ HC 94.826/SP, julgado em 17/04/2008, DJe 05/05/2008.

O primeiro caso trata de decisão nos autos de nº: 1005171-32.2020.8.26.0482, ocasião em que a justificativa apresentada para a negativa do pedido foi a seguinte, ao citar a luta de Winston Churchill contra Hitler:

[...]

No velho mundo durante os anos 20 e especialmente os anos 30 do século XX – naquilo que hoje poder-se-ia afirmar como sendo uma postura politicamente correta inúmeras lideranças e pessoas formadoras de opinião adotaram uma atitude apaziguadora, complacente, benevolente, afável, compassível, condescendente com a figura do nascente e finalmente ditador tedesco. Uma das poucas vozes contra este estado de coisas – inclusive em dissonância com os seus próprios partidários – foi a pessoa de Winston Churchill. Churchill teimosamente – mais uma vez em dissonância com alguns de seus próprios partidários - conseguiu manter a Grã Bretanha lutando sozinha neste momento com mais uma de suas frases inspiradoras: ``now this is not the end. It is not even the beginning of the end. But it is, perhaps, the end of beginning``. Numa tradução livre: ``agora não é o fim. Nem mesmo é o começo do fim. Mas, talvez, o fim do começo``. Desse modo as deficiências do sistema penitenciário não são discrepantes ou mesmo anômalas aos demais serviços estatais e, portanto, não pode servir de argumento para desencarcerar quem ainda por determinação de lei deve estar recolhido em estabelecimento penal.

Aliás, ao ensejo, tal medida não encontra amparo legal. Muito ao contrário a prisão domiciliar é exceção e só deve ser concedida para quem se encontra em regime aberto (art. 117 da LEP). Posto isto, fica indeferido o pedido.³³⁴

De mesma gravidade é a decisão no processo nº: 2061058-72.2020.8.26.0000, em que o julgador fez, inclusive, uma comparação com os astronautas que estavam na estação espacial internacional, *in verbis*:

A questão relativa ao COVID-19 tem sido alegada de forma tão indiscriminada que sequer mereceria análise detalhada. Dos cerca de 7.780.000.000 de habitantes do Planeta Terra, apenas 3 (três): ANDREW MORGAN, OLEG SKRIPOCKA e JESSICA MEIER, ocupantes da estação espacial internacional, o primeiro há 256 dias e os outros dois há 189 dias, portanto há mais de 6 meses, por ora não estão sujeitos à contaminação pelo famigerado CORONAVÍRUS.

Importante lembrar que os que estão há menos tempo fora do planeta, dele saíram em 25 de setembro de 2019, cerca de dois meses antes das notícias acerca da pandemia que se iniciou nas China. Portanto, à exceção de três pessoas, todas demais estão sujeitas a risco de contaminação, inclusive os

³³⁴ ANGELO, Tiago. **Juiz nega domiciliar e compara decisão à luta de Churchill contra Hitler**. CONJUR, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/juiz-nega-domiciliar-compara-decisao.pdf> . Acesso em: 09 de setembro de 2022.

que estavam na Estação Espacial Internacional e retornaram à terra no princípio de setembro de 2019. Portanto, o argumento do risco de contaminação pelo COVID19 é de todo improcedente e irrelevante.

Inúmeras pessoas que vivem em situação que pode ser considerada privilegiada, tais como: o Príncipe Albert de Mônaco, o Príncipe Charles da Inglaterra, primeiro da ordem de sucessão ao trono, o Presidente do Senado Federal Davi Alcolumbre etc. foram contaminados e estão em tratamento.

Lembre-se também das pessoas que, para o bem de inúmeras outras, ficam expostas a evidente e sério risco e mesmo com equipamentos de proteção (roupas, luvas, máscaras etc), rígidas regras de higiene e etc, são infectadas pelo COVID 19. Assim, todos, à exceção dos três acima mencionados, estão em efetivo risco, daí porque a liminar, por esta razão fica indeferida.³³⁵

Não obstante a ausência de argumentação jurídica na supracitada decisão, em segunda instância, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ/SP) manteve a denegação da ordem em habeas corpus, também pautada na utilização de argumentos utilitaristas, fora do Direito, nos seguintes termos:

Há por parte de muitos uma grande preocupação com os presos ou adolescentes internados, pessoas que praticaram delitos e estão respondendo a processo ou cumprindo penas ou medidas socioeducativas. Mas, existem outras que nada de mal fizeram. Ao contrário, são vítimas de toda sorte de infortúnios e estão segregadas da sociedade claro que para o bem delas, mas inquestionavelmente segregadas e não vejo qualquer preocupação maior ou que seja dada importância à situação delas, inclusive pelos meios de comunicação.³³⁶

Verifica-se das decisões do TJ/SP citadas, já no ano de 2020, que foram utilizados vários tipos de argumentos, todos fora do Direito, tais como o “politicamente correto”, para denegar a prisão domiciliar. Apesar de não haver expressamente a referência à “consciência” e ao “livre” convencimento, fica claro que as decisões confirmam toda a tradição jurídica nacional que aposta no julgador como dono do processo, permitindo decisões conforme o convencimento absolutamente livre.

³³⁵ ANGELO, Tiago. **Domiciliar é negada porque "só astronautas estão livres do coronavírus"**. CONJUR, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/httpswwwconjurcombr2020-abr.pdf> . Acesso em: 13 de setembro de 2022.

³³⁶ TJSP; Habeas Corpus Criminal 2061058-72.2020.8.26.0000; Relator (a): Alberto Anderson Filho; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Criminal; Campinas/DEECRIM UR4 - Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 4ª RAJ; Data do Julgamento: 28/04/2020; Data de Registro: 28/04/2020. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13511923&cdForo=0> . Acesso em: 13 de setembro de 2022.

Aliás essa tradição pode ser vista, além dos acórdãos pesquisados, entre 2020 e 2022, através do acórdão do STJ do ano de 2001, bem como do discurso na posse para juízes datado do ano de 2003. Todos eles já no seio da CRFB/88 e, portanto, sob o fundamento do artigo 93, IX, que impõe a fundamentação das decisões judiciais, chegando-se a afirmar decisões conforme a “consciência” do juiz.

Nesse contexto, será detalhado no próximo tópico, agora com a postura da jurisprudência, para além da doutrina, sobre a (in)compatibilidade do princípio do livre convencimento motivado com o sistema acusatório, à luz da Crítica Hermenêutica do Direito (CHD).

5. (IN)COMPATIBILIDADE DO “PRINCÍPIO” DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO COM O PROCESSO PENAL ACUSATÓRIO À LUZ DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO

Para que possa ser contextualizada a (in)compatibilidade do princípio do livre convencimento motivado do juiz à luz da CHD, necessário retomar alguns critérios vistos em capítulos passados.

De início, importa lembrar que o livre convencimento motivado do juiz nos moldes do que é reconhecido hoje no CPP brasileiro, se originou da íntima convicção francesa que, por seu turno, bebeu nas fontes da íntima convicção do júri inglês, este que possuía, como se viu, inegáveis traços inquisitórios.

Com efeito, a íntima convicção francesa foi concebida, contra a prova legal ou tarifada, numa atitude de exaltação iluminista do ser humano, chegando-se a fazer julgamentos por juízes leigos de acordo com o “senso comum”, passando mais à frente na história para o juiz togado.

Esse contexto demonstra que o livre convencimento do juiz surgiu como aposta na subjetividade do julgador para escolher o acervo probatório, bem como valorá-lo de acordo com suas escolhas.

Este contexto permanece até os dias de hoje no Direito brasileiro, a uma porque o sistema misto de processo penal, o qual a doutrina majoritária classifica o sistema brasileiro, deriva do Código Napoleônico, que instituiu as bases para o livre convencimento do juiz, e outra porque, a persuasão racional é trabalhada no paradigma da filosofia da consciência, que, como se viu, carrega os traços da metafísica moderna, em que a compreensão se dá através da subjetividade assujeitadora do homem e da metafísica clássica, na qual se retirava a essência das coisas.

Diferente disso, a matriz filosófica da CHD se desenvolve no paradigma da filosofia da linguagem e da facticidade, rompendo com as tradições da metafísica clássica e da metafísica moderna, através das críticas à metafísica feitas por Heidegger e por Gadamer, introduzindo-se a linguagem como condição de possibilidade da compreensão do ser no mundo vivido. Desse modo, ante a intermediação da linguagem, a compreensão não se dá mais pela subjetividade do sujeito, mas pela intersubjetividade.

Aliado a isso, a CHD vai tratar, no contexto do resgate da tradição e na fusão de horizontes através do círculo hermenêutico, da noção de Direito como Integridade como forma de garantir que decisões judiciais não decorram de casuísmos ou subjetividades que se afastem da história institucional do Direito Posto pela comunidade política.

Hodiernamente, o livre convencimento motivado é aceito pelas doutrinas nacional e estrangeira como característica do sistema acusatório de processo.

Entretanto, este sistema acusatório que se defende no Brasil encontra-se banhado pela tradição neoconstitucionalista que aposta em um pós-positivismo jurídico como forma de superar o juiz boca da lei ou, em outras palavras, superar o juiz que aplica a letra “fria” da lei, em detrimento de um juiz que, buscando os supostos valores supremos das normas constitucionais, tem ampla liberdade interpretativa.

Ocorre que, com o protagonismo do Poder Judiciário, principalmente no contexto do pós segunda guerra mundial, em que foram reconhecidos Direitos e garantias, inclusive, sociais, essa abertura interpretativa na busca de valores acaba por criar o problema de elevar a discricionariedade judicial ao nível da arbitrariedade. Isso porque

a discricionariedade judicial, quando não se tem um mínimo de controle, deságua em arbitrariedades.

A discricionariedade judicial é traço marcante e indissociável do positivismo jurídico, na medida em que ante a separação entre ciência do Direito e Direito, a aplicação do Direito foi deixada de lado, admitindo-se tratar de argumento de política.

Diferente disso, no Brasil, o livre convencimento motivado, aliado ao pamprincipiologismo, ou seja, a criação *ad hoc* de princípios jurídicos de ocasião por meio da abertura valorativa dos princípios potencializam a discricionariedade judicial.

Na verdade, “discricionariedades, arbitrariedades, inquisitorialidades, positivismo jurídico: tudo está entrelaçado”³³⁷, justamente porque a tradição brasileira no Direito sempre bebeu nas fontes do positivismo Kelseniano, que, diz, textualmente, que o juiz tem discricionariedade para escolher a decisão dentre várias escolhas possíveis.

Por isso, para que se tenha um Direito realmente pós-positivista, no sentido de deixá-lo para trás, é importante trabalhar como perspectivas que eliminem a possibilidade de decisões subjetivas, pois se tratam de uma posição equivocada sobre a independência do Poder Judiciário.

O livre convencimento motivado do juiz se encontra nessa mistura de teorias, quais sejam, positivismo, pós-positivismo, neoconstitucionalismo, de modo que, é nesse sentido, concebido como um sistema que supera as provas legais ou tarifadas, não impondo critérios de justificação ao julgador no momento de valorar a prova e considerá-la na decisão judicial. A questão da discricionariedade volta à discussão.

A questão da liberdade do juiz, sem questões predeterminadas, numa aposta na subjetividade racional (metafísica moderna) acarreta o problema da possibilidade de liberdade do juiz para consideração, além dos fatos e das provas, do Direito posto. Em outras palavras:

Livre convencimento, no âmbito das práticas jurídicas, implica também a relação pretensamente livre que se estabelece entre o juiz e a interpretação do “Direito”. Baseia-se numa concepção equivocada acerca do que seja a independência do Poder Judiciário - que, na raiz, possui relação com o

³³⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Novo Código de Processo Penal**: O problema dos sincretismos de sistemas (inquisitorial e acusatório). Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 46 n. 183 julho./set. 2009, p. 120.

descolamento da função jurisdicional das prerrogativas do Soberano - apresentando-a como liberdade de amarras interpretativas que permitiriam aos juízes construir o sentido do direito que se adaptasse melhor ao seu conjunto pessoal de afetos (o livre convencimento tem íntima relação com o elemento da vontade) bem como de seu monadológico julgamento “racional”.³³⁸

Importante notar da passagem acima exposta que o livre convencimento, mesmo tendo íntima ligação com a vontade do intérprete, carrega um traço racional, decorrente ainda da filosofia da consciência, principalmente da consciência do sujeito da modernidade.

Por falar em “consciência”, como se viu no capítulo 4 da dissertação, mesmo já sob os mantos da Constituição republicana de 1988, decidia-se conforme a “consciência” do juiz.

Esse contexto é mantido até os dias de hoje, pois, ao verificar a jurisprudência recente dos tribunais superiores é possibilitado ao juiz valorar a prova com ampla liberdade, bem como decidir, por si, acerca da sua produção ou não, tudo com base no “livre” convencimento motivado.

O problema não é só de não recepção do paradigma ontológico-linguístico pelo Direito, mas de prática judiciária quando da aplicação da lei, já que, mesmo por uma análise meramente metodológica e analítica, o livre convencimento do juiz não se sustenta. Isso porque, se o julgador deve decidir conforme as provas dos autos, as provas produzidas pelas partes, o convencimento não é e não pode ser livre.

Neste ponto é importante abrir parênteses para falar do código de processo civil de 2015 e a retirada do livre convencimento motivado. Conforme se verifica da leitura dos dispositivos legais do código, além de retirar todas as referências ao “livre” convencimento do juiz, expressamente, houve o reforço, no artigo 489, §1º e incisos de que não será considerada fundamentada decisão judicial que se limitar a argumentos genéricos a justificar qualquer decisão, bem como e, mais importante, não enfrentar todos os argumentos das partes capazes de infirmar a conclusão da decisão.

³³⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria Crítica Hermenêutica do Direito. 2.ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020, p. 212.

Apesar disso, grande parte da doutrina entende que não houve nenhuma mudança do CPC/73 para o CPC/2015, o que é corroborado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a exemplo do acórdão a seguir ementado, datada do ano de 2022, *in verbis*:

[...] 3. O julgador não está "obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos invocados pelas partes quando, por outros meios que lhes sirvam de convicção, tenha encontrado motivação satisfatória para dirimir o litígio. As proposições poderão ou não ser explicitamente dissecadas pelo magistrado, que só estará obrigado a examinar a contenda nos limites da demanda, fundamentando o seu proceder de acordo com o seu livre convencimento, baseado nos aspectos pertinentes à hipótese sub judice e com a legislação que entender aplicável ao caso concreto" (AgInt no AREsp 1.344.268/SC, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 14/2/2019).(AgInt no REsp n. 1.985.055/BA, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 22/8/2022, DJe de 24/8/2022.)

Os termos livre e livremente continuam a ser utilizados normalmente, havendo posições contrárias ao fim do livre convencimento no processo civil, já que, no entender de parte da doutrina, "o princípio do livre convencimento motivado jamais foi concebido como método de (não) aplicação da lei; como alforria para o juiz julgar o processo como bem entendesse"³³⁹, bem como que na "Justiça dos homens o fator humano é insuprimível. Por isso, enquanto os julgamentos forem humanos, a livre convicção do julgador, dentro de algumas importantes balizas, sempre estará presente".³⁴⁰

É preciso esclarecer que o intuito da crítica ao livre convencimento não é ao fato de retirar o sujeito da compreensão, mas, de outro modo, tecer críticas à subjetividade assujeitadora das coisas, fora da intersubjetividade da compreensão. É óbvio que é impossível retirar a humanidade do juiz.

³³⁹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O livre convencimento motivado não acabou no novo CPC. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2015/04/06/livre-convencimento-motivado-cpc/>> . Acesso em 11/09/2022.

³⁴⁰ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O livre convencimento motivado não acabou no novo CPC. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2015/04/06/livre-convencimento-motivado-cpc/>> . Acesso em 11/09/2022.

Até mesmo associações de magistrados foram contra, por exemplo, o artigo 489, §1º do CPC, como se impor a necessidade de fundamentação efetiva das decisões judiciais fosse impor amarras aos juízes ou limitá-los em seu trabalho.

O grande problema é que o livre convencimento motivado, como princípio advindo do iluminismo da Revolução Francesa, bem como mantido pelos discursos do positivismo e do pós-positivismo jurídico, encontra-se absolutamente inserido no paradigma da filosofia da consciência, ou seja:

No plano filosófico, esse princípio encontra-se vinculado à chamada filosofia da consciência, ao esquema sujeito-objeto e à crença de que se apreende a prova para, em seguida, decidir conforme a consciência. O julgador pensado para atuar a partir do livre convencimento motivado é o sujeito da consciência, o julgador do primado da razão.³⁴¹

A filosofia da consciência não conhece a intermediação da linguagem, porque, ao contrário, trata de uma racionalidade instrumental advinda da consciência do aplicador/intérprete. Tudo está na subjetividade e não na intersubjetividade.

É nesse contexto de superação da subjetividade que a CHD vai defender o Direito do cidadão a uma resposta jurídica constitucionalmente adequada. Dito de outro modo, entendendo-se o Direito, após o positivismo, como em seu aspecto interpretativo e transformador, não há espaço para subjetividades, na medida em que o cidadão que vai ao judiciário não quer uma opinião pessoal do juiz³⁴², ao contrário, “ele quer que o juiz diga o que o Direito tem a dizer para ele”.³⁴³

E dizer o que o Direito tem a dizer não significa ser juiz boca da lei, justamente porque, nesta quadra da história, com a positivação de tantos Direitos e garantias constitucionais, aplicá-los é dever de responsabilidade política dos magistrados.

³⁴¹ CASARA, R. R. R. ; **O mito do livre convencimento motivado**: dogmática processual vs a tradição e o inconsciente. *Direito e Diversidade* , v. 1, p. 15-17, 2012. p. 15.

³⁴² STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria Crítica Hermenêutica do Direito. 2.ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020, p. 216.

³⁴³ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria Crítica Hermenêutica do Direito. 2.ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020, p. 216.

Não obstante isso, no sentido da facticidade heideggeriana e da tradição gadameriana, a “incorporação de critérios materiais de legitimidade dos mecanismos de validade previstos na Constituição converte a Carta Magna em uma ‘regra de reconhecimento’ historicamente condicionada e empiricamente verificável”³⁴⁴, através do Direito construído pela comum-idade política e que traduz a interpretação mais adequada do Direito.

O ponto é que em Direito existem parâmetros para julgar, parâmetros que são advindos do próprio Direito, principalmente das normas constitucionais. No processo penal, como já dito, o sistema acusatório é aquele em que se respeitam os normas Constitucionais, mais especificamente, o contraditório, a ampla defesa, a presunção de inocência, o devido processo legal e, principalmente, a necessidade de fundamentação das decisões judiciais postos nos artigos 5º, LV, LVII e 93, IX da CRFB/88, respectivamente.

Com efeito, para a CHD, falar em sistema acusatório é necessariamente discutir paradigmas, de modo que o processo penal democrático depende da intersubjetividade e não da subjetividade, ou seja:

Fica claro que um processo penal democrático depende de uma ampla intersubjetividade; depende da perspectiva acusatória e não inquisitória; depende do respeito ao contraditório, tudo a partir de uma fundamentação/justificação detalhada ao nível daquilo que venho denominando de accountability processual.³⁴⁵

Deve-se dar atenção à reconstrução institucional do Direito, não havendo decisão jurídica que parta do "grau zero de sentido".³⁴⁶

Por isso, no paradigma constitucional de 1988, o sistema acusatório tem imbricada ligação com a democracia e com os Direitos e garantias fundamentais, pois, mesmo não havendo uma linha divisória delimitada de separação dos sistemas processuais

³⁴⁴ JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. **Constitucionalismo em tempos de globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 76.

³⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Novo Código de Processo Penal O problema dos sincretismos de sistemas** (inquisitorial e acusatório). Revista de Informação Legislativa: Brasília a. 46 n. 183 julho./set. 2009, p. 121.

³⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto** - decido conforme minha consciência?. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 108.

penais, nos termos do que afirmam Juarez Tavares e Rubens Casara, não se pode negar que ante as “características mais comumente observadas ao longo da história dos sistemas processuais, que o sistema acusatório é o que mais se identifica com o projeto político-constitucional de contenção do arbítrio e de redução do poder estatal”.³⁴⁷

A contenção do arbítrio é um dos traços mais importantes do processo penal contemporâneo que não compactua, portanto, com posições subjetivas ou com liberdade de convencimento do juiz. Posições subjetivas levam a um inegável *déficit* democrático, já que não preenchem a integridade e a coerência do Direito posto pela comum-idade política.

Com efeito, vale a lição de Rubens Casara de que, mesmo no paradigma da hermenêutica filosófica, ou, da CHD, apesar de não se poder afirmar que o novo triunfará ou se o antigo retornará, o primeiro passo para superar o autoritarismo é reconhecê-lo para, assim, constrangê-lo³⁴⁸, de modo que, “uma vez percebido, torna-se possível confrontar as teorias, as práticas, os mecanismos de ação, os mitos e os demais instrumentos autoritários com os óbices estabelecidos pelo Estado Democrático de Direito a partir do texto constitucional”.³⁴⁹

O texto constitucional deve ser levado à sério, contra subjetividades que o desconsiderem, já que, para o Direito, o texto importa, ou seja “não existe em uma espécie de ‘textude’ metafísica; o texto é inseparável do seu sentido; textos dizem sempre respeito a algo da faticidade; interpretar um texto é aplicá-lo”.³⁵⁰

Por isso, os princípios jurídicos são deontológicos, introduzindo o mundo prático no Direito, fechando a interpretação, de modo que “a palavra ‘norma’ representa o produto da interpretação de um texto, isto é, o produto da interpretação da regra jurídica realizada a partir da materialidade principiológica”.³⁵¹

³⁴⁷ TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. **Prova e Verdade**. 1.ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020, p. 107.

³⁴⁸ CASARA, Rubens R. R. **Mitologia processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 312.

³⁴⁹ CASARA, Rubens R. R. **Mitologia processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 312.

³⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 254.

³⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 586.

Desse modo, é preciso verificar se o princípio instituidor da regra do artigo 155 do CPP, quando confrontado com a principiologia constitucional, permite o “livre” convencimento do julgador.

O princípio instituidor da regra do artigo 155 do CPP é aquele trazido no artigo 93, IX da CRFB/88, ou seja, o da necessidade de fundamentação das decisões judiciais.

O artigo 93, IX, além de estar positivado no texto da Constituição, trata-se de garantia contra discricionariedades, bem como de garantir que os julgadores, em Direito, prestem contas de seu dever de coerência e integridade, já que possuem responsabilidade política em suas decisões.

A responsabilidade política se liga aos argumentos de princípio, que não se confundem com decidir por argumentos de política, visto que, decidir por princípios significa que se deve decidir da melhor maneira possível através da manutenção da igualdade de tratamento dos cidadãos levados ao judiciário.

Supera-se, então, a possibilidade de escolha dentre várias possíveis típica do positivismo, ou seja, não “há uma resposta verdadeira, correta; nem a única e nem uma entre várias corretas; apenas ‘a’ resposta que se dá na coisa mesma”³⁵², de modo que, no Direito, a resposta correta ou aquela constitucionalmente adequada deve guardar coerência e integridade com critérios jurídicos.

A explicitação do compreendido passa pela aplicação, porque, no contexto da hermenêutica filosófica não se conhece o objeto para depois aplicar a compreensão, este processo é unitário (*applicatio*), o que blinda a aplicação do Direito de arbitrariedades e subjetividades.

A *applicatio* do direito se liga aos Direitos e garantias fundamentais postas na Constituição republicana de 1988, já que:

[...] se antes de 1988 a luta das vertentes críticas da teoria do direito era pela incorporação dos direitos fundamentais e das garantias processuais no seio de uma Constituição democrática, em nosso contexto atual, as armas se

³⁵² STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. RT, 2014, p. 127.

voltam para outro alvo: concretizar o extenso rol de direitos consagrados pela Constituição.³⁵³

Este é o alcance que se dá ao artigo 93, IX da CRFB/88, um alcance contra usurpação de Direitos fundamentais por posições eventuais ou subjetivas, não havendo, desse modo, liberdade para o juiz de Direito decidir conforme suas escolhas.

O Direito, para a CHD, de cariz dworkiano é integrativo, portanto, já que o respeito à coerência e à integridade são requisitos institucionais da prática jurídica.³⁵⁴

A fundamentação das decisões é um direito fundamental do cidadão, já que o artigo 93, IX da CRFB/88, institucionaliza “um princípio, no sentido adequado do termo, tendo uma relação de estrita dependência com o dever fundamental de justificar as decisões”³⁵⁵, de modo a preservar a força normativa da Constituição, a coerência e a integridade do Direito.

O livre convencimento motivado permite que o juiz faça diversos tipos de escolhas, desde quais as provas pretende valorar até quais irá considerar na decisão judicial. O problema é que *escolher não é decidir*, na medida em que a escolha está no campo da razão prática, ao passo que a decisão está no campo da responsabilidade política³⁵⁶ ou seja, a decisão pressupõe um comprometimento com a moralidade da comunidade política.³⁵⁷

Nesse contexto, a CHD se apresenta como uma teoria da decisão judicial, a tratar de critérios para se decidir em Direito, mas sem cair em metodologias instrumentais. O convencimento do juiz deve ter condições de ser verificado, inclusive por conta da responsabilidade política.

³⁵³ OLIVEIRA, Rafael Tomaz; STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – as garantias processuais penais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 96.

³⁵⁴ STRECK, Lenio Luis. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 386.

³⁵⁵ STRECK, Lenio Luis. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 646.

³⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria Crítica Hermenêutica do Direito. 2.ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020, p. 388.

³⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria Crítica Hermenêutica do Direito. 2.ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020, p. 387.

O julgador em Direito não vê os fatos que serão julgados, recebendo narrativas expostas em textos que, em termos hermenêuticos, são eventos³⁵⁸ nos quais não se pode atribuir os sentidos arbitrariamente, não se pode dizer qualquer coisa. Diferente disso, deve-se fazer uma reconstrução do caso narrado, ajustando-o à história institucional do Direito³⁵⁹.

Nessa perspectiva, a CHD vai tratar da decisão judicial para problemas concretos, a partir da antecipação de sentidos dos casos postos a julgamento, bem como a partir da antecipação de sentidos que os textos legais apresentam, sem cair no reducionismo entre aplicar a letra “fria” da lei e aplicar a abertura interpretativa dos princípios, porque:

[...] “cumprir a letra fria [sic] da lei” significa sim, nos marcos de um regime democrático como o nosso, um avanço considerável. (...). O resultado disso é que aquilo que começa com (um)a subjetividade “criadora” de sentidos (afinal, quem pode controlar a “vontade do intérprete”?, perguntariam os juristas), acaba em decisionismos e arbitrariedades interpretativas, isto é, em um “mundo jurídico” em que cada um interpreta como (melhor) lhe convém...!³⁶⁰

Outrossim, a resposta constitucionalmente adequada, como *applicatio*, vai ocorrer sempre através do círculo hermenêutico, em que o todo deve ser entendido pela parte e a parte pelo todo, de modo que, quando o intérprete tem diante de si um caso concreto a ser decidido, bem como uma tradição que se antecipa, advinda do texto jurídico, é exatamente o caso concreto quem vai dar a possibilidade do acontecer da compreensão, ou seja:

Exatamente por superar o modelo interpretativo baseado na determinação abstrata dos significados dos textos jurídicos – que proporcionam, por isso, *múltiplas respostas* (soluções) – e superar os modelos procedimentais (em que apenas importa a relação de proposições assertóricas) é que a

³⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria Crítica Hermenêutica do Direito. 2.ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020, p. 404.

³⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria Crítica Hermenêutica do Direito. 2.ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020, p. 402.

³⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista?** Revista NEJ - Eletrônica, Vol. 15 - n. 1 - p. 158-173 / jan-abr 2010, p. 162.

hermenêutica trata da realização concreta do Direito. É o caso concreto que será o *locus* desse acontecer de sentido.³⁶¹

Nesse sentido, ante a impossibilidade de se conferir sentidos arbitrários ao texto ou aos casos postos à julgamento pelo Direito é que o livre convencimento motivado não tem mais guarida no Direito brasileiro, à luz da CHD, pois “se trata de uma teoria sobre a responsabilidade interpretativa do juiz, que não permite que ele se exonere por um fundamento pré-dado objetivamente, nem por uma construção subjetiva, mas o situa num contexto intersubjetivo”.³⁶²

O juiz não será, nem mero observador (*metafísica clássica*), nem solipsista (*metafísica moderna*), mas garantidor dos Direitos e garantias constitucionais, fornecendo uma resposta constitucionalmente adequada, em atenção ao artigo 93, IX da CRFB/88, que não permite a objetificação e nem a mera subjetificação dos Direitos, mas sim a compreensão pela intersubjetividade, não havendo espaço para discursos genéricos prontos e nem para o “livre” convencimento do juiz, que, no processo penal ainda positivado em seu artigo 155.

É preciso fixar, para que não restem dúvidas, que “a resposta (decisão) não é nem a única e nem a melhor: simplesmente se trata ‘da resposta adequada à Constituição’”³⁶³, devendo ser confirmada na própria Constituição, como forma de garantia democrática do cidadão.

Nesse sentido, nem mesmo os autores que trabalham a perspectiva meramente metodológica da fundamentação judicial através do contraditório se dão conta de que estão inseridos, expressamente, na virada linguística ontológica, como, por exemplo, diz expressamente Michele Tarufo, da seguinte forma:

o linguisticturn teve o efeito de extinguir todas as conexões entre a linguagem e o mundo, bem como de mover todo o problema da verdade para dentro da dimensão linguística da experiência e do conhecimento. Afirmando que o conhecimento, a realidade e a verdade são exclusivamente produtos da

³⁶¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 387.

³⁶² STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria Crítica Hermenêutica do Direito. 2.ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020, p. 391.

³⁶³ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto** - decido conforme minha consciência?. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 107

linguagem, acaba-se, de fato, por negar a existência de qualquer realidade independente da linguagem que pudesse determinar a veracidade ou a falsidade de cada pensamento.³⁶⁴

O próprio Karl Popper introduz a noção de linguagem às ciências, justamente porque podem ser falseáveis, ou seja, “as teorias são redes que lançamos para capturar o que chamamos ‘o mundo’: para racionalizá-lo, explicá-lo e dominá-lo. Esforçamo-nos para deixar as malhas cada vez menores”.³⁶⁵ A questão se dá por testes de teorias.³⁶⁶

Desse modo, também para as teorias metodológicas ou/e analíticas, é preciso deixar claro que:

[...] (a) teorias científicas estão vinculadas ao caráter linguístico e, portanto, intersubjetivo da razão, (b) que, portanto, trazem consigo um elemento normativo indissociável de seu caráter descritivo e que, nesse sentido, (c) a sua corroboração não depende da correspondência com o “mundo externo”, mas da constante confrontação dialética que decorre da exigência de justificação, é algo muito próximo de elementos centrais da hermenêutica filosófica desenvolvida por Gadamer em Verdade e Método.³⁶⁷

Nesse contexto, a experiência hermenêutica também se aplica, de certa forma, nessa perspectiva metodológica, através da intermediação da linguagem, já que as falsas universalizações são refutadas pela experiência³⁶⁸, restando, neste fato, a não sustentação do livre convencimento, inclusive, em termos epistemológicos.

Isso se estende à noção de verdade, seja a “real”, seja a verdade por correspondência, já que não existe a simples correspondência, mas, sim, a intermediação pela

³⁶⁴TARUFFO, Michelle. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Tradução: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 97.

³⁶⁵ POPPER, Karl. **A lógica da investigação científica**. In: Os Pensadores. São Paulo: Abril S.A. Cultural e Industrial, 1975, p. 287.

³⁶⁶ POPPER, Karl. **A lógica da investigação científica**. In: Os Pensadores. São Paulo: Abril S.A. Cultural e Industrial, 1975, p. 287.

³⁶⁷ JUNG, Lua Nogueira; STRECK, Lenio Luiz. **Livre convencimento judicial e verdade: crítica hermenêutica às teorias de Ferrajoli, Taruffo e Guzmán**. In: REVISTA NOVOS ESTUDOS JURÍDICOS - ELETRÔNICA, VOL. 27- N. 1 - JAN-ABR 2022, p. 15.

³⁶⁸ JUNG, Lua Nogueira; STRECK, Lenio Luiz. **Livre convencimento judicial e verdade: crítica hermenêutica às teorias de Ferrajoli, Taruffo e Guzmán**. In: REVISTA NOVOS ESTUDOS JURÍDICOS - ELETRÔNICA, VOL. 27- N. 1 - JAN-ABR 2022, p. 15.

linguagem que, no paradigma do Estado Democrático de Direito é a linguagem advinda da Constituição, da moralidade pública em detrimento da privada.

A justificação se dá numa dimensão linguística intersubjetiva, não havendo liberdade “subjetiva”, principalmente quando se está diante de um Direito que deve dar conta de respostas a problemas concretos. Por isso, mesmo em uma perspectiva metodológica, não há liberdade para o juiz julgar, justamente porque deve levar em conta a intersubjetividade do conjunto que a ele é apresentado. A verdade, mesmo que por correspondência, nunca será construída subjetivamente.

É por isso que o princípio do contraditório efetivo, entendido como possibilidade de confrontação de teses, no processo penal, da imputação escolhida pela acusação, e de influência, se aliado ao “livre” convencimento motivado fora da linguagem, não sustenta o dever de fundamentação das decisões judiciais, visto que, ao se qualificar o convencimento do juiz como “livre”, o contraditório somente irá reforçar argumentos de justificação interna, escolhidos através de sua subjetividade.

Diferente disso, a justificação da decisão judicial, em um nível linguístico intersubjetivo deve refletir aquilo que a comum-unidade política fixou como Direito posto, inclusive nas teorias de verdade por correspondência, não havendo sob quaisquer perspectivas, no contexto da CHD, como manter o livre convencimento motivado no sistema jurídico, justamente por não haver liberdade de julgamento sob nenhum alcance que se olhe, principalmente para aquele que impõe a observância da integridade e a coerência para a preservação da autonomia do Direito.

Isso é corroborado pelo fato de que, como já se viu, interpretação, compreensão e aplicação, através da *applicatio*, ocorrem de modo unitário, não havendo como separar o *logos* apofântico ou explicativo do *logos* hermenêutico ou aquele que desvela o escondido através da linguagem.

Quando se aplica já houve a compreensão, de modo que, se o convencimento é “livre”, o aplicador poderá expor a justificação que bem entender, já que tomada subjetivamente.

No fim, as teorias procedimentalistas acabam por confundir *decisão com escolha*, ou seja, não se atém à necessidade de manutenção da integridade e da coerência do

Direito, guardando toda a sua aplicação no nível do subjetivo, como se o julgador fosse o dono do processo.

O que se quer dizer é que “o julgador não decide para depois buscar a fundamentação; ao contrário, ele só decide porque já encontrou o fundamento”.³⁶⁹ Por isso, o julgador não tem escolhas a fazer, porque permitir escolhas dentre muitas permite que se mascare a sua subjetividade.

Nesse contexto, a resposta judicial deve ser constitucionalmente adequada, efetivando-se o princípio da necessidade de fundamentação das decisões judiciais, expresso no artigo 93, IX da CRFB/88 que blinda o Direito de decisões eventuais e meramente subjetivas, como no caso da utilização do livre convencimento motivado pelo juiz que é, simplesmente, uma alternativa à prova legal ou tarifada, não oferecendo critérios de controle da decisão judicial. Dito de outro modo, a resposta adequada à constituição:

é a resposta hermenêuticamente correta, que, limitada àquilo que se entende por fenomenologia hermenêutica, poderá ser denominada verdadeira, se por verdadeiro entendermos a possibilidade de nos apropriarmos de pré-juízos autênticos e, dessa maneira, distinguidos dos pré-juízos inautênticos (a tradição será esse “vetor” de sentido, engendrada a partir das duas grandes revoluções copernicanas ocorridas no século XX: a derrocada do esquema sujeito-objeto e o advento do constitucionalismo compromissório e transformador da sociedade.³⁷⁰

Os pré-juízos autênticos e inautênticos referidos na passagem acima e que dão o sentido significam que, como não há grau zero de sentido³⁷¹ e sempre o intérprete/aplicador parte de algum lugar, “a condição de possibilidade da compreensão são os pré-juízos que operam conosco no momento em que nos aproximamos de um texto”.³⁷²

³⁶⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 217.

³⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 387.

³⁷¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 363.

³⁷² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 364.

Portanto, no Direito, para que o julgador demonstre a resposta constitucionalmente mais adequada, é preciso que a justificativa dessa fundamentação seja pautada em pré-juízos autênticos, justamente para que sua subjetividade não se sobreponha àquilo que deve ser interpretado, o Direito e sua história institucional, bem como os fatos que definem o caso concreto.³⁷³

Isso reforça a incompatibilidade do livre convencimento motivado do juiz com a necessidade constitucional de fundamentação das decisões judiciais, na medida em que, diferente de interpretações literárias ou artísticas, ou, até mesmo, da vida cotidiana em uma conversa, “o intérprete do Direito – e principalmente o juiz, mas não apenas ele – está obrigado, inclusive institucionalmente (art. 93, inc. IX, da CF), há dizer o porquê de sua interpretação”.³⁷⁴

Por todo o exposto, verifica-se que verbetes como “busca da verdade real” e “livre convencimento motivado” não passam de pré-juízos inautênticos, na medida em que não respeitam, por encobrirem a justificação dos casos concretos, ora objetificando o Direito, ora o tratando de maneira, exclusivamente, solipsista, a necessidade de integridade e coerência do Direito, no Estado Democrático de Direito garantidor de Direitos fundamentais, prevalecendo a decisão subjetiva em detrimento da intersubjetividade.

O dever de fundamentação, então, não será cumprido pela mera exposição de critérios lógicos, “sendo indispensável colocar o sentido ventilado na decisão no contexto da história institucional do direito”.³⁷⁵

Em palavras finais, o processo interpretativo que se dá através da linguagem visa que os julgadores prestem contas (*accountability*) quando instados a aplicar o Direito em decisões judiciais através da análise de casos concretos, justamente porque, no Estado Democrático de Direito, principalmente para o processo penal, democracia tem a ver com controle de decisões, não havendo espaço para decisionismos e

³⁷³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 364.

³⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 364.

³⁷⁵ RAATZ, Igor; STRECK, Lenio Luiz. **O dever de fundamentação das decisões judiciais sob o olhar da Crítica Hermenêutica do Direito**. R. Opin. Jur., Fortaleza, ano 15, n. 20, p.160-179, jan./jun. 2017, p. 169.

subjetivismos, motivos pelos quais, no âmbito da CHD, o livre convencimento motivado do juiz é incompatível com o processo penal acusatório democrático.

É incompatível porque, seja numa perspectiva de consideração fática-probatória, em que o julgador deverá, não só pelo artigo 93, IX da CRFB/88, expor e tratar, expressamente, das teses expostas pelas partes, mas também, sob pena de nulidade (artigo 315, §2º, incisos I a VI, do CPP), rebatê-las, mas também pela perspectiva normativa do Direito, não poderá dar interpretação isolada, subjetiva, sobre o alcance dos Direitos fundamentais constitucionais. A decisão em Direito não é subjetiva, mas, sempre, intersubjetiva.

6. CONCLUSÃO

De acordo com os objetivos propostos, que foram, analisar se o livre convencimento motivado, do artigo 155 do CPP, é compatível com o processo penal acusatório, bem como averiguar o tratamento dado pela doutrina nacional e pela doutrina estrangeira ao livre convencimento motivado no âmbito processual penal e analisar a jurisprudência dos tribunais superiores sobre o livre convencimento motivado, para, após, contextualizar todo o arcabouço doutrinário e jurisprudencial com a base teórica escolhida, os capítulos da dissertação foram distribuídos.

Visou-se responder ao problema de pesquisa abordado, qual seja, a possibilidade de julgamentos penais meramente subjetivos, através da hipótese da (in)compatibilidade do livre convencimento motivado com o processo penal acusatório.

Para tanto, no capítulo 1 da dissertação foram fixados os pressupostos teóricos da CHD, mais especificamente o contexto do giro ontológico-linguístico operado por Heidegger e a passagem à própria possibilidade de compreensão do ser-no-mundo. Fora introduzido na hermenêutica o conceito de facticidade e historicidade.

A partir desses conceitos, Hans-Georg Gadamer partiu para a crítica ao método das ciências naturais que, em uma pretensão de verdade absoluta, retirava de sua análise

problemas concretos da vida vivida, na medida em que trabalhava somente no âmbito explicativo da compreensão.

Conclui-se no capítulo 1 que as teorias metafísicas clássica (objetos com essências) e moderna (sujeito solipsista) não passaram pelo *linguistic turn*, no qual ocorreu uma mudança de paradigma pela qual a linguagem passou a ser condição de possibilidade da compreensão.

Na mesma linha, quanto ao outro pressuposto da CHD, a teoria do norte americano Ronald Dworkin, abordada no subtópico 1.2, demonstrando-se que o referido autor também reconhece a dimensão prática, oferecendo uma teoria construtiva e integrativa do Direito, contra o positivismo jurídico e sua discricionariedade.

Aliada à integridade, Dworkin defende a coerência do Direito como concretização da igualdade. Não se pode conferir decisões de ocasião quando se aplicam Direitos constitucionais. Por isso, os princípios jurídicos são tratados em sua perspectiva deontológica, trazendo a moral pública para dentro do Direito, sendo, numa perspectiva heideggeriana, faticizados por aqueles que participam da comum-idade política.

A partir desse contexto, o subtópico 1.3 tratou, especificamente, da CHD, como uma teoria que permite confrontar o problema da discricionariedade judicial no contexto concreto do Direito brasileiro, inserido no neoconstitucionalismo.

Foram abordados, então, pela CHD, dois problemas no Direito pátrio, quais sejam, a manutenção da discricionariedade positivista e o tratamento dos princípios jurídicos como “valores”, a abrir a interpretação.

Existe uma mixagem de teorias que demonstra que, ora se está mediante da metafísica clássica, nos enunciados prontos, ora se está na subjetividade do sujeito solipsista, na abertura interpretativa principiológica. Lenio Streck chegou a cunhar a expressão “*pamprincipiologismo*”, para denunciar a criação ocasionou de princípios jurídicos de acordo com as escolhas dos julgadores. A mixagem de teorias se dá, às vezes, em um mesmo tribunal.

Contra subjetivismos e discricionariedades, a CHD trabalha inserido na noção de *applicatio* gadameriana, não se distinguindo os contextos de aplicação e

fundamentação, não sendo possível, por exemplo, compreender para depois aplicar o entendimento.

Nessa linha, a facticidade trazida para o Direito resgatou o mundo prático, através da necessidade de se ter decisões de princípios, deontológicos, a manter a integridade e a coerência do Direito constitucional posto pela comum-idade, no contexto da fusão de horizontes do círculo hermenêutico, contra posições subjetivas e discricionárias.

Logo após, no capítulo 2, de acordo com o objetivo de averiguar o tratamento dado pela doutrina nacional e pela doutrina estrangeira ao livre convencimento motivado no âmbito processual penal, foi tratado da gênese e do desenvolvimento do livre convencimento motivado.

Concluiu-se que o livre convencimento motivado é majoritariamente tratado como mera superação ao sistema de provas legais ou tarifadas, constituindo-se como um “nada jurídico”, mantido no sistema pela falta de algo melhor, não apresentando critérios que deem conta da fundamentação efetiva das decisões judiciais.

Além disso, como se demonstrou, o livre convencimento motivado nos moldes de hoje, surgiu da íntima convicção francesa, na época da Revolução Francesa e da supervalorização do indivíduo pelo Iluminismo. Trata-se da permanência no paradigma da filosofia da consciência.

Já no capítulo 3, que trabalhou os motivos pelos quais se considera o livre convencimento do juiz como característica do sistema acusatório, verificou-se que sua gênese, na França, bebeu das fontes do Direito inglês, que, por sua vez, possuía diversas características antidemocráticas, apesar de ser considerado os primórdios do sistema acusatório.

Outra questão que corrobora a não superação do esquema sujeito-objeto é a ligação entre livre convencimento motivado e busca da verdade no processo penal. O que se demonstrou é que, estando o livre convencimento do juiz ligado, em sua gênese, à íntima convicção, a busca da verdade é um de seus pressupostos, tema que foi tratado no subtópico 3.1.

O processo penal brasileiro ainda trabalha na crença da busca pela verdade real, através da qual o juiz deve reconstruir, exatamente, o que teria ocorrido “de verdade”. Possibilita-se ao magistrado, nos termos do artigo 156 do CPP, buscar provas ou

“investigar a verdade real”³⁷⁶o que é corroborado pela jurisprudência dos tribunais superiores, STJ e STF, até os dias de hoje.

Outra parte da doutrina trabalha no âmbito da verdade por correspondência, que trata somente do aspecto metodológico da fundamentação, ou seja, aceita que a justificação venha separada da compreensão, ou seja, fora da linguagem e da intersubjetividade.

Da conclusão do capítulo 3 verificou-se que o livre convencimento motivado do juiz não passa de superação das provas legais ou tarifadas, na falta de algo melhor, e que, ante sua ligação com a íntima convicção, possui como características a busca pela verdade no processo.

No subtópico 3.2, fora demonstrada a estrutura do processo penal pátrio, desde a investigação, passando pelo recebimento da denúncia ou queixa, até a decisão final, a demonstrar que sempre existe uma estrutura prévia que vai condicionar o intérprete/aplicador.

Nessa linha, viu-se que o conceito de sistema acusatório utilizado na dissertação, inclusive pela ausência de pureza metodológica, é aquele que considera o processo penal em sua estrutura constitucional ligada à ideia de democracia, à aplicação igualitária³⁷⁷ do Direito penal, contra discricionariedades.

Delimitados todos os pressupostos teóricos, passou-se no capítulo 4 pela pesquisa de jurisprudência dos tribunais superiores, STJ e STF, no intuito de cumprir o objetivo específico de analisar como se dá a narrativa acerca do livre convencimento motivado na jurisprudência, relacionando o termo “livre convencimento motivado” com questões correlatas, tais como “contraditório”, “provas” e “fundamentação”.

O resultado demonstrou que ainda se admite no processo penal pátrio que o juiz forme sua convicção ponderando as provas que desejar ou que, como destinatário da prova, possa valorar sua produção de acordo com o seu “livre convencimento motivado”.

No âmbito do STF, apresentou-se como resultados que o magistrado tem ampla liberdade para valorar as provas, desde que, de forma fundamentada. Ou ainda, pelo

³⁷⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 37.

³⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Novo Código de Processo Penal O problema dos sincretismos de sistemas (inquisitorial e acusatório)**. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 46 n. 183 julho./set. 2009, p. 120.

tema 339, foi fixada a tese de que “o art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas”.³⁷⁸

Nesse contexto, o livre convencimento motivado é utilizado em questões sensíveis, tais como nulidade decorrente de reconhecimento do réu fora das normas legais ou na desconsideração da opinião do órgão de acusação, titular da ação penal e que detém o ônus probatório, quando opina pela absolvição.

Não obstante isso, quando analisadas jurisprudências mais antigas, porém, no contexto da CRFB/88, chega-se à referência textual de que o magistrado decide conforme a sua “consciência”. Apesar de a jurisprudência mais nova não se referir à “consciência”, este contexto permanece até os dias de hoje.

Portanto, agregada a análise jurisprudencial ao arcabouço doutrinário, passou-se, no capítulo 5, ao estudo do livre convencimento motivado à luz da Crítica Hermenêutica do Direito (CHD), para se delimitar a (in)compatibilidade do livre convencimento motivado do juiz no processo penal acusatório.

A questão fulcral é que o livre convencimento motivado do juiz se encontra preso à filosofia da consciência, na medida em que trabalha com um modelo de juiz concebido para assujeitar os sentidos do processo. Este é o paradigma sobre o qual está fincado.

Diferente disso, a CHD se desenvolve no paradigma da filosofia da linguagem, reconhecendo-se a facticidade e rompendo com as tradições metafísicas de retirada da essência das coisas mesmas ou de assujeitá-las a partir da própria subjetividade.

A linguagem, então, transforma a experiência interpretativa em ato intersubjetivo “que, por mais que seja obra de um único indivíduo, necessita comunicar seu conteúdo para que ela possa ser dotada de sentido”.³⁷⁹

Nessa linha, na esfera do Direito, a interpretação necessita dessa intersubjetividade que se dá pelo reconhecimento, a partir de quem está interpretando, da historicidade e da facticidade do próprio Direito, ou naquilo que a comunidade política/jurídica

³⁷⁸ On-line. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3849248&numeroProcesso=791292&classeProcesso=AI&numeroTema=339> . Acesso em 13 de setembro de 2022.

³⁷⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 329.

entende como válido para o Direito em relação a determinada norma jurídica ou em relação a determinado contexto de decisão.

Desse modo, a Constituição se transforma em parâmetro, advindo do próprio Direito, e que antecipa os sentidos para haver a possibilidade de compreensão, principalmente, quando se observam os princípios da ampla defesa, do contraditório, da presunção de inocência, corolários do devido processo legal e, principalmente, o princípio da necessidade da fundamentação das decisões judiciais, com o qual o artigo 155 do CPP deve ser confrontado.

Por isso, aplicar a letra da lei democraticamente produzida, quando em compatibilidade com a Constituição, é um avanço e não se confunde com o juiz “boca da lei”, que não podia interpretar.

Isso porque, o processo penal democrático depende da intersubjetividade. Trata-se, além de uma questão filosófica, de questão democrática que impõe uma justificação judicial, numa espécie de prestação de contas, ou *accountability*, justamente porque o processo penal democrático, acusatório, depende da contenção do abuso do poder de punir do Estado.

Tal contexto se dá no reconhecimento pelo Poder Judiciário de que Direitos e garantias fundamentais não podem ser tratados de maneira casuística, mas de modo a garantir a integridade e a coerência do Direito através do tratamento igualitário dos cidadãos levados a um julgamento perante o Poder Judiciário.

Dito de outro modo, não se quer a opinião pessoal do juiz, mas que ele explicita da melhor forma, ou seja, da forma que melhor represente os Direitos postos pela comum-idade política quando da resolução de casos concretos.

Com efeito, levando em consideração que a “norma’ representa o produto da interpretação de um texto, isto é, o produto da interpretação da regra jurídica realizada a partir da materialidade principiológica”³⁸⁰, foi preciso questionar se o artigo 155 do CPP é instituído pelo princípio da necessidade de fundamentação das decisões judiciais, artigo 93, IX da CRFB/88.

³⁸⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 586.

Nessa perspectiva, levando em conta, ainda, que os princípios jurídicos fecham a interpretação e não a abrem, por serem deontológicos, bem como que a fundamentação da decisão judicial é um Direito fundamental de ter respostas constitucionalmente adequadas, contra o *jus puniendi* estatal, o alcance que se dá ao artigo 93, IX da CRFB/88 é o de dar uma resposta concreta, advinda do Direito, para problemas práticos, não permitindo que o juiz faça escolhas dentre várias possíveis. Dito de outro modo:

Combater a discricionariedade, o ativismo, o voluntarismo interpretativo, o positivismo fático, etc. – que, como se sabe, são algumas das várias faces do subjetivismo – quer dizer que o intérprete deve assumir um compromisso com a Constituição e com a legislação democraticamente construída, no interior da qual há uma discussão, no plano da esfera pública, das questões ético-morais da sociedade.³⁸¹

Então, a decisão judicial deve refletir a melhor interpretação de acordo com a moral pública em detrimento da privada, pressupondo um efetivo grau de autonomia do Direito³⁸², o que o blindava de relativismos e subjetivismos.

Essa autonomia é ruptural e paradigmática, devendo ser entendida como ordem de validade, representada pela força normativa de um Direito produzido democraticamente e que institucionaliza essas e outras dimensões com ele intercambiáveis.³⁸³

No processo penal, conforme dito por Rubens Casara, para se superar a discricionariedade judicial, deve-se entender o novo com os olhos do novo, ou seja, pelo processo penal acusatório democrático no sentido trazido expressamente pela Constituição Republicana brasileira de 1988 e a tradição inquisitorial do processo penal pátrio.³⁸⁴ Processo como garantia, forma como garantia.

Portanto, sempre há algo que se antecipa ao intérprete aplicador do Direito. Esse algo que se antecipa são as normas jurídicas constitucionais, não havendo, por isso,

³⁸¹ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria Crítica Hermenêutica do Direito. 2.ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020, p. 393.

³⁸² STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria Crítica Hermenêutica do Direito. 2.ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020, p. 393.

³⁸³ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2.ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020, p. 25.

³⁸⁴ CASARA, Rubens R. R. **Mitologia processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 310.

liberdade de compreensão dos fenômenos no interior da filosofia da linguagem, corolária da intersubjetividade, na medida em que, não será retirada a essência da norma jurídica e nem será do seu sentido de maneira solipsista, mas ocorrerá pelo intermédio da linguagem.

Seguindo a linha de raciocínio, nem mesmo as teorias analíticas procedimentais escaparam do *linguistic turn*, sendo certo que teorias científicas são constantemente refutadas pelas experiências³⁸⁵ práticas, bem como que o caráter descritivo dos métodos dependa da intersubjetividade intermediada pela linguagem.

Então, seja a verdade “real”, seja a verdade por correspondência, mesmo na consideração de métodos posteriores de justificação, ante a intermediação pela linguagem que, no paradigma do Estado Democrático de Direito é a linguagem advinda da Constituição, da moralidade pública em detrimento da privada, não vai haver “livre” convencimento do juiz. Desse modo, a verdade por correspondência não será construída subjetivamente, mas intersubjetivamente.

Por isso, o princípio do contraditório efetivo, se aliado ao “livre” convencimento motivado fora da linguagem, não sustenta o dever de fundamentação das decisões judiciais, visto que, ao se qualificar o convencimento do juiz como “livre”, o contraditório somente irá reforçar argumentos de justificação interna, escolhidos através de sua subjetividade e não na intersubjetividade.

De todo esse contexto, verificou-se que pela *applicatio* hermenêutica, a interpretação, a compreensão e a aplicação do Direito ocorrem em momento unitário, não havendo como separar a explicitação do compreendido (*logos* apofântico), do que já foi compreendido e deve desvelar-se (*logos* hermenêutico). Em outras palavras, quando o intérprete aplica, ele já compreendeu, sendo que, por isso, não existe a possibilidade de livre convencimento motivado do juiz no processo judicial.

Manter o livre convencimento, mesmo que motivado, é possibilitar decisões subjetivas encobertas por justificações *a posteriori* e que não dão conta do dever de fundamentação das decisões judiciais, contido no artigo 93, IX da CRFB/88.

³⁸⁵ JUNG, Lua Nogueira; STRECK, Lenio Luiz. **Livre convencimento judicial e verdade: crítica hermenêutica às teorias de Ferrajoli, Taruffo e Guzmán.** In: REVISTA NOVOS ESTUDOS JURÍDICOS - ELETRÔNICA, VOL. 27- N. 1 - JAN-ABR 2022, p. 15.

Ademais, a aposta no livre convencimento mantém o Direito arraigado ao paradigma filosófica da filosofia da consciência, permitindo subjetividades e discricionariedades metafísicas que já foram superadas desde o início do século XX. O Direito não pode ficar de fora da viragem linguística ocorrida na filosofia, principalmente porque se liga a questão democrática quando o Poder Judiciário é instado a aplicar o Direito.

A superação do paradigma da filosofia da consciência passa pela resposta hermenêuticamente correta, ou seja, através da fenomenologia representada pelo constitucionalismo contemporâneo de caráter compromissório para a resolução de problemas concretos³⁸⁶.

Sempre se parte de algum lugar, devendo-se suspender os pré-juízos quando do contato com a coisa, no caso ora estudado, com a norma jurídica constitucional, principalmente aquela do artigo 93, IX, na medida em que, devem ser interpretados o Direito, por sua história institucional, e o caso concreto posto a julgamento, que é o *locus* da compreensão.

Afinal, o juiz está obrigado a explicitar sua compreensão no sentido de evitar decisões de ocasião ou meramente decorrentes de justificações privadas em detrimento do moral pública do Direito posto pela comum-idade política.

Por derradeiro, o processo interpretativo que ocorre pela linguagem visa que os juízes de Direito prestem contas (*accountability*) quando da aplicação do Direito em decisões judiciais, através da análise de casos concretos, justamente porque, no Estado Democrático de Direito, principalmente para o processo penal, a questão democrática ao controle de decisões, não havendo espaço para decisionismos e subjetivismos, motivos pelos quais, no âmbito da CHD, o livre convencimento motivado do juiz é incompatível com o processo penal acusatório democrático.

Isso posto, em confronto com o artigo 93, IX da CRFB/88, o artigo 155 do CPP, por permitir decisões meramente subjetivas, às vezes, pela “consciência do julgador”, como visto no tópico sobre a jurisprudência dos tribunais superiores, tanto pela perspectiva hermenêutica, quanto por uma perspectiva analítica, ambas intermediadas pela linguagem, não permitem que o convencimento seja “livre”, o que torna o dispositivo *antidemocrático*, principalmente ante a necessidade de contenção

³⁸⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 387.

de poder punitivo e de manutenção da coerência e da integridade do Direito posto pela comum-idade política, que blindam a aplicação dos Direitos de posições subjetivas, em detrimento da intersubjetividade.

Desse modo, o próprio artigo 93, IX da Constituição determina um sentido para a fundamentação, tanto dos fatos e provas apresentados pelas partes, quanto do sentido do Direito posto. O julgador não pode desconsiderar os argumentos das partes e nem o Direito posto pela comum-idade política, como se retira, por exemplo, no CPC/2015, e seus artigos 9º, 10º e 489, §1º e agora, textualmente, do artigo 315, §2º do CPP.

Portanto, a resposta constitucionalmente (hermeneuticamente) adequada de que trata a CHD vai no mesmo sentido, garantindo que o juiz reconstrua a história institucional do Direito quando dos julgamentos para garantir a melhor resposta, entendida como a mais adequada a Constituição, formando um escudo contra decisões subjetivas, confirmando-se, desse modo, pela pesquisa empírica, a hipótese trabalhada, qual seja, de que o livre convencimento motivado do juiz permite decisões descoladas dos argumentos das partes e do Direito posto, democraticamente, pela comum-idade política.

De todo o exposto, a dissertação contribui para abrir os olhos, sem, por óbvio, pretender esgotar o tema, sobre a necessidade de retirada do livre convencimento motivado do processo penal acusatório, principalmente ante as discussões do novo código de processo penal, PLS 156/2009 (substitutivo PL 8.085/2010), pois apresenta uma base teórica que persegue decisões judiciais que não espelhem vontades individuais, mas a moralidade pública inserida no Direito como integridade política, no sentido de efetivar o Constitucionalismo Contemporâneo.

Contribui também para o PPGDIR, na medida em que sua área de concentração abrange o processo judicial em sua perspectiva constitucional, possibilitando-se, como dito, a efetivação de um direito constitucional concreto, principalmente no momento atual, que que a discricionariedade judicial e o ataque a Direitos fundamentais é cada vez mais forte, sendo necessários instrumentos para preservá-los contra subjetivismos e alegações de Direitos de maiorias eventuais em face de minorias.

O processo penal deve, desse modo, preservar seu desiderato de garantia contra abusos do *jus puniendi* estatal, o que se dá através do controle da aplicação do Direito pela integridade e pela coerência, no sentido de manutenção do Direito constitucional posto pela comum-unidade política, no Brasil, pelas normas da CRFB/88, com especial atenção àquela do artigo 93, IX, que trata da necessidade de fundamentação das decisões judiciais.

7. REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges apud NERY, Carmen Lígia. **Decisão Judicial e Discricionariedade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

ALMEIDA, Carlos Henrique Meneghel de; BONFIGLI, Fiammetta. **Em busca da verdade: uma análise das concepções de verdade nas comissões de verdade e no processo penal brasileiro**. In: Redes: Revista Eletrônica Direito e Sociedade, Canoas, v. 8, n. 3, p. 17-47, dez. 2020.

ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. **Os princípios constitucionais entre deontologia e axiologia**: pressupostos de uma teoria hermenêutica democrática. REVISTA DIREITO GV, SÃO PAULO 4(2) | P. 493-516 | JUL-DEZ 2008.

ANGELO, Tiago. **Juiz nega domiciliar e compara decisão à luta de Churchill contra Hitler**. CONJUR, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/juiz-nega-domiciliar-compara-decisao.pdf>> . Acesso em: 09 de setembro de 2022.

ANGELO, Tiago. **Domiciliar é negada porque "só astronautas estão livres do coronavírus"**. CONJUR, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/httpswwwconjurcombr2020-abr.pdf>> . Acesso em: 13 de setembro de 2022.

BADARÓ, Gustavo H. Editorial dossiê "**Prova penal**: fundamentos epistemológicos e jurídicos". Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 43-80, jan./abr. 2018.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BADARÓ, Gustavo. **Epistemologia judicial e prova penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Revista da EMERJ, v. 9, nº 33, 2006.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BENTLEY, David. **English Criminal Justice in the Nineteenth Century**. London: The Hambledon Press, 1998.

BETTIOL, Giuseppe. **Instituciones de derecho penal y procesal**. Barcelona: Bosch, 1973.

BRASIL. Lei nº: 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, 17 de Março.

CARNEIRO, Walber Araújo. **Hermenêutica jurídica heterorreflexiva: limites e possibilidades de uma filosofia no direito**. Tese (doutorado) — Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2009.

CASARA, Rubens R. R. **Mitologia processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CASARA, R. R. R. ; **O mito do livre convencimento motivado: dogmática processual vs a tradição e o inconsciente**. Direito e Diversidade , v. 1, p. 15-17, 2012.

CITTADINO. Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**. elementos de filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

CORDERO, Franco. **Procedimiento penal**. Bogotá: Temis, 2000.

COSTA, Carlos Henrique Generoso. **A interpretação em Ronald Dworkin**. In: Revista CEJ, Brasília, Ano XV, n. 55, p. 93-104, out./dez. 2011.

COSTA, Guilherme Racena. “**Livre convencimento e standards de prova**”. In: 40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro. Coord.: Camilo Zufelato e Flávio Luiz Yarshell: Malheiros, 2013.

DE OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **Hermenêutica e Ciência Jurídica**. In: 50 anos de Verdade e Método. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

DE OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Livre apreciação da prova**: perspectivas atuais. Cadernos Do Programa De Pós-Graduação Em Direito – PPGDir./UFRGS.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Law’s Empire**. Cambridge: The Belknap Press, 1986.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

DILTHEY, Wilhelm. **O Nascimento da Hermenêutica**. In: Filosofia e Educação: textos selecionados. São Paulo: Edusp, 2010.

FENOLL, Jordi Nieva. **Carga de la prueba y estándares de prueba**: dos reminiscências del passado. In: Revista para el analisis del derecho, nº: 03. Barcelona, 2020.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. 3ª.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRARIS, Maurizio. **História de la hermenêutica**. trad. e rev. Buenos Aires: Siglo XXI, 2002.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2014.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y Método**. 12.ed. Salamanca: Ediciones Sígueme, 2007.

GADAMER, Hans-Georg. verdade e método alemão, 1990.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3.ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O livre convencimento motivado não acabou no novo CPC. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2015/04/06/livre-convencimento-motivado-cpc/>> . Acesso em 11/09/2022.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no Processo Penal**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GUEDES, Clarissa Diniz. **Persuasão racional e limitações probatórias**: enfoque comparativo entre os processos civil e penal. 2013. Tese doutorado. Pós graduação stricto sensu da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP. São Paulo: 2013.

GUIMARÃES, Aquiles Cortes. **Aproximação aos conceitos básicos da fenomenologia**. In: Filosofia & Direito – Ética, Hermenêutica e Jurisdição. Vitória: Seção Judiciária do Espírito Santo, 2014.

GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. **A Reforma do Processo Penal Brasileiro e o Paradigma “Acusatório” do Processo Penal Anglo-Americano**. In: Questões

atuais do sistema penal: estudos em homenagem ao professor Roncaglio. Paulo César Busato (Coord). Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2013.

GUZMÁN, Nicolás. **La verdad en el proceso penal**. Ciudad Autonoma de Buenos Aires: Didot, 2018.

GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

HABERMAS, Jürgen. **Indeterminação do Direito e racionalidade da jurisdição**. In: Direito e Democracia: entre facticidade e validade. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução Márcia de Sá Cavalcante. 9.ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

HEIDEGGER, M. 2005. **Carta sobre o humanismo**. 2ª ed. São Paulo, Centauro.

HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016.

HC 94.826/SP, julgado em 17/04/2008, DJe 05/05/2008.

HERZL, Ricardo Augusto. **Da discricionariedade (neo)processual à Crítica Hermenêutica do Direito Processual Civil brasileiro**. In: In: A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos. Salvador: JusPosvm, 2017.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. **Los ‘hechos’ en la sentencia penal**. México: Fontamara, 2005.

JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Direito Constitucional: Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. **Constitucionalismo em tempos de globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

JÚNIOR, Gilberto Marbach; STRECK, Lenio Luiz. **Interpretação, integridade, império da lei**: O Direito como romance em cadeia. Dir. Gar. Fund., Vitória, v. 20, n. 3, p. 47-66, set./dez. 2019.

JUNIOR, Julio Cesar Marcellino. **O giro linguístico contemporâneo e os contributos de Heidegger e Gadamer**: o renascer da hermenêutica jurídica. Revista Eletrônica Direito e Política, Itajaí, v.2, n.3, 3º quadrimestre de 2007.

JUNG, Lua Nogueira; STRECK, Lenio Luiz. **Livre convencimento judicial e verdade**: crítica hermenêutica às teorias de Ferrajoli, Taruffo e Guzmán. In: REVISTA NOVOS ESTUDOS JURÍDICOS - ELETRÔNICA, VOL. 27- N. 1 - JAN-ABR 2022.

KHALED JR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LOPES, Ziel Ferreira. **Hermenêutica jurídica de Habermas**: revendo suas críticas a Gadamer. In: HABERMAS 90 ANOS: ENSAIOS. COSTA, Claiton Silva da; MÁRQUEZ, Lara A. Sosa; ZUCCO, Patricia Radmann; REITER, Ricardo Luis. (Orgs). Porto Alegre, RS: Editora Fundação Fênix, 2020.

LOPES, Ziel Ferreira. **Adaptações necessárias a teoria Dworkiana no Brasil**. In: Ronald Dworkin e o Direito brasileiro. Belo Horizonte: Editora Conhecimento, 2021.

LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da decisão judicial: paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à constituição de Lenio Streck**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires, 1951.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. São Paulo: Forense, 1965, v. II.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**, vol II. Campinas: Boockseller, 1997.

MARMOR, Andrei. Integrity in Law's Empire. Balzan Conference: Dworkin's Late Work, Nova York, New York University School of Law, ago. 2019. Disponível em: <<https://www.law.nyu.edu/centers/lawphilosophy/balzan>> . Acesso em 16 ago. 2022.

MARRAFON, Marco Aurélio. **A questão da consciência histórica na obra “Verdade e Método” e suas implicações na (teoria da) decisão judicial**. In: 50 anos de Verdade e Método. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **O hiato entre hermenêutica filosófica e a decisão judicial**. In: 50 anos de Verdade e Método. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

MONTELEONE, Girolamo. **Alle origine del principio del libero convincimento motivado**. In: Stato di diritto e garanzie processual. A cura di Franco Cipriani. Edizioni Scientifiche Italiane, 2008.

NEVES, A. Castanheira. **Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito**, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NOBILI, Massimo. **Il principio del libero convincimento del giudice**. Milano: Giuffré, 1974.

NOGUEIRA, Rafael Fecury. **Evolução histórica dos sistemas de valoração de prova penal: continuamos evoluindo?**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 156/2019 | p. 307 - 352 | Jun / 2019 DTR\2019\31673.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

On-line. Disponível em <<https://www.jota.info/wp-content/uploads/2020/09/2020-1965-consolidado-08-09-2020-docx.pdf>>. Acesso em: 03 de setembro de 2022.

On-line. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/quentes/363442/interrogado-pode-responder-a-perguntas-apenas-da-defesa-decide-stj>>. Acesso em 03 de setembro de 2022.

On-line. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3849248&numeroProcesso=791292&classeProcesso=AI&numeroTema=339>>. Acesso em 13 de setembro de 2022.

On-line. Disponível em: www.amaerg.org.br>. Acesso em 13 de setembro de 2022.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz; STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – as garantias processuais penais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24.ed. São Paulo: Atlas, 2020.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Nova hermenêutica e póspositivismo: adoração, saturação ou renovação?**. In: Filosofia e Direito: ética, filosofia e jurisdição. Vitória: Seção Judiciária do Espírito Santo, 2014.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Para além do reducionismo acusatório-inquisitório: a inserção do justo processo no estudo dos temas do processo penal.** Revista dos Tribunais, vol. 964/2016, p. 349-374, fev. 2016.

PEREIRA, Viviane Magalhães. **Sobre a tese “ser que pode ser compreendido é linguagem”:** hermenêutica como teoria filosófica. Cadernos de Filosofia Alemã | v. 20; n. 2, jul-dez 2015.

PERRON, Flávio Quinaud; SILVA, João Paulo Soares e. **O papel de Heidegger na transformação dos sentidos da hermenêutica ontológica do século XX.** In: Revista de direito da faculdade Guanambi, vol. 05, nº: 01, 2018.

Platão. Crátilo. **Diálogo sobre a justeza dos nomes.** Versão do grego, prefácio e notas de Pe. Dias Palmeira. Lisboa: Livraria Sá da Costa Editora, 1994.

PISCITELLI, Thatiane dos Santos. **Os limites à interpretação das normas tributárias.** São Paulo: Quartier Latins, 2007.

POPPER, Karl. **A lógica da investigação científica.** In: Os Pensadores. São Paulo: Abril S.A. Cultural e Industrial, 1975.

RAATZ, Igor; STRECK, Lenio Luiz. **O dever de fundamentação das decisões judiciais sob o olhar da Crítica Hermenêutica do Direito.** R. Opin. Jur., Fortaleza, ano 15, n. 20, p.160-179, jan./jun. 2017.

SCHNEIDER, Paulo Rudi. **Experiência e linguagem.** In: 50 anos de Verdade e Método. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SCHIMITZ, Leonardo Ziesemer. **Entre produzir provas e confirmar hipóteses: o risco do argumento da “busca da verdade real” na instrução e fundamentação das decisões.** In: Revista de Processo, vol. 250/2015, p. 91 – 117, dez 2015.

STEIN, Ernildo. **Introdução ao pensamento de Martin Heidegger.** Coleção Filosofia. Ijuí: UNIJUÍ, 2002.

STEIN, Ernildo. **Diferença e metafísica: ensaios sobre a desconstrução.** Porto Alegre: Edipucrs, 2000.

STEIN, Ernildo. **Crítica da Ideologia e Racionalidade**. Porto Alegre: Movimento, 1986.

STEIN, Ernildo. **Tarefas da desconstrução – anamorfose e profundidades – ilusões da interpretação na obra de Heidegger**. In: Fenomenologia hoje II: significado e linguagem. Organizadores: Ricardo Timm de Souza e Nythamar Fernandes de Oliveira. Porto Alegre, EDIPUCRS, 2002.

STEIN, Ernildo. **Gadamer e a consumação da hermenêutica**. In: 50 anos de Verdade e Método. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

Superior Tribunal de Justiça (STJ), AgRg no REsp n. 279.889/AL, Rel. Ministro José Delgado, julgado em 03.04.2001, DJ de 11.06.2001, p. 121.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e Decisão Jurídica: questões epistemológicas**. In: 50 anos de Verdade e Método. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Novo Código de Processo Penal: O problema dos sincretismos de sistemas (inquisitorial e acusatório)**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 46 n. 183 julho./set. 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **A Crítica Hermenêutica do Direito e a questão da discricionariedade judicial**. In: A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos. Salvador: JusPosvm, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista?** Revista NEJ - Eletrônica, Vol. 15 - n. 1 - p. 158-173 / jan-abr 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria Crítica Hermenêutica do Direito. 2.ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **O direito como um conceito interpretativo**. In: Pensar, Fortaleza, v. 15, n. 2, p. 500-513, jul./dez. 2010.

TARUFFO, Michelle. **Libero convencimento del giudice**. In: Enciclopedia giuridica Treccani, vol. XVII. Roma, 1990.

TARUFFO, Michele. **La prova dei fatti giuridici**. Milano: Giuffrè.

TARUFFO, Michele. **A prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TARUFFO, Michele. **La prueba de los ecos**. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

TARUFFO, Michelle. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Tradução: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. **Prova e Verdade**. 1.ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 12. Ed. Salvador: JusPodvm, 2017.

TJSP; Habeas Corpus Criminal 2061058-72.2020.8.26.0000; Relator (a): Alberto Anderson Filho; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Criminal; Campinas/DEECRIM UR4 - Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 4ª RAJ; Data do Julgamento: 28/04/2020; Data de Registro: 28/04/2020. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsq/getArquivo.do?cdAcordao=13511923&cdForo=0>> . Acesso em: 13 de setembro de 2022.

TRINDADE, André Karam; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Crítica Hermenêutica do Direito**: do quadro referencial teórico à articulação de uma posição filosófica sobre o

Direito. Revista de Estudos Constitucionais, hermenêutica e teoria do direito (RECHTD). São Leopoldo/RS. V. 9, nº 3, 311-326, Setembro-Dezembro, 2017.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2004.

TORNAGHI, Hélio. **Instituições de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1977.

ZANETTI JR, Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. **Teoria da decisão judicial no Código de Processo Civil: uma ponte entre hermenêutica e analítica?** In: REPRO VOL. 259 (SETEMBRO 2016).

ZANOIDE DE MORAES, Maurício. **Presunção de inocência**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.