



**Centro Universitário de Brasília – UniCEUB**  
**Faculdade de Ciências Jurídicas e de Ciências Sociais – FAJS**

**DANIELA ÁVILA TIEPPO**

**NAS TRAMAS DO PROCESSO JUDICIAL: VERDADE,  
INTERPRETAÇÃO E PODER**

Brasília  
2013

**DANIELA ÁVILA TIEPPO**

**NAS TRAMAS DO PROCESSO JUDICIAL: VERDADE,  
INTERPRETAÇÃO E PODER**

Monografia elaborada como requisito para  
conclusão da Graduação em Direito do Centro  
Universitário de Brasília (UniCEUB).  
Orientador: Professor Luiz Patury

Brasília  
2013

DANIELA ÁVILA TIEPPO

NAS TRAMAS DO PROCESSO JUDICIAL: VERDADE, INTERPRETAÇÃO E  
PODER

Monografia elaborada como requisito para  
conclusão da Graduação em Direito do Centro  
Universitário de Brasília (UniCEUB).  
Orientador: Professor Luiz Patury

Brasília, 5 de novembro de 2013.

Banca Examinadora

---

Prof. Luiz Patury Neto  
Orientador

---

Prof. Rodrigo Augusto Lima de Medeiros  
Examinador

---

Prof. Rudhra Gallina  
Examinador

## **AGRADECIMENTOS**

A Carlos Eduardo, meu companheiro de todas as horas, pela paciência, carinho e incentivo permanentes. As palavras não dão conta de sua importância em minha vida.

Aos amigos e familiares, daqui e de acolá, pela compreensão ante todas as ausências.

A Vitor Eduardo Tavares de Oliveira, professor do núcleo de práticas jurídicas e advogado, por ter permitido meu acesso aos autos que ilustraram as hipóteses aventadas neste trabalho, pois estes tramitam em segredo de justiça.

A Luiz Patury, pela orientação dispensada a este trabalho desde o início, ainda no curso da disciplina Monografia I.

A Marcus Vinicius Reis Bastos, professor da disciplina Processo Penal III, pelas aulas inspiradoras e pela leitura de meu trabalho, que me rendeu a segurança que faltava para apresentá-lo à banca.

## RESUMO

Este trabalho pretende demonstrar, com base em um caso concreto levado a juízo, como a construção da verdade, cuja materialização se dá nos autos do processo judicial, fragiliza a pretensão de estabilidade e segurança promovidas pelo direito. Para tanto, partiu-se da premissa que há, especialmente, dois elementos que interferem nessa produção de verdades, quais sejam a interpretação e as relações de poder, que atuam afetando irremediavelmente o discurso, por onde o direito se externa. A interpretação possibilita, por exemplo, diversas leituras a respeito de uma prova “cabal”, de uma lei formalmente irretocável ou dos fatos da vida conformadores do litígio. Por sua vez, as relações de poder, estabelecidas dentro ou fora dos tribunais, conferem a força de que as decisões necessitam para se impor. É a força das instituições, dos rituais, das autoridades a conferir sua parcela de verdade ao discurso oficial. O resultado da conjugação desses dois elementos é o surgimento de uma realidade que, muitas vezes, pode se distanciar sobremaneira daquela que os autos pretendem reproduzir.

Palavras-chave: Relativismo. Verdade. Interpretação. Relações de poder.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>6</b>
<b>1 INTERPRETAÇÃO E PODER.....</b>	<b>9</b>
1.1 BREVE HISTÓRICO DA HERMENÊUTICA .....	9
1.2 A HERMENÊUTICA DO TEXTO E O DIREITO .....	12
1.3 A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO.....	14
1.4 DIREITO, PODER E VERDADE .....	20
<b>2 O PROCESSO.....</b>	<b>28</b>
2.1 A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA .....	29
2.2 A DOUTRINA PROCESSUAL .....	33
2.3 O RELATO DO CASO.....	36
<b>3 A CONSTRUÇÃO DA VERDADE.....</b>	<b>44</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>52</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>54</b>

## INTRODUÇÃO

Não obstante a boa técnica recomende que todo o trabalho monográfico seja redigido em terceira pessoa, a fim de manter seu caráter impessoal, com o devido respeito, ousarei não acatar tal recomendação. Meu ato se justifica pela história que pretendo contar, minha história, que explica a razão de ter escolhido um tema de pouco interesse para muitos estudantes da área jurídica, por considerá-lo de pouca aplicação prática na realização da prestação jurisdicional. Visão da qual não compartilho.

Há alguns anos, iniciei o curso de direito, com o objetivo de aprender como a justiça “acontece”. Qual não foi a minha surpresa quando percebi que, à medida que os semestres passavam, algumas questões que, em tese, eu deveria compreender mais, pareciam menos ao alcance do meu entendimento. Eu me senti a Alice entrando pela toca do coelho<sup>1</sup>.

Explico melhor. Sendo o direito um instrumento de regulação social, a estabilidade produzida por suas normas e decisões é algo desejável e até perseguido. Por essa razão, causa estranhamento, não só àqueles que não fazem parte da prática jurídica, como, por exemplo, uma mesma lei pode suscitar entendimentos divergentes ou um mesmo processo judicial, a cada mão pela qual passa, tem uma solução distinta da anterior. E isso é particularmente interessante quando se considera a força que o direito tem como produtor de verdades e saberes na tradição ocidental.

Sua intenção é a constância e a regularidade, que desaguam na tal segurança jurídica, conquistada por meio do discurso verdadeiro que o direito enuncia. Foi o que ouvi e li ao longo do curso. Entretanto seu acontecimento fatural se mostrou quase sempre vacilante. Assim, a teoria me mostrava a estabilidade, a certeza, a verdade. A prática, por outro lado, a instabilidade, as histórias construídas, as “verdades relativas”.

Conquanto eu saiba que teoria e prática não são correspondentes, especialmente nas ciências sociais, no direito, a academia parece mais preocupada em criar mecanismos que dominem a temida instabilidade, para superar essa diferença e criar verdades, que em entendê-la. Essa constatação me gerou uma inquietude e resolvi me colocar ao lado de quem, diante do inevitável, busca a compreensão.

E assim fui me aproximando do meu objeto de pesquisa. Sim, aproximando, porque a instabilidade, penso eu, é um efeito de algo que o direito tem de mais primário. O que é?

---

<sup>1</sup> Alusão à obra literária “Alice no País das Maravilhas”, de Lewis Carroll, publicada em 4 de julho de 1865.

Minha percepção, baseada em estudos anteriores e experiências profissionais, me levou a pensar da seguinte maneira: o direito é uma prática social que se manifesta por meio do discurso, necessariamente; sob esses dois aspectos, prática e discurso, ele não passa de uma construção que erige determinadas verdades, a fim de cumprir seu propósito de pacificação social.

Cheguei, enfim, ao meu objeto. Destaquei dois elementos que me parecem relevantes no caminho de construção de verdades, que nada têm de definitivas, e me coloco a tentar observar suas ocorrências num processo judicial. São eles: a interpretação e as relações de poder.

Para cumprir meu intento, o trabalho está dividido em três capítulos. No primeiro, me ateno ao estudo dos dois elementos retrocitados, na tentativa de apreender em que medida eles interferem e como se manifestam na produção do discurso jurídico. Para tanto, me sirvo dos estudos de teóricos da linguagem, como Paul Ricoeur, do direito, como Ronald Dworkin, e de diversos ramos do saber, como Michel Foucault.

No segundo capítulo, subdividido em três partes, trato do caso levado ao processo judicial. Inicialmente, abordo as discussões doutrinárias a respeito da controvérsia de direito material. Depois trato das questões processuais que envolvem a demanda. Tudo isso, com o intuito de situar o leitor na história relatada na última parte.

Amparada pelos teóricos trazidos no primeiro capítulo, no terceiro tento proceder a uma análise, não exaustiva, do caso descrito no segundo, sem perder de vista que meu entendimento é um, dentre os vários que se pode suscitar, quando se está diante da prática judicial. No seu decorrer, inevitavelmente, algumas conclusões se adiantam.

Minha matéria-prima é o processo judicial porque através dele o direito se concretiza, por meio dele muitas verdades são enunciadas e nele estão materializados os instrumentos discursivos e materiais (procedimento) que estabelecem e solucionam (ou não) a controvérsia levada a juízo<sup>2</sup>. Escolhi um processo penal, tanto pela afinidade que tenho com a matéria, quanto pelo tipo de verdade (mais próxima possível da realidade) que busca alcançar, dada a natureza dos direitos individuais por ele tutelados.

---

<sup>2</sup> O direito como produtor de verdades, visto sob os aspectos da interpretação e das relações de poder, também pode ser analisado em outras manifestações, que não o processo judicial. Assim, a lei, a doutrina e a ciência jurídica, por exemplo, promovem discursos, sujeitos às interferências da interpretação e das relações de poder, aptos à criação de verdades.



Assim, tal qual Alice na toca do coelho, me proponho a conhecer um pouco mais de uma realidade estranha àquela em que o nosso cotidiano se realiza, no meu caso, a realidade criada no e pelo processo judicial. Por trás do surreal, pretendo encontrar um sentido ou, pelo menos, algumas justificativas que afastam o ser do dever ser.

## 1 INTERPRETAÇÃO E PODER

O direito pretende estabilizar a vida em sociedade, promover segurança, manter a ordem. Entretanto, ao se deparar com decisões contraditórias em casos semelhantes ou uma lei que permite, ao menos, duas interpretações, essa finalidade parece se perder. Que fenômeno é esse que ocorre com o direito e o afasta das certezas?

Partindo-se da noção do direito como uma prática social concretizada pelo discurso, o que se percebe é sua exposição permanente à interpretação. Não há escape, pois tanto práticas sociais quanto o discurso se realizam na interpretação, que lhes atribui sentido.

### 1.1 BREVE HISTÓRICO DA HERMENÊUTICA

É essencial tentar compreender o que é a interpretação e como ela deixou de ser um instrumento utilizado a partir de técnicas bem específicas e em casos restritos para se tornar objeto de estudo da hermenêutica.

A Friedrich Schleiermacher, no início de século XIX, se deve a preocupação em extrair regras gerais de interpretação a partir de textos distintos, tendo em vista que a tradição nesse campo se ocupava apenas de estudos filológicos de textos clássicos e estudos exegéticos de escritos sagrados e jurídicos, aplicando regras próprias a cada tipo. Desse caminho de técnicas particulares desconectadas entre si para técnicas universais de interpretação, nasceu a hermenêutica, que, em Schleiermacher, caracterizava-se pela preocupação com o processo criativo do autor e com sua intenção, conferindo-lhe um caráter psicológico (RICOEUR, 1990).

O interesse pela intenção do autor, como técnica de interpretação, pertenceu à hermenêutica jurídica por um longo período, passando por teorias diversas, desde a Escola Exegética, no século XIX, até o Positivismo Jurídico, do século XX. Assim, entender o sentido da lei significava captar a intenção do legislador ao fazê-la (FERRAZ JUNIOR, 2006).

Wilhelm Dilthey propôs uma mudança epistemológica, para fazer frente à filosofia positivista que se instalava, segundo a qual as explicações se davam nos mesmos moldes empíricos das ciências naturais. A hermenêutica tornou-se parte do aparato metodológico das ciências humanas, a fim de lhes conferir validade (RICOEUR, 1990).

Nesse contexto, Dilthey traçou uma distinção entre explicar o mundo natural e compreender o mundo espiritual/psíquico. Para ele, a compreensão exigia a capacidade de “se transpor na vida psíquica de outrem”, o que permitiria uma identificação do homem com o homem, diferentemente do estranhamento do homem com a coisa natural, na qual ele não se vê, sendo possível apenas explicá-la em suas manifestações. Essa distinção essencial escapava ao positivismo (RICOEUR, 1990).

Assim, num primeiro plano, o conhecimento do outro seria permitido pelo “encadeamento”, pelo modo como os acontecimentos da vida se exteriorizam e se concatenam, formando um conjunto estruturado. Sobre esse plano forma-se um segundo, onde a literatura se instala e se produz (RICOEUR, 1990).

Diante desse panorama, a interpretação era a “compreensão das expressões da vida fixadas pela escrita”, tendo como compreensão a ideia de reconhecer o outro por meio da transferência. Como sabia não ser possível acessar diretamente o psíquico de outrem, Dilthey propôs que se reconstituísse a partir da interpretação dos “signos objetivados”<sup>3</sup> presentes nas estruturas dos textos (RICOEUR, 1990, p. 26).

Essa ideia permite pensar que, no mundo dos fatos, as práticas sociais acontecem, e, quando essas práticas adentram no mundo do direito, seja na construção da lei ou do processo judicial, forma-se sobre ela uma literatura. Essa literatura permitirá conhecer melhor a sociedade, por meio de suas regras legisladas, e os fatos, reconstruídos a partir do processo.

A grande contribuição de Schleiermacher e Dilthey se deu ao retirar a hermenêutica da aplicação a textos específicos para lhe conferir um caráter geral a partir de métodos objetivos próprios, à altura daqueles desenvolvidos nas ciências naturais, fazendo dela uma teoria do conhecimento. Martin Heidegger e Hans Georg Gadamer combateram, posteriormente, justamente esse caráter epistemológico, situando o problema hermenêutico no plano ontológico (RICOEUR, 1990).

Para Heidegger, a hermenêutica não se trata de uma teoria do conhecimento das “ciências do espírito”, e sim de “uma explicitação do solo ontológico sobre o qual essas ciências podem edificar-se”. Há ainda outra mudança de perspectiva no sentido de que a compreensão passa a independe do acesso ao psiquismo alheio, tendo o seu lugar na relação do ser com o mundo. Isso porque o outro é algo tão desconhecido quanto qualquer evento natural, desconstituindo a identificação do homem com o próprio homem e com as coisas. O

---

<sup>3</sup> Ricoeur (2009, p. 26) diz que são o conjunto de signos fixados pela escrita ou mecanismo que o valha.

fato de o homem existir no mundo cria uma situação passível de compreensão e interpretação (RICOEUR, 1990).

Se a interpretação surge para pensar a existência das coisas, não pode ser diferente com o direito. E, assim sendo, conquanto se faça um esforço para o controle total de sua linguagem, uniformização das decisões e abarcamento integral das situações da vida, há de se ter em mente que se travará uma luta inglória. Algo sempre ficará de fora, uma expressão, um entendimento, um fato, porque seu existir está condicionado à interpretação.

Como se observa, embora a filosofia de Heidegger não seja propriamente da linguagem, nela respinga quando afirma que o discurso é a manifestação, a partir da compreensão, do “ser-no-mundo”, mais que um instrumento de comunicação entre as pessoas. Fazendo um paralelo, a linguagem por meio da qual o direito se exprime não consiste apenas em um instrumento, mas em algo que condiciona sua existência. Como tudo o mais, o direito não existe fora da linguagem.

Gadamer acrescentou o que faltou a Heidegger: a contribuição da ontologia aos problemas epistemológicos, ou seja, a filosofia do ser enriquecendo as ciências humanas, em vez de voltar-se apenas para si mesma. Para tanto, retomou a discussão sobre as “ciências dos espíritos”, do ponto de vista ontológico, a partir da ideia fundamental de “distanciamento alienante”, necessária a todas elas. Isso quer dizer que essas ciências só são possíveis a partir de um distanciamento, que possibilita objetivá-las (RICOEUR, 1990).

Num aparente paradoxo, sua teoria da consciência histórica traz que o sujeito faz parte do fenômeno histórico, que sobre ele produz efeitos, não podendo afastá-lo de si. Sua interpretação será condicionada pelos acontecimentos do passado e do presente (RICOEUR, 1990).

No que diz respeito à linguagem, entende que o sujeito pertence a uma tradição, interpretada a partir dos textos, obras, símbolos que ela própria disponibiliza, guiando o olhar sobre o objeto. Nesse sentido, aquilo que é dito se sobrepõe a quem diz, de modo que “[...]os interlocutores do diálogo anulam-se reciprocamente diante das coisas ditas [...]” (RICOEUR, 1990, p. 41).

Sob essa perspectiva, a interpretação da lei que tenta acessar a intenção do legislador perde força. O sentido será condicionado pelo momento histórico no qual o intérprete está inserido, o que permitirá renovar seu sentido toda vez em que a história se alterar.

Com esse relato histórico do surgimento da hermenêutica, é possível notar sua importância como ramo autônomo do saber, bem como instrumento metodológico para as ciências humanas. Foi a partir dos estudos de seus predecessores que Paul Ricoeur desenvolveu sua teoria hermenêutica, explicitada a seguir, em linhas gerais, na medida em que necessária à compreensão do discurso jurídico enquanto texto.

## 1.2 A HERMENÊUTICA DO TEXTO E O DIREITO

Ricoeur, aprofundando a oposição trazida por Gadamer, entende que distanciamento e pertença podem coexistir, partindo da hipótese de que há um “lugar” onde o distanciamento é soberano: o texto. Diante disso, a hermenêutica assume a seguinte definição: “[...] teoria das operações da compreensão em sua relação com a interpretação dos textos.” (RICOEUR, 1990, p. 17).

Tentar-se-á, assim, com amparo em Ricoeur, estabelecer um diálogo entre alguns tópicos de sua teoria e a interpretação da decisão judicial, por sua realização e permanência na prática jurídica através do texto.

Quando o discurso se expande além da frase e forma um todo compreensível, tem-se a obra, que traz novos desafios à interpretação, haja vista não se tratar de mera reunião de frases concatenadas por estruturas sintáticas. Sua composição, segundo determinadas regras, a faz pertencer a um gênero literário (poema, relato etc) e seu “jeito de ser”, que a conecta a um indivíduo, confere a seu autor um estilo. Esses aspectos precisam ser considerados quando se procede à interpretação de uma obra (RICOEUR, 1990).

Então o processo judicial, assim como cada ato decisório do juiz, pode ser considerado uma obra, pois dotado de certa unidade de sentido, que expressa mais que um simples conjunto de frases. Sim, também se pode dizer que pertence a um gênero, já que sua composição é detalhadamente especificada pela legislação. Exemplifica-se: o Código de Processo Penal brasileiro estabelece os elementos imprescindíveis para a construção de uma sentença<sup>4</sup>. Quanto ao estilo, se ele existe na acepção dada por Ricoeur, sua demonstração é

---

<sup>4</sup> Art. 381. A sentença conterá:

- I - os nomes das partes ou, quando não possível, as indicações necessárias para identificá-las;
- II - a exposição sucinta da acusação e da defesa;
- III - a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão;
- IV - a indicação dos artigos de lei aplicados;
- V - o dispositivo;
- VI - a data e a assinatura do juiz.

um tanto mais complexa. Isso porque o rigor procedimental e a linguagem técnica reduzem a margem de livre expressão do pensamento. Consegue-se identificar se a escrita é mais ou menos formal, sucinta ou prolixa, o que não possibilita atribuí-la a um autor em especial. Por outro lado, se é factível que haja um gênero determinado pelo formato que assume a criação da obra, também se pode pensar num estilo ditado pela linguagem e prática jurídicas, um estilo “institucional”.

Mas a obra literária se efetiva a partir da palavra escrita. E, por essa razão, a relação entre a fala e a escrita também deve ser considerada na tarefa da interpretação. Isso porque a escrita não é apenas a impressão da fala no meio material. Ela é mais. Através dela, aquilo que o autor expressa se torna independente de sua pretensão, ganha autonomia. O “mundo do texto” se expõe ao leitor, sem intermediários, e o autor desaparece. Permitem-se, assim, novos olhares a partir de outras realidades sócio-culturais nas quais o leitor está inserido. É a recontextualização do texto (RICOEUR, 1990).

Essa autonomia do texto em relação a seu autor está presente, como visto acima, em Gadamer, e permite uma inferência: se essa independência não existisse, um lapso temporal longo entre a produção do texto e a chegada ao leitor, por exemplo, poderia inviabilizar a tarefa interpretativa. Contextos diferenciados impossibilitariam que leitor alcançasse a intenção do autor.

Restando apenas o texto e o intérprete, outro elemento essencial emerge: a subjetividade do leitor ou como o leitor dele se apropria. No texto, justamente em razão da distância por ele produzida, o apropriar-se nada tem a ver com descobrir a intenção do autor. Passa a ser, antes de tudo, “compreensão pela distância, compreensão à distancia”. A obra revela, em última análise, uma ideia de mundo que é apropriada pelo leitor. Assim o mundo do leitor se amplia em resposta ao mundo da obra (RICOEUR, 1990).

Essa transferência da intenção do autor para o texto traz a possibilidade de o magistrado atualizar o sentido da lei para fazê-la caber na situação concreta.

Ainda há o fato de o texto chegar a um número indeterminado de pessoas, sem que se tenha qualquer controle sobre isso. Dessa maneira não há uma equivalência entre falar/ouvir e escrever/ler. A distância produzida pela escrita é de sua própria essência, e não apenas uma questão metodológica (RICOEUR, 1990).

Por fim, o discurso explicita o mundo do texto, busca a verossimilhança, fala sobre algo. Na oralidade, um interlocutor demonstra ao outro o que pretende dizer a partir de uma

realidade compartilhada, isto é, aquilo que é dito pode ser demonstrado ou situado numa perspectiva de espaço e tempo igual para os interlocutores. O mesmo não se dá com a escrita, onde a referência de mundo pode se perder, sobretudo na ficção (RICOEUR, 1990).

Ao contrário, no discurso ordinário<sup>5</sup> (descritivo, didático), a função referencial se sobressai, aproximando-se da oralidade. Nesse sentido, talvez o processo judicial mescle as duas linguagens. Enquanto procedimento, com forma, personagens, lugar, espaço e fatos reais, consiste num discurso ordinário. A sentença, entretanto, além de todos esses elementos, pode conter a aplicação da lei, a jurisprudência, a doutrina e a adequação ao sistema. O resultado é mais que a soma das partes, advindo da construção intelectual do juiz, que cria o direito do caso concreto. Nesse sentido, aproxima-se da linguagem literária.

Por tudo isso, é possível entender que a obra jurídica cria uma segunda realidade, construindo um outro mundo, no processo judicial, a partir dos recursos que o direito disponibiliza a seus intérpretes.

Tomando por base a discussão desses autores, infere-se que a interpretação ocupa todos os espaços onde o humano se faz presente porque é por meio dela que o ser se coloca no mundo, que a ele pertence e constrói sociedade, cultura, história. Com essa percepção, a hermenêutica se torna meio e fim das formas de saber.

Apesar desse amplo espectro que a hermenêutica alcança, sua relação com a interpretação de textos é particularmente interessante, na compreensão do direito, porquanto é através destes que a tradição jurídica românica está ancorada. É na forma de texto que leis entram no ordenamento e decisões constituem jurisprudência.

Ademais, o texto assume um papel importante, não apenas por ser, quase sempre, o instrumento da materialização do direito, mas também porque ele permite o acesso à sua história, perenizando ideias construídas e informações compartilhadas nas folhas do processo e questões discutidas doutrinariamente.

### 1.3 A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO

Desse modo, entre teóricos do direito, uma coisa é certa: positivistas, antipositivistas ou “apartidários”, todos reconhecem a importância da interpretação para a ciência jurídica, ainda quando discordam sobre o modo de interpretar.

---

<sup>5</sup> Opõe-se, aqui, discurso ordinário a discurso ficcional.

No que se refere à hermenêutica aplicada ao direito, após o interesse da ciência jurídica pelas regras e princípios, a interpretação ocupou lugar de destaque como concepção, como “metateoria”. Desde então, alguns filósofos pretendem utilizá-la para aproximar prática e teoria com o objetivo de trazer à tona o melhor direito (MARMOR, 2010, p. IX-XII).

Dentre esses filósofos, encontra-se Ronald Dworkin. Com base em suas reflexões, pretende-se demonstrar os fundamentos para a interpretação de uma prática social, suas limitações e o papel do juiz, enquanto autor da decisão judicial.

O foco dado ao papel do juiz é justificado. Embora o argumento esteja presente nas atividades de diversos atores judiciais, é nas decisões judiciais que ele se torna mais “[...] explícito, e o raciocínio judicial exerce uma influência sobre outras formas de discurso legal que não é totalmente recíproca [...]” (DWORKIN, 2007, p. 19).

A fim de compreender a prática social e o papel da interpretação, Dworkin (2007) cria uma ilustração dos efeitos da atitude interpretativa diante de uma prática consolidada em uma comunidade imaginária. Nessa comunidade, há regras de cortesia que devem ser seguidas e, dentre elas, a que impõe que camponeses retirem seus chapéus ao passar por nobres. Por um tempo, essa prática ocorre sem que ninguém a questione. Até que, em algum momento, ela deixa de ser tão pacatamente aceita por todos. Nessa hora, se apresenta o “comportamento interpretativo”, baseado em dois elementos: a regra de cortesia existe por alguma razão; e essa razão estabelece o contorno da regra, que pode ser alterada, mantida ou eliminada de acordo com o fim a que pretende atingir. Assim, a ordem cegamente obedecida, mecânica, passa a ter um significado.

No exemplo citado, supondo que a razão da regra seja o respeito por aqueles socialmente mais abastados, mas que a forma de demonstrar esse respeito seja posta em dúvida, novos comportamentos podem surgir. “A interpretação repercute na prática, alterando sua forma, e a nova forma incentiva uma nova interpretação.” (DWORKIN, 2007, p. 59). Entre momentos estáticos e dinâmicos de acomodação de interpretação e nova interpretação, as práticas se consolidam e se transformam, num movimento cíclico.

Partindo-se do pressuposto de que o direito é uma prática social, tal qual a cortesia, entende-se que o comportamento interpretativo, por meio do qual se questiona a atividade repetitiva, deve existir não apenas quando o juiz aplica a lei a um caso concreto, mas também ao observar se a lei é aplicável às situações da vida que ela pretende regular, em situações gerais e abstratas.



Isso porque, num mundo cada vez mais litigioso, as pessoas buscam um terceiro desinteressado que lhes diga quem tem razão. Esse é o juiz. Ao ocupar tal papel social, sua função precípua consiste em analisar casos e mais casos todos os dias e a eles aplicar o direito. Essa repetição leva à automação da atividade, sobretudo se considerada a quantidade de lides semelhantes com as quais tem de lidar. Não é preciso dizer que o cumprimento irrefletido do ofício pode levar a decisões desconformes com o direito, a justiça, a equidade.

Deseja-se mais do magistrado. Daí a importância do comportamento interpretativo, a retirá-lo da “zona de conforto” da automação para o desbravamento das vivências levadas ao processo. Não se pode perder de vista, afinal, que caso semelhantes não são iguais.

E se a vida impõe novas realidades, o juiz atento sabe que o direito não pode pairar num universo paralelo aguardando que os fatos a ele se amoldem. A interpretação será o instrumento de ajuste do direito à prática, externado na decisão judicial, renovando a jurisprudência.

Como o direito é uma prática social que se desenvolve na forma de argumentos, propõe-se uma teoria da interpretação que pretende “interpretar algo criado pelas pessoas como uma entidade distinta delas”, assemelhando-se à interpretação da arte, na qual se busca compreender a finalidade ou significado do objeto interpretado. Ambas foram denominadas, por Dworkin (2007, p. 61), “interpretação criativa”.

Essa interpretação é distinta da científica, na qual se interpretam dados coletados não produzidos pelo intérprete, e da interpretação conversacional, que pretende descobrir a intenção do interlocutor. O que se busca, pois, é um modo de interpretar distinto da interpretação conversacional do texto jurídico e da interpretação causal da ciência, é o direito como acontecimento social (DWORKIN, 2007).

A interpretação criativa se efetiva de forma “construtiva”, na qual interessa especialmente o propósito do intérprete, mais que do autor<sup>6</sup>. Dworkin (2007, p. 64) explica: “Em linhas gerais, a interpretação construtiva é uma questão de impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam.”

O autor, em outros termos, tratando especificamente da interpretação do direito, adere a noções trabalhadas pelos hermeneutas modernos acima mencionados. Quando define as

---

<sup>6</sup> Diz Dworkin (2007, p. 63), em nota de rodapé, que a teoria de Habermas, segundo a qual “a interpretação pressupõe que o autor poderia aprender com o intérprete”, se aproxima mais da interpretação construtiva que da conversacional.

interpretações científica e criativa, embute as distinções entre explicar as ciências naturais e compreender as ciências do espírito, respectivamente. Ao conceituar a interpretação conversacional, traz a noção de intenção do autor, encampada por Schleiermacher e Dilthey. E, com a interpretação criativa, importa o propósito do intérprete, como visto em Gadamer e Ricoeur, acrescentando a pretensão de tornar o objeto o melhor possível.

Pelo exposto, nota-se que a intenção (ou o propósito) é quase sempre trazida à tona quando o assunto é interpretação, seja para os estudiosos das teorias hermenêuticas filosóficas, seja para os estudiosos da hermenêutica jurídica.

Tradicionalmente, a intenção consiste num “estado mental consciente” do autor, isto é, aquilo em que ele pensava quando em seu processo de construção da obra. Na interpretação de práticas sociais, todavia, assume outro sentido, próximo daquele utilizado na interpretação das artes. Nesse, a intenção dependerá mais de como a obra foi captada pelo intérprete, que poderá vê-la sob perspectivas diferentes, de modo que o próprio autor poderia aceitá-las se nelas tivesse pensado (DWORKIN, 2007).

Ainda quando se pretende atingir a intenção do autor, o que se tem é a intenção do autor sob o ponto de vista do intérprete, dotado de valores e visão de mundo particulares. (DWORKIN, 2007). Daí porque se afirma que a visão do magistrado, ao analisar um caso, pode ser imparcial, nunca neutra, pois impossível se despir de si mesmo. A neutralidade é inviabilizada pela submissão inescapável do argumento à interpretação, na qual está incorporado o mundo do intérprete.

É possível, então, afirmar que a intenção está presente na interpretação das práticas sociais, ainda quando não se possa apontar um autor. Isso porque toda interpretação é essencialmente “um relato de um propósito” e esse propósito se pode extrair das práticas sociais (DWORKIN, 2007).

Como fazê-lo? Deve-se encontrar o objetivo da coletividade ao adotar a prática, em vez de buscar analisar a intenção de cada integrante da comunidade individualmente. Embora cada indivíduo possa divergir quanto a alguns aspectos da prática ao adotar a atitude interpretativa, necessita se reconhecer como participante de um mesmo grupo que compartilha interesses e visões de mundo parecidos<sup>7</sup> (DWORKIN, 2007).

---

<sup>7</sup> Dworkin (2007) cita a expressão utilizada por Wittgenstein para expressar esse compartilhamento de crenças, valores, linguagem: “forma de vida suficientemente concreta”.

Se esse reconhecimento é necessário, o cientista social que se propuser a interpretar uma prática precisa participar dela, incorporá-la, de modo que sua interpretação será concorrente com as dos demais integrantes do grupo<sup>8</sup> (DWORKIN, 2007).

Nesse sentido, o juiz ocupa um lugar privilegiado, pois, tal qual o cientista social inserido no contexto de análise, interpreta o direito como participante dele, reconhecendo quando determinada prática jurídica perde o sentido, por não atender mais à finalidade a que se propõe. Inclusive, decisões reiteradas no mesmo sentido assentam jurisprudência, que, quando consolidada, servem de justificativa a que o legislativo altere a lei obsoleta. Essa posição do magistrado interessa também ao jurisdicionado, porquanto é desejável que aquele compartilhe valores e cultura que o insiram no mesmo lugar ao qual este pertence, ampliando sua compreensão sobre a realidade apresentada.

Mas e quando os juízes não estão de acordo entre si? Quando investidos na função pública da jurisdição, não podem se eximir de julgar<sup>9</sup>. Para isso, adotam teorias interpretativas que mais se adéquam a suas convicções, de modo que um mesmo caso pode ser decidido de modo diverso a depender de quem o julga. Por outro lado, advogados, a fim de defender o interesse de seus clientes, assumem interpretações viáveis ao caso. Assim, “As interpretações lutam lado a lado com os litigantes de um tribunal” (DWORKIN, 2007).

Como se percebe, as interpretações variarão de acordo com as intenções do intérprete. Os advogados apresentarão possibilidades interpretativas contrapostas, e o juiz poderá acolher uma delas, ou nenhuma, trazendo uma terceira forma, a depender da sua interpretação do caso concreto.

Porém, essas interpretações não são arbitrárias. Não se pode interpretar de acordo apenas com o desejo do intérprete. Há limites. Um deles são os paradigmas<sup>10</sup>, presentes em toda sociedade. Outros são os precedentes, que consistem em julgados anteriores de casos semelhantes e costumam ser levados em consideração, isso quando não são obrigatórios<sup>11</sup>. O

---

<sup>8</sup> Em nota de rodapé, Dworkin (2007) diz, com base em Habermas, que “Os cientistas sociais já encontram seus dados pré-interpretados. Devem compreender o comportamento do modo como este já é compreendido pelas pessoas que têm tal comportamento; um cientista social deve ser pelo menos um participante ‘virtual’ das práticas que pretende descrever.”

<sup>9</sup> No Brasil, chama-se de princípio da inafastabilidade de jurisdição, previsto constitucionalmente.

<sup>10</sup> Paradigmas são os “[...] exemplos concretos aos quais qualquer interpretação plausível deve ajustar-se [...]” (DWORKIN, 2007, p. 88), na medida em que uma interpretação não será válida quando não der conta de um caso paradigmático.

<sup>11</sup> No Brasil, têm-se as súmulas vinculantes, incorporadas ao ordenamento pela Emenda Constitucional n° 45, de 2004, que acrescentou o artigo 103-A, segundo o qual: “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em

pertencimento a uma sociedade com seus códigos e cultura também restringem os possíveis devaneios a que se pode pretender o magistrado. E, ainda, o ensino formal do direito e seu jargão (DWORKIN, 2007).

Por fim, o que não significa que o rol seja taxativo, há os limites ditados pela construção histórica e pela forma do objeto, que permitem a análise sob uns pontos de vista, mas não sob outros. Nesse sentido, há um afastamento das teorias céticas do direito, segundo as quais a sujeição do argumento jurídico à interpretação leva, em última análise, o direito a ser aquilo que o intérprete quer que ele seja. Por outro lado, há uma aproximação, uma referência, mesmo que indireta, à teoria de Gadamer e o papel do contexto histórico.

Essas duas forças antagônicas devem estar próximas do equilíbrio para que o direito se mantenha vivo. Nem pode estar sujeito às vontades dos juízes, nem ao conservadorismo castrador (DWORKIN, 2007). Como prática social, é imprescindível que ele se transforme no mesmo passo que a sociedade, ainda que isso seja apenas uma quimera, com alguma segurança jurídica. E, como ciência, que seus colaboradores reflitam, diverjam e concordem sobre teoria e prática jurídicas.

Há um último aspecto a se considerar: a produção da decisão pelo magistrado. Autoria e interpretação se encontram reunidas na atividade de uma mesma figura, o que permite aproximar o direito das obras literárias. E, como tal, pertence ao gênero fictício “romance em cadeia”, construído a várias mãos, sendo cada autor-colaborador responsável pela unidade de sentido (DWORKIN, 2007).

Cada juiz receberá os autos, com diversos documentos (peças processuais de ataque e defesa, provas testemunhais e periciais etc), devendo interpretá-los de modo que sua contribuição mantenha uma relação coerente com tudo que lhe foi apresentado e, ao concomitantemente, possibilite a compreensão do próximo que a receber.

Isso não quer dizer que deverá acolher as teses de seus predecessores ou dos advogados das partes. Poderá não fazê-lo, desde que suas formulações incidam sobre os pontos mais relevantes, que expliquem a matéria e justifiquem seu posicionamento, trazendo um entendimento sobre o todo.

Em suma, se as atenções estão voltadas para a decisão judicial, conseqüentemente interessam as atitudes interpretativas de quem as produz: os juízes. A interpretação dada por

---

relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.” (BRASIL, 1988).

estes a um caso e o produto dessa interpretação, na forma de uma peça judicial, são incorporados ao universo jurídico, podendo se tornar parâmetro para novas decisões. Essas conferem dinamismo ao direito, não apenas porque revigoram a lei, mas porque, quando não há mais sentido que justifique sua aplicação à situação da vida, a jurisprudência serve de parâmetro para o legislativo trabalhar pela atualização.

#### 1.4 DIREITO, PODER E VERDADE

Até aqui, viu-se o direito como uma prática social corporificada pelo discurso. E, como resultado desses dois aspectos (prática e discurso), pretendeu-se demonstrar como, em ambos, o direito pode ser objeto de interpretação.

Doravante, haverá uma mudança de rumo. As técnicas de interpretação cederão espaço à análise do direito como práticas social e discursiva produtoras de verdades, a partir de determinadas relações de poder.

O discurso, em verdade, não é algo isolado das práticas sociais. Do mesmo modo que elas se realizam pelo discurso, este aflora das relações humanas. Afinal, só se pode conhecer uma sociedade por meio do discurso que ela profere. Entretanto, apenas para tornar o estudo mais compreensível, proceder-se-á a uma análise que primeiro trata do discurso, sua relação com a verdade e outras formas de controle, e, posteriormente, do surgimento da verdade a partir das práticas sociais. Nos dois casos, há relações de poder que os permeiam, quando não determinam.

Sobre o discurso, Foucault (2010, p. 8) expõe sua hipótese:

“[...] suponho que em toda sociedade a produção do discurso é ao mesmo tempo controlada, selecionada, organizada e redistribuída por certo número de procedimentos que têm por função conjurar seus poderes e perigos, dominar seu acontecimento aleatório, esquivar sua pesada e temível materialidade.”

Para Foucault (2010; 2011), a humanidade tem uma *necessidade de verdade*, construída historicamente, que funciona como forma de controlar e delimitar o discurso. Exemplifica-se. Na Grécia Clássica, a oratória dos sofistas lhes conferia poder. Esse era o discurso verdadeiro, ritualizado, proferido por pessoas autorizadas. Platão falseou esse discurso, alterando o modo de compreendê-lo: a verdade passou a ser o próprio ato de dizer e o sentido do que se diz, não mais a forma ritualizada. Cumpriu-se o propósito: os sofistas perderam espaço porque a verdade de seu discurso se esvaiu. Outras verdades foram se

construindo ao longo do tempo, até se chegar ao século XIX, quando a ciência passou observar e classificar para explicar e prescrever.

Há todo um aparato institucional (livros, laboratórios, faculdades) sobre o qual a necessidade de verdade se apóia. Mas não apenas isso. Ela é reabilitada pela forma de “distribuição” e “atribuição” do conhecimento. O resultado é o modo coercitivo como a verdade se impõe, de forma que a validade de todas as coisas fica condicionada ao discurso verdadeiro de uma época (FOUCAULT, 2010).

O direito, enquanto ramo do saber, produz discursos verdadeiros disponibilizados por suas estruturas de suporte e transmissão. Enquanto prática judiciária, os discursos verdadeiros se corporificam nas decisões judiciais, sob as quais também existe um conjunto de procedimentos e instituições que as limitam. Em qualquer dos casos, o discurso é contido, limitado. Isso importa porque, em razão do poder de que se revestem, as verdades construídas pelo direito excluem, quando não eliminam, outros tipos de discurso, relegados à marginalidade.

Há uma outra possibilidade de controle: aquela que o discurso exerce sobre ele próprio. Apesar de haver outras, interessarão duas formas, em especial, o *autor* e a *disciplina*. O primeiro é aquele que cria a obra e lhe atribui um sentido e, nesse labor, faz escolhas entre tudo que diz e tudo que poderia ter dito. A outra possui objetos, definidos segundo determinados critérios, métodos específicos, um universo teórico no qual está inscrita e precisa ser reinventada constantemente. Então, a distinção entre o falso/verdadeiro se dá no seu interior. O que está fora de seu alcance não é nem um nem outro (FOUCAULT, 2010).

Essas duas formas estão presentes no universo jurídico. Quando o magistrado produz a decisão judicial, cria uma obra. No processo de feitura, seleciona tudo aquilo que entende necessário para conferir sentido e unidade ao texto, a fim de torná-lo apto a produção de seus efeitos. Daí porque pode ser considerado um autor. Quanto à disciplina, tem-se a dogmática jurídica, que determina o que pode, ou não, ser considerado direito, seus princípios e regras e técnicas específicas.

Por fim, o *ritual*, que impõe o modo como o discurso deve se dar e determina quem pode pronunciá-lo, uma vez que suas regras não estão disponíveis a todos. Exige-se, assim, do sujeito falante determinada qualificação e a ocupação de certo espaço social, o que torna algumas searas quase impenetráveis (FOUCAULT, 2010).

Fecundo em rituais, o direito é notável nesse modo de limitar o discurso. Seu uso da língua é bastante peculiar. Além do jargão, com terminologia que só se encontra no direito, há termos linguagem comum que, quando trasladados, ganham significados próprios, inacessíveis a quem não está inserido nesse mundo. Não bastasse, sua compreensão é limitada àqueles iniciados em seu estudo, e a força da palavra, aquela que será ouvida/lida e respeitada, é privilégio daqueles que ocupam determinados lugares, como tribunais, cátedras ou parlamentos.

Superada essa breve explanação sobre o discurso, demonstrar-se-á como determinadas práticas sociais, antes mesmo de serem absorvidas pelo Estado, constituíram verdades ainda hoje presentes em diversos ambientes, inclusive o científico, sob os auspícios do poder. O fazer jurídico foi, ou é, um ambiente fértil em exemplos dessa natureza. (FOUCAULT, 2011).

Tipos específicos de saber surgem a partir de práticas sociais. Com base nessa premissa, desconstrói-se a ideia generalizada nas ciências humanas modernas de que há um tipo de conhecimento anterior ao homem, que através dele encontra sua forma de expressão, e que a esse homem do conhecimento as práticas sociais se unem (FOUCAULT, 2011).

Foucault (2011) credita a Nietzsche o desenvolvimento da análise da formação histórica do sujeito e do saber, sem que haja um sujeito do conhecimento preexistente. Essa teoria nietzscheana oferece subsídios para introduzir a hipótese sobre o surgimento das ciências a partir das tramas políticas na sociedade, do que se conclui que o conhecimento é uma invenção. Ele é resultado de forças antagônicas num dado momento e espaço, efeito de relações de poder. E, como tal, é invariavelmente parcial, instrumento do sujeito na produção de certas formas de verdade.

Nesse histórico, perceber-se-á como os institutos jurídicos, ao mesmo tempo em que forneceram instrumentos para a fundação e/ou manutenção de determinados poderes, também foram influenciados por esses poderes, criando as verdades de sua ciência. A via é de mão-dupla.

Na Grécia Arcaica, o poder político era exercido por tiranos, assim considerados aqueles que sobrepunham seus desejos à legislação e detinham um certo tipo de saber superior ao dos demais, adquirido por quem era capaz de ver e ouvir por si próprio (FOUCAULT, 2011). Esse modo de exercício do poder tornou-se inconveniente à sociedade.

Nesse período, um novo meio de saber surgiu, advindo do povo, através do testemunho, daquele que viu e conta o que viu. O testemunho se conformou bem à técnica

chamada “inquérito”, que obedecia à “lei das metades” (ou símbolo)<sup>12</sup>. Funcionou como uma técnica jurídica, política e religiosa (FOUCAULT, 2011).

Os gregos clássicos se esforçaram para dissociar poder de saber, a fim de possibilitar a passagem do período arcaico ao clássico de sua civilização, com o fim do exercício tirânico do poder. A partir da mudança de prisma para se chegar à verdade, o povo passou a ter uma espécie de controle sobre o proceder de seus governantes, o que foi relevante para o regime democrático grego (FOUCAULT, 2011).

Criou-se o mito ocidental de que poder político e saber nunca devem estar reunidos em uma pessoa só. Um implica a renúncia do outro. Foucault (2011) entende que esse é o mito que precisa ser desconstruído, tendo em vista que o poder é forjado pelo conhecimento. E este, por seu turno, é uma luta pelo poder.

A alteração das práticas judiciárias, que proporcionaram o alcance da verdade com base no testemunho, mudou também a sociedade e a forma de exercício do poder. Regras foram criadas para se demonstrar aquilo que se vê, para produzir a verdade; a arte do convencimento (retórica) encontrou seu lugar; e surgiu uma nova forma de conhecer, por testemunho ou inquérito (FOUCAULT, 2011).

Saindo da Grécia Clássica, em momento histórico posterior, a mudança de práticas judiciárias levou novamente à elaboração de verdades e formas de conhecimento. Chegou-se à Idade Média.

Num primeiro momento, no Direito Germânico antigo<sup>13</sup>, as disputas judiciárias eram solucionadas pelo jogo de provas, cujo caráter era privado. Não havia quem fizesse as vezes do poder constituído como órgão acusador. Na ação penal, uma pessoa, que era a vítima ou alguém de sua família, acusava, e a outra se defendia. E esse enfrentamento nada mais era que um modo de fazer vingança particular a partir de determinadas regras, sendo o juiz aquele que somente velava pela regularidade do procedimento (FOUCAULT, 2011).

Contudo, a partir da segunda metade da Idade Média, essa modalidade de prática judiciária foi perdendo espaço para novas formas que se expandiram por toda a cultura ocidental.

---

<sup>12</sup> Mecanismo de quebrar um objeto em partes, que continham também partes de uma informação. Quando os fragmentos se uniam, traziam um segredo ou um poder para quem era detentor do todo.

<sup>13</sup> Refere-se ao Direito Germânico em sua forma “originária”, sem as influências românicas.



Isso porque ocorreu a publicização da ação judicial, de modo a impedir que os litigantes resolvessem a demanda entre si e passassem a responder perante um terceiro. Apareceu a figura do procurador, que era o representante daquele que tinha o poder político. Nessa mesma onda renovatória, surgiu a ideia de infração, como a ofensa praticada por alguém contra o poder instituído e a coletividade. Por esse dano extra-partes, o delinquente pagaria uma multa como forma de ressarcimento pelo mal causado (FOUCAULT, 2011). Percebe-se, então, como o poder de julgar escorreu por entre os dedos do povo para se represar nas mãos do soberano.

Com todas essas mudanças, não foi mais possível permanecer com a prova como forma de resolução dos conflitos. Afinal, o soberano ou seu procurador não exporiam seus corpos e/ou seus bens a risco. O inquérito<sup>14</sup> tornou-se o meio disponível mais conveniente, inclusive porque possibilitava aos Estados Nacionais em formação o acúmulo de capital e aumento de domínios sobre as terras (FOUCAULT, 2011).

Desse percurso histórico, chega-se a algumas conclusões. Primeiro, a passagem do método da prova para o inquérito não foi uma evolução natural da racionalidade. Foi, antes e principalmente, a carência de um procedimento que viabilizasse o uso do judiciário pelas novas conformações políticas (FOUCAULT, 2011). A escolha por um tipo de conhecimento, e não por outro, foi, portanto, um meio e um resultado do exercício do poder.

Depois, esse inquérito, originário do século XII, inspirou o surgimento de outros tipos de inquérito que se disseminaram por diversas áreas do saber, possibilitando novos meios de conhecer. Trata-se de uma “forma geral de saber”:

“O inquérito é precisamente uma forma política, uma forma de gestão, de exercício do poder que, por meio da instituição judiciária, veio a ser uma maneira, na cultura ocidental, de autenticar a verdade, de adquirir coisas que vão ser consideradas como verdadeiras e de as transmitir.” (FOUCAULT, 2011, p. 78)

Repousando sobre o final século XVIII, demonstra-se a constituição das “sociedades disciplinares” e suas influências no ambiente científico, sobretudo o jurídico. Inicialmente, devido a estudos e projetos de teóricos e legisladores do período<sup>15</sup>, alterou-se a perspectiva através da qual se analisava a infração penal. Ela deixou de ter um cunho pecaminoso, para

<sup>14</sup> No âmbito eclesiástico, o inquérito possuía, além da função administrativa, a religiosa. A primeira se dava como forma de gerir os bens e valores recebidos pela Igreja. A outra era uma espécie de vigília que o bispo exercia sobre sua diocese, fazendo visitas e questionando aos moradores locais se havia ocorrido algum fato fora da normalidade – “inquisição geral”. Em caso positivo, realizava-se uma apuração mais acurada a fim de esclarecer os fatos e descobrir o autor – “inquisição especial”. (FOUCAULT, 2011).

<sup>15</sup> Beccaria, Bentham, Brissot dos dois Códigos Penais franceses do período revolucionário.

ser um atentado contra a lei formalmente estabelecida pelos legisladores. Os dispositivos legais deveriam tratar de prescrever as condutas danosas à sociedade, abstendo-se do conteúdo meramente moral ou teológico. Logo, se o crime era uma afronta à lei e a lei pretendia evitar a ocorrência de distúrbio social, aquele que agia em dissonância com essa lei era um desviado (FOUCAULT, 2011).

Consequentemente, a forma de reparar o mal causado também foi alterada. A expiação dos pecados e a revanche deram lugar à pretensão de restabelecimento da paz social. Assim, a lei penal visava a atingir o comportamento do delinquente, fazendo-o aderir novamente ao pacto social ou expulsando-o da sociedade, ao passo que desencorajava a coletividade de praticar condutas maléficas contra si (FOUCAULT, 2011).

Para cumprir esse propósito, foram sugeridos determinados tipos de pena<sup>16</sup>. Todos, de certo modo, abandonados quando da germinação das sociedades industrializadas, no início do século XIX, uma vez que não atendiam a suas necessidades, como se verá adiante (FOUCAULT, 2011).

Ocorre que as práticas sociais levaram a um caminho diametralmente oposto ao sugerido pelos cientistas penais, ou seja, elas se impuseram às teorias vigentes. Quando essas práticas são apoderadas pelo Estado, em geral, há a necessidade de produção de novos discursos que as legitime. Nesse caso, serviram para validar os métodos que seriam empregados na gestão e no controle das vidas e dos corpos.

A pena de prisão foi a que vingou, “como uma instituição de fato”, não obstante tenha se estabelecido à revelia de todas as teorias penalistas. Não importava mais a utilidade social da lei e da pena baseadas na estrita legalidade, mas o controle sobre corpos e mentes. Não era a infringência às normas que estava em pauta, mas a periculosidade do sujeito (FOUCAULT, 2011).

A consequência de tais mudanças foi a impossibilidade de o poder judiciário ser o único a exercer essa vigilância. E oportunamente outras instituições se encarregaram desse papel de vigiar, controlar e corrigir, como a polícia, a escola, o manicômio etc. O instrumento de efetivação do poder exercido sobre os indivíduos nessa sociedade disciplinar foi denominado exame, que veio alimentar as ciências humanas, assim como o inquérito serviu de base a determinadas ciências naturais e exatas (FOUCAULT, 2011).

---

<sup>16</sup> Tipos de pena. a exclusão, o banimento da pessoa da localidade; a sua exposição ao desprezo público; o trabalho forçado; e a devolução do mal na mesma medida.

Ele surgiu da seguinte maneira: a mudança na forma de produzir e acumular capital<sup>17</sup> estimulava a proliferação de saques e invasões, que precisavam ser contidos por instâncias de controle. Algumas organizações sociais e instituições surgidas na Europa do século XVIII demonstram como pequenas esferas de poder, espontaneamente geradas no seio social para suprir suas próprias necessidades e manter a ordem local, se propagaram e se sobrepuseram à teoria do direito penal sob os auspícios daqueles que detinham o poder. Explica-se (FOUCAULT, 2011).

A vigilância, que vinha ao longo dos séculos XVII e XVIII se desenvolvendo e deslocando das camadas sociais para o poder central, se instalou. Esse mecanismo se incrustou na vida das pessoas e passou a acompanhá-las durante toda a sua existência através de instituições, cujo propósito consistia em corrigir, ensinar e tratar. Pretendia-se, com isso, transformar o tempo em produção para atender às demandas do novo modelo econômico (FOUCAULT, 2011).

Nestes locais de sequestro<sup>18</sup>, criou-se, dentre outros, o “poder epistemológico”, que pode ser extraído de dois modos: a partir do saber do indivíduo, durante a realização de suas práticas no interior das instituições, tomado pelas instâncias de controle, formando um conhecimento técnico; ou a partir da observação do comportamento dos sujeitos, formando um conhecimento clínico. Em qualquer caso, possibilitou-se a apreensão de um saber que potencializava o controle (FOUCAULT, 2011).

Por tudo quanto exposto, percebe-se que o inquérito e o exame não consistem em um resultado necessário do refinamento da ciência jurídica. São técnicas judiciárias utilizadas para produzir verdades, atendendo a determinadas instâncias de poder.

Há uma verdade que se realiza na história das ciências, a partir de seus próprios fundamentos. E há um conjunto de verdades que emerge da vida em sociedade, que se forma em outros lugares, a partir de outras regras, formadoras de novos saberes. (FOUCAULT, 2011; 2010).

Desse modo, aquilo que se conhece, sobretudo no ambiente científico, não é necessariamente fruto de um amadurecimento histórico do sujeito, mas de escolhas

---

<sup>17</sup> A riqueza não era mais constituída de terras e moedas, mas de mercadorias, maquinário e tudo o mais que o modelo econômico nascente exigia, mas do qual boa parte da população estava excluída. Para agravar ainda mais o quadro, as pequenas propriedades se multiplicavam, diminuindo, na mesma proporção, as terras antes destinadas a culturas de subsistência.

<sup>18</sup> Assim denominados por sua característica de excluir para incluir.

determinadas por relações de poder que excluem partes e delimitam o objeto de conhecimento. É ele que impõe a autoridade da verdade.

Daí a importância de permanente questionamento daquilo que é dado como verdadeiro, mormente quando construído nos ambientes controlados pelo discurso oficial e pelas instituições, mas não apenas nestes, que atendem a relações de poder, mais ou menos explícitas.

Na tradição ocidental, há todo um aparato institucional que suporta as verdades produzidas pela ciência e pela prática jurídicas. E há um modo de criá-las, reafirmá-las e distribuí-las pela sociedade através do discurso que, por sua vez, é controlado por procedimentos, para atender a determinadas finalidades (FOUCAULT, 2010).

O direito moderno se ajusta perfeitamente a essa necessidade de verdade/certeza humana sob, pelo menos, duas características que se complementam. Primeiro, ele se realiza através de atos, procedimentos e instituições previamente estabelecidos pelo ente estatal, visando a garantir a estabilidade social e segurança jurídica. É o modo como ele se efetiva enquanto prática social normatizadora.

Depois, ele se constitui como uma ciência, o que lhe traz quase que automaticamente uma autoridade pelo tipo de discurso que profere. O ambiente científico é um produtor de verdades, que pode conformar o discurso a propósitos determinados por quem vence, na luta pelo poder.

## 2 O PROCESSO

Após, no capítulo 1, a explicitação das teorias que embasarão a análise a ser realizada no capítulo 3, neste pretende-se explicar três aspectos do caso concreto utilizado como exemplo no trabalho monográfico.

O primeiro aspecto são as divergências trazidas pelo direito material, que se referem a considerar absoluta ou relativa a presunção de violência praticada contra menores de 14 anos. O segundo diz respeito à doutrina processual, trazida de acordo com os momentos que se seguiram no caso concreto. E o terceiro é o relato do próprio caso.

Antes de mais, justifica-se a escolha por essa história em particular, que chama a atenção por percorrer os órgãos judiciários há 11 anos. Originado dos recantos do interior de São Paulo, num determinado juízo, chegou às mais altas cortes do país, sem supressão de nenhuma instância. Até o presente momento inconcluído, a cada decisão judicial, a história toma um rumo diferente.

O fato de ser um processo penal também merece atenção, pois, quando se está a tratar da elucidação de um crime e/ou sua autoria, há a pretensão de alcançar a “verdade real”<sup>19</sup>. Particularmente por isso, é ainda mais interessante observar como essa verdade se constrói nas páginas dos autos.

Necessário esclarecer que as atenções estão voltadas especialmente para as decisões judiciais, pois nelas estão concentradas as teses jurídicas controvertidas e são elas que entram para o ordenamento como possíveis futuros parâmetros de interpretação. Em regra, se apoiam, direta ou indiretamente, sobre construções doutrinárias e jurisprudenciais, que fornecem elementos essenciais à argumentação.

De acordo com a narrativa do inquérito, um homem adulto manteve relações sexuais com três meninas, menores de 14 anos, que se prostituíam. Por esses fatos, foi acusado de estupro de vulnerável, previsto no Código Penal, antes da alteração legislativa de 2009.

---

<sup>19</sup> “O processo penal não se conforma com ilações fictícias ou afastadas da realidade. O magistrado pauta o seu trabalho na reconstrução da verdade dos fatos, superando eventual desídia das partes na colheita probatória, como forma de exarar um provimento jurisdicional mais próximo possível do ideal de justiça” (TÁVORA, 2011, p. 59). Embora o autor traga esse conceito para o princípio da verdade real, ele próprio e outros, como Luigi Ferrajoli e Aury Lopes Júnior, relativizam-no, por saberem ser inalcançável reproduzir fielmente os fatos tal como se deram.

## 2.1 A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA

Quando e como o sexo com menores incapazes de consentir adentrou o ordenamento jurídico brasileiro? É o que se apresenta a partir de agora. O Código Criminal do Império, publicado em 1831, foi silente quanto à presunção de violência. Tal não se deu, contudo, no Código Penal de 1890, que assim tratou a matéria (PIERANGELI, 2001; 2005):

“Art. 272 Presume-se cometido com violencia qualquer dos crimes especificados neste e no capitulo precedente, sempre que a pessoa offendida fôr menor de 16 anos.”<sup>20</sup> (BRASIL, 1890)

Por sua vez, o Código Penal de 1940, mantendo a terminologia “presunção de violência”, reduziu a idade do sujeito passivo e acrescentou outras hipóteses ao tipo. Dizia:

“Art. 224 Presume-se a violência, se a vítima:  
 a. não é maior de quatorze anos;  
 b. é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância;  
 c. não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.” (BRASIL, 1940)

A partir de então, tem-se notícia de manifestações de apoio e críticas amparados em teorias diversas.

Diz-se que o fundamento para a regra remonta a Carpsóvio<sup>21</sup>, para quem o consentimento do menor, em crimes sexuais, não possuía valor, originando o princípio de que “quem não podia consentir dissentiu”. Daí que, se dissentiu, resistiu e, se resistiu, houve violência. Sua lógica permitiu a equiparação do sexo consentido pelo menor ao estupro propriamente dito. Como sua ideia foi levada a diversos Códigos Penais estrangeiros, autores de outros sítios também disseram algo a seu respeito. Leyser e Hommel expuseram: “o incapaz de querer é também incapaz de não querer”<sup>22</sup>. Para Carrara, mais lógico e menos gravoso seria admitir a presunção no crime de conjunção carnal com sedução, e não no estupro (PIERANGELI, 2005).

Hungria (1981) entende que a melhor compreensão do enunciado deve considerar a violência presumida relativa, aferível caso a caso, baseando-se em dois argumentos, um histórico e um sistêmico. Explica, assim, como se chegou à redação final do artigo: foi suprimida a expressão “não admitindo prova em contrário” do art. 293 (depois 275) do

<sup>20</sup> Os capítulos aos quais o artigo 272 se refere tratam “Do Rapto” e “Da violencia carnal”.

<sup>21</sup> Autor da Idade Média que, baseado no Digesto, estabeleceu a teoria da presunção.

<sup>22</sup> Nesse ponto, assevera Hungria (1981) que Carpsóvio se utilizou de um argumento sofisticado, desconstruído exatamente quando se considera que o menor incapaz de consentir do mesmo modo é incapaz de dissentir. Excluída, pois, a violência real.

Projeto Alcântara<sup>23</sup>, restando clara a intenção de flexibilizar a presunção. Se o sentido pretendido fosse diverso desse, não teria o legislador se dado ao trabalho de retirar o enunciado limitador do texto original. Quanto ao segundo argumento, por conformação lógica ao sistema, o Código não contempla, em nenhuma hipótese, a responsabilidade objetiva, aferível sem se considerar a culpa ou o dolo na conduta do agente. Sem dolo/culpa, sem fato típico, sem crime.

Para ele, importa ainda a percepção do autor quanto à situação fática da vítima. Assim, havendo dúvida em relação à idade da ofendida, permanece a presunção. Nesse sentido, diverge de Noronha, para quem é razoável a dúvida, excluindo a presunção de violência, quando a menor possui desenvolvimento precoce.

Pierangeli (2005) afirma que não é possível assumir o critério etário, pois a determinação de uma idade não abarca, no plano fático, os estágios de desenvolvimento sexual possíveis. Nesse sentido, Márcio Bártoli<sup>24</sup> (1992) entende ser o critério etário falho porque, da noite para o dia, ou seja, ao completar a idade estabelecida pelo legislador, a pessoa sai da “privação de liberdade sexual para a liberdade sexual plena”. Todavia o amadurecimento sexual não ocorre tão abruptamente, além do que é individual, o que significa dizer que pode haver pessoas capazes de se autodeterminar sexualmente antes dos 14 anos e outras que nem mesmo após esse marco.

O posicionamento de Nucci (2008) assume um tom moderado. Não obstante penda para o lado de quem considera a presunção de violência absoluta, excepcionalmente admite prova em contrário. E cita como exemplo a menina de 12 anos já prostituída. São casos da vida real que não podem ser ignorados, correndo-se o risco de cometer injustiças. Aduz que, para configurar o crime, é necessário o agente ter conhecimento sobre a idade/situação mental da vítima. Caso contrário, incorre-se em erro de tipo<sup>25</sup>.

Luiz Flávio Gomes (2001) aborda a questão sob o ponto de vista eminentemente jurídico, na medida em que defende o fim da presunção de violência, independentemente do caráter absoluto ou relativo a ela conferido, por afronta à Constituição Federal e à ciência penal. Segundo ele, as presunções devem ser analisadas com bastante cautela no âmbito do direito penal, a partir de determinados limites constitucionais.

---

<sup>23</sup> O Projeto Alcântara foi um dos projetos anteriores ao Código de 1940 que, após passar por uma comissão revisora, sofreu diversas alterações. Contudo seu cerne permaneceu inalterado. (PIERANGELI, 2001)

<sup>24</sup> Márcio Bártoli era Juiz de direito em São Paulo quando escreveu o texto. Atualmente é desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

<sup>25</sup> O erro de tipo, previsto no art. 20 do CP, ocorre quando há uma falsa percepção da realidade, não havendo consciência, por parte do autor, de que pratica uma conduta criminosa (GRECO, 2008, p. 299-300)

O primeiro deles é o princípio da presunção de inocência. Há um conflito flagrante entre esse, com assento constitucional (art. 5º, LVII), e a presunção de violência, com assento legal (art. 224 do CP). De modo que, se a violência é presumida, não precisa ser provada. Assim,

“A preocupação do órgão acusador, nos casos em que a lei presume a violência, seria tão-somente comprovar a situação fática embasadora da presunção (que a vítima seja menor de catorze anos, débil mental etc). Caber-lhe-ia exclusivamente provar uma parte dos fatos (que é a base da presunção). A outra parte dos fatos (a violência) é dada pelo legislador.” (GOMES, 2001, p.121)

A desnecessidade de prova afronta a presunção de inocência, que necessita da análise de todo o conjunto probatório trazido ao processo.

Outra limitação trazida pelo autor se refere à presunção legal de violência como violação ao “princípio do fato”. O agente deve ser responsabilizado pelo fato cometido e devidamente comprovado, sendo, pois, uma análise situacional que pretende limitar o poder punitivo estatal. Daí não se poder presumir um fato. No entanto, é exatamente o que ocorre com a presunção de violência. O autor é punido pela violência que não ocorreu concretamente, mas pela que ocorreu na idéia do legislador.

Prossegue o autor apresentando o limite imposto pelo princípio do *nullum crimen sine iniuria*. Para haver crime, é imprescindível a ocorrência de um resultado (art. 13 do CP), que se traduz na lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico. E só nesse caso se justifica a intervenção penal. Tal não se dá no art. 224, em que se presume um fato (a violência) para justificar o resultado conformador do fato típico. Assim, o resultado é decorrente da atuação legislativa, não da sua ocorrência no mundo fático.

Por fim, apresentou a limitação trazida pelo princípio do Direito penal da culpa (princípio da culpabilidade). O agente só responderá pelo ato por ele praticado, o que exclui logicamente a possibilidade de ser responsabilizado por ato praticado por outrem. No art. 224, a violência não foi de fato perpetrada contra a vítima, antes, foi presumida pelo legislador e é por esta presunção que a pessoa responderá.

Nucci (2008) discorda da abordagem sob o ponto de vista da (in)constitucionalidade da presunção. Alguns autores sustentam a impossibilidade de presunção em matéria penal, visto que ofensiva à imputação subjetiva e ao princípio da presunção da inocência. Entretanto, defende ele que, assim como é a limitação da idade de 14 anos é uma forma de presumir a inocência do menor quanto à sua sexualidade, também a limitação de 18 anos para a



inimputabilidade penal é uma presunção de ausência de consciência da ilicitude de seus atos. Daí que, se esta é aceitável, pelas mesmas razões aquela também o é.

Tal qual a discussão doutrinária, deu-se o embate na jurisprudência para considerar absoluta ou relativa a presunção de violência. Muitas vezes dentro do mesmo órgão julgador. Ainda quando chegou ao Supremo Tribunal Federal (STF), instalou-se a discordância, na análise do caso concreto<sup>26</sup>.

Em meio a essa indefinição, a Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009, reformou o Código Penal no seu Título VI, agora denominado “Dos crimes contra a dignidade sexual”. Em meio a outras alterações, revogou o art. 224 e incorporou parte de seu conteúdo ao novo tipo, que traz:

“Art. 217-A Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:  
Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.  
§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.” (BRASIL, 2009)

Caracterizou-se, então, o “estupro de vulnerável” na tentativa de por fim à celeuma, retirando a terminologia “presunção de violência”, que aparentava ser a grande responsável pelos problemas de interpretação da norma. Doravante, qualquer pessoa que se envolva sexualmente com menor de 14 anos pratica o referido crime. Essa é a leitura pretendida, tomando como ponto de partida a Justificação do Projeto de Lei que originou a referida lei, produzido pela Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) criada para tratar da violência e as redes de exploração sexual de crianças e adolescentes.

Para Bitencourt (2011), todavia, teria sido o legislador atual ardiloso ao se utilizar de expressões equivalentes às utilizadas pelo legislador de 40, dando margem a que permaneçam os debates sobre a relativização ou não da presunção de violência, o que contraria a pretensão de alteração legislativa. O modo de alteração da forma não alterou a substância da regra jurídica. Em vez de a presunção estar explicitada no texto legal, está ocultada com a retirada da “violência” e a inclusão da vulnerabilidade. Assevera que a intenção foi consolidar a jurisprudência do STF no sentido da presunção relativa. Apesar de inconformado, o autor acredita que, pela redação da lei, a interpretação mais racional diz pela relatividade. Presume-

---

<sup>26</sup> Vide votos dos Ministros no emblemático HC 73.662-MG, 2ª Turma, relatoria do Ministro Marco Aurélio, em 21/05/1996. Atenção especial aos votos do relator e do Ministro Carlos Velloso (BRASIL, 1996).

se, com a vulnerabilidade, que a capacidade de resistir da vítima também é presumida e relativa, tal qual a violência.

Assim, parece que, de 1890 até aqui, não houve alteração substancial na legislação penal que permitisse uma abordagem mais pacífica sobre o tema, haja vista as discussões doutrinárias e jurisprudenciais perpassarem 122 anos sendo basicamente as mesmas.

## 2.2 A DOCTRINA PROCESSUAL

Para melhor compreensão do caso a ser analisado, o segundo ponto a tratar é o relato dos principais atos processuais que sucessivamente discutiram a questão e fizeram o processo chegar ao ponto em que se encontra atualmente.

Isso se justifica porque, ainda quando não se têm os fundamentos fáticos e jurídicos a serem analisados por meio do processo judicial, observa-se que a sucessão de atos, que formam o procedimento, e sua regulamentação levam a discussões cada vez mais restritas. O que permite concluir que o procedimento, por si só, já é capaz de limitar o discurso e suas interpretações.

Importante esclarecer que atualmente o estupro de vulnerável é crime de ação penal pública incondicionada<sup>27</sup>. Entretanto, antes da alteração legislativa de 2009, o CP trazia o tipo penal equivalente – estupro com presunção de violência – como crime de ação penal pública condicionada à representação, de modo que o desencadear dos atos processuais seguirá o procedimento estabelecido nos Códigos Penal e de Processo Penal para esse tipo de ação<sup>28</sup>.

Quando um crime é cometido, em regra<sup>29</sup>, o primeiro órgão representante do Estado a ter conhecimento do fato é a autoridade policial, civil ou militar. Uma outra possibilidade é chegar a informação ao Ministério Público, que requisita a instauração do inquérito ao Delegado de Polícia (artigo 5º, inciso II, do CPP).

Cabe à Polícia Civil investigar o modo como ocorreu o delito, utilizando-se de perícias, interrogatórios de testemunhas, oitiva do indiciado, documentos, enfim todos os recursos que constituam meios de prova. Inicia-se, a partir daí, a persecução penal, em sua

<sup>27</sup> A titularidade da ação penal pertence ao Ministério Público, conforme se extrai da leitura do art. 225, parágrafo único, do CP.

<sup>28</sup> As referidas codificações dispõem sobre as ações penais públicas e as ações penais privadas, distintas fundamentalmente quanto ao seu titular, sendo as primeiras iniciadas pelo Ministério Público e as outras, pelo ofendido. O Código Penal as especifica em seu artigo 100 e parágrafos.

<sup>29</sup> Por vezes, pode ocorrer de o crime ser conhecido por outros agentes estatais, como membros do Ministério Público, magistrados ou fiscais, por exemplo, no âmbito de sua atuação funcional.

fase administrativa, na qual o suposto autor “não é sujeito e sim objeto das atividades investigativas” (BOSCHI, 2010, p. 18), isto é, não é ainda nesse momento que poderá exercer diretamente sua defesa através do contraditório, mas apenas dar sua versão dos fatos. O resultado das ações policiais é materializado e pormenorizado em uma peça escrita chamada inquérito policial<sup>30</sup>.

O inquérito policial, como primeiro ponto de contato entre os fatos da vida e o procedimento, traz a primeira forma de contar a história e deve demonstrar os indícios de materialidade e de autoria, o que significar dizer se e como provavelmente o crime ocorreu, bem como por quem foi possivelmente praticado.

Ocorre que, excepcionalmente<sup>31</sup>, é necessária ainda a representação do ofendido, condição de procedibilidade que permitirá o prosseguimento das investigações e o posterior ajuizamento da ação. Trata-se da permissão da vítima às atuações policiais e ministeriais para a elucidação do crime, justificada pelo constrangimento que o revolvimento dos fatos pode trazer a ela e/ou seus familiares, de modo que pode preferir a eventual não condenação do culpado à exposição pública provocada pelo inquérito e pelo processo. Pretende-se preservar os direitos à imagem, honra e intimidade do ofendido (BOSCHI, 2010).

Esse documento chega ao membro do Ministério Público para que promova a denúncia, caso entenda estar ali configurado um crime e conhecido o possível autor. Nesse ponto, inicia-se a fase judicial da persecução penal, na qual entram em cena novos modos de proceder, devendo-se atender a todas as exigências do devido processo legal, sob pena de nulidade dos atos.

O promotor de justiça faz suas leituras de todo o material colhido durante a fase do inquérito. O papel assumido será o de órgão acusador, primeiro sujeito processual<sup>32</sup> a integrar o processo, que provocará a jurisdição no cumprimento de seu dever, como representante do Estado, de “proteger o interesse de todos contra o crime porque o crime é danoso à vida em sociedade” (BOSCHI, 2010, p. 13).

A peça é recebida pelo juiz de direito, que passa a efetivamente participar da relação jurídica processual, como segundo sujeito a integrá-la. Cabe a ele conduzir toda a dinâmica do processo: presidir audiências, ordenar atos, participar da coleta de provas em juízo e, por fim,

---

<sup>30</sup> Utiliza-se o inquérito para a investigação de crimes. Para contravenções penais, termo circunstanciado.

<sup>31</sup> A própria legislação explicita em quais casos é admitida a representação, a ser realizada perante a autoridade policial, ao membro do Ministério Público ou ao juiz.

<sup>32</sup> A relação jurídica processual é composta por três sujeitos “principais”: órgão acusador, réu e juiz. (TOURINHO FILHO, 2011, p. 713).

proferir sentença (BOSCHI, 2010). Contrariamente às partes, acusador e acusado, o juiz não batalha por um resultado que lhe seja favorável, pois não é seu interesse que está em discussão. Ele atua imparcialmente, em nome do Estado, em busca da solução que lhe pareça mais correta.

Recebida a denúncia, o juiz manda citar<sup>33</sup> o réu, que, a partir desse momento, integra a relação jurídica processual e participa ativamente, como sujeito, e não mais como objeto. Exerce seu direito à ampla defesa e ao contraditório, podendo produzir provas, assim também expor sua narrativa sobre os acontecimentos que o levaram ao assento dos réus. É mais um discurso a se acrescentar a tantos outros que compõem o processo.

A partir daí, as partes exercem o contraditório por meio de documentos escritos ou depoimentos orais, perfazendo toda a fase de instrução. Finalmente, a sentença. A peça final, produzida pelo magistrado, relata a subsunção do fato à norma jurídica, do que resulta o direito (BOSCHI, 2010).

Todavia a parte vencida pode recorrer da sentença, pois é natural pensar que o exame das decisões por diversas vezes e diferentes pessoas aproxima o resultado do mais justo possível (GRINOVER, 2008).

Alguns fundamentos justificam a existência do duplo grau de jurisdição. O primeiro deles diz respeito ao inconformismo da parte vencida; depois, o juiz, sabendo que sua decisão poderá ser avaliada pelo tribunal, se esforçará para proferir uma decisão irretocável; além disso se imagina que os julgadores, no segundo grau, sejam mais experientes, já que contam com longa carreira. Há ainda o fato de os julgamentos serem, em regra<sup>34</sup>, colegiados. (GRINOVER, 2008).

Por outro lado, no tribunal, o julgamento se dá apenas com a apreciação das provas colhidas na 1ª instância, estando, portanto, o julgador ainda mais afastado dos fatos (GRINOVER, 2008).

No que se refere à apelação, o órgão que a julgará (*ad quem*) poderá apreciar tanto matéria de direito quanto de fato, incluindo aquela não analisada pelo juiz da 1ª instância (*a*

---

<sup>33</sup> A citação consiste na chamada do possível agente criminoso ao processo, dando-lhe conhecimento dos fatos imputados e abertura de prazo para apresentação de defesa.

<sup>34</sup> Há hipóteses, previstas em lei, nas quais a causa não chega ao órgão colegiado, sendo apreciada apenas pelo relator.

quo), desde que nos limites da matéria impugnada pelo recorrente. A decisão resultante do julgamento da apelação substituirá a proferida pelo juiz monocrático<sup>35</sup> (GRINOVER, 2008).

O recurso especial é um modo de impugnação de decisões, dirigido ao Superior Tribunal de Justiça (STJ)<sup>36</sup>, que pretende tutelar o direito de âmbito federal, embora proposto pelas partes e a elas interesse. Nele não se apreciam matérias de fato, senão somente de direito<sup>37</sup> (GRINOVER, 2008).

Com os embargos de divergência, previstos no art. 29 da Lei nº 8.038/1990, pretende-se a uniformização de entendimento da jurisprudência do tribunal, STF ou STJ. Será possível quando uma turma divergir de outra, de seção, do órgão especial ou do pleno (TÁVORA, 2011).

Os embargos de declaração podem ser utilizados por qualquer das partes, no intuito de que o órgão prolator da decisão supra alguma omissão ou esclareça ambiguidades, obscuridades ou contradições (TÁVORA, 2011).

Como se observa, esses últimos três recursos (recurso especial, embargos de divergência e embargos de declaração) tratam, cada um a seu modo, de eliminar a multiplicidade de interpretações que pode advir da tomada de decisões. É uma forma de, por intermédio do procedimento, garantir a segurança jurídica.

### 2.3 O RELATO DO CASO

No caso dos autos, em virtude dos diversos atendimentos realizados às vítimas, o Conselho Tutelar da cidade, em cumprimento ao seu dever legal<sup>38</sup>, levou ao Ministério

<sup>35</sup> Exceto em caso de nulidade, quando a sentença é cassada, e os autos devolvidos ao 1º grau, sendo proferida nova decisão.

<sup>36</sup> Decisões colegiadas. A composição do STJ é distribuída da seguinte forma: 3 seções de julgamento, divididas por matéria, cada qual composta por 2 turmas, e estas por 5 ministros.

<sup>37</sup> Hipóteses de cabimento taxativamente previstas no art. 105, inciso III, da CF/88.

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

[ ... ]

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;

b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;

c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal. (BRASIL, 1988)

<sup>37</sup> Informações constantes no Regimento Interno do STJ.

<sup>38</sup> Art. 136, inciso IV, da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). (BRASIL, 1990)

Público as circunstâncias em que estas se encontravam<sup>39</sup>. Este, por sua vez, requisitou a instauração do inquérito ao Delegado de Polícia.

Como as vítimas eram menores, seus pais deveriam proceder à representação, no intuito de se prosseguir com as investigações iniciadas. O Ministério Público, em sua denúncia, disse que os pais de duas delas ofereceram representação. Contudo indica o advogado de defesa<sup>40</sup> que não houve nenhuma manifestação nesse sentido. Em depoimento, a responsável por uma delas diz que “[...] na delegacia de polícia, nem foi perguntado se queria tocar o processo para frente. Não sabe o que quer dizer representação [...]” (SÃO PAULO, 2005).

Não obstante, a polícia continuou seu trabalho investigativo e relatou o inquérito, chegando às mãos do promotor de justiça, que ofereceu denúncia. Como se verá adiante, essa questão sequer foi aventada pelo magistrado em sua sentença.

O Ministério Público do Estado de São Paulo, em 2002, ofereceu denúncia contra IAF<sup>41</sup> pela prática do crime de estupro com presunção de violência contra três meninas menores de 14 anos. O inquérito policial que lastreou a peça ministerial trouxe que, no primeiro semestre de 2002, sem saber precisar as datas e horários, num município paulista, o denunciado praticou sexo, mediante violência presumida, com as meninas no Motel L.

“Segundo o apurado, aproveitando a pouca idade da vítima e fazendo uso de um veículo camioneta S10, o denunciado I (36 anos) levou a vítima P (12 anos) e sua amiga A (12 anos) até o Motel L.” (SÃO PAULO, 2005).

O texto diz que o autor se aproveitou da pouca idade da vítima, o que é essencial para configurar a presunção de violência, pois se pretende demonstrar o aspecto subjetivo da conduta do agente, qual seja a intenção de consumir a conjunção carnal com uma pessoa inexperiente e inocente nas coisas relacionadas ao sexo.

“[...] I passou a mão lascivamente pelo corpo de P (seios, vagina e nádegas) e aproveitando a oportunidade, penetrou o pênis na vagina da vítima, consumando, assim, a conjunção carnal, dando o valor de R\$ 30,00 para cada adolescente.” (SÃO PAULO, 2005).

Por outro lado, as provas apontam o fato de o sexo haver sido realizado em troca de dinheiro e com a permissão da jovem, configurando a prostituição.

<sup>39</sup> Conforme a Lei 8.069/90, em seu art. 131: “O Conselho Tutelar é órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente, definidos nesta Lei” (BRASIL, 1990).

<sup>40</sup> Em alegações finais.

<sup>41</sup> Os nomes do réu, das vítimas e dos locais serão mantidos em sigilo em virtude do segredo de justiça a que está submetido o processo judicial.

Como a violência foi presumida, o dito constrangimento não pode ter sido real, senão ficto, assumindo-se que A, dada a sua pouca idade, seria incapaz de compreender o significado de tudo que se passara ali.

Em resumo, primeiro IAF se dirigiu ao motel com P e A, ambas com 12 anos de idade, e, de forma continuada (por duas vezes), manteve relações sexuais com P, ficando A apenas a observar. Após pagou o valor de 30 reais a cada uma. Em outra oportunidade, acompanhado de S (13 anos) e P, voltou ao mesmo local e novamente consumou conjunção carnal com P. Pagou a elas 45 reais. Em ocasião diversa, nas dependências do Motel X, relacionou-se com A por duas vezes, na presença de S, pagando 25 reais a cada uma.

Por terem se passado em tempo anterior à reforma penal de 2009, a denúncia subsumiu os fatos aos seguintes tipos: artigo 213, por seis vezes (estupro); artigo 214 (atentado violento ao pudor); artigo 224, alínea "a" (presunção de violência); artigo 226, inc. III (agente casado)<sup>42</sup>; artigo 71(crime continuado); artigo 9º da Lei nº 8.072/90 (aumento de pena por crime hediondo); e artigo 225, § 1º, inc. I, e § 2º (ação pública condicionada a representação).

O juiz, na fundamentação, iniciou dizendo que a “pretensão não deve ser acolhida”, já deixando claro seu entendimento quanto à discussão levada ao caso. Para robustecer sua fala, utilizou-se da doutrina de Júlio Fabbrini Mirabete e diversos acórdãos de tribunais, inclusive do STJ, segundo os quais a presunção de violência é relativa, analisável somente diante do caso concreto. Todos uníssonos no sentido de que o entendimento da vítima no que diz respeito ao sexo elide a presunção.

“No presente caso, a prova trazida aos autos demonstra, fartamente, que as vítimas, à época dos fatos, lamentavelmente, já estavam longe de serem inocentes, ingênuas, inconscientes e desinformadas a respeito do sexo.” (SÃO PAULO, 2005).

Além disso, utilizou-se do depoimento em juízo fornecido por conselheiras tutelares, por um policial e pela Delegada, em tese, agentes imparciais, assim como por outras testemunhas, que estiveram em eventos na presença das menores. Todos confirmaram que as vítimas eram, há muito, envolvidas com prostituição e drogas.

Para o juiz, que proferiu sentença absolvendo o réu, por considerar que a presunção de violência prevista na lei possui natureza relativa:

---

<sup>42</sup> O fato de o agente ser casado era juridicamente relevante, uma vez que implicava causa de aumento de pena, a ser considerada pelo juiz, na ocorrência de condenação.

“[...] em razão de problemas sociais, culturais e familiares, quando da ocorrência dos fatos tratados na denúncia, as vítimas eram corrompidas e acostumadas ao envolvimento em fatos relativos e drogas... As atitudes do réu, à evidência, foram imorais. Entretanto, não configuram os graves crimes de estupro e de atentado violento ao pudor a ele imputados, em razão do afastamento da presunção de violência em relação às vítimas, menores de catorze anos, mas nem um pouco inscientes das coisas relativas ao sexo.” (SÃO PAULO, 2005).

A acusação, inconformada por entender que a presunção é absoluta, apelou, o que levou o processo ao Tribunal de Justiça de São Paulo para análise do caso em grau de recurso.

Mais uma vez o réu foi absolvido, pelos mesmos fundamentos que instruíram a sentença.

Trouxe o acórdão do TJ/SP:

“O Magistrado a quo tanto durante a instrução processual quanto no desfecho da lide demonstrou singular sensibilidade no exame do acervo probatório [...], em contato pessoal e direto com o material coligido, e a conclusão abraçada, o afastamento da presunção de violência em relação às vítimas, menores de 14 anos, visto que ‘nenhum pouco inscientes das coisas relativas ao sexo’, é a solução que melhor se amolda ao caso vertente.” (SÃO PAULO, 2007).

“Inconteste a ocorrência dos atos sexuais praticados, mas o mesmo não se pode dizer quanto à existência de constrangimento (em qualquer de suas modalidades) [...]” (SÃO PAULO, 2007).

“Para a configuração dos delitos sexuais em apreço, por presunção de violência em razão da idade da vítima, menor de 14 anos, faz-se necessário que o agente aproveite-se de sua inocência, ingenuidade nas coisas afeitas ao sexo, e usando desse artil consiga a satisfação de sua lascívia.” (SÃO PAULO, 2007).

O desembargador faz, então, a reanálise dos depoimentos prestados em juízo, de onde concluiu que as jovens já eram iniciadas no sexo há bem mais tempo que o sugerido na denúncia. Não havendo sido, portanto, o réu a levá-las para a prostituição.

“Embora imoral e reprovável a conduta praticada pelo réu, não restaram configurados os tipos penais pelos quais restou denunciado.” (SÃO PAULO, 2007).

Novamente o MP/SP interpôs recurso, agora contra decisão do juízo de segundo grau. Alegou afronta ao art. 224, alínea "a" do Código Penal (lei federal) e posicionamento contrário a julgado anterior do referido tribunal superior. Para tanto, embasou-se na questão que coloca o sujeito passivo como incapaz de consentir pela “sua incompreensão dos fatos”, tornando despicienda a prova da violência.



E seguiu o processo rumo ao STJ. O recurso especial lá chegou, em janeiro de 2008, sendo distribuído à Quinta Turma. Todavia o julgamento se deu apenas em setembro de 2010.

O relator ressaltou seu entendimento pela relatividade, a despeito de seu voto favorável ao caráter absoluto da presunção de violência, seguido pelos demais integrantes da Turma. Nesse sentido, foi colacionado ao acórdão um voto<sup>43</sup> do ministro Félix Fischer no qual se apresentam quatro argumentos: 1. a norma impõe um dever geral de abstenção quanto à prática de relações sexuais com menores de 14 anos; 2. a *innocentia consilli* não quer dizer conhecimento do que seja o sexo, mas sim maturidade para autodeterminação em questões sexuais; 3. o comportamento da vítima é irrelevante; e, 4. “a equiparação legal não implica necessariamente na ausência de requisito de responsabilidade subjetiva. É inegável que o dolo deve cobrir os componentes da denominada presunção”.

Merece destaque um outro trecho desse mesmo voto do Fischer utilizado como parâmetro:

“A demonstração de consentimento 'válido', escapa à objetividade mínima que a aplicação do Direito exige. Acarreta vagueza, ora expandindo arbitrariamente a incriminação, ora, injustificadamente, acarretando a impunidade, tudo de acordo com o momento, com o subjetivismo de quem julga.” (BRASIL, 2010).

Ocorre que a Sexta Turma já havia proferido decisões em sentido contrário, razão pela qual a defesa interpôs embargos de divergência, em busca de uniformização da jurisprudência seguindo a orientação menos conservadora. Nas palavras da relatora Maria Thereza de Assis Moura:

“De saída, verifico que constam diversos julgados nesta Corte sobre o tema, constatando-se que há sim divergência de entendimento entre as Turmas da Terceira Seção. De fato, a Quinta Turma entende que a presunção de violência é absoluta e a Sexta Turma entende ser relativa. Dessa forma, mostra-se patente o dissídio, sendo importante sua solução, com a finalidade de se pacificar a jurisprudência pátria.” (BRASIL, 2011).

A relatora trouxe dois acórdãos do ano de 2008 e um de 2010, proferidos em embargos de divergência, nos quais a Terceira Seção decidiu pelo caráter absoluto da presunção. Entretanto observou que a composição da Corte, no final de 2011, havia mudado bastante, merecendo reanálise do tema, que poderia ser também alterado.

---

<sup>43</sup> EREsp nº 762.044/SP, julgado pela 3ª Seção do STJ em 14/12/2009.

As expectativas da Ministra se efetivaram, e as pretensões da defesa foram atendidas em julgamento da Terceira Seção, que abarca as turmas divergentes, cuja decisão foi proferida por maioria.

“Conquanto todas as preocupações encaminhem o magistrado a buscar a proteção do ente mais desfavorecido, não se pode, por outro lado, cerrar os olhos para situações especiais da vida humana que, de certo modo, dificultam o enquadramento típico no caso concreto. Não me parece juridicamente defensável continuar preconizando a ideia da presunção absoluta em fatos como os tais se a própria natureza das coisas afasta o injusto da conduta do acusado.” (BRASIL, 2011).

Citando voto do desembargador Celso Limongi (TJ/SP), a Ministra considerou a anacronia do Código Penal de 1940, que pode ser um entrave ao desenvolvimento social, se não acompanha os novos tempos. A jurisprudência é a responsável pela atualização do direito.

Mais um argumento veio à baila: a necessidade de conformação da norma penal ao sistema como um todo. Daí a comparação com o Estatuto da Criança e do Adolescente que considera a pessoa com idade compreendida entre 12 e 18 anos como adolescente capaz de discernir sobre a ilicitude de seus atos, podendo sofrer medida socioeducativa. Se está consciente dos atos ilícitos, por que não o estaria no que diz respeito a atos sexuais? Utiliza-se o mesmo voto do Desembargador Celso Limongi para exemplificar a questão:

“Imagine-se a hipótese de um jovem de 18 anos de idade que beije lascivamente sua namorada de 13 anos ou que com ela pratique alguns atos libidinosos não dos mais íntimos. Pela presunção de violência que o Código Penal de 1940 estabelece, pois a menor de 14 anos não dispõe de vontade válida, será esse jovem condenado a no mínimo 6 anos de reclusão!” (BRASIL, 2011).

Para reforçar seu argumento, colacionou mais jurisprudência e doutrina no sentido de que a idade da vítima é um critério definido aleatoriamente, tendo em vista que as pessoas não se desenvolvem do mesmo modo e ao mesmo tempo, ainda quando possuem a mesma idade.

Por fim, trouxe sete julgados da Sexta Turma, que consideram a relatividade da presunção de violência. Nesse mesmo sentido foi seu voto, acompanhado pela maioria dos membros da Seção.

O Ministro Gilson Dipp, descontente com o resultado do julgamento, proferiu voto-vista em sentido contrário. Primeiro, veio a explicar por que os embargos deveriam ser rejeitados:

“[...] a 3ª Seção já havia pacificado a inteligência jurisprudencial sobre o tema, e tanto, isso é verdade que os casos julgados pela 6ª Turma e

invocados como demonstrativos da divergência ou são *posteriores* a eles, revelando desapareço pela orientação justamente vocacionada à harmonização da jurisprudência, ou são *anteriores* e nessa condição sem valor porque já superados pela Seção. Por uma ou outra razão, os embargos não poderiam ser admitidos. (BRASIL, 2011, grifo do autor).

[...] também conheço dos embargos pois a Seção está diante da oportunidade de encerrar de vez a pretensa divergência garantindo às partes segurança jurídica suficiente, ao menos por parte deste Tribunal.” (BRASIL, 2011).

Depois listou uma série de julgados do STF, que traz, há 30 anos, o mesmo entendimento de que a presunção de violência é absoluta e, segundo o Ministro Dipp, deve ser seguido pelos demais órgãos jurisdicionais. Além disso, acrescentou, em rebate aos argumentos da relatora:

“[...] a prevalecer o entendimento exposto no voto da Ministra Relatora -- *segundo o qual o comportamento da vítima ofendida bem assim sua experiência sexual anterior, consentimento ou malícia constituem fator capaz de afastar a tipicidade da conduta do réu* – o Tribunal termina por converter injustamente a vítima do estupro em verdadeira ré, julgando-lhe a conduta e reprovando-a, [...], como se fosse ela, a vítima, sujeita ao juízo de condenação em lugar do réu.” (BRASIL, 2011, grifo do autor).

[...]

“Ao contrário, o regime do ECA, embora penalize certas condutas de crianças e adolescentes, longe está de estigmatiza-las com caráter definitivo e discriminatório como fez a sentença, sem qualquer respeito aos direitos dos menores.” (BRASIL, 2011).

[...]

“Por derradeiro, o fato é anterior à nova redação do Código Penal, mas, fosse ele posterior, ainda assim a solução não seria diferente pois agora a figura do *estupro de vulnerável* nem mais cogita de violência, presumindo-a pela só ocorrência da conjunção carnal com menor de 14 anos (art. 217-A), pouco importando assim a conduta da vítima.” (BRASIL, 2011, grifo do autor)

A ministra Laurita Vaz o acompanhou em seu voto. Assim também Sebastião Reis Júnior:

“Não teria dúvidas em aderir aos votos da eminente Relatora e do Ministro Og Fernandes no sentido de que a violência presumida deve ser relativizada de acordo com a situação concreta dos autos. Porém preocupou-me e muito, sendo o motivo pelo qual pedi vista, a farta, reiterada e atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto em tela relacionada pelo Ministro Gilson Dipp. E preocupou-me porque não acho razoável que uma jurisprudência consolidada e contemporânea da Suprema Corte venha a ser desrespeitada por Tribunal, seja ele federal, estadual ou nacional. Não tem sentido o Superior Tribunal de Justiça mostrar ressalvas, em diversas oportunidades, ao descumprimento pelos tribunais inferiores da interpretação por ele fixada dentro de sua competência constitucional e desrespeitar entendimento uniforme e reiterado daquele que tem o poder, inclusive, de reformar nossas decisões. Essencial que o Judiciário transmita ao

jurisdicionado confiança e é indiscutível que, como já disse Marcelo Alves Dias de Souza (Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante, Ed. Juruá, 2006, pág. 299), ‘a obediência aos precedentes judiciais é um fator – não o único, é óbvio – que pode ajudar na estabilidade de nosso sistema jurídico. Além de dar aos cidadãos um sentido de confiança, por implicar a consolidação, no presente e para o futuro, de opiniões bem fundamentadas e tidas por acertadas’.” (BRASIL, 2011).

Para o Ministro Og Fernandes, impera a necessidade de se analisar cada caso com suas peculiaridades, adequando-se a legislação, sob pena de se cometerem injustiças. Diz ele:

“Penso que é o momento de se debruçar sobre essa nova realidade, sem, absolutamente, desprezar a proteção, que tem sede constitucional, da família, do adolescente, da criança. Mas ponderando esse valor com a construção que se faz do que seja o justo. E nós somos, aqui, integrantes do Superior Tribunal de Justiça”. (BRASIL, 2011).

Logo em seguida, a notícia sobre o julgamento foi divulgada na página de internet do STJ e, em pouco tempo, tornou-se assunto internacional. A Ministra Maria do Rosário, da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, e a ONU, dentre outras autoridades, manifestaram seu repúdio à decisão. O Tribunal foi, inclusive, acusado de incentivo à exploração infantil.

Com toda a repercussão negativa, o Presidente do STJ divulgou nota informando que a decisão talvez fosse revista. O Ministério Público Federal interpôs Embargos de Declaração nos Embargos de Divergência alegando omissão relativa à intempestividade dos embargos de divergência e à necessidade de interpretação do artigo 224, 'a' do CP conforme o art. 227, § 4º da Constituição Federal. Sobre este último, a corte não se manifestou, por ser matéria afeta ao STF, contudo votou pela intempestividade dos Embargos de Divergência, o que restaurou o voto da Quinta Turma pela consideração do caráter absoluto da presunção de violência. Os ânimos da opinião pública foram acalmados, não porque o mérito foi novamente enfrentado, mas porque questão exclusivamente processual levou o processo à condição em que se encontrava antes da oposição dos embargos de divergência, isto é, o réu voltou a ser culpado.

Como o processo judicial ainda não transitou em julgado, pois pendente de julgamento de recurso extraordinário<sup>44</sup>, o réu permanece culpado, caso decisão do STF não venha a alterar sua condição.

---

<sup>44</sup> Conforme informação fornecida pelo advogado de defesa que atua perante os tribunais superiores.

### 3 A CONSTRUÇÃO DA VERDADE

Neste terceiro momento da pesquisa, pretende-se fazer uma releitura do processo e suas principais peças, a partir das teorias apresentadas no primeiro capítulo deste trabalho, bem como do detalhamento das questões de direito material e processual. Sabe-se, entretanto, que outras leituras são possíveis, não havendo nenhuma pretensão de esgotar o conteúdo.

Mantém-se, para tanto, o foco nas decisões judiciais, pois se parte do pressuposto de que elas são particularmente relevantes dentro do universo de atos praticados pelo juiz no decorrer do processo judicial, pois através dela o magistrado diz o direito.

Assim, é possível compreender o processo judicial como uma obra. Para Dworkin, é escrito a várias mãos (romance em cadeia) e o melhor resultado se dá quando cada um que participa analisa o que veio antes dele e o que poderá vir depois, para que se mantenha a coerência e se chegue ao “melhor final” possível. Com Ricoeur se vê que é no “mundo da obra”, analisando sua composição, que a interpretação se concretiza. Com Foucault, vê-se que, a partir de relações de poder, o discurso jurídico se impõe, produzindo verdades.

Adentremos, então, nesse mundo, particular pelas idiossincrasias da história narrada, e público porque acessível a tantas intenções e interpretações de quem sequer esteve lá para saber o que, de fato, aconteceu, mas que precisa estabelecer uma verdade: o réu é culpado ou inocente?

No inquérito policial, já se encontram os primeiros distanciamentos: o acontecimento da vida se torna texto, que é produzido pela autoridade policial, lido pelo juiz e pelo promotor de justiça, é o distanciamento proporcionado pela transmissão da fala à escrita. Mas, antes disso, aquilo que testemunhas, vítimas e autor contam ao delegado também já é produzido na distância, dos acontecimentos para a oralidade.

Começa a construção do “mundo da obra”, a partir do qual se darão as primeiras interpretações que sustentarão outras que virão em seguida. Embora, por óbvio, não seja uma ficção, mas um relato que pretende o mais possível alcançar a realidade, o processo é um modo de reconstituir uma história e, no inquérito, se estabelecem os personagens, modo, tempo e espaço em que tudo se desenvolve.

Aqui o tempo foi fundamental para a própria existência do crime, tendo em vista que, por haver consentimento, o que transformou o fato da vida em crime foi a idade das vítimas, critério supostamente objetivo para se configurar a presunção de violência. O espaço (motel) e

o modo (consentimento mediante pagamento) forneceram à defesa seu principal argumento no sentido de que, sendo prostitutas, as meninas não podiam ser inocentes quanto ao sexo, ilidindo a presunção.

Não há um formato específico para o inquérito policial, pois é construído a partir das provas que se consegue coletar. No caso dos autos, há registros<sup>45</sup> de que algumas provas, inclusive periciais, foram realizadas tempos depois da ocorrência dos fatos. Isso significa dizer que, embora o inquérito tenha pretendido trazer à tona a realidade, no máximo, o que se conseguiu foi elaborar uma realidade plausível, com os elementos de que dispunha.

Na decisão do magistrado de 1º grau, de início, ficou clara a absolvição do réu. Aderindo parcialmente à argumentação da defesa, acrescentou provas reproduzidas em juízo, doutrina e jurisprudências que fundamentaram sua tese. A adesão não foi total, pois, enquanto o advogado do réu tentou desqualificar as vítimas e seus depoimentos, chamando-as de “prostitutas” e “mentirosas”, o juiz entendeu que o comportamento desregrado se dava em virtude de um sistema sócio-econômico excludente, que as expunha, mas que não as tornava, por isso, inocentes nas coisas do sexo.

Embora, para o réu, o resultado advindo da leitura desses dois sujeitos processuais tenha sido o mesmo em relação ao comportamento das vítimas, as imagens por eles criadas foram bastante distanciadas uma da outra. Isso porque ocupam lugares na atividade jurisdicional (juiz e advogado) e assumem posturas (imparcial e parcial) igualmente distintas, que interferem nas suas interpretações de uma mesma realidade.

A autonomia da interpretação, produzida pelo texto da lei, permitiu que o juiz a contextualizasse, adicionando os fatos ao direito. A terrível violência praticada por um adulto que faz sexo com menores de 14 anos (é o que se imagina com a leitura do dispositivo legal) foi dissipada pelo fato de as meninas consentirem e até receberem dinheiro pelo ato. O magistrado procedeu à interpretação criativa, analisando a regra aplicável ao caso concreto, de modo a dar à lei um propósito que lhe pareceu o melhor possível. Por isso, a presunção de violência foi afastada.

Todavia, silenciou a respeito de ter ou não havido representação, sem a qual a denúncia sequer teria sido recebida. Neste momento, a defesa poderia opor embargos de declaração, a fim de sanar a omissão do juiz. Contudo, como a decisão lhe foi favorável, não

---

<sup>45</sup> Não foi possível acessar o inquérito policial.

havia porque fazê-lo, já que o máximo que conseguiria seria sanar o vício e recomeçar o processo. Essa opção seria inconveniente para o réu do mesmo modo que para o juiz.

A decisão entre o que se deve ou não discutir ou em que momento se deve discutir, tanto para as partes quanto para o julgador, demonstra como a argumentação jurídica se produz, a partir de recortes e/ou acréscimos, que encaminham o processo na direção de um ou outro resultado, a depender da intenção do autor. De qualquer forma, pela unidade de sentido da obra, o texto que produziu aludiu à questão principal (estupro), aprofundando-a.

Se não tivesse o órgão acusador optado por recorrer da sentença, estaria definida a primeira grande verdade almejada com todo o processo: o réu seria inocente, porquanto não se aproveitara da inocência das meninas. Consequentemente, as vítimas seriam mais vítimas da realidade em que viviam que do próprio homem com quem estiveram. Na sentença, aquilo que foi visto, lido e ouvido teria conduzido a uma verdade, dentre outras possíveis, já que fruto de dupla interpretação: do fato ocorrido e do texto jurídico.

Com a apelação, o TJ/SP foi chamado a se manifestar, sendo seu papel reanalisar toda a matéria de fato e de direito impugnadas. Ainda assim, calou-se sobre alguns argumentos do MP e da defesa. Nas razões da apelação, o *Parquet* trouxe que a sentença incentivava a exploração de menores. Por outro lado, nas contrarrazões, a defesa afirmou que a condenação era uma tentativa dos agentes locais de tornar a punição do empresário um exemplo para os outros homens com quem as meninas saíam, já que inúmeras vezes a polícia e o conselho tutelar as havia apreendido e de nada adiantara. O tribunal de 2º grau, contudo, manteve o foco na relatividade da presunção de violência, para inocentar o réu.

Não obstante a revisão das provas e o acesso àquilo que foi dito em audiência, tudo não passava de relatos numa folha de papel. Os desembargadores sabiam a respeito das pessoas que foram ouvidas pelo juiz apenas sua qualificação (nome, idade, profissão etc) e seus depoimentos. Não viram rostos, gestos, tons de voz, nada que lhes aproximasse mais “do mundo real”.

E por aí, foram se efetivando mais distanciamentos. Lembra quase aquela brincadeira infantil do “telefone sem fio”. Do ponto de partida, uma pessoa fala algo para outra, que tenta reproduzir o dito para outra e assim sucessivamente, até o fim da cadeia. Cada participante interpreta o que lhe foi dito com as categorias (ou conceitos) de que dispõe e passa adiante, não necessariamente aquilo que ouviu, mas aquilo que entendeu do que ouviu. A graça da brincadeira é confrontar o que foi inicialmente falado com o que se falou por último, que quase sempre sai distorcido, mas é possível identificar onde cada um errou.

Essa alegoria permite ilustrar, de algum modo, a construção da obra jurídica, tendo em vista o afastamento cada vez maior entre o que se passou e o que cada ator da obra processual compreendeu daquilo que lhe foi passado. E é essa compreensão que irá adiante. Faz-se um adendo: do fim do processo, não se poderá mais acessar o início, menos ainda descobrir onde a “verdade” se perdeu.

O distanciamento, ou melhor, esta ruptura entre o “mundo real” e o “mundo da obra” ficou ainda mais patente quando o processo chegou ao tribunal superior, através do recurso especial. No Superior Tribunal de Justiça, o ministro relator Jorge Mussi iniciou o acórdão esclarecendo que a questão era exclusivamente jurídica, deixando claro que o revolvimento fático-probatório ficara para trás, nas fases anteriores do processo. O que se discutiria, a partir de então, seria o significado da expressão “presunção de violência” no Código Penal.

Nesse momento, o próprio sistema opera uma evidente exclusão. As pessoas e fatos desaparecem e o que permanece é a pretensão de se estabelecer o alcance da norma, pois a função do tribunal superior, ao analisar esse tipo de recurso, consiste em fornecer a interpretação do texto legal, não decidir o caso.

Embora não concordasse, o ministro relatou pelo caráter absoluto da presunção de violência, tendo em vista ser esse o entendimento pacificado da Quinta Turma, à qual ele pertence. Está aí um possível efeito da decisão colegiada: o dissidente cede, e o poder da maioria se impõe. Tanto que o ministro pareceu se “justificar”, demonstrando que havia sido voto vencido em ocasiões anteriores, quando a matéria se dera por resolvida. Talvez haja um costume no tribunal de não afrontar os pares em circunstâncias como essa, porque outra razão não há, em virtude da autonomia funcional de que todos eles gozam.

Pode-se indagar como o magistrado conseguiu relatar um processo que afrontava seu entendimento sobre a questão discutida. Não se trata de tarefa tão complexa. Exigem-se duas competências: capacidade de redigir um texto coerente e conhecimento técnico. E ambas os ministros certamente possuem. Acrescente-se a isso alguns julgados de tribunal de igual ou superior hierarquia<sup>46</sup> e as palavras de algum doutrinador “respeitável”, e está cumprida a tarefa.

Esse é o modo padrão de produzir a obra jurídica. Sua utilização em todas as peças decisórias que compõem este e tantos outros autos permite generalizar. Somam-se a

---

<sup>46</sup> Os precedentes, mesmo quando não vinculam decisões posteriores (súmulas vinculantes), influenciam, sobretudo quando provenientes de tribunais superiores àqueles de onde emana a decisão.



formalidade da linguagem instrumental e as regras do procedimento e estão caracterizados o gênero e o estilo do processo judicial.

A fundamentação utilizada pelo relator adveio basicamente de um voto anterior do ministro Félix Fischer, membro da mesma casa, versando sobre o alcance da norma, o significado da “inocência” para a lei, a irrelevância do comportamento da vítima e a apreciação da culpa/dolo da conduta do agente. Toda a argumentação se deu de forma extremamente técnica, utilizando-se do jargão jurídico e linguagem rebuscada, de tal modo que um leigo não alcançaria seu conteúdo, sobretudo sem o colorido que os fatos dão à norma. Esse efeito sobre a linguagem decorre do nível de tecnicidade das controvérsias levadas aos tribunais superiores.

Outro ponto desse mesmo voto do Fischer deve ser comentado: sua preocupação em ratificar que o direito necessita de parâmetros rígidos para a definição de seus termos, como, por exemplo, o “consentimento válido”, caso contrário o jurisdicionado fica exposto ao “subjativismo de quem julga”. Assim, a margem de interpretação deve ser a mínima possível, crendo, por suposto, que a regra abarca todas as situações a ela expostas. Com base nesse acórdão da Quinta Turma, a interpretação considerada adequada da expressão “presunção de violência” foi que, em qualquer caso, ainda quando há assentimento da vítima menor de 14 anos, o crime existe. Sendo assim, por via reflexa, já que o tribunal não analisou seu caso na integralidade, mas apenas uma questão de direito nele suscitada, o réu se tornou culpado.

Mas, por haver, na Sexta Turma, entendimento contrário quanto à presunção ser absoluta ou relativa, após a interposição dos embargos de divergência, a Seção foi chamada a pacificar a questão. É a busca incansável do direito pela segurança jurídica, tentando retirar da jurisprudência decisões díspares, cujo resultado será a manutenção de um discurso hegemônico que excluirá todos os demais que dele discordem.

A ministra relatora Maria Thereza de Assis Moura, observando a divergência de entendimentos entre as Turmas, reconheceu a necessidade de “pacificar a Jurisprudência pátria”, a despeito de a própria Seção ter se manifestado pelo caráter absoluto da presunção. Esse fato, a rigor, seria suficiente para que não mais se questionasse o problema.

Ocorre que a ministra justificou sua pretensão de reanálise com base na mudança da composição do Tribunal, que, com novos integrantes, poderia também modificar o entendimento, o que de fato ocorreu. De certo modo, para que tivesse sua interpretação da

norma como prevalente, provocou a instabilidade de uma situação já pacificada a pretexto de promover estabilidade.

Essa justificativa da ministra e o resultado advindo da nova conformação permitem pensar a subjetividade do intérprete. A substituição de alguns membros foi suficiente para alterar o entendimento majoritário do grupo, em razão do modo como assimilaram o caso. Suas visões particulares de mundo e experiências pregressas lhes permitiram conferir outra interpretação à norma, recontextualizando-a.

Assim, a possibilidade de releitura da norma traz um modo de demonstrar como a interpretação (criativa) se desliga da intenção do autor, que desaparece, restando as palavras impressas disponíveis à atividade cognitiva do intérprete. É o que se vê quando a ministra Maria Thereza disse, com base no voto do ministro Celso Limongi, que as especificidades das situações concretas precisavam ser consideradas quando da subsunção do fato ao direito, de forma que a intenção inicial do legislador de proteger a vítima não poderia sempre se sobrepor a elas.

A alteração do sentido da norma, proporcionado pela sua inserção em uma nova trama através da autonomia do texto, conduz à atualização do direito, fato relevante, segundo a ministra, para que sua anacronia seja superada diante do desenvolvimento social. Nesse mesmo sentido, Og Fernandes afirmou a necessidade da adaptação da lei, no intuito de realização da justiça, invocando a autoridade do tribunal no cumprimento desse desiderato.

Por outro lado, a contrariedade do Ministro Gilson Dipp em alterar a jurisprudência ficou patente desde a admissão dos embargos. Para ele, a questão já estava superada, há muito, tanto no STJ quanto no STF, não havendo nenhuma razão para alterar a inteligência conferida à presunção de violência. Partindo da análise sob o ponto de vista da prática social, esse é o ambiente ideal para que se desenvolva o comportamento interpretativo, por intermédio do qual são questionadas a razão da prática reiterada e o alcance dos objetivos a que pretende. Foi exatamente esse o comportamento adotado pelos ministros que votaram pela relativização, a partir de argumentos como a atualização da lei, a realização da justiça e a conformação ao sistema, por exemplo.

O ministro Dipp, juntamente com aqueles que o seguiram, rebateu ponto a ponto a cadeia de raciocínio da Maria Thereza, alegando a estigmatização das vítimas, a concepção atual da legislação e o confronto da lei penal com o ECA. Essa possibilidade de diversos

olhares sobre a mesma questão expõe a natureza argumentativa do direito, que o distingue de outras práticas sociais e condiciona sua interpretação, como afirma Dworkin.

Sebastião Reis Junior concordaria com a relatora, mas cedeu à interpretação do STF, que profere a última palavra em direito no Brasil. O discurso de autoridade do Supremo bastou para não confrontá-lo, alegando necessárias confiança na justiça, estabilidade dos julgados e força dos precedentes. É o poder exercido internamente, entre órgãos do poder judiciário.

Restou evidente a preocupação dos senhores ministros com a instabilidade que a interpretação da lei pode proporcionar. Pelo tom, ao que parece, essa inconstância é perniciososa e deve se expurgada do direito, por abalar a validade de seus enunciados; visão que alimenta a necessidade de verdade da civilização ocidental.

A propósito, com a alteração do entendimento da Seção, a presunção de violência foi relativizada e uma nova verdade surgiu: o réu voltou a ser inocente.

Como a história não cessou aí, nos momentos que se seguiram à publicação da notícia, um outro tipo de poder, exercido de fora para dentro, se manifestou. Entidades e autoridades, nacionais e internacionais, tomaram conhecimento da alteração do sentido da lei e se rebelaram contra ela. Talvez essa intervenção política tenha sido a responsável pelo que se seguiu e que demonstra como outras esferas de controle social são investidas da capacidade de alterar a decisão judicial.

Estremecido com a repercussão, que prejudicou a imagem da instituição, o Presidente do tribunal cogitou a possibilidade de rever o resultado do julgamento. Foi a circunstância ideal para a manobra processual (embargos de declaração nos embargos de divergência) ser conhecida e provida, restaurando o entendimento da Quinta Turma pelo viés absoluto da presunção de violência. O réu é culpado.

Enfim, após essas considerações exemplificadas com momentos específicos do processo, serão trazidos alguns apontamentos mais gerais, que dizem respeito à composição das peças, como um todo.

À medida que o processo foi subindo pelas instâncias judiciais, os fatos foram desaparecendo, assim como o relato das pessoas. O que se acrescentou foram discursos de magistrados, sobrepondo-se uns aos outros, cuja linguagem técnica torna o processo cada vez mais inacessível aos não iniciados na ciência jurídica.

Foram as intervenções causadas pela disciplina e pelo ritual no discurso. A disciplina limitou o objeto (presunção de violência), discutindo-o conforme os parâmetros estabelecidos no universo teórico do direito (institutos legais, como “responsabilidade subjetiva” ou “segurança jurídica”; doutrina, com a análise da validade do consentimento; jurisprudência, com o “sentido” da lei). O ritual determinou a qualificação técnica exigida e a posição ocupada pelo autor. Em tese, quanto mais altos os níveis na carreira (do 1º grau aos tribunais superiores), maior a capacidade técnica e manejo com a linguagem jurídica exigidos, o que se reflete na forma das decisões proferidas.

Tal exigência se dá, inclusive, porque os tribunais superiores pretendem que suas decisões possam guiar a maior quantidade possível de decisões nas esferas inferiores, requerendo maior nível de abstração no discurso para abarcar a diversidade de situações que se colocam perante o magistrado.

Apesar disso, ou mesmo por isso, a linguagem cada vez mais técnica, produz uma verdade cada vez mais irresistível, tendo em vista os instrumentos de poder que ela possui. Há, ainda, um suporte institucional que impõe esse poder, por intermédio das competências atribuídas a seus órgãos, organizando-os hierarquicamente, e dos procedimentos do processo. São instrumentos de controle do conhecimento.

No caso, o processo judicial passou por três instâncias de decisão (1ª, 2ª e STJ), em que cada qual produziu uma verdade claudicante, pois condicionada a recurso. E as partes se utilizaram de todos os meios de impugnação de decisão possíveis. No entanto, a verdade final, até então, está dada pelo Superior Tribunal de Justiça, que tem última palavra sobre legislação infraconstitucional, conforme previsto na Constituição Federal.

Na tessitura dessa obra jurídica, chamada processo judicial, a partir de múltiplas interpretações e relações de poder, ora mais ora menos perceptíveis, histórias são construídas, ante a impossibilidade de acessar o real. O mundo que surge é o mundo novo, que mantém alguma relação com aquele que lhe deu origem, mas que não lhe absorve inteiramente.

## CONCLUSÃO

Como já se observou, na introdução deste trabalho, a forma instável como o direito se concretiza, malgrado o seu propósito de oferecimento de segurança e pacificação social, foi o ponto de partida para o desenvolvimento do tema proposto.

Na busca pela estabilidade das relações, o discurso jurídico pretende enunciar dogmas, impostos através do poder social e institucional que lhe é conferido. Tem-se, assim, o ambiente ideal para saciar a necessidade de verdade das sociedades ocidentais, conforme afirma Foucault.

O processo judicial consiste, provavelmente, no principal instrumento de encontro com a realidade dos fatos. No entanto, na prática judiciária, o que se tem são verdades construídas, relativizadas pelo modo de produção do discurso no processo, pois expostos a interpretação e relações de poder.

Desde o início, das investigações policiais até o trânsito em julgado, cada ator judicial retira ou inclui conteúdos, no processo, que variam de acordo com o tipo de verdade que querem ver aflorar, cujo propósito está condicionado pelo lugar que ocupam. Suas escolhas entre o que sai e o que entra são comprometidas com a interpretação que fazem das provas e dos discursos produzidos.

“Dai-me os fatos, dar-te-ei o direito”. O brocardo informa que as partes narram os acontecimentos, e o juiz diz o direito aplicável a esses acontecimentos. Espera-se ter demonstrado, no decorrer deste trabalho, que nem a incorporação dos fatos ao processo nem a subsunção dos fatos à lei são livres de interferências. A primeira não consegue retratar fielmente a realidade. A outra varia de acordo com quem a pratica.

Com isso não se quer dizer que a prática judiciária seja caótica, mas apenas que algumas volubilidades são inescapáveis e devem ser encaradas com menos temor e mais compreensão de como elas se apresentam.

Para dominar essa inconstância, o próprio direito se utiliza de instrumentos de controle do discurso. O procedimento, os contextos sociais e históricos, a cultura, a disciplina, os precedentes, todos cumprem esse papel, tanto que, no caso tratado nos capítulos precedentes, mesmo surgindo os mais diversos argumentos em sentidos antagônicos, não houve nenhum implausível. Pelas mais diversas razões, apenas uns foram escolhidos, em detrimento de outros, a depender do desfecho que se pretendeu dar, em cada fase processual.

Por fim, as verdades do processo são construídas no âmbito de instituições e a partir de linguagens que representam o Estado e seus agentes, conferindo-lhes o poder de que dispõem para se impor. É um modo de o discurso oficial enxotar aquele outro, tornado periférico ou anulado, que, eventualmente, poderia ter existido nos autos se a eles houvesse sido levado.

## REFERÊNCIAS

BÁRTOLI, Márcio. A capacidade de autodeterminação sexual da vítima como causa de relativização da presunção de violência. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 81, v. 678, p. 410-413, abr. 1992.

BITENCOURT, Cezar. *Tratado de direito penal: Parte Especial 4: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOSCHI, José Antonio Paganella. *Ação penal: as fases administrativa e judicial da persecução penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BRASIL. Código Penal, de 11 de outubro de 1890. In: PIERANGELI, J. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BRASIL. *Código Penal, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 20 out. 2012.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 10 jan. 2013.

BRASIL. *Lei n. 2.015, de 7 de agosto de 2009*. Alterou o Código Penal de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm)>. Acesso em 20 out. 2012.

BRASIL. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm)>. Acesso em: 3 mar. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.021.634/SP*. Quinta turma. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: IAF. Relator: Min. Jorge Mussi. Brasília, 14 de setembro de 2010. Disponível em: <[www.stj.jus.br/webstj/processo/justica/detalhe.asp?numreg=200800032011&pv=0100000000&tp=51](http://www.stj.jus.br/webstj/processo/justica/detalhe.asp?numreg=200800032011&pv=0100000000&tp=51)>. Acesso em: 20 out. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Embargos de divergência em Recurso Especial n. 1.021.634/SP*. Terceira Seção. Embargante: IAF. Embargado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 23 de novembro de

2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=201100993132&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 20 out. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 73.662/MG*. Segunda Turma. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 21 de maio de 1996. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1633483>>. Acesso em: 20 out 2012.

DIP, Ricardo Henry Marques. *Direito penal: linguagem e crise*. Campinas: Millenium, 2001.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso: aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970*. 20. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2010.

\_\_\_\_\_. *A verdade e as formas jurídicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2011.

GOMES, Luiz Flávio. *Presunção de violência nos crimes sexuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

HUNGRIA, Nelson, et al. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. v. 8.

MARMOR, Andrei (Org.). *Direito e interpretação: ensaios de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.



\_\_\_\_\_. *Manual de direito penal brasileiro: parte especial: arts. 121 a 234*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RICOEUR, Paul. *Interpretação e ideologias*. 4. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1990.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Ação Penal n. 187/03-A*. Segredo de Justiça. Ibitinga, 27 de outubro de 2005.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Criminal n. 1.018.596.3/8-00*. Segredo de Justiça. São Paulo, 16 de janeiro de 2007.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 6. ed. Salvador: JusPodium, 2011.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.