

INTERPRETAR A LEI EM PROCESSO PENAL: a figura do juiz itinerante e a integridade do direito

INTERPRETING THE LAW IN CRIMINAL PROCESS: the figure of the itinerant judge and the Law integrity

Cristian Ricardo Wittmann¹
Leonardo Sagrillo Santiago²

RESUMO

A necessária compreensão da decisão judicial como ato de responsabilidade inserida em um contexto democrático, leva o interprete a refutar toda e qualquer possibilidade do uso da discricionariedade no ato decisório. Para isso, foi preciso uma breve anamnese na historicidade e conceitos presentes no âmago dos sistemas criminais, analisando a partir de um olhar da teoria desenvolvida por Ronald Dworkin, em especial da integridade e coerência do direito, bem como em que medida as decisões judiciais estão inseridas na história do direito. Dessa forma, imprescindível compreender a tese da resposta correta e o caráter de continuidade presentes em todas os atos decisórios, notadamente desenvolvidas pela metáfora do romance em cadeia. Optou-se por utilizar a fenomenologia hermenêutica como “método” de abordagem e, quanto à teoria de base, elegeu-se a hermenêutica jurídica. Ao final, a análise recaiu sobre a decisão que possibilitou que o julgador acompanhasse as audiências deprecadas para outras comarcas, observando a (i)legalidade, frente a inobservância do artigo 222 do Código de Processo Penal e a criação da figura do juiz itinerante, bem como a correlação desta decisão com o modelo processual pátrio. Verificou-se, por fim, urgência em estabelecer limites no poder do julgador, bem como do protagonismo judicial vivenciado nessa quadra de história, que ao fim e ao cabo maculam o legal andamento processual e ressuscitam ranços inquisitórios próprios de épocas não democráticas. Sendo assim, pautou-se por compreender que a discricionariedade e a consciência do juiz em nada contribuem para um processo penal que se pretende democrático.

Palavras-chave: processo penal; juiz itinerante; atos decisórios.

ABSTRACT

The necessary understanding of judicial decision as an act of responsibility inserted in a democratic context, having the interpreter to refute any possibility of the use of discretion in decision-making act. For this, needed a brief analysis and the historicity of the core concepts in criminal justice systems, analyzing from the perspective of the theory developed by Ronald Dworkin, especially the integrity and coherence of the law and the extent to which judicial decisions are placed in the history of law. Thus, essential to understand the thesis of the correct answer and the character of continuity present in all decision-making acts, notably developed by the metaphor of the novel chain. It was opted to use the hermeneutic

¹ Professor da Universidade Federal do Pampa (UNIPAMPA), Campus Santana do Livramento. Advogado. Doutorando em Direito pela Unisinos. Mestre e Bacharel em Direito pela UNISC. Advogado. E-mail: cristianwittmann@gmail.com

² Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Pós-graduado em Ciência Criminais pela Faculdade Anhanguera - UNIDERP. Bacharel em Direito pela UNIFRA. Advogado. E-mail: leo_santiago@hotmail.com

phenomenology as a "method" approach and, as the basic theory, elected to legal interpretation. Finally, the analysis fell on the decision that allowed the judge to accompany the deprecated hearings for other counties, noting the (il)legality, against breach of Article 222 of the Brazilian Criminal Procedure Code and the creation of the figure of the circuit judge, and as the correlation of this decision with the paternal procedural model. There was, finally, urgency to set limits on the power of the judge and the judicial role lived on this block of history, that the stain after all the legal and procedural progress raised inquisitorial own biases from undemocratic times. So was guided to understand that discretion and conscience of the judge does not contribute to criminal process who want democracy.

Keywords: criminal process; itinerant judge; decision acts.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa analisar como decisões judiciais prolatadas em processos criminais apresentam características absolutamente conflitantes com o modelo processual que está inserido na Constituição Federal. Parte-se da problemática da decisão do julgador estar fundamentada em uma escolha, preferência e discricionariedade.

Para compreensão do que se pretende ao final, foi preciso antes demais nada compreender os modelos processuais inquisitório e acusatório, identificando brevemente as peculiaridades de cada um. Após, buscou-se revisitar as ideias e ensinamentos de Ronald Dworkin, principalmente no que diz respeito ao combate ao protagonismo judicial e ao positivismo normativista, partindo da integridade e coerência.

Justifica-se o presente ensaio pela relevância democrática, bem como da necessária investigação da forma com o que as decisões de agora influenciarão na cadeia em que estamos inseridos.

Argumenta-se que a decisão não pode ser resultado de escolha, mas de um ato de responsabilidade inserido em uma história. O presente trabalho será desenvolvido em três momentos. No primeiro analisar-se-á de forma breve a historicidade dos modelos processuais e as peculiaridades que diferem ambos. Em um segundo momento, estudar-se-á a integridade e a coerência, através da obra de Ronald Dworkin, evidenciando o combate ao protagonismo judicial. Por fim, no terceiro capítulo, buscará analisar a violação ao artigo 222 do Código de Processo Penal e em que medida a decisão de não deprecar oitivas em outras comarcas, compromete o modelo acusatório e a democracia que se está inserido, bem como a interferência nas decisões futuras.

Assim, o presente trabalho expõe um problema enraizado no cotidiano do direito, na medida em que reivindica para o processo penal a essência da democracia, tratando o direito

como fruto de uma construção histórica e refutando, vez por todas, a dependência da subjetividade do julgador.

1. ESTRUTURA DECISÓRIA EM PROCESSO PENAL E A GARANTIA: UMA ANÁLISE DOS MODELOS PROCESSUAIS

A necessidade do estudo do processo penal como uma relação jurídica entre o Estado persecução e o indivíduo, ensejou até os dias atuais inúmeros debates e ideias sobre a legalidade dos atos processuais provenientes dessa relação. Assim, o processo passa a ser, além de um conjunto de “métodos” que o legislador transcreveu para apurar um fato que ocorreu no passado, um local onde será visivelmente manifesto o caráter e a essência do Estado Democrático de Direito.

Nas palavras de Aury Lopes Junior, o processo “é formado por uma cadeia de circunstâncias que se inter-relacionam e influem no resultado final³”. O caminho, no entanto, percorrido para se chegar a um modelo de processo que, efetivamente, adapte-se aos princípios constitucionais, foi tormentoso. Essa antítese presente no processo penal entre a liberdade do cidadão e o poder de punir do Estado vem delimitando as mudanças procedimentais.

Imperioso definir que durante a história do processo penal, os modelos e estruturas adotadas oscilaram entre os modelos inquisitório e acusatório. Tal distinção se justifica para compreender o DNA do direito, quais as características do processo penal provenientes de uma Constituição democrática e, principalmente, as limitações do protagonismo judicial em face ao modelo enraizado à essência do Estado Democrático de Direito.

O modelo inquisitório/inquisitivo surgiu na monarquia, sendo aperfeiçoado no período canônico, recepcionado por grande parte da Europa nos séculos XVI, XVII, XVIII⁴. Nesse modelo não havia uma efetiva separação daquele que acusa para o que julga, sendo que essas funções seriam provenientes de uma mesma pessoa, que acusava, defendia e julgava.

Nesse modelo, conforme se percebe, não havia um ambiente que justificasse a existência do contraditório e da ampla defesa, sendo que o acusado serviria como mero objeto do processo, não lhe sendo garantido direito algum. Esse modelo regeu a inquisição e

³ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. volume 1. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009.p.72.

⁴ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro. Ed. Lumen Juris, 2009. p. 47.

justificava, por assim ser, inúmeras formas de torturas, resultado dessa relação juiz-inquisidor e acusado.

Este modelo teve fim no século XVIII e início do XIX, com o advento do iluminismo, quando da Revolução Francesa, oportunidade em que houve a laicização do sistema, ofertando a racionalidade e um novo olhar para os procedimentos, surgindo, paulatinamente, o modelo acusatório. Sobre esse aspecto, preleciona Salo de Carvalho que:

Na redescoberta do homem como medida de todas as coisas, com o ingresso do 'Novo Mundo' no cenário histórico, e com a visualização de um novo estado de coisas no qual liberdade e igualdade se opõem à servidão, o impulso da laicização das ciências torna o processo secularizador inevitável. Da exclusão do diverso nasce a idéia de tolerância, da barbárie inquisitiva afloram teorias civilizatórias. Surge o racionalismo, e a capacidade crítica do homem é revelada⁵.

O modelo acusatório surge a partir de então, aperfeiçoando-se e buscando afastar-se de uma vez por todas do período inquisitório. No modelo acusatório, diferentemente da inquisição, há nitidamente a presença do *actum trium personarum*, isto é, há clara distinção dos atores processuais.

Nesse aspecto, um será responsável por acusar, outro por defender e, por fim, um juiz, imparcial e independente, para julgar. Isso remete a presença de processo, não mais engessado nas provas produzidas de ofício, mas com partes processuais, contraditório e direito de defesa.

Essa breve análise dos modelos processuais possibilitam uma leitura dos procedimentos adotados pelos Códigos Processuais Penais e sua consonância com a Constituição Federal. Na Constituição Federativa do Brasil, não se encontra de forma expressa a adoção de um modelo acusatório, sendo necessário, para tanto, uma leitura de alguns institutos que possibilitam essa conclusão.

A presença da ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal⁶, como princípios constitucionais apontam para a escolha do modelo acusatório como sistema processualmente adotado pela Carta Política. Além disso, o fato de o Ministério Público, ser o titular para propor a ação penal pública, demonstra que as atividades processuais são legitimadas para pessoas distintas, evidenciando o *actum trium personarum*, mantendo, por derradeiro, o julgador imparcial e independente.

⁵ CARVALHO, Salo de. **Penas e Garantias**. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2008. p.24.

⁶ Constituição Brasileira, art. 5º, LV : “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios de recurso a ela inerentes”. (grifei). Constituição Brasileira, art. 5º, LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. (grifei).

No plano destas diferenças, é essencial que se compreenda que no modelo acusatório, o juiz, ensina Aury Lopes Junior, “se limita a decidir, deixando a interposição de solicitações e o recolhimento do material àqueles que perseguem interesses opostos, isto é, as partes”. Tanto é que, prossegue analisando que:

(...) a melhor forma de averiguar a verdade e realizar-se a justiça é deixar a invocação jurisdicional e a coleta do material probatório aqueles que perseguem interesses opostos e sustentam opiniões divergentes. Deve-se descarregar o juiz de atividades inerentes às partes para assegurar sua imparcialidade. Com isso, também se manifesta respeito pela integridade do processado como cidadão⁷.

Acontece que, apesar da evidente evolução dos modelos processuais adotados nessa quadra de história, vez por outra os Tribunais e juízes de direito acabam por realizar atos provenientes de suas próprias escolhas, violando o modelo adotado pela Constituição Federal. Surge, portanto, um protagonismo judicial eivado de ranços inquisitórios, tornando o direito refém de escolhas pessoais e da discricionariedade.

2. O PROTAGONISMO JUDICIAL, INTEGRIDADE E COERÊNCIA NO DIREITO: AS DECISÕES EM PROCESSO PENAL A PARTIR DE RONALD DWORKIN

O protagonismo judicial combatido a duras penas na contemporaneidade, não é um problema particularmente do processo penal e nem mesmo atual. Pelo contrário, a busca na consciência para dirimir possíveis lacunas existentes nos casos difíceis, criando problemas de democracia, criam adeptos desde a celebre tese desenvolvida por Hebert Hart. Para melhor compreensão da integridade e coerência do direito defendida por Ronald Dworkin, necessário se faz uma análise breve do positivismo normativista sustentado por Hart.

Considerado para muitos como um dos maiores nomes da teoria do direito do século XX, Hebert Hart tem em sua obra *O conceito de direito* o desenvolvimento do positivismo jurídico⁸. Sustentava que, em suma, o juiz encontraria perante si casos fáceis e casos difíceis.

⁷ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. volume 1. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009.p.74.

⁸ Entende-se positivismo como uma postura científica. Para fins didáticos, bem como com que pretende o presente trabalho, necessária a diferenciação entre positivismo exegético e positivismo normativista. O positivismo exegético tem berço na filosofia essencialista, bastando uma simples determinação da lei, ou da “obra sagrada” (códigos) que já seria suficiente para resolver qualquer tipo de problema de cunho interpretativo.

Os casos fáceis poderiam ser simplesmente decididos com a aplicação da subsunção/dedução, sendo que os casos difíceis levariam o interprete até sua consciência, onde o julgador poderia agir fazendo uso da discricionariedade⁹.

Nesse aspecto, segundo a teoria positivista desenvolvida por Hart, as regras conteriam textura aberta, a ser preenchida, ao fim e ao cabo, por uma escolha. Esse é um dos principais pontos de divergência entre Hart e Ronald Dworkin, quando do conhecido debate travado por ambos.

Ronald Dworkin, apesar de também efetuar essa cisão entre casos fáceis e casos difíceis¹⁰, estabelece um discurso contrário ao desenvolvido por Hart e o positivismo normativista. Percebeu Ronald Dworkin, portanto, “a partir da observação da atividade judicial em geral, e dos fundamentos que influenciam as decisões dos tribunais norte-americanos, que há componentes outros com *força gravitacional*¹¹”. Tanto é assim, que estes seriam “suficientes para conduzir os argumentos dos juízes em determinada direção (através, por exemplo, do respeito às decisões passadas), o que contradiz a doutrina positivista do poder discricionário¹²”.

A obra de Dworkin, portanto, foi considerada como um ataque ao positivismo, justo por sustentar que, ao reconhecer que há perante si um caso difícil, isto é, caso em que a

Lenio Streck preleciona que o positivismo exegético separava o direito e moral, “além de confundir texto e norma, lei e direito, ou seja, tratava-se da velha crença em torno de proibição de interpretar” (STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto** – decido conforme a minha consciência?. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012, p.83). Fundamentado em formas e fórmulas, surge a partir do desgaste do modelo codificado do positivismo exegético e com a intensificação do poder regulatório por parte do Estado, o positivismo normativista. É nesse momento que surge Hans Kelsen, sendo que para Lenio Streck, “Kelsen já havia superado o positivismo exegético, mas abandonou o principal problema do direito: a interpretação concreta, no nível da ‘aplicação’. E nisso reside a ‘maldição’ de sua tese”. (STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto** – decido conforme a minha consciência?. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012, p.87). O problema reside no fato de abandonar-se o positivismo exegético, superando a aplicação da lei sem a mínima interpretação e, paulatinamente, passou-se a adotar o positivismo normativista, onde o julgador buscará na sua discricionariedade a aplicação do direito.

⁹ Hebert Hart, explica Rafael Tomaz de Oliveira, exemplificou da seguinte maneira: “se uma regra diz ‘é proibida a circulação de veículos no parque’. Diante das diversas hipóteses de interpretação, todos estariam de acordo que não se permite a circulação de automóveis ou caminhões. Mas haveria dúvida sobre a proibição de circulação de bicicletas, por exemplo. Neste caso, estaríamos – segundo Hart – diante de um *caso difícil* e a solução deveria ser dada a partir de um critério aproximativo de analogia com os casos de fácil aplicação da regra. Nesse âmbito, aproximativo-analógico, os juízes possuem *discricionariedade* para escolher a melhor interpretação” (OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **Decisão judicial e o conceito de princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 47).

¹⁰ Segundo Lenio Streck, Ronald Dworkin também fez uma indevida distinção entre casos fáceis e casos difíceis, com a diferença de que não cindiu. Para Lenio, portanto, Ronald Dworkin “trabalha com a noção de “casos difíceis” a partir da crítica que elabora ao positivismo discricionário de Hart. A diferença é que Dworkin não distingue discursos de fundamentação de discursos de aplicação. Consequentemente, não “desobriga” ou “desonera” o juiz da elaboração dos discursos de fundamentação, que se dão previamente” (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 298/299).

¹¹ MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 73.

¹² *Ibidem*.

subsunção-dedutiva não apresenta uma resposta simples, deverá o julgador recorrer aos princípios¹³ e a construção histórica do direito. Isso afastaria, portanto, qualquer possibilidade de o julgador buscar em sua consciência e sua subjetividade a resposta ao caso concreto.

É exatamente por refutar a possibilidade de o julgador enfrentar o caso concreto a partir de sua subjetividade, que se sustenta a existência da “resposta correta” em direito. Isso se dá na medida em que, para a teoria da resposta correta desenvolvida pelo doutrinador norte-americano, há decisão/resposta correta para cada caso concreto. Nesse sentido, sustenta que, “isso depende não só do sistema jurídico, mas também de como compreendemos e expandimos a afirmação, de que uma proposição de Direito é bem fundada se faz parte da melhor justificativa que se pode oferecer (...)”.

Para alcançar qual seria a melhor justificação, o doutrinador norte-americano preleciona que se daria através da dimensão da adequação e da moralidade política, sendo que:

A dimensão da adequação supõe que uma teoria política é *pro tanto* uma justificativa melhor que outra se, grosso modo, alguém que a sustentasse pudesse, a serviço dela, aplicar mais daquilo que está estabelecido do que alguém que sustentasse a outra. Duas teorias diferentes podem fornecer justificativas igualmente boas, segundo essa dimensão, em sistemas jurídicos imaturos, com poucas regras estabelecidas, ou em sistemas jurídicos que tratam apenas de um âmbito limitado da conduta de seus participantes. Mas, em um sistema moderno, desenvolvido e complexo, a probabilidade antecedente desse tipo de empate é muito pequena¹⁴.

No mesmo sentido, Lenio Streck afirma ser possível alcançar a resposta hermeneuticamente adequada à Constituição¹⁵. Nesse viés, ensina que “a interpretação do direito no Estado Democrático de Direito é incompatível com esquemas interpretativo-procedimentais que conduzam a múltiplas respostas, cuja consequência são discricionariedades, arbitrariedade e deciosinismo¹⁶”.

¹³ Não se pretende aqui esgotar o conceito de princípio e nem mesmo sua importância em um cenário constitucional como que se almeja. Para fins de elucidação para o presente ensaio, entende-se princípio como marcas que balizam a história institucional do direito e a razão pela qual se obedece ao direito, havendo inevitável relação entre direito e moral que se enraíza no todo principiológico constitucional. Sendo assim, Motta vai sustentar que princípio é um “padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade” (MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.p. 74).

¹⁴ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.p. 213.

¹⁵ Motta, por sua vez, vai tratar dessa possibilidade de alcançar uma única resposta correta em direito, denominando como “resposta boa”. (MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 77).

¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 328.

Explicando a possibilidade de se encontrar “a” resposta correta, Cristiano Becker Isaia, sustenta que “todo o caso concreto levado ao plano processual exige ‘a’ resposta constitucionalmente correta àquela situação conteudística (fática), que não é e nem pode ser fruto da repetição¹⁷”.

Para a matriz positivista, principalmente a normativista, não há como sustentar a existência de uma única resposta correta, pois se a interpretação parte do interprete e de sua consciência, suas escolhas e de sua subjetividade, todas as decisões provenientes disso estariam “corretas”. Não haveria, como se percebe, um compromisso com a integridade e futuro do direito, mas tão somente com a consciência do julgador.

Com base na integridade e coerência, preocupado com a autonomia do direito e a sua essência democrática, Ronald Dworkin desenvolve a estrutura de um romance em cadeia a fim legitimar a decisão. Nessa metáfora, observa que cada juiz está inserido em uma tradição, sendo responsável pela orientação de decisões futuras. Isso decorre da responsabilidade que o romancista tem de levar a sério a continuidade do romance.

A metáfora desenvolvida pelo doutrinador norte americano se daria da seguinte forma:

Um grupo de romancista escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade. O projeto literário fictício é fantástico, mas não irreconhecível. Na verdade, alguns romances foram escritos dessa maneira, ainda que com uma finalidade espúria, e certos jogos de salão para os fins de semana chuvosos nas casas de campo inglesas têm estrutura semelhante. As séries de televisão repetem por décadas os mesmos personagens e um mínimo de relação entre personagens e enredo, ainda que sejam escritas por diferentes grupos de autores e, inclusive, em semanas diferentes. Em nosso exemplo, contudo, espera-se que os romancistas levem mais a sério suas responsabilidades de continuidade; devem criar em conjunto, até onde for possível, um só romance unificado que seja da melhor qualidade possível¹⁸.

Portanto, cada romancista “pretende criar um só romance a partir do material que recebeu, daquilo que ele próprio acrescentou e daquilo que seus sucessores vão querer ou ser capazes de acrescentar¹⁹”.

É indissociável do ato de decidir, como se vê, a responsabilidade e a influência com a continuidade do direito e sua autonomia. O julgador ao decidir não está refundando o mundo

¹⁷ ISAIA, Cristiano Becker. **Processo civil e hermenêutica**: a crise do procedimento ordinário e o redesenho da jurisdição processual civil pela sentença (democrática) liminar de mérito. Curitiba: Juruá, 2012. p.234.

¹⁸ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 276.

¹⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 276.

e nem mesmo criando o direito, devendo aceitar sua posição histórica (ser-no-mundo) no decorrer do romance em cadeia. Daí ser possível, a partir dessa pré-compreensão, poder sustentar decisões democráticas em processo.

A compreensão dessa metáfora do romance em cadeia como fonte de integridade e coerência do direito, inclusive para as gerações futuras, é de fundamental importância para o que se propõe o presente ensaio, conforme se verá a seguir.

3. DA DECISÃO EM PROCESSO PENAL E A CORRETA INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 222 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: A (I)LEGALIDADE DA FIGURA DO JUIZ ITINERANTE

A fim de trazer elucidação dos aspectos que serão trabalhados no presente capítulo, convém abordar, previamente, alguns pontos relevantes. A figura do juiz itinerante, isto é, da (im)possibilidade do magistrado deixar sua comarca e descolar-se até outra com o intuito de proceder a oitiva de determinada pessoa, ficou conhecida a partir do processo judicial popularmente conhecido como “Caso Kiss”.

Sem adentrar no mérito do presente processo, tendo em vista tratar-se de uma das maiores tragédias do Brasil, cumpre-nos trazer a lume, particularmente, a possibilidade da criação da figura do juiz itinerante e legalidade ou não do ato realizado. Frise-se, desde logo, que a discussão que se trará fica adstrita à conformidade constitucional da possibilidade do específico ato, sem trazer peculiaridades e informações do processo criminal que ainda encontra-se em tramitação.

A proposta desta pesquisa, portanto, é problematizar os atos praticados no procedimento judicial. Especificamente analisar-se-á a postura e decisão do magistrado, sob o aspecto da legalidade, de proceder à oitiva de pessoas em outras comarcas estranhas a sua, contrariando (ou não) a devida previsão legal.

No caso em exame, o magistrado fundamentou a possibilidade de dirigir-se até outra comarca para colher o depoimento de diversas pessoas - quer sejam vítimas ou testemunhas – em uma autorização por parte do COMAG (Conselho da magistratura) do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Autorização esta, salienta-se, devidamente publicada por meio de edital, no Diário de Justiça eletrônico.

O primeiro ponto que merece atenção é que, constitucionalmente e principalmente em âmbito criminal, o princípio da Legalidade apresenta-se de forma bastante peculiar. Para

compreensão, portanto, é imprescindível a ciência do artigo 37 da Constituição Federal²⁰, que impõe à administração pública obedecer aos princípios elencados, dentre os quais, o princípio da legalidade.

O princípio da legalidade, ensina Carvalho Filho²¹, é a “diretriz básica da conduta dos agentes da administração”. Ao cidadão no campo privado, é lícito fazer tudo que a lei não veda, mas o “administrador público só pode atuar onde a lei autoriza²²”. Trata-se, aqui, portanto, para além da esfera dos aspectos jurisprudenciais ou resoluções de conselhos, a necessidade do cumprimento da Lei. O Estado, portanto, deve cumprir e respeitar as leis que aprova.

O problema, contudo, situa-se muito além de ausência de previsão legal para o ato, o que é evidente. Há notória contrariedade ao dispositivo legal constitucionalmente aprovado e, ainda, violação a essência do modelo acusatório, amplamente adotado pela Constituição Federal, conforme se sustentou no capítulo primeiro da presente pesquisa.

O artigo 222 do Código Processual Penal estabelece que “a testemunha que morar fora da jurisdição do juiz será inquirida pelo juiz do lugar de sua residência, expedindo-se, para esse fim, carta precatória, com prazo razoável, intimadas as partes”. Diante da necessidade de uma previsão legal, justamente em face do princípio da legalidade, há na lei de forma clara como deve ser o procedimento a ser adotado em absolutamente todos os processos criminais em curso no país.

A lei que exsurge em um Estado Democrático de Direito é submetida a um processo rígido de formulação e aprovação, contando ainda com constante controle de constitucionalidade, quer seja do modo difuso ou concentrado. Este cenário repercute na essência democrática da lei.

É justamente pelo grau de autonomia do direito e da essência democrática da norma constitucionalmente criada e aprovada que se advoga pela aplicação da lei. Não se admite, por assim ser, uma confusão com o positivismo exegético²³, mas pela manifestação do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, e ciente da carga democrática, portanto, que a lei possui, Lenio Streck

²⁰ Constituição Federativa do Brasil, art. 37: A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte (...).

²¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 21ª edição. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro. 2009. p. 19.

²² Ibidem. p. 19.

²³ Sobre a aplicação da letra da lei e a impossibilidade de confusão com o positivismo exegético ver: STRECK, Lenio Luiz. **Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista?**. Disponível em <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308>>. Acesso em: 20 jun. 2014.

preleciona as 5 (cinco) hipóteses em que o Poder Judiciário poderá deixar de aplicar determinada lei, vejamos:

O acentuado grau de autonomia alcançado pelo direito e o respeito à produção democrática das normas faz com que se possa afirmar que o poder judiciário somente pode deixar de aplicar uma lei ou dispositivo de lei nas seguintes hipóteses: a) quando a lei (o ato normativo) for inconstitucional, caso em que deixará de aplicá-la (controle difuso de constitucionalidade *strictu sensu*) ou a declarará inconstitucional mediante controle concentrado; b) quando for o caso de aplicação dos critérios de resolução de antinomias. Nesse caso, há que se ter cuidado com a questão constitucional, pois, v.g., a *lex posteriores*, que derroga *lex anteriores*, pode ser inconstitucional, com o que as antinomias passam a ser relevantes; c) quando aplicar a interpretação conforme a Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*), ocasião em que se torna necessária uma adição de sentido ao artigo de lei para que haja plena conformidade da norma à Constituição. Neste caso, o texto de lei (entendido na sua “literalidade”) permanecerá intacto; o que muda é o seu sentido, alterado por intermédio de interpretação que o torne adequado a Constituição; d) quando aplicar a nulidade parcial sem redução de texto (*Teilnichtigkeitsklärung ohne Normtextreduzierung*), pela qual permanece a literalidade do dispositivo, sendo alterada apenas a sua incidência, ou seja, ocorrer a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinada hipótese de aplicação (*Anwendungsfalle*) do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal. Assim, enquanto na interpretação conforme, há uma adição de sentido, na nulidade parcial sem redução de texto, ocorre uma abdução de sentido; e) quando for o caso de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto, ocasião em que a exclusão de uma palavra conduz a manutenção da constitucionalidade do dispositivo. Fora essas hipóteses, o Poder Judiciário estará se sobrepondo a legislação produzida de acordo com a democracia representativa. Foram dessas hipóteses, o Poder Judiciário estará se sobrepondo à legislação produzida de acordo com a democracia representativa²⁴.

Como se vê, a aplicação ou não da lei não é um ato condicionado à discricionariedade do julgador, sendo que, conforme sustentou o jurista gaúcho, apenas em excepcionais casos o Poder Judiciário teria condição de não aplicar a letra da lei. Alerta, ao fim e ao cabo, que fora dessas hipóteses, estaria o Poder Judiciário se “sobrepondo à legislação produzida de acordo com a democracia representativa²⁵”.

A importância da observância da lei é tamanha que, no presente caso, não se está intentando apenas contra o ato do magistrado neste caso específico, mas, sobretudo, pela autonomia do direito e a validade da lei enquanto resultado de uma democracia.

A partir dessa perspectiva, o artigo 222 do Código Processual Penal estando de acordo com as garantias e direitos previstos na Constituição Federativa do Brasil, não haveria motivos para que não seja aplicado. Mais do que um direito assegurado, portanto, a previsão legal do artigo supramencionado, é a manifestação da segurança jurídica, vez que em se

²⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p.605/606.

²⁵ *Ibidem*.

tratando de processo penal a forma é uma garantia. Nesse sentido, Aury Lopes Júnior salientou que:

Pensamos que a premissa inicial é: no processo penal, forma é garantia. Se há um modelo ou uma forma prevista em lei, e que foi desrespeitado, o lógico é que tal atipicidade gere prejuízo, sob pena de se admitir que o legislador criou uma formalidade por puro amor à forma, despida de maior sentido. Nenhuma dúvida temos de que nas nulidades absolutas o prejuízo é evidente, sendo desnecessário qualquer demonstração de sua existência²⁶.

Outro tema relevante oriundo deste ato decisório é o fato do artigo 222 do Código Processual Penal determinar que a competência para a realização da colhida de depoimentos é “pelo juiz do lugar de sua residência”. Logo, todo e qualquer juiz que não seja este determinado pelo artigo em exame, torna-se incompetente para presidir o ato processual.

Nesse sentido, de forma certa, já prelecionou Paulo Rangel²⁷. Vejamos.

Imagine o juiz que depreca o interrogatório de uma comarca para a outra. Por que ele age assim? Porque não tem competência para praticar o ato (interrogatório) em outra comarca diferente da sua (...). O juízo deprecado não tem competência para processar e julgar a causa que corre perante o juízo deprecante, porém tem competência para a realização do ato processual que lhe é deprecado. Já o juízo deprecante tem competência para processar e julgar a causa, porém, **não tem competência para praticar aquele ato processual que deprecou para outra comarca.** (grifei).

Assim, é possível que exista uma séria violação ao princípio do juiz natural, previsto constitucionalmente nos artigos 5, XXXVII²⁸ e LIII²⁹. Este princípio estabelece que para processar e julgar, não basta ser juiz, mas um juiz constitucionalmente e legalmente competente para proceder/presidir o ato.

O princípio do Juiz Natural, portanto, prevê que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente. Portanto, a Constituição Federal impõe que os atos processuais, partes do procedimento criminal, precisam necessariamente ser perante um magistrado legalmente competente.

Na esfera internacional, ainda com força constitucional, consoante o artigo 5º,

²⁶ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional** - volume 2. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009. p.422.

²⁷ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 16ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 315.

²⁸ Constituição Federativa do Brasil, art. 5º, XXXVII - “não haverá juízo ou tribunal de exceção”.

²⁹ Constituição Federativa do Brasil, art. 5º, LIII - “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

parágrafo 3º da Constituição Federal³⁰, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinada em San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, refere em seu artigo 8º, pertinente as Garantias judiciais que “Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela (...)”.

Considerando todo este levantamento, constata-se que o presente problema se apresenta não só em mera violação ao artigo enfrentado, mas também ao princípio do juiz natural, mesmo após vinte e cinco anos sob a égide da Carta Política.

Outra situação que merece atenção é a violação ao próprio modelo acusatório, que notadamente está inserida a Constituição Federal e, conseqüentemente, o processo penal.

No modelo acusatório, portanto, não é permitido qualquer tipo de decisão inquisitória. Ora, era nos tristes e sofríveis anos em que o modelo inquisitório era vigente, que o juiz poderia ir até a prova, em busca de uma verdade real. Diferentemente, todavia, é o que ocorre no modelo acusatório, pois o juiz passa a ser o destinatário da prova, devendo analisar o que as partes produziram sob o manto do contraditório e da ampla defesa, sendo vedada qualquer iniciativa probatória.

Nesse aspecto, aliás, o artigo 212³¹, parágrafo único do Código de Processo Penal evidencia esse ideal, na oportunidade em que atribui o juiz que somente realize perguntas complementares em audiência. O magistrado, portanto, deixa de ser um ator e passa a configurar como expectador³².

Não haveria motivos, dessa forma, dentro de um modelo que se pretende acusatório, do magistrado deixar sua inércia, imparcialidade³³ e independência, a fim de dirigir-se a outras comarcas para realizar a oitiva de testemunhas arroladas pelas partes.

Por fim, interessa ao presente trabalho, além do que foi mencionado, a preservação da

³⁰ Constituição Federativa do Brasil, art. 5º, § 3º - “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

³¹ Código de Processo Penal, artigo 212: “As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição”

³² LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. v.1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.p. 189.

³³ A imparcialidade do julgador, ensina Aury Lopes Junior, decorre de “uma estrutura de atuação. Não é uma qualidade pessoal do juiz, mas uma qualidade do sistema acusatório”. Destacando, ainda, que “por isso a importância de mantê-lo longe da iniciativa probatória, pois quando juiz atua de ofício, funda uma estrutura inquisitória” (LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. volume 1. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009.p. 189).

integridade do direito e as consequências desse ato dentro do romance em cadeia em que está inserida a decisão judicial em processo penal. Como se atentou no capítulo anterior, o juiz enquanto romancista integrado no romance em cadeia, deve presar pela continuidade do romance, isto é, além dos efeitos que a decisão traz para as partes e comunidade nesse momento, as próximas decisões terão nesta a possibilidade de dar continuidade a história do direito.

Ao decidir, portanto, o julgador não pode recorrer a sua consciência, entendendo que decidir é um mero ato de escolha. Ao contrário, o que se almejou enfrentar, a partir da leitura de Ronald Dworkin, é que a consciência e preferências do julgador não teriam espaço em um direito pautado pela integridade e coerência.

Enquanto parte importante na continuidade histórica do direito, a decisão judicial deve ser pautada e fundamentada em princípios com normatividade constitucional e na tradição que está inserido o direito, não havendo lugar, para tanto, para a consciência do julgador ou de quem quer que seja.

Nessa perspectiva, dentro da metáfora do romance em cadeia, o ato decisório analisado neste capítulo traz sérias preocupações pelo caráter de continuidade da decisão judicial.

Por essas razões e, principalmente, pela continuidade do romance em cadeia, que a decisão contrária à lei merece atenção, pois os efeitos orientariam as decisões futuras, autorizando que outros juízes, que darão seguimento ao romance em cadeia, decidissem da mesma forma. Isso acarretaria não só em um problema a nível de crise administrativa do Poder Judiciário, mas na própria integridade do direito. Isso se dá porque não há critérios pré-estabelecidos para que um juiz decida em qual processo atuará como “itinerante”, estando condicionado a sua própria escolha. Nesse viés, já ensinou Lenio Luiz Streck e Rafael Tomaz de Oliveira, no sentido que “uma democracia não se faz com opiniões ou vontades subjetivas de alguns poucos – e privilegiados – ‘intérpretes da realidade³⁴”.

É importante destacar que a legitimação desse ato aumentará a discricionariedade do juiz, que terá sob sua escolha a decisão de remeter uma carta precatória ou atuar de forma itinerante. E é justamente nesse aspecto, por todo o exposto, que Dworkin combate a discricionariedade, refutando a possibilidade de condicionar a democracia a escolhas solipsistas do julgador.

O Direito não precisa da consciência do julgador e nem de ninguém. Possui princípios

³⁴ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto** – as garantias processuais penais? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 104.

democráticos, regras e uma tradição que, notadamente, encontra-se inserido.

CONCLUSÃO

A historicidade do processo penal aponta para a necessidade da consolidação dos preceitos oriundos do modelo acusatório. Desde que o modelo inquisitório foi paulatinamente substituído pelas ideias do modelo atual, passou-se a encontrar dentro do processo institutos provenientes do ideal democrático.

O Estado Democrático de Direito, entretanto, somente reproduzirá sua essência para o processo se os atores processuais efetivarem os princípios democráticos. A tarefa não é tão simples quanto parece, tendo em vista as muitas decisões que demonstram nítida presença do protagonismo judicial.

Nesse sentido é preciso compreender os institutos trabalhados por Ronald Dworkin, evidenciando a autonomia do direito e o combate ao positivismo, principalmente normativista que cotidianamente se apresenta.

Partindo, portanto, de um olhar democrático, bem como da integridade e coerência, procurou-se apresentar a necessidade de romper, de uma vez por todas, com os ranços inquisitoriais que se apresentam constantemente por meio do protagonismo judicial. A necessidade de se defender a resposta correta e um comprometimento com as decisões enquanto continuidade do romance em cadeia trabalhado por Dworkin, foram os pressupostos que se buscou apresentar no presente ensaio.

Diante disso, pretendeu-se demonstrar a força da lei e sua validade, enquanto resultado de uma democracia representativa. Para tanto se enfrentou a (i)legalidade do juiz decidir pela não aplicação do artigo 222, do Código Processual, preferindo ir até o local e proceder a oitiva das pessoas arroladas pelas partes.

Tem-se, pois, para o presente trabalho que este ato, além de violar a lei, compromete o modelo acusatório e interfere no romance em cadeia, metaforicamente apresentado por Ronald Dworkin, e na construção do direito democrático que se anseia.

O direito não precisa, como se viu, de escolhas ou discricionariedades. A autonomia do direito não pode depender das preferências ou subjetividades do julgador, mas do comprometimento com a integridade e coerência do direito que se pretende construir. Dai ser possível, por fim, se falar em Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Código de Processo Penal. **Código de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 21 ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro. 2009.
- CARVALHO, Salo de. **Penas e Garantias**. 3 ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2008.
- DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- HUIZINGA, Johan. **Homo ludens**: o jogo como elemento da cultura. Tradução de João Paulo Monteiro. Perspectiva: São Paulo, 2005.
- ISAIA, Cristiano Becker. **Processo civil e hermenêutica**: a crise do procedimento ordinário e o redesenho da jurisdição processual civil pela sentença (democrática) liminar de mérito. Curitiba: Juruá, 2012.
- LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. v. 1. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009.
- MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **Decisão judicial e o conceito de princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 16 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.
- STRECK, Lenio Luiz. **Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista?**. Disponível em <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308>>. Acesso em: 20 jun. 2014.
- STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme a minha consciência?**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012
- STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.
- STRECK, Lenio. **O que é isto – as garantias processuais penais?**. Lenio Luiz Streck, Rafael Tomaz de Oliveira. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012.