

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO *DUBIO PRO SOCIETATE* À LUZ DA VIRADA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA

APPLICATION OF THE *DUBIO PRO SOCIETATE* PRINCIPLE IN THE LIGHT OF THE PHILOSOPHICAL HERMENEUTIC TURN

PEDRO RAFAEL MALVEIRA DEOCLECIANO

Doutor em Direito (Direito e Desenvolvimento) pela Universidade Federal do Ceará (2019). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (2010). Possui graduação em Direito pela Universidade de Fortaleza (2007). Atualmente é coordenador/professor do Centro Universitário Católico de Quixadá. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, atuando principalmente nos seguintes temas: direito constitucional, jurisdição constitucional, acesso à justiça, direitos fundamentais, fiscalização das normas e normas constitucionais transitórias.

Orcid: [<https://orcid.org/0000-0002-3230-5517>]
pedrorafael@unicatolicaquixada.edu.br

JÚLIO CÉSAR MATIAS LOBO

Doutorando pela Universidade Católica de Pernambuco. Mestre em Direito pelo Centro Universitário Christus. Especialista em Direito do Trabalho e Processo Trabalhista pela mesma Faculdade no ano de 2009. Graduado em Direito pela Faculdade Christus no ano de 2005. Defensor Público do Estado do Ceará desde o ano de 2008. Professor no Centro Universitário Católica de Quixadá.

Orcid: [<https://orcid.org/0000-0002-4121-035X>]
julio.lobos@defensoria.ce.def.br

JANILE LIMA VIANA

Doutoranda em Direito, Processo e Cidadania pela Unicap. Mestra em Direito Privado pelo Centro Universitário Sete de Setembro (UNI7). Especialista em direito Processual Civil pelo Centro Universitário Sete de Setembro (UNI7). Professora do Centro Universitário Católica de Quixadá. Advogada.

Orcid: [<https://orcid.org/0000-0002-8357-4696>]
janilelima@yahoo.com.br

Recebido em: 13.08.2021

Aprovado em: 22.09.2021

Última versão dos autores: 30.09.2021

ÁREAS DO DIREITO: Fundamentos do Direito; Penal

RESUMO: Apesar do *linguistic turn* de Ludwig Wittgenstein e da virada hermenêutica filosófica-ontológica-existencial de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer, ainda se mostra presente na doutrina e na jurisprudência brasileiras a utilização da visão metafísica e do paradigma da filosofia da consciência na interpretação jurídica. A aplicação do princípio do *in dubio pro societate* é um claro exemplo dessa afirmação. Contudo, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário 1.067.392/CE, relatoria de Gilmar Ferreira Mendes, por 3 x 2 votos, entendeu que, na decisão de pronúncia no júri, exige-se uma valoração racional da prova, não sendo suficiente a pronúncia do acusado, a mera alegação abstrata de que, na dúvida, deve-se aplicar sempre o princípio do *in dubio pro societate*. A partir dessa decisão, entende-se que, no que toca à sua aplicação, deu-se um importante passo para a superação da visão metafísica e da filosofia da consciência, materializada no esquema sujeito-objetivo. A pesquisa se utilizará da técnica da revisão bibliográfica, legislativa e jurisprudencial sobre o assunto, valendo-se, igualmente, de obras da teoria do direito, hermenêutica filosófica e jurídica, na tentativa de apresentar ao leitor que esse princípio recebeu uma nova roupagem com a nova decisão da 2ª Turma do STF.

PALAVRAS-CHAVE: *In dubio pro societate* – Filosofia da consciência – Virada hermenêutica linguística – Decisões – Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: Despite the linguistic turn of Ludwig Wittgenstein and the philosophical-ontological-existential hermeneutic turn of Martin Heidegger and Hans-Georg Gadamer, the use of the metaphysical view and the paradigm of philosophy of consciousness in legal interpretation is still present in Brazilian doctrine and jurisprudence. The application of the *in dubio pro societate* principle is a clear example of this statement. However, the 2nd Panel of the Supreme Federal Court (STF), in the judgment of the Appeal in Extraordinary Appeal 1,067.392 / CE, rapporteur of Gilmar Ferreira Mendes, by 3x2 votes, understood that, in the decision of pronouncement in the jury, a rational assessment of the evidence, the mere abstract claim that, when in doubt, the principle of *in dubio pro societate* should not always be applied when the accused is pronounced. From this decision, it is understood that, with regard to the application of this, there was a complete overcoming of the metaphysical vision and philosophy of consciousness, materialized in the subject-objective scheme. The research will use the technique of bibliographic, legislative and jurisprudential review on the subject, also using works from the theory of law, philosophical and legal hermeneutics, in an attempt to show the reader that this principle has received a new guise with the new decision of the 2nd Panel of the STF.

KEYWORDS: *In dubio pro societate* – Philosophy of conscience – Linguistic hermeneutic turn – Decisions – Federal Court of Justice.

Sumário: 1. Introdução. 2. O *linguistic turn*, a virada hermenêutica filosófica-ontológica-existencial e a argumentação jurídica na interpretação e aplicação do princípio do *in dubio pro societate*; uma mudança paradigmática necessária. 2.1. O *linguistic turn* de Ludwig Wittgenstein. 2.2. A virada hermenêutica filosófica-ontológica-existencial de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer. 2.3. Compreensão, interpretação e aplicação do princípio do *in dubio pro societate*. 3. Análise da decisão do juiz de direito e do tribunal de justiça. 4. Análise da decisão da 2ª Turma do STF no julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário 1.067.392/CE. 5. Considerações finais. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Na esfera do conhecimento jurídico, mas especificamente no Direito Processual Penal, a criação de abstrações tem contribuído para uma adesão acrítica das formas de fundamentar e decidir, criando uma falsa impressão de que a reprodução desse discurso jurídico se mostra útil e adequada para a solução dos conflitos submetidos à apreciação do Poder Judiciário, ou até mesmo compatíveis com as modernas concepções positivistas acerca da natureza do Direito¹. Como bem esclarece Samuel Sales Fonteles (2018, p. 64), “o desconhecimento acerca das vertentes do positivismo jurídico tem gerado discussões infrutíferas, críticas, desperdício de tempo e até mesmo o assassinato de reputações científicas”.

Estabelece-se uma espécie de “mitologia jurídica, entendida como processo de absolutização de discursos, noções e principais relativos e discutíveis” (CASARA, 2015, p. 22), que não permite a discussão, a reflexão e o questionamento do referencial teórico e filosófico utilizados nas decisões judiciais e na interpretação jurídica.

Embora se reconheça o paradigma que está por trás desse conhecimento, não há espaço ou pelo menos disposição para discussão, aprimoramento, revisão ou até mesmo a defesa de uma superação ou ruptura, fato que só contribui para a manutenção de posturas, não apenas, incompatíveis com o moderno conceito de processo penal imposto pela Constituição Federal, que inclui obviamente a proteção de direitos fundamentais, mas também com as novas concepções do Direito, com a filosofia da linguagem e com a virada hermenêutica filosófica-ontológica-existencial, que já superaram com larga vantagem os paradigmas da visão metafísica e da filosofia da consciência.

Entretanto, indevidamente, ainda vêm sendo utilizados na *persecutio criminis* em juízo, como é o caso da aplicação do princípio do *in dubio pro societate*, especialmente no

1. Na atualidade, existem diversas concepções positivas acerca da natureza do Direito, nem sempre bem compreendidas ou exploradas adequadamente pela doutrina brasileira, que tem se inclinado para uma aceitação generalizada da superação do positivismo jurídico pelo pós-positivismo jurídico, desconhecendo completamente os avanços e as modernas concepções positivas sobre o melhor conceito de Direito. O estudo de todas as escolas mencionadas demonstra que o positivismo jurídico tem passado por um processo de atualização e evolução, sendo possível constatar que ele foi identificado ainda no início do século XIX como um positivismo exegetico-legalista-formalista, que posteriormente evoluiu para o positivismo normativista de Hans Kelsen e para o analítico de Herbert Hart, até chegar ao estágio atual do positivismo inclusivo de Kenneth Himma e Will Waluchow, e do exclusivo de Joseph Raz e Scott Shapiro. Assim, seguramente, a perspectiva teórica do neoconstitucionalismo suplantou apenas o positivismo exegetico-legalista-formalista-primeiro (SANTOS, 2018), deixando intocadas as teses centrais do positivismo normativo, analítico, inclusivo e exclusivo. Não sem razão Barberis (2006, p. 24) conclui que “[...] a maior parte das teses neoconstitucionalistas, como já foi visto, não é somente errada, mas desastrosamente errada”. As diversas concepções acerca da natureza jurídica do Direito serão exploradas no trabalho somente no que guarda pertinência com o assunto do artigo.

DEOCLECIANO, Pedro Rafael Malveira; LOBO, Júlio César Matias; VIANA, Janile Lima. A aplicação do princípio do *dubio pro societate* à luz da virada hermenêutica filosófica.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 186. ano 29. p. 259-281. São Paulo: Ed. RT, dezembro 2021.

momento do recebimento da denúncia e na decisão de pronúncia do acusado no procedimento da primeira fase do júri.

É nesse cenário que se encontra o princípio do *in dubio pro societate*, aplicado de maneira abstrata e absoluta, com evidente prevalência sobre a realidade probatória, para permitir tanto o recebimento da denúncia quanto a pronúncia do acusado na primeira fase do procedimento do júri, independentemente de uma análise racional e dialética acerca das razões que levaram à aplicação de um em detrimento do outro, sob o argumento de que, nessa fase processual, as dúvidas sobre a autoria do crime resolvem-se sempre em prol da sociedade, como se esta também não tivesse interesse em uma decisão justa. Na verdade, a sociedade não possui interesse na condenação de inocente, talvez ninguém.

Na tensão entre os interesses da sociedade e do acusado, há uma prevalência absoluta e abstrata do *in dubio pro societate* sem qualquer preocupação com as mudanças paradigmáticas que ocorreram na filosofia, na hermenêutica jurídica e na própria concepção de Direito, que não obstante a fragilidade filosófica que sustenta essa preponderância, ainda goza de elevado prestígio nas instituições do Estado Democrático de Direito, talvez por não associarem aos institutos do direito, de maneira mais consistente, as grandes transformações filosóficas, hermenêuticas e jurídicas das décadas de 30 e 40 do último século.

Na tentativa de superação desse paradigma (quebra de paradigmas?), a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário 1.067.392/CE, relatoria de Gilmar Ferreira Mendes, por 3 x 2 votos, entendeu que a invocação do princípio do *in dubio pro societate* não seria critério legítimo a fundamentar reforma de sentença de impronúncia proferida em processo penal.

Isso significa dizer que, na decisão de pronúncia no júri, exige-se uma valoração racional da prova e a existência de *standards* probatórios, não sendo suficiente à pronúncia do acusado a argumentação lógica formal ou dedutiva ou baseada simplesmente na razão.

Procurar-se-á defender no trabalho que o referencial teórico do *linguistic turn* de Ludwig Wittgenstein na década de 40 do século XX, e da virada hermenêutica filosófica-ontológica-existencial, que ocorreu com Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer serviu como base teórica desse princípio, que estava sendo guiado pela lógica da filosofia da consciência. Consequência disso é que se mostra possível exercer um controle racional, caso a caso, da argumentação jurídica utilizada para sua aplicação.

Não há mais, pois, a prevalência absoluta e abstrata desse princípio sobre a realidade probatória produzida nos autos, ou seja, da retórica sobre a ciência (MESQUITA, 2005, p. 18). Sua aplicação deve ser analisada e realizada a partir de uma avaliação dialética e racional, de situações concretas e das provas, em que são analisadas as premissas, as razões e os argumentos invocados para decidir em determinado sentido e produzir respostas compatíveis com os novos paradigmas da filosofia da linguagem e da filosofia, da hermenêutica.

Desse modo, a aplicação desse princípio exige valorações e uma argumentação judicial vinculadas à lei, ao precedente e à dogmática, que não podem conduzir sempre a um único resultado, independentemente das circunstâncias factuais de cada situação

concreta. Daí a advertência de Robert Alexy (2008, p. 548), ao concluir que [...] “a racionalidade do discurso jurídico depende em grande medida de se saber se e em que medida essas valorações adicionais são passíveis de um controle racional”.

Não se pode afirmar que houve o rompimento com esse paradigma (?), sobretudo por não ser uma decisão do Pleno, mas apenas da 2ª Turma, cujo entendimento não vem sendo seguido sequer pela 1ª Turma, como se vê no julgamento do ARE 1244706 AgR/MG, mas isso não impede de se analisar o acerto ou desacerto dessa decisão, que se é certa ainda está em fase de evolução, para um Direito Processual Penal genuinamente justo².

Trata-se de uma decisão inédita, com profundos impactos na dogmática processual penal, merecedora de uma ampla reflexão e discussão, para buscar o justo no caso concreto, como diria Streck (2019).

A estrutura do trabalho está dividida em dois pontos essenciais e interligados, além da introdução e das conclusões. O primeiro ponto será destinado ao estudo da filosofia da linguagem, os aportes hermenêuticos de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer, que têm sido o referencial filosófico utilizado no estudo, na evolução e na compreensão dos sentidos do Direito moderno. Aliás, “esta dimensão de sentido só é acessível tomando por base da construção jurídica a filosofia da linguagem. Essa é a revolução possível e que já começou” (BUSATO, 2011, p. 103).

Toda dogmática jurídica possui um referencial teórico que a fundamenta. Conhecê-lo não possui apenas importância acadêmica ou filosófica. Vai muito além disso. É uma valiosa ferramenta para encontrar a melhor compreensão sobre a própria decisão do STF referida nesse trabalho. Não é por outra razão que Streck e Rafael Tomaz de Oliveira (2012, p. 44) dizem que “o problema é que a cultura estandardizada que permeia o direito, embora já tenhamos avançado nesse campo, continua a olhar a filosofia de soslaio, como esta fosse um mero adereço ou adorno da ciência jurídica”.

Em seguida, será analisado o caso que chegou ao STF, desde a análise da decisão do juiz de primeiro grau, passando pela decisão do Tribunal de Justiça até chegar à decisão da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário 1.067.392/CE, relatoria de Gilmar Ferreira Mendes. Procurar-se-á investigar se as decisões do Juiz de Direito, do Tribunal de Justiça e do STF se mostram coerentes com a filosofia da linguagem e com os aportes hermenêuticos de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer.

De logo, deixe-se claro que não se trata de um trabalho meramente teórico, sem efeitos práticos. Na verdade, a relevância do trabalho consiste justamente em discutir o

2. Emprega-se o conceito de Direito Processual Penal Justo no sentido de que o processo penal não é apenas um instrumento de aplicação do direito material, com viés exclusivamente punitivista, mas também como instrumento de equilíbrio do direito de punir do Estado (*jus puniendi*) e o direito de liberdade do réu (*jus libertatis*), com a incidência dos direitos e das garantias fundamentais explícitas e implícitas na Constituição Federal (MACHADO, 2014, p. 15). Certamente, nesse rol estão o devido processo legal, o direito à prova e o dever de motivação das decisões judiciais, que impõe uma análise pragmática.

referencial teórico e filosófico que está por trás da dogmática jurídica dominante então adotada pelo Juiz de primeiro grau, pelo TJ e pela própria posição do STF, para tentar apresentar ao leitor o pano de fundo dessas concepções e a que melhor se alinha às novas concepções filosóficas, teóricas e jurídicas.

2. O LINGUISTIC TURN, A VIRADA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA-ONTOLÓGICA-EXISTENCIAL E A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NA INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO *IN DUBIO PRO SOCIETATE*: UMA MUDANÇA PARADIGMÁTICA NECESSÁRIA

Não há como estudar dogmática jurídica, especialmente a dogmática jurídica dos direitos fundamentais, sem um estudo sério acerca do referencial teórico e filosófico utilizado na construção de sua dimensão, interpretação e aplicação. A depender do referencial utilizado, o próprio conceito e sentido de um direito ou princípio de direito fundamental pode alcançar sentidos díspares e inconciliáveis.

A própria compreensão sobre a relação *lato sensu* entre o *jus puniendi* e a liberdade individual ou mesmo a própria concepção de pessoa ou de dignidade pode ser contemplada em seu processo dialético de construção, a depender do momento e do referencial teórico, em concepções díspares ao longo da história. Longe de incorrer nas tentações do anacronismo, é perceptível que novas contribuições teóricas e filosóficas impulsionam o conhecimento num devir espiralado, ou seja, num processo de superação dialética constante.

Como afirma Streck (2019), o Direito não pode ficar alheio às mudanças paradigmáticas que ocorrerem na hermenêutica filosófica. E a razão é bem simples: a dogmática jurídica é objeto cultural que está em constante processo de atualização. Tanto o objeto do direito como o intérprete são moldados pelo horizonte histórico, proporcionando uma abertura da compreensão.

De acordo com Gadamer (1997, p. 404), o “horizonte próprio do intérprete é determinante, mas não como um ponto de vista ao qual a pessoa se apegue ou pelo qual se impõe, senão como uma opinião e uma possibilidade posta em jogo e que lhe ajuda a apropriar-se daquilo que vem dito no texto”.

Em razão disso, faz-se necessário estudar os avanços ocorridos na Filosofia, na Teoria Geral do Direito, na interpretação e aplicação do Direito, imprescindíveis para, no primeiro momento, identificar o referencial teórico que deve conter no conteúdo da dogmática jurídica dos direitos fundamentais, no caso específico aqui tratado, no conteúdo do princípio do *in dubio pro societate*, e, no segundo momento, encontrar a melhor interpretação a ser conferida a ele.

Obviamente, não se pretende estudar e analisar os diversos embates filosóficos, hermenêuticos e as diversas teorias que disputam a primazia do melhor conceito de direito.

Certamente, isso demandaria mais espaço, e por isso mesmo não pode ser travado no bojo de um artigo científico, pelo menos na visão modesta deste autor.

Na verdade, o diálogo com esses aportes teóricos e filosóficos será feito somente no que interessa ao desenvolvimento da tese desenvolvida neste trabalho, que é a de defender a necessidade de uma nova roupagem ao princípio do *in dubio pro societate*, a partir do *linguistic turn* e da virada hermenêutica filosófica-ontológica-existencial.

2.1. O *linguistic turn* de Ludwig Wittgenstein

A virada linguística, que ocorreu nos anos 30-40 do século XX, com o segundo pensamento de Ludwig Wittgenstein (1975), provocou uma ruptura profunda na teoria do conhecimento, que insistia em defender que a fonte de todo conhecimento estava na razão, na consciência do sujeito que exercia uma relação de dominação subjetiva perante o objeto interpretado (paradigma da consciência) ou que os objetos possuíam um sentido unívoco em si, uma essência ontológica.

Influenciado pelo sucesso das ciências exatas e naturais, especialmente da matemática e da física, o pensamento metafísico defendia que as teorias jurídicas do direito tinham de se valer do paradigma da filosofia da consciência ou da essência ontológica dos objetos no mundo, baseado na relação sujeito-objeto. A partir disso, a Ciência do Direito se desprende do modelo cognitivo/epistemológico.

Na concepção metafísica tradicional da filosofia, representado pelo paradigma da consciência, os sentidos dos signos estão unicamente na mente e na consciência do sujeito cognoscente, como se a coisa interpretada não possuísse qualquer sentido ou informação a influenciar a atividade intelectual. A realidade é completamente desprezada para dar lugar à absolutização do conhecimento humano, separando duas realidades, a ciência e a realidade, que deveriam caminhar juntas. Nesse paradigma, a produção do conhecimento está baseada em uma relação de sujeição do objeto perante o sujeito cognoscente, de completa dominação dos objetos pela consciência, pela razão e pelo método.

Na relação do conhecimento, a linguagem possuía importância secundária, meramente instrumental da compreensão e subordinada à autonomia e à autossuficiência do sujeito pensante. “Antes da virada linguística, as investigações filosóficas se davam sobre o sentido das próprias coisas ou na representação intelectual efetuada pela mente” (OLIVEIRA, 2017, p. 35).

A reviravolta linguística acontece com o “segundo” Ludwig Wittgenstein, com o “giro pragmático” da filosofia com base na ação e na racionalidade prática (BUSATO, 2011, p. 105), já na modernidade e no século XX, em que o conhecimento não se dá previamente através do método e da razão, mas pela linguagem prática, que não é mais considerada uma terceira coisa entre o intérprete o objeto, mas sim condição de possibilidade de todo conhecimento, o caminho pode onde se chega ao conhecimento, sem vinculações prévias ou regras metodológicas.

Com ela, “a linguagem torna-se o centro das especulações filosóficas e esse paradigma repercute nos mais variados campos científicos, inclusive no Direito” (OLIVEIRA, 2017, p. 35). Com as contribuições de Wittgenstein, a hermenêutica jurídica evoluiu para compreender que o conhecimento das expressões e dos signos não se inicia e termina apenas em uma realidade sintático-semântica, como entendiam as escolas formalistas histórica de Gustav Hugo (1764-1844), Friedrich Karl von Savigny (1779-1861), a Jurisprudência dos Conceitos na Alemanha Friedrich Puchta (1798-1846), Rudolf von Ihering (1818-1892), a Escola da Exegese na França do século XIX, a Escola Analítica de John Austin (1790-1859) e de Jeremy Bentham (1748-1832) na Inglaterra do século XIX.

Da mesma forma, embora represente um avanço em relação às escolas formalistas do século XIX, a interpretação jurídica de Hans Kelsen ainda permaneceu presa ao paradigma semântico-sintático, desprezando completamente o contexto, a que se refere Ludwig Wittgenstein, o qual defendia que o significado das expressões não pode prescindir do seu contexto, da realidade na qual se encontra inserida.

Contudo, é preciso deixar claro que Kelsen (2009) não se preocupou em desenvolver uma teoria da interpretação e da aplicação do Direito, como o fizeram, por exemplo, os neoconstitucionalistas, a exemplo de Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos (2003).

Na verdade, preferiu desenvolver uma interpretação jurídico-científica do Direito, a ser realizada pelos cientistas do direito. É justamente por conta dessa cisão entre interpretação como ato de conhecimento – Ciência do Direito – e ato de vontade – Aplicação do Direito – que Kelsen admite a existência de discricionariedade do intérprete no momento da aplicação da norma, pelo fato de que “[...] a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor [...]” (2009, p. 390).

Essa cisão entre interpretação jurídico-científica e jurídico-política foi proposital e não se pode dizer que Kelsen (2009, p. 395-396) não tinha consciência da importância da interpretação concreta no momento da aplicação do Direito, apenas preferiu ser fiel à sua abordagem eminentemente descritiva do Direito ao desenvolver apenas a interpretação jurídico-científica.

Em Herbert L. A. Hart (2009, p. 162/176), na interpretação jurídica, há situações de indefinição, em razão da textura aberta do direito, que se utiliza da linguagem para expressar as regras de conduta. A aplicação do texto pode ocorrer de forma singela e silogística, quando há uma zona clara de aplicação do direito e que funciona na grande massa de casos comuns. Contudo, também há situações nas quais não está claro se elas se aplicam ou não há determinadas situações, a que ele denomina de zona de penumbra. Nesses casos, há discricionariedade judicial na escolha da solução.

Aqui já é possível enxergar o emprego da linguagem na interpretação e aplicação do direito. Contudo, da mesma forma que ocorreu com Hans Kelsen, não houve o desenvolvimento de uma teoria da interpretação, ou pelo menos o estudo da teoria da linguagem

na interpretação e aplicação do direito, algo que só viria a ocorrer com a hermenêutica filosófica do século XX.

Saliente-se, todavia, que, assim como Hans Kelsen, Herbert Hart realizou uma exposição geral e descritiva do Direito, sem a pretensão de dizer qual seria a melhor interpretação, diversamente de Dworkin, que elaborou três descrições diferentes da Teoria do Direito, nas quais a denomina de “convencionalismo”, “pragmatismo jurídico” e “direito como integridade”. Aqui, sim, é possível dizer que Dworkin procurou defender a melhor interpretação.

Desse modo, é motivado por esse “espaço” deixado pelo positivismo normativista de Kelsen e Analítico de Hart que o neoconstitucionalismo se aproveita para justificar a sua superação a partir de uma interpretação concreta no momento da aplicação do Direito. Talvez seja por isso que “[...] o neoconstitucionalismo representa, apenas, a superação – no plano teórico-interpretativo – do paleo-juspositivismo (como bem lembra Luigi Ferrajoli) [...]” (STRECK, 2011, p. 12).

Embora com Kelsen e Hart tenha ocorrido avanços, o certo é que o estudo do direito sempre esteve pautado pelos níveis sintático e semântico de análise, com ênfase na ideia de que a produção de sentidos é uma atividade meramente dogmática-formalista, desenvolvida a partir de uma teoria normativa da compreensão, que será posteriormente combatida por Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer.

Acatar os ensinamentos da hermenêutica filosófica não implica necessariamente a aceitação da superação do positivo jurídico pelo pós-positivista, que não ocorreu como visto, mas apenas e tão somente acatar a tese de que a Teoria do Direito deve se apropriar das contribuições desses autores na interpretação e aplicação do direito, inclusive na melhor compreensão do princípio do *in dubio pro societate*, que se utiliza da razão teórica para lhe conferir o melhor sentido.

2.2. A virada hermenêutica filosófica-ontológica-existencial de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer

Com Martin Heidegger (2009), em sua obra *Ser e tempo*, ocorre a virada da hermenêutica epistemológica, com a ideia de círculo hermenêutico e “ser-no-mundo”, e com o abandono da crença da indispensabilidade do método. Pelo contrário, a busca pela melhor interpretação ocorre com a imersão do sujeito e do objeto na mesma tradição histórica.

A compreensão se situa na própria histórica e não fora dela, e se revela através do “ser-no-mundo”, em que cada sujeito possui um entendimento, um saber diferente do ser, variável e dinâmico, provisório, mas historicamente situado e que não se impõe arbitrariamente sobre a realidade cognoscível. Toda compreensão é temporal, intencional, histórica, e não se revela mediante uma apropriação intelectual do homem perante o objeto. Com isso, a compreensão deixa de ser uma propriedade, resultando da relação sujeito-objeto, para ser tornar o modo de ser de algo.

Assim, o *dasein*, o “ser-no-mundo”, passa a ser condição de possibilidade do conhecimento, em que a compressão não se movimenta fora da histórica ou somente no âmbito interno da reação sujeito-objeto, ao contrário, projeta-se para o mundo exterior, provocando uma verdadeira abertura do processo de compreensão e das possibilidades de conhecimento.

Há, na verdade, um conhecimento histórico e mutável, mediado pelo sujeito e pelo “ser-no-mundo”, sem qualquer precedência de um sobre o outro. Esse sujeito ingressa no processo de compreensão com seus pré-conceitos, dando ao objeto interpretado um novo sentido, também capaz de alterar a própria compreensão do intérprete. A isso Gadamer (1997) chama de “círculo hermenêutico”.

Em Martin Heidegger, há a extinção da dualidade sujeito-objeto, por entender que a hermenêutica seria filosófica e não científica, ontológica e não epistemológica, existencial e não metodológica (MAGALHÃES FILHO, 2011, p. 10). É ele que realiza o giro fenomenológico ou ontológico, a chamada viragem ontológica-linguística, cuja consequência é que o sentido não decorre exclusivamente da coisa em si, da sua essência, nem é atribuído livremente e arbitrariamente pelo sujeito cognoscente.

Com Hans-Georg Gadamer (2002), a compreensão recebe especial atenção e passa a ser estudada como um ato em si mesmo, ou seja, procura estudar e explicar o que ocorre no processo de compreensão, desprendendo-se do caráter epistemológico e do caráter científico-espiritual conferido por Schleiermacher e Dilthey. Nesse momento, a hermenêutica passa a ser universal e filosófica, ocorrendo o que a doutrina chama de giro hermenêutico.

Por essa razão, o pensamento de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer não pode ser caracterizado como objetivista, busca pela *voluntas legis*, ou como subjetivista, busca pela *voluntas legislatoris*.

Em Gadamer, a compreensão humana é um ato histórico, linguístico e dialético, sendo por isso mesmo impossível falar em interpretações objetivamente válidas, porque não há como normatizar o processo de compreensão das ciências do espírito, como se faz nas ciências exatas, em que não há compreensão, mas apenas explicação. Nas palavras de Richard E. Palmer (2006, p. 165), “a dicotomia histórico-científica a que Dilthey dedicou toda a sua vida é abandonada, sustentando-se a posição de que toda a compreensão se radica no caráter histórico da compreensão existencial; abre-se o caminho para a hermenêutica filosófica de Gadamer”.

Logo, a verdade não pode ser alcançada mediante a aplicação de um método objetivamente válido para todos os tempos, como processo de superposição do homem diante do objeto. Como o próprio Gadamer assevera (1997, p. 442), cabe à hermenêutica “esclarecer as condições sob as quais surge a compreensão”. O conhecimento se revela na e pela linguagem, que tem a função de tornar as coisas compreensíveis (SOARES, 2016, p. 22).

Valendo-se da linguagem, que deve ser compreendida pelo “ser-ai” (*dasein*), o processo de conhecimento está condicionado por pré-conceitos e pré-juízos do intérprete,

que realiza um diálogo com o texto, na forma de uma espiral, com sucessivas trocas de informações.

A compreensão é vista como um círculo hermenêutico de caráter dialogal e espiral entre o intérprete e o texto, sempre sujeita a novas imersões e sentidos conduzidos pela linguagem. Nesse diálogo entre o sujeito e o texto, ocorre uma fusão de horizonte, em que o sentido é construído pela atuação conjunta de ambos, não estando contido exclusivamente na mente do sujeito ou no próprio texto. O sentido será uma consequência da fusão de horizonte de ambos. Por isso, a interpretação não pode ser vista fora da história ou realizada a partir de métodos. Em Gadamer (1997, p. 366), tem-se que:

“O verdadeiro sentido de um texto, tal como este se apresenta a seu intérprete, não depende do aspecto puramente ocasional que representa o autor e o seu público originário. Ou, pelo menos, não se esgota nisso. Pois esse sentido está sempre determinado também pela situação histórica do intérprete e, por consequência, pela totalidade do processo histórico.”

Não é por outra razão que Streck (2007, p. 30) tem defendido que a teoria filosófica-ontológica-existencial promoveu a superação dos paradigmas metafísicos objetivista aristotélico-tomista e subjetivista (filosofia da consciência). Portanto:

“Não à toa, hermenêutica e analítica convergem quanto à distinção entre texto e norma. Atualmente, essa constatação é um consenso que representa uma grande vitória para a teoria da interpretação, pois partindo-se da premissa de que os sentidos são atribuídos e não extraídos dos textos, poderão ser construídos critérios intersubjetivos para conferir legitimidade à interpretação” (ZANETTI JR., 2016, p. 4).

É de todo descabido pensar que a compreensão, a interpretação e a aplicação do Direito não devem se apropriar das contribuições do *linguistic turn* e da hermenêutica filosófica, ou até mesmo sustentar que o estudo do Direito está imune a tudo isso. Como diz Gadamer (1997, 556), “a linguagem é o médium universal em que se realiza a própria compreensão”, até porque em Gadamer a compreensão, a interpretação e a aplicação são momentos interdependentes e simultâneos, e não autônomos como entendia a hermenêutica clássica.

E a razão desse pensamento parece bem simples: os textos normativos se expressam em linguagem, e não há como conhecer, interpretar e aplicar corretamente Direito sem a utilização da filosofia hermenêutica e da hermenêutica filosófica (STRECK, 2009).

2.3. *Compreensão, interpretação e aplicação do princípio do in dubio pro societate*

Não há dúvida de que o princípio do *in dubio pro societate* não pode ser compreendido, interpretado e aplicado a partir do paradigma do pensamento metafísico, da relação sujeito-objeto e

com a utilização de métodos, justamente por não permitir a diálogo com as provas produzidas pelos sujeitos processuais. Nas palavras de Ana Maria D'Ávila Lopes (2000, p. 104):

“A interpretação da lei, ou a busca do seu “sentido”, como diria Savigny, não pode ser um problema metodológico ou de simples técnica jurídica. É um problema filosófico, pois a interpretação tem muito que ver com a historicidade e a faticidade de qualquer conhecimento, teoria que amplamente demonstrará Gadamer.”

Ora, a prevalência abstrata e absoluta do princípio do *in dubio pro societate*, desvinculado de uma análise dialética, é a aplicação mais evidente da absolutização dos métodos na interpretação jurídica, tão combatida e rejeitada pela hermenêutica filosófica. Cria-se um abismo entre ciência e prática, já que sua aplicação, que é uma atividade prática, é exercida em descompasso a ciência.

Além de não revelar o melhor sentido a ser conferido à situação fática discutida, contribui sobremaneira para a construção de uma interpretação imune ao controle intersubjetivo das razões utilizadas e das escolhas realizadas. “[...] daí a descrença na cultura jurídica, à substituição da ciência pela retórica, do universal pelo particular, da construção sistemática pelo empirismo, é um passo muito pequeno, e de preço muito alto” (MESQUITA, 2005, p. 18).

Logo, não se pode sustentar sequer que sua aplicação é uma busca pela vontade do legislador ou da lei, nos moldes da hermenêutica clássica de Savigny, mas, sim, sobretudo, que se trata de um problema metodológico, que não precisa se esforçar para identificar as circunstâncias fáticas relevantes que contribuíram para a tomada de decisão, com o agravante de não ser possível realizar o controle intersubjetivo das razões utilizadas em relação às escolhas e às razões utilizadas.

Não há interpretação e aplicação racional do direito, mas silogística, típica relação de sujeito-objeto, longe do controle interno dos sujeitos processuais (endoprocessual), e do controle extraprocessual, pela própria sociedade, na linha de raciocínio de Michele Taruffo (2015). Nem os sujeitos processuais, diretamente afetados pela decisão, nem a sociedade em geral, tomam conhecimento das razões invocadas e dos argumentos utilizados, o que torna impossível realizar qualquer espécie, por quem quer que seja, de controle argumentativo ou críticas epistemológicas sobre o procedimento utilizado e as razões invocadas.

A força e a legitimidade da decisão estão na aplicação silogística e abstrata do princípio *in dubio pro societate*, e não na argumentação do uso da razão prática. Não é por outra razão que Michele Taruffo (2015) enxerga no dever de fundamentação um valor político fundamental e instrumental, justamente por permitir à sociedade conhecer as razões utilizadas na decisão, bem como verificar se outros principais fundamentais também foram realizados, especialmente o da legalidade e da imparcialidade na administração da justiça.

Anteriormente a isso, só há o texto abstrato desse princípio, que necessita da participação criativa do intérprete e do ir e vir dialético entre o texto normativo, a realidade histórica e as provas produzidas pelos sujeitos processuais para que seja possível conhecer

as razões invocadas e os argumentos utilizados e, consequentemente, avaliar a correção de sua aplicação.

Ora, o texto é apenas um enunciado linguístico (SILVA, 2003), que necessita da interação fática para ser concretizado, o que implica dizer que sua aplicação é uma atividade prática, que não pode prescindir em hipótese alguma da situação fática relevante que pretende incidir e, sobretudo, da teoria do uso da razão prática.

Logo, não é preciso muito esforço hermenêutico para defender que a interpretação jurídica é sempre uma atividade prática, reveladora de novos sentidos, a que se atende pelo cognome de norma. Assim, o texto permanece o mesmo, conservado, mas o significado que se extrai desse texto nunca é o mesmo. Daí a importância de observar os aportes teóricos e filosóficos que fundamentam a dogmática jurídica. Embora não seja a única fonte de informação para auxiliar o intérprete na construção do melhor sentido, igualmente relevante é defender que a compreensão, a interpretação e a aplicação da dogmática jurídica não pode prescindir das contribuições da filosofia da linguagem.

Sem esse controle intersubjetivo, não há a menor chance de averiguar a legalidade e a legitimidade dessa decisão, de exercer o controle endroprocessual e extraprocessual. O que se tem, na verdade, é uma aplicação da teoria da prova tarifada, em pleno Estado Democrático de Direito, que há muito restou afastada pela melhor doutrina. Isso porque o julgador está preso ao princípio *in dubio pro societate*, sem qualquer preocupação com o círculo hermenêutico de Gadamer, que [...] “a cada caso concreto ou a cada nova leitura do texto jurídico tem-se um novo intérprete, seja mais convicto de sua posição jurídica, seja dela reticente” (RIBEIRO; BRAGA, 2008, p. 280).

Assim, não há razão filosófica ou teórica a encarar o princípio do *in dubio pro societate* como uma fórmula universal e invariável sob o paradigma da filosofia da metafísica, desprezando as imprescindíveis contribuições oferecidas pela hermenêutica filosófica.

Daí a importância de se analisar a fundamentação utilizada na sentença de impro-núncia, no acórdão do Tribunal de Justiça que reformou a sentença do juiz de primeiro grau e, por fim, na decisão proferida pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário 1.067.392/CE, de relatoria de Gilmar Ferreira Mendes, para ao fim de verificar se o referencial filosófico e teórico utilizado encontra ressonância nos paradigmas aqui defendidos.

3. ANÁLISE DA DECISÃO DO JUIZ DE DIREITO E DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ao³ término da instrução processual, o Promotor de Justiça requereu a pronúncia dos acusados B.V.O., J.R.S.C. e C.C. nas tenazes do artigo 121, § 2º, incisos I, III e IV, do Código Penal Brasileiro. Na visão do Promotor de Justiça,

3. As informações, os fatos e as decisões aqui mencionados foram extraídos dos autos dos processos 275-52.2009.8.06.0078-0 (Primeira Instância) e 0008910-91.2011.8.06.0000 (Segunda Instância/

“vencida a fase instrutória, afere-se que a autoria do delito que é imputada aos acusados encontra-se robustamente provada no âmago do processo. De fato, as testemunhas e declarante, auscultados tanto na fase inquisitorial quanto na instrução criminal, são unívocos em apontarem os acusados como sendo os autores do crime de homicídio”.

Durante a audiência de instrução, foram ouvidas as testemunhas N.C.P.S., L.K.S., J.R.S., F.C.N., A.L.S., W.S.C., E.S.L. e A.W.A.S.

Para justificar a autoria do crime imputado aos acusados, o Ministério Público se valeu do depoimento de N.C.P.S. e das declarações da mãe da vítima, a senhora M.D.S., que não presenciou o fato. Limitou-se, na verdade, a reproduzir o que seu filho havia lhe falado no hospital, antes de morrer.

Referida testemunha foi ouvida em juízo e informou que viu várias pessoas correndo à procura da vítima, e entre essas pessoas identificou o acusado B.V.O. Disse, ainda, ao responder às perguntas formuladas pelo advogado de defesa, que não chegou a conversar com a vítima, que se encontrava na ambulância do SAMU, após as agressões. Informou, ainda, que de onde se encontrava não deu para avistar quem perseguia a vítima.

Ao responder às perguntas formuladas pela magistrada, disse não saber informar se a briga no dia anterior com a vítima envolveu os acusados. Destacou que ocorreu uma briga entre a vítima e o réu J.R.S.C. em data anterior ao crime apurado nos autos.

A testemunha de acusação L.K.T.S. foi ouvida em juízo e afirmou que viu o acusado B.V.O. correndo atrás da vítima, que o viu pegar uma barra de ferro e jogar em direção à vítima, mas não a atingiu. Em seguida, disse que viu o acusado B.V.O. agredir a “nuca” da vítima com uma pedra de calçamento. Em razão desse impacto, a vítima caiu, ocasião em que se aproximaram da vítima várias pessoas, entre elas C.C., W. e R., mas viu somente C.C. passar o cacetete nas partes íntimas da vítima. Em momento algum, viu J.R.S.C. tocar o corpo da vítima.

A testemunha J.R.S. nada trouxe de relevante para o esclarecimento do fato. A testemunha F.C.N. disse que viu o corpo da vítima ao solo, e quando se aproximou encontrou a pessoa conhecida pelo apelido de “B.”, o qual lhe disse que B.V.O. havia jogado uma pedra na vítima. A testemunha A.L.S. informou que tomou conhecimento da morte dois dias depois de ocorrida. Informou, contudo, por ouvir-dizer, que os autores do crime seriam os acusados B.V.O., J.R.S.C. e C.C.

Prestaram declarações M.D.S.M.L., mãe da vítima, e A.S., companheira do acusado. Esta informou que havia sido dito por aquela. Ambas prestaram declarações por

TJCE). Também foram abreviados os nomes dos acusados e das testemunhas para resguardar os interesses e a intimidade de todos os envolvidos. Embora o processo não estivesse sob sigilo, entendeu-se que o objetivo maior do artigo é o estudo das teses desenvolvidas nos processos, e não a identificação dos envolvidos. Por fim, procura-se analisar tão somente os argumentos utilizados pelo Ministério Público, pelo Juiz de Primeiro Grau, pelo Tribunal de Justiça e pela 2ª Turma do STF somente em relação aos acusados J.R.S.C. e C.C., já que o acusado B.V.O. foi, a nosso sentir, corretamente pronunciado.

ouvir-dizer. Na verdade, a companheira do acusado se limitou a informar o que lhe foi dito pela genitora do acusado. Também prestou declarações a testemunha A.C.P.S., ao afirmar que viu o acusado C.C. tocar os testículos da vítima, mas não o fez com violência. Destacou que por ouvir-dizer que o acusado B.V.O. teria sido o autor do arremesso.

A testemunha de defesa W.S.C. informou que não viu que matou a vítima. Chegou quando a vítima já se encontrava prostrada no chão, e que não viu ninguém tocar no corpo da vítima. Ao responder às perguntas formuladas pelo juízo, informou que ouviu comentários na cidade de que o autor do crime seria sido B.V.O., por ter sido ele responsável por jogar a pedra na vítima.

A testemunha E.S.L. informou que viu uma multidão seguindo um homem que corria e o arremesso de duas pedras contra a vítima, mas não soube identificar quem teria feito o arremesso da pedra, além de informar que não presenciou nenhum dos seguranças, no caso, os acusados, chutar a vítima. Informou, por fim, que sua cunhada ficou no local onde se encontrava o corpo da vítima, tendo mencionado, ainda, que um terceiro lhe teria dito que alguém chutou o corpo da vítima, sem indicar, contudo, o nome dessa pessoa que lhe teria dito isso.

Por fim, a testemunha A.W.A.S. informou em juízo que viu B.V.O. e mais duas pessoas que desconhece correndo atrás do acusado, e que presenciou o momento em que a vítima foi agredida com uma pedra, mas não sabe dizer quem teria sido o autor desse arremesso. Os acusados negaram as acusações.

Ora, uma análise detida de todas as testemunhas ouvidas em juízo permite concluir que a autoria do crime não se encontra robustamente provada no âmago do processo, como entendeu o Ministério Público. Na verdade, a força do pedido de pronúncia encontrou guarida exclusivamente no princípio do *in dubio pro societate*, sem necessidade de cognição exauriente. Para reforçar sua posição, citou, inclusive, entendimento do STF sobre a aplicação desse princípio na fase de pronúncia.

Os advogados de defesa requerem a impronúncia de todos os acusados, sob o argumento da inexistência de provas mínimas de autoria.

Na decisão, o magistrado destacou que o exame feito na primeira fase do procedimento do júri é de mero juízo de admissibilidade da acusação, bastando, para tanto, que existam provas da materialidade e de indícios de autoria, sendo vedado ao juiz análise profunda do mérito da acusação. Contudo, entendeu que o réu tem o direito de saber os motivos que levam o julgador a pronunciá-lo, sob pena de ofensa do artigo 93, inciso IX, da CF/88.

Com isso, pronunciou o acusado B.V.O., por entender que existiam forte indícios de autoria. Contudo, entendeu pela impronúncia dos acusados J.R.S.C. e C.C., por entender pela inexistência de indícios de autoria do crime a ele imputados.

Na visão do juízo,

“ora, todas as testemunhas oculares afirmam que não viram os réus agredirem a vítima de tal forma que sobre elas não paira sequer indícios de autoria. As únicas pessoas a apontarem os réus [J.R.S.C. e C.C. – abreviação nossa] como autores do crime, são

A.L.S. [abreviação nossa], mãe e a esposa da vítima. Entretanto, os referidos depoimentos são diametralmente opostos das testemunhas que presenciaram o delito”.

Destaque-se que nenhuma dessas testemunhas presenciou efetivamente os fatos.

Ora, está claro que não existiu um lastro probatório robusto de autoria a justificar a tese acusatória de pronúncia dos acusados. Embora a lei não exija certeza da autoria do crime para a pronúncia do acusado, exige-se, por outro lado, que os indícios de autoria sejam superiores às dúvidas quanto à presença desses indícios, é dizer, impõe-se a comprovação desses indícios e que seja fruto de juízo lógico, dialético e racional, para permitir, justamente, o controle intersubjetivo dessa conclusão, que é a verificação da presença de mais indícios a favor da acusação do que em prol do acusado, que justificaria sua pronúncia.

Insatisfeito com a impronúncia dos acusados de J.R.S.C. e C.C., o Ministério Público apelou da referida sentença, nos termos do art. 593, inciso I, do Código de Processo Penal. Sustentou que a existência de meros indícios poderiam sustentar a pronúncia, observando o *princípio in dubio pro societate*. Para tanto, utilizou-se exclusivamente das declarações da mãe da vítima, que não presenciou o fato, e do depoimento da testemunha J.R.S.C., que sequer foi ouvida em audiência de instrução sob o contraditório e a ampla defesa.

Diante desse cenário, é de se perguntar: qual foi o argumento jurídico desenvolvido pelo representante do Ministério Público para acolher o depoimento de uma testemunha que só foi ouvida na fase preliminar e afastar o depoimento de testemunhas que foram ouvidas em juízo, sob o contraditório e a ampla defesa? Na verdade, o raciocínio do representante do Ministério Público peca por violar a lógica e o artigo 155 do Código de Processo Penal.

O representante do Ministério Público não desenvolveu o ônus argumentativo que lhe cabia de demonstrar que havia mais indícios para pronunciar do que para impronunciar os acusados. Não demonstrou racionalmente a existência de mais indícios em prol da acusação. Pelo contrário, a argumentação desenvolvida violou a regra da lógica, ao utilizar testemunhas não presenciais para comprovar a existência de indícios suficientes à pronúncia dos acusados, sem justificar o afastamento dos depoimentos das testemunhas presenciais. Disso resulta a conclusão clara de que não houve uma fundamentação jurídica racional, mas aplicação abstrata do princípio do *in dubio pro societate*.

Nesse aspecto, parecem certas as palavras de Daniel Guimarães Zveibil (2008, p. 2), ao concluir que:

“[...] o adágio do *in dubio pro societate* é um desses abusos de argumentação colocado a serviço de fingido processo penal constitucional, oferecendo sustentação para pronúncias descabidas e lançando inúmeros cidadãos, mormente os desprovidos-de-tudo, aos azares do julgamento no Júri sem que o mereçam.”

Em sede de contrarrazões, os advogados de defesa voltaram a defender a inexistência de indícios mínimos de autoria a justificar a pronúncia dos acusados, sob o argumento de que as testemunhas presenciais refutaram as alegações das testemunhas que não presenciaram o fato.

No Tribunal, a Procuradoria-Geral de Justiça se valeu dos depoimentos das testemunhas N.C.P.S., A.L.S. e M.D.S.L., mãe da vítima, sem os cotejar com os depoimentos das testemunhas presenciais. É dizer, mais uma vez utilizou-se de testemunhas que não presenciaram os fatos para afastar, sem uma justificativa racional, a versão das testemunhas presenciais. Típico caso de utilização da filosofia da consciência.

O Tribunal de Justiça do Estado do Ceará deu provimento ao recurso do Ministério Público, e para tanto se utilizou das provas testemunhais produzidas pela genitora da vítima e por duas testemunhas, sendo que uma só foi ouvida na fase inquisitorial e a outra sequer trouxe aos autos uma prova que pudesse incriminar os pronunciados, além de não ter presenciado os fatos.

Na comparação entre as declarações de quem presenciou os fatos e foram ouvidos em juízo e as declarações de quem não presenciou os fatos, mas somente ouviu-dizer, o Tribunal de Justiça deu maior força probatória às declarações de quem não presenciou os fatos. Veja-se trecho do acórdão que bem reflete a aplicação do princípio do *in dubio pro societate* sob o viés do esquema sujeito-objeto:

“Destaque-se, ainda, que muito embora a Defesa tenha afirmado a ausência de prova de que os apelados agrediram ou concorreram para a agressão da vítima, destacando alguns depoimentos e o laudo pericial, é de se salientar que decisão sobre a autoria e a participação no crime sob investigação nos autos deverá, como já bem afirmado, ser submetida aos jurados que poderão escolher a melhor tese com base nos elementos de convicção constante dos autos, *bastando nesse momento, que exista a prova do fato e dos indícios de autoria.*” (grifou-se)

Difícilmente, alguém será denunciado se não tiver presente indícios mínimos de autoria e materialidade. O ponto central da discussão não é presença ou não dos indícios, mas de juízo racional comparativo entre as provas produzidas pela acusação e pela defesa, se há mais provas para pronunciar do que para impronunciar.

Na verdade, a interpretação desenvolvida pelo Tribunal se distancia da razão prática, do justo, e das provas produzidas em juízo, violando a teoria racional do direito à prova, prevista no artigo 5º, inciso LV, da CF/88, que exige um compromisso do intérprete com os fatos, com as provas produzidas, com a lógica e com a racionalidade. Apesar da adoção pelo direito brasileiro do sistema do “livre” convencimento motivado (LOPES JR., 2015), o certo é que a simples previsão normativa não é suficiente para limitar a atuação concreta dos juízes, se a atuação judicial não acompanhar as diversas mudanças teóricas e filosóficas e os seus impactos no estudo da Teoria do Direito e na interpretação e aplicação do direito.

A mudança também deve ocorrer na dogmática jurídica de que se vale o julgador para decidir, sob pena de enxergar o novo somente nos códigos e nas leis, vinhos novos em odres velhos, como dizem os religiosos. É preciso romper com os odres, romper com os paradigmas.

Essa perspectiva já foi bem compreendida, inclusive, pelo Código de Processo Civil de 2015, que supriu a expressão “livre” do sistema de avaliação pelo juiz, a pedido de Streck, e que foi prontamente acolhida pela comissão especial que analisou o novo Código de Processo Civil, em que o convencimento do juiz não é livre, mas vinculado à lei, à dogmática jurídica e, especificamente, à uma teoria racionalista da prova, em que o juízo sobre os fatos deve se pautado pela lógica e pela racionalidade. Daí a acertada conclusão de Guilherme de Souza Nucci (2011, p. 5):

“Sem formação jurídica necessária, bastando o uso do bom senso e do dever de consciência, decidem os jurados por íntima convicção absoluta. Precisam ter à frente, para apreciação, processos sólidos, contendo versões convincentes tanto para condenar como para absolver. O juiz togado, então, somente não decidiu o caso porque a competência constitucional o remete ao Tribunal do Júri, mas poderia ter julgado com as provas existentes. Fosse vazio o feito, sem provas mínimas, nem mesmo autorizando o julgamento pelo juiz togado, caso pudesse apreciar o mérito, não se deve remeter o processo à apreciação do júri. Ora, se o magistrado não teria elementos para julgar com segurança, por que os jurados teriam? É flagrante caso de impronúncia. Por vezes, conforme a situação, até mesmo de absolvição sumária.”

Pode-se, portanto, sustentar que a decisão do Tribunal de Justiça é uma consequência lógica do arcabouço teórico do paradigma da filosofia da consciência, que opera sob o esquema do sujeito-objeto, quando o correto seria aplicar o princípio do *in dubio pro societate* como consequência lógica e inevitável do arcabouço teórico da hermenêutica filosófica.

A aplicação do princípio do *in dubio pro societate* pelo Tribunal de Justiça ocorreu sem maiores cautelas, para utilizar a expressão do Relator Ministro Gilmar Mendes do Agravo em Recurso Extraordinário 1.067.392/CE, ou, nas palavras de Guilherme de Souza Nucci (2011, p. 3, seguiu a tendência da “[...] existência de uma presunção de culpa, camuflada, por óbvio, sob outra roupagem, consistente na expressão *in dubio pro societate*”.

4. ANÁLISE DA DECISÃO DA 2ª TURMA DO STF NO JULGAMENTO DO AGRAVO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.067.392/CE

O relator, Ministro Gilmar Mendes, acolheu o recurso dos acusados, no que foi acompanhado pelos demais ministros. Na visão do ministro:

“A ‘reconstrução dos fatos’ passados é um ponto fundamental do processo penal, considerando-se a sua função de verificar a acusação imputada a partir do lastro probatório produzido nos autos. Contudo, o momento da valoração na formação da decisão judicial carece de maior atenção da doutrina e da jurisprudência.” (KNIJNIK, 2007, p. 6)

Esclarece que, “contudo, saindo de um sistema em que os critérios eram totalmente vinculados, passou-se para um modelo de ‘livre convencimento’, em que uma pretensão liberdade do julgador ocasionou total abertura à discricionariedade no juízo de fatos” [...].

Em razão disso, [...] “fortalece-se a necessidade de uma teoria racionalista da prova, em que, embora inexistam critérios de valoração rigidamente definidos na lei, o juízo sobre fatos deva ser orientado por critérios de lógica e racionalidade, podendo ser controlado em âmbito recursal ordinário”.

Um pressuposto fundamental para a adoção de uma teoria racionalista da prova é a definição de standards probatórios, denominados “modelos de constatação” (KNIJNIK, 2007, p. 37). A partir disso, entendeu o ministro que o princípio do *in dubio pro societate* apresenta uma lógica confusa e equivocada, por acarretar o completo desvirtuamento das premissas racionais de valoração da prova. Daí conclui que:

“Sem dúvidas, para a pronúncia, não se exige uma certeza além da dúvida razoável, necessária para a condenação. Contudo, a submissão de um acusado ao julgamento pelo Tribunal do júri pressupõe a existência de um lastro probatório consistente no sentido da tese acusatória. Ou seja, requer-se um standard probatório um pouco inferior, mas ainda assim dependente de uma preponderância de provas incriminatórias.”

Concluiu, ainda, que a teoria racionalista da prova não viola à soberania dos veredictos, pois:

“[...] que a lógica do sistema bifásico inerente a estruturação de um procedimento de júri compatível com o respeito aos direitos fundamentais e a um processo penal adequado às premissas do Estado democrático de Direito, em que o poder punitivo deve ser limitado para que tenha legitimidade [...]”.

De fato, não há dúvidas de que esse princípio merece uma ampla reflexão acerca do seu conteúdo, cujo estudo não é alcançado apenas com a aplicação da teoria racionalista da prova. Apesar da inegável contribuição da teoria racionalista da prova, a exigir uma análise lógica e racional dos fatos e das provas, e que foi adequadamente aplicada no julgador do caso analisado, o certo é que há muito tempo esse princípio está a exigir a revisão do seu referencial teórico e filosófico, que não é só incompatível com o sistema processual penal brasileiro, mas, sobretudo, com o referencial teórico e filosófico que

tem sido utilizado para a aplicação dos direitos fundamentais, especialmente do princípio da presunção de inocência, que tem nítida relação com o princípio do *in dubio pro societate*.

Embora não se encontre prevista no ordenamento jurídico brasileiro, na verdade, não se sabe ao certo nem mesmo sua raiz histórica (MELLO NETO; SANTOS, 2012), o fato é que a aplicação desse princípio, assim como de outras garantias constitucionais (STRECK; OLIVEIRA, 2012) ainda está ligada ao paradigma da filosofia da consciência, em que o juiz é o senhor dos sentidos.

Apesar do avanço na aplicação desse princípio, o ponto central do problema ainda permanece: a interpretação das garantias processuais penais e constitucionais ainda continua sendo feita sob a batuta do esquema sujeito-objeto, em que os sentidos são construídos livremente pelos juízes, sem amarradas teóricas e filosóficas. “Em realidade, devemos compreender o Direito como uma incessante reconstrução, um ilimitado campo de elaboração e re-elaboração normativa com a ampla e irrestrita atuação argumentativa das partes” (CRUZ; OLIVEIRA, 2009, p. 199).

A reconstrução de seu conteúdo passa pela aceitação do giro ontológico-linguístico, com redefinição do papel do juiz no âmbito do processual penal, em que a aplicação não é apenas uma questão abstrata, desvinculada dos sentidos e da filosofia. Pelo contrário, a compreensão, interpretação e aplicação é uma atividade indissociável uma da outra, e jamais pode se desvencilhar do referencial que define seu conteúdo.

Embora as diretrizes adotadas pela Suprema Corte pareçam irreversíveis, o certo é que elas não vêm sendo seguidas pelos tribunais, que ainda insistem em aplicar a máxima do *in dubio pro societate*, esvaziando completamente a ideia de precedente.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio do *in dubio pro societate* nunca gozou de consenso doutrinário e sempre foi criticado como fonte de legitimação das decisões judiciais, por representar uma ingerência indevida na proteção dos direitos fundamentais. Apesar de não gozar de uma base teórica sólida, recebeu dos julgadores especial atenção e relevância ao ponto de construir uma jurisprudência sólida no âmbito dos Tribunais de Justiça, do Superior Tribunal de Justiça e do próprio Supremo Tribunal Federal.

Por isso, não há dúvidas de que a decisão da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário 1.067.392/CE, despertará inúmeras reflexões acerca da aplicação do princípio do *in dubio pro societate*. Embora não se possa dizer que se trata da posição do STF, por não ser uma decisão do pleno, o certo é que se trata de uma decisão que gerou disrupção ao entendimento até então adotado, inclusive pela própria Corte.

Mas isso que, esse princípio está submetido a um novo pano de fundo, a um novo referencial teórico e filosófico, retirando-o do campo das abstrações e subjetividades e

do alibi argumentativo, próprio da filosofia da consciência, para enquadrá-lo no campo da hermenêutica filosófica, da necessidade de fundamentação e sintonizado com o moderno conceito de Direito Processual Penal justo e com a preservação de direitos e garantias fundamentais em matéria criminal, impondo efetivamente limites ao direito de acusar.

Nesse contexto, o princípio *do in dubio pro societate* está livre das amarras metodológicas, que impõem uma aplicação pré-interpretativa, para lançá-lo ao campo da racionalidade, da filosofia hermenêutica, a exigir do aplicador um ônus argumentativo racional, um debate dialético na tentativa de construir o melhor significado, em que todas as partes podem conhecer as bases teóricas e filosóficas sob as quais foi construído/aplicado.

Daí a assertiva de que o conteúdo desse princípio está em aberto, indefinido, “incerteza” gadameriana, mas com a certeza de que ele, irreversivelmente, não está mais submetido ao caráter retórico, à lógica abstrata e pré-interpretativa das amarras metodológicas da filosofia da consciência, que por meio tempo orientou a sua melhor compreensão.

Portanto, não há a menor dúvida de que os avanços e conquistas da filosofia e da hermenêutica filosófica, que deságuam na interpretação e aplicação do direito, caminham em direções claramente contrapostas às ideias até então expressas pelo princípio *do in dubio pro societate*, e que já urge a necessidade de alinhá-lo ao caráter sistemático, construtivo, interpretativo e aplicativo do direito.

6. REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 7, v. 1, p. 18-30, jan.-jun. 2006.
- BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista da Emerj*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, p. 25-65, 2003.
- BUSATO, Paulo César. Base de uma teoria do delito a partir da filosofia da linguagem. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, ano X, n. 42, p. 101-121, 2011.
- CASARA, Rubens R.R. *Mitologia processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Sousa; OLIVEIRA, Felipe Faria. A teoria da ponderação de valores e os direitos fundamentais: avanços e críticas. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras complementares de direito constitucional*. Teoria da Constituição. Salvador: JusPodivm, 2009.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

- FONTELES, Samuel Sales. *Hermenêutica constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2018.
- GADAMER, Hanr-Georg. *Verdade e método: fundamentos de hermenêutica filosófica*. Petrópolis: Vozes, 1997.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Trad. Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF, 2009.
- LOPES, Ana Maria D'Ávila. *A hermenêutica jurídica de Gadamer*. Brasília, ano 37, n. 145, p. 101-112, jan.-mar. 2000.
- LOPES JR. Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de Processo Penal*. 6. ed. atual. de acordo com a Lei 12.850/13. São Paulo: Atlas, 2014.
- MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica jurídica e unidade axiológica da Constituição*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.
- MELLO NETO, Benedicto de; SANTOS, Diego Prezzi. BRASIL: A leitura pós-Constituição do brocardo in dubio pro societate. Análise de precedentes que afastaram sua aplicação. Nômadias. *Revista Crítica de Ciências Sociais y Jurídica*, Num. Especial: América Latina. 2012.
- MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Exposição introdutória*. Teses, estudos e pareceres de processo civil. São Paulo: RT, 2005. v. 1.
- NUCCI, Guilherme de Sousa. Presunção de culpa, pena antecipada e paradigma da ilegalidade: as antíteses do estado democrático de direito. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 906-2011, p. 287-316, abr. 2011 (Doutrinas Essenciais Processo Penal. v. 1, jun. 2012).
- OLIVEIRA, David Barbosa. A reviravolta linguística na teoria do Direito: a filosofia da linguagem na determinação teórica de Kelsen, Ross e Hart. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, Porto Alegre, p. 33-41, jan.-abr. 2017.
- PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Trad. Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2006.
- RIBEIRO, Fernando José Armando; BRAGA, Bárbara Gonçalves de Araújo. A aplicação do Direito na perspectiva hermenêutica de Hans-Georg Gadamer. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 45, n. 177, p. 65-283 jan.-mar. 2008.
- SANTOS, Bruno Aguiar. *Neoconstitucionalismo: a ideologia fadada ao fracasso do arbítrio*. Salvador: JusPodivm, 2018.

- SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n. 1, p. 607-630, 2003.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. In: BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio (Org.). *Hermenêutica jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2013. (Col. Saberes do Direito)
- STRECK, Lenio Luiz. Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto, *Revista Sequência*, Santa Catarina, n. 54, p. 29-46, jul. 2007.
- STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. *Revista de Estudo Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, Porto Alegre, p. 65-67, jan.-jun. 2009.
- STRECK, Lenio Luiz. Contra o neoconstitucionalismo. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, n. 4, p. 9-27, jan.-jun. 2011.
- STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *O que é isto – As garantias processuais penais?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- STRECK, Lenio Luiz. In: STRECK, Lenio Luiz (Coord.). *A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. (Col. Hermenêutica, Teoria do Direito e Argumentação).
- TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença cível*. Trad. Daniel Mitidiero, Rafael Abreu, Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. São Paulo: Abril Cultural, 1975.
- ZANETI JR. Hermes. Teria da decisão judicial no código de processo civil: uma ponte entre hermenêutica e analítica. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 259, p. 21-53, set. 2016.
- ZVEIBIL, Daniel Guimarães. O arbítrio palavreado no Processo Penal. breve ensaio sobre a pronúncia e o *in dubio pro societate*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 74, p. 281-298, set.-out. 2008.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Atuais delineamentos do princípio do estado de inocência ante a doutrina e jurisprudência pátrias, de Ionilton Pereira do Vale – *RT* 913/325-346; e
- Subjetivismo judicial, de Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho – *RBCCrim* 120/75-94.