

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA
JUSTIÇA III**

ANTONIO CELSO BAETA MINHOTO

CELSO HIROSHI IOCOHAMA

MARCELO LABANCA CORRÊA DE ARAÚJO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Antonio Celso Baeta Minhoto, Celso Hiroshi Iocohama, Marcelo Labanca Corrêa De Araújo – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-199-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetividade da Justiça. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC

www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA III

Apresentação

A jurisdição é um dos eixos centrais no desenvolvimento das sociedades, especialmente em países que ainda buscam concretizar os mais elementares direitos fundamentais, bem como materializar princípios constitucionais, como é o caso do Brasil.

Baseado em valores fundantes de nosso Estado - dispostos de modo marcante em nossa constituição - o processo judicial contemporâneo busca ser inclusivo, efetivo, célere, plural e, dentro de suas limitações naturais, auxiliar na construção de uma sociedade de fato democrática.

Para tanto, esse processo enfrenta desafios e experimenta também sensíveis ganhos. Se o ativismo judicial desafia os limites da separação de poderes e, por vezes, oferece o espectro do que Jean-Jacques Rousseau chamava de "ditadura dos juízes", o novo Código de Processo Civil parece oferecer horizontes renovados na prestação jurisdicional, incorporando mudanças e procurando trazer uma concepção contemporânea de processo, procedimento e prestação jurisdicional de um modo geral.

Na oportunidade do XXV Encontro Nacional do CONPEDI – Brasília, DF, o Grupo de Trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça III congregou a apresentação de pesquisas dos mais diversos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito do país, proporcionando o (re)pensar acadêmico em discussões que certamente proporcionaram muitas outras reflexões. Foram 22 (vinte e duas) apresentações, assim distribuídas:

1. O trabalho intitulado “O instituto do amicus curiae e o Direito brasileiro”, de Eduardo Martins de Lima, traz uma revisão sobre o chamado amigo da corte, analisando a sua posição atual no sistema processual brasileiro.

2. Já no trabalho “O amicus curiae no novo Código de Processo Civil: no caminho da democratização do poder judiciário por meio de uma sociedade aberta dos intérpretes da legislação”, de Marina Eugênia Costa Ferreira e Marcelo Labanca Corrêa de Araújo, os autores analisam como a novel legislação processual pátria dá espaço para a participação de atores estranhos ao processo, no intuito de auxiliar o julgador na resolução de uma lide, trazendo pontos de vista que potencializam o pluralismo e a abertura da jurisdição.

3. O artigo “O juiz como ator social e o ativismo judicial: riscos e ganhos no desempenho contemporâneo do judiciário brasileiro”, de Antonio Celso Baeta Minhoto e Cristiane Vieira De Mello e Silva, aborda importante tema relacionado ao Poder Judiciário e o seu desafio de buscar a fronteira entre a aplicação do direito e a sua criação, em razão de posturas ativistas.

4. O artigo de Tiago Antonio Paulosso Anibal e Juvêncio Borges Silva, intitulado “Fosfoetanolamina sintética: análise de um caso controverso de judicialização do fornecimento de medicamento sem comprovação científica”, analisa uma questão de grande repercussão social relacionada à busca de um tratamento eficaz para o câncer por meio da via judicial.

5. O artigo “A dinamização do ônus da prova como instrumento assecuratório de acesso à justiça”, de Deilton Ribeiro Brasil e Leandro José de Souza Martins, aborda relevante tema relacionado aos direitos fundamentais, a saber, a problemática da necessidade de provar o direito e, a partir daí, ter-se uma justiça plena. Afinal, de nada adiantaria obter o acesso formal à justiça, negligenciando questões imbrincadas relacionadas ao ônus probatório como forma de realização da própria justiça.

6. O trabalho “Desigualdades processuais: o caso da Administração Pública em juízo”, de Jacques Henrique Gomes da Silva e Janaina Soares Noletto Castelo Branco, retoma antiga discussão relacionada à falta de paridade de armas entre Poder Público e particulares, quando atuam em juízo.

7. Interessante estudo pode ser visto no artigo “Alguns aspectos do inventário e partilha no novo código de processo civil”, de Anne Lacerda de Brito, ao analisar, de maneira geral, a nova legislação processual em vigor desde março do corrente ano, pontuando aspectos relacionados às questões que, tradicionalmente, guardavam morada no âmbito do Direito Civil: inventário e partilha.

8. O artigo “A eficiência judicial da Justiça Comum Estadual no Brasil: uma análise jurimétrica pelo método DEA”, de Martinho Martins Botelho, inova ao inserir elementos como estatística e avaliação objetiva, itens pouco comuns no campo do direito e que permitem uma visão diferenciada do campo jurídico.

9. Nomeado por suas autoras, Laura Campolina Monti e Thaís Campos Maria, como “O princípio da fundamentação das decisões judiciais e o solipsismo nas decisões do Supremo

Tribunal Federal”, este artigo explora as idiossincrasias existentes nos julgamentos do Supremo e até que ponto isso afeta sua atuação institucional. O dito “cada ministro é um STF” é real ou não? .

10. “A defesa coletiva do direito do consumidor e o veto ao incidente de coletivização no Novo Código de Processo Civil”, de Roberto de Oliveira Almeida e Thais Emília de Sousa Viegas, é um texto bem estruturado que busca refletir sobre o tratamento dado e os limites impostos à coletivização das ações no Novo CPC, bem como reflete acerca da influência que isso tem ou pode ter sobre a prestação jurisdicional em geral.

11. Interessante reflexão, de Vanessa Sousa Vieira e Fabiane Cristina de Almeida, traz o artigo “A comparticipação como pressuposto de efetividade das medidas estruturantes deferidas liminarmente”, contextualizando e problematizando o papel do juiz e das partes na estruturação processual, notadamente quando ela se dá no início da ação (initio litis) .

12. O artigo “A (im)penhorabilidade do Bem de Família e a tutela jurisdicional executiva no Novo Código de Processo Civil”, de autoria de Gustavo Lyrio Julião, parte de um instituto bem conhecido, o bem de família, para tratá-lo no bojo de uma lei vem recente e importante, o Novo CPC, refletindo sobre o novo enquadramento que a nova lei processual poderá imprimir a tal instituto.

13. Pesquisa interessante, de Eduardo Casseb Lois e Juliana Provedel Cardoso, traz o texto “O princípio da legalidade e a teoria dos precedentes no Código de Processo Civil de 2015”, contrapondo um princípio tradicionalíssimo do direito, o da legalidade, frente a um instituto relativamente novo, a teoria dos precedentes, à luz especialmente do que vem disposto no Novo CPC.

14. No artigo, de autoria de Fabiano Gosi de Aquino, “O sistema de precedentes judiciais no novo CPC: o incidente de resolução de demandas repetitivas como técnica de padronização decisória”, encontramos sensível e profunda reflexão sobre o chamado incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e como ele se inter-relaciona com o contexto do processo civil contemporâneo e com o Novo CPC.

15. Preocupados com a consolidação de entendimentos interpretativos, Felipe Rodrigues Xavier e Lucas Jonas Fernandes apresentam o artigo intitulado “Os direitos coletivos e individuais homogêneos no nCPC: riscos à jurisprudência brasileira”, com importantes reflexões sobre os caminhos a serem seguidos, diante da evolução que o tratamento dos direitos coletivos e individuais homogêneos alcançou.

16. Indicando a importância da construção de instrumentos voltados à proteção dos direitos diante da segurança jurídica no exercício da tutela jurisdicional, o IRDR é objeto de análise pelo trabalho “Os mecanismos de controle processual e o novo panorama do incidente de resolução de demanda repetitiva instalado pela Lei 13.105/2015”, exposto por Ana Luíza Zakur Ayers.

17. Analisando o “Protesto de sentença judicial”, Luiza Oliveira Guedes discorre o estudo sobre a importância desta alternativa para a coercibilidade estatal, indicando sua contribuição para o sistema de efetivação dos direitos.

18. Com o trabalho “Crítica retórica à definição do conceito de stare decisis na jurisdição brasileira”, Tainá Aguiar Junquilha e Elias Canal Freitas se propõem a analisar, de forma crítica decorrente da filosofia convencionalista, o sistema de precedentes, com destaque ao elemento que busca conferir estabilidade às decisões das Cortes Superiores.

19. Diógenes Vicente Hassan Ribeiro e Michelle Fernanda Martins demonstram sua preocupação com a forma de aplicação do sistema de inquirição de testemunhas e sua harmonização com o Estado Democrático de Direito, com o seu trabalho “Tribunais, autorreferência e evolução do sistema do direito: o art. 212 do código de processo penal e os tribunais”

20. Atenta à garantia de acessibilidade ao processo eletrônico, o artigo “Todos iguais: o objetivo do artigo 198 do Código de Processo Civil”, de Luciane Mara Correa Gomes, busca analisar a política de igualdade esperada com a instalação de espaço físico, assistência presencial e equipamentos, junto ao Poder Judiciário, indicando as desigualdades que o sistema eletrônico pode provocar.

21. Luiz Manoel Borges do Vale traz sua contribuição para com o estudo do sistema prisional brasileiro com o estudo “Sobre ativismos e discricionariedades: STF e o estado de coisas inconstitucional”, analisando a inspiração da Corte Constitucional da Colômbia e as ações do Supremo Tribunal Federal diante dos direitos fundamentais dos presos e a falência do sistema prisional brasileiro.

22. Com o estudo “O modelo cooperativo do novo sistema processual civil brasileiro”, Janete Ricken Lopes de Barros aborda a participação dos sujeitos do processo como protagonistas desse modelo democrático, com a contextualização de princípios e mecanismos para um processo justo.

Parabéns a todos os participantes e ao CONPEDI pela realização desse fundamental espaço de compartilhamento para a contínua e necessária reflexão acadêmica.

Prof. Dr. Marcelo Labanca Corrêa de Araújo.

Mestre e Doutor em Direito (UFPE). Pós-Doutorado na Faculdade de Direito da Universidade de Pisa (com bolsa CAPES). Professor de Direito Constitucional e Coordenador do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Católica de Pernambuco. Procurador do Banco Central na Procuradoria Regional para a 5a. Região, em Pernambuco.

Prof. Dr. Antonio Ceso Baeta Minhoto

Doutor em Direito Público e Direitos Fundamentais pela ITE-Bauru, SP; Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Mackenzie, São Paulo; Bacharel em Direito pela Unifmu, São Paulo; Coordenador da Pós-Graduação Lato Sensu em Direito da Unicsul, sistema EAD; Professor Titular na área de Direito Público na Universidade Municipal de São Caetano do Sul; Professor da Universidade Zumbi dos Palmares, São Paulo

Prof. Dr. Celso Hiroshi Iocohama

Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUCSP; Doutor em Educação pela USP. Mestre em Direito das Relações Sociais pela UEL. Professor e Coordenador do Programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense – UNIPAR

**TRIBUNAIS, AUTORREFERÊNCIA E EVOLUÇÃO DO SISTEMA DO DIREITO: O
ART. 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E OS TRIBUNAIS**

**COURTS, SELF-REFERENCE AND EVOLUTION OF THE LEGAL SYSTEM:
ARTICLE 212 OF THE CRIMINAL PROCEDURE CODE AND THE COURTS**

**Diógenes Vicente Hassan Ribeiro
Michelle Fernanda Martins**

Resumo

O direito é autorreferente. Os tribunais ocupam a posição central do sistema jurídico. A evolução, que pode ser estimulada, não pode ser causada. Na medida em que os tribunais operam apenas na forma da clausura operativa, destacando a autorreferência, deixando de abrir-se cognitivamente, não ocorre evolução sistêmica, sendo a complexidade externa do ambiente rejeitada. Isso reafirma a autorreferência no ponto da clausura operativa do código operacional, sem a abertura para a Constituição Federal, verdadeira aquisição evolutiva da sociedade. Tal problemática pode ser observada nas decisões judiciais que versam sobre o descumprimento do artigo 212 do Código de Processo Penal.

Palavras-chave: Autopoiese, Código de processo penal, Constituição federal

Abstract/Resumen/Résumé

The law is self-referential. The courts occupy the central position of the legal system. The evolution that can be stimulated, can not be caused. To the extent that the courts operate just in the way of operational closure, highlighting the self-reference, not opening cognitively, there is no systemic evolution and the external complexity of the environment is rejected. This reaffirms the self-reference at the point of operative closure of the operational code, without opening to the Federal Constitution, true evolutionary acquisition of the society. This problematic can be observed in judicial decisions that deal with Article 212 of the Criminal Procedure Code.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Autopoiesis, Criminal proceedings, Federal constitution

1 – Introdução

Atualmente, na sociedade brasileira, vive-se em um Estado Democrático de Direito¹, no qual são assegurados diversos direitos e garantias aos indivíduos, estando grande parte deles arrolados e garantidos no texto constitucional.

A Constituição da República Federativa do Brasil é a maior garantia do cidadão e traça as diretrizes políticas do Estado. Mostra-se oportuno referir que nossa Carta Constitucional foi publicada logo após um período ditatorial, sendo “*a constituição mais liberal e mais democrática que o país já teve*”(CARVALHO, 2002, p. 199). Assim, a gama de liberdades e direitos é ampla, já que o povo havia aprendido a importância destas previsões legais e procurava a democracia plena.

Após a promulgação da Constituição, em 05 de outubro de 1988, diversos outros textos legais foram modificados para que pudessem seguir as diretrizes políticas nela estabelecida; entre estes instrumentos, encontra-se o Código de Processo Penal.

O Código de Processo Penal foi promulgado em 1941, quando o Brasil vivenciava o Estado Novo, ou seja, durante um regime totalitário (MARQUES, 1998, p. 104), onde não havia plenitude de direitos e garantias. Deste modo, a colidência entre a Constituição Federal e o Código de Processo Penal afigura-se inevitável, de modo que o texto legal do último necessita ser modificado e readaptado, de modo que diversas reformas são feitas.

Estas reformas objetivam a garantir maiores direitos aos indivíduos, buscando a condução de um processo justo e que assegure as garantias do acusado. No entanto, na prática, muitas vezes, denota-se a não aplicação destas reformas processuais, por consequência, a não aplicação das garantias constitucionais dos cidadãos.

Pelas breves pesquisas recentes realizadas – as quais serão abordadas neste artigo -, aparentemente uma destas garantias que, muitas vezes, não é aplicada, é aquela constante no artigo 212 do Código de Processo Penal, a qual consiste na mudança da forma de inquirição de testemunhas, buscando a imparcialidade do julgador ao distanciá-lo da colheita de provas, ocorrendo a distinção das atividades de acusar, julgar e defender, devendo estas serem feitas por órgãos distintos. Ou então, aparentemente, quando se verifica a aplicação desta regra, o desrespeito a tal regra é considerado tão somente uma nulidade relativa, conforme se verifica, por exemplo, do posicionamento da Segunda Turma do STF (RHC 110.623/DF, HC 112.212/SP, HC 117.102/SP e RHC 122.467/SP). Este problema mostra-se constante, em

¹O conceito de Estado Democrático de Direito será analisado no decorrer do texto, adiantando-se, desde já, que essa forma de Estado está prevista na Constituição Federal.

especial, no primeiro grau de instrução, conforme será abordado neste artigo.

Esta não aplicabilidade das reformas de processo penal e, principalmente, do artigo 212 do Código de Processo Penal, identifica-se como um problema a ser enfrentado, pois não há respeito pela tradição², pela herança histórica e pela aquisição evolutiva da sociedade.

No entanto, pretende-se demonstrar que, ao serem desconstituídas ou reformadas estas sentenças pelos tribunais, isto é, ao haver a afirmação que a não aplicabilidade deste artigo não encontra respaldo na Constituição Federal, numa perspectiva luhmanianna, o direito é reafirmado, pois é dito que aquilo não é direito, sendo, portanto, direito.

2 – O Estado Democrático de Direito e a função do processo penal

Para analisar o ponto central deste trabalho, é necessário, primeiramente, entender o que é o Estado Democrático de Direito, assim como entender qual seria a função do processo penal dentro dele.

Para que se alcance a compreensão de no que efetivamente consiste o Estado Democrático de Direito, necessário fazer um brevíssimo retrospecto de como se chegou até esse estágio, passando inicialmente pelo Estado Liberal e pelo Estado Social de Direito.

O Estado Liberal de Direito nasceu na metade do século XIX, principalmente por meio da Revolução Francesa de 1789. Entretanto, oportuno ressaltar que também foi institucionalizado na Alemanha e eclodido na Inglaterra e nos Estados Unidos da América (BALLESTRIN; SANTOS, 1995, p. 460).

Nas palavras de Norberto Bobbio, o Estado Liberal justifica-se como “*o resultado de um acordo entre indivíduos inicialmente livres que convencionaram estabelecer os vínculos estritamente necessários a uma convivência pacífica e duradoura*” (BOBBIO, 2000, p. 14).

Neste modelo, o povo passa a ser o soberano do Estado. O povo é representado pelo Poder Legislativo, devendo esse exercer “*a vontade do povo*”. Nesse sistema, o Poder Judiciário era considerado a simples “*boca da lei*”, isto é, deveria agir/julgar conforme a lei determinava (BALLESTRIN; SANTOS, 1995, p. 461), provavelmente em razão da vontade do povo já estar contida na legislação.

O Estado Social de Direito, por sua vez, surge em superação ao modelo liberal que

²Tradição é utilizada aqui no sentido trabalhado por Hans-George Gadamer: “A tradição sempre é um momento da liberdade e da própria história. Também a tradição mais autêntica e venerável [...] necessita ser afirmada, assumida e cultivada. A tradição é essencialmente conservação e como tal sempre está atuante nas mudanças históricas” (GADAMER, Hans George. Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad: Flávio Paulo Meurer. 7ª. Edição. Petrópolis-RJ: Vozes, 2005).

havia entrado em crise em virtude de problemas de ordem econômica: não se resolvia o problema do proletariado, que vivia à margem da sociedade, assim existindo grande desigualdade social. O Estado Social surge, portanto, visando ao “bem-estar” social, o Estado confortador que intervém na realidade social. Tem como objetivo principal assegurar as “*garantias individuais dos cidadãos e pelo cumprimento dos direitos sociais reconhecidos até então*” (BALLESTRIN; SANTOS, 1995, p. 462).

Como consequência os direitos sociais e trabalhistas surgem e são institucionalizados. A origem desses direitos remonta a Constituição de Weimar na Alemanha, a Constituição do México e a Revolução Russa Social dos Trabalhadores (BALLESTRIN; SANTOS, 1995, p. 462).

O Judiciário ganha novas funções, passando a ter a possibilidade de intervir. Apresenta-se aqui um Judiciário interventor. É importante referir a criação da Justiça Constitucional elaborada por Kelsen e o caso paradigmático norte-americano *Marbury vs. Madison* (BALLESTRIN; SANTOS, 1995, p. 463).

Entretanto, até mesmo sob o Estado Social de Direito, não se resolve o problema da desigualdade, razão pela qual surge uma nova concepção de Estado: o Estado Democrático de Direito (MORAIS; STRECK, 2006, p. 97).

O Estado Democrático de Direito busca a síntese dos Estados anteriores (Estado Liberal e Estado Social), buscando um equilíbrio, uma ponderação. Segundo Lênio Luiz Streck e José Luiz Bolzan de Moraes, o novo modelo objetiva a “*incorporação efetiva da questão da igualdade como um conteúdo próprio a ser buscado garantir através do asseguramento jurídico de condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade*” (MORAIS; STRECK, 2006, p. 54).

Este modelo é normatizado através de regras e princípios, sendo dotado de uma grande carga axiológica e principiológica, “*valorando assim por meio dos Direitos Fundamentais, a realização e efetivação da proteção direitos individuais, difusos e coletivos, visando a proteção das minorias frente às maiorias*”. Aqui é importante frisar que vige o princípio da supremacia constitucional, objetivando sempre o bem comum, através dos preceitos de justiça social e substancial (BALLESTRIN; SANTOS, 1995, p. 462-463).

O Estado Democrático de Direito foi instituído por meio da Constituição Federal de 1988, sendo que a República Federativa do Brasil é consolidada no respeito e na garantia da efetivação de direitos, liberdades fundamentais e respeito à dignidade da pessoa humana. Ou seja, o Estado Democrático de Direito é aquele que respeita a plenitude dos direitos sociais, onde os direitos humanos são direitos inerentes a todos (CONCEIÇÃO; MELO, 2011, p.

1816).

No tocante à função do processo penal, deve-se destacar ensinamento de Nereu Giacomolli, que refere que “*uma leitura convencional e constitucional do processo penal, a partir da constitucionalização dos direitos humanos, é um dos pilares a sustentar o processo penal humanitário*” (GIACOMOLLI, 2014, p. 12). Isto é, deve-se analisar o processo penal pelo viés constitucional, de modo a garantir o devido processo penal e, por consequência, os direitos humanos.

Se houve uma análise da história, pode-se perceber que o direito processual penal possui movimentos oscilantes, sendo que, em determinado momento, preocupa-se mais com a segurança da sociedade, enquanto, em outros momentos, preocupa-se mais com as garantias do indivíduo (FERNANDES, 2010, p. 19). Antônio Scarance Fernandes destaca que:

o processo penal não é apenas um instrumento técnico, refletindo em si valores políticos e ideológicos de uma nação. Espelha, em determinado momento histórico, as diretrizes básicas do sistema político do país, na eterna busca de equilíbrio na concretização de dois interesses fundamentais: o de assegurar ao Estado mecanismos para atuar o seu poder punitivo e o de garantir ao indivíduo instrumentos para defender os seus direitos e garantias fundamentais e para preservar a sua liberdade (FERNANDES, 2010, p. 22)

O processo penal não é somente um instrumento que reflete os valores políticos e ideológicos da nação. Ele, na verdade, é o espelho das diretrizes políticas do país em certo momento histórico, buscando sempre equilibrar dois direitos fundamentais: a defesa dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, visando a assegurar a sua liberdade, assim como garantir mecanismos ao Estado para que este realize o seu poder punitivo.

Tendo esta noção presente, é importante saber que, acima de tudo, o processo penal tem função garantidora:

Por intermédio do processo penal, a sociedade deverá ter a garantia não só de que as regras do jogo processual serão observadas, mas também de que os valores em discussão tenham a limitação garantidora. Somente haverá a máxima efetividade de direitos se houver uma máxima efetividade de garantias, sendo imprescindível que haja uma normatização constitucional para ampará-las. É aqui que surge a necessidade de discutir e identificar qual é o sistema processual penal adotado pela Constituição. (BIZOTTO; EBERHARDT; JOBIM, 2006, p. 20)

É necessário que o processo penal tenha função garantidora. Em outras palavras, é importante que haja uma máxima efetividade de direitos, que os direitos dos indivíduos sejam garantidos e que, para isso, exista uma normatização constitucional que as assegure. Esta seria a razão pela qual se precisa saber qual o sistema processual penal adotado pela Constituição.

Tendo abordado sobre o que seria o processo penal, mostra-se relevante destacar o que se entende por função na abordagem deste artigo. Conforme os conceitos de Niklas Luhmann, função/funcionalismo é aquilo que torna único e diferencia determinado fenômeno, o que o torna contingente e confrontável com outros fenômenos, sendo, aliás, essa confrontação que torna possível o conhecimento (CORSI; BARALDI; ESPOSITO, 1996, p. 80). A função da arte, por exemplo, seria a possibilidade de ofertar ao mundo a possibilidade de contemplá-lo a si próprio, fazer com que o mundo apareça no seu interior (CORSI; BARALDI; ESPOSITO, 1996, p. 20).

Dessa forma, verifica-se que a função do processo penal é não só assegurar o poder punitivo do Estado, para garantir a segurança da sociedade, mas também assegurar aos indivíduos as suas garantias e instrumentos para defender a sua liberdade em face ao Estado. Além disso, esta função seria o que permitiria ao processo penal entrar em choque com os demais fenômenos da sociedade, a partir de onde torna-se possível debater e construir o conhecimento de alternativas possíveis.

3 – As reformas de processo penal

Como já referido anteriormente, o Código de Processo Penal foi promulgado em 1941, quando vigorava no Brasil um regime totalitário, o Estado Novo, sendo que, portanto, as diretrizes políticas nele constantes foram relativas àquele tempo. Contudo, posteriormente, em 1988, foi promulgada a Constituição, que trouxe uma série de direitos e garantias que protegem a garantia do indivíduo, de modo que foi necessária a readaptação do processo penal e, portanto, de seu diploma legal.

Desta forma, foram realizadas diversas reformas no Código de Processo Penal. A primeira delas é a Lei 10.792/2003 que promove alteração no capítulo de interrogatório do acusado no Código de Processo Penal, visando a garantir o direito ao interrogado, em especial, o direito ao silêncio.

Após, no ano de 2008, são publicadas a Lei 11.689/08, a Lei 11.670/08 e a Lei 11.719/08, que trazem uma série de modificações, as quais buscam modernizar o procedimento do processo penal e torna-lo mais célere. Há ainda a Lei 11.960/08 que busca dar mais direitos às vítimas.

Após as reformas, verifica-se, pelo disposto nos artigos 156, inciso I, e artigo 257, ambos do Código de Processo Penal, que o sistema brasileiro processual penal adotado é o acusatório, que dispõe que as tarefas de acusar, julgar e defender são distintas, sendo

exercidas por pessoas diferentes.

Ainda, buscando se conformar ao sistema acusatório, pode se ver, no artigo 155 do Código de Processo Penal, que são proibidas decisões fundamentadas tão somente colhidas no processo investigativo.

Vê-se também que a Lei 11.719/08 alterou significativamente os processos comum e sumário. Nos crimes em que a pena máxima cominada for de quatro anos ou superior, o procedimento será o comum. Quando a pena máxima cominada foi inferior a quatro anos, o procedimento será o sumário. Já o procedimento sumaríssimo será aplicado às infrações de menor potencial ofensivo.

Outra modificação relevante é aquela trazida pela Lei 11.719/08 que prevê que o interrogatório do acusado seja o último ato da instrução processual penal.

Outras alterações importantes também, no âmbito processual penal, dizem respeito a necessidade de fundamentação da prisão preventiva, assim como a concentração dos atos em uma só audiência e a possibilidade de absolvição sumária após a apresentação da defesa, entre outras.

No entanto, a reforma que interessa aqui discutir é aquela feita por meio do artigo 212 do Código de Processo Penal, feita por meio da Lei 11.690/08, a qual transformou a forma de inquirição de testemunhas, que será abaixo debatida.

4 – A (nova) forma de inquirição de testemunhas do Código de Processo Penal e a sua aplicação na prática

O artigo 212 do Código de Processo Penal, por meio da redação dada pela Lei 11.690/08, refere que *“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”*.

No parágrafo único do artigo 212 do Código de Processo Penal, é referido que *“sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição”*.

A reforma trazida pela Lei 11.690/08 mudou, portanto, a forma de inquirição de testemunhas, limitando o juiz a questionar apenas sobre pontos não esclarecidos. Desta forma, é necessário tecer algumas considerações.

Conforme já acima salientado, o modelo de processo penal adotado pelo Brasil é o sistema acusatório (GRECO FILHO, 2012, p. 173), o qual consagra como garantias o contraditório e a ampla defesa, já que, em seu artigo 129, inciso I, consagrou a promoção da

ação penal como ação privativa do Ministério Público, consagrando sua opção pela distinção das tarefas de julgar, acusar e defender.

Estabelecido o sistema acusatório, torna-se necessário retirar a gestão probatória das mãos do julgador, conferindo-se liberdade às partes para apresentar provas sem interferência judicial(BIZOTTO; EBERHARDT; JOBIM, 2006, p. 23), já que, no sistema antigo e arcaico, muitas declarações se perdiam em razão da sistemática adotada.

Primeiramente, as perguntas eram feitas pelo juiz, depois a parte que a tinha arrolado e depois a parte contrária. O assistente de acusação questionava após o Ministério Público. No sistema anterior, o juiz as elaborava mentalmente e traduzia a testemunha. A testemunha respondia e o juiz, interpretando a linguagem, as traduzia para sua linguagem e ditava ao serventuário, que a datilografava, de modo que muitas declarações eram perdidas (GIACOMOLLI, 2008, p. 56).

Ainda sobre a complementariedade da inquirição pelo juiz, no caso de pontos não esclarecidos, Nereu Giacomolli refere que:

Mesmo sendo o julgador o destinatário da prova, cabe às partes perguntar o que interessa ao direcionamento do convencimento que desejarem, num jogo dialético entre elas, próprio de um modelo acusatório de processo penal. A função do juiz é manter o equilíbrio processual na colheita da prova. Entretanto, para os que admitem a atuação do magistrado, o parágrafo único do art. 212 há de ser interpretado restritivamente, ou seja, a intervenção do magistrado é supletiva, somente sobre pontos não esclarecidos, em face do que foi perguntado e respondido pelas testemunhas, vedando-se perguntas sobre pontos não levantados pelas partes em suas perguntas. Sendo admissível sua intervenção subsidiária, esta ocorrerá após a das partes. (GIACOMOLLI, 2008, p. 57).

Nereu Giacomolli refere, portanto, que o juiz é tão somente o destinatário da prova, não competindo a ele produzi-lá. A função do juiz é tão somente equilibrar a relação processual na colheita da prova. Ainda que se admita a intervenção do julgador neste momento, de produção probatória, ela serve tão somente para suplementar pontos que não foram esclarecidos.

A adoção pelo artigo 212 no Código de Processo Penal representa que o sistema da *cross-examination* ou *direct examination* foi adotado e não mais o sistema presidencialista(BARROS, p.3).O sistema presidencialista era o que era adotado antigamente, antes da reforma de 2008, na qual as partes realizavam os questionamento, e o juiz redirecionava ao depoente. Com a reforma e a nova redação do artigo 212, passa-se a adotar o sistema da *cross-examination* ou *direct examination*, no qual as partes lançam questionamentos diretamente ao depoente, e não há mais o intermédio do juiz.

Analisando os julgados no âmbito do Supremo Tribunal Federal, vislumbra-se que existem cinco habeas corpus que foram julgados com esta matéria: HC 122.467/SP, HC 14.787/SP, HC 117.102/SP, HC 112.212/SP e HC 110.623/DF. Em todos os cinco julgados, compreendeu-se que não deveria se declarar a nulidade do julgado, pois não havia sido comprovado o prejuízo, consoante o artigo 563 do Código de Processo Penal.

No mesmo sentido, existem diversas decisões nesse sentido no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. A título apenas de exemplo, cita-se a Apelação 70057862138 (3ª Câmara Criminal), Apelação 700648167828 (7ª Câmara Criminal) e Apelação 70063099709 (6ª Câmara Criminal), todas julgadas no ano de 2015.

O artigo 563 do Código de Processo Penal estabelece que *“Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.”* Conforme Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho:

Constitui seguramente a viga mestra do sistema das nulidades e decorre da ideia geral que as formas processuais representam tão-somente a um instrumento para a correta aplicação do direito; sendo assim, a desobediência às formalidades estabelecidas pelo legislador só deve conduzir ao reconhecimento da invalidade do ato quando a própria finalidade pela qual a forma foi instituída estiver comprometida pelo vício. (FERNANDES; FILHO; GRIONVER, 1999, p. 26)

Portanto, a nulidade só pode ser declarada quando a finalidade da própria norma estiver comprometida pelo vício em questão, de modo que, nos casos em concreto acima salientados, se considerou que o desrespeito a regra não trouxe prejuízo ao réu, razão pela qual não deveria ser reconhecida a nulidade, observando assim o diploma processual penal vigente.

Merecem destaque ainda seis casos discutidos pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: Apelação 7055015051, Apelação 70053747077, Apelação 70054173893, Apelação 70052922382, Apelação 70052873015 (todos da 5ª Câmara Criminal) e Apelação 70035811710 (3ª Câmara Criminal).

Nestes seis casos, foi declarada a nulidade da instrução no órgão de primeiro grau, tendo em vista a violação do artigo 212 do Código de Processo Penal, já que o juiz teria substituído ao Ministério Público, não tendo o órgão acusador comparecido nas audiências. Os acórdãos destacam que ao juiz não é vedado formular perguntas; no entanto, não pode substituir o órgão acusador, violando o sistema acusatório, assim como caracterizando

ativismo judicial³.

Ao analisar a apelação 70035811710, o julgador esclarece o procedimento da seguinte maneira:

Primeiramente a parte demonstra o que pretende provar com a inquirição de determinado sujeito; em seguida, garante-se o contraditório e, por último, o magistrado, realiza a complementação, na esteira da situação processual formada com as perguntas, com o objetivo de esclarecer situações que, a seu juízo, não restaram claras. **Caminha-se na esteira de um sistema democrático, ético e limpo de processo penal (fair play). Evitam-se os intentos inquisitoriais, o assumir o lugar da parte, a parcialização do sujeito encarregado do julgamento. A nova realidade processual, na perspectiva da complexidade contemporânea, da velocidade, instantaneidade, telepresença, temporalidade expansiva, do devir e do estar, abandona o primitivismo paternalista e adentra na supremacia da constituição e da necessidade de aplicação da regra ordinária quando encontrar respaldo constitucional.**

Verifica-se, portanto, que, nestes seis acórdãos, as decisões foram reformadas, visando a assegurar o sistema acusatório constitucional, assegurando assim a função do processo penal, que é – principalmente – garantir os direitos fundamentais dos indivíduos.

Estando vinculada a nova realidade processual com complexidade moderna, em razão do período que hoje se vive, assim como com a Constituição, conforme acima ressaltado, pretende-se abordar tais assuntos, assim como analisar o papel da sentença em um papel pós-moderno. Do mesmo modo, pretende-se abordar a Constituição como aquisição evolutiva da sociedade.

5 – A complexidade da sociedade moderna e a sua possível redução (teoria dos sistemas sociais e a autopoiese)

Para Anthony Giddens, vive-se hoje em uma sociedade pós-tradicional, em uma sociedade que reconstruiu a tradição, enquanto a dissolvia, já que, em alguns momentos, “a tradição polarizou alguns aspectos fundamentais da vida”, enquanto outros foram deixados de lado, como o “iluminismo radicalizador” (GIDDENS, 1997, p. 74). Embora esse notório sociólogo não aborde a teoria dos sistemas sociais, acredita-se ser importante referir algumas

³Quando se fala em ativismo judicial, se está referindo a “ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo” (RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial – Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, 2010, p. 116).

das suas observações no presente texto, considerando a contribuição do conjunto da sua obra para a compreensão da sociedade.

Vive-se hoje em uma sociedade complexa. A complexidade seria o “*excesso de possibilidades, contra a contingência de soluções, em que deve haver seleção, opção, escolha, por uma hipótese, que pode não se revelar a correta*” (RIBEIRO, 2014, p. 62). Quanto mais possibilidade de escolha se tem, mais complexidade há, assim sendo o contexto pós-tradicional:

Nos contextos pós-tradicionais, não temos outra escolha senão decidir como ser e como agir. Partindo desta perspectiva, até os vícios são escolhas: são modos de se enfrentar a multiplicidade de possibilidades que quase todos os aspectos da vida cotidiana, quando se olha da maneira adequada, oferecem (GIDDENS, 1997, p. 94)

Anthony Giddens, portanto, destaca que, no contexto pós-tradicional, é necessário que sejam feitas diversas escolhas, as quais envolvem o nosso ser e o nosso agir, de modo que até os nossos vícios seriam escolhas. As nossas escolhas seriam a forma de enfrentar as possibilidades que nos são oferecidas em todos os aspectos da vida cotidiana.

Essa multiplicidade de ofertas e possibilidades, carrega consigo o risco e o perigo. Conforme Diógenes Ribeiro, amparado em Niklas Luhmann, “*há risco e improbabilidades, o que demanda esforço e cálculo, que somente servem para reforçar a conclusão*”.

Para explicar o risco e o perigo, Germano Schwartz refere que “*Se o futuro dano é consequência de decisão, está-se diante do risco. Por outro lado, se se julga que o dano posterior é provocado externamente, ocorre o perigo*” (SCHWARTZ, 2015, p. 13). Ou seja, quando o possível dano advém de uma decisão, há o risco. Quando o futuro dano é um fenômeno externo, ocorre o perigo. Ressalta-se ainda que “*o risco deve ser tratado como um fenômeno de contingência advinda da complexidade da sociedade contemporânea*” (SCHWARTZ, 2015, p. 15).

Para que se possa compreender o risco e o perigo, é preciso compreender a sociedade. Para explicar a sociedade, Niklas Luhmann⁴ cria a teoria dos sistemas sociais. Esta teoria refere que a sociedade é um todo, sendo dividida em diversas esferas (economia, política, direito, entre outros) (LUHMANN, 1993, p. 9-10), sendo que a sociedade é composta de comunicação e só de comunicação, embora esta seja improvável. Luhmann salienta a improbabilidade de consenso:

⁴Niklas Luhmann refere que complexidade não se confunde com complicação, mas explica que é uma questão crucial observar a complexidade. Além disso, refere que, sem observador, não há complexidade.. (LUHMANN, Niklas. **Introducción a la teoría de sistemas**. México D. F.: Antrhopos, 1996a, p. 144)

Para una teoría de los sistemas sociales no se puede contar con un tal consenso, y esto sobre todo es válido para describir el sistema de derecho como un sistema social autopoiético, operativamente clausurado. En este sentido, la ciencia del derecho que se considera ciencia de textos no tiene ninguna necesidad de dar ninguna explicación. La sociología del derecho se conforma la mayor parte del tiempo con un concepto vago de acción o de comportamiento (*behavior*) y llena los contenidos específicos del derecho con la consideración de las representaciones y las intenciones del que actúa o con la consideración del “sentido mentado” (*gemeinten Sinn de Max Webber*) de la acción. Para nosotros esto no basta. No discutimos que existan operaciones del tipo psíquico equivalentes a las operaciones sociales del derecho y que se puedan investigar en modo empírico (con la conocida falta de confiabilidad). Pero aquel que se orienta conscientemente al derecho, debe saber de qué sentido se trata. Debe remitirse a un sistema social de derecho ya constituido a los sedimentos textuales de este sistema.(...) La autopoiesis del derecho se puede realizar tan sólo mediante operaciones sociales (LUHMANN, 1998, p. 103-104)

Na teoria dos sistemas sociais, não é possível se contar com um consenso. Disso decorreria a importância de verificar o direito como um sistema autopoietico, que é operativamente enclausurado, sendo que o direito não teria a necessidade de dar explicações. Contudo, aquele que se orienta ao direito, precisa entender o seu sentido, remetendo-se ao sistema social do direito. Em outros termos, o direito, para se reproduzir autopoieticamente, necessita, além da clausura operativa do código, que o diferencia, também da abertura cognitiva ao ambiente. Conforme já acima referido, o direito, como sistema e como função, precisa se “confrontar” com outras funções, de outros sistemas, para que haja a construção do conhecimento, assim como a sua compreensão.

A autopoiese consiste em “*um sistema que é capaz de se autorreproduzir por intermédio de seus próprios elementos em uma lógica recursiva*” (SCHWARTZ, 2015, p. 19). Assim sendo, mesmo que não ocorra qualquer forma de consenso entre os sistemas sociais e os subsistemas, o direito – que tem como função a estabilização das expectativas normativas através da regulação - (LUHMANN, 1998. p 188), para realizar a sua função e se reproduzir autopoieticamente, precisa aprender dos outros, por via da abertura cognitiva, o que faz, ou pode fazer, também através das decisões judiciais.

A autopoiese do direito, nesse sentido, seria também uma forma de redução da complexidade, a medida em que o direito se permite escolhas. Estas escolhas são feitas por meio de sentenças judiciais, as quais se revelam um gerenciador de risco, na medida em que optam por determinada solução, analisando as possíveis consequências e buscando a ter o menor risco possível.

Através da análise de escolhas e riscos feitas por Anthony Giddens, em “Modernização Reflexiva”, verifica-se que a decisão judicial nada mais é do que uma forma

de reduzir a complexidade na sociedade pós-moderna, pós-tradicional. Assim também é o ensinamento de Leonel Severo Rocha:

O risco é a contingência: uma decisão sempre implica a possibilidade de que as suas consequências ocorram de maneira diferente. As organizações são os sistemas encarregados de reduzir a complexidade em tal situação. E essa é uma das funções do Poder Judiciário, cuja posição é central no Sistema do Direito (ROCHA, 2013, p. 37)

Nesse sentido, as organizações são as responsáveis por reduzir a complexidade na sociedade, sendo esta uma das funções do Direito. A decisão judicial é, portanto, um gerenciador de risco em uma sociedade pós-tradicional, a qual apresenta diversos riscos. Na proporção em que a decisão judicial é o gerenciador de risco da nossa sociedade pós-moderna, quando leis são criadas ou readaptadas, é porque se acredita que o juiz poderá gerenciar aquele risco quando da aplicabilidade da legislação.

Os problemas pós-tradicionais; no entanto, não descartam a tradição. Questiona-se, portanto, até que ponto a tradição deve ser observada e até que ponto deve ser questionada, ponto que será abordado em seguida.

6 – A Constituição como aquisição evolutiva da sociedade e o problema da tradição

No Estado Democrático de Direito brasileiro, a maior garantia que se possui é a Constituição Federal, instrumento que garante nossos direitos e garantias, trazendo uma plenitude de direitos individuais e sociais.

Conforme Germano Schwartz, a Constituição deve ser vista como uma aquisição evolutiva da sociedade (SCHWARTZ, 2015, p. 9), isto é, a Constituição evolui conforme a sociedade evolui. Acredita-se que não somente a Constituição, mas o direito, como um todo, também deve ser verificado como uma aquisição evolutiva da sociedade.

Embora o direito possa ser previsto legalmente, pode ocorrer que este não seja concretizado, pois conflita com outras esferas da sociedade, como, por exemplo, a moral ou a política, sendo, que para a sua concretização ser realizada, será mais fácil quando a sociedade já tiver evoluído naquele determinado ponto e entender a importância de sua concretização.

Dessa forma, a aquisição evolutiva da sociedade estaria diretamente relacionada à tradição e/ou à memória, pois o direito somente se implementaria e seria concretizado efetivamente a partir do momento em que a sociedade estivesse pronta para cumpri-lo, não

rompendo com a função estabilizadora das expectativas normativas dos indivíduos.

Isso também não significa que os direitos não deveriam ser implementados. Ao revés, é extremamente importante que eles sejam implementados, para que possa ocorrer este choque com as outras esferas da sociedade, pois, como acima já referido, embora improvável o consenso entre os sistemas e suas respectivas funções na sociedade, o entendimento e o conhecimento só serão possíveis através deste choque. Contudo, deve-se destacar que “*a evolução não pode ser causada, nem construída, apenas estimulada*” (RIBEIRO, 2014, p. 66).

Porém, para que este estímulo seja possível, imprescindível que se entenda a tradição e/ou memória da sociedade, pois será através dela que será possível a compreensão de como ocorreu, ocorre ou ocorrerá a evolução, procurando assim evitar consequências indesejadas. Conforme Giddens, “*tradição está ligada à memória*”(GIDDENS, 1997, p. 81). Ainda, segundo o autor, “*a memória é um processo ativo, social, que não pode ser apenas identificado com a lembrança*” (GIDDENS, 1997, p. 81).

A memória e a tradição se mostram importantes, pois ensinam com a própria história, conforme ensinamento de Hans-George Gadamer:

A tradição sempre é um momento da liberdade e da própria história. Também a tradição mais autêntica e venerável [...] necessita ser afirmada, assumida e cultivada. A tradição é essencialmente conservação e como tal sempre está atuante nas mudanças históricas” (GADAMER, 2005, p. 422).

A tradição necessita ser afirmada, para que se possa aprender com a história.

Ainda que se viva em sociedade complexa, onde existem múltiplas opções de decisões, assim como existe uma gama de problemas pós-modernos, não é possível descartar a tradição e a herança já conquistadas. Não se pode desprezar o direito que a sociedade já adquiriu. Ao revés, deve-se aproveitar os ensinamentos que elas trouxeram.

Todavia, por igual, não se pode deixar de questionar esta tradição para que se possa evoluir enquanto sociedade; contudo, é sempre necessária uma argumentação relevante para que se possa descartá-las.

Dessa forma, as garantias constitucionais previstas, portanto, na Constituição Federal, em especial, no que diz respeito à persecução penal, não devem ser ignoradas. Se a Constituição estabelece que o sistema processual penal segue o sistema acusatório, utilizando o contraditório e a ampla defesa, isso deve cumprido.

Por isso, não há como ignorar que o sistema acusatório é uma conquista da sociedade e

que por isto não pode ser eliminado. Do mesmo modo, não se pode ignorar a observação ao artigo 212 do Código de Processo Penal por representar a tradição e a herança histórica já conquistada. Nesse sentido, destacam Bizotto, Eberhardt e Jobim:

Afasta-se, pois, de qualquer idéia de um processo penal que possua um magistrado que proceda de ofício, ainda mais quando na busca e valorização da prova; construído desde uma instrução escrita e secreta, nos quais estão excluídos ou limitados o contraditório e o direito de defesa (BIZOTTO; EBERHARDT; JOBIM, 2006, p. 26)

Estando determinado que o julgador deve afastar-se da colheita de provas, para que seja possível um sistema acusatório, assim deve ser feito, para que o contraditório e o direito de defesa não sejam limitados.

7 – O artigo 212 do Código de Processo Penal e o sistema autopoietico

Do mesmo modo, torna-se necessário demonstrar que, apesar das dificuldades aqui apresentadas, o direito, por ser um sistema autopoietico, apresenta as respostas a ele próprio, conforme será abaixo aplicado.

Utilizando-se dos seis casos acima listados apreciados pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, verifica-se que o Tribunal, ao decidir, respondeu a ele mesmo e afirmou o direito, de forma autopoietica.

Na Apelação 70055015051, Apelação 70053747077, Apelação 70054173893, Apelação 70052922382, Apelação 70052873015 (todos da 5ª Câmara Criminal) e Apelação 70035811710 (3ª Câmara Criminal), verificou-se que, em primeiro grau, um dispositivo processual penal, alinhavado com a Constituição Federal, tinha sido violado, já que não se observou o artigo 212 do Código de Processo Penal. No entanto, os tribunais reformaram estas decisões, respondendo à sociedade o que era direito.

Os Tribunais, ao aplicarem o artigo 212 do Código de Processo Penal, o analisaram em consonância com as disposições constitucionais, afinal “*a Constituição somente pode ser compreendida a partir de diferenciação funcional entre o sistema político e o sistema jurídico, visto que se apresenta como uma aquisição evolutiva da sociedade*”, de forma que utiliza o direito da razão e não mais o direito natural (SCHWARTZ, 2015, p. 26-27).

Conforme Luhmann, os tribunais ocupam o papel central no sistema jurídico (LUHMANN, 1990), pois somente estes têm a possibilidade de prolatar decisão com o *enforcing power* final (LUHMANN *apud* SCHWARTZ, 2015, p. 21). Assim, “*as decisões*

dos tribunais se irradiam perante todo o sistema, alimentando e reprocessando a periferia, ao mesmo tempo em que ela influencia e irrita as decisões dos tribunais” (SCHWARTZ, 2015, p. 21).

A periferia, por sua vez, seria a legislação, *“o ponto onde há a abertura cognitiva e pelo meio do qual se mantém a unidade interna, situando-se a periferia como verdadeiro borderline ente o sistema jurídico e o sistema político”*(SCHWARTZ, 2015, p. 21).

Nessa forma, o Tribunal ao afirmar que a não aplicação do artigo 212 é um não-direito, que o julgador não pode substituir o órgão acusador, acaba por declarar o constante no artigo 212 do Código de Processo Penal como direito, já que tudo aquilo que não se conforma com direito, demonstra que o contrário é o direito. É o binômio Direito/Não Direito. (SCHWARTZ, 2015, p. 25).

A Constituição da República Federativa do Brasil passa a ser, portanto, a unidade da diferença entre o Processo Penal e o que não é direito, já que a Constituição estabelece diretrizes políticas para o processo penal, assim como se comunica com outras esferas da sociedade, em especial, com a política, representando as escolhas da sociedade. Desse modo, verifica-se que os tribunais atendem ao questionamento da sociedade, informando que o sistema acusatório é um direito, uma aquisição evolutiva da sociedade.

8 – Considerações Finais

Através da observação, é possível identificar que, na Constituição da República Federativa do Brasil, há direitos e liberdades que representam uma aquisição evolutiva da sociedade, esta aquisição ocorreu através da tradição e da herança histórica.

Do mesmo modo, pode-se observar que, para a conformação das normas constitucionais, o Código de Processo Penal necessitou passar por diversas alterações. No entanto, vislumbra-se que, na prática, nem sempre estas reformas são atendidas, a exemplo do caso do artigo 212 do Código de Processo Penal, em especial, quando se trata de julgamento em primeiro grau.

É possível observar que, em seis casos, os julgamentos de apelação no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, reconheceram a nulidade arguida, pois o juiz havia substituído o órgão acusador, em clara violação ao sistema acusatório e assim violando as garantias do acusado, o que se transveste em problema grave, já que há notório rompimento com a tradição e a herança histórica e, logo, com a aquisição evolutiva da sociedade, sem que haja argumentação relevante.

A decisão judicial de primeira instância, nestes casos, deixa de observar a tradição/memória, não analisando os riscos que a decisão poderá trazer, o que poderia comprometer a reprodução autopoietica do direito. Contudo, verifica-se que, os tribunais, em sede de segunda instância, sendo o centro do direito, conseguem responder ao seu próprio sistema, já que conseguem decretar a anulação da instrução probatória e demonstrar que o sistema acusatório é um direito da sociedade e, portanto, do indivíduo, impondo-se sua aplicação.

Ademais, é importante referir que a Constituição Federal passa a ser união entre o processo penal e o não direito, já que a Constituição traz diretrizes políticas para o processo penal, permitindo que este fenômeno – e suas escolhas – entre em conflito com outros fenômenos e outras esferas da sociedade. Somente a partir deste dissenso será possível o entendimento das diretrizes políticas estabelecidas para o processo penal.

Referências Bibliográficas

BALESTRIN, Thelleen Aparecida; SANTOS, Paulo Junior Trindade dos. Ativismo judicial. **Revista da ESMESC (Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina)**, v. 1., n. 1, p. 460, ago. 1995

BARROS, Flaviane de Magalhães. O papel do Supremo Tribunal Federal nas reformas do Código de Processo Penal: a necessidade de revisão da teoria das nulidades. Disponível em: <http://www.libertas.ufop.br/Volume1/n1/vol1n1-5.pdf> Acesso em: 06 jul 2015

BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997.

BOBBIO, Norberto. **Liberdade e democracia**. 4ª reimp. da 6ª ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 2000.

BIZOTTO, Alexandre; EBERHARDT, Marcos; JOBIM, Augusto. Sistema Acusatório: (Apenas) Uma Necessidade do Processo Penal Constitucional. **A Crise do Processo Penal e as Novas Formas de Administração da Justiça Criminal**. Porto Alegre: Notadez Informação Ltda, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 07 jul 2015

BRASIL. Presidência da República. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 07 jul 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 122.467/SP**. Reclamante: Valdecir Cardoso. Reclamado: Ministério Público Federal. Relator: Ricardo Lewandowski. Brasília, 03 de junho de 2014. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6423945> Acesso em: 07 jul 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 114.787/SP**. Paciente: Valter dos Santos. Impetrante: Ana Lúcia Carlos Pereira. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Luiz Fux. Brasília, 25 de junho de 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4318551> Acesso em: 07 jul 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 117.102/SP**. Paciente: J A de S. Impetrante: Maria Claudia de Seixas e outros. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ricardo Lewandowski. Brasília, 25 de junho de 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4312985> Acesso em: 07 jul 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 112.212/SP**. Paciente: Sérgio Francisco Gomes. Impetrante: Ana Lúcia Carlos Pereira. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ricardo Lewandowski. Brasília, 18 de setembro de 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2864537> Acesso em: 07 jul 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 110.623/DF**. Reclamante: Ministério Público Federal. Reclamado: Alexandre Sousa Oliveira e outros. Relator: Ricardo Lewandowski. Brasília, 13 de março de 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1846394> Acesso em: 07 jul 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação 70057862138**. Apelante: Lucas Alves Ferreira e Maciel Guterres Alves, Everton Homero Chaves Vieira e Cátia Ferreira dos Santos. Apelado: Ministério Público. Relator: João Batista Marques Tovo. Rio Grande do Sul, 02 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc> Acesso em: 11 jul 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação 70063099709**. Apelante: Cesar Juarez Moyses, Michel Evandro Moyses e Paulo Roberto Ventura Machado. Apelado: Ministério Público. Relator: Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak. Rio Grande do Sul, 25 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc> Acesso em: 11 jul 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação 7005501501**. Apelante: Vilmar Possamai e Angelita Petry. Apelado: Ministério Público. Relator: Ivan Leomar Bruxel. Rio Grande do Sul, 18 de setembro de 2013. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc> Acesso em: 11 jul 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação 70053747077**. Apelante: Ivan Luis Sebastiao. Apelado: Ministério Público. Relator: Ivan Leomar Bruxel. Rio Grande do Sul, 18 de setembro de 2013. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc> Acesso em: 11 jul 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação 70054173893** Apelante: M.A.G.C.. Apelado: M.P.. Relator: Ivan Leomar Bruxel. Rio Grande do Sul, 18 de setembro de 2013. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc> Acesso em: 11 jul 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação 70052922382** Apelante: Geison Damiani. Apelado: Ministerio Publico. Relator: Ivan Leomar Bruxel. Rio Grande do Sul, 24 de julho de 2013. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc> Acesso em: 11 jul 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação 70052873015**Apelante: Rodrigo

Girardi. Apelado: Ministério Público, Relator: Ivan Leomar Bruxel. Rio Grande do Sul, 10 de abril de 2013. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc> Acesso em: 11 jul 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação 70035811710** Apelante: Lialete Terezinha Pinto Aquino. Apelado: Ministério Público. Relator: Newton Brasil de Leão. Rio Grande do Sul, 28 de outubro de 2010. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc> Acesso em: 11 jul 2015.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil. O longo caminho.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

CONCEIÇÃO, Fábio Aguiar; MELO, Michele Ribeiro de. Ativismo Judicial e Estado Democrático de Direito. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 20, 2011, Belo Horizonte. **Anais Eletrônicos do XX Encontro Nacional do CONPEDI.** Belo Horizonte: Conselho Nacional de Pesquisa em Direito, 2011.

CLAM, Jean; ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional.** 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2010.

_____; FILHO, Antônio Magalhães Gomes; GRINOVER, Ada Pellegrini. **As nulidades do processo penal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

GADAMER, Hans George. **Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.** Trad: Flávio Paulo Meurer. 7ª. Edição. Petrópolis-RJ: Vozes, 2005

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica.** São Paulo: Atlas, 2014.

GRECO, Filho. **Manual de Processo Penal.** 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Reformas (?) do Processo Penal.Considerações Críticas.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. **Teoria de la sociedad.** Mexico: Universidad Iberoamericana, 1993.

_____. **El derecho de la sociedad.** Mexico: Universidad Iberoamericana, 1998.

MARQUES, José Frederico, Elementos de Direito Processual Penal, Vol. I, Campinas: Bookseller, 1998.

MORAIS, José Luiz Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência Política e Teoria do Estado.** 5 ed. rev. e atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

PRIBAN, Jiri; ROCHA, Leonel Severo; SCHWATZ, Germano. **Sociologia Sistêmico-Autopoietica das Constituições.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial – Parâmetros Dogmáticos.** São Paulo: Saraiva, 2010.

RIBEIRO, Diógenes V. Hassan. As ações repetitivas e a exigência de soluções complexas. **Revista Brasileira de Direito Processual**, v. 23, p. 55-73, 2014.