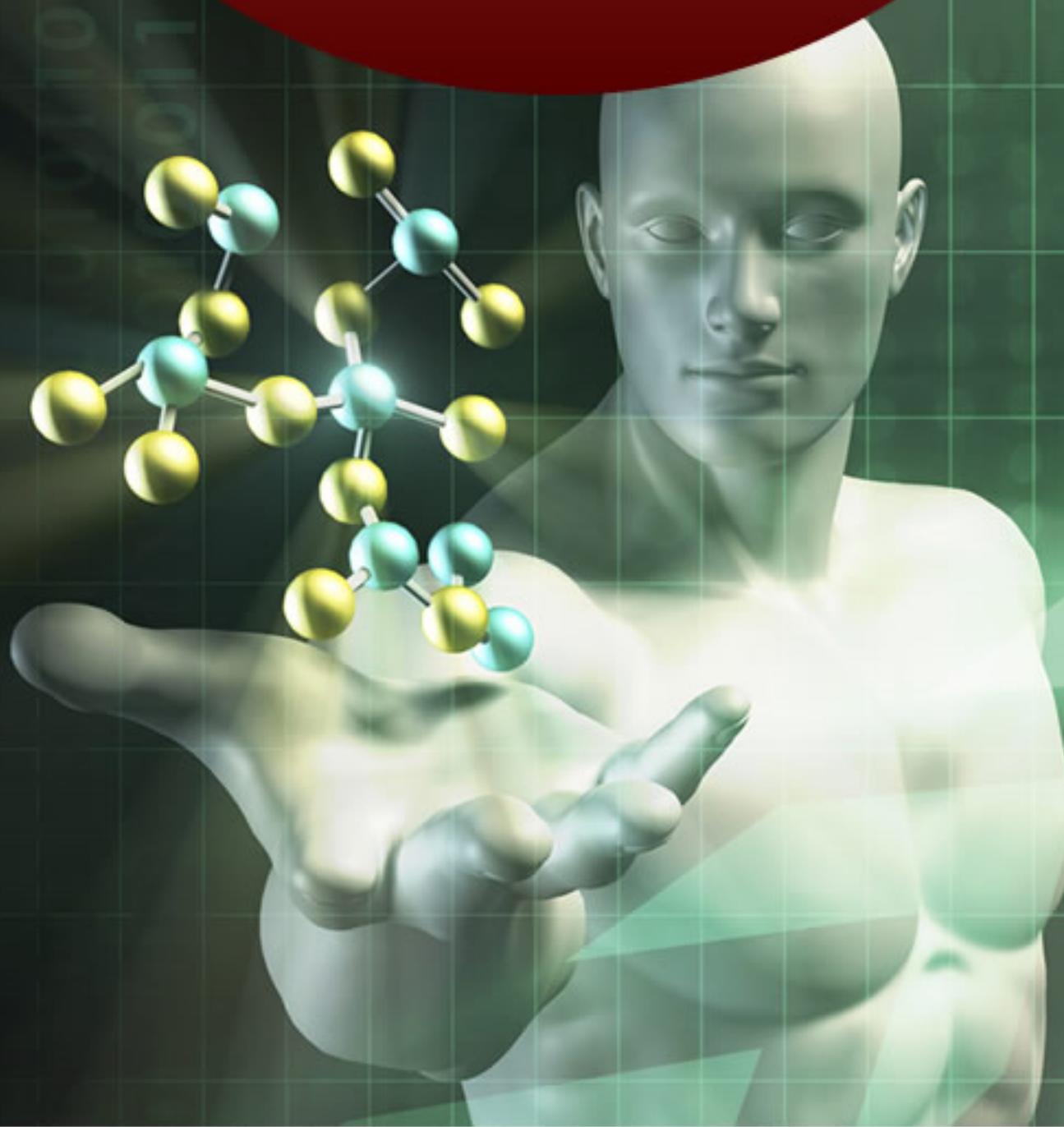


Fenômenos Sociais e Direito

Kátia Lopes Mariano
(Organizadora)



**Kátia Lopes Mariano
(Organizadora)**

FENÔMENOS SOCIAIS E DIREITO

Atena Editora

2017

2017 by Kátia Lopes Mariano
Copyright © da Atena Editora
Editora Chefe: Profª Drª Antonella Carvalho de Oliveira
Edição de Arte e Capa: Geraldo Alves
Revisão: Os autores

Conselho Editorial

Prof. Dr. Álvaro Augusto de Borba Barreto (UFPEL)
Prof. Dr. Antonio Isidro-Filho (UnB)
Prof. Dr. Carlos Javier Mosquera Suárez (UDISTRITAL/Bogotá-Colombia)
Prof. Dr. Constantino Ribeiro de Oliveira Junior (UEPG)
Prof. Dr. Gilmei Francisco Fleck (UNIOESTE)
Prof. Dr. Ronilson Freitas de Souza (UEPA)
Prof. Dr. Takeshy Tachizawa (FACCAMP)
Prof. Dr. Valdemar Antonio Paffaro Junior (UFAL)
Profª Drª Adriana Regina Redivo (UNEMAT)
Profª Drª Deusilene Souza Vieira Dall'Acqua (UNIR)
Prof. Dr. Antonio Carlos Frasson (UTFPR)
Profª Drª Ivone Goulart Lopes (Istituto Internazionale delle Figlie de Maria Ausiliatric)
Profª Drª Lina Maria Gonçalves (UFT)
Profª Drª Vanessa Bordin Viera (IFAP)

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(eDOC BRASIL, Belo Horizonte/MG)**

F339

Fenômenos sociais e direito / Organizadora Kátia Lopes Mariano. –
Ponta Grossa (PR): Atena Editora, 2017.
391 p. : 4.549 kbytes

Formato: PDF
ISBN 978-85-93243-34-9
DOI 10.22533/at.ed.3492208
Inclui bibliografia.

1. Cidadania. 2. Direito - Filosofia. 3. Direitos fundamentais.
4. Problemas sociais. I. Mariano, Kátia Lopes. II. Título.

CDD-323.6

O conteúdo dos artigos e seus dados em sua forma, correção e confiabilidade são de responsabilidade exclusiva dos seus respectivos autores.

2017

Proibida a reprodução parcial ou total desta obra sem autorização da Atena Editora
www.atenaeditora.com.br
E-mail: [contato@atenaeditora.com.br](mailto: contato@atenaeditora.com.br)

Apresentação

O Direito é um fenômeno que se verifica na realidade social e serve como um instrumento de mudança na ordem social. Os fenômenos sociais aliados à interdisciplinaridade das ciências sociais nos levam a um estudo de realidades sociais, políticas e econômicas distintas, contribuindo para o enriquecimento do conhecimento como um todo.

Fenômenos sociais e Direito é uma obra que apresenta reflexões compartilhadas por seus autores, as quais representam o resultado de estudos e pesquisas que produzem um processo de entrelace entre as Ciências Sociais e as áreas de especialidade do Direito, indo de encontro com o antigo brocado: *ubi societas, ibi jus* (onde está a sociedade está o Direito).

Este e-book possui 23 artigos científicos, cujos autores, aqui reunidos, apresentam diversos problemas e conflitos sociais passando pelas áreas do direito ambiental, constitucional, do trabalho, previdenciário, civil, penal, processual e da sociologia jurídica. Cada artigo paira sobre uma temática e instiga a curiosidade de esmiuçar conhecimentos diversos.

O propósito dessa publicação é contribuir para a divulgação e reflexão acerca dos temas abordados pelos pesquisadores, assim, proporcionando o acesso e disponibilizando o conhecimento a todos.

É nesse viés que o presente livro nos traz a organização dos textos produzidos por diversos autores inseridos em distintas instituições de ensino, nos convidando à reflexão e ao debate a respeito dos temas aqui expostos.

Que a leitura dos textos componentes da presente obra atinjam a finalidade de difundir o conhecimento, contribuindo para a exploração e troca de pensamentos que os temas apresentados propiciam.

Desejo a todos uma proveitosa leitura!

Kátia Lopes Mariano

SUMÁRIO

Apresentação.....	03
<u>CAPÍTULO I</u>	
A ATUAL SITUAÇÃO DA MULHER NO MERCADO DE TRABALHO: DAS MARCAS HISTÓRICAS AOS EFEITOS DA DIVISÃO SEXUAL DO TRABALHO	
<i>Ezequiel Anderson Junior e Gabriela Amorim Paviani.....</i>	08
<u>CAPÍTULO II</u>	
A CONTRIBUIÇÃO DO DIREITO URBANÍSTICO PARA A CONSTRUÇÃO DE UMA CIDADE DEMOCRÁTICA	
<i>Ana Cláudia Duarte Pinheiro e Nádilla Marques da Silva.....</i>	29
<u>CAPÍTULO III</u>	
A INCLUSÃO SOCIAL DOS AUTISTAS FACE À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE NA EDUCAÇÃO	
<i>Yuki Lopes Tamura e Leila Cleuri Pryjma.....</i>	43
<u>CAPÍTULO IV</u>	
A INFLUÊNCIA DO PODER ECONÔMICO SOBRE A TRIPARTIÇÃO DOS PODERES NO ESTADO CONTEMPORÂNEO	
<i>Túlio Santos Caldeira.....</i>	58
<u>CAPÍTULO V</u>	
A INTERPRETAÇÃO DOS TERMOS DO ART. 187 DO CÓDIGO CIVIL	
<i>Mariana Viale Pereira.....</i>	74
<u>CAPÍTULO VI</u>	
A POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DO ACRÉSCIMO ASSISTENCIAL DE 25% PARA AS APOSENTADORIAS POR IDADE E POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO	
<i>Douglas Santos Mezacasa e Eduardo Roberto dos Santos Beletato.....</i>	88
<u>CAPÍTULO VII</u>	
A VIDA DE PABLO ESCOBAR E A ESFERA PÚBLICA: DIREITO AO ESQUECIMENTO E “NECESSIDADE” DE LEMBRAR	
<i>Maria Cláudia Cachapuz e Clarissa Carello.....</i>	103
<u>CAPÍTULO VIII</u>	
CIDADANIA: O DIREITO NEGADO ÀS MULHERES	
<i>Naiara Coelho.....</i>	118
<u>CAPÍTULO IX</u>	
CONSIDERAÇÕES ACERCA DO ATENDIMENTO ACAUTELATÓRIO SOB A ÓTICA DOS	

DIREITOS HUMANOS	
<i>Fernanda Ichikawa Claro Silva e Isabela Simões de Oliveira</i>	132
 <u>CAPÍTULO X</u>	
CRISE SISTÊMICA, AUTOPOIESE E AS MANIFESTAÇÕES POPULARES DE 2013 NO BRASIL: UMA LEITURA A PARTIR NIKLAS LUHMANN	
<i>Gualterberg Nogueira de Lima e Silva e Janaina Barcelos Corrêa</i>	154
 <u>CAPÍTULO XI</u>	
CRÍTICAS À PRÁTICA PROCESSUAL PENAL A PARTIR DA FILOSOFIA MADURA DE FRIEDRICH NIETZSCHE	
<i>Alexandre de Mendonça Nascimento</i>	167
 <u>CAPÍTULO XII</u>	
CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E DE PERICULOSIDADE: NOVO POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL	
<i>Angelita Caroliny Vilela Salvador</i>	187
 <u>CAPÍTULO XIII</u>	
DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SUSTENTABILIDADE COMO CAMINHO À CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE	
<i>José Flôr de Medeiros Júnior</i>	205
 <u>CAPÍTULO XIV</u>	
ESTADO, DEMOCRACIA E DIREITO: UMA REFORMULAÇÃO DO CONCEITO DE DEMOCRACIA NO CONTEXTO LATINO-AMERICANO	
<i>Bruno Bandeira de Vasconcelos</i>	222
 <u>CAPÍTULO XV</u>	
MEDIAÇÃO E JUSTIÇA: uma questão de futuro e desenvolvimento social	
<i>Elaine Cler Alexandre dos Santos e Heitor Romero Marques</i>	238
 <u>CAPÍTULO XVI</u>	
NANOCOSMÉTICOS E O DIREITO A INFORMAÇÃO: COMO E O QUÊ INFORMAR AO PÚBLICO CONSUMIDOR?	
<i>Raquel Von Hohendorff, Paulo Júnior Trindade dos Santos, Wilson Engelmann e Daniela Regina Pellin</i>	251
 <u>CAPÍTULO XVII</u>	
O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA E GRATUIDADE JUDICIÁRIA SOB A ÓTICA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	
<i>Francisco Romero Junior e Heitor Romero Marques</i>	268

CAPÍTULO XVIII

- O DUMPING AMBIENTAL E O ÍLICO LUCRATIVO NO COMÉRCIO INTERNACIONAL
Giovana Mesquita Alves Cruz e Henrique Pinho de Sousa Cruz.....281

CAPÍTULO XIX

- OS ATOS ADMINISTRATIVOS NORMATIVOS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E AS
POLÍTICAS PÚBLICAS: o dever de proteção e promoção
Luciana Oliveira de Campos.....294

CAPÍTULO XX

- OS GARIS NO MUNICÍPIO DE CAMPO GRANDE/MS: PROCESSO DE EXCLUSÃO E
INVISIBILIDADE SOCIAL SOB A PERSPECTIVA SÓCIO-JURÍDICA
José Manfroi, Gabriela Oshiro Reynaldo e Nicolas Addor.....312

CAPÍTULO XXI

- OS NOVOS MOVIMENTOS SOCIAIS COMO ATORES DO PLURALISMO JURÍDICO: NOVOS
ATORES SOCIAIS E NOVA FONTE DE PRODUÇÃO JURÍDICA
Valquiria Palmira Cirolini Wendt e Emerson Wendt.....330

CAPÍTULO XXII

- POSSIBILIDADE JURÍDICA DA DESAPOSENTAÇÃO NO REGIME GERAL DE
PREVIDÊNCIA SOCIAL
Bruna Bossay Assumpção Fassa.....344

CAPÍTULO XXIII

- PRECEDENTES VINCULANTES À BRASILEIRA: Da Reclamação como instrumento
necessário à sua efetivação
Guilherme Mungo Brasil.....364
- Sobre a organizadora*.....385
- Sobre os autores*.....386

CAPÍTULO XI

CRÍTICAS À PRÁTICA PROCESSUAL PENAL A PARTIR DA FILOSOFIA MADURA DE FRIEDRICH NIETZSCHE

Alexandre de Mendonça Nascimento

CRÍTICAS À PRÁTICA PROCESSUAL PENAL A PARTIR DA FILOSOFIA MADURA DE FRIEDRICH NIETZSCHE

Alexandre de Mendonça Nascimento

Universidade Estadual de Londrina
Londrina - Paraná
alexandredmn@gmail.com

RESUMO: O presente artigo analisa, a partir da filosofia de Friedrich Nietzsche: a) os fundamentos e as consequências da busca da verdade absoluta no processo penal em tempos de niilismo; b) a linguagem enquanto metáfora e a crença nela dentro do processo penal; c) a vontade de poder enquanto princípio do ser do ente e sua consequência na prática penal interpretativa. Objetiva-se, com isto, demonstrar a grave afronta aos direitos humanos dentro do processo penal pautado pela busca da verdade real, uma vez que o humano é reduzido a conceitos linguísticos frutos das vontades de poder do acusador e do julgador.

PALAVRAS-CHAVE: Nietzsche e Processo Penal. Nietzsche e Direitos Fundamentais. Perspectivismo e Processo Penal.

INTRODUÇÃO

O processo judicial (penal e civil) funda-se na ideia de que os institutos do direito instrumental são aptos a atingir a verdade dos fatos. Alcançada esta, pode o juiz decretar uma sentença justa.

Ocorre, todavia, que os fatos não são apreensíveis em sua totalidade pelo ser humano. Destarte, desde a experiência das partes até a sentença definitiva pelo juiz com resolução de mérito, os fatos são interpretados diversas vezes, distanciando-se os autos da primeira realidade experimentada pelas partes.

Ademais, as provas, presunções e a própria sentença encerram em si a ideia de que são capazes de atingir a verdade absoluta, quando, na verdade, o Direito impõe restrições a si próprio na busca pela verdade, e a sentença sempre se pauta no papel (hoje autos digitais) do processo. Com isto, a verdade é sempre produzida pela vontade de poder dominante; nunca descoberta. Enquanto o Direito limita certas interpretações inconstitucionais; a linguagem jurídica, por outro lado, burla essas limitações, criando verdades totalmente diversas daquilo que ocorreu - e contrárias aos direitos fundamentais constantes da Constituição Federal Brasileira de 1988.

Frente isto tudo, necessária, urgente e atual é a crítica do filósofo alemão Friedrich Wilhelm Nietzsche (1844-1900) à ideia de verdade absoluta. Além das consequências que o niilismo, em suas diversas formas constatadas pelo filósofo, traz à modernidade, também se analisa neste artigo seu conceito de perspectivismo fundado na vontade de poder, de maneira a demonstrar que o réu no processo penal

- a parte mais débil - é frequentemente desrespeitado em seus direitos fundamentais, reduzindo-se o humano-réu a coisa-ré, por intermédio de artifícios linguísticos e interpretativos.

Nietzsche, eminentemente em sua filosofia madura (a partir de 1882, com a publicação da segunda edição de *A Gaia Ciência/ Die fröhliche Wissenschaft*), é utilizado como marco teórico essencial para o desenvolvimento do presente trabalho. Tecem-se, fundamentando-se nos principais conceitos nietzscheanos, os contornos de uma análise hermenêutico-filosófica, cuja implicação é o apontamento da insustentabilidade das verdades punitivistas absolutas no Direito Processual Penal e das presunções fundadas na crença na linguagem jurídico-penal, porquanto desumanizam o réu e desrespeitam o devido processo legal, em clara afronta aos direitos fundamentais insculpidos no art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil.

1. CONCEITO E FINALIDADE DO PROCESSO JUDICIAL

Segundo Luiz Rodrigues Wambier (2005, p.59), direito processual é "o conjunto de normas jurídicas voltadas à regulamentação da atividade jurisdicional". Este conceito ainda se mostra obscuro caso não seja esclarecido o que se entende por "jurisdição". Jurisdição é a atividade estatal na qual o Estado substitui as partes para, assim, decidir imperativamente sobre algum litígio, pacificando, destarte, o conflito social. Nas palavras dos autores da clássica obra Teoria Geral do Processo (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2007, p. 31):

É para a consecução dos objetivos da jurisdição e particularmente daquele relacionado com a pacificação social com justiça, que o Estado institui o sistema processual, ditando normas a respeito (direito processual), criando órgãos jurisdicionais, fazendo despesas com isso e exercendo através dele seu poder.

Por mais conflituosa que seja a conceituação de justiça dentro da tradição da Filosofia platônico-ocidental, ela sempre corresponde, de alguma forma, à verdade, ou seja, à única decisão possível com base no conhecimento da ideia. Essa é a última fala de Sócrates (Platão) a Glauco no Diálogo da República: depois de a alma beber do rio Lete, ela se esquece de suas memórias. Contudo, aquela que dele não bebe, ao reencarnar-se em corpo, não se esquecerá do mundo ideal, verdadeiro, e com tal conhecimento poderá ser justo:

Portanto, se acreditas em mim, crendo que a alma é imortal e capaz de suportar todos os males, assim como todos os bens, nos manteremos sempre na estrada ascendente e, de qualquer maneira, praticaremos a justiça e a sabedoria(PLATÃO, 1997, p.352)

Com os devidos cuidados, as tradições da justiça e da verdade continuam as mesmas até Nietzsche - filósofo revolucionário ainda ignorado pelo Direito.

Pela razão, acessa-se um mundo ideal, perfeito, e a partir dele se sabe como agir justamente neste mundo aparente, ludibriador da essência e imperfeito. O fundamento da imperatividade da jurisdição penal e do processo judicial penal é essa mesma verdade perfeita, consubstanciada na crença na Justiça do processo.

Pois não busca o processo judicial a verdade dos fatos alegados? Justamente aquela posição de verdade platônica será contestada - sob óptica nietzscheana - no decorrer do presente artigo, e, consequentemente, o fundamento e o objetivo do processo. Mostrar-se-á, também, a incongruência de duas espécies de verdade a diferenciar processo penal de processo civil.

2. VERDADE FORMAL E VERDADE MATERIAL

A primeira nota distintiva - talvez a mais frequente nos livros, manuais, artigos e aulas de graduação de Processo Penal, Processo Civil e Teoria Geral do Processo - entre processo civil e processo penal é a das verdades diferentes nas quais se sustentam.

O processo civil se contenta - quando não há interesse público acima do litígio privado - com a verdade formal, qual seja: aquela verdade limitada pelos autos, pois o juiz apenas considera e valora o que foi trazido aos autos, submetendo-se, também, a ficções, tais como as presunções (p.ex. arts. 261 e 285 do CPC), sendo a mais drástica a presunção de veracidade dos fatos em face de revelia. O juiz carece de poder probatório, seria mero espectador, segundo a doutrina clássica.

Humberto Theodoro Júnior (2013,p.42), contudo, argumenta que há uma crescente publicização do processo civil com ganhos de poderes pelo juiz na busca da verdade, sendo, hodiernamente, o direito instrumental civil pautado pela verdade real.

O processo penal, por seu turno, compromete-se com a verdade real/material, qual seja: a verdade formada a partir das provas levadas aos autos pelas partes juntamente com aquelas requisitadas ex officio pelo juiz (art. 156, I e II, do CPP), não havendo que se falar em presunção de veracidade diante da revelia.

Destarte, o juiz, antes espectador no processo civil, no penal passa a ser atuante, determinando e valorando livremente as provas. Desta dialeticidade tríplice entre autor, réu e juiz surgiria uma verdade absoluta, real, material. Qualquer dúvida, por mínima que seja, deveria absolver o réu - *in dubio pro reo* (art. 5º, LVIII, CF).

Assim, a verdade formal predomina no processo civil; enquanto a busca pela verdade material, no processo penal, legitima um juiz-acusador, como será demonstrado mais adiante, ferindo-se frontalmente os direitos fundamentais da presunção de inocência (art.5º, LVII, CF); do julgamento por juiz imparcial (art.5º, XXXVII, CF e art.X da Declaração Universal dos Direitos do Homem) e do devido processo legal - contraditório e ampla defesa - (art.5º,LIV, CF e art.8º do Pacto de São José da Costa Rica, além de afrontar o sistema processual penal acusatório.

3. INCOERÊNCIA DE DUAS VERDADES NA TRADIÇÃO PLATÔNICO-OCIDENTAL DA VERDADE ÚNICA

A verdade, desde Platão, define-se como aquilo que é. O ser do ente é a verdade, em termos heideggerianos. Em outras palavras, verdade é tudo aquilo que é imutável, constante, eterno, perfeito, uno, que sempre é.

A cultura ocidental, desde a Grécia platônica, pauta-se por este conceito de verdade. Platão instaurou a verdade como sendo ideia. Tudo que aos sentidos se apresenta é imagem desfigurada do mundo das ideias. Pela razão, seguindo o método dialético, pode o homem se livrar do mundo sensível, falso, aparente, e atingir a verdade que repousa no mundo ideal.

Essa doutrina filosófica é então transmutada e absorvida pelo cristianismo. Agora não apenas de forma filosófica, mas religiosa, a oposição entre mundo aparente e mundo verdadeiro ganha contornos e fundamentos. Todo o sensível é enfim negado, posto como pecaminoso, em favor de uma verdade suprassensível, antes a ideia, agora Deus. Segue-se daí a famosa frase de Nietzsche em *Além do Bem e do Mal* (2001a, p.8): "pois o cristianismo é platonismo para o 'povo'"

O homem moderno, contudo, não mais se satisfaz com a metafísica religiosa e acaba substituindo Deus pela ciência. Este mesmo homem moderno, ateu, científico, antimetafísico não percebe, contudo, que sua Ciência requer pressupostos, justificações, tautologias que se mostram metafísicas, dando assim fundamento e direção à ciência. A ciência necessita de fé (Idem, 2013, III, 24, p142).

O niilismo, todavia, persiste após a probidade intelectual questionar seus próprios fundamentos - algo que Nietzsche chama de catástrofe da razão, em virtude da vontade de verdade (GIACOIA Jr, 2013, pp. 233-237).

Nihilismo é o fato histórico fundamental da humanidade e também da filosofia de Nietzsche. Ele o define como desvalorização dos valores supremos. No entanto, Nietzsche não usa o termo apenas no sentido tradicional - a descrença em todos os valores - mas também o utiliza para caracterizar toda crença absoluta num ideal não mundano, negador da expansão das possibilidades da vida e da arte enquanto criação de uma vontade de poder saudável. Exemplos são o nihilista que não admite nenhum valor em-si, mas também o religioso, asceta, que crê num mundo superior negando as possibilidades da Terra para com a vida física, "pecaminosa".

O homem, todavia, sem Deus e agora sem a Ciência como medidas de valores absolutos, desespera-se. "Meu Deus, por que me abandonaste/ se sabias que eu não era Deus/ se sabias que eu era fraco"(DRUMMOND, 2015, p. 10). Deus passa a ser substituído por diversos valores e ideais absolutos, unos, "verdadeiros", é a "substituição do Deus cristão por um outro ideal, a razão, o progresso, o socialismo 'econômico-social', a simples democracia" (HEIDEGGER, 2014, p.311). Defende-se aqui que a utopia da verdade processual também é uma forma de nihilismo e de crença, pois limitado é o ser humano. Ademais, alguns recorrentes conceitos jurisprudenciais também são nihilista-negativos, pois determinam verdades (periculosidade concreta, p.ex, como fundamento de prisão preventiva) sem fundamentos, a fim de punir, higienizar e castigar o réu, expiando seu crime, mesmo

que em afronta ao direito fundamental de não ser considerado culpado até o trânsito em julgado. Ou seja, muitas vezes cria-se uma verdade, atribuída como predicado inerente e imutável do réu, com o fim (mera crença) de se fazer do Direito Penal instrumento de retribuição e arrependimento do preso e de salvaguarda da sociedade.

Em qualquer de suas formas, o estabelecimento de uma verdade admite apenas ela própria naquele sentido de verdade como mesmidade. É o princípio lógico fundamental aristotélico da não contradição. O capitalismo não admite o socialismo, a Ciência não admite Deus como fato criador, a democracia não admite a monarquia absolutista. A verdade não admite a inverdade.

Como, todavia, pode a verdade admitir duas categorias, a material e a formal? Seria como admitir uma verdade perfeita e outra imperfeita. Uma verdade mais verdadeira e outra menos. Reside aí a contradição inerente aos conceitos de material e formal. Nega-se toda a história da busca do ser, e mais ainda, nega-se o princípio da não contradição, instaurando-se no processo judicial duas verdades sem quaisquer fundamentos, seja objetivo, seja metafísico. Insustentável é o alicerce dessas duas categorias, pois não o há; a doutrina sequer tenta demonstrá-lo pois não percebe a incoerência, e isto acaba influenciado todos os atos processuais, que revestem-se da veracidade formal ou real, fundamentando-se sem qualquer alicerce.

O problema ocorre quando conceitos produzidos imperfeitamente no processo penal tornam-se verdades absolutas descobertas pelos despachos e decisões do juiz, amiúde (mas não sempre) em relação promiscua com a acusação.

4. CONCEITO DE FATO

O processo judicial, penal ou civil, lida com fatos. Grosso modo, aos fatos aplica-se o direito cabível. Apresentados os fatos, provados, eles se subsumem à norma válida para o caso. O que, contudo, é fato? A melhor conceituação foi dada pelo primeiro Wittgenstein em seu *Tractatus Logico-Philosophicus* (1994, aforismos 1-2.012):

1. O mundo é tudo que é o caso. 1.1 O mundo é a totalidade dos fatos, não das coisas. 1.11 O mundo é determinado pelos fatos, e por serem todos os fatos. 1.12 Pois a totalidade dos fatos determina o que é o caso e também tudo que não é o caso. 1.13 Os fatos, no espaço lógico, são o mundo. 1.2 O mundo resolve-se em fatos. •2 O que é o caso, o fato, é a existência de estados de coisa. 2.01 O estado de coisas é uma ligação de objetos (coisas). 2.011 É essencial para a coisa poder ser parte constituinte de um estado de coisas. 2.012 Na lógica, nada é casual: se uma coisa pode aparecer num estado de coisas, a possibilidade do estado de coisas já deve estar prejulgada na coisa.

O mundo resume-se, destarte, no caso. O caso é a totalidade de fatos, e a totalidade de fatos é a totalidade lógica das concatenações possíveis dos objetos. O caso é o estado de coisas que ocorre.

Na vida, o humano enxerga a partir de si próprio o mundo. A finitude do homem se depara com a totalidade do mundo. Não pode, assim, triunfar um conhecimento pleno do que ocorre, pois, como já escrito alhures, o homem não é Deus.

Ocorre que, se na vida o humano tem uma percepção limitada do mundo, e por isso dos fatos; no processo são apresentados, seletivamente, fragmentos das porções que as testemunhas, vítimas, advogados, promotores, defensores conhecem. Apesar do alto teor teórico deste artigo, não se pode olvidar a prática forense, pois movida por interesses (condenação/absolvição), é assim que ocorre, pois o interesse é inerente ao direito, sendo os próprios direitos subjetivos comumente conceituados como interesses juridicamente protegidos e, ademais, via de regra, cada parte busca uma justiça peculiar ao seu interesse.

Sobre a totalidade dos fatos, Nietzsche demonstra a eternidade passada e futura de cada ação presente. Desta feita, toda ação é histórica e interligada, todo fato é encadeado em outros milhares de fatos.

se se considera que toda ação humana, e não apenas um livro, converte-se de certo modo em causa de outras ações, decisões, pensamentos, e que tudo que se faz se enlaça indissoluvelmente com o que se fará, reconheceremos a verdadeira imortalidade que existe, a do movimento: o que uma vez fora posto em movimento está na cadeia total de todo o ser, como um inseto no âmbar, encerrado e eternizado (si se considera que toda acción humana, y no solamente un libro, se convierte en cierto modo en motivo de otras acciones, desiciones, pensamientos, y que todo lo que se hace se enlaza indisolublemente con lo que se hará, reconeceremos la verdadera inmortalidad que existe, la del movimiento: lo que una vez ha sido puesto en movimiento está en la cadena total de todo el ser, como un insecto en al âmbar, encerrado y eternizado.)(1984a, aforismo 208, p. 157. Tradução livre do autor).

Dadas as devidas limitações e focos de cada pensador, notamos aqui o enlaçamento da questão do fato entre Nietzsche e Wittgenstein. Este não foi aqui citado por mero arbítrio, mas sim pelas semelhanças que seu pensamento guarda com o do filósofo alemão, e ainda pela razão de os aforismos do Tractatus serem mais claros. Entendidos estes, entende-se o supra transcrito de Humano, Demasiado Humano I.

O primeiro Wittgenstein, no entanto, era um positivista convicto, querendo tornar a linguagem perfeita, corresponde a cada objeto, e assim eliminar todas as questões filosóficas que eram fundadas na imperfeição da linguagem. Para ele era possível conhecer toda a imanência do mundo, e tudo que fosse metafísico não deveria sequer ser pensado, pois "sobre aquilo de que não se pode falar, deve-se calar" (WITTGENSTEIN, 1994, aforismo 7, p. 281).

Todavia, no quesito linguagem, Nietzsche vai destruir a possibilidade de a linguagem traduzir a imanência dos objetos. E é esta crítica que deve ser incorporada aos juristas, a fim de frear os desmandos do processo penal contra os direitos fundamentais do humano.

Ademais, há outra razão para o Wittgenstein do Tractatus figurar aqui. Sua obra positivista exerceu enorme influência no Círculo de Viena, grupo de intelectuais que diferiram seus pensamentos pelas décadas seguintes - tal como Hans Kelsen - sendo o positivismo ainda muito expressivo e explícito no meio forense, seja nas provas, presunções, petições, sentenças e no próprio linguajar da prática jurídica. A crença na perfeição da linguagem técnica e na lógica fria ainda impera entre juristas brasileiros.

5. PROVA, PRESUNÇÃO, SENTENÇA

O objeto da prova é o fato que enseja direito subjetivo/potestas puniendi, o destinatário é o magistrado, e a finalidade é a demonstração da veracidade dos fatos alegados para formação da convicção do julgador (art. 155 do CPP).

A prova é meio pelo qual se atesta a veracidade de um fato capaz de produzir direitos subjetivos/poder de punir que permeiam o litígio a ser solucionado.

A prova possui dois aspectos - objetivo e subjetivo . No sentido objetivo, a prova é instrumento hábil para demonstrar a existência do fato narrado. Em sua significação subjetiva, a prova é um meio processual capaz de gerar a certeza (estado psíquico do juiz), ou seja, é a formação de um estado de espírito (THEODORO JÚNIOR, 2013, p. 461).

Nos autos do processo são apresentadas as provas que ensejam a demonstração da real ocorrência dos fatos narrados na exordial, na resposta à acusação, nas alegações finais. O surpreendente, no entanto, é que ambas as partes opostas do processo - autor e réu - podem apresentar provas contrárias para o mesmo fato.

As provas, todavia, produzidas pelas partes ou determinadas ex officio pelo juiz (art. 156, II, do CPP), atestam a veracidade do pequeno fragmento fático levado aos autos. O documento, a testemunha, os informantes, a foto, o vídeo sempre representam uma fração da realidade objetiva interpretada por um ponto de vista, um mero canto no espaço interpretativo, marginal à subjetividade inerente à conduta humana das partes.

Diante de todo esse sistema processual que cria presunções absolutas e relativas e prova fragmentos de fatos objetivos, o juiz decide o litígio. O ato processual da decisão de mérito que põe fim ao processo é chamado de sentença (do latim *sentire* - sentir).

A sentença resume os autos, os quais já são um resumo parcial da realidade, apresenta os motivos da convicção do magistrado e enfim segue-se a parte dispositiva. Desta maneira, diante de uma realidade incompleta e feita de papel (autos), o juiz sente o que lhe convence, motiva o ato processual final e, por fim, sentencia, resolvendo judicialmente o litígio e criando assim uma nova verdade."Assim sendo, julgo procedente/improcedente/culpado/inocente". Em outros termos: "assim sendo, julga-se assim, porque assim é; pois o que é não pode não ser; frente o exposto, esta é a única decisão cabível". Tem-se, ao fim de todo

processo, a criação de uma verdade que obedece à tradição platônica e ao princípio aristotélico da não contradição.

Ao mesmo tempo que a norma cria balizas de interpretação da realidade, as partes também são responsáveis pela narração que se dá nos autos, e o juiz, por seu turno, ao sentenciar, produz (jamais descobre) uma verdade, e, quando transita em julgado, esta verdade torna-se inconteste.

6. VONTADE DE PODER COMO PRINCÍPIO INTERPRETATIVO

"O mundo visto por dentro, definido e determinado por seu "caráter inteligível" seria — precisamente "vontade de potência" e nada mais"(NIETZSCHE, 2001a, aforismo 36).

"Este mundo é o mundo da vontade de potência e nada mais. E vós também sois esta vontade de potência e nada mais" (Idem, 2008, aforismo 385).

Estas duas passagens da obra de Nietzsche rompem com a tradição metafísica de um fundamento primordial que existe para além do mundo. Com a morte de Deus, a distinção ontológica em dois mundos perde o sentido.

A partir de agora o fundamento dos viventes, dos humanos, é a vontade de poder. A essência, o ser do ente, é vontade de poder (HEIDEGGER, 2014, p.802).

O sujeito, o ser, é vontade de poder, e vontade de poder é interpretar para se assenhorear. Não há, portanto, distinção entre sujeito, vontade de poder e interpretação. As três coisas são uma só. A vida é isto, o mundo é isto.

Vontade de poder, em realidade, são as diversas vontades que atuam no interior do humano, e neste jogo eterno de embate de forças, aquelas que conquistam o poder e dominam as outras vem à tona no mundo como interpretações conscientes.

A Ciência é resultado da vontade de poder, na sua forma de vontade de dominação da natureza. A religião é a vontade de poder na forma de salvação da alma e dotação de sentido à existência.

E os sujeitos do processo penal, enquanto seres viventes e existentes no mundo, não escapam à lógica da vontade de poder.

A vontade da acusação é obvia, assim como a da defesa. Punir e não punir.

E a figura do magistrado? Imparcial, preestabelecido e desinteressado? Até mesmo o magistrado não pode escapar à vontade de poder, pois esta é seu ser. O magistrado também interpreta e sentencia conforme sua vontade de poder; sendo a sentença, mesmo para o principal positivista do século passado - Hans Kelsen - ato de vontade do juiz (KELSEN, 2000, p. 392-395).

A vontade de poder, contudo, quando tende ao punitivismo, deve esbarrar e ser impedida pelos direitos fundamentais. Isto soa óbvio em um sistema de Estado Democrático de Direito regido por uma Constituição que positivou direitos humanos. Mas, mesmo assim, a vontade de poder punitiva, por artifícios da linguagem, ao criar "verdades" sobre o réu, permite tratamentos desumanos ao arrepio dos direitos fundamentais.

7. FATOS COMO INTERPRETAÇÃO

Contra o positivismo, que permanece no fenômeno: 'só há fatos'; diria eu: não, justamente não há fatos, apenas interpretações.(Gegen den Positivismus, welcher bei dem Phänomen stehen bleibt „es giebt nur Thatsachen“, würde ich sagen: nein, gerade Thatsachen giebt es nicht, nur Interpretationen.) (NIETZSCHE, eKGWB/NF-1886,7[60])

A frase em epígrafe é icônica e condensa, de forma usual, todo um complexo de conceitos e ideias de Nietzsche. A frase se mostra por demais rasa e clara. Assim é, contudo, a forma de escrever do filósofo em questão. A clareza e a aparência de superficialidade, todavia, escondem grande profundidade. Buscar-se-á esclarecer este fragmento póstumo de acordo com a doutrina madura nietzscheana, criticando-se, ao mesmo tempo, a busca pela verdade real no processo penal.

Nietzsche estabelece o devir, o vir-a-ser como princípio regente do mundo (Heidegger, 2014, 386). Tudo é mutável, perene e momentâneo; todavia, há uma necessidade em todos os acontecimentos do mundo. Para Nietzsche, pode-se dizer, o caso wittgensteiniano seria sempre necessário. Frente a este eterno devir o homem angustia-se, desestabiliza-se, ressentente-se. Surge então a necessidade de fixação sobre o devir. O ser deve subjugar o devir. Mas o filósofo do martelo prega o amor fati, o fatalismo russo (NIETZSCHE, 2008a, aforismo 6, p.19). A grande afirmação, o dizer sim à vida em sua constante mudança (idem, 1984, I, das três transformações, p. 40).

Está aí a doutrina para a superação do niilismo e de todo ressentimento, a superação dos embustes metafísicos. Está no reconhecimento e na aceitação do devir a santa afirmação da própria existência. Não há mais mundo aparente e mundo verdadeiro. Há apenas mundo. Este é um dos significados da morte de Deus: não há mais a cisão ontológica entre coisa-em-si e superfície fenomênica (Cabral, 2015, p.23).

Diante do devir, como pode o humano subsistir? Ele deve fixar o devir, o ser sobre o vir-a-ser, sabendo, contudo, que produz uma verdade pautada em valores morais e históricos. Conhecer, para Nietzsche, não é desvelar a cortina que encobre a verdade; pelo contrário, é criar verdades não a partir do conhecimento, mas a partir da esquematização do caos. Esquematizar é impor regularidade e forma ao caos, pois assim se satisfaz o carecimento prático (HEIDEGGER, 2014, p. 387-400). O caráter do mundo é o caos (NIETZSCHE, 2011, aforismo 109, p.135), e o carecimento prático é a razão humana.

Destarte, a criação artística de valores, verdades e juízos, ainda que falsos, é necessária. Nietzsche denomina essas verdades de espécies fundamentais de erro - são condições da própria vida (Idem, 2001a, I, aforismo 4, pp. 13-14).

A questão que se põe agora é: há fatos, porém o homem sempre está inserido nesta cadeia factual caótica deveniente, de modo que não pode enxergar os fatos, o caso, de forma neutra. O sujeito enxerga a si mesmo no mundo e o mundo reflete-se também no sujeito. Em Humano, Demasiado Humano II (Idem, 2008b, aforismo 387, p 153):

Erro do ponto de vista, não do olhar. — Sempre vemos a nós mesmos um tanto perto demais; e o próximo sempre um tanto longe demais. Então sucede que o julgamos muito globalmente, e a nós mesmos muito de acordo com traços e eventos ocasionais, irrelevantes.

Desta feita, a vítima/reu apresenta uma visão particular de si e dos fatos; o defensor/promotor interpreta a interpretação daquele; os autos recebem os fatos no mínimo duplamente interpretados. O juiz, por seu turno, com seu ponto de vista, interpreta novamente e sentencia: "Diante do exposto, julgo".

Percebe-se, pois, que um dos principais problemas é o "exposto". Contudo, se o humano é demasiado humano, limitado, se o humano não é Deus, como pode ele elaborar uma denúncia, uma resposta à acusação, uma decisão justa se a verdade é um erro, e se o "exposto" não resume a totalidade dos acontecimentos objetivo e subjetivos?

Apesar de a verdade absoluta e imutável ser um erro para Nietzsche, ela é essencial, já que a ausência deste erro gera a impossibilidade da vida. E o filósofo não nega totalmente o ser, pois a manifestação suprema da vontade de poder é imprimir o caráter do ser ao devir.

Ora, se a verdade, mesmo sendo erro, é essencial, e se mesmo os fatos levados aos autos, apesar de estenderem-se sempre para o passado e o futuro, eternizam-se no instante (Idem, 1984, da visão e do enigma,pp.151-154) processual, qual o problema de haver um processo e uma decisão extremamente fragmentários quando a verdade absoluta não mais existe?

O problema é: apesar de todas estas impossibilidades, não devem as partes do processo aceitá-las como um peso sobre-humano. As partes devem querer superar essas impossibilidades com os mil olhos de um querubim, elas devem superar o niilismo negativo e passivo e recriarem os fatos com todas as interpretações legítimas. Assim, aproximar-se-ão do ideal de verdade e da justa decisão.

Sem a criação das verdades, a vida seria impossível. Sem o conceito de verdade, ainda que plural e perspectivístico, impossível seria a prestação jurisdicional do Estado.

Este perspectivismo no processo penal, no entanto, só é legítimo enquanto conforme à Constituição Federal e sapiente do caráter metafórico da linguagem e da vontade de poder de todas as figuras do processo.

8. LINGUAGEM COMO METÁFORA

O que é uma palavra? A figuração de um estímulo nervoso em sons. (...) Um estímulo nervoso primeiramente transposto em uma imagem! Primeira metáfora. A imagem, por sua vez, modelada em som! Segunda metáfora. (...) Acreditamos saber algo das coisas mesmas, quando falamos de árvores, cores, neve e flores, e no entanto não possuímos nada mais do que metáforas das coisas, que de nenhum modo correspondem às

entidades de origem (...) (Idem, 2007, §1).

Este aforismo mostra, de forma clara, não que a coisa-em-si é inacessível; mas, sim, que a linguagem é inevitavelmente deficiente, pois as palavras são metáforas que visam abarcar cada ente diverso sob um mesmo conceito tirânico em sua ânsia de redução à igualdade:

assim como é certo que nunca uma folha é inteiramente igual a uma outra, é certo que o conceito de folha é formado por arbitrário abandono dessas diferenças individuais, por um esquecer-se do que é distintivo, e desperta então, a representação, como se na natureza além das folhas houvesse algo que fosse “folha”, uma espécie de folha primordial, segundo a qual todas as folhas fossem tecidas, desenhadas, recortadas, coloridas, frisadas, pintadas, mas por mãos inábeis, de tal modo que nenhum exemplar tivesse saído correto e fidedigno, como cópia fiel da forma primordial (Ibidem)

Assim, desvela-se o caráter metafórico, tirânico e criativo das palavras e conceitos. O hábito gramatical torna metáforas em conceitos, figurações em verdades, de modo a permitir abusos de poder, principalmente no processo penal, que passam, infelizmente, despercebidos na maioria das vezes, pois tomados como verdades dadas; enquanto são, na realidade, verdades criadas e predicadas ao acusado.

A linguagem é metáfora; não explicação. A crença na verdade dos conceitos deve sempre ser submetida à suspeita, porquanto os hábitos gramaticais enganam enquanto verdades.

9. PRESUNÇÕES DE CULPABILIDADE E VONTADE DE PUNIR NA PRÁTICA PROCESSUAL PENAL PÁTRIA

Periculosidade concreta ou social do agente é a possibilidade de, no futuro, ele voltar a delinquir, firmando-se tal juízo na prática reiterada de crimes (reincidência). Assim surgiu este conceito na jurisprudência pátria, conceito que encerra verdadeiro direito penal do inimigo e do futuro.

Contudo, comum tem sido as varas criminais decretarem prisão preventiva de pequeno traficante primário, sob o argumento de que as drogas apreendidas sustentariam a periculosidade concreta e afastariam a boa vida pregressa. Neste sentido, corroborado pelo Supremo Tribunal Federal:

A variedade, a elevada quantidade, a natureza e a forma fracionada como estavam acondicionados os estupefacientes apreendidos em poder do acusado, que contava com o auxílio de um adolescente na prática delitiva, bem como as circunstâncias em que se deu a prisão em flagrante, são fatores que indicam a dedicação à traficância e, consequentemente, a sua periculosidade efetiva, autorizando a constrição (STJ, HC 304.370/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe

05/12/2014).b) "A primariedade, os bons antecedentes, a residência fixa e a profissão lícita são circunstâncias pessoais que, de per se, não são suficientes ao afastamento da prisão preventiva" (...)." (STF, HC 122409, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 19/08/2014).

Este entendimento fere frontalmente a presunção de inocência, pois, mesmo ocorrendo prisão em flagrante, não se pode, diante da primariedade, presumir a reincidência futura do réu. Além disso, quando evidentes os requisitos do tráfico privilegiado (art. 33, §4º da Lei Antidrogas), ferem-se os princípios constitucionais da proporcionalidade e da dignidade humana, pois a prisão preventiva será cumprida em regime fechado, enquanto a pena definitiva o será em aberto ou semi-aberto.

Vê-se que o conceito da periculosidade concreta, sob a tirania da metáfora, passa a igualar casos totalmente diversos, a fim de punir. São os engodos da linguagem e a vontade de poder já apresentadas alhures na perspectiva de Nietzsche.

Outrossim, o art. 312 do CPP traz como um dos possíveis fundamentos da prisão preventiva, a garantia da ordem pública. Ora, o que vem a ser ordem pública? Ninguém sabe, mas, certamente, se as leis penais tutelam apenas os interesses mais caros à sociedade, a lógica da vontade de punir acarretaria no seguinte: "todo crime, enquanto contrário ao interesse público, ofende a ordem pública, e por isso deve ser apenado, desde logo, com prisão preventiva"

E é justamente o que o ocorre. O Tribunal de Justiça do Paraná, em Habeas Corpus recente, negou revogação de prisão preventiva de agente que incorreu em furto qualificado (155, §4º, II), na modalidade tentada. Ou seja, um crime patrimonial pequeno e sem violência que jamais se consumou. Isto em razão da suposta manutenção da ordem pública.

HABEAS CORPUS CRIME - FURTO QUALIFICADO TENTADO - ART.155, §4º, II, C/C ART. 14, II, AMBOS DO CP - DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADA - PRESENÇA DOS REQUISITOS DA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA PARA MANUTENÇÃO DA SEGREGAÇÃO - CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO - ORDEM DENEGADA.(TJPR - 3ª C.CRIMINAL - HCC - 1559413-9 - REGIÃO METROPOLITANA DE LONDRINA - FORO CENTRAL DE LONDRINA - REL.: JOSÉ CICHOCKI NETO - UNÂNIME - - J. 18.08.2016).

A abertura semântica do termo ordem pública permite o preenchimento por interpretações totalmente ignorantes sobre o sistema prisional brasileiro, com o fito único de punir. O art. 312 do CPP, com o referido termo, é fonte diária de afronta aos direitos fundamentais do art. 5º da C.F/88.

Outra prática comum de desrespeito ao estado de inocência é a forma como as denúncias são escritas pelo Ministério Público. Frequentemente elas seguem o modelo: "agente X, agindo dolosamente, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta...". Assim, antes mesmo da fase instrutória, a denúncia já apresenta o dolo direto e a culpabilidade do denunciado como verdades objetivas mais que provadas. A exordial já inicia o processo penal com força acusatória máxima.

Nos dizeres do eminente desembargador Amilton Bueno de Carvalho (2013, p. 146), hoje nietzscheano: "no processo penal não se está interessado em estabelecer se o cidadão praticou determinado crime, mas se há prova legalmente apurada e verificável de que ele o tenha praticado", com isto, a acusação, diversas vezes, usa de todos os meios para tentar provar o delito, inclusive de meios linguísticos.

Em seguida, o autor do crime perde seu nome durante todo o processo. "Réu", "acusado", "denunciado", "agente", "elemento" vigoram como única forma de tratamento. No processo civil, diversamente, é usual os requerentes e requeridos serem referenciados também pelo nome próprio que lhes é de direito, antecipado por Senhor(a).

Esta perda do nome do processado tem, de fato, uma finalidade: desumanizar uma pessoa, reduzindo-a a agente criminoso de fato típico, antijurídico e culpável, facilitando-se, assim, a aplicação da máquina punitiva sobre a pessoa. Afinal, é mais fácil julgar o inominado, reduzido a objeto processual que não guarda semelhança alguma com o magistrado, do que julgar um "Sr. João da Silva", humano nominado, semelhante.

O direito fundamental da dignidade da pessoa humana (art.1º,III; art.5º caput, CF) é, desta forma, reiteradamente desrespeitado na prática processual penal pátria. A vontade de poder dos punitivistas, por artimanhas linguísticas técnico-jurídicas, subjuga os princípios constitucionais.

Do princípio da busca da verdade real, tão criticado acima, desdobra-se, no Código de Processo Penal, enunciado normativo preocupante e claramente inconstitucional na perspectiva deste trabalho:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante

Ora, do art. 5º, LVII, direito humano positivado, e por isso fundamental, decorre o princípio constitucional in dubio pro reo, pelo qual, em caso de dúvida, o magistrado é obrigado a absolver o réu. Trata-se de princípio absoluto, de aplicação plena e imediata.

Se o juiz tem qualquer dúvida sobre ponto relevante, seja por fraqueza probatória da acusação, seja por fraqueza probatória da defesa, o certo é que nele não se formará o juízo de convicção pautado em certeza que legitime condenação quanto ao ponto relevante.

Assim, em caso de qualquer dúvida, impõe-se a absolvição. Esta sentença, em realidade, trata-se de norma de direito fundamental atribuída, na espécie regra. Ou seja, do princípio in dubio pro reo, decorre a regra de que para todos os casos de dúvida, o magistrado é obrigado a absolver. Aplica-se a regra de forma total quando preenchido o pressuposto fático, qual seja, a dúvida (ALEXY, 2015, p.69-76)

Desta arte, o inciso II do art. 156, do CPP, à primeira vista preceitua um juiz diligente e que busca a verdade real; contudo, à luz da Constituição e dos direitos

fundamentais, percebe-se que se confere poderes típicos do órgão acusador ao magistrado, nascendo, deste jogo linguístico pautado na vontade de punir, uma figura promiscua e ambígua, a figura do magistrado-promotor em afronta ao sistema acusatório constitucional.

Com estes exemplos, resta clarificada a importância dos conceitos alhures delineados da obra de Friedrich Nietzsche, permitindo-se, a partir da crítica da verdade real, do apontamento da linguagem enquanto metáfora e da vontade de poder enquanto ser do ente, a desmistificação de um direito processual penal conforme os direitos fundamentais na prática judicial brasileira.

10. O PAPEL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA HERMENÊUTICA PROCESSUAL PENAL

Os direitos fundamentais insculpidos na Constituição Federal de 1988 são verdadeiros limites à vontade de punir.

Apesar do alto grau de generalidade, o sentido deles é plenamente evidente.

Servem não apenas como limites ao abuso de poder do Estado-penal, mas também como diretrizes na interpretação de todo o sistema jurídico.

Deles decorrem regras de direitos fundamentais, como já exposto, que são aplicáveis integralmente quando preenchidos os pressupostos fáticos.

A acusação, a defesa e a presidência do processo penal, se perpassadas e limitadas pelas normas de direito fundamental, estarão sempre conforme à dignidade da pessoa humana e aos direitos humanos. Por mais forte que sejam a vontade de punir, de produzir uma verdade real, de criar conceitos baseados na crença na linguagem, elas sempre serão mais fracas que a necessária e imperativa interpretação Constitucional.

Para isto, contudo, são necessários o ensinamento e o aprendizado para além das regras dos códigos. É necessária a criação da consciência da normatividade suprema, formal e material, dos princípios constitucionais, além do desvelamento das verdades criadas pela crença na linguagem e pela vontade de poder e também a luta incessante dos juristas pela observância dos direitos fundamentais.

11. PERSPECTIVISMO DE NIETZSCHE

Para o filósofo do além-do-homem, o conhecimento objetivo do objeto, do fato, é cada vez mais possível quanto mais se o examina com diversos olhares e afetos (vontade de poder). Em Genealogia da Moral (2013, III, aforismo 12):

quanto mais afetos deixamos transparecer a respeito de uma coisa, quanto mais olhos diferentes sabemos empregar para uma e mesma coisa, tanto mais completa se torna a compreensão desta coisa, a nossa "objetividade". Mas eliminar totalmente a vontade, suprimir inteiramente as paixões - supondo que isto fosse possível - não seria castrar a

inteligência?

Heidegger (2013, pp.404-405), escrevendo sobre Nietzsche, salienta que todo conhecimento encontra-se restrito a um horizonte. O caos significa o vir-a-ser, algo que o conhecimento é capaz de captar. Todavia, o próprio conhecimento ocorre no interior do horizonte, e este é a fixação do devir. O caos apenas é compreendido enquanto tal porquanto o horizonte fixa uma ordem do que é.

Desta forma, quanto mais olhos o intérprete possuir, maior será seu horizonte e, consequentemente, mais amplo será o conhecimento do mundo, dos fatos, das coisas, do processo. Quanto maior o horizonte, mais firme é a verdade criada pelo conhecimento. Nas palavras de Gadamer(2015, p 445): "aquele que lê um texto se encontra, também ele, dentro do sentido que percebe. Ele próprio pertence ao texto que comprehende."

Neste diapasão, deve-se pensar até que ponto as regras e presunções do Direito Penal - processual, material e jurisprudencial - são legítimas, porquanto cegam muitos olhos e reduzem o horizonte a crepúsculo que enevoa os direitos fundamentais. Wolfgang Müller-Lauter, comentando Nietzsche, escreve que "toda perspectiva possui uma verdade peculiar" (1999, p. 62). Um conjunto de perspectivas, no caso do processo, deve gerar uma sentença que possui uma verdade peculiar a outras diversas interpretações, legitimando-se e justificando em uma verdade melhor construída sob a irradiação dos direitos fundamentais.

CONCLUSÃO

Por fim, Nietzsche, ao negar as verdades absolutas, nega a veracidade delas, mas exalta a necessidade e utilidade de todas as verdades construídas perspectivamente, pois sem elas não seria possível a vida (2001a, prefácio, pp.7-9). Sem a crença na verdade, sequer seria possível o Direito e seu processo.

O niilismo passivo das verdades absolutas deve ser superado pela humanidade em sua modernidade. Deve-se aceitar que as coisas não possuem sentido em si, mas que é papel do humano, enquanto ser racional e artístico, criar sentidos que tragam à vida as vontades de poder mais elevadas, criativas, perspectivísticas e justas, em outras palavras, aquelas que maximizam a própria vida. Aceitar que nada é; criar, contudo, sobre o devir, o ser. E quando as verdades se tornarem obsoletas, cabe à humanidade criar novas e melhores verdades, sendo elas próprias ser e vir-a-ser, simultaneamente. E o norte destas verdades deve ser os direitos fundamentais, porquanto são condições principiológicas que possibilitam, faticamente, a vida humana em seu mais completo desenvolvimento, conferindo, assim, sentido às demais normas do ordenamento jurídico infraconstitucional.

Conclui-se que o processo penal, ao buscar a verdade absoluta, apenas produz outra verdade, completamente nova e perspectiva. Ademais, deve o Direito refletir e melhorar suas restrições às formações de perspectivas punitivistas. Outrossim, todas as partes, inclusive o juiz, devem abrir mais olhos para, no processo

judicial, criar uma decisão que seja legítima, democrática, justa e verdadeira pelo máximo de tempo possível no eterno devir. Mesmo a sentença sendo um ato de vontade, esta vontade pode e deve condizer com a verdade dos direitos fundamentais.

Resta, diante da breve análise nietzscheana, a percepção de que o processo é tão necessário quanto as verdades (erros essenciais às condições de vida). Contudo, o processo penal atual, a prática jurídica e as próprias verdades parecem estar em derrocada, vislumbrando-se no horizonte a criação de novas verdades jurídicas, pautadas, quer-se acreditar, nos direitos fundamentais e críticas da vontade de punir e da crença nos conceitos criados e acreditados pela linguagem humana. Caso contrário, o humano acusado será, a cada dia que passa, mais coisa e menos gente diante da máquina estatal penal.

É a catástrofe da razão, a probidade intelectual, percorrendo mais uma vez seu ciclo, para se destruir e se reconstruir.

Inevitável, pois, o diálogo entre o filósofo do martelo e o Direito Penal, material e processual.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2^a ed.p.69-76. São Paulo: Malheiros, 2015Andrade, Carlos Drummond. **Nova Reunião**. 1^a edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nos 1/1992 a 91/2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 09 de outubro de 2016.

_____. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (**Pacto de São José da Costa Rica**), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em 11 de outubro de 2016.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em 09 de outubro de 2016.

_____. Lei nº 13.105, 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 12 de junho de 2017

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão **Habeas Corpus nº 122409**, Relator: Ministro FUX, Luiz. Primeira Turma, julgado em 19/08/2014. Publicado no Dje em 11/09/2014. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25263427/habeas-corpus-hc-122409-sp-stf>>. Acesso em 09 de outubro de 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Habeas Corpus nº 1559413-9**. Relator José Cichocki Neto. 3ª Câmara Criminal, julgado em 18/08/2016. Publicado no DJ 1875 31/08/2016. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12218859/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1559413-9>>. Acesso em 11 de outubro de 2016.

CABRAL, Alexandre Marques. Niilismo e Hierofania: Uma abordagem a partir do confronto entre Nietzsche, Heidegger e a tradição cristã: Vol.II. Rio de Janeiro: Mauad X: Faperj, 2015.

CARVALHO, Amilton Bueno de. Direito Penal a Marteladas - algo sobre Nietzsche e o Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 23ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007.

GADAMER, Hans-Georg. O significado paradigmático da hermenêutica jurídica. In: **Verdade e Método I.** Tradução de Flávio Paulo Meurer; Ernio Paulo Giachini. 15ª edição. Rio de Janeiro: Vozes, 2015.

HEIDEGGER, Martin. Nietzsche. Volume único. Tradução de Marco Antônio Casanova. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

JÚNIOR, Humerto Theodoro. Curso de Direito Processual Civil. Volume I. 55ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

JUNIOR, Oswaldo Giacoia. Nietzsche: o humano como memória e como promessa. 2ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

KELSEN, Hans. A interpretação como ato de conhecimento ou como ato de vontade in: **Teoria Pura do Direito.** Tradução de João Baptista Machado. 6ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz. Manual do Processo de Conhecimento. 5ª edição. São Paulo: Editora RT, 2006.

MÜLLER-LAUTER, Wolfgang. Nietzsche - his philosophy of contradictions and the contradictions of his philosophy. Translated by David. J. Parent. Illinois:University of

Illinois Press, 1999.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Assim falava Zaratustra**. Tradução de José Mendes de Souza. Rio de Janeiro: Edições de Ouro, 1984.

_____. **Humano, Demasiado Humano I**. Traducción de Carlos Vergara. Madrid: Edaf, 1984a.

_____. **A Gaia Ciência**. Tradução de Paulo César de Souza. 6ª impressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

_____. **Além do Bem e do Mal**: prelúdio a uma filosofia do futuro. Tradução de Márcio Pugliesi. Curitiba: Hemus, 2001a.

_____. **Sobre Verdade e Mentira no Sentido Extramoral**. Tradução de Fernando de Moraes Barros. São Paulo: Hedra, 2007.

_____. **A vontade de poder**. Trad. Marcos Sinésio Pereira Fernandes e Francisco Moraes. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

_____. **Ecce Homo** - como se chega a ser o que se é. Tradução de Artur Morão. Covilhã: Lusofia, 2008a.

_____. **Humano, Demasiado Humano II**. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2008b.

_____. **A Genealogia da Moral**. Tradução de Mário Ferreira dos Santos. 4ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

_____. **Digitale Kritische Gesamtausgabe Werke und Briefe**. Disponível em <<http://www.nietzschesource.org/#eKGWB>>. Acessado em 21/11/2015

Platão. **A República**. Tradução de Henrique Corvisieri. São Paulo: Círculo do Livro Ltda, 1997.

WAMBIER, Luiz Rodrigues (coordenador). **Curso Avançado de Processo Civil**. Volume I. 7ª edição. São Paulo: Editora RT, 2005.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus Logico-Philosophicus**. Tradução de Luiz Henrique Lopes dos Santos. 2ª edição. São Paulo: Edusp, 1994.

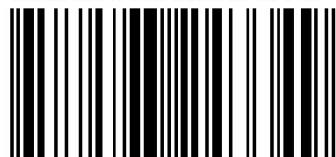
ABSTRACT: This article analyzes, under the theoretical framework of the German philosopher Friedrich Nietzsche: a) the foundations and consequences of the search for the absolute truth on criminal process in times of nihilism; b) language as a metaphor and its belief on criminal procedure; c) the will to power as Being of being

and its consequence on criminal cases based on the search for absolute truth, in view of humans are reduced to linguistic concepts raised by prosecutor's and judge's will to power.

KEYWORDS: Nietzsche and Criminal Procedure. Nietzsche and Fundamental Rights. Perspectivism and Criminal Process.

Agência Brasileira do ISBN

ISBN 978-85-93243-34-9



9 788593 243349